

Arrest

nr. 302 151 van 23 februari 2024
in de zaak RvV X / IX

In zake: 1. X
2. X
als wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarig kind X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat F. HASOYAN
Luikersteenweg 289/gelijkvloers
3500 HASSELT

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en X, die verklaren van Armeense nationaliteit te zijn, op 22 mei 2023 als wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarig kind X hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 7 april 2023 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 nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 4 december 2023 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 17 januari 2024.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. MILOJKOWIC.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat F. HASOYAN verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat T. LOYENS, die loco advocaat S. VAN ROMPAEY verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 17 oktober 2022 dienen de verzoekende partijen een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie (bijlage 19ter) in functie van de Belgische overgrootmoeder. Op 7 april 2023 neemt de verwerende partij de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing:

"In uitvoering van artikel 52, §4, 5^{de} 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 17.10.2022 werd ingediend door:

Naam: A. (...)
Voorna(a)m(en): M. (...)
Nationaliteit: Armenië
Geboortedatum: (...)2017
Geboorteplaats: Erevan
Identificatienummer in het Rijksregister: (...)
Verblijvende 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.

Betrokkenen vraagt gezinshereniging aan met haar Belgische overgrootmoeder, T. A. (...) (RR. (...)) in toepassing van artikel 40 ter §2, eerste lid, 3° van de wet van 15.12.1980.

Artikel 40ter, §2, eerste lid, 1° van de wet van 15.12.1980 stelt het volgende: 7° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, tot 3°, mits zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen;

Artikel 40bis, §2, 3° stelt:

3° de bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, beneden de leeftijd van eenentwintig jaar of die te hunnen laste zijn, die hen begeleiden of zich bij hen voegen, voor zover de vreemdeling [hier de Belgische overgrootmoeder] die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven.

Artikel 40bis, §3 bepaalt het volgende:

§ 3. De in § 2 bedoelde familieleden die burger van de Unie zijn, hebben het recht de in artikel 40, § 3, bedoelde burger van de Unie te begeleiden of zich bij hem te voegen voor zover zij de in artikel 41, eerste lid, bedoelde voorwaarde vervullen. Indien het familieleden betreft die geen burger van de Unie zijn, moeten zij de in artikel 41, tweede lid, bedoelde voorwaarde vervullen.

Artikel 52, §2, 1° van het Vreemdelingenbesluit stipuleert dat:

Bij de aanvraag of ten laatste binnen de drie maanden na de aanvraag dient het familielid bovendien de volgende documenten over te maken: 1° het bewijs van zijn identiteit overeenkomstig artikel 41, tweede lid, van de wet;

Artikel 41, §2, eerste lid van de Vreemdelingenwet bepaalt dat:

§ 2. Het recht op binnenkomst wordt erkend aan de familieleden van een burgers van de Unie bedoeld in artikel 40bis, § 2, die geen burger van de Unie zijn, op voorlegging van een geldig paspoort dat, in voorkomend geval, voorzien is van een geldig inreisvisum overeenkomstig de Verordening (EG) nr. 539/2001 van de Raad van 15 maart 2001 tot vaststelling van de lijst van derde landen waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen in het bezit moeten zijn van een visum en de lijst van derde landen waarvan de onderdanen van die plicht zijn vrijgesteld.

Ten eerste, betrokkene legde bij haar aanvraag een vervallen Armeens paspoort voor, dewelke geldig was tot 23.08.2021. In deze gaat het hier niet om een binnenkomst, wel om een aanvraag tot verblijf. Gezien art. 52, §2, 1° van het KB van 8.10.1981 stelt dat het om een bewijs moet gaan zoals wordt vermeld in art. 41, §2, eerste lid van de wet van 15.12.1980 (cf. een geldig paspoort) achten we die bepaling van toepassing als voorwaarde om de gezinshereniging te kunnen toestaan. Betrokkene is echter niet in het bezit van een geldig paspoort. Gezien betrokkene niet in het bezit is van een geldig identiteitsbewijs op het moment van de aanvraag, voldoet zij dan ook niet aan de voorwaarden van artikel 40ter.

Ten tweede dient opgemerkt te worden dat zowel de moeder van betrokkene, G. L. (...) (RR. (...)) als de vader van betrokkene A. K. (...) (RR. (...)) hebben heden het verblijfsrecht niet verkregen. De aanvraag van het kind werd op hetzelfde moment ingediend als de aanvraag van de moeder. Het is redelijk te stellen dat moeder en kind de intentie hebben zich gezamenlijk in België bij de overgrootmoeder van het kind te vestigen. Het kind volgt de verblijfssituatie van de moeder. Het is niet in het belang van de minderjarige om het van de moeder te scheiden.

Voor zover betrokkene wel degelijk de bedoeling zou hebben, onafhankelijk van haar eigen verblijfssituatie, het kind achter te laten bij de overgrootmoeder dient opgemerkt te worden dat er weliswaar een verklaring werd opgesteld door beide ouders waarin zij het recht van bewaring geven aan de overgrootmoeder. Echter een dergelijke toestemming van de ouders, kan niet als voldoende bewijs van recht van bewaring worden beschouwd. De ouders verblijven trouwens beiden in België en oefenen het recht van bewaring feitelijk gewoon zelf uit. Voor zover zij de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge toestemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig art. 392 BW).

Ten derde dient ook hier te worden vermeld dat de niet aan de bestaansmiddelenvereiste overeenkomstig art. 40ter in hoofde van de referentiepersoon is voldaan. Geen van de voorgelegde bestaansmiddelen van de referentiepersoon kan in overweging worden genomen voor de toetsing van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980. De concrete motivering hierover is terug te vinden in de weigeringsbeslissing van de moeder van het kind. Er kan dan ook dienstig naar verwezen worden. Uit de loonfiches van de moeder van het kind blijkt bovendien dat zij wel degelijk de twee kinderen ten laste heeft, hetgeen de feitelijke situatie zoals die blijkt uit het dossier en het Rijksregister, opnieuw bevestigt.

Betrokkene voldoet niet aan de voorwaarden van art. 40ter. Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. 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. De verzoekende partijen voeren een enig middel aan:

"Verzoekers menen volgende middelen te kunnen aanvoeren tegen de motivatie van de bestreden beslissing:

Middelen:

- Schending van de materiële motiveringsplicht juncto Artikel 22bis van de Belgische Grondwet en Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (artikel 3)
- Schending van art. 40ter vreemdelingenwet juncto 40bis, §2, eerste lid, 3° van de vreemdelingenwet
- Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur: Zorgvuldigheidsplicht

Algemene regels

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht niet bevoegd zijn beoordeling in de plaats te stellen van de die van de administratieve overheid.

De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijke toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij haar beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624; RvS 29 Oktober 2002, nr. 111.954).

De uitdrukkelijke motiveringsverplichting zoals bepaald in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen heeft tot doel de bestuurde in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid de beslissing heeft genomen, zodat kan worden beoordeeld of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt.

Voornoemde artikelen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen en dit op een afdoende wijze (RvS 6 September 2002, nr. 110.071; RvS 19 maart 2004, nr. 129.466; RvS 21 juni 2004, nr. 132.710). Het begrip afdoende impliceert dat de opgelegde motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genome beslissing. Hetzelfde geldt ten aanzien van artikel 62 van de vreemdelingenwet.

De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijke toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij haar beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen.

Het zorgvuldigheidsplicht daarentegen houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit betekent dat de beslissing dient te steunen op werkelijke bestaande en correcte feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheid verplicht de overheid ondermeer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221.475).

Bij de beoordeling van de zorgvuldigheidsplicht treedt de Raad niet op als rechter in hoger beroep die de ware toedracht van de feiten gaat vaststellen. De Raad onderzoekt enkel of de overheid in redelijkheid is kunnen komen tot de door haar gedane feitenvaststelling en of er in het dossier geen gegeven voorhanden zijn die met die vaststelling onverenigbaar zijn. De Raad toetst voorts in het kader van zijn wettigheidtoezicht of het bestuur de feitelijke vaststellingen correct heeft beoordeeld en of het op grond daarvan niet onredelijk tot zijn besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

I. Preliminair

Verwerende partij stelt basaal in de bestreden beslissing dat verzoekster geen geldig paspoort heeft neergelegd overeenkomstig artikel 52, § 2 van het Vreemdelingenbesluit en art. 41, §2, lid 1 vrw..

Niettegenstaande artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2°, van de Vreemdelingenwet een afzonderlijke documentaire verplichting oplegt waaraan een ouder van een Belgisch minderjarig kind moet voldoen bij het indienen van de aanvraag voor een verblijfskaart, waarbij het wel vaststaat dat deze niet terzelfdertijd wordt voorzien in artikel 40ter, § 2, eerste lid, 1°, van de Vreemdelingenwet - wat in casu van toepassing is - aangezien uit de Bijlage 19 ter ab initio immers blijkt dat verzoekster een procedure gezinsherenging heeft ingesteld met haar Belgische overgrootmoeder, vereist verwerende partij ten onrechte het voorleggen van een geldig identiteitsdocument in de zin van artikel 40ter, § 2, eerste lid, 1°, van de Vreemdelingenwet en voegt zij hierdoor een voorwaarde aan de wet.

Het bewijs van de identiteit werd zonder meer geleverd door een vervallen paspoort en de geboorteakte van A. M. (...). De Stelling dat betrokkene in het bezit dient te zijn van een geldig paspoort is manifest incorrect.

Verzoekers wensen eerst en vooral op te merken dat grootouders (in casu aldus de Belgische grootmoeder van het minderjarig kind) geen rechtstreekse toegang bezitten tot de Familierechtbank om de oplegging en wijziging van beschikkingen met betrekking tot het ouderlijk gezag te vragen.

De rechtstreekse toegang van de grootouders tot de Familierechtbank is beperkt tot het kader van art. 375bis BW, op grond vanwaar zij hun recht op persoonlijk contact kunnen laten gelden. Dit recht op persoonlijk contact is inderdaad een autonoom recht dat geenszins gelijkgesteld kan worden met een verblijfrecht of "recht van bewaring" als onderdeel van het ouderlijk gezag.

De Stelling vanwege verwerende partij dat er geen rechterlijke beslissingen en/of gehomologeerde toestemmingen voorliggen is derhalve manifest onjuist en in strijd met het voorgaande.

De verwijzing naar art. 392 BW is tevens irrelevant aangezien Art. 392 expliciet stelt dat een ouder, die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent, een voogd kan aanwijzen, hetzij bij testament, hetzij bij wege van een verklaring voor de vrederechter van zijn woonplaats of voor een notaris. Een voogd kan best omschreven worden als een belangenbehartiger en een wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige die niet onder de ouderlijke macht staat, wat in casu niet het geval is.

Een verwijzing voorts naar de art. 372 en 374 regelt het gezag van de ouders tot aan de meerderjarigheid van het kind of zijn ontvoogding en handelt over een geschil tussen beide ouders bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het

kind en kan de bevoegde familierechtbank de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders.

Art. 40ter § 2 vrw. verwijst expliciet naar de in punt 1° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° tot 3°, mits zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen. Dit wordt doorgaans bewezen door middel van een controle van de gezamenlijke vestiging dewelke door de lokale politie gebeurd en zulks op het ogenblik van de vestigingsaanvraag, evenals op het ogenblik van de beslissing. De samenwoning van het kind, het permante leiden van een gemeenschappelijk leven en hun werkelijk affectieve band met zijn Belgische grootmoeder wordt niet in vraag gesteld door verwerende partij. Het louter feit dat de ouders van de kinderen nog steeds in België verblijven doet hier geen afbreuk aan.

Het zorgvuldigheidsbeginsel (sensu lato) tenslotte omvat het beginsel van de evenwichtigheid: dit beginsel doelt op de evenwichtige beoordeling van alle bij de beslissing betrokken belangen, (zie 14/. VAN GERVEN. Beginselen van behoorlijk handelen, R.W. 1982- 1983, 963.).

Dat de middelen bijgevolg ernstig en gegrond zijn. De beslissing is dan ook onvoldoende gemotiveerd en derhalve onwettig.

II. Het verblijfsrecht van het kind staat los van het verblijfsrecht van de ouders - Artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet en Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (artikel 3)

Artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet bepaalt dat het belang van het kind de eerste overweging is bij elke beslissing die het kind aangaat. Het zou onrechtvaardig zijn dat de betrokkene de nadelige gevolgen moet dragen van een beslissing dewelke werd genomen t.a.v. zijn ouders.

“Elk kind heeft recht op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit. Elk kind heeft het recht zijn mening te uiten in alle aangelegenheden die het aangaan; met die mening wordt rekening gehouden in overeenstemming met zijn leeftijd en zijn onderscheidingsvermogen. Elk kind heeft recht op maatregelen en diensten die zijn ontwikkeling bevorderen. Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen deze rechten van het kind.”

Aangezien Dienst Vreemdelingenzaken basaal stelt dat:

- het niet in het belang van het kind is om deze te scheiden van haar, aangezien er een weigeringsbeslissing voorhanden is in hoofde van de moeder;
- de verklaring van de moeder afgelegd bij de gemeente niet voldoende is aangezien deze geen rechterlijke beslissing en aldus geen officieel document is zoals bvb. een gehomologeerde toestemming om van een recht van bewaring overgedragen aan de grootouder te kunnen spreken;
- het kind kan eenvoudigweg zijn ouders volgen, er is geen verstoring van het belang van het kind en even min een verstoring van het gezins- en familieleven van het kind;

Verwerende partij betwist nergens in de beslissing dat het kind een afzonderlijke aanvraag heeft ingesteld met zijn Belgische grootmoeder.

Dit gegeven duidt in se op de vaststelling dat verzoekers expliciet de intentie hadden om het kind bij de Belgische grootmoeder te vestigen.

De ouders menen dat derhalve in het belang van de kind is dat zij in normale levensomstandigheden kunnen op groeien.

Het kind loopt al sedert haar aankomst in het Rijk jaar naar school en is financieel/materieel afhankelijk van haar Belgische grootmoeder.

De grootmoeder heeft de Belgische nationaliteit en beschikt tevens over inkomsten. Deze situatie is duidelijk in het belang van de minderjarige verzoekster.

De grootmoeder heeft ook regelmatige inkomsten en betaalt mede alle nodige kosten van de kinderen zoals blijkt uit de toegevoegde stukken. De dochter van de grootmoeder beschikt tevens over een riant

inkomen als huisarts en woont effectief samen met de Belgische grootmoeder. Deze stukken zijn al reeds aan het AD gevoegd.

Verzoekers wensen op te merken dat het recht van bewaring niet alleen de huisvesting van het kind omvat, maar ook de belangrijke beslissingen betreffende de gezondheid van het kind, diens opvoeding, opleiding, vrije tijd, alsook godsdienstige of levensbeschouwelijke oriëntatie waarover de Belgische grootmoeder zich over ontfermd.

Uit de objectieve stukken van het AD kan er worden afgeleid dat minstens het gedeeld recht van bewaring werd overgedragen aan de grootmoeder en deze daadwerkelijk wordt uitgeoefend (zie infra).

Het is derhalve kennelijk onredelijk dat voormelde verklaring in samenspraak met alle objectieve stukken uit het dossier niet voldoet aan de vereisten inzake het recht van bewaring.

Het weigeren van het verblijfsrecht mag enkel als het belang van kind daardoor niet geschaad wordt. Een loutere blote bewering met verwijzing naar de weigeringsbeslissing van de moeder en enkele artikelen uit het Burgerlijke wetboek volstaat in casu niet voor een afdoende motivering.

Dat vraagt voor elke individuele situatie een nauwgezet onderzoek en afweging, wat in casu niet afdoende gebeurd is.

Het principe "hoger belang van het kind" staat beschreven in de Belgische Grondwet (artikel 22bis) evenals in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (artikel 3). Dit betekent dat bij elke beslissing die wordt genomen, het hoger belang van het kind doorslaggevend moet zijn.

Dit principe geldt ook bij elke beslissing inzake gezinshereniging waarbij minderjarige kinderen betrokken zijn. Het kind verblijft sedert haar aankomst volkomen legaal in het Rijk, is voltijds schoolgaand, alle kosten worden door zijn grootmoeder gedragen, de schoolkosten worden door de grootmoeder gedragen, de schoolboeken worden door de grootmoeder gefinancierd en aangekocht, het kind is ten laste bij de grootmoeder bij de mutualiteit edm...

De beslissing is dan ook onwettig.

De kinderen hebben hiermee expliciet kenbaar gemaakt dat zij zich niet noodzakelijkerwijze gezamenlijk samen met hun vader en/of moeder zich bij de grootmoeder willen vestigen. Er werd derhalve een afzonderlijke bijlage 19ter afgeleverd aan de kinderen.

Verwerende partij heeft de bijgebrachte documenten vanwege de ouders en alle andere stukken (zoals bewijs van betalingen vanwege de grootouders) niet onderzocht en gemotiveerd, aangezien de RvV eerder al reeds stelde dat het geven van toestemming om het recht van bewaring tevens uit andere documenten de welke steun vinden in het administratief dossier kunnen blijken (RvV Nr. 200 664 dd. 05/03/2018 in de zaak RvV 212.744/II).

Het staat in casu buiten kijf dat verzoekers hun minderjarig kind niet ten laste zou moeten zijn van zijn Belgische grootmoeder en dat uit de toegevoegde stukken blijkt dat aan de grootmoeder een beslissingsrecht over onder meer de opvoeding van de kinderen, werd overgedragen. Dit gegeven diende te worden onderzocht en werd afgewimpeld door een manifest onwettige motivering.

Aangezien de motivering derhalve niet als afdoende dient te worden beschouwd en derhalve de motiveringsplicht schendt om reden dat dit motief niet op een redelijke manier getoetst is, gelet op de aard en de hechtheid van de familiale banden van verzoekers hun kinderen met hun Belgische (groot)moeder en heeft verwerende partij zich gestoeld op onjuiste feitenvinding en hypothesen wat betreft de afhankelijkheidsgraad en recht van bewaring van de referentiepersoon betreft.

Het zorgvuldigheidsbeginsel (sensu lato) tenslotte omvat het beginsel van de evenwichtigheid: dit beginsel doelt op de evenwichtige beoordeling van alle bij de beslissing betrokken belangen. (zie W. VAN GERVEN, Beginselen van behoorlijk handelen, R.W. 1982-1983, 963.).

Dat de middelen bijgevolg ernstig en gegrond zijn;

Voldoende bestaansmiddelen - toepassing op de feitsituatie in casu

De inkomensvereiste vloeit voort uit richtlijn 2003/86/EG over gezinshereniging met derdelanders, doch wordt in België ook toegepast op gezinshereniging met Belgen die geen gebruik maken van het vrij personenverkeer.

Uit vaste rechtspraak volgt dat de inkomenseis voor Belgen richtlijnconform geïnterpreteerd moet worden nu de Belgische wetgever ervoor koos om Belgen op vlak van gezinshereniging op dezelfde wijze te behandelen als derdelanders. Volgens richtlijn 2003/86/EG mogen lidstaten het bewijs vragen van stabiele en regelmatige inkomsten "die volstaan om het gezin te onderhouden, zonder een beroep te doen op de sociale bijstand van de gastlidstaat. In de richtlijn wordt het begrip 'stabiele en regelmatige inkomsten' dus geplaatst tegenover het begrip 'sociale bijstand'.

Overeenkomstig art. 7, §1, c van de Richtlijn 2003/86 worden de aard en de regelmaat van deze inkomsten beoordeeld en wordt er rekening gehouden met het niveau van de nationale minimumlonen en pensioenen, evenals met het aantal gezinsleden ten laste van de vervoegde vreemdeling.

Daarenboven is het zo dat vreemdelingen die een vervangingsinkomen ontvangen, zoals bvb. een werkloosheidsuitkering, niet beschouwd wordt als ten laste van de openbare overheden (Parl. St. Doc 51-2478/001 p. 48).

De bestandsmiddelen van de vervoegde vreemdeling moet thans gelijk zijn aan minstens 120% van het leefloon tarief - persoon met een gezin ten laste - en zulks conforme art. 40ter Verblijfswet.

Momenteel bedraagt dat 1.969,00 EUR. Het bedrag is gekoppeld aan de spilindex van de consumptieprijsen.

Desalniettemin, moet men zoals vermeld bij het beoordelen van de bestaansmiddelen rekening houden met de aard en regelmatigheid van deze inkomsten, met dien verstande dat leefloon, maatschappelijke dienstverlening, gezinsbijslag, wachtuitkering en een overbruggingsuitkering niet in aanmerking kunnen worden genomen.

De inkomensgrens van 120% leefloon is volgens het arrest Chakroun van 4 maart 2010, nr. C-578/08 te hoog en strijdig met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Bestaansmiddelen die minstens gelijk zijn aan 100% van het leefloon tarief 'persoon met een gezin ten laste' zouden voldoende moeten zijn.

Als de vreemdeling die vervoegd wordt geen stabiele en toereikende bestaansmiddelen kan bewijzen, mag verwerende partij de aanvraag gezinshereniging niet automatisch weigeren.

Verwerende partij heeft dit in het voorliggend geval wel gedaan door de inkomsten van de tante van verzoekster Mevr. T. L. (...) NN: (...) die effectief met de referentiepersoon samenwoont niet in aanmerking te nemen. Hiervoor verwijst verzoekster naar het attest samenstelling van het gezin dewelke zij aan de aanvraag ab initio toevoegde. De bestaansmiddelen van de tante van verzoekster die daadwerkelijks samen met de referentiepersoon woonachtig is, zijn géén uitgesloten bestaansmiddelen in de zin van artikel 40ter, tweede lid, 2° en 3° Verblijfswet.

Verwerende partij stelt expliciet in de bestreden beslissing dat zij geen rekening kan houden met de inkomen van de dochter van de referentiepersoon Mevr. T. L. (...) NN: (...), motiverende dat zij enkel rekening kan houden met de inkomen van de referentiepersoon.

Dit is niet volledig correct. Het inkomen dat de gezinshereniger moet bewijzen, moet dus niet noodzakelijk afkomstig zijn van de gezinshereniger zelf, maar mag ook van een familielid zijn (al dan niet het familielid dat gezinshereniging vraagt) of van een andere derde (voor zover dit inkomen stabiel, regelmatig en toereikend is), wat in casu het geval is.

In een recent arrest van 30 oktober 2020 (RvV 30 oktober 2020, nr. 243.504) besluit de RvV, verwijzend naar rechtspraak van de RvS (nr. 243.676 van 12 februari 2019 en nr. 245.601 van 1 oktober 2019) en de voorbereidende werken bij de wet van 8 juli 2011, dat het de wil was van de Belgische wetgever om Belgen aan dezelfde voorwaarden voor gezinshereniging te onderwerpen als derdelanders. Aangezien gezinshereniging met derdelanders geregeld wordt door de Gezinsherenigingsrichtlijn, moeten deze bepalingen geïnterpreteerd worden in lijn met de rechtspraak van het HvJ. In een arrest van 3 oktober 2019 heeft het HvJ duidelijk gesteld dat de herkomst van de bestaansmiddelen bedoeld in de Gezinsherenigingsrichtlijn, géén beslissend critérium is. Aangezien het de wil was van de wetgever om

Belgen en derdelanders aan dezelfde voorwaarden voor gezinshereniging te onderwerpen, besluit de Raad dat ook artikel 40ter Verblijfswet geïnterpreteerd moet worden in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ in arrest nr. C-302/18. De herkomst van de bestaansmiddelen is dus géén beslissend criterium. RvV herhaalt dit standpunt in een arrest van 15 februari 2021 en stelt dat het GwH in zijn arrest nr. 149/2019 (hieronder besproken) geen rekening kon houden met arrest nr. C-302/18 van het HvJ omdat de debatten toen reeds gesloten waren (RvV 15 februari 2021, nr. 249.056).

Verwerende partij diende aldus een behoefteanalyse maken van het gezin.

Op basis daarvan bepaalt verwerende partij welke bestaansmiddelen verzoekers nodig hebben om in de behoeften van hun gezin te voorzien zonder ten laste te vallen van de overheid (art. 42, §1, tweede lid Vw.).

Wanneer zelfs het gezinslid in casu geen toereikende bestaansmiddelen kan bewijzen, moet verwerende partij een behoefteanalyse maken van het integraal gezin en op basis daarvan vaststellen welke bestaansmiddelen zij behoeven om in hun behoeften te voorzien, zonder ten laste te vallen van de overheid wat verwerende partij in casu duidelijk niet afdoende heeft gedaan.

Krachtens artikel 42, § 1, tweede lid Vw. moet verwerende partij in dit geval een behoefteanalyse maken. Zij moet nagaan of de burger en zijn familieleden over andere inkomsten beschikken om in hun behoeften te voorzien zonder ten laste te vallen van de openbare overheden.

Er rust in het verlengde hiervan een motiveringsverplichting in hoofde van verwerende partij waaruit moet blijken dat aan deze behoefteanalyse werd voldaan.

Immers, deze bepaling stelt een onderzoek op basis van de eigen behoeften van de burger van de Unie die vervoegd wordt en van zijn familieleden, om te bepalen welke bestaansmiddelen zij nodig hebben om in hun behoeften te voorzien.

Indien de gemachtigde niet bekend is met de eigen en specifieke behoeften van verzoeker, dan voorziet artikel 42, § 1, tweede lid van de vreemdelingenwet namelijk dat hij hiervoor alle bescheiden en inlichtingen die voor het bepalen van de bestaansmiddelen die zij nodig hebben om te voorkomen dat ze ten laste vallen van de openbare overheden, kan doen overleggen door de betrokken vreemdeling.

Aangezien verwerende partij prompt is overgegaan tot het treffen van de bestreden beslissing, heeft zij uiteraard niet de kans gehad om aan verzoeker bescheiden en inlichtingen hieromtrent te verzoeken.

De stelling dat er op de Bijlage 19ter standaard vermeldingen staan doen hier geen afbreuk aan en voldoet niet aan de motiveringsplicht.

Uit het administratief dossier blijkt dat de gemachtigde geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om inlichtingen in deze zin te vragen.

De verwerende partij heeft in casu onzorgvuldig geoordeeld door geen rekening te houden met de eigen behoefte van de burger van de Unie die vervoegd wordt en van zijn familieleden zoals o.a. de inkomsten van de dochter van de referentiepersoon namelijk Mevr. T. L. (...) NN: (...), inzake hun noodzakelijke bestaansmiddelen, zoals dat is vereist door artikel 42, §1, tweede lid van de vreemdelingenwet.*

*De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oordeelde terecht in een resem arresten dat verwerende partij zich daarvoor baseert op een te enge en verkeerde lezing van de Verblijfswet (zie o.m. RvV nr. 192.731 van 28 september 2017; RvV nr. 191.456, 5 september 2017; RvV nr. 163.345 van 1 maart 2016; RvV nr. 163.344 van 1 maart 2016; RvV nr. 161.476 van 5 februari 2016; RvV nr. 145.913 van 21 mei 2015; RvV nr. 126.996 van 14 juli 2014). De verblijfswet stelt immers geen vereiste met betrekking tot de herkomst van de bestaansmiddelen waarover de Belg beschikt, noch *ratione personae*, noch *ratione loci*.*

Bijgevolg kunnen ook de inkomsten van de dochter van de referentiepersoon in overweging genomen worden, temeer daar zij effectief samenwonen en allen onder één zelfde dak wonen en hun huishouden samen delen.

De RvV gaat heeft meermaals gewezen dat het verlies van toereikende bestaansmiddelen steeds een latent risico blijft. Ongeacht of die middelen persoonlijk, dan wel van de echtgenoot afkomstig zijn.

De RvV verwijst hiervoor naar rechtspraak van het Hof van Justitie over een Unieburger en zijn partner (HvJ C-408/03, Commissie/België, van 23 maart 2006). De Raad ziet niet in waarom het risico op verlies van toereikende bestaansmiddelen anders ingeschat moet worden voor een Belg en zijn familie.

Verwerende partij had de financiële situatie van de referentiepersoon kunnen verifiëren op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, doch heeft men zulks tevens niet gerealiseerd en heeft verwerende partij de inkomsten van de dochter van de referentiepersoon ten onrechte niet in aanmerking genomen.

Aangezien de motivering derhalve niet als afdoende dient te worden beschouwd en derhalve de motiveringsplicht schendt om reden dat dit motief niet op een redelijke manier getoetst is, gelet op de aard en de hechtheid van de familiale banden van verzoekster met haar Belgische grootmoeder en heeft verwerende partij zich gestoeld op onjuiste feitenvinding en hypothesen wat betreft de financiële situatie van de referentiepersoon.

Het zorgvuldigheidsbeginsel (sensu lato) tenslotte omvat het beginsel van de evenwichtigheid: dit beginsel doelt op de evenwichtige beoordeling van alle bij de beslissing betrokken belangen, (zie W. VAN GERVEN, Beginselen van behoorlijk handelen, R.W. 1982-1983, 963.).

Dat het middel bijgevolg ernstig is;”

2.2. De bestreden beslissing wijst de aanvraag af op grond van het determinerend motief: *“dat er weliswaar een verklaring werd opgesteld door beide ouders waarin zij het recht van bewaring geven aan de overgrootmoeder. Echter een dergelijke toestemming van de ouders, kan niet als voldoende bewijs van recht van bewaring worden beschouwd. De ouders verblijven trouwens beiden in België en oefenen het recht van bewaring feitelijk gewoon zelf uit. Voor zover zij de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge toestemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren.”*

De Raad wijst er vooreerst op dat de verwijzing naar artikel 392 van het Burgerlijk Wetboek in de bestreden beslissing overtoollig is, en verzoekende partijen aldus geen belang hebben bij hun kritiek dienaangaande. De verwerende partij stelt immers nergens dat de Belgische overgrootmoeder als voogd moet zijn aangeduid, enkel dat zij een door de rechtbank gehomologeerd recht van bewaring inzake het betrokken kind moet hebben.

De Raad benadrukt verder dat artikel 35, § 1 tweede lid van het Wetboek Internationaal Privaatrecht (WIPR) als volgt luidt: *“De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd.”*

Aangezien het kind haar gewone verblijfplaats in België had op het moment dat de uitoefening van het ouderlijk gezag werd ingeroepen, is het Belgische recht van toepassing.

Het recht van bewaring is een onderdeel van het ouderlijk gezag; het heeft een ruimere invulling dan alleen de materiële bewaring van het kind en betreft ook het recht van opvoeding. Verzoekende partijen kunnen aldus niet gevolgd worden in hun betoog dat de artikelen 373 en volgende van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn en dat het recht van bewaring in de zin van artikel 40bis, § 2, 3° van de vreemdelingenwet van de overgrootmoeder bewezen is wanneer blijkt dat er een samenwoning, een gemeenschappelijk leven en een werkelijke affectieve band tussen het kind en de overgrootmoeder is aangetoond.

In het Belgisch recht valt de uitoefening van het ouderlijk gezag onder de artikelen 371 en volgende van het Burgerlijk Wetboek en meer bepaald de artikelen 373 en 374 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 373 van het Burgerlijk Wetboek luidt als volgt:

“Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit. Ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, wordt elke ouder geacht te handelen met de andere ouder wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met gezag verband houdt behouden de bij de wet bepaalde uitzonderingen.

Bij gebreke van instemming kan één van beide ouders de zaak bij de familierechtbank aanhangig maken.

De rechtbank kan één van de ouders toestemming verlenen alleen op te treden voor één of meer bepaalde handelingen"

Artikel 374, § 1 van het Burgerlijk Wetboek luidt:

"Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid, bepaalde vermoeden.

Bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind, kan de bevoegde familierechtbank de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders.

Hij kan eveneens bepalen welke beslissingen met betrekking tot de opvoeding alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen.

Hij bepaalt de wijze waarop de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, persoonlijk contact met het kind onderhoudt. Dat persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen worden geweigerd. De ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, behoudt het recht om toezicht te houden op de opvoeding van het kind. Hij kan bij de andere ouder of bij derden alle nuttige informatie hieromtrent inwinnen en zich in het belang van het kind tot de familierechtbank wenden."

Uit voormelde bepalingen volgt dat in beginsel het ouderlijk gezag gezamenlijk wordt uitgeoefend door de ouders en dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag enkel kan gewijzigd worden via een gerechtelijke beslissing. Verzoekende partijen kunnen derhalve niet gevolgd worden in hun kritiek dat het door hen voorgelegde document afdoende is om aan te tonen dat de overgrootmoeder – de referentiepersoon – het recht van bewaring heeft over hun kind. Daarenboven benadrukt de Raad nogmaals dat het recht van bewaring niet enkel de huisvesting van het kind betreft, maar eveneens de belangrijke beslissingen inzake de gezondheid van het kind, diens opvoeding, opleiding, vrije tijd alsook godsdienstige of levensbeschouwelijke oriëntatie en dat nergens uit blijkt dat dit via rechterlijke beslissing is toevertrouwd aan een derde. Het document waarin verzoekende partijen het recht van bewaring geven aan de overgrootmoeder voldoet niet als bewijs dat het recht van bewaring toekomt aan de overgrootmoeder.

Waar verzoekende partijen voorts stellen dat het verkrijgen van een rechterlijke beslissing onmogelijk is omdat de grootouder geen rechtstreekse toegang heeft tot de familierechtbank om de oplegging en wijziging van beschikkingen inzake ouderlijk gezag te vragen, kunnen zij niet gevolgd worden. Dat het regelen van het ouderlijk gezag via rechterlijke beslissing aan bepaalde vereisten is onderworpen houdt niet in dat een rechterlijke beslissing bekomen onmogelijk is. Zij brengen ook niks in tegen de vaststelling dat *"Voor zover zij (de ouders) de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge toestemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren."* Dat de verzoekende partijen voorts niet aan de voorwaarden zouden voldoen om via rechterlijke beslissing het ouderlijk gezag te laten toekomen aan de overgrootmoeder, betekent ook niet dat een loutere onderlinge overeenkomst van verzoekende partijen om het ouderlijk gezag te laten toekomen aan de overgrootmoeder zonder rechterlijke tussenkomst moet aanvaard worden door het bestuur.

Verzoekende partijen tonen niet aan dat de verwerende partij niet deugdelijk heeft geoordeeld dat niet is aangetoond dat de Belgische referentiepersoon het recht van bewaring heeft zodat niet is voldaan aan de vereiste voorwaarden voor het kind om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie.

Nu de motivering dat niet is aangetoond dat de Belgische referentiepersoon het recht van bewaring heeft determinerend is om de gezinsherenigingsaanvraag af te wijzen, kan de kritiek die gericht is tegen het motief over het gebrek aan bestaansmiddelen van de referentiepersoon hoe dan ook niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Er bestaat dan ook geen noodzaak om deze kritiek te bespreken.

In zoverre de verzoekende partijen in het kader van het hoger belang van het kind de schending aanvoeren van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag, volstaat het om te stellen dat dit verdrag geen directe werking heeft zodat de verzoekende partijen zich alleen al om die reden er zich niet met gunstig gevolg op kunnen beroepen.

De Raad wijst er verder op dat de Raad van State met betrekking tot artikel 22bis van de Grondwet heeft gesteld dat de bepaling onder meer stelt dat het belang van het kind de eerste overweging is bij elke

beslissing die het kind aangaat maar dit een algemene bepaling is die op zichzelf niet volstaat om toepasbaar te zijn. Er wordt immers uitdrukkelijk in bepaald dat de wet, het decreet of een in artikel 134 bedoelde regel deze rechten van het kind waarborgen (RvS 29 mei 2013, nr. 223.630). De verzoekende partijen kunnen zich bijgevolg niet rechtstreeks op deze bepaling beroepen. De Raad wijst er daarnaast op dat tijdens de parlementaire voorbereiding die tot de grondwetswijziging van 22 december 2008 met onder meer de toevoeging van artikel 22bis, vierde en vijfde lid van de Grondwet heeft geleid, in de Kamer is voorgehouden dat deze nieuwe bepaling geen directe werking heeft maar een symbolisch signaal geeft wat de plaats betreft die de kinderen en hun rechten krijgen binnen de Belgische samenleving (*Parl. St.*, Kamer, 2007-08, nr. 52- 0175/001, 6 en nr. 52-0175/005, 13 en 31-32). Ook uit de parlementaire voorbereiding in de Senaat blijkt dat ervoor werd gekozen om de op te nemen rechten 'geen louter symbolische waarde te geven, zonder ze daarom rechtstreekse werking toe te kennen', waarbij werd aangehaald dat de voorgestelde grondwetswijziging op de in artikel 23 van de Grondwet gehanteerde formule is geënt en dat de wetgever deze rechten moet invullen (*Parl. St.*, Senaat, 2007-08, nr. 3-265/3, 5).

Met hun betoog tonen de verzoekende partijen ook niet aan dat de bestreden beslissing het hoger belang van het kind miskent.

De Raad herinnert eraan dat het beginsel van het belang van het kind twee aspecten omvat, met name enerzijds het behouden van eenheid van het gezin en anderzijds het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136).

Zoals blijkt uit nazicht van het administratief dossier kan niet ernstig betwist worden dat het minderjarig kind een gezin vormt met diens ouders. Het zijn duidelijk de ouders die instaan voor de zorg en opvoeding van het kind. De Raad wijst er dienaangaande verder op dat – voor zover verzoekende partijen menen dat het kind een beschermenswaardig gezinsleven heeft met de overgrootmoeder – dit niet kan aangenomen worden. Een beschermenswaardig gezins- of familieleven tussen een minderjarige en een familielid dat niet zijn of haar ouder is, kan immers enkel worden aangenomen indien het gezins- of familielid de enige en feitelijke verzorger is van een minderjarig kind of een betekenisvolle rol speelt in het leven van het minderjarige kind en dit gezins- of familielid als vader- of moederfiguur fungeert (EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx v. België, par. 45; EHRM 9 juni 1998, nr. 22430/93, Bronda v. Italië, par. 51; EHRM 9 februari 1993, nr. 16580/90, Boyle v. Verenigd Koninkrijk). Dat dit niet het geval is, blijkt overduidelijk uit de gegevens van het administratief dossier. Zo blijkt alleen al uit de humanitaire regularisatieaanvraag van 17 januari 2022 die de verzoekende partijen hebben ingediend dat zij in België samenwonen met hun minderjarig kind en instaan voor de zorg ervan.

Het loutere feit dat de ouders zouden willen dat het kind zich vestigt bij de overgrootmoeder zodat het in België kan verblijven maakt niet dat – door de gezinsherenigingsaanvraag met de overgrootmoeder af te wijzen – het hoger belang van het kind is geschonden. Uit niks blijkt immers dat de ouders niet bij machte zijn om te zorgen voor het welzijn van hun kind. Bovendien blijkt dat – minstens – de moeder van het kind zich ook wil vestigen in België en dat zij nog steeds samenwoont met het kind. Het zijn aldus de ouders die instaan voor het welzijn van het kind. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door het betoog dat de overgrootmoeder (en/of tante) van het kind soms geld of materiële zaken zouden geven aan het kind. Nogmaals herhaalt de Raad dat de voornaamste zorgdragers voor het kind de ouders zijn en het welzijn van het kind eerder gebaat is met het bewaren van de gezinseenheid met de ouders. Uit niks blijkt dat het kind niet in normale levensomstandigheden kan opgroeien bij de ouders.

Nu de gezinsband tussen verzoekende partijen en hun kind niet aangetast wordt door de bestreden beslissing en evenmin kan gesteld worden dat het welzijn van het kind door de bestreden beslissing in het gedrang wordt gebracht, minstens tonen de verzoekende partijen dit niet op concrete wijze aan, slagen zij er niet in aan te tonen dat het hoger belang van het kind geschaad wordt door de bestreden beslissing.

De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat de bestreden beslissing werd genomen op grond van onjuiste gegevens, op kennelijk onredelijke wijze of met overschrijding van de ruime bevoegdheid waarover de verwerende partij beschikt.

Het enig middel is ongegrond.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op drieëntwintig februari tweeduizend vierentwintig door:

M. MILOJKOWIC,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

K. VERHEYDEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERHEYDEN

M. MILOJKOWIC