



Arrest

nr. 254 722 van 19 mei 2021
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

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

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIIE KAMER,

Gezien het verzoekschrift X die verklaart van Servische nationaliteit te zijn, op 19 november 2020 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 19 oktober 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 26 februari 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 18 maart 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. STAES, die loco advocaat K. VERHAEGEN verschijnt voor verzoekster en van advocaat T. SCHREURS, die loco advocaten C. DECORDIER en T. BRICOUT verschijnt voor verweerder.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 23 augustus 2016 huwde verzoekster te Servië met de heer G. L., van Belgische nationaliteit.

Op 28 augustus 2016 kwam verzoekster aan in België.

Op 22 september 2016 deed verzoekster een aankomstverklaring (bijlage 3), op grond waarvan zij werd toegelaten tot verblijf tot 27 november 2016.

Op 27 oktober 2016 diende verzoekster een aanvraag van de verblijfkaart van een familielid van een burger van de Unie (bijlage 19ter) in, als echtgenote van een Belgische onderdaan, de heer G. L. Op 27 april 2017 werd haar verblijfsrecht als familielid van een burger van de Unie erkend.

Op 17 mei 2017 werd hun kind D.L. geboren.

Op 27 maart 2018 sprak de familierechtbank te Brussel de echtscheiding uit tussen verzoekster en de heer G. L.

Op 6 mei 2019 werd ten aanzien van de verzoekster een beslissing die een einde stelt aan het recht op verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 21) genomen, als gevolg van de echtscheiding.

Op 12 juni 2019 diende verzoekster een aanvraag van een verblijfkaart van een familielid van een burger van de Unie (bijlage 19ter) in, als ouder van een Belgisch minderjarig kind, D. L.

Op 5 december 2019 nam de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Tegen deze beslissing diende verzoekster een beroep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad).

Bij arrest nr. 235 292 van 17 april 2020 vernietigde de Raad de beslissing van 5 december 2019.

Op 19 oktober 2020 weigerde de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie (hierna: de gemachtigde) opnieuw het verblijf van meer dan drie maanden aan verzoekster zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

Dit is de bestreden beslissing, die luidt als volgt:

“In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid gelezen 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 12.06.2019 werd ingediend door:

Naam: L.

Voorna(a)m(en) N.

Nationaliteit: Servië

Geboortedatum: [...] 1994

Geboorteplaats: K.

Identificatienummer in het Rijksregister: [...]

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: [...] ANTWERPEN

om de volgende reden geweigerd:

x De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie. Betrokkene vraagt gezinshereniging aan met haar Belgisch minderjarig kind, de genaamde L. D. geboren op 17.05.2017 in toepassing van artikel 40 ter, §2, eerste lid, 2° van de wet van 15.12.1980. Er werd reeds eerder een beslissing genomen betreffende deze aanvraag, echter deze werd vernietigd door de RVV. Vandaar dat heden een nieuwe beslissing moet worden genomen.

Artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 bepaalt het volgende: 'De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de familieleden van een Belg, voor zover het betreft: de familieleden vermeld in artikel 40bis §2, eerste lid. 4° die de ouders zijn van een minderjarige Belg, die hun identiteit aantonen met een identiteitsdocument en die de Belg begeleiden of zich bij hem voegen.'

Uit de gegevens van het rijksregister blijkt dat betrokkene en haar zoon niet op hetzelfde adres wonen. De notie “begeleiden” of “zich bij hem voegen”, zoals opgenomen in voormelde bepaling, hoewel dit geen permanente samenwoning hoeft te zijn, impliceert niettemin dat het betrokkene toekomt bewijzen aan te brengen dat zij een minimum aan gemeenschappelijk leven onderhoudt met de referentiepersoon en derhalve bewijzen voorlegt van een financiële en/of affectieve band met het kind in functie van wie hij het verblijfsrecht aanvraagt. Voor zover betrokkene, door voorlegging van een aantal documenten, in

figuurlijke zin wil aantonen haar kind wel degelijk te komen vervoegen door haar financiële en/of affectieve band met hem aan te tonen, werden volgende documenten voorgelegd: Verschillende arresten van het Hof van beroep te Brussel waaruit blijkt dat mevrouw met haar zoon om de twee weken een contact mag hebben met haar zoon in een bezoekersruimte gedurende minimaal 2 uur + 1 brief van een bezoekersruimte waaruit blijkt dat betrokkene de gelegenheid heeft gehad op 3 data effectief haar zoon te hebben gezien.

Onafgezien van het feit dat de ex-partner zeer weigerachtig staat tegenover contact tussen moeder en kind, kan uiteraard niet gesteld worden dat deze enkele contacten aantonen dat betrokkene mee instaat voor de zorg over het kind Zelfs al zouden de bezoeken niet stil liggen sinds september 2019, is een bezoek van minstens 2 uur om de twee weken bezwaarlijk een hechte affectieve band te noemen en al zeker niet mee de zorg opnemen over een kind. Van enige financiële zorg blijkt evenmin sprake. Nergens uit het dossier blijkt dat mevrouw op dat vlak een bijdrage levert. De huidige feitelijke situatie is dus dat er noch enige affectieve band is, noch enige financiële betrokkenheid.

Wat er precies allemaal speelt tussen die ex-partners is uiteraard een private aangelegenheid. Voor zover men echter als ouder van een Belgische kind, verblijfsrecht wenst te ontlenen aan dat kind en deze gezinssituatie a- typisch is, mag wel worden verwacht dat er voldoende sluitende bewijsstukken worden voorgelegd waaruit blijkt dat betrokkene daadwerkelijk mee instaat voor de zorg over het kind, dat er sluitende bewijzen zijn over haar financieel engagement en dat er sluitende bewijsstukken zijn over hoe de contacten (en met welke regelmaat) plaats vinden. De bewijzen van de effectieve contacten die tot op heden werden voorgelegd zijn daartoe te summier. Een verblijfsrecht toekennen aan betrokkene, terwijl ze geen effectieve affectieve en/of financiële band heeft met het kind, zou compleet voorbarig zijn.

Betrokkene heeft niet afdoende aangetoond dat zij daadwerkelijk haar zoon komt vervoegen. Vandaar dat niet kan worden vastgesteld dat aan de verblijfsvoorwaarden overeenkomstig art. 40ter van de wet is voldaan. Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het Al van betrokkene dient te worden ingetrokken.

Er werd bij het nemen van deze beslissing wel degelijk rekening gehouden met art. 8 EVRM. Betrokkene maakt sinds jaren geen deel meer uit van het kerngezin van haar kind. Zij is sinds jaren verwickeld in een vechtscheiding met de ex-echtgenoot, heeft haar kind toegewezen gekregen maar is dit recht terug kwijtgespeeld en heeft zich sindsdien kennelijk niet meer herpakt. Zo moet betrokkene kennelijk ook nog steeds beroep doen op het ocmw om in haar levensonderhoud te kunnen voorzien. Van een beschermenswaardig gezinsleven tussen moeder en kind kan daarom niet gesproken worden. De voornaamste zorgdrager van het kind is zonder twijfel de vader. Dat het in het belang is van de kleine jongen dat hij de kans krijgt zijn moeder te leren kennen en contact met haar te hebben, spreekt voor zich. Maar dat hoeft niet noodzakelijk te betekenen dat betrokkene daartoe verblijfsrecht moet krijgen in België. Betrokkene kan ook vanop afstand de relatie met haar kind in stand houden, voor zover die relatie er heden is, door gebruik van sociale media en/of occasionele bezoeken van het kind aan betrokkene of omgekeerd. Betrokkene is en blijft een gezinslid van een burger van de Unie en heeft dus het recht, voor bezoek aan het kind de EU binnen te reizen, toch voor zover er geen bezwaren zijn van openbare orde of nationale veiligheid en betrokkene over voldoende financiële middelen beschikt om haar logement te betalen. Zij is bovendien niet visumplichtig dus kan zij vrijelijk over en weer reizen vanuit haar thuisland. Betrokkene kan eveneens haar zoon vanuit het buitenland financieel ondersteunen.

Op zich hoeft de afwezigheid van betrokkene het welbevinden van het kind niet te schaden. De vader van het kind draagt de Belgische nationaliteit. Het kind woont samen met de vader in bij de moeder van de vader en heeft dus de kans om in gezinsverband op te groeien. De vader kan zoals elke andere inwoner van België beroep doen op allerlei ondersteunende initiatieven/instanties om hem bij te staan in de zorg over het kind zoals daar zijn: de kinderbijslag, kind en gezin, kinderopvang, school, gezinsondersteunende diensten allerhande, (terugbetaalde) medische verzorging, enz. Het kind was bovendien heel erg jong toen het van zijn moeder werd gescheiden, het is meer dan een jaar geleden dat het jonge kind zijn moeder nog heeft gezien. In hoeverre het kind zich bewust is van een gemis, is daarom allerm minst aannemelijk. Deze beslissing bevat trouwens ook geen bevel. Niets sluit uit dat betrokkene, eens het contact met het kind wel van die aard is dat er echt kan gesproken worden over gedeelde zorg over het kind, daadwerkelijk het moederschap opnemen, dat zij een nieuwe aanvraag tot gezinshereniging indient.

Met deze beslissing willen wij ook allerm minst afbreuk doen aan de beslissingen van de familierechtbank of jeugdrechtbank betreffende het kind. Echter, het is de bevoegdheid van de Dienst Vreemdelingenzaken om het verblijfsrecht al dan niet toe te staan aan een vreemdeling. Indien dus de bepalingen van de rechtbank geen uitvoering kunnen krijgen gezien betrokkene geen verblijfsvergunning heeft, staat het betrokkene vrij haar nieuwe verblijfssituatie kenbaar maken aan de rechtbank en kan de rechtbank een nieuwe bezoeksregeling uitwerken."

2. Rechtspleging

2.1. Ter zitting legt de raadsman van verzoekster nog een "bezoekplanner – 2021 – Antwerpen" voor in "Het Huis" als "Neutrale bezoeksruimte". Op die bezoekplanner worden twee dagen per maand aangeduid voor het hele jaar 2021. De raadsman verklaart dat op die dagen het contact tussen verzoekster en haar zontje D. moet gerespecteerd worden en dat de contacten - ondanks de coronapandemie - wederom hervat zijn. Verweerder wijst erop dat het feit dat die stukken thans ter zitting worden neergelegd, niet inhoudt dat de gemachtigde van de Dienst Vreemdelingenzaken moet geacht worden in de toekomst kennis te hebben van die stukken. Hij stelt dat verzoekster die stukken moet overmaken aan de gemachtigde. Daarnaast wijst hij erop dat op die bezoekplanner geen naam staat vermeld, zodat niet kan nagegaan worden dat het om contact tussen verzoekster en haar kind gaat. De Raad stelt vast dat deze nieuwe stukken niet voorlagen op het moment van het nemen van de beslissing, zodat hij deze niet in zijn beoordeling kan betrekken.

2.2. Bij het verzoekschrift voegt verzoekster onder meer nog een stuk 2, zijnde een e-mail van 14 augustus 2020 van verzoeksters raadvrouw aan de gemachtigde van de Dienst Vreemdelingenzaken waarbij het tussenarrest is gevoegd van het hof van beroep van 4 juni 2020. Vervolgens voegt zij een stuk 3 waaruit blijkt dat de gemachtigde per schrijven van 8 oktober 2020 aan de raadvrouw van verzoekster een update van informatie heeft gevraagd en een stuk 4, zijnde een afprint van een mailconversatie van 19 oktober 2020, waaruit blijkt dat de raadvrouw van verzoekster aan de gemachtigde onder meer vraagt rekening te houden met het hoger belang van het (jonge) kind bij het nemen van de beslissing en nog een arrest van het hof van beroep van 24 september 2020 heeft overgemaakt. In het tussenarrest van het hof van beroep van 24 september 2020 wordt samengevat wat in het tussenarrest van 4 juni 2020 werd beslist en wordt verder verduidelijkt dat op zitting van 10 september 2020 de partijen akkoord gaan dat Het Huis te Antwerpen wordt aangesteld als bezoeksruimte voor moeder en kind en de voorwaarden van het arrest van 4 juni 2020 worden bevestigd (o.a. dwangsom ten aanzien van de heer G.L. van 1000 euro als hij het kind op het afgesproken tijdstip niet naar de bezoeksruimte brengt, mogelijkheid voor de bezoeksruimte om de contacten tussen verzoekster en het kind op te bouwen waarbij verzoekster de bezoeksruimte met het kind kan verlaten). Het blijkt dat de gemachtigde deze stukken voor het nemen van de bestreden beslissing heeft gehad.

3. Onderzoek van het beroep

In het eerste en enige middel voert verzoekster onder meer de schending aan van artikel 8 van het EVRM, van artikel 40bis en artikel 40ter van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet), van de materiële motiveringsplicht, van het redelijkheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij licht het middel toe als volgt:

"Eerste onderdeel: relevante wetsbepalingen

Zoals de bestreden beslissing terecht stelt, vroeg verzoekster gezinshereniging met haar Belgisch minderjarig kind in toepassing van artikel 40ter van de Vreemdelingenwet.

Artikel 40ter, §2, 2° van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

"De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg die niet zijn recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten heeft uitgeoefend krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie :

(...)

2° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 4°, mits het de vader en moeder van een minderjarige Belg betreft die hun identiteit bewijzen door middel van een geldig identiteitsdocument en zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen."

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 4° van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

"Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd: (...) 4° de bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, die te hunnen laste zijn, die hen begeleiden of zich bij hen voegen."

Relevant zijn ook volgende Europeesrechtelijke bepalingen.

Artikel 8 EVRM bepaalt:

"1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

Artikel 7 van het Handvest heeft dezelfde inhoud en draagwijdte. (Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 303, p. 20)

Artikel 24 van het Handvest bepaalt:

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

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

3. Ieder kind heeft er recht op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist. "

Zoals Uw Raad eerder al bevestigd heeft is artikel 24.2 van het Handvest gebaseerd op het VN Kinderrechtenverdrag (zie RvV 21 februari 2013, nr. 97.183, bevestigd in cassatie door RvS 15 januari 2014, nr. 226.067). De Toelichtingen bij artikel 24 van het Handvest stellen het volgende: "Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag. (cfr. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303, 17.)

Deze Toelichtingen hebben een belangrijke interpretatieve waarde (zie RvV 21 februari 2013, nr. 97.183, bevestigd in cassatie door RvS 15 januari 2014, nr. 226.067). Krachtens artikel 52, § 7 van het Handvest zijn deze toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten en dient deze Toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de Lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

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

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

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

Tweede onderdeel: de gezinscel van verzoekster en haar minderjarige zoon

Artikel 40ter, §2, 2° van de vreemdelingenwet voorziet voor de ouder van een minderjarig Belgisch kind in de verblijfsvoorwaarde dat deze ouder het minderjarig Belgisch kind dient te begeleiden of te vervoegen.

Zoals uw Raad reeds heeft geoordeeld (RvV nr. 196 045 van 1 december 2017) dient naar analogie met vaststaande rechtspraak van de Raad van State te worden aangenomen dat de termen 'begeleiden' of 'vervoegen' moeten worden begrepen in die zin dat er een 'gezinscel' oftewel een daadwerkelijke en effectief beleefde gezinsband moet bestaan. Hiertoe is een samenwonen strikt genomen niet vereist (cf. RvS 24 april 1995, nr. 53.030; RvS 21 februari 2007, nr. 168.044).

De kernvraag is aldus of de verwerende partij correct, op kennelijk redelijke en zorgvuldige wijze kon vaststellen dat er geen gezinscel is tussen verzoekster en haar Belgische minderjarige zoon.

In het arrest van Uw Raad van 17 april 2020, waarin de eerdere weigeringsbeslissing van verwerende partij werd vernietigd, oordeelt Uw Raad dat de vraag naar een 'gezinscel' moet worden begrepen als de vraag naar een beschermenswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM. Uw Raad oordeelt ook dat deze gezinscel en dit gezinsleven tussen een moeder en een Belgisch minderjarig kind in principe wordt verondersteld en slechts in uitzonderlijke omstandigheden onbestaande is. Uw Raad oordeelde als volgt:

“Met betrekking tot de interpretatie van het in casu relevante artikel 40/er, § 2 van de vreemdelingenwet heeft het Grondwettelijk Hof (hierna: GwH) in zijn arrest nr. 121/2013 van 26 september 2013 gesteld dat deze bepaling voorziet in de mogelijkheid om een verblijf in het kader van gezinshereniging te verkrijgen voor de echtgenoot of partner van een Belgische onderdaan, voor de kinderen van de Belgische onderdaan en die van zijn echtgenoot of partner, alsmede voor de beide ouders van een minderjarige Belg. Aldus waarborgt deze bepaling het recht op gezinsleven van het kerngezin (GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.54.1.) Ook de Raad van State heeft geoordeeld dat de in artikel 40ter van de vreemdelingenwet voorziene voorwaarden de wettelijke verankering vormen van het recht op de bescherming van het gezins- en familieleven van de familieleden van een Belg die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer als burger van de Europese Unie, zodat artikel 40ter van de vreemdelingenwet conform is aan artikel 8 van het EVRM (RvS 26 juni 2015, nr. 231.772).

De bij artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de vreemdelingenwet bepaalde voorwaarde dat de vader of de moeder hun minderjarig Belgisch kind vergezellen of zich bij hem voegen, kan dan ook niet anders worden begrepen als dat de vader of moeder (derdelander) met de minderjarige Belg een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM hebben ontwikkeld. Door in artikel 40ter van de vreemdelingenwet de gezinshereniging van minderjarige Belgen met hun beide ouders toe te laten zonder bijkomende voorwaarden, houdt de wetgever met name rekening met de bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders (GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.54.2.). Bijgevolg kan de gemachtigde, ook al voorziet artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de vreemdelingenwet niet in vaste criteria met betrekking tot de voorwaarde van het "vergezellen [van de minderjarige Belg] of zich bij hem voegen" en ook al beschikt hij ter zake dus over een zekere appreciatiemarge, geen strengere voorwaarden stellen dan dat het gezinsleven tussen ouder-derdelander en diens minderjarig Belgisch kind daadwerkelijk valt onder de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming van het gezinsleven tussen ouders en hun minderjarige kinderen.

Artikel 8 van het EVRM definieert het begrip 'familie- en gezinsleven' noch het begrip 'privéleven'. Beide begrippen zijn autonome begrippen, die onafhankelijk van het nationale recht moeten worden geïnterpreteerd. Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een gezins- of privéleven moet de Raad zich plaatsen op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen {cf. EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 21; EHRM 31 oktober 2002, Yildiz/Oostenrijk, § 34; EHRM 13 februari 2001, Ezzoudhi/Frankrijk, § 25}.

Het bestaan van een gezinsleven is in wezen een feitenkwestie die afhankelijk is van de aanwezigheid van effectief beleefde hechte persoonlijke banden {cf. EHRM (GK) 2 november 2010, Serife Yigit/Turkije, § 93 en EHRM (GK) 12 juli 2001, K. en T./Finland, § 150; zie ook EHRM 13 juli 2000, Scozzari en Giunta/Italië, § 221; EHRM 27 april 2000, L./Finland, § 101; EHRM 13 juni 1979, Marckx/België, § 45}. Bijgevolg moet vooreerst worden nagegaan of er sprake is van een familie of een gezin. Vervolgens moet blijken dat in de feiten de persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden voldoende hecht is (zie EHRM 12 juli 2001, K. en T./Finland, § 150).

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat een kind dat (zoals in casu) wordt geboren uit een gehuwd of samenwonend koppel, ipso iure deel uitmaakt van dit gezin en dat bijgevolg vanaf de geboorte, en door het loutere feit ervan, een band ontstaat tussen dit kind en zijn ouders die een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM uitmaakt (EHRM (GK) 2 november 2010, Serife Yigit/Turkije, § 94; EHRM 8

januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28; EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 59; EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland, § 30; EHRM 26 mei 1994, Keegan/Ierland, §§ 44-45). Zoals de verzoekende partij terecht aangeeft, blijkt uit de rechtspraak van het EHRM aldus dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind in principe wordt verondersteld.

De (echt)scheiding van de ouders maakt geen einde aan deze als gezinsleven geldende natuurlijke band tussen ouder en kind (EHRM 26 mei 1994, Keegan/Ierland §§ 44 en 50; zie ook Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: ECRM) 13 juli 1987, Irlen/Bondsrepubliek Duitsland), ook niet ten aanzien van de ouder die hierdoor niet langer samenwoont met het kind (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 59; EHRM 21 juni 1988, Berrehab/Nederland, § 21). Ook het feit dat het kind wordt opgenomen in de pleegzorg, beëindigt de natuurlijke gezinsband niet (EHRM 25 februari 1992, Margareta en Roger Andersson/Zweden, § 72; zie ook ECRM 27 juni 1996, Johansen/Noorwegen, §52).

Om het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven vast stellen, is de samenwoning van de ouder met het minderjarig kind aldus niet noodzakelijk; wel moeten factoren aanwezig zijn die maken dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren (EHRM 8 januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30; EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland, § 30).

Zoals de verzoekende partij opnieuw terecht aanvoert, kan men enkel in uitzonderlijke omstandigheden aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven tussen ouder en diens minderjarig kind (EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28; EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland; §32). Omstandigheden zoals het gegeven dat een ouder vlak na de scheiding geen pogingen ondernam om zijn kind te zien of zich niet aan de afspraken hield wanneer hij dit wenste, en dat nadat het contact was hersteld, het kind en de ouder elkaar niet op regelmatige basis, maar slechts af en toe ontmoeten, maken volgens het Hof niet zulke uitzonderlijke omstandigheden uit (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland §60).

Aangezien dit de wil is van de wetgever om middels de voorwaarden artikel 40ter, §2, eerste lid, 2° van de vreemdelingenwet de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming van de bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders te verzekeren, moet de gemachtigde de voorwaarde van het “vergezellen [van de minderjarige Belg] of zich bij hem voegen” invullen op een manier die in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM inzake het voormelde artikel 8.

In casu is verwerende partij ervan op de hoogte dat verzoekster niets liever wil dat haar kind meer zien dan ze tot nu kon. Ze doet alles wat ze kan om haar kind te zien, hem lief te hebben en te verzorgen. In totale weerwil van wat verzoekster zou willen, wordt dit haar momenteel ontnomen door haar ex-partner, die manifest weigert om dit contact te laten doorgaan.

Dit werd objectief vastgesteld door het Hof van Beroep te Antwerpen nadat er sociale onderzoeken plaatsvonden. Verwerende partij weet dat het Hof van Beroep van oordeel is dat het louter door de houding van haar ex-partner is dat verzoekster haar kind zo weinig ziet. Het Hof heeft het contactherstel bevolen en heeft dwangsommen opgelegd om verzoekster toe te laten haar kind te zien.

Het Hof heeft ook het Vertrouwenscentrum Kindermishandeling ingeschakeld, omdat moet onderzocht waarom de vader het contact van zijn kind met verzoekster weigert. Mogelijks begaat de vader kindermishandeling door zijn kind te scheiden van zijn moeder.

Verwerende partij weet ook dat verzoeksters kind nu 3 jaar oud is en dat communicatie vanop afstand op die leeftijd absoluut niet evident is.

Verwerende partij werd op al deze elementen uitdrukkelijk gewezen door verzoeksters raadsman en kon ze ook terugvinden in de voorgelegde stukken.

Toch oordeelt verwerende partij dat er geen gezinscel is tussen verzoekster en haar minderjarig kind in de zin van artikel 40ter van de vreemdelingenwet en weigert ze bijgevolg het verblijf aan verzoekster.

Verwerende partij erkent in de bestreden beslissing de weigerachtige houding van verzoeksters ex-partner, maar stelt dat de effectieve contacten tussen verzoekster en haar kind niet van die aard zijn om

te kunnen stellen dat ze een hechte affectieve band hebben en dat verzoekster de zorg van haar kind mee opneemt. Omdat de gezinssituatie atypisch is, verwacht verwerende partij dat sluitende bewijsstukken worden voorgelegd over het financieel engagement van verzoekster en bewijsstukken van hoe en met welke regelmaat de bezoeken plaatsvinden. Aangezien dit volgens verwerende partij niet het geval is, komt verzoekster volgens verwerende partij niet daadwerkelijk haar zoon vervoegen en wordt haar het verblijf geweigerd.

Verwerende partij vindt dat verzoekster 'sinds jaren' geen deel meer uitmaakt van het kerngezin van haar zoontje en dat er geen sprake is van een beschermenswaardig gezinsleven.

Echter, met deze motivering vult verwerende partij de verblijfsvoorwaarde van artikel 40ter, §2, eerste lid, 2° Vw. voor verzoekster niet in op een manier die in overeenstemming is met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens omtrent artikel 8 EVRM. Nochtans had Uw Raad op deze vereiste expliciet gewezen in het tussengekomen arrest van 17 april 2020.

Verwerende partij miskent dat de gezinsband tussen verzoekster en haar zoon D. is ontstaan door het loutere feit van zijn geboorte en dat de gezinsband tussen hen wordt verondersteld. Er zijn in casu geen uitzonderlijke omstandigheden waaruit zou blijken dat er geen gezinsband is.

Verzoekster heeft D. op de wereld gezet, heeft zich vanaf dat moment als zijn moeder beschouwd en heeft zich hiernaar gedragen. Verzoekster heeft altijd en tot op vandaag het ouderlijk gezag gehad over D. en hem liefgehad. In eerste aanleg werd het hoofdverblijf van D. aan haar toegekend. Het hoofdverblijf is in graad van beroep tijdelijk aan zijn vader toegekend, net omdat verzoekster zich omwille van het gebrek aan verblijfsrecht in een precaire situatie bevond. Verwerende partij houdt dit nu in stand.

Verzoekster heeft altijd het recht gehad om haar zoon te zien en te bezoeken en heeft dit altijd willen doen. Zelf lijdt verzoekster enorm onder het feit dat zij haar zoon al zo lang niet meer heeft kunnen zien. Het is door toedoen van haar ex-partner dat de contacten tussen verzoekster en haar zoon minimaal zijn geweest. Hij heeft manifest geweigerd om zijn zoon zijn moeder te laten zien. Het Hof van Beroep heeft hem daarvoor dwangsommen opgelegd en is duidelijk in de tussenarresten: D. moet zijn moeder kunnen zien en dit is in zijn belang.

Verwerende partij stelt dat het voorbarig om verblijfsrecht toe te kennen, maar het is net andersom. Het is in de huidige omstandigheden voorbarig om het verblijfsrecht te weigeren omdat er tot op vandaag een gezinsband bestaat tussen verzoekster en haar zoon. Het is voorbarig om te stellen dat verzoekster geen deel zou uitmaken van het kerngezin van haar zoon. Mocht de procedure met betrekking tot de omgangsregeling zo uitdraaien dat verzoekster uit het ouderlijk gezag zou worden ontzet en omgang met haar kind zou worden geweigerd, dan kan verwerende partij nog altijd het verblijfsrecht van verzoekster afnemen aangezien zij dan niet meer zou voldoen aan de gestelde voorwaarde.

Verwerende partij stelt dat "wat er zich allemaal afspeelt" tussen verzoekster en haar ex-partner een private aangelegenheid is. Echter, aangezien de beoordeling van het gezinsleven onder artikel 8 EVRM een feitenkwestie is, doet dit wel degelijk ter zake. Voor de beoordeling van dit gezinsleven is het relevant dat verzoekster niet liever zou willen dan D. bij zich hebben en de moederrol op zich zou kunnen nemen. Deze intenties zijn relevant. Het is eveneens relevant dat verzoekster het contact met haar zoon via de juridische weg probeert af te dwingen en alles doet wat in haar mogelijkheid is om haar zoon te zien. Het is relevant dat het feit dat er slechts beperkte effectieve contacten zijn geweest tot hiertoe enkel en alleen te wijten is aan de houding van haar ex-partner. Het is ook relevant dat het Hof van Beroep van mening is dat verzoekster haar zoon moet kunnen zien en de houding van de ex-partner veroordeelt.

Verwerende partij stelt in de bestreden beslissing ook dat de gezinssituatie van verzoekster atypisch is en lijkt daarom een hogere bewijslast op te leggen. Echter, een echtscheiding en helaas ook een vechtscheiding zijn niet bijzonder atypisch. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde al dat een echtscheiding geen einde maakt aan de gezinsband tussen de ouder en het kind, ook al ziet een ouder het kind na de echtscheiding tijdelijk niet en ook al ontmoeten de ouder en het kind elkaar maar af en toe. (zie rechtspraak hierboven)

Verwerende partij vermeldt in de bestreden beslissing ook dat verzoekster steun krijgt van het

OCMW en dat zij zich niet zou hebben 'herpakt'. Deze stelling van verwerende partij is geheel irrelevant, aangezien het financieel vermogen van verzoekster niets zegt over de gezinsband die zij heeft met haar zoon.

Verwerende partij stelt ook dat verzoekster en haar zoon hun gezinsleven vanop afstand en via sociale media zouden kunnen beleven. Echter, verwerende partij weet dat verzoeksters zoon 3 jaar oud is. Het is kennelijk onredelijk om op zo'n jonge leeftijd te verwachten dat een gezinsband (met een moeder!) kan worden onderhouden vanop afstand en via sociale media.

In tegenstelling tot wat verwerende partij in de bestreden beslissing stelt, is wel degelijk sprake van een beschermingswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM tussen verzoekster en haar zoontje en bijgevolg voldoet verzoekster aan de verblijfsvoorwaarde van artikel 40ter, §2, eerste lid, 2° Vw.

Uit het geheel van de voorgelegde stukken blijkt dat verzoekster wel degelijk een sterke affectieve band heeft met haar zoontje, en dat er dus sprake is van een gezinscel, en dat het enkel door omstandigheden buiten haar wil (zoals intra familiaal geweld, het intrekken van haar verblijfsrecht als gevolg van de breuk met de vader van haar kind na intra familiaal geweld, het gebrek aan medewerking van de vader van het kind aan de omgangsregeling met het kind, en de moeilijkheden op het vlak van de tewerkstelling en huisvesting die gepaard gaan met een voorlopig verblijfsrecht onder de vorm van een attest van immatriculatie) zo is dat verzoekster in materiële zin geen zorg kan dragen voor haar zoontje. Aan deze onmogelijkheid draagt verwerende partij nota bene zelf bij door aan verzoekster verblijfsrecht als moeder van een Belgisch minderjarig kind te weigeren.

Verzoekster verwijst hiervoor niet alleen naar de stukken die werden voorgelegd na het arrest van Uw Raad van 17 april 2020, maar ook naar de stukken die reeds voordien werden bijgebracht en ook besproken door Uw Raad.

In casu verplicht artikel 8 EVRM om aan verzoekster een verblijfsrecht toe te kennen. Immers, artikel 8 EVRM verbiedt enerzijds aan lidstaten om zich op ongerechtvaardigde manier, d.w.z. niet in overeenstemming met de voorwaarden van artikel 8, lid 2 EVRM, in te mengen in het gezins- en privéleven. Anderzijds legt artikel 8 EVRM in bepaalde omstandigheden ook positieve verplichtingen op aan een lidstaat om een verblijfsmachtiging toe te kennen ter bescherming van het gezinsleven. Ook in dit kader is een belangenafweging vereist. (EHRM 28 juni 2011, Nunez t. Noorwegen, § 68; EHRM 26 april 2007, Konstantinov t. Nederland, § 46; EHRM 1 december 2005, Tuquabo-Tekle e.a. t. Nederland, §42; EHRM 28 november 1996, Ahmut t. Nederland, § 63; EHRM 1 februari 1996, Gul t. Zwitserland, § 63.).

Bij dit onderzoek naar het gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM en de eventuele hieruit voortvloeiende positieve verplichting om een verblijfsmachtiging af te leveren, heeft verwerende partij een zekere appreciatiemarge. Het recht op eerbiediging van het gezins- en privéleven is immers niet absoluut.

Wel heeft deze appreciatiemarge bepaalde grenzen. Er dient immers een proportionaliteitstoets te gebeuren tussen de individuele belangen van de aanvrager van de verblijfsmachtiging en de belangen van de lidstaat waar de verblijfsmachtiging wordt aangevraagd. De inhoud van deze proportionaliteitstoets wordt bepaald door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

In het arrest nr. 127.171 van 17 juli 2014 lichtte Uw Raad het onderzoek en de proportionaliteitstoets onder artikel 8 EVRM als volgt toe:

"Verdragsluitende Staten [zijn] er wei toe gehouden om, binnen de beleidsrange waarover zij beschikken, een billijke afweging (of zoals verzoeker stelt: een proportionaliteitstoets) te maken tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang (zie EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 68-69). In zaken die zowel op een gezinsleven als op immigratie betrekking hebben, zal de omvang van de negatieve dan wei positieve verplichtingen van een Verdragsluitende Staat in het kader van artikel 8 van het EVRM afhankelijk zijn van de individuele omstandigheden van de betrokken persoon en het algemeen belang (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 140).

De beleidsmarge van verdragsluitende staten wordt overschreden wanneer zij geen billijke afweging maken tussen het algemeen belang, enerzijds, en het belang van het individu, anderzijds. Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen dienen de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel te zijn. Dit vereist een correcte belangenafweging waarbij rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden die de individuele zaak kenmerken. Zo stelt de rechtspraak van het EHRM dat er onder meer rekening moet worden gehouden met de aard en ernst van de gepleegde strafbare feiten, de tijdsduur van het verblijf in het gastland, de tijdsduur die is verstreken sinds het strafbare feit is gepleegd en het gedrag van verzoeker sindsdien, de gezinssituatie van verzoeker, de omvang van de band met het land van herkomst, het bestaan van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven elders normaal kan worden uitgebouwd, de vraag of het gezinsleven werd ontwikkeld tijdens een periode dat de betrokken personen wisten dat gezien de verblijfsstatus van één van hen, het onmiddellijk duidelijk was dat het voorzitten van het gezinsleven op het grondgebied van de Verdragsluitende staat een precair karakter zou kennen. Indien zulke situatie zich voordoet dan zal enkel in uitzonderlijke omstandigheden een schending van artikel 8 van het EVRM worden vastgesteld (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 142; EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 70).(...)

De algemene stelling, die de verwerende partij aanhangt, dat een rechtmatige toepassing van de vreemdelingenwet geen schending van artikel 8 van het EVRM kan uitmaken, volstaat niet en kan niet worden bijgetreden (RvS 26 mei 2009, nr. 193.522). De toepassing van de vreemdelingenwet moet aan de voorwaarden van artikel 8 van het EVRM worden getoetst. Er rust bijgevolg een onderzoeksplicht bij de Verdragsluitende Staten: bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing dienen steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht in het kader van een billijke belangenafweging conform artikel 8 van het EVRM (EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, Raza v. Bulgarije, par. 54)."

In casu gaat het niet om een eerste toelating. Verzoekster werd reeds gemachtigd tot verblijfsrecht. Dit verblijfsrecht werd beëindigd nadat zij slachtoffer werd van feiten van intrafamiliaal geweld en uit de echt scheidde. Tijdens dat verzoekster in wettig verblijf was in het kader van gezinshereniging met haar toenmalige echtgenoot werd zij moeder van de huidige referentiepersoon. Kort nadat haar verblijfsrecht werd beëindigd, diende zij de huidige verblijfsaanvraag in. In casu bestaan er dus wel degelijk positieve verplichtingen in hoofde van verwerende partij.

Zelfs al zou Uw Raad van oordeel zijn dat er geen positieve verplichting bestaat om verzoekster verblijfsrecht toe te kennen, dan nog is verwerende partij in casu haar negatieve verplichtingen niet nagekomen. Verwerende partij heeft immers geen enkele toetsing doorgevoerd van de inmenging in het gezinsleven op grond van paragraaf 2 van artikel 8 EVRM. Verwerende partij is niet nagegaan of de inmenging voorzien is bij wet, een legitiem doel nastreeft en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Er werd geen proportionaliteitstoets doorgevoerd.

In casu is de bestreden beslissing niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

Ook om deze reden is de bestreden beslissing onwettig.

Tweede onderdeel: het hoger belang van het kind

Artikel 8 EVRM verplicht lidstaten daarnaast ook om rekening te houden met het hoger belang van de kinderen bij het nemen van administratieve beslissingen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in het arrest *Jeunesse t. Nederland* van 3 oktober 2014 duidelijk gesteld in welke mate lidstaten het belang van het kind moeten laten primeren.

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

"109. Where children are involved, their best interests must be taken into account (see *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, no. 60665/00, § 44, 1 December 2005; *mutatis mutandis*, *Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, §§ 139-140, 19 January 2012; *Neulinger and Shuruk v.*

Switzerland, cited above, § 135; and X v. Latvia [GC], no. 27853/09, § 96, ECHR 2013). On this particular point; the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see Neulinger and Shuruk v. Switzerland, cited above, § 135, and X v. Latvia, cited above, § 96). Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it."

Ook op grond van artikel 24 van het Handvest was verwerende partij verplicht om bij het nemen van de bestreden beslissing rekening te houden met het hoger belang van het kind.

Verzoeksters raadsman wees verwerende partij hier expliciet op: "Mag ik u tot slot uitdrukkelijk vragen om bij het nemen van een beslissing ook rekening te houden met het hoger belang van het kind, zoals o.a. voorzien door artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie? Gezien de omstandigheden in dit dossier lijkt een weigering van verblijfsrecht aan de moeder volgens mij moeilijk in overeenstemming te brengen met het hoger belang van het kind. Het Hof van Beroep oordeelde ook al dat het contactherstel tussen het kind en de moeder in het belang van het kind is. Gezien de tegenwerking van de vader en de jonge leeftijd van het kind is het onrealistisch om te denken dat dit contactherstel zou kunnen plaatsvinden indien de moeder moet terugkeren naar haar land van herkomst. Ook vanuit onwettig verblijf is dit voor mevrouw LAZIC uiteraard veel moeilijker, gezien zij zich dan in een nog precairere situatie zal bevinden. Weigering van verblijf betekent o.a. dat zij niet kan werken, geen huisvesting, geen mutualiteit, etc. meer zal hebben en dus veel moeilijker zal kunnen instaan voor de zorgen van haar kind. " (stuk 4)

Verwerende partij stelt in de bestreden beslissing dat ze is genomen in overeenstemming met het hoger belang van het kind. Verwerende partij stelt dat het in het belang is van D. om zijn moeder te leren kennen en contact te hebben, maar stelt dat dit niet noodzakelijk betekent dat verzoekster verblijfsrecht moet worden toegekend. Volgens verwerende partij wordt het belang van D. gerespecteerd omdat zijn moeder hem zal kunnen bezoeken vanuit haar land van herkomst, sociale media kan gebruiken en hem financieel kan ondersteunen.

Verwerende partij meent dat de afwezigheid van verzoekster het welzijn van haar kind niet hoeft te schaden, aangezien D. bij zijn vader en grootmoeder woont en dus in gezinsverband kan opgroeien. De vader kan ook beroep doen op hulpinitiatieven. Verwerende partij stelt ook op dat D. heel jong was toen hij van zijn moeder werd gescheiden en het dus niet aannemelijk is dat hij zijn moeder bewust mist.

Deze motivering van verwerende partij is kennelijk onredelijk. De motivering stelt verzoekster bovendien niet in staat om te begrijpen waarom geen rekening wordt gehouden met de bezorgdheden van haar raadsman, nl. dat de jonge leeftijd van D. er net op wijst dat de aanwezigheid van zijn moeder wel degelijk in zijn belang is en dat contact vanuit het land van herkomst of vanuit onwettig verblijf niet evident zal zijn gezien het contact door de vader al enorm wordt bemoeilijkt nu verzoekster nog in wettig verblijf was tijdens de gezinsherenigingsprocedure. De motivering laat ook niet toe om te begrijpen waarom verwerende partij afwijkt of zich in de plaats stelt van het Hof van Beroep te Antwerpen, dat oordeelde dat het in het hoger belang van D. is dat het contact met de moeder intensiever wordt. Zoals blijkt uit het voorgelegde arrest van 24 september 2020 oordeelde het Hof dat verzoekster minstens haar zoon moet kunnen zien om de twee weken en dat zij de bezoekerimte met hem mag verlaten. Een tweewekelijks contact is ondenkbaar indien verzoekster geen wettig verblijf heeft.

Het Hof oordeelde o.a. dat "zowel in het maatschappelijk verslag als door het hof het grote belang werd benadrukt van regelmatige contacten tussen moeder en kind en het verzet van de heer G.L. tegen elke omgangsregeling in afwachting van een deskundigenonderzoek niet aanvaardbaar was. (...)
Het hof achtte het noodzakelijk om een zeer duidelijk kader voorop te stellen:

- in een korte fase contactopbouw via de bezoekerimte, waarbij de heer G.L. onmiddellijk na het arrest contact diende op te nemen met de "Espace Rencontre" om zo spoedig mogelijk nieuwe afspraken te maken met het oog op contacten tussen moeder en kind; de bezoekerimte mocht hierbij verlaten worden, volgens afspraak met de bezoekerimte;

vervolgens een evaluatie op korte termijn om na te gaan of de heer G. L. de beslissing correct en zonder problemen zou naleven, waarna beslist zou worden over de verdere verblijfsregeling en het hoofdverblijf van het kind. " (stuk 5)

Wanneer het Hof van Beroep oordeelt dat minstens een tweewekelijks contact in het belang van verzoeksters zoon is, is het onbegrijpelijk waarom verwerende partij stelt dat het contact kan worden verdergezet vanop afstand. Verwerende partij had kennis hiervan en de attaché bevestigde zelfs uitdrukkelijk dat ze het arrest zou lezen.

Verzoeksters raadsman bezorgde verwerende partij ook de informatie die hij kreeg van de raadsman die verzoekster bijstaat in de procedure met betrekking tot de omgangsregeling. Deze raadsman stelt:

"In deze procedure in graad van beroep (de rechter in eerste aanleg kende het kind zijn hoofdverblijf aan de moeder toe en het parket diende manu militari in april 2018 het kind bij de vader weg te halen) werkt vader niet mee. Het advies van het parket generaal is op elke zitting dat het kind aan moeder dient toevertrouwd te worden zoals ik telkens vorder en we niet langer kunnen blijven talmen.

Het hof deelde vader mee dat de schade die hij aan zijn zoon aanricht onomkeerbaar is: dat een kind recht heeft op een vader en een moeder.

Ook het VK is intussen gelast door het parket in dit dossier: zowel mevrouw als mijnheer hadden een gesprek in de voorbije zomer bij het VK.

Dit is uiteindelijk de laatste stap voor een protectioneel dossier bij de jeugdrechtbank geopend kan worden, bij gebrek aan medewerking van de vader.

Mevrouw L. was steeds op elke uitnodiging van de bezoekerimte espace rencontre aanwezig in het verleden alsook op elke zitting voor het Hof van beroep.

Mevrouw L. verlangt ernaar haar kind zo spoedig mogelijk te huisvesten en ik zie niet in waarom het hof haar dit niet zou toestaan eens het contactherstel eindelijk kan doorgaan. " (stuk 4)

Verwerende partij houdt geen rekening met de stukken en de informatie die zich in het dossier van verzoekster bevinden en schendt hierdoor de motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht. De houding van verwerende partij is kennelijk onredelijk en dus schendt zij ook het redelijkheidsprincipe.

De bestreden beslissing is manifest strijdig met het principe van het hoger belang van het kind en met artikel 8 EVRM en artikel 40ter van de Vreemdelingenwet, die erop gericht zijn het gezinsleven tussen verzoekster en haar zoon te beschermen.

Om al deze redenen is de bestreden beslissing onwettig en moet ze vernietigd worden."

In het eerste en enige middel voert verzoekster onder meer de schending aan van de materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van artikel 40ter van de Vreemdelingenwet en van artikel 8 van het EVRM.

Na een theoretische uiteenzetting van de relevante regelgeving wijst verzoekster erop dat artikel 40ter § 2, 2° van de Vreemdelingenwet voorziet voor de ouder van een minderjarig Belgisch kind, dat de ouder het minderjarig Belgisch kind moet begeleiden of vervoegen. Verzoekster wijst op de rechtspraak van de Raad van State waarin wordt aangenomen dat de termen "begeleiden" of "vervoegen" moeten worden begrepen in de zin dat een gezinscel of een daadwerkelijk en effectief beleefde gezinsband moet bestaan, waarvoor samenwonen strikt genomen niet is vereist. Verzoekster definieert de kernvraag als dat moet nagegaan worden of de gemachtigde op redelijke en zorgvuldige wijze kon vaststellen dat er geen gezinscel is tussen verzoekster en haar minderjarige zoon. Verzoekster verwijst vervolgens naar het arrest nr. 235 292 van 17 april 2020 van de Raad waarin de eerdere bijlage 20 werd vernietigd en waarin de Raad heeft geoordeeld dat de gezinscel en het gezinsleven tussen moeder en een Belgisch minderjarig kind in principe worden verondersteld en enkel in uitzonderlijke omstandigheden onbestaande zijn. Verzoekster citeert vervolgens uitgebreid uit dit arrest van de Raad. In dit arrest wees de Raad reeds op rechtspraak van onder meer het Grondwettelijk Hof waarin dit Hof heeft gesteld dat door in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet de gezinshereniging van minderjarige Belgen met hun beide ouders toe te laten zonder bijkomende voorwaarden, de wetgever rekening houdt met de

bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders (GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.54.2). De Raad verwees eveneens reeds naar rechtspraak van de Raad van State waarin hij heeft geoordeeld dat de in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet voorziene voorwaarden de wettelijke verankering vormen van het recht op de bescherming van het gezins- en familieleven van de familieleden van een Belg, die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer als burger van de Europese Unie, zodat artikel 40ter van de Vreemdelingenwet conform is aan artikel 8 van het EVRM (RvS 26 juni 2015, nr. 231.772). De Raad stipte verder aan dat bijgevolg de gemachtigde, ook al voorziet artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet niet in vaste criteria met betrekking tot de voorwaarde van het "vergezellen [van de minderjarige Belg] of zich bij hem voegen" en ook al beschikt hij ter zake dus over een zekere appreciatiemarge, geen strengere voorwaarden mag stellen dan dat het gezinsleven tussen ouder-derdelander en diens minderjarig Belgisch kind daadwerkelijk valt onder de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming van het gezinsleven tussen ouders en hun minderjarige kinderen. Vervolgens ging de Raad in op de invulling door het EHRM van het familie- en gezinsleven en meer bepaald de relevante rechtspraak aangaande de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind, dat wordt verondersteld, ook in geval van echtscheiding en ook in geval van bv. opname in de pleegzorg. Het Hof vereist wel dat er factoren moeten aanwezig zijn die maken dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren. Specifiek verwees de Raad onder meer naar het arrest Ciliz tegen Nederland van 11 juli 2000 waarin het Hof preciseert dat enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden aangenomen dat er geen sprake is van een gezinsleven tussen een ouder en diens minderjarig kind, en dat ook indien een ouder vlak na de scheiding geen pogingen ondernam om zijn kind te zien of zich niet aan de afspraken hield wanneer hij dit wenste, en dat nadat het contact was hersteld, het kind en de ouder elkaar niet op regelmatige basis, maar slechts af en toe ontmoetten er toch niet kan aangenomen worden dat er geen beschermingswaardig gezinsleven tussen die ouder en kind is. De Raad stipte in het voormelde arrest reeds aan dat nu het de wil van de wetgever is om middels de voorwaarden van artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming van de bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders te verzekeren, de gemachtigde de voorwaarde van het "voegen bij" moet invullen in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 van het EVRM.

Verzoekster vervolgt dat de gemachtigde weet dat zij niets liever wil dan haar kind meer zien dan dat zij tot nu kon, maar dat dit haar wordt ontnomen door haar ex-man die manifest weigert het contact te laten doorgaan. Ze verwijst naar de objectieve vaststellingen van het hof van beroep te Antwerpen nadat er sociale onderzoeken hebben plaatsgevonden. Het hof heeft een contactherstel bevolen en heeft dwangsommen opgelegd om verzoekster toe te laten haar kind te zien. Verder wijst verzoekster op de passage waarin de gemachtigde verwacht dat er "sluitende bewijsstukken" worden voorgelegd over het financieel engagement van verzoekster en bewijsstukken van hoe en met welke regelmaat de bezoeken plaatsvinden. Omdat verzoekster dit niet doet, meent de gemachtigde dat zij haar zoon niet werkelijk komt vervoegen. Verzoekster stelt (opnieuw) dat de gemachtigde hierdoor de verblijfsvoorwaarde van artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet niet invult op een manier die overeenstemt met de rechtspraak van het EHRM omtrent artikel 8 van het EVRM, terwijl de Raad hier nochtans reeds op had gewezen in het arrest van 17 april 2020. Verzoekster herhaalt dat door het loutere feit van de geboorte de band tussen een moeder en een kind wordt verondersteld en dat er geen uitzonderlijke omstandigheden zijn waaruit blijkt dat er geen gezinsband is. Ze stipt aan dat zij vanaf de geboorte en tot op vandaag het ouderlijk gezag over D. heeft gehad, dat zij ook in eerste aanleg het hoofdverblijf kreeg toegekend maar dat dit in graad van beroep tijdelijk aan de vader werd toegekend omwille van haar gebrek aan verblijfsrecht, waardoor zij zich in een precaire situatie bevindt. Het is evenwel door toedoen van de ex-man dat de contacten met D. minimaal zijn geweest, daarom dat het hof van beroep ook dwangsommen heeft opgelegd en heeft gesteld dat D. zijn moeder moet kunnen zien aangezien dat dit in zijn belang is. Verzoekster gaat in op het motief waar de gemachtigde stelt dat "wat er allemaal speelt tussen de ex-partners een private aangelegenheid is" en stipt aan dat dit wel degelijk relevant is aangezien het beperkt aantal effectieve contacten enkel en alleen te wijten is aan de houding van de ex-partner. Het is ook relevant dat zij haar contact met haar zoon via juridische weg probeert af te dwingen. Verzoekster verwijst aangaande haar volgens de gemachtigde "atypische gezinssituatie" op de rechtspraak van het EHRM die de band tussen een ouder en minderjarig kind erkent, ook in geval een kind na een echtscheiding niet samenwoont met een van de ouders en ook als het kind de ouder maar af en toe ontmoet.

Verzoekster herhaalt dat de gemachtigde weet dat zij niets liever wil dan haar kind meer te zien en hem te verzorgen, maar dat die kans haar wordt ontnomen door haar ex-man die manifest weigert om het contact te laten doorgaan. Verzoekster stipt aan dat haar kind drie jaar oud was op het ogenblik van het

nemen van de beslissing en stelt dat de gemachtigde weet dat communicatie vanop afstand met een kind op die leeftijd niet evident is. Zij acht het kennelijk onredelijk om op zo'n jonge leeftijd te verwachten dat de gezinsband met de moeder kan worden onderhouden vanop afstand en via sociale media. Verzoekster stipt verder aan dat uit het geheel van de voorgelegde stukken blijkt dat zij wel degelijk een sterke affectieve band heeft met haar kind en er dus sprake is van een gezinscel en verwijst daarbij naar alle stukken die ze aan de gemachtigde heeft overgemaakt na het arrest van 17 april 2020 en tevens naar de stukken die reeds voordien werden voorgelegd. Met verwijzing naar een arrest van de Raad wijst verzoekster erop dat in het kader van de belangenafweging moet rekening gehouden worden met de concrete omstandigheden die de individuele zaak kenmerken. Meer specifiek wijst ze daarbij op het hoger belang van het kind en het arrest Jeunesse van het EHRM dat nogmaals toelicht dat er een brede consensus bestaat dat in de beslissingen waarbij kinderen betrokken zijn, voldoende gewicht moet gehecht worden aan het hoger belang van het kind en de lidstaten oog moeten hebben voor de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van de maatregel. Verzoekster acht de motieven in de bestreden beslissing over het hoger belang van haar zoon kennelijk onredelijk en stipt aan dat geen rekening is gehouden met de bezorgdheid die de raadvrouw heeft kenbaar gemaakt voor de bestreden beslissing, met name de jonge leeftijd van D. Evenmin laten de motieven toe te begrijpen waarom de gemachtigde afwijkt van het oordeel van het hof van beroep dat oordeelde dat het in het hoger belang van D. is dat het contact met zijn moeder intensiever wordt. Het hof van beroep oordeelde immers dat minstens een tweewekelijks contact moet gewaarborgd worden, zodat het standpunt van de gemachtigde onbegrijpelijk is dat dit contact vanop afstand zou kunnen worden verder gezet. Verzoekster concludeert dat geen rekening is gehouden met de stukken en de informatie die zich in het dossier bevinden waardoor de motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht zijn geschonden. Ze acht de beslissing ook kennelijk onredelijk, strijdig met het hoger belang van het kind en dus met artikel 8 van het EVRM en artikel 40ter van de Vreemdelingenwet, die erop gericht zijn het gezinsleven tussen verzoekster en haar zoon te beschermen.

Beoordeling

Bij de beoordeling van de materiële motivering behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen (RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt de overheid de verplichting op haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411; RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat de administratie bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

De voorgehouden schending van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt onderzocht in het licht van de bepaling waarop de bestreden beslissing steunt, met name artikel 40ter van de Vreemdelingenwet, waarvan verzoekster eveneens de schending aanvoert.

Artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

“§ 2. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg die niet zijn recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten heeft uitgeoefend krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie :

2° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 4°, mits het de vader en moeder van een minderjarige Belg betreft die hun identiteit bewijzen door middel van een geldig identiteitsdocument en zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen.”

Het wordt in de bestreden beslissing niet betwist dat de referentiepersoon D. L. een minderjarige Belg is. Evenmin wordt betwist dat de verzoekster de moeder van het betrokken kind is en de identiteit is bewezen door middel van een geldig identiteitsdocument.

De gemachtigde stelt evenwel dat niet afdoende is aangetoond dat verzoekster daadwerkelijk haar zoon komt vervoegen, zodat niet aan de voorwaarden overeenkomstig artikel 40ter van de Vreemdelingenwet is voldaan.

De Raad verwees aangaande de voorwaarde van het “vergezellen of zich voegen bij” reeds in het arrest nr. 235 292 van 17 april 2020 naar rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waarbij dit Hof in zijn arrest nr. 121/2013 van 26 september 2013 over het in casu relevante artikel 40ter, § 2 van de Vreemdelingenwet heeft gesteld dat: *“Artikel 40ter van de wet van 15 december 1980 voorziet in de mogelijkheid om een verblijf in het kader van gezinshereniging te verkrijgen voor de echtgenoot of partner van een Belgische onderdaan, voor de kinderen van de Belgische onderdaan en die van zijn echtgenoot of partner, alsmede voor de beide ouders van een minderjarige Belg. Aldus waarborgt die bepaling het recht op gezinsleven van het kerngezin.”* (GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.54.1. (eigen onderlijnen). Ook de Raad van State heeft geoordeeld dat de in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet voorziene voorwaarden de wettelijke verankering vormen van het recht op de bescherming van het gezins- en familielevens van de familieleden van een Belg die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer als burger van de Europese Unie, zodat artikel 40ter van de Vreemdelingenwet conform is aan artikel 8 van het EVRM (RvS 26 juni 2015, nr. 231.772).

De bij artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet bepaalde voorwaarde dat de vader of de moeder hun minderjarig Belgisch kind vergezellen of zich bij hem voegen, kan dan ook niet anders worden begrepen als dat de vader of moeder (derdelander) met de minderjarige Belg een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM hebben ontwikkeld. *“Door in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet de gezinshereniging van minderjarige Belgen met hun beide ouders toe te laten zonder bijkomende voorwaarden, houdt de wetgever met name rekening met de bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders”* (GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.54.2. eigen onderlijnen). Bijgevolg kan de gemachtigde, ook al voorziet artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet niet in vaste criteria met betrekking tot de voorwaarde van het “vergezellen [van de minderjarige Belg] of zich bij hem voegen” en ook al beschikt hij ter zake dus over een zekere appreciatiemarge, geen strengere voorwaarden stellen dan dat het gezinsleven tussen de ouder-derdelander en diens minderjarig Belgisch kind daadwerkelijk valt onder de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming van het gezinsleven tussen ouders en hun minderjarige kinderen.

Het voormelde artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

“1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Artikel 8 van het EVRM definieert het begrip ‘familie- en gezinsleven’ noch het begrip ‘privéleven’. Beide begrippen zijn autonome begrippen, die onafhankelijk van het nationale recht moeten worden geïnterpreteerd. Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een gezins- of privéleven moet de Raad zich plaatsen op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen (cf. EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 21; EHRM 31 oktober 2002, Yildiz/Oostenrijk, § 34; EHRM 13 februari 2001, Ezzoudhi/Frankrijk, § 25).

Het bestaan van een gezinsleven is in wezen een feitenkwestie die afhankelijk is van de aanwezigheid van effectief beleefde hechte persoonlijke banden (cf. EHRM (GK) 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije, § 93 en EHRM (GK) 12 juli 2001, K. en T./Finland, § 150; zie ook EHRM 13 juli 2000, Scozzari en Giunta/Italië, § 221; EHRM 27 april 2000, L./Finland, § 101; EHRM 13 juni 1979, Marckx/België, § 45). Bijgevolg moet vooreerst worden nagegaan of er sprake is van een familie of een gezin. Vervolgens moet blijken dat in de feiten de persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden voldoende hecht is (zie EHRM 12 juli 2001, K. en T./Finland, § 150).

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat een kind dat (zoals in casu) wordt geboren uit een gehuwd of samenwonend koppel, ipso iure deel uitmaakt van dit gezin en dat bijgevolg vanaf de geboorte, en door het loutere feit ervan, een band ontstaat tussen dit kind en zijn ouders die een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM uitmaakt (EHRM (GK) 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije, § 94; EHRM 8

januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28; EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 59; EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland, § 30; EHRM 26 mei 1994, Keegan/Ierland, §§ 44-45). Zoals de verzoekende partij terecht aangeeft, blijkt uit de rechtspraak van het EHRM aldus dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind in principe wordt verondersteld.

De (echt)scheiding van de ouders maakt geen einde aan deze als gezinsleven geldende natuurlijke band tussen ouder en kind (EHRM 26 mei 1994, Keegan/Ierland, §§ 44 en 50; zie ook Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: ECRM) 13 juli 1987, Irlen/Bondsrepubliek Duitsland), ook niet ten aanzien van de ouder die hierdoor niet langer samenwoont met het kind (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 59; EHRM 21 juni 1988, Berrehab/Nederland, § 21). Ook het feit dat een kind wordt opgenomen in de pleegzorg, beëindigt de natuurlijke gezinsband niet (EHRM 25 februari 1992, Margareta en Roger Andersson/Zweden, § 72; zie ook ECRM 27 juni 1996, Johansen/Noorwegen, § 52). Om het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven vast stellen, is de samenwoning van de ouder met het minderjarig kind aldus niet noodzakelijk; wel moeten factoren aanwezig zijn die maken dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren (EHRM 8 januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30; EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland, § 30).

Zoals verzoekster opnieuw terecht aanvoert, kan men enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven tussen een ouder en diens minderjarig kind (EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28; EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32). Omstandigheden zoals het gegeven dat een ouder vlak na de scheiding geen pogingen ondernam om zijn kind te zien of zich niet aan de afspraken hield wanneer hij dit wel wenste, en dat, nadat het contact was hersteld, het kind en de ouder elkaar niet op regelmatige basis, maar slechts af en toe ontmoetten, maken volgens het EHRM niet zulke uitzonderlijke omstandigheden uit (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, nr. 29192/95, § 60).

Aangezien het de wil is van de wetgever om middels de voorwaarden van artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet de door artikel 8 van het EVRM geboden bescherming van de bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders te verzekeren, moet de gemachtigde de voorwaarde van het “vergezellen [van de minderjarige Belg] of zich bij hem voegen” invullen op een manier die in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM inzake het voormelde artikel 8.

De kernvraag in casu is dan ook of de gemachtigde na de vorige vernietiging van de bijlage 20 thans wel de te hanteren interpretatie heeft gerespecteerd van “*vergezellen [van de minderjarige Belg] of zich bij hem voegen*” uit artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet, namelijk conform de invulling door het EHRM van de te verzekeren gezinsband tussen een ouder en een kind in het licht van artikel 8 van het EVRM. De vraag stelt zich eveneens of de gemachtigde daarbij thans wel op een zorgvuldige en niet kennelijk onredelijke wijze is te werk gegaan.

In eerste instantie stelde de Raad in het arrest nr. 235 292 van 17 april 2020 vast dat het per definitie vereisen van én een financiële én een affectieve band tussen moeder en kind, in strijd is met artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet, zoals dit overeenkomstig artikel 8 van het EVRM moet worden begrepen. De Raad stelde verder nog dat de gemachtigde, in overstemming met de voormelde rechtspraak, weliswaar erkent dat een samenwoning tussen ouder en kind niet per definitie is vereist opdat sprake is van de door artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet en bijgevolg door artikel 8 van het EVRM vereiste band tussen ouder en kind, maar dat hij echter in strijd met deze rechtspraak oordeelt dat deze band enkel kan worden aangetoond als er “zowel een financiële als een affectieve band bestaat tussen betrokkene en de referentiepersoon”. De Raad stelde dat uit de rechtspraak van het EHRM immers geenszins blijkt dat enkel wanneer ook een financiële band tussen ouder en kind bestaat, nog sprake kan zijn van een gezinsleven tussen ouder en kind. Het EHRM vereist slechts algemeen dat sprake is van een relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind die voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren. De Raad herhaalde dat dit gezinsleven wordt verondersteld en slechts in zeer uitzonderlijke gevallen als verbroken kan worden beschouwd. In die zin kon de Raad verzoekster dan ook volgen dat de gemachtigde slechts mag nagaan of er sprake is van een daadwerkelijke en effectief beleefde gezinsband, en dat hij, door te vereisen dat hoe dan ook een financiële band wordt aangetoond, een voorwaarde toevoegt aan artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet.

Thans stipt verzoekster onder meer aan dat de gemachtigde opnieuw heeft vereist dat sluitende bewijsstukken van onder meer het financieel engagement van verzoekster worden voorgelegd, terwijl de Raad erop heeft gewezen dat die invulling van *“het voegen bij”* zoals vereist door artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet niet kan gevolgd worden, aangezien die voorwaarde conform de invulling van de gezinsband tussen een ouder en een minderjarig kind door het EHRM moet worden geïnterpreteerd. De Raad erkent dat het financieel bijdragen aan het onderhoud van een kind wel een element kan zijn dat onder meer wijst op het hebben van een gezinsband maar dit kan niet als cumulatieve voorwaarde worden gehanteerd. De Raad stelt evenwel vast dat ondanks het feit dat de gemachtigde herhaaldelijk verwijst naar de vereiste om de financiële *“en/of”* affectieve band met het kind aan te tonen voor verzoekster, uit de motieven van de beslissing wederom blijkt dat de gemachtigde *“voor zover men echter als ouder van een Belgische kind, verblijfsrecht wenst te ontlenen aan dat kind en deze gezinssituatie a- typisch is”* op cumulatieve wijze verwacht dat er voldoende sluitende bewijsstukken worden voorgelegd waaruit blijkt dat betrokkene daadwerkelijk mee instaat voor de zorg over het kind, dat er *“sluitende bewijzen zijn over haar financieel(sic) engagement”* *“en”* dat er sluitende bewijsstukken zijn over hoe de contacten (en met welke regelmaat) plaats vinden. Er blijkt niet dat de gemachtigde een cassatieberoep heeft ingesteld tegen het voormelde arrest van de Raad, zodat dit arrest in kracht van gewijsde is gegaan. Op dit punt schendt de gemachtigde wederom artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet en de kracht van gewijsde van het voormelde arrest.

Zoals supra gesteld kan de bij artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet bepaalde voorwaarde dat de vader of de moeder hun minderjarig Belgisch kind vergezellen of zich bij hem voegen, niet anders worden begrepen als dat de vader of moeder (derdelander) met de minderjarige Belg een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM moet hebben ontwikkeld.

De Raad herhaalt dat een kind dat (zoals in casu) werd geboren uit een gehuwd of samenwonend koppel, ipso iure deel uitmaakt van dit gezin en dat bijgevolg vanaf de geboorte, en door het loutere feit ervan, een band ontstaat tussen dit kind en zijn ouders die een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM uitmaakt (EHRM (GK) 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije, § 94; EHRM 8 januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28; EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 59; EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland, § 30; EHRM 26 mei 1994, Keegan/Ierland, §§ 44-45). De beschermingswaardige gezinsband of de gezinscel wordt vermoed tussen een ouder en een minderjarig kind.

Ondanks dit vermoeden stelt de gemachtigde in casu dat van een beschermingswaardig gezinsleven tussen moeder en het kind niet kan gesproken worden. Hij leidt dit af uit de motieven dat (1) verzoekster sinds jaren geen deel meer uitmaakt van het kerngezin van haar kind, (2) zij sinds jaren verwickeld is in een vechtscheiding met de ex-echtgenoot, (3) zij haar kind *“toegewezen heeft gekregen maar dat recht terug kwijtgespeeld is”* en (4) zich nadien kennelijk niet heeft herpakt, zo moet betrokkene kennelijk nog steeds beroep doen op het OCMW om in haar levensonderhoud te kunnen voorzien. Daarom kan volgens de gemachtigde niet van een beschermingswaardig gezinsleven worden gesproken. De gemachtigde stelt verder eveneens dat een bezoek van minstens 2 uur om de twee weken bezwaarlijk een hechte affectieve band te noemen is. Hij gaat zelfs verder en stelt dat er *“noch enige affectieve band is”*. De gemachtigde wijst erop dat het kind erg jong was toen het van zijn moeder werd gescheiden en, dat het meer dan een jaar geleden is dat het kind zijn moeder heeft gezien, zodat het allerminst aannemelijk is dat het kind zich bewust is van een gemis.

Verzoekster erkent dat zij haar kind de laatste tijd weinig heeft gezien doch wijst erop dat dit het gevolg is van het handelen van haar ex-echtgenoot die manifest weigert om haar contact met haar kind te laten doorgaan. Ze wijst erop dat het objectief werd vastgesteld door het hof van beroep dat het geringe contact tussen haar en haar kind louter te wijten is aan de houding van de ex-echtgenoot. Het hof heeft het contactherstel bevolen en heeft dwangsommen opgelegd om verzoekster toe te laten haar kind te zien, aangezien dit in zijn belang is. Zij stelt dat haar gezinsband met haar kind wordt miskend door de gemachtigde en dat er in casu geen uitzonderlijke omstandigheden zijn waaruit kan blijken dat er geen gezinsband is. Verder benadrukt verzoekster dat zij altijd en tot op vandaag het ouderlijk gezag heeft gehad over D. en hem lief had. Verzoekster vervolgt dat in eerste aanleg het hoofdverblijf voor D. aan haar werd toegekend, maar dat de burgerlijke rechter het hoofdverblijf tijdelijk aan de vader heeft toegekend, net omdat verzoekster zich omwille van het gebrek aan verblijfsrecht in een preciaire situatie bevond. Verzoekster verwijst naar de eerder aangehaalde rechtspraak van het EHRM dat een echtscheiding geen einde maakt aan de gezinsband tussen ouder en kind, ook al ziet een ouder het kind na de echtscheiding tijdelijk niet en ook al ontmoeten de ouder en het kind maar af en toe. Wat

betreft het feit dat verzoekster zich niet zou hebben “herpakt” en zich nog beroept op het OCMW, argumenteert verzoekster dat het financieel vermogen irrelevant is aangezien dit niets zegt over de gezinsband die zij heeft met haar zoon.

De Raad moet vaststellen dat het betoog van verzoekster aangaande de beschermingswaardige gezinsband met haar kind steun vindt in de stukken van het administratief dossier en in de rechtspraak van het EHRM. In het administratief dossier zitten talrijke (tussen)vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg en (tussen)arresten van het hof van beroep aangaande enerzijds de vechtscheiding tussen verzoekster en haar ex-echtgenoot en anderzijds over waar de hoofdverblijfplaats van het kind wordt gevestigd en hoe het contact met de andere ouder moet worden verzekerd. Uit het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van 24 april 2018 blijkt dat de rechter stelt dat *“er dringend moet ingegrepen worden om de huidige toestand te doorbreken. Het kan niet zijn dat er al maanden geen contact is tussen een kind en zijn moeder, daar waar mevrouw L. al maanden alles in het werk stelt om zich in België verder op een bestendige manier te vestigen. [...] Het vertrouwen tussen partijen moet terug opgebouwd worden doch dit kan niet betekenen dat er hierdoor al maanden geen contact is tussen moeder en zoon. Om die reden meent de rechtbank dat D. zijn hoofdverblijfplaats bij zijn moeder moet krijgen, met een beperkt doch wekelijks contact van de heer L. met zijn zoon.”* Bij arrest van het hof van beroep van 26 juni 2018 blijft de hoofdverblijfplaats bij de moeder en wordt de bezoekerimte ‘Espace Rencontre’ aangesteld om de bezoeken tussen vader en kind te regelen. Bij tussenarrest van het hof van beroep van 28 november 2018 stelt het hof dat wegens *“talrijke wederzijdse klachten en moeilijkheden, weigeren afgifte kind door vader aan de moeder en de onduidelijkheid over de situatie van mevrouw L. [...] voorzichtigheid [is] geboden.”* Verder stelt het arrest *“gelet op de huidige onduidelijke situatie van de moeder en het feit dat het kind het goed lijkt te stellen bij de vader” [...] “het kind D.L., geboren [...], voorlopig hoofdzakelijk bij zijn vader zal verblijven.”*

Hieruit blijkt dat verzoekster kan gevolgd worden dat het de “onduidelijke situatie van de moeder” was, die heeft aanleiding gegeven tot de verandering van hoofdverblijfplaats, doch de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag heeft verzoekster nooit kwijt gespeeld. Hoe dan ook is reeds herhaaldelijk aangestipt dat volgens het EHRM het niet samenwonen met een kind na een echtscheiding, geen afbreuk doet aan de gezinsband tussen de niet-samenwonende ouder en het kind. Verder wees de Raad in het arrest nr. 235 292 reeds op het toen meest recente arrest van het hof van beroep van 5 september 2019 waarin het hof vaststelde dat de contacten tussen D. en zijn moeder op 20 april 2019 zijn opgestart en er tot aan de zitting van 27 juni 2019 vijf bezoeken waren voorzien, waarvan er slechts drie effectief zijn doorgegaan. Hierbij werd aangegeven dat verzoekster telkens aanwezig was, maar dat de heer G. L. had gemeld dat hij niet zou komen met D., daar deze ziek was. Ook werd gewezen op de bezorgdheden die de heer G. L. heeft geuit over de impact van de bezoeken op D., die volgens hem dermate belastend zijn voor D. dat deze hierdoor gezondheidsproblemen ondervindt. Het hof stelde vervolgens vast dat uit het maatschappelijk verslag blijkt dat het kind D. de inzet van een strijd is tussen zijn ouders en dat het prioritair is dat het contact tussen D. en zijn moeder verder wordt opgebouwd, onder begeleiding van de bezoekerimte. Ook werd gesteld dat de justitieassistentie het belang benadrukt voor een jong kind om een relatie te kunnen opbouwen met beide ouders, het belang dat de ouders de strijd verlaten en het belang van een contactherstel met de moeder en dit op regelmatige basis. Volgens het hof is het dan ook noodzakelijk dat de bezoeken worden gerespecteerd en correct nageleefd, blijkt uit geen enkel objectief stuk dat de contacten tussen moeder en kind niet goed zouden verlopen en is het aan de vader om ervoor te zorgen dat het kind zich goed kan voelen bij beide ouders. Het hof oordeelde dat er reden was om de vordering tot het opleggen van een dwangsom (van 500 euro per keer dat het kind niet naar de bezoekerimte wordt gebracht) in te willigen, teneinde te vermijden dat de vader eenzijdig beslist het kind niet te brengen, en dat het aangewezen was verzoekster toe te laten de bezoekerimte met het kind te verlaten, zodat de contacten verder opgebouwd kunnen worden.

Verder blijkt dat na het voormelde arrest van de Raad verzoeksters raadvrouw bij e-mail van 14 augustus 2020 nog het tussenarrest van het hof van beroep van 4 juni 2020 heeft overgemaakt aan de gemachtigde. In dit arrest benadrukt het hof opnieuw dat het kind D. de inzet is geworden van een strijd tussen zijn ouders en het prioritair is dat het contact tussen verzoekster en haar zoon *“verder wordt opgebouwd”*. Het hof stelt vast dat *“uit de verslagen van de bezoekerimte van 29 oktober 2019 en 4 december 2019 bleek dat na het tussenarrest van 5 september 2019, de heer G.L. weigerde het kind nog te brengen, terwijl mevrouw N.L. wel elke keer aanwezig was op de afspraak”*. (eigen onderlijnen) Het hof wijst erop dat er in maart 2020 maatregelen werden genomen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan en de bezoekerimtes hun normale werking opschortten. Zo werden in april 2020 de afspraken geannuleerd ingevolge de coronamaatregelen. Echter, het hof bevestigt

uitdrukkelijk dat *“sinds het hoofdverblijf voorlopig aan hem werd toegekend daar de situatie van de moeder op dat ogenblik onduidelijk was, [...] het contactherstel via de bezoekerimte “Espace rencontre” manifest door hem [de heer G.L.] [werd] gedwarsboomd.” [...] “Het is niet ingevolge de coronamaatregelen, maar wel ingevolge de hardnekkige weigering van de heer G.L. om de diverse beslissingen correct na te leven, dat het kind de moeder opnieuw reeds veel te lange tijd niet meer heeft gezien.”* (eigen onderlijnen) Het hof vervolgt: *“Uit het politieel sociaal onderzoek dat werd gevoegd door het openbaar ministerie op 17 juni 2019 blijkt dat mevrouw N.L. een studio huurt die ordelijk en verzorgd was en de nodige voorzieningen voor het kind aanwezig waren. Er is dus geen reden meer waarom mevrouw N.L. het kind niet bij zich zou kunnen opvangen. Met het oog op de naleving van huidig arrest wordt de dwangsom verhoogd tot 1000 euro per keer dat het kind niet naar de bezoekerimte wordt gebracht overeenkomstig hetgeen bepaald bij huidig arrest.”* (eigen onderlijnen) Uit het laatste per e-mail van 19 oktober 2020 door de raadvrouw van verzoekster aan de gemachtigde overgemaakte tussenarrest van 24 september 2020 blijkt dat het hof van beroep het bepaalde in het tussenarrest van 4 juni 2020 bevestigde en dat een nieuwe bezoekerimte werd aangesteld, zijnde “Het Huis” te Antwerpen teneinde het contact tussen verzoekster en haar kind aan dezelfde voorwaarden (dwangsom van 1000 euro bij niet-naleving door de vader, bezoek om de veertien dagen minstens twee uren, waarbij de raadsheer het woord “minstens” onderlijnt) te verzekeren.

Uit dit alles moet de Raad vaststellen dat verzoekster kan gevolgd worden waar zij stelt dat de gemachtigde niet op zorgvuldige wijze heeft rekening gehouden met alle stukken van het dossier, zowel de inhoud van de arresten die reeds voor het eerdere vernietigingsarrest waren overgemaakt aan de gemachtigde, als de inhoud van de arresten van 4 juni 2020 en 24 september 2020 die de raadvrouw heeft overgemaakt nadien en voor het nemen van de thans bestreden beslissing. Minstens blijkt in hoofde van de gemachtigde enkel een partiële lezing van die arresten. De gemachtigde stelt enkel dat verzoekster “sinds jaren geen deel meer uitmaakt van het kerngezin van haar kind” en “sinds jaren verwickeld is in een vechtscheiding met de ex-echtgenoot” en “zich nadien kennelijk niet heeft herpakt”, zonder werkelijk met de inhoud van de door hem gekende arresten van het hof van beroep rekening te houden, die herhaaldelijk hebben moeten vaststellen dat het feit dat verzoekster sinds lang haar kind niet meer heeft gezien in hoofdzaak te wijten is aan het hardnekkig gedrag van de ex-man in strijd met de voormelde arresten van het hof, dermate zelfs dat het hof is moeten overgaan tot het opleggen van een dwangsom en zelfs het verhogen van die dwangsom tot 1000 euro telkens de ex-man weigert het kind voor bezoek af te staan aan de moeder. Blijkens het arrest van het hof van 4 juni 2020 ligt er geen probleem bij verzoekster, die telkens aanwezig bleek op de afspraak, doch wel bij de heer G.L. die zich niet herpakt teneinde het door het hof in het belang van het kind D. noodzakelijk geachte contact met zijn moeder te waarborgen. De gemachtigde kan wat betreft de zorgvuldige en redelijke beoordeling van die arresten geenszins volstaan met een verwijzing naar het feit dat de arresten van het hof van beroep verzoekster toestaan haar kind om de twee weken gedurende minstens 2 uur te zien, of met de stelling dat wat er allemaal speelt tussen de ex-partners een private aangelegenheid zou zijn. De gemachtigde kan verder niet louter stellen dat uit de brief van de bezoekersruimte blijkt dat verzoekster op drie data effectief haar zoon heeft gezien, zonder op zorgvuldige en redelijke wijze ook rekening te houden met de overige pertinente feiten die blijken uit de arresten, met name dat het geringe contact te wijten is aan elementen volkomen buiten de wil van verzoekster, met name het halsstarrig gedrag van de ex-echtgenoot en de coronamaatregelen die aanleiding waren tot het tijdelijk opschorten van de normale werking in de bezoekerimtes.

De gemachtigde erkent wel dat de ex-partner zeer weigerachtig staat tegenover contact tussen moeder en kind, doch negeert dat de man niet enkel weigerachtig staat tegenover contact, maar dit contact tevens manifest en reeds lang actief verhindert en aldus onmogelijk maakt. Op die manier verhindert de man ook minstens gedeeltelijk dat verzoekster de zorg voor haar kind kan opnemen, zoals verzoekster terecht aanstipt. De gemachtigde maakt zich wederom schuldig aan een selectieve lezing van de arresten, zoals reeds werd vastgesteld in het arrest nr. 235 292 van 17 april 2020.

Waar de gemachtigde er nog op wijst dat verzoekster nog steeds beroep moet doen op het OCMW om in haar levensonderhoud te voorzien, en dit ook als een reden opgeeft waarom er niet van een beschermingswaardig gezinsleven kan gesproken worden, volgt de Raad verzoekster dat dit gegeven weinig relevant is aangezien het financieel vermogen van een ouder niets zegt over de affectieve band tussen een ouder en een kind. Zoals supra reeds gesteld, kan het financieel bijdragen aan het onderhoud van een kind, een relevant element zijn in het kader van een gezinsband, doch heeft dit gegeven geen determinerend karakter zodat het ontbreken ervan in geen geval aanleiding kan geven tot de conclusie dat er geen beschermingswaardige gezinscel of gezinsband bestaat tussen een ouder en zijn minderjarig kind.

Waar de gemachtigde verder stelt dat “een bezoek van minstens 2 uur om de twee weken bezwaarlijk een hechte affectieve band te noemen is”, kan de Raad in casu en gezien de rechtspraak van het EHRM aangaande artikel 8 van het EVRM over het beschermingswaardig gezinsleven tussen een ouder en een minderjarig kind niet volgen. Zoals verzoekster aanstipt, oordeelde het EHRM reeds dat een echtscheiding geen einde maakt aan de gezinsband tussen een ouder en het kind, zelfs niet in een zaak waarbij een ouder na de echtscheiding tijdelijk het kind niet zag en ook al ontmoetten de ouder en het kind elkaar maar af en toe. Supra werd reeds verwezen naar die zaak Ciliz tegen Nederland van 11 juli 2000, nr. 29192/95, die relevante gelijkenissen vertoont met de huidige zaak. Ook in deze zaak verkreeg de verzoekende partij eerst een verblijfsrecht van onbepaalde duur op basis van haar huwelijk met een inwoner die in Nederland verblijfsrecht had. Vrij snel werd na het huwelijk een kind geboren en eveneens werd snel nadien de echtscheiding uitgesproken. Door de echtscheiding verloor de verzoekende partij eveneens haar verblijfsrecht in Nederland. Vervolgens spande de verzoekende partij verscheidene gerechtelijke procedures aan teneinde een formele omgangsregeling met haar kind af te kunnen dwingen en verzette zij zich ook op grond van artikel 8 van het EVRM tegen haar verwijdering en weigering tot verlenging van haar verblijfsvergunning (punt 49). Ook in die zaak oordeelden de nationale autoriteiten dat er geen beschermingswaardig gezinsleven was tussen die verzoekende partij en het jonge kind aangezien er geen regelmatige contacten waren tussen de verzoekende partij en het kind. Ook in die zaak maakten de Nederlandse autoriteiten abstractie van het feit dat de verzoekende partij aanhaalde dat het niet haar fout was dat er geen regulier contact was met haar zoon. De Nederlandse autoriteiten oordeelden immers dat enkel met de feitelijke situatie kon rekening gehouden worden (punt 13). Eveneens wezen de nationale autoriteiten op het feit dat de verzoekende partij enkel onregelmatig bijdroeg in de kosten van het opvoeden van het kind (punt 18). Ook in die zaak weigerde de ex-echtgenote van de verzoekende partij mee te werken aan een formele omgangsregeling, aangezien het haar gevoel was dat de verzoekende partij enkel zo'n omgangsregeling wou om verblijfsrecht in Nederland te verkrijgen en stelde die ex-echtgenote dat onregelmatig contact niet zou bijdragen tot het welzijn van de jonge zoon (punt 22). Uit het administratief dossier blijkt in casu immers eveneens dat de ex-partner zeer actief is in het aanschrijven van de gemachtigde over de loutere verblijfsrechtelijke bedoelingen van verzoekster. Ook in die zaak voor het Hof oordeelde een Nederlandse rechter in beroep dat er onvoldoende redenen waren om de verzoekende partij de toegang tot haar kind te ontzeggen (punt 25). Ook in deze zaak voerde de Nederlandse overheid aan dat het boven de verplichtingen van de staat gaat onder artikel 8 van het EVRM om een vreemdeling op zijn grondgebied te laten verblijven met het oog op het geven van de kans om nauwe banden met zijn kind te ontwikkelen in de afwezigheid van concrete aanwijzingen dat binnen een bepaalde tijdspanne het ontwikkelen van zulke banden zich kan materialiseren, rekening houdend met het feit dat de verzoekende partij de laatste jaren amper een oprechte interesse in het groot brengen en het welzijn van het kind had getoond of amper werkelijke feitelijke familiebanden had onderhouden (punt 54).

Het EHRM volgt de Nederlandse autoriteiten niet en herhaalt dat er geen twijfel is dat een gezinsband zoals bedoeld in artikel 8 van het EVRM bestaat tussen een ouder en een kind dat is geboren in een huwelijk, en dat een dergelijke natuurlijke familieband niet wordt beëindigd door een (echt)scheiding waardoor het kind bij een van de ouders woont (punt 59). Het Hof stelt dat er duidelijk in die zaak geen sprake was van een harmonieuze relatie tussen de ouders na de scheiding en erkent dat niet kan gezegd worden dat de verzoekende partij altijd aantoonde tot welke hoogte zij de ontmoetingen met haar zoon waardvol achtte. Het bleek immers dat in die zaak gedurende een periode na de scheiding, de verzoekende partij geen stappen zette om haar zoon te zien en wanneer zij de wens uitte om haar zoon te zien, zij gemaakte afspraken met de relevante autoriteiten niet nakwam (hetgeen in casu evenwel niet blijkt). Het Hof wijst erop dat er ook een periode was waar de verzoekende partij en de zoon elkaar wel ontmoetten, ook al was dit niet op regelmatige basis, toch wel met een zekere frequentie. Het EHRM wijst erop dat de verzoekende partij verschillende malen naar het gerecht stapte om haar omgangsrecht te bepalen en dat de regionale rechtbank veronderstelde dat de bestaande contacten tussen de verzoekende partij en het kind zich zullen verderzetten, zoals in casu. Op grond van al het voorgaande oordeelde het EHRM dat de gebeurtenissen volgend op de scheiding van het koppel geen uitzonderlijke omstandigheden uitmaken die het verbroken karakter van de familiebanden tussen de verzoekende partij en haar zoon kunnen verantwoorden. Verzoekster moet dan ook in casu gevolgd worden in haar standpunt dat, hoe bijzonder slecht de situatie tussen de huidige ex-echtgenoten thans blijktens het administratief dossier ook is en ook al zijn de contacten tussen verzoekster en het kind D. hierdoor summier, er in casu geen uitzonderlijke omstandigheden voorliggen (die uitzonderlijk genoeg zijn) opdat volgens het EHRM zou moeten aangenomen worden dat de gezinsband tussen verzoekster en haar zoon als verbroken zou moeten worden beschouwd (punt 60). Er kan niet ontkend worden dat thans het hof van beroep, weliswaar middels dwangsommen, een

regelmatig contact tussen verzoekster en haar kind tracht te waarborgen, ook al gaat dit om minstens twee uur om de veertien dagen.

Bovendien verwijst verzoekster terecht naar de stukken die reeds voor het arrest nr. 235 292 van 17 april 2020 van de Raad werden bijgebracht en door de Raad werden besproken in dit arrest. De Raad had hierin onder meer een onzorgvuldigheid vastgesteld omdat met het voorgelegde doktersattest van 17 mei 2018, geen rekening was gehouden, waarin de arts attesteerde dat verzoekster op die datum op consultatie was gekomen, dat het lichamenlijk onderzoek van het kind normaal was en het kind goed verzorgd werd door zijn moeder, en dat het kind het vervolg van zijn vaccinaties heeft gekregen. Thans moet vastgesteld worden dat de gemachtigde wederom, en in strijd met het gewijsde van voormeld arrest, geen melding maakt van het voormelde doktersattest.

De Raad ging ook reeds uitgebreid in op het arrest van het hof van beroep van 5 september 2019 waarin het hof stelde dat uit geen enkel objectief stuk blijkt dat de contacten tussen moeder en kind niet goed zouden verlopen. Thans stelt verweerder in de nota eveneens dat niet zou blijken dat er een daadwerkelijke affectieve relatie is met het kind, doch ook verweerder gaat niet in op de voornoemde stukken en waarom de voormelde stukken geen aanwijzing zouden kunnen zijn van het tegendeel. Hij maakt eveneens abstractie van het feit dat het summier karakter van de contacten volgens het hof van beroep uitsluitend te wijten is aan elementen buiten de wil van verzoekster.

De Raad is dan ook van oordeel dat de gemachtigde inderdaad in strijd met de aangehaalde rechtspraak van het EHRM en na partieel en dus onzorgvuldig in rekening brengen van de voorgelegde stukken tot de conclusie is gekomen dat van een beschermingswaardig gezinsleven tussen moeder en kind niet kan gesproken worden of dat er geen hechte affectieve band zou zijn omdat verzoekster momenteel een bezoekrecht heeft van minstens 2 uur om de twee weken. Om dezelfde redenen volgt de Raad evenmin hetzelfde betoog van verweerder in de nota met opmerkingen.

Ten overvloede weze aangestipt dat in de bijlage 20 van 5 december 2019, die het voorwerp uitmaakte van het arrest nr. 235 292 van 17 april 2020, nog uitdrukkelijk werd gesteld *“hiermee wordt de emotionele band tussen moeder en kind niet betwist”*. Het is de Raad dan ook onduidelijk op welke wijze de (op het ogenblik van de vorige bijlage 20 reeds zeer moeilijke) situatie zou gewijzigd zijn dat thans wel de emotionele band tussen moeder en kind, of de affectieve band tussen moeder en kind moet betwist worden. Blijkens het arrest van het hof van beroep van 5 september 2019 was er toen eveneens sprake van een door de rechter opgelegd contact in een bezoekeruimte van *“minstens éénmaal om de veertien dagen, volgens de modaliteiten van de bezoekeruimte en de aldaar gemaakte afspraken”*.

Waar de gemachtigde nog erkent dat het in het belang is van de kleine jongen dat hij de kans krijgt contact met de moeder te hebben, doch oordeelt dat dit ook vanop afstand zou kunnen door gebruik te maken van sociale media en/of occasionele bezoeken van het kind aan verzoekster of omgekeerd en dus het gezinsleven tussen verzoekster en D. tot een “occasioneel” bezoekrecht reduceert waarbij ze *“de EU [kan] binnen [...] reizen, toch voor zover er geen bezwaren zijn van openbare orde of nationale veiligheid en zij over voldoende financiële middelen beschikt om haar logement te betalen”*, waarbij nog wordt aangestipt dat zij niet visumplichtig is en dus vrijelijk over en weer kan reizen vanuit Servië, moet de Raad wederom vaststellen dat de gemachtigde niet op zorgvuldige wijze met alle relevante feiten van de zaak rekening houdt en in strijd met de rechtspraak van het arrest Jeunesse van het EHRM (punt 109), waarnaar verzoekster verwijst, geen rekening houdt met de praktische haalbaarheid van zijn motieven. Zoals verzoekster terecht aanstipt, wordt hierbij voorbijgegaan aan de zeer jonge leeftijd van het kind D. op het ogenblik van de bestreden beslissing, zijnde drie jaar. De Raad volgt verzoekster dat het kennelijk onredelijk is te veronderstellen dat met een kind van drie jaar - dat het (ongelukkig) voorwerp uitmaakt van een harde strijd tussen zijn ouders, die blijkens het dossier niets schuwen om elkaar in een slecht daglicht te stellen, en waarbij de vader er alles aan doet om de band tussen zijn zoon en verzoekster te verhinderen - de band zal worden verder gezet en/of verder ontwikkelt op basis van sociale media of “occasionele bezoeken van het kind aan verzoekster of omgekeerd”, waarbij wordt gepreciseerd dat verzoekster vrijelijk over en weer kan reizen vanuit haar thuisland. Het kind heeft voorlopig door het hof van beroep zijn hoofdverblijfplaats bij de vader gekregen en bezoek aan de moeder in het buitenland is in strijd met de specifiek opgelegde bezoekeruimte. Hoe dan ook is duidelijk dat de vader hieraan zeer onwaarschijnlijk zijn medewerking zou verlenen aangezien thans reeds bijzonder hoge dwangsommen zijn opgelegd om het regelmatig contact in België af te dwingen. Waar verweerder in de nota met opmerkingen verwijst naar een arrest van de Raad waarin wel werd aangenomen dat contact tussen een ouder en een kind kan onderhouden worden via sociale media, stelt de Raad vast dat in het citaat nadrukkelijk wordt gewezen op de hulp van de partner daarbij. Zoals aangehaald, is het kennelijk onredelijk in casu te veronderstellen dat de vader hieraan zou meewerken.

Verder kan verzoekster eveneens gevolgd worden dat de motieven niet toelaten te begrijpen waarom geen rekening wordt gehouden met het schrijven van de raadvrouw gericht aan de gemachtigde van 19 oktober 2020, dat bij het verzoekschrift is gevoegd en blijkens stuk 4 ook daadwerkelijk door de gemachtigde werd ontvangen. Hierin verzoekt de raadvrouw de gemachtigde om rekening te houden met het hoger belang van het kind en stipt zij aan dat *“gezien de tegenwerking van de vader en de jonge leeftijd van het kind het [...] onrealistisch [is] om te denken dat dit contactherstel zou kunnen plaatsvinden indien de moeder moet terugkeren naar haar land van herkomst. Ook vanuit onwettig verblijf is dit voor mevrouw L. uiteraard veel moeilijker, gezien zij zich dan nog in een precairere situatie zal bevinden.”* Er blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing niet dat de gemachtigde op zorgvuldige wijze met deze relevante bekommernis van de raadvrouw van verzoekster heeft rekening gehouden.

De Raad herhaalt dat de vraag of de voorwaarde van het vergezellen [van de minderjarige Belg] of het bij zich voegen in artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet is vervuld, moet worden ingevuld conform de vraag of er sprake is van een gezinsleven in de zin van het voormelde artikel 8. De Raad moet vaststellen dat de gemachtigde de bestreden beslissing dienaangaande in strijd met de rechtspraak van het EHRM heeft gemotiveerd en hierbij op onzorgvuldige of kennelijk onredelijke wijze is te werk gegaan.

Een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht in het licht van artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet en artikel 8 van het EVRM wordt aannemelijk gemaakt.

Het enig middel is in de aangegeven mate gegrond.

In de nota met opmerkingen erkent verweerder dat de notie “begeleiden” of “zich bij hem voegen” impliceert dat verzoekster dient te bewijzen dat ze een financiële en/of affectieve band heeft met het minderjarige kind in functie van wie het verblijfsrecht wordt aangevraagd. Anders dan verweerder, volgt de Raad om de voormelde redenen niet dat de gemachtigde op zeer gedegen wijze heeft vastgesteld dat verzoekster haar minderjarig kind niet daadwerkelijk (letterlijk dan wel figuurlijk) komt vervoegen. Waar verweerder stelt dat de gemachtigde wel rekening heeft gehouden met de arresten van het hof van beroep, heeft de Raad supra moeten vaststellen dat de gemachtigde met die arresten niet op zorgvuldige wijze heeft rekening gehouden, door een selectieve lezing te doen en abstractie te maken van de redenen waarom er gedurende een lange periode zo weinig contact is geweest tussen verzoekster en haar kind. Het hof van beroep heeft in zijn arrest van 4 juni 2020 enerzijds gewezen op het feit dat omwille van de coronapandemie de normale werking van de bezoekeruimtes enige tijd werd opgeschort en anderzijds heeft het hof dwangsommen moeten opleggen, hetgeen reeds bleek uit het arrest van 5 september 2019, en nog verhogen, omdat de vader van het kind niet enkel zeer weigerachtig staat tegenover contact tussen moeder en kind, maar dit ook actief verhindert. Hierdoor is verzoekster eveneens minstens gedeeltelijk in de onmogelijkheid om - binnen het kader dat het hof van beroep heeft uitgetekend- daadwerkelijk de materiële zorg op te nemen voor het kind. Verder gaat verweerder bij het onderstrepen dat verzoekster de hoofdverblijfplaats voor haar zoon heeft kwijt gespeeld, eveneens voorbij aan het feit dat het hof van beroep in zijn arrest van 4 juni 2020, dat aan de gemachtigde werd overgemaakt bij e-mail van 14 augustus 2020, uitdrukkelijk heeft gesteld dat uit het politieel sociaal onderzoek dat werd gevoegd door het openbaar ministerie op 17 juni 2019 blijkt dat mevrouw N.L. een studio huurt die ordelijk en verzorgd was en de nodige voorzieningen voor het kind aanwezig waren. Er is volgens het hof geen reden meer waarom mevrouw N.L. het kind niet bij zich zou kunnen opvangen. Bovendien is reeds vaak aangestipt dat het niet delen van een hoofdverblijfplaats, volgens het EHRM niet inhoudt dat de familiale band of figuurlijke gezinscel wordt verbroken.

Waar verweerder nog stelt dat uit de bestreden beslissing letterlijk blijkt dat is rekening gehouden met het hoger belang van het kind, kan alleen maar herhaald worden dat dit op onzorgvuldige wijze en in strijd met de door verzoekster aangehaalde rechtspraak van het EHRM (in hoofdzaak de arresten Ciliz en Jeunesse) over het hoger belang van het kind en de beschermingswaardige relatie tussen een ouder en een minderjarig kind is gebeurd. Waar verweerder opnieuw stelt dat er geen daadwerkelijke affectieve relatie tussen verzoekster en het kind zou zijn, kan de Raad enkel vaststellen dat het EHRM, zoals verzoekster terecht aanvoert, pas in zeer uitzonderlijke omstandigheden aanneemt dat de beschermingswaardige band tussen moeder en jong kind als verbroken zou moeten worden beschouwd. De Raad heeft supra reeds uitgebreid geduid dat verzoekster terecht het arrest Ciliz aanhaalt, waaruit blijkt dat het EHRM inderdaad ook in zeer moeilijke situaties tussen ex-echtgenoten,

waarbij een kind en de ouder elkaar niet op regelmatige basis, maar slechts af en toe ontmoeten, toch aanneemt dat er een beschermingswaardige gezinsband blijft bestaan.

De Raad heeft ook supra moeten vaststellen dat de gemachtigde opnieuw geen rekening heeft gehouden met voorgelegde stukken die indicaties van een effectieve affectieve band bevatten, zoals het standpunt van het hof van beroep in het arrest van 5 september 2019 dat uit geen enkel objectief stuk blijkt dat de contacten tussen moeder en kind niet goed zouden verlopen en het doktersattest van 17 mei 2018 dat onder meer stelt dat *"il est bien pris en charge par sa maman"*. Uit deze gegevens blijkt, anders dan verweerder in de nota voorhoudt, dat er bijgevolg wel factoren zijn die maken dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarige kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren, minstens blijkt dat – ondanks het gewijsde van het arrest nr. 235 292- met dergelijke factoren opnieuw selectief geen rekening is gehouden.

Waar verweerder nog wijst op het feit dat de gemachtigde niet ten kwade kan worden geduid dat rekening wordt gehouden met de objectieve stukken van het dossier, dat het contact tussen verzoekster en het minderjarig kind reeds gedurende een belangrijk deel van het jong leven minimaal is, dat op het ogenblik van het nemen van de beslissing verzoekster meer dan een jaar geleden haar kind nog gezien had en de contactmomenten hoe dan ook beperkt waren, heeft de Raad reeds vastgesteld dat niet op zorgvuldige wijze met alle objectieve stukken is rekening gehouden, maar enkel op een selectieve wijze. Enerzijds wordt telkenmale abstractie gemaakt van de bijzonder verhinderende rol die de vader speelt in deze, daarnaast wordt ook abstractie gemaakt van objectieve stukken, die supra zijn toegelicht, waarin indicaties zijn van het goed contact en de goede zorg van verzoekster voor het kind.

Waar verweerder in de nota nog aanhaalt dat de bestreden beslissing geen bevel om het grondgebied te verlaten bevat, is dit een correcte vaststelling. Echter, het feit dat geen bevel om het grondgebied te verlaten wordt opgelegd, doet geen afbreuk aan de vaststelling door de Raad dat de gemachtigde wat betreft de weigering van verblijf voor de invulling van het begrip "zich voegen bij", zoals vermeld in artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet, nu eens op onzorgvuldige, dan weer op kennelijk onredelijke wijze is te werk gegaan en geen invulling heeft gegeven aan dit begrip zoals de wetgever heeft gewild, en zoals toegelicht door rechtspraak van de hogere nationale rechtscolleges, nl. in lijn met de invulling van het concept van een beschermingswaardige gezinsband tussen een ouder en een jong kind zoals bedoeld in artikel 8 van het EVRM. Ten overvloede blijkt dat de beslissing op dit punt tegenstrijdig is aangezien de gemachtigde uitdrukkelijk verwijst naar de mogelijkheid van verzoekster om vrijelijk over en weer te reizen vanuit haar thuisland, naar het feit dat verzoekster vanuit het buitenland haar zoon financieel kan ondersteunen en erop aanstuurt dat verzoekster "vanop afstand" de relatie met het kind in stand kan houden, eventueel via occasionele bezoeken waarbij hij er uitdrukkelijk op wijst dat verzoekster de EU kan binnen reizen zonder visum.

Waar verweerder in de nota nog het motief van de gemachtigde bijvalt dat in geval verzoekster het Rijk moet verlaten, dit het welbevinden van het kind niet hoeft te schaden, onder meer omwille van de jonge leeftijd van het kind dat geen gemis zou ervaren, wijst de Raad er verder nog op dat het EHRM in deze heeft gesteld dat: *"dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent* (Ignaccolo-Zenide c. Roumanie, no 31679/96, § 102, CEDH 2000-I ; voir aussi, mutatis mutandis, Maire c. Portugal, no 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI, Pini et autres c. Roumanie, précité)". (zie EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, Moretti en Benedetti / Italië, punt 70). Hieruit blijkt dat het EHRM erkent dat het verstrijken van tijd onherstelbare gevolgen kan hebben op de relatie tussen een kind en de ouder die niet met hem leeft. Thans waarborgt het hof van beroep, middels dwangsommen, een regelmatig contact tussen ouder en kind, ook al gaat dit om minstens twee uur om de veertien dagen. Het is evident dat een dergelijk omgangsrecht vanuit het buitenland zeer moeilijk zou zijn, zoals de raadvrouw van verzoekster in haar schrijven aan de gemachtigde van 19 oktober 2020 heeft aangestipt.

Verweerder heeft een punt in de nota waar hij benadrukt dat in de bestreden beslissing terecht wordt gesteld dat het de uitsluitende bevoegdheid van de Dienst Vreemdelingenzaken is om al dan niet een verblijfsrecht toe te staan, rekening houdend met de gestelde wettelijke voorwaarden. De Raad moet evenwel vaststellen dat de gemachtigde om de voormelde redenen geen correcte invulling heeft gegeven aan de gestelde wettelijke voorwaarden.

Er weze eveneens opgemerkt dat het de uitsluitende bevoegdheid is van de burgerlijke rechter, in casu het hof van beroep, om de modaliteiten van het contact tussen verzoekster en haar kind te regelen.

Het betoog van verweerder in de nota doet geen afbreuk aan de vastgestelde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht in het licht van artikel 40ter, § 2, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet en artikel 8 van het EVRM.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 19 oktober 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op negentien mei tweeduizend eenentwintig door:

mevr. A. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken.

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

A. MAES