



Gezinshereniging op de kruising tussen het Europees en het Belgisch recht



Gezinshereniging op de kruising tussen het Europees en het Belgisch recht

Philippe De Bruycker
Professor aan het Instituut voor Europese Studies en aan de
Faculteit Rechten van de ULB
& Coördinator van het Academisch Netwerk Odysseus

en
Yves Pascouau
Doctor in de Rechten
Onderzoeker aan de Université Libre de Bruxelles

COLOFON

Reeks: Gezinshereniging

Gezinshereniging op de kruising tussen het Europees en het Belgisch recht

Cette publication est également disponible en français sous le titre:
Le regroupement familial à la croisée des droits européen et belge

Een uitgave van de Koning Boudewijnstichting, Brederodestraat 21 te 1000 Brussel

AUTEURS

Philippe De Bruycker¹, Professor aan het Instituut voor Europese Studies en aan de Faculteit Rechten van de ULB & Coördinator van het Academisch Netwerk Odysseus

Yves Pascouau², Doctor in de Rechten, Onderzoeker aan de Université Libre de Bruxelles

VERTALING

Lieve De Meyer

COÖRDINATIE VOOR DE KONING BOUDEWIJNSTICHTING

Françoise Pissart, directeur
Stefanie Biesmans, projectmedewerker
Fabrice de Kerchove, projectverantwoordelijke
Karoline Impens, assistente

GRAFISCH CONCEPT VORMGEVING PRINT ON DEMAND

PuPiL
Jean-Pierre Marsily
Manufast-ABP vzw, een bedrijf voor aangepaste arbeid

Deze uitgave kan gratis worden gedownload van onze website www.kbs-frb.be

Een afdruk van deze elektronische uitgave kan (gratis) besteld worden:
on line via www.kbs-frb.be, per e-mail naar publi@kbs-frb.be of telefonisch
bij het contactcentrum van de Koning Boudewijnstichting, tel +32-70-233-728,
fax +32-70-233-727

WETTELIJK DEPOT: ISBN-13: EAN: BESTELNUMMER:

D/2893/2011/03
978-90-5130-722-1
9789051307221
2043

Januari 2011

Met de steun van de Nationale Loterij

¹ Philippe DE BRUYCKER is de auteur van het tweede deel van deze tekst, dat handelt over het Belgische recht.

² Yves PASCOUAU is de auteur van het eerste deel van deze tekst, dat handelt over het Europees recht.

INHOUD

Woord vooraf	5
Samenvatting	7
Résumé	9
Executive summary	11
Inleiding	13
Eerste deel: gezinshereniging tussen onderdanen van derde landen in het Europees recht	17
1. Weinig dwingende normen	17
A. Een kameleonrichtlijn	17
B. Uitdieping van de harmonisering	20
2. Beschermende rechtspraak	23
A. De erkenning van het recht op gezinshereniging	24
B. De beperking van de speelruimte van de lidstaten	24
Tweede deel: gezinshereniging tussen onderdanen van derde landen in het Belgische recht	29
1. De verschillende vormen van gezinshereniging	30
A. Volgens de leden van het 'herenigde' gezin	30
B. Volgens de nationaliteit van de betrokkenen	30
C. Volgens het soort verblijfsrecht van de 'gezinshereniger'	31
D. Volgens de samenstelling van het gezin	31
2. De begunstigen van gezinshereniging	32
A. Het paar	32
B. De kinderen	33
C. De problematiek van de polygamie	33
3. De voorwaarden om gebruik te kunnen maken van gezinshereniging	34
A. Het samenwonen van de gezinsleden	34
B. Voldoende huisvesting om het gezin op te vangen	35
C. Een ziektekostenverzekering die de risico's in België dekt voor de gezinshereniger en zijn gezinsleden	36
D. Naleven van bepaalde voorwaarden voor het kort verblijf van minder dan drie maanden	36
E. Geen algemene voorwaarde in verband met financiële inkomsten	37
4. De procedure van gezinshereniging	38
A. De plaats waar het verzoek wordt ingediend	38
B. Het onderzoek van de aanvraag	39
C. De termijn die is voorzien om de aanvraag te onderzoeken	39
5. Het statuut van de gezinsleden	41

WOORD VOORAF

Sinds 2001 is de Koning Boudewijnstichting actief op het vlak van migratie en integratie. Een van haar voornaamste doelstellingen binnen dit actiedomein, is een kader scheppen voor een geïnformeerd debat rond actuele vraagstukken. De keuze van deze vraagstukken gebeurt in samenspraak met betrokken actoren. In dat verband werd gezinshereniging naar voor geschoven als een vraagstuk dat in de komende jaren bijzondere aandacht verdient, zowel in ons land als op Europees niveau.

Gezinshereniging is geen nieuw fenomeen. Sinds de eerste immigratie van arbeidskrachten naar België, werden maatregelen genomen ter bevordering van gezinshereniging om de demografische stilstand een halt toe te roepen en om arbeidsmigranten aan te moedigen in ons land te blijven werken. Sindsdien, en ondanks de arbeidsmigratiestop van 1974, is gezinshereniging veruit de omvangrijkste vorm van legale migratie geworden in België en in bijna alle Europese landen, zelfs al werden de voorwaarden die aan migranten en hun familie werden opgelegd aangescherpt.

De Stichting vond het dan ook een waardevol idee om in 2010 een dialoogproject op te starten rond deze migratievorm. Dit met de bedoeling om de kennis over gezinshereniging uit te breiden en om een stand van zaken op te maken van de uitdagingen die zich stellen op wettelijk, administratief en socio-economisch vlak.

Daartoe werden een honderdtal terreinexperts en betrokkenen zelf samengebracht in een aaneenschakeling van meer dan tien focusgroepen om gezinshereniging telkens vanuit een specifieke invalshoek en een bepaald standpunt te analyseren. Uit deze ontmoetingen kwam een bijzonder rijk geheel aan gezamenlijke vaststellingen en aanbevelingen naar boven. De resultaten van dit participatief proces zullen nog vóór de zomer van 2011 in het kader van deze reeks publicaties over gezinshereniging verschijnen.

Om het debat intussen beter te kaderen en de vaststellingen te objectiveren, liet de Stichting ook enkele wetenschappelijke onderzoeken uitvoeren. Onderhavig onderzoek neemt het heersende wettelijk kader en de juridische voorschriften die gelden op het gebied van gezinshereniging op Europees en Belgisch niveau onder de loep. Hiervoor deed de Stichting beroep op Yves Pascouau en Philippe De Bruycker van de *Université Libre de Bruxelles* (ULB). Daarnaast werd door het Centrum voor Migratie en Interculturele Studies (CeMIS) het onderzoeksrapport "Gezinshereniging in België, de mythe ontcijferd" uitgewerkt dat op basis van kwantitatieve gegevens een beeld schetst van de instroom van huwelijksmigranten naar België alsook het socio-economisch profiel van de betrokkenen.

De Koning Boudewijnstichting bedankt niet alleen de auteurs van deze studies, maar ook de terreinexperts die aan dit dialoogproject deelnamen evenals de personen die het proces begeleidden. De Stichting hoopt dat ze met deze interactieve en multidisciplinaire aanpak een betekenisvolle bijdrage kan leveren aan het debat over gezinshereniging, een complex en centraal vraagstuk in de migratiepolitiek van dit land.

Koning Boudewijnstichting
Januari 2011

SAMENVATTING

Geen enkel migratiebeleid kan het thema van de gezinshereniging negeren. Gezinshereniging vormt een centraal onderdeel van de regels die de komst en het verblijf van buitenlanders op het grondgebied van een staat organiseren. Zo raakt elke verandering in de vreemdelingenwetgeving, zowel op nationaal als op Europees vlak, het hart van de gezinsstructuur. Gezinshereniging heeft ook gevolgen voor de organisatie en de structuur van de samenleving in het gastland. Het gaat dus om een essentieel, gevoelig en complex thema. Bijgevolg is het dan ook nodig om de bewegingen en krachtlijnen te verduidelijken die het thema van de gezinshereniging vorm geven in zowel het Europese als het Belgische recht. Dat is precies de bedoeling van deze publicatie.

Gezinshereniging is een juridisch complex onderwerp, omdat dit het resultaat is van eeuwige spanningen. In de eerste plaats zijn er juridische spanningen, omdat gezinshereniging aanleiding geeft tot een tegenstelling van rechten. In het eerste geval – het recht van gezinshereniging – gaat het om regels en voorwaarden die een persoon de mogelijkheid bieden om zich te laten vervoegen door de leden van zijn gezin. In het tweede geval – het recht op gezinshereniging – gaat het om een subjectief recht dat wordt toegekend aan een persoon die de uitoefening ervan kan opeisen. Die confrontatie van legitieme belangen, immigratiebeheer en respect voor de fundamentele rechten, dwingt tot het zoeken naar een evenwicht dat soms moeilijk te vinden is. Omdat gezinshereniging de belangrijkste weg is om op legale wijze in de Europese Unie en in België binnen te komen, wakkeren de omvang van het fenomeen evenals de gevolgen ervan de spanningen bovendien verder aan.

Daarnaast is er ook nog de langzame communautarisering van de materie, waardoor een andere vorm van spanning ontstaat tussen het Europese en het nationale niveau. Het probleem ligt hier in de verticale verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten. Die complexiteit neemt nog toe naarmate de twee niveaus elkaar wederzijds beïnvloeden en de verplichtingen van het ene niveau gevolgen hebben voor het andere en omgekeerd.

Het eerste deel van de publicatie gaat in op het juridische kader op Europees niveau, waar de materie heen en weer wordt geslingerd tussen de bezorgdheid van de lidstaten voor een betere regeling van de gezinshereniging, en een beschermende jurisprudentie die aantoonde dat het Europese Hof van Justitie het belangrijk vindt om het respect voor het recht op gezinshereniging te garanderen. Zo blijkt enerzijds dat Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging een weinig harmoniserende tekst is, die de lidstaten speelruimte laat op dit terrein. Anderzijds wordt de richtlijn door de tussenkomst van het Hof van Justitie toch een bindende tekst, die de geldigheid van bepalingen die bestaan in bepaalde lidstaten en de voornemens van de Europese Raad in het Europees pact inzake immigratie en asiel van 2008, weer in vraag kan stellen.

Het tweede deel spitst zich toe op het juridische kader in het Belgisch recht. Dat onderscheidt zich door de complexiteit van de bepalingen van de wet van 15 december 1980 in verband met gezinshereniging, vooral door de wijzigingen die daarin zijn aangebracht en die de tekst veel minder coherent hebben gemaakt. Belangrijk is ook de jurisprudentie over deze materie die onlangs heeft geleid tot de nietigverklaring van verscheidene bepalingen door het Grondwettelijk Hof of de Raad van State. Dit hoofdstuk gaat in eerste instantie in op de vraag van de begunstigen van gezinshereniging in België, door zich toe te spitsen op de onderdanen van derde landen buiten de Europese Unie. Vervolgens komen de voorwaarden aan bod waaraan zij moeten voldoen om van gezinshereniging te kunnen genieten. Een derde hoofdstuk is gewijd aan de procedure voor het indienen en het onderzoeken van aanvragen tot gezinshereniging en een vierde aan het statuut van de gezinsleden.

RÉSUMÉ

Nulle politique migratoire ne peut ignorer la question du regroupement familial. Elle est un élément central des règles organisant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire des Etats. Ainsi, toute modification de la législation des étrangers, fût-elle nationale ou européenne, touche au cœur de la structure familiale. Le regroupement familial produit aussi des effets sur la structuration et l'organisation de la société d'accueil. La question est donc centrale, sensible et complexe. Elle impose par conséquent de clarifier les mouvements et lignes de forces qui structurent le thème du regroupement familial en droit européen comme en droit belge. Tel est l'objectif de cette publication.

Le regroupement familial s'avère complexe en droit parce qu'il est le résultat de perpétuelles tensions. Juridiques, tout d'abord, dans la mesure où il crée une opposition de droits. Dans le premier cas de figure – le droit du regroupement familial – il s'agit des règles et conditions qui organisent la possibilité pour une personne d'être rejointe par les membres de sa famille. Dans le second cas de figure – le droit au regroupement familial – on parlera d'un droit, subjectif, reconnu à une personne qui peut en revendiquer la jouissance. Cette confrontation des intérêts légitimes, gestion de l'immigration et respect des droits fondamentaux, impose de rechercher un équilibre parfois délicat à trouver. Par ailleurs, le regroupement familial constituant la principale voie d'entrée légale dans l'Union européenne et en Belgique, l'ampleur du phénomène et de ses conséquences attise les tensions.

A celles-ci s'ajoute la lente communautarisation de la matière qui fait émerger une autre forme de tension entre le niveau européen et le niveau national. Ici, la problématique concerne la répartition verticale des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Cette complexité s'accroît à mesure que les deux niveaux interagissent et que les contraintes de l'un produisent des effets sur l'autre et inversement.

La première partie de cette publication aborde le cadre juridique au niveau européen où la matière est tiraillée entre le souci des Etats membres de mieux réguler le regroupement familial et une jurisprudence protectrice, reflet de l'attachement de la Cour européenne de Justice à garantir le respect du droit au regroupement familial. On y relève d'une part que la Directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial constitue un texte peu harmonisateur, préservant les marges de manœuvres des Etats membres dans ce domaine. D'autre part, suite à l'intervention de la Cour de justice, elle devient cependant un texte contraignant susceptible de remettre en cause la validité de dispositions existantes dans certains Etats membres et les orientations que le Conseil européen a spécifiées dans le Pacte européen sur l'immigration et l'asile de 2008.

La deuxième partie se focalise sur le cadre juridique en droit belge. Celui-ci se distingue par la complexité des dispositions de la loi du 15 décembre 1980 consacrées au regroupement familial en raison notamment des modifications qu'elle a subies et qui ont fortement diminué la cohérence du texte. Il faut également souligner l'importance de la jurisprudence en la matière qui a conduit récemment à l'annulation de plusieurs dispositions par la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'Etat. Cette partie aborde dans un premier temps la question des bénéficiaires du regroupement familial en Belgique en se concentrant sur les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne; il se penche ensuite sur les conditions que ceux-ci doivent remplir pour en bénéficier; un troisième volet est consacré à la procédure pour l'introduction et l'examen des demandes de regroupement familial; un quatrième au statut des membres de la famille.

EXECUTIVE SUMMARY

No migration policy can ignore the issue of family reunification. It is a central component of the rules governing the entry and residence of foreign nationals in countries' national territory. Consequently, any amendment to the legislation on foreign nationals, whether national or European, strikes to the heart of the family structure. Family reunification also has an impact on the structure and organisation of the host society. Given its critical, sensitive and complex nature, therefore, it is important to have a clear understanding of the dynamics and forces that structure the issue of family reunification in both European and Belgian law. That is the aim of this publication.

Family reunification is legally complex because it is the product of continual tensions: legal tensions, first and foremost, deriving from the conflict between opposing rights. On the one hand, there is the right of family reunification, understood as the rules and conditions governing the possibility of a person being joined by members of his or her family. On the other hand, there is the right to family reunification, a subjective right that a person is deemed to possess and which he or she may demand to exercise. This opposition of legitimate interests – the need to manage immigration and the respect for fundamental rights – means that a balance has to be struck. That balance can sometimes be hard to find. Moreover, given that family reunification is the main path of legal entry into the European Union and Belgium, the scale of the phenomenon and of its consequences fuels tensions.

Alongside this, the gradual increase in European Union (EU) control over the issue is leading to the emergence of another form of tension, one that opposes the European and national levels. Here, the issue is the vertical distribution of powers between the EU and the Member States. This complexity increases as the two levels interact and the constraints of the one impact on the other and vice versa.

The first part of this publication examines the European legal framework, which is torn between the desire of Member States to better regulate family reunification and a protective case-law reflecting the commitment of the European Court of Justice to safeguard respect for the right to family reunification. It notes that Directive 2003/86 on the right to family reunification is not a harmonising text, preserving as it does Member States' freedom for manoeuvre in this area. However, following the intervention of the Court of Justice, it has become a binding text capable of calling into question the validity of provisions existing in some Member States and the guidelines laid down by the European Council in the European Pact on Immigration and Asylum of 2008.

The second part focuses on the legal framework in Belgian law. This is characterised by the complexity of the family reunification provisions of the law of 15 December 1980, resulting in particular from amendments to the law which have significantly undermined the coherence of the text. Another important factor is the case-law on this issue, which recently led to several provisions being annulled by the Constitutional Court and the Council of State. This part begins by considering the beneficiaries of family reunification in Belgium, with a focus on non-EU nationals; it moves on to examine the conditions that beneficiaries must meet in order to qualify; a third section is devoted to the application procedure for family reunification, while the fourth looks at the status of family members.

INLEIDING

Geen enkel migratiebeleid kan het vraagstuk van gezinshereniging negeren. Dit vormt immers een centraal onderdeel van de regels voor de toegang en het verblijf van buitenlanders op het grondgebied van een staat. Vrijwel elke wijziging van de wetgeving in verband met buitenlanders, zowel op nationaal als op Europees vlak, heeft een effect op de familie. Vanuit dat oogpunt ligt het vraagstuk van gezinshereniging uitzonderlijk gevoelig, omdat het werkelijk het hart van de gezinsstructuur raakt. Als we nog verder willen gaan, is de gezinshereniging ook een dermate complex fenomeen omdat het gevolgen heeft voor de structuur en de organisatie van de samenleving in het gastland. Gezinshereniging is dus een centraal, gevoelig en complex thema. Daarom moeten we het onderwerp eerst verduidelijken voor we ingaan op de krachtlijnen die het thema van de gezinshereniging structureren binnen het Europese en ook het Belgische recht.

Allereerst moeten we nagaan waar het precies om gaat. Moeten we spreken van het recht van gezinshereniging of het recht op gezinshereniging? Daarbij is elk woord van belang. In het eerste geval – het recht van gezinshereniging – moeten we belangstelling hebben voor de regels en voorwaarden die het mogelijk maken dat een persoon zich kan laten vervoegen door de leden van zijn gezin. In het tweede geval – het recht op gezinshereniging – moeten we het thema bekijken als een subjectief recht, dat wordt toegekend aan een persoon die het genot van dat recht kan eisen. Met andere woorden: in het ene geval kan gezinshereniging worden gezien als een gunst verleend door de staat. In het andere geval is gezinshereniging een recht dat inroepbaar is tegenover de staat.

En dan duikt meteen een tweede vraag op: over wie spreken we? Want bij nader inzien zijn er veel regels die van toepassing zijn op de gezinshereniging. De opbouw van Europa heeft op dit terrein immers geleid tot een aanzienlijke wijziging van het juridisch kader. Zo gelden er geen identieke regels afhankelijk van de aard van de betrokken personen – staatsburger, Europees burger of onderdaan van een derde land. De geldende juridische voorzieningen kunnen als volgt worden samengevat, waarbij we onderscheid maken tussen drie situaties:

1. Wanneer de gezinshereniger een Europees burger is die zijn recht op vrij verkeer niet heeft uitgeoefend, gelden de regels van het nationale recht van zijn lidstaat. Zo wordt bijvoorbeeld de situatie van een Frans staatsburger die in Frankrijk woont en die zich wil laten vervoegen door zijn Venezolaanse echtgenote geregeld door het Franse recht. Zoals wij zullen zien, vormt België een uitzondering op deze regel (zie verder).
2. Indien de Europese burger zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend en zich heeft gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, wordt zijn juridische situatie geregeld door Richtlijn 2004/38 betreffende het recht

van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Europese Unie³. Concreet: de regels die een in Spanje verblijvende Duitse onderdaan toestaan om zich te laten vervoegen door zijn echtgenote, vallen onder de bepalingen van Richtlijn 2004/38, die een recht op gezinshereniging instelt. De voorwaarden om van het recht op gezinshereniging te kunnen genieten, zijn heel gunstig voor deze categorie van personen. De gezinshereniger moet beschikken over voldoende middelen voor zichzelf en zijn gezinsleden en over een volledige ziektekostenverzekering in de gastlidstaat – behalve wanneer hij werkt, waardoor hij in principe kan voldoen aan de twee hiervoor vermelde voorwaarden – maar er kan hem of zijn gezinsleden geen enkele andere voorwaarde worden opgelegd (huisvesting, integratie), en zelfs de voorwaarde van samenwonen moet soepel worden geïnterpreteerd, waarbij het volstaat dat de gezinsleden een minimum aan relaties hebben zonder dat ze samen moeten wonen. De gezinsleden worden ook ruim gedefinieerd. Het gaat om de echtgenote, de partner waarmee de burger een geregistreerd partnerschap heeft afgesloten, op voorwaarde dat geregistreerde partnerschappen in de wetgeving van de gastlidstaat gelijkgesteld zijn aan een huwelijk, de kinderen van minder dan 21 jaar of ten laste en ten slotte de ten laste zijnde rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn. De voorwaarden voor toegang en de procedure worden trouwens vergemakkelijkt voor de gezinsleden die hun aanvraag ter plaatse mogen indienen, ook al zijn zij illegaal binnengekomen of verblijven zij op illegale wijze op het grondgebied van de betreffende lidstaat. Algemeen zijn de juridische bepalingen en de rechtspraak in verband met gezinshereniging voor Europese burgers gunstig.

Het is van essentieel belang om erop te wijzen dat het statuut dat de Europese burgers genieten ook geldt voor de gezinsleden ongeacht hun nationaliteit; met andere woorden: zelfs een onderdaan van een derde land kan daar als gezinslid van een Europese burger gebruik van maken. Zowel de gezinshereniging tussen Europese burgers als de gezinshereniging tussen een Europese burger en een onderdaan van een derde land wordt dus geregeld door de al vermelde Richtlijn 2004/38 en de bepalingen tot omzetting in Belgisch recht (artikel 40 en volgende van de wet van 15 december 1980). De bedoeling bestaat er niet in de gezinshereniging op zich te bevoordelen, maar wel om de mobiliteit van de Europese burgers aan te moedigen – een van de doelstellingen van de Europese integratie – uitgaande van het idee dat zij zich niet zullen verplaatsen van de ene lidstaat naar de andere indien zij zich niet gemakkelijk kunnen laten vergezellen door hun gezinsleden.

3. De onderdaan van een derde land die legaal in een lidstaat van de Europese Unie verblijft en zich wil laten vervoegen door zijn echtgenoot en/of zijn of hun kind(eren) die zelf onderdanen zijn van een derde land, valt onder het Europees immigratiebeleid. In dat geval wordt het geldende nationale recht omkaderd door de bepalingen van Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging⁴.

Deze korte beschrijving toont aan hoe complex het thema van de gezinshereniging is in het recht, omdat zij het resultaat is van eeuwige spanningen. Allereerst op juridisch vlak, in die zin dat de gezinshereniging een tegenstelling tussen rechten creëert. Het recht van staten om het verkeer van personen op hun grondgebied te controleren en te regelen. Het recht van mensen om in een gezin te leven. Door die confrontatie van legitieme belangen – immigratiebeheer en respect van de grondrechten – moeten we een evenwicht zoeken dat soms moeilijk te vinden is. En de regels die uit die zoektocht voortkomen, dragen soms de sporen van een

³ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 met betrekking tot het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, PBEU L 229/35 van 29.06.2004.

⁴ Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, PBEU L 251/12 van 3.10.2003.

compromis. Die eerste moeilijkheid wordt nog versterkt door de wet van het getal. Gezinshereniging vormt immers de belangrijkste weg voor legale toegang tot de Europese Unie en tot België. Zo wakkert de omvang van het fenomeen de spanningen nog aan. Dat wordt op perfecte wijze geïllustreerd door het recente debat dat in Frankrijk is ontstaan en is overgenomen op het niveau van de Europese Unie over 'ondergane immigratie' en 'gekozen immigratie'. En ten slotte ontstaat er door de trage communautarisering van de materie, die allereerst betrekking had op de Europese burger voor ze zich uitbreidde tot de onderdanen van derde landen, een andere vorm van spanning tussen het Europese en het nationale niveau. Dit probleem heeft te maken met de verticale verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten. Met andere woorden: in welke mate aanvaarden de lidstaten dat de gezinshereniging gezamenlijk wordt gereguleerd en dat zij tegelijk hun prerogatieven verliezen?

Het thema van de gezinshereniging wordt gekenmerkt door permanente spanningen en is voortdurend in beweging. De regels die de gezinshereniging organiseren, vormen een afspiegeling van die situatie en zijn dus ook complex. Die complexiteit komt tot uiting op twee niveaus. Ten eerste op het niveau van Europa, waar de materie heen en weer geslingerd wordt tussen de bezorgdheid van de lidstaten om de gezinshereniging beter te reglementeren en de vaste wil van de rechter om te garanderen dat het recht op gezinshereniging (eerste deel) gegarandeerd is. En vervolgens op nationaal niveau, in die zin dat de regels die in België zijn goedgekeurd een bijzonder subtiel geheel vormen waardoor het niet altijd gemakkelijk is om duidelijk de draagwijdte en de gevolgen van de juridische bepalingen te vatten (tweede deel). En het wordt nog moeilijker wanneer blijkt dat de twee niveaus elkaar onderling beïnvloeden en dat problemen op het ene niveau gevolgen hebben op het andere en omgekeerd.

EERSTE DEEL:

GEZINSHERENIGING TUSSEN ONDERDANEN VAN DERDE LANDEN IN HET EUROPEES RECHT

Op 22 september 2003 hebben de lidstaten van de Europese Unie Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging goedgekeurd. Doordat die richtlijn het resultaat was van lange en moeilijke onderhandelingen, heeft zij een weinig dwingend karakter omdat zij een groot aantal afwijkingen en uitzonderingen bevat die de gezamenlijke kracht van de regels afzwakken. Zo beschermt de richtlijn *a priori* veeleer de soevereiniteit van de staten dan dat zij bijdraagt aan een harmonisering van hun rechten (1). Die benadering woog wel op het moment dat de richtlijn werd ondertekend, maar hield geen rekening met de inbreng van de rechter van de Europese Unie. Die verwierp elke beperkende lezing en leverde een interpretatie die de speelruimte van de lidstaten drastisch inperkte en een grotere bescherming garandeerde voor de begunstigen van het recht op gezinshereniging (2).

1. Weinig dwingende normen

Richtlijn 2003/86 is een echte kameleon, die paradoxaal genoeg bepaalde juridisch niet-dwingende normen omvat en in ruime mate de soevereiniteit van de lidstaten behoudt (A). Maar de harmonisering wordt via verschillende wegen wel verder uitgediept (B).

A. Een kameleonrichtlijn

Tegenover de aanvankelijk ambitieuze benadering die de Europese Commissie voorstelde, hebben de lidstaten toch verkozen om een 'kameleontekst' goed te keuren. Dat wil zeggen: een richtlijn die zich kan aanpassen aan het recht van de lidstaten, omdat de inhoud er precies voor zorgt dat de nationale wetgeving en de nationale speelruimte behouden blijven, in plaats van een tekst die ertoe verplicht de nationale regels aan te passen aan de doelstellingen van de richtlijn om te komen tot harmonisering. Dit specifieke kenmerk van de richtlijn is bovendien belangrijk omdat het de lidstaten de mogelijkheid biedt tot afspraken over een verstrenging van de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging zonder de tekst van de richtlijn te hoeven veranderen.

Richtlijn 2003/86 toont aan dat de lidstaten het recht van de Europese Unie willen terugbrengen tot de kleinste gemene deler. De richtlijn bekrachtigt uiteraard regels die ruim worden aanvaard en toegepast in de lidstaten, maar de meeste bepalingen uit de tekst zijn ofwel facultatief ofwel vergezeld van afwijkingen. Zo behouden de lidstaten hun speelruimte bij het omzetten van de richtlijn. Die benadering geldt vooral voor de toepassings sfeer van de richtlijn en voor de te vervullen voorwaarden⁵.

⁵ Gezien het noodzakelijk beperkte karakter van deze nota is het niet mogelijk om in te gaan op alle bepalingen van de richtlijn. De auteur heeft er ook voor gekozen om in te gaan op elementen van de tekst die hem relevant lijken en om te wijzen op de evoluties die invloed hebben op de richtlijn en op het recht op gezinshereniging.

Toepassingsfeer

Met betrekking tot de toepassingsfeer sluit artikel 3 van de richtlijn drie categorieën van personen uit. Allereerst vallen de regels die gelden voor de gezinshereniging van een burger van een lidstaat met zijn gezinsleden die onderdaan zijn van een derde land, onder het nationale recht. Vervolgens geldt de richtlijn niet voor asielzoekers en aan mensen die tijdelijke of subsidiaire bescherming genieten. En bovendien doet de richtlijn geen afbreuk aan de gunstiger bepalingen uit bilaterale of multilaterale akkoorden die zijn ondertekend tussen de Gemeenschap en derde landen. Zo heeft de richtlijn betrekking op de gezinshereniging van de onderdaan van een derde land die zich wil laten vervoegen door zijn gezinsleden die zelf onderdaan zijn van een derde land. Maar niet alle onderdanen van derde landen kunnen aanspraak maken op het recht tot gezinshereniging. De gezinshereniger moet immers wettig in een lidstaat verblijven, in het bezit zijn van een verblijfsvergunning met een geldigheidsduur van ten minste één jaar en een gegrond vooruitzicht hebben op het verkrijgen van een permanent verblijfsrecht. Het criterium in verband met het gegronde vooruitzicht op het verkrijgen van een permanent verblijfsrecht is niet duidelijk en is niet op uniforme wijze omgezet in de lidstaten. Slechts een beperkt aantal lidstaten heeft deze voorwaarden letterlijk omgezet, andere hebben gekozen voor andere oplossingen. Sommige staten stellen het recht op gezinshereniging enkel open voor personen met een permanente verblijfsvergunning die kan worden afgeleverd na een verblijf van één jaar. In andere lidstaten maakt het vooruitzicht om na een verblijf van verscheidene jaren over een permanente verblijfsvergunning te beschikken, het mogelijk om aan die voorwaarde te voldoen. En ten slotte vormen voor andere lidstaten de wachttijd die vereist is voor gezinshereniging, en die langer kan zijn dan één jaar, of gewoon de verlenging van een verblijfsvergunning het bewijs dat is voldaan aan het vooruitzicht van een bestendig verblijf. In elk geval sluit de definitie van gezinshereniger de onderdanen van derde landen uit die om tijdelijke redenen op het grondgebied van de lidstaten verblijven, zoals bijvoorbeeld seizoenarbeiders.

Artikel 4 van de richtlijn in verband met de gezinsleden berust op verplichte en facultatieve bepalingen. Krachtens de verplichtingen die de richtlijn formuleert, staan de lidstaten, mits aan de voorwaarden is voldaan, de toegang en het verblijf van de echtgenoot van de gezinshereniger en van de minderjarige kinderen van de gezinshereniger en/of de echtgenoot toe. De richtlijn geeft aan dat het, onder bepaalde voorwaarden, kan gaan om geadopteerde minderjarige kinderen of om minderjarige kinderen waarover de gezinshereniger en/of de echtgenoot de voogdij heeft. Hoewel het recht op gezinshereniging van de kinderen twee belangrijke afwijkingen kent, met betrekking tot de kinderen van boven de twaalf jaar die onafhankelijk van de rest van het gezin aankomen en de kinderen van boven de vijftien jaar, worden die omkaderd en hebben ze in de praktijk een heel beperkte impact. Enerzijds hoort bij deze bepalingen een *standstill*-clausule. Dat wil zeggen dat zij enkel mogen worden toegepast indien zij al bestonden in het interne rechtssysteem op de datum dat de richtlijn van kracht is geworden. Het is dus onmogelijk om na die datum dergelijke regels goed te keuren, want anders betekent dit een overtreding van het Europese recht. Anderzijds wordt de afwijking met betrekking tot kinderen van boven de twaalf jaar slechts toegepast in twee lidstaten en die met betrekking tot kinderen boven de vijftien jaar in geen enkele lidstaat.

De gezinshereniging van niet-gehuwde partners, ten laste zijnde bloedverwanten in opgaande lijn en niet-gehuwde meerderjarige kinderen ten laste maakt dan weer deel uit van de facultatieve bepalingen van de richtlijn. Zo kunnen de lidstaten zelf bepalen of zij die personen, of sommigen onder hen, willen opnemen in de toepassingsfeer van de richtlijn. Wanneer een lidstaat beslist om die optie toe te passen, moet hij dat wel doen volgens de voorwaarden voorzien in de tekst. Want de richtlijn bevat immers, en paradoxaal genoeg, facultatieve bepalingen waarvan de inhoud evenwel verplicht wordt wanneer zij worden toegepast. Zo zijn het

bijvoorbeeld niet alle ten laste zijnde bloedverwanten in opgaande lijn die onder de – facultatieve – invloed van de richtlijn vallen, maar "de bloedverwanten van de eerste graad in rechtstreekse opgaande lijn van de gezinshereniger of zijn echtgenoot, wanneer zij ten laste komen en zij in het land van herkomst de nodige gezinssteun ontberen". De bepalingen over de niet-gehuwde partners en de meerderjarige kinderen bevatten gelijkaardige preciseringen.

Ten slotte worden de begunstigen van het recht op gezinshereniging in enge zin bekeken, aangezien het om het kerngezin gaat. De andere personen vallen onder de facultatieve bepalingen van de richtlijn. In dit verband moeten we er op wijzen dat het grote aantal facultatieve clausules niet bevorderlijk is voor de harmonisering van de nationale bepalingen.

Voorwaarden voor de uitoefening van het recht op gezinshereniging

Het facultatieve karakter van de richtlijn is te merken in alle bepalingen met betrekking tot de voorwaarden die nodig zijn om het recht op gezinshereniging uit te oefenen. Dat geldt in de eerste plaats voor de materiële voorwaarden voor gezinshereniging voorzien in artikel 7, paragraaf 1 van de richtlijn. Hier kunnen de lidstaten eisen dat de gezinshereniger het bewijs levert dat hij over normale huisvesting, een ziektekostenverzekering en stabiele, regelmatige en voldoende inkomsten beschikt. Vervolgens kunnen de lidstaten, conform artikel 7, paragraaf 2 eisen dat de onderdanen van derde landen voldoen aan integratievoorwaarden. En ten slotte voorziet artikel 8 dat de lidstaten een periode kunnen instellen, die niet langer dan twee jaar mag duren, vóór de gezinshereniger zich kan laten vervoegen door zijn gezinsleden.

Het facultatieve karakter van de bepalingen vermijdt dat de lidstaten verplichtingen opgelegd krijgen door het Europees recht en behoudt op die manier hun nationale systeem, en dus hun soevereiniteit. Dat heeft een dubbel effect. Enerzijds kunnen de lidstaten zich baseren op de Europese tekst om nieuwe voorwaarden in hun wetgeving in te voeren en bijgevolg de voorwaarden voor gezinshereniging moeilijker maken. Anderzijds staat deze regeling even veel verschillende omzettingen toe als er lidstaten zijn. Zo kunnen de lidstaten bijvoorbeeld eisen dat de gezinshereniger voldoet aan alle materiële voorwaarden – inkomsten, aansluiting bij een ziekteverzekering en huisvesting – of aan geen enkele van die voorwaarden. Wanneer de lidstaten een identieke facultatieve clausule invoeren, kan de uitvoering trouwens aanleiding geven tot aanzienlijke verschillen. Dat geldt vooral voor de voldoende inkomsten, die worden berekend volgens de levensstandaard in de lidstaten. Zo kan het vereiste maandelijkse inkomen in de ene lidstaat tien keer hoger liggen dan in een andere. Bovendien kan het vereiste inkomen variëren afhankelijk van het aantal personen dat gebruik maakt van de gezinshereniging. En ook daarvoor kunnen de berekeningswijzen verschillen.

We vermelden hier ook nog een derde element in verband met de facultatieve bepalingen. Zij kunnen gepaard gaan met een uitzonderlijk dubbelzinnige formulering, waardoor het niet mogelijk is om duidelijk de reikwijdte van het geldende recht te bepalen. Dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 7, paragraaf 2 van de richtlijn, die de lidstaten toestaat om van onderdanen van derde landen te eisen dat zij voldoen aan "integratievoorwaarden". Als je dit artikel in tegengestelde zin leest, kun je in de eerste plaats afleiden dat die integratiemaatregelen al kunnen worden geëist in het land van herkomst. Artikel 7, paragraaf 2 geeft immers aan dat voor vluchtelingen en/of gezinsleden van vluchtelingen de integratievoorwaarden slechts kunnen gelden wanneer voor de betrokken personen een gezinshereniging is toegestaan. Bijgevolg kunnen voor andere onderdanen van derde landen integratiemaatregelen worden geëist vooraleer zij daadwerkelijk genieten van de gezinshereniging, met ander woorden dus vóór toegang tot het grondgebied van de gastlidstaat. In de tweede plaats bepaalt de

richtlijn niet de inhoud en de regels van die "integratievoorwaarden". In de praktijk hebben vier lidstaten vier mechanismen opgezet met een verschillende inhoud en uitwerking⁶.

We moeten er hier ook op wijzen dat het facultatieve karakter van de bepalingen in verband met de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging het effect van de richtlijn aanzienlijk beperkt, omdat de voorwaarden voor de uitvoering ervan altijd onder de lidstaten ressorteren⁷. De definitie van de voorwaarden voor uitoefening van het recht op gezinshereniging vormde een gevoelig punt bij de onderhandelingen over de richtlijn. Er waren daarentegen veel minder problemen met de regels over de bedreiging van de openbare orde, over de procedurele aspecten, de gezinshereniging van vluchtelingen of de rechten toegekend aan begunstigden van gezinshereniging. Dat komt doordat die regels al vervat zaten in de wetgeving van de lidstaten of omdat alle delegaties het eens waren over die punten. In een poging om de invloed van het Europees recht op de nationale wetgeving te beperken, hebben de lidstaten slechts een beperkte harmonisering van de regels toegestaan. Zoals de Europese Commissie het stelde, moet de richtlijn worden gezien als "een eerste fase in de harmonisering"⁸.

B. Uitdieping van de harmonisering

De tweede fase van de harmonisering verloopt via twee verschillende sporen. Het eerste, dat al is uitgevoerd, is het aanvaarden van specifieke regels die afwijken van het gemeen recht voor een welbepaalde categorie van onderdanen van derde landen, de hooggekwalificeerde werknemers. Het tweede, toekomstige, spoor is minder zeker maar zou vooral betrekking moeten hebben op de verstrenging van de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging.

De verworven harmonisering: hooggekwalificeerde werknemers

De lidstaten hadden heel wat voorbehoud bij het aanvaarden van gemeenschappelijke normen op het vlak van legale immigratie en vooral van arbeidsimmigratie. Maar omwille van de internationale concurrentie en de noodzaak om hooggekwalificeerde werknemers toe te laten tot hun grondgebied, hebben de lidstaten Richtlijn 2009/50 goedgekeurd. Die bepaalt de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan⁹. Om het statuut voor deze categorie van onderdanen van derde landen aantrekkelijker te maken, bevat deze richtlijn allerlei bepalingen die afwijken van Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging. Die afwijkingen hebben betrekking op verscheidene domeinen en worden gezien als een "essentieel onderdeel van de richtlijn".

6 Zie voor dit onderwerp onder andere Van Oers, R., Ersboll, E. & Kostkopoulou, D., *A redefinition of Belonging? Language and Integration Tests in Europe*, Martinus Nijhoff Uitgevers, 2010; Verslag van de Europese Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, COM(2008)610 van 08.10.2008.

7 Zie voor een illustratie van dit fenomeen in het Europees recht onder andere DE BRUYCKER, P., *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile in Julien-Lafferrière, F., Labayle, H. en Edström, O., La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, Brussel, 2005, pp. 45-75.

8 Verslag van de Europese Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement betreffende de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, COM(2008)610 du 08.10.2008, sp. 2.

9 Richtlijn 2009/50/EG van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan, PBEU L 155/17 van 18.06.2009.

Er zijn allereerst afwijkingen op de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging. De gezinshereniger van wie het statuut als hooggekwalificeerde werknemer is erkend door aflevering van een 'Europese blauwe kaart', is niet onderworpen aan de eis dat hij een gegronde vooruitzichten op een permanent verblijf moet hebben. Hij kan trouwens ook geen enkele wachttijd opgelegd krijgen vooraleer de gezinshereniging van kracht wordt. De gezinsleden kunnen wel verzocht worden om te voldoen aan integratiemaatregelen of -voorwaarden, maar enkel nadat hun het recht op gezinshereniging is toegestaan, dat wil zeggen in de gastlidstaat. De tweede reeks afwijkingen heeft betrekking op de procedure. De verblijfsvergunningen van de gezinsleden van de hooggekwalificeerde werknemer worden in de eerste plaats al zes maanden na het indienen van de aanvraag toegekend en niet na negen maanden, zoals in de procedure van gemeen recht. Bovendien is de geldigheid van de verblijfsvergunning die wordt afgeleverd aan het gezinslid, identiek aan die van de vergunning afgeleverd aan de houder van de Europese blauwe kaart. Wetende dat in toepassing van artikel 7 van Richtlijn 2009/50 de geldigheidsduur van de 'Europese blauwe kaart' varieert van één tot vier jaar, kan de afstemming van de duur van de verblijfsvergunningen een heel aantrekkelijk element vormen. Ten slotte zijn er ook nog afwijkingen die te maken hebben met de rechten die worden toegekend aan de gezinsleden. Zo kan hen, in tegenstelling tot het gemeen recht, geen beperking van toegang tot de arbeidsmarkt worden opgelegd en de berekening van de periode van vijf jaar voor het verwerven van een zelfstandige verblijfsvergunning mag ook periodes van verblijf in andere lidstaten omvatten. De Richtlijn geeft evenwel aan dat de bepaling in verband met het uitoefenen van een economische activiteit die niet in strijd is met de situatie op de arbeidsmarkt slechts van toepassing is vanaf 19 december 2011.

Door bepaalde eisen te schrappen die in het gemeen recht van Richtlijn 2003/86 voor het grootste deel onder de facultatieve bepalingen vallen, helpt deze richtlijn bij een verdere harmonisering. Het opgeven van bepaalde eisen beperkt het aantal verschillende toepassingen van de richtlijn en verhoogt het effect van harmonisering. Natuurlijk heeft deze beschikking maar betrekking op een heel beperkte categorie van personen, maar zij toont toch aan dat de lidstaten in staat zijn om gemeenschappelijke maatregelen te nemen, als zij daar een gemeenschappelijk belang in zien.

De harmonisering in de toekomst: de verstrenging van de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging

Het vaststellen van gemeenschappelijke belangen en bijgevolg ook van mogelijke gemeenschappelijke acties staat opgenomen in de conclusies van de Europese Raad. Daar, en meer bepaald in het Europees Pact inzake Immigratie en Asiel¹⁰, moeten we ook zoeken naar vooruitzichten voor de toekomst in verband met gezinshereniging. Deze tekst op initiatief van en goedgekeurd tijdens het Franse voorzitterschap van de Europese Unie in het tweede semester van 2008 wordt min of meer openlijk gekenmerkt door het onderscheid dat in Frankrijk wordt gehanteerd tussen "gekozen immigratie" en "ondergane immigratie". In grote lijnen gaat "gekozen immigratie" om arbeidsimmigratie, die het best wordt aangemoedigd. "Ondergane immigratie" heeft daarentegen vooral betrekking op gezinshereniging, waarvan de stroom best in bedwang wordt gehouden. In die context volgt het deel van het Europees Pact inzake Immigratie en Asiel over gezinshereniging een restrictieve logica en handelt het vooral over de verstrenging van de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging. Bijgevolg hebben de staats- en regeringsleiders afgesproken om "de gezinsimmigratie beter te reglementeren door elke lidstaat te verzoeken, behalve voor specifieke categorieën en met respect voor het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mensen en de Fundamentele Vrijheden,

¹⁰ Doc. 13440/08 van 24 september 2008.

in zijn nationale wetgeving rekening te houden met zijn opnamecapaciteit en de capaciteit van de gezinnen tot integratie in verband met hun omstandigheden op het vlak van inkomsten en huisvesting in het land van bestemming en ook, bijvoorbeeld, hun kennis van de taal van het land".

Zo moet – ook in de geest van het Franse beleid – de gezinsimmigratie worden gereguleerd of anders gezegd: deze vorm van immigratie moet worden beperkt. Het Pact identificeert verscheidene middelen om dit doel te bereiken. Allereerst verwijst het Pact naar de opnamecapaciteit van de lidstaten. Maar die verwijzing is moeilijk te begrijpen. Artikel 8 van Richtlijn 2003/86 voorziet immers bij wijze van afwijking dat de lidstaten rekening kunnen houden met hun opnamecapaciteit om een wachttijd voorafgaand aan de gezinshereniging van meer dan twee jaar in te voeren. Maar die mogelijkheid wordt omgeven door een *standstill*-clausule. Dat wil zeggen dat zij enkel kan worden uitgevoerd na goedkeuring van de richtlijn. Zo "verhindert deze bepaling dat het begrip opnamecapaciteit als voorwaarde wordt opgenomen in de nationale wetgeving"¹¹, aldus de Europese Commissie. In die context lijkt de verwijzing naar dat begrip wat obscuur. En er wordt ook geen rekening mee gehouden dat paragraaf 1 van artikel 8 geen *standstill*-clausule bevat. De richtlijn voorziet hier dat de lidstaten een wachttijd van twee jaar kunnen instellen vooraleer de gezinshereniger zich kan laten vervoegen door zijn gezinslid/leden. Het zou dus betekenen dat de lidstaten worden opgeroepen om de wachttijd in te stellen en/of te verlengen vooraleer de gezinshereniging effectief wordt. Een dergelijke maatregel wordt verondersteld ontmoedigend te werken en bijgevolg het aantal aanvragen voor gezinshereniging te beperken¹².

Vervolgens voorziet het Pact dat de regulering van de gezinsimmigratie moet steunen op de integratiecapaciteit van de onderdanen van derde landen. Dat heeft tegelijk betrekking op de capaciteit van de gezinshereniger, die moet beschikken over voldoende inkomsten en huisvesting en de capaciteit van de gezinshereniger en/of zijn gezinsleden die de taal moeten kennen. Maar het vaststellen van die elementen en de formulering van het Pact blijven niet zonder gevolgen, integendeel. In eerste instantie stelt het Pact een aanzienlijke verstrenging voor van de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging zonder de richtlijn op enige manier te veranderen. De elementen waar het Pact op mikt, zitten immers vervat in de facultatieve bepalingen van de richtlijn. Op die manier komt de uitvoering van de richtlijnen van het Pact gewoon neer op een wijziging van de nationale regels. Dat heeft twee gevolgen. Enerzijds kunnen de lidstaten die dergelijke voorwaarden hebben ingesteld, de eisen verstrengen op voorwaarde dat ze het evenredigheidsbeginsel naleven. Anderzijds worden de lidstaten die dergelijke voorwaarden niet hebben ingesteld, opgeroepen om dat te doen en hebben zij impliciet aanvaard om dat te doen met de ondertekening van het Pact. Bijgevolg leidt het Pact in zekere zin tot een verandering van de facultatieve bepalingen in dwingende bepalingen zonder de tekst van de richtlijn zelf te veranderen¹³. Op termijn moet de nationale wetgeving dus voorwaarden inhouden over inkomsten, huisvesting en integratie in het kader van de gezinshereniging. In tweede instantie, als alle hefbomen zijn gebruikt, aangezien het Pact mikt op de voorwaarden in verband met inkomsten, huisvesting en integratie, moeten we daar toch even bij stilstaan. De kennis van de taal vormt een centraal element in de integratie van de onderdanen van een derde land in de gaststaten. Algemeen is trouwens afgesproken dat het leren van die taal veeleer een gevolg is van het migratietraject dan een voorwaarde. Maar de formulering van

11 *Verslag van de Europese Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging*, COM(2008)610 van 08.10.2008, sp. 8.

12 *Dat wordt beklemtoond door het Franse Interministeriële Comité voor Immigratiecontrole in zijn jaarverslag aan het parlement. Het geeft aan dat de daling van het aantal uitgeleverde visa uit hoofde van gezinshereniging enerzijds wordt verklaard door de verlenging van de wachttijd van 12 naar 18 maanden en anderzijds door de wijziging van de voorwaarden in verband met inkomen en huisvesting* (*Les orientations de la politique de l'immigration, Rapport au Parlement, december 2009*, p. 26).

13 *Zie in dit verband P. De Bruycker geciteerd door Dumont, H., "La politique européenne d'immigration. Synthèse des travaux en atelier" in Carlier, J-Y., *L'étranger face au droit, XXème journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Brussel, 2010*, pp. 365-387, sp. 377.*

het Pact hierover maakt het mogelijk om die uitspraak om te keren. Rekening houden met de kennis van de taal lijkt dan immers een voorwaarde voor het openstellen van het recht op gezinshereniging. Anders gezegd: een bewijs van integratie in de samenleving van het gastland, de kennis van de taal, wordt een element van evaluatie met het oog op toelating tot het grondgebied met het doel van gezinshereniging. We vinden hier duidelijk de invloed van Frankrijk terug, dat net als andere lidstaten bepalingen over integratie in het buitenland heeft ingesteld of in de samenleving in het gastland in de vorm van opnamecontracten. Het Pact geeft ook openlijk een plaats aan bepalingen die helpen de gezinshereniging te beperken, vooral wanneer ze zijn ingesteld in de landen van herkomst¹⁴. Ten slotte moeten we er nog aan toevoegen dat het gebruik van de term "bijvoorbeeld" veronderstelt dat de kennis van de taal niet het enige element vormt waarmee rekening kan worden gehouden. De kennis van de geschiedenis van de gaststaat, van zijn instellingen of zelfs zijn waarden, zijn elementen die gewoonlijk vereist worden in de lidstaten en die dus kunnen worden opgenomen in het domein van de capaciteit tot integratie.

Die trend om bepalingen in verband met integratie te gebruiken in het kader van de gezinshereniging, is trouwens bevestigd in het Programma van Stockholm dat in december 2009 is goedgekeurd. Dat programma, dat de lijnen van het beleid voor de komende vijf jaar uitstippelt, roept de Commissie op om voorstellen in te dienen over "een evaluatie en, indien nodig, een herziening van de richtlijn over gezinshereniging, rekening houdend met het belang van maatregelen op het vlak van integratie"¹⁵.

Richtlijn 2003/86 werd aanvankelijk voorgesteld met de bedoeling om de integratie van onderdanen uit derde landen te verzekeren en te versterken, maar is een instrument geworden dat regels oplegt in verband met de toelating van de gezinsleden. Door de lidstaten op te roepen om de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging in restrictievere zin te versterken, zet het Europees Pact inzake Immigratie en Asiel dit beleid voort. Daardoor wordt de verleiding bij de lidstaten om de gezinshereniging te reglementeren en meer bepaald te beperken voortaan opgenomen in het juridisch kader van de Europese Unie. Dat betekent dat de actie van de lidstaten zich moet aanpassen aan de principes die dit juridische kader regelen en aan de interpretatie van het Europees recht door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Natuurlijk stemmen de beleidslijnen in het Europees Pact niet overeen met de beschermende interpretatie van de richtlijn door de rechter.

2. Beschermende rechtspraak

Het viel te verwachten dat het Hof van Justitie stappen zou zetten op het terrein van het migratiebeleid in het algemeen en van de gezinshereniging in het bijzonder. Niet alleen omwille van de gevoeligheid van de materie, maar ook om te beoordelen in welke mate de rechter in staat is een nieuw recht te interpreteren, waarvan de banden met de grondrechten niet moeten worden aangetoond. We kunnen vaststellen dat de rechter zich niet aan deze taak heeft onttrokken. In twee zaken in verband met de richtlijn inzake het recht op gezinshereniging heeft de Europese rechter de lijnen uitgezet van een beschermende rechtspraak met respect voor de grondrechten. Die rechtspraak, met veelbelovende effecten, heeft voorlopig vooral betrekking gehad op de erkenning van het recht op gezinshereniging (A) en gewerkt aan de beperking van de speelruimte van de lidstaten (B).

¹⁴ *Les orientations de la politique de l'immigration. Rapport au Parlement, december 2009, p. 28.*

¹⁵ *Programma van Stockholm, Een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, Doc. 17024/09 van 2 december 2009, sp. 64.*

A. De erkenning van het recht op gezinshereniging

De erkenning van een recht op gezinshereniging was niet verworven. Enerzijds bestond zo'n recht niet op het niveau van het continent. Noch artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in verband met het respect voor het privé- en gezinsleven, noch de rechtspraak door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben immers de bescherming omgezet in de expliciete erkenning van een recht op gezinshereniging op basis van het Verdrag¹⁶. Maar afgezien van de titel en bepaalde punten in de preambule liet Richtlijn 2003/86 evenmin toe om *ipso facto* een conclusie in die zin te trekken, rekening houdend met de bedoeling van de lidstaten om de controle te behouden en het afwijkende of facultatieve karakter van een groot deel van de inhoud. Toen er een verzoek tot nietigverklaring van enkele bepalingen in de richtlijn aanhangig werd gemaakt,¹⁷ zette het Hof van Justitie de stap. Door eraan te herinneren dat de internationale referentieteksten – in casu het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het Verdrag over de Kinderrechten en het Handvest van de Grondrechten – geen subjectief recht creëren voor de gezinsleden om te worden toegelaten tot het grondgebied van de lidstaten, geeft het Hof aan dat artikel 4, paragraaf 1 van de richtlijn "verder gaat dan die bepalingen". Die beschikking van de richtlijn "legt de lidstaten immers duidelijke positieve verplichtingen op waarmee duidelijk bepaalde subjectieve rechten overeenstemmen, omdat zij hen oplegt, volgens de hypothesen van de richtlijn, om de gezinshereniging toe te staan van bepaalde gezinsleden van de gezinshereniger zonder dat zij hun appreciatiemarge kunnen uitoefenen"¹⁸. Anders gezegd: wanneer de voorwaarden voor gezinshereniging zijn vervuld, beschikken de gezinsleden over een recht op gezinshereniging. Die rechtspraak, bevestigd in de zaak *Chakroun*¹⁹, vormt een structurerend element in de interpretatie van het Hof van Justitie. De gezinshereniging is een recht en elke regel die de mogelijkheid opent om daarvan af te wijken of dat recht te beïnvloeden, moet het voorwerp uitmaken van een passend onderzoek, dat wil zeggen een individueel onderzoek op basis van respect voor het gezinsleven en/of de doelstellingen van de richtlijn.

B. De beperking van de speelruimte van de lidstaten

De eerste benadering in die zin is ontwikkeld in het kader van het beroep ingesteld door het Europees Parlement. Het parlement vroeg de nietigverklaring van drie bepalingen van de richtlijn die afwijkingen voorzagen op het recht van gezinshereniging. Het gaat om twee bepalingen uit artikel 4 van de richtlijn, over de mogelijkheid om enerzijds de gezinshereniging van kinderen boven de twaalf jaar die onafhankelijk van de gezinsleden aankomen, te onderwerpen aan een criterium van integratie en anderzijds om op te leggen dat het verzoek om gezinshereniging moet worden ingediend vooraleer het kind de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt. De derde afwijking valt onder artikel 8 van de richtlijn die de lidstaten toestaat om wachttijden van twee jaar of zelfs onder bepaalde voorwaarden drie jaar in te stellen, vooraleer de gezinshereniger zich kan laten vervoegen door zijn gezinsleden. De rechter verwerpt het verzoek om nietigverklaring, maar laat het behoud van de omstreden bepalingen in de Europese rechtsorde gepaard gaan met belangrijke beperkingen bij de interpretatie. Die beperkingen stellen het principe van de geïndividualiseerde behandeling van verzoeken tot gezinshereniging in en leveren een schema voor interpretatie in de toekomst. Het Hof oordeelt dat de afwijkingen in de richtlijn voor de lidstaten een beperkte speelruimte inhoudt die niet verschilt van wat erkend

16 SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Parijs, 2005, sp. 517 ; LABAYLE, H., *Le droit des étrangers au regroupement familial. Regards croisés du droit interne et du droit européen*, *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, pp. 101-133.

17 HJEG, 27 juni 2006, Europees Parlement tegen Raad, aff. C-540/03.

18 HJEG, 27 juni 2006, Europees Parlement tegen Raad, aff. C-540/03, punt 60.

19 HJEG, 4 maart 2010, *Rhimou Chakroun*, aff. C-578/08.

werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daardoor situeert het Hof het debat op het terrein van het respect voor het recht op gezinsleven. Met andere woorden: de lidstaten mogen de afwijkingen die de richtlijn voorziet, toepassen voor zover zij dit recht respecteren. Maar het toezicht op het respecteren van het recht op gezinsleven verplicht tot een individueel onderzoek van de aanvraag. En inderdaad, zoals het Hof aangeeft voor kinderen van boven de vijftien jaar, kan de afwijking voorzien door de richtlijn "niet anders (...) worden geïnterpreteerd dan dat zij de lidstaten verbiedt om een aanvraag over een kind van boven de vijftien jaar in overweging te nemen of hen toelaat om dat niet te doen"²⁰. Indien dit individuele onderzoek past in de geest van het respect voor het gezinsleven, dan betekent dat "de aanwezige belangen in evenwicht brengen", dat wil zeggen: rekening houden met het belang van het individu en dat van de samenleving in haar geheel. Dat in evenwicht brengen van belangen verplicht onder andere om rekening te houden met het hogere belang van het kind en de aard en de hechtheid van de gezinsband in de gaststaat en in het land van herkomst. Die beoordelingselementen, die deel uitmaken van internationale verplichtingen die de lidstaten hebben onderkend, komen respectievelijk voor in artikel 5, paragraaf 5 en artikel 17 van de richtlijn en op basis daarvan moet het onderzoek gebeuren. Samengevat kunnen we stellen dat de afwijkingen die de richtlijn voorziet de lidstaten niet toestaan om alle verzoeken tot gezinshereniging af te voeren. Zij moeten het voorwerp uitmaken van een individueel onderzoek conform en met het oog op het respect voor het recht op gezinsleven, waarvoor artikel 5, paragraaf 5 en artikel 17 van de richtlijn de beoordelingselementen leveren.

In een andere zaak moest het Hof uitspraak doen over de interpretatie van de bepalingen van de richtlijn over de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging. De zaak had betrekking op de weigering door de Nederlandse administratie van de gezinshereniging van mevrouw *Chakroun* omwille van de reden dat de heer *Chakroun* niet over voldoende inkomsten beschikte zoals bepaald in de interne regels. Met andere woorden: de zaak had niet te maken met de afwijkingen, maar wel met de voorwaarden tot uitoefening van het recht op gezinshereniging zoals voorzien in artikel 7, paragraaf 1 van de richtlijn. De situatie is dus verschillend van die in het kader van het beroep tot nietigverklaring. Hier gaat het om vragen bij de speelruimte van de lidstaten bij de uitvoering van de facultatieve bepalingen en niet de afwijkingen van de richtlijn. Bijgevolg is de redenering van het Hof niet gebaseerd op het recht op respect voor het gezinsleven, maar op het recht op gezinshereniging dat door de richtlijn wordt erkend²¹. Dat heeft twee belangrijke gevolgen. Enerzijds, en omdat gezinshereniging een subjectief recht is, moet de mogelijkheid die de lidstaten hebben om voorwaarden te stellen, zoals het bewijs dat de gezinshereniger over voldoende inkomsten beschikt, op een strikte manier worden geïnterpreteerd. Anderzijds "mag de speelruimte die is toegekend aan de lidstaten door hen niet worden gebruikt op een manier die afbreuk doet aan de doelstelling van de richtlijn, die erin bestaat de gezinshereniging te bevorderen, en aan het nuttig effect ervan"²². Wanneer het Hof herhaalt dat de regels met betrekking tot de gezinshereniging het gezinsleven moeten respecteren, gebeurt de interpretatie vooral in het kader van de richtlijn en van haar doelstelling. Maar het Hof wijst hier een doelstelling toe aan de richtlijn die door geen enkel element van die richtlijn wordt bevestigd, niet in de preambule en niet in de bepalingen, namelijk het bevorderen van gezinshereniging. Het is dus in het licht van deze – nieuwe – doelstelling dat het recht wordt geïnterpreteerd. Dat heeft belangrijke gevolgen, zowel voor het betreffende geval als voor de toekomst.

20 HJEG, 27 juni 2006, *Europees Parlement tegen Raad*, aff. C-540/03, punt 85.

21 Zie over dit onderscheid in het bijzonder *De Bruycker, P.*, *Chronique de jurisprudence consacrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Jurisprudence de la Cour de justice au sujet des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration*, *Cahiers de Droit Européen*, 2010, pp. 137-164.

22 HJEG, 4 maart 2010, *Rhimou Chakroun*, aff. C-578/08, punt 43.

In het onderhavige geval herhaalt het Hof dat de richtlijn de lidstaten toestaat om het bewijs te eisen dat de gezinshereniger beschikt over stabiele, regelmatige en voldoende inkomsten om te voorzien in zijn eigen behoeften en in die van zijn gezinsleden zonder een beroep te moeten doen op het systeem van sociale bijstand van de staat. De richtlijn voegt eraan toe dat de lidstaten die inkomsten beoordelen met betrekking tot hun aard en hun regelmatigheid en rekening mogen houden met het nationale minimumlonen en pensioenen en ook met het aantal leden die het gezin telt. Het Hof onderstreept dat die beoordeling moet gebeuren door te vermijden dat de doelstelling van de richtlijn wordt aangetast, namelijk de bevordering van de gezinshereniging. Bijgevolg, en rekening houdend met de verschillen in behoeften afhankelijk van de personen, oordeelt het Hof dat de "lidstaten een bepaalde som kunnen aangeven als referentiebedrag, maar niet in die zin dat zij een minimumbedrag aan inkomen kunnen opleggen waaronder elke gezinshereniging zou worden geweigerd en dit onafhankelijk van een concreet onderzoek van de situatie van elke aanvrager"²³. Het Hof herhaalt expliciet de verplichting om een individueel onderzoek uit te voeren van het verzoek tot gezinshereniging en dit onderzoek moet de bedoeling hebben om te bepalen "of het individu over regelmatige inkomsten beschikt om in zijn behoeften te voorzien"²⁴. Op die manier is het bedrag van het inkomen een indicator, maar zal het nooit op zich alleen een motief kunnen vormen om de gezinshereniging af te wijzen indien de inkomsten van de aanvrager voldoende en regelmatig zijn en indien hij geen beroep doet op "sociale bijstand". Met betrekking tot dat laatste begrip voert het Hof een belangrijke verduidelijking in. Het Hof definieert namelijk de sociale bijstand als bijstand "die een gebrek aan stabiele, regelmatige en voldoende inkomsten compenseert" in tegenstelling tot bijstand die "het mogelijk zou maken om het hoofd te bieden aan uitzonderlijke of onvoorziene noden". Met andere woorden: het kan niet gebeuren dat het verzoek om gezinshereniging van een persoon die om tijdelijke bijstand vraagt automatisch wordt verworpen. Het is de nationale overheid die de situatie van de aanvrager moet beoordelen en met het oog op het referentiebedrag moet bepalen of zijn inkomsten regelmatig, stabiel en voldoende zijn om te voldoen aan zijn behoeften en die van zijn gezin.

De impact van het arrest *Chakroun* is groot en dreigt een blijvende invloed te hebben op het recht op gezinshereniging en de toepassing ervan. Dat komt in de eerste plaats door de expliciete verplichting tot een geïndividualiseerd onderzoek van de aanvragen. Het arrest *van het Europees Parlement tegen de Raad* had al voorzichtig de weg geopend, maar het arrest *Chakroun* zet gewoon de deur volledig open. De uitvoering van die verplichting dreigt trouwens bijzonder netelig te worden voor de administratie. Zij zal immers duidelijke aanvraagformulieren moeten opstellen en binnen de vereiste termijn het onderzoek ten gronde moeten uitvoeren. En verder en vooral zal rekening moeten worden gehouden met de doelstelling van de richtlijn bij de uitvoering, vooral ten aanzien van de voorwaarden voor het uitvoeren van de gezinshereniging. Zowel voor bestaande als toekomstige regels zal de geldigheid voortaan altijd worden beoordeeld in het licht van hun vermogen om de gezinshereniging te bevorderen. Maar er lijkt momenteel veeleer een trend tot beperking dan tot bevordering te bestaan. De Europese Raad heeft immers in het Europees Pact inzake Immigratie en Asiel afgesproken om de gezinssimmigratie beter te reglementeren. De lidstaten worden onder meer verzocht om "in de nationale wetgeving rekening te houden met" de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht op gezinshereniging, namelijk inkomsten, huisvesting en ook kennis van de taal. Maar het is niet zeker of dit voorstel voortaan volledig conform de beperkingen zal zijn die de rechtspraak heeft opgelegd. De bedoeling van de lidstaten lijkt immers meer te berusten op een beperking van de gezinshereniging, omdat het erop aankomt het fenomeen "beter te reglementeren". Bijgevolg kan er bij uitvoering van de opties in artikel 7 van de richtlijn twijfel ontstaan. Maar de strikte interpretatie die voortaan nodig is bij de mogelijkheid om voor-

23 HJEG, 4 maart 2010, *Rhimou Chakroun*, aff. C-578/08, punt 48.

24 HJEG, 4 maart 2010, *Rhimou Chakroun*, aff. C-578/08, punt 49.

waarden voor de uitvoering van gezinshereniging in te stellen, dreigt wel bijzonder moeilijk te beperken. In elk geval is het de Europese rechter die een beslissing moet nemen en die de maatregelen die de lidstaten nemen, moet interpreteren met het oog op de doelstelling van de richtlijn en op basis van het evenredigheidsbeginsel.

De richtlijn inzake het recht op gezinshereniging leek een weinig harmoniserende tekst, die de lidstaten nogal wat speelruimte liet op het vlak van gezinshereniging. Door tussenkomst van het Hof van Justitie wordt de richtlijn een dwingende tekst die de geldigheid in vraag kan stellen van bepalingen die bestaan in de lidstaten en van de lijnen die de Europese Raad heeft uitgestippeld in het Europees Pact inzake Immigratie en Asiel. De onverwachte reikwijdte van de richtlijn en haar nog onvermoede gevolgen dreigen ongetwijfeld stof te leveren voor de discussie die zal ontstaan over het groenboek over gezinshereniging dat de Europese Commissie eind 2010 geacht wordt te publiceren om een debat te openen over een eventuele wijziging van Richtlijn 2003/86.

TWEEDE DEEL:

GEZINSHERENIGING TUSSEN ONDERDANEN VAN DERDE LANDEN IN HET BELGISCHE RECHT

Het juridisch kader van gezinshereniging in het Belgisch recht wordt gekenmerkt door complexiteit. Die is in de allereerste plaats toe te schrijven aan de soms onnodig ingewikkelde opdeling van personen in verschillende categorieën in het vreemdelingenrecht. Vervolgens ook aan het onleesbare karakter van de bepalingen van de wet van 15 december 1980²⁵ over gezinshereniging, die diverse keren is gewijzigd (met name in 1993 en een laatste keer in 2006 naar aanleiding van de omzetting van de Europese Richtlijn 2003/86) zonder dat de wetgever zich zorgen maakt om de coherentie van de tekst, waarvan de bepalingen geen enkele logische volgorde meer hebben²⁶. En ten slotte wordt de complexiteit ook verhoogd door de belangrijke rechtspraak ter zake, die recentelijk heeft geleid tot de nietigverklaring van enkele bepalingen door het Grondwettelijk Hof of de Raad van State.

Het tweede deel van deze tekst gaat dus over het Belgisch recht en heeft een dubbele bedoeling: ten eerste willen we zo eenvoudig mogelijk uitleggen wat de essentie is van de regels die momenteel van toepassing zijn op het vlak van gezinshereniging en ook algemeen verslag uitbrengen van de evolutie van die regels sinds 1980. Ten tweede willen we wijzen op de uitdagingen in deze materie voor de toekomst. De tekst is als volgt opgebouwd: een eerste punt handelt over de begunstigden van gezinshereniging in België en spitst zich toe op de onderdanen van derde landen buiten de Europese Unie; een tweede punt gaat in op de voorwaarden waaraan zij moeten voldoen om een beroep te doen op gezinshereniging; een derde punt behandelt de procedure voor het indienen en onderzoeken van een verzoek tot gezinshereniging; in een vierde punt komt ten slotte het statuut van de gezinsleden aan bod. De conclusie wil het debat aanzwengelen en gaat in op de mogelijke hervormingen die in een dichte of verdere toekomst op de politieke agenda zouden kunnen staan.

25 Aangevuld met het koninklijk besluit tot uitvoering van 8 oktober 1981 en met een rondzendbrief van 21 juni 2007 in verband met de wijzigingen in de reglementering inzake het verblijf van buitenlanders als gevolg van de inwerkingtreding van de wet van 15 september 2006 (Belgisch Staatsblad van 21 juni 2007). Een gezamenlijke versie van die teksten is beschikbaar op de website van de Dienst Vreemdelingenzaken: <https://dofi.ibz.be/nl/1024/frame.htm>

26 De definitie van gezinsleden en de voorwaarden voor gezinshereniging komen door elkaar aan bod in artikel 10 en 10bis, de te volgen procedure is verdeeld over artikel 10ter en 12bis, de weigering van gezinshereniging en het verlies van het verblijfsrecht voor gezinshereniging komen aan bod in artikel 11vooraleer in artikel 13 de toegekende verblijfsduur voor gezinshereniging is verduidelijkt, en niet te vergeten hebben sommige bepalingen zoals artikel 12 en 13 niet uitsluitend betrekking op gezinshereniging maar ook algemeen op immigratie van meer dan drie maanden, enz. Zelfs specialisten in het vreemdelingenrecht lopen verloren in deze wanorde...

1. De verschillende vormen van gezinshereniging

Uiteraard moeten we onderscheid maken volgens de mate van verwantschap van de gezinsleden ten opzichte van de gezinshereniger (A). Vervolgens heeft het belangrijkste onderscheid te maken met de nationaliteit van de betrokkenen, meer bepaald met het feit of de leden van het te herenigen gezin al dan niet tot de Europese Unie behoren (B). Het Belgisch recht maakt sinds kort ook onderscheid afhankelijk van het onbeperkte of beperkte verblijf van de gezinshereniger in België, hoewel dat enkel een schijnbaar essentieel onderscheid is (C). Hetzelfde geldt voor de manier waarop het gezin is samengesteld, want die is nauwelijks van belang (D). Deze tekst behandelt niet de specifieke aspecten van gezinshereniging in het geval van erkende vluchtelingen en evenmin die van langdurig ingezetenen onderdanen in de zin van de Europese Richtlijn 2003/109.

A. Volgens de leden van het 'herenigde' gezin

Natuurlijk staan niet alle gezinsleden, en dat is een begrip dat zowel in enge als in ruime zin kan worden opgevat afhankelijk van de erg verschillende sociaal-culturele concepten over de hele wereld, allemaal op dezelfde voet. Zoals we meer in detail in punt 2 zullen zien (zie lager) krijgt het kerngezin (het paar en zijn kinderen) voorrang ten opzichte van de andere gezinsleden, wat uiteraard niet verwonderlijk is in een land als België. De leden van het kerngezin zijn inderdaad van rechtswege toegelaten tot een verblijf²⁷ op basis van artikel 10 van de wet, terwijl andere gezinsleden (onder andere de familieleden in opgaande lijn, behalve uitzonderingen, en ook broers en zussen) worden onderworpen aan de gemeenrechtelijke regeling van de toelating tot verblijf. De minister of zijn gemachtigde beschikt voor hen over een discretionaire bevoegdheid op basis van artikel 9 van de wet. Zijn beslissingen mogen niet willekeurig zijn en moeten worden gemotiveerd, maar er is geen enkele regel die bepaalt op welke voorwaarden zij zich mogen baseren. Het zou interessant zijn om na te gaan hoe de Dienst Vreemdelingenzaken hiervoor administratief te werk gaat.

B. Volgens de nationaliteit van de betrokkenen

De regels die gelden voor gezinshereniging naargelang van de nationaliteit van de betrokken personen zijn hierboven al uitdrukkelijk vermeld in het deel over het Europees recht. De gezinshereniging tussen onderdanen van derde landen wordt geregeld door artikel 10 en volgende van de wet van 15 december 1980, waar deze tekst zich speciaal op toespitst en dit in het kader van het Europees immigratiebeleid sinds dat in 1999 is gelanceerd. Dit kwam tot uiting met de goedkeuring van Richtlijn 2003/86, die nochtans een vrij weinig dwingend kader vormt. We houden er ook best rekening mee dat internationale bilaterale verdragen van België met derde landen²⁸ altijd van toepassing zijn en voor bepaalde punten bepalingen bevatten die gunstiger zijn dan het interne Belgische recht.

Dan moeten we het nog hebben over het lot van de Belgen. Omwille van technisch-juridische redenen die vandaag een anachronisme vormen, genieten zij niet van het Europees recht in hun land van herkomst zolang zij geen gebruik hebben gemaakt van het vrij verkeer door zich te hebben verplaatst van België naar een andere lidstaat. Zij zijn dus op grond van het Europees recht onderworpen aan het Belgische recht. Om te vermijden dat zij minder goed worden behandeld in België dan Europese burgers (dit noemt men omgekeerde

²⁷ Dit noemt men over het algemeen het recht op gezinshereniging, in de zin van een individueel recht dat overeenkomt met de verplichting voor de administratie om de gezinshereniging toe te staan wanneer de door de wet voorziene voorwaarden zijn vervuld.

²⁸ Het gaat om Marokko, Algerije, Tunesië, Turkije en de staten die zijn ontstaan uit ex-Joegoslavië.

discriminatie, omdat zij gericht is op de staatsburgers in plaats van op de Europeanen, zoals meestal het probleem is), heeft de wet van 15 december 1980 in artikel 40ter voorzien dat voor hen de gunstigste bepalingen gelden, dat wil zeggen het Europese recht van vrij verkeer en de bepalingen over omzetting in Belgisch recht en niet het recht op immigratie. Zij genieten dus hetzelfde bevoorrechte statuut als de Europeanen, maar op grond van het Belgische recht en niet van het Europese recht.

C. Volgens het soort verblijfsrecht van de 'gezinshereniger'

Sinds de wet van 15 september 2006 maakt de wet van 15 december 1980 een onderscheid naargelang de buitenlander die het recht op gezinshereniging aanvraagt (de gezinshereniger genoemd) gemachtigd is tot een verblijf van onbeperkte of beperkte duur²⁹ (bijvoorbeeld in het geval van studenten). De eerste situatie wordt geregeld door artikel 10, terwijl de tweede onder artikel 10bis, paragraaf 2 van de wet valt.

Het is niet duidelijk waarom de wetgever heeft beslist om die situaties in twee verschillende bepalingen te regelen. Het verzoek tot gezinshereniging ingediend door een buitenlander die gemachtigd is tot een verblijf van beperkte duur, 'moet' immers worden ingewilligd volgens de tekst van artikel 10bis, paragraaf 1 en 2 zelf, wat uiteindelijk tot hetzelfde resultaat leidt als in het geval van toelating van rechtswege zoals bedoeld in artikel 10 voor buitenlanders met een verblijf van onbeperkte duur. Er zijn zeker bijkomende voorwaarden voorzien in hun geval, maar die bestaan ook voor sommige gezinsleden van een buitenlander die gemachtigd is tot een verblijf van onbeperkte duur. De wet is dus op dit punt nodeloos complex en dat valt des te meer te betreuren omdat dit onderscheid ertoe heeft geleid dat de wetgever een artikel 10ter heeft ingevoerd, die de procedure van gezinshereniging regelt voor buitenlanders met een verblijf van beperkte duur, die een herhaling is van artikel 12bis, paragraaf 2.

D. Volgens de samenstelling van het gezin

Het gezin kan op verschillende manieren worden opgebouwd rond een immigrant. De immigrant kan de gezinsleden verlaten door hen in zijn land van herkomst achter te laten en vervolgens vragen dat zij zich bij hem voegen. In dat geval gaat het om gezinshereniging, waarbij het gezin dat door de emigratie van een van de leden was gebroken, weer wordt samengesteld. Het kan ook gebeuren dat een immigrant familiebanden smeedt nadat hij is geëmigreerd, bijvoorbeeld door te trouwen met een persoon uit zijn land van herkomst die daar nog woont. In dat geval gaat het niet om gezinshereniging in de strikte zin van het woord, maar veeleer om de samenstelling van een nieuw gezin dat niet bestond voor de emigratie van degene die vraagt om zich te laten vervoegen door de leden van zijn nieuwe gezin. Zoals we zullen zien, maakt het Belgisch recht slechts in uitzonderlijke gevallen een onderscheid tussen deze twee manieren om een gezin samen te stellen rond een immigrant.

²⁹ *Dat noodzakelijkerwijs langer moet zijn dan een 'verblijf van korte duur' (dat wil zeggen van minder dan drie maand) dat logisch gezien niet het recht op gezinshereniging met zich mee brengt, omwille van de korte duur.*

2. De begunstigden van gezinshereniging

Zoals we al hebben aangegeven, geniet het kerngezin voorrang in het Belgische recht. We zullen achtereenvolgens de samenstelling van het paar (A) en de definitie van de kinderen onderzoeken (B) voor we het specifieke geval van polygamie bekijken (C).

A. Het paar

Het Belgisch recht heeft de voorbije jaren een sterke evolutie gekend en houdt rekening met de nieuwe vormen van verbintenissen en besteedt bovendien ook geen aandacht meer aan het geslacht van de betrokkenen. Naast het huwelijk kent het Belgisch recht sinds 1998 het 'wettelijk samenwonen' van twee personen die verklaren dat ze een gezamenlijk leven willen leiden. De wet van 15 september 2006 heeft in de wet van 15 december 1980 het begrip 'partnerschap' ingevoerd, waardoor buitenlanders kunnen genieten van het recht op gezinshereniging. In werkelijkheid betekende deze wet de wettelijke omzetting van de inhoud van een rondzendbrief die buitenlanders al sinds 1997 de mogelijkheid bood om te genieten van gezinshereniging op basis van een duurzame relatie. Zo stellen we dus vast dat de omzetting van Richtlijn 2003/86 heeft geleid tot het gunstige gevolg dat België ertoe is aangezet om rondzendingen om te zetten in wetgevende regels, wat meer juridische zekerheid biedt.

De wet maakt het onderscheid tussen partnerschappen die 'worden beschouwd als gelijkwaardig aan een huwelijk' en 'wettelijk geregistreerde' partnerschappen. De eerste volgen dezelfde regels als het huwelijk omdat zij gelijkaardige gevolgen met zich mee brengen; het gaat om partnerschappen afgesloten in de Scandinavische landen (Denemarken, Finland, IJsland, Noorwegen en Zweden) en ook in Duitsland en in het Verenigd Koninkrijk. De tweede zijn in het vreemdelingenrecht onderworpen aan strengere voorwaarden, waarop wij nog terugkomen. Artikel 10, paragraaf 1, 5° van de wet vereist een "naar behoren geattesteerde duurzame en stabiele relatie van minstens een jaar". Een koninklijk besluit van 10 juli 2010 verduidelijkt in dit verband dat het hier - naast de partners die minstens gedurende één jaar voor het verzoek om gezinshereniging op ononderbroken wijze in België of in het buitenland hebben samengewoond - ook gaat om de partners "die elkaar sinds minstens één jaar kennen, het bewijs leveren dat zij regelmatige contacten hebben onderhouden (telefonisch, per post of e-mail), dat zij elkaar drie keer hebben ontmoet voor de aanvraag tot gezinshereniging en dat die ontmoetingen ten minste 45 dagen hebben geduurd", evenals de partners die samen een kind hebben. Merk op dat de Raad van State op 26 februari 2010³⁰ het koninklijk besluit van 17 mei 2007 heeft vernietigd dat eiste dat de partners elkaar sinds minstens twee jaar moesten kennen, wat inderdaad in strijd was met artikel 10 van de wet van 15 december 1980.

We willen erop wijzen dat het Belgisch recht het homohuwelijk toestaat, evenals het partnerschap tussen personen van hetzelfde geslacht. Dat betekent evenwel niet dat alle buitenlanders van hetzelfde geslacht naar België kunnen komen om van die bepalingen te genieten, aangezien het Belgisch recht enkel van toepassing is op personen krachtens de Belgische regels van het internationaal privaatrecht, die vereisen dat ten minste een van de echtgenoten Belg is of in België zijn wettelijke of gewoonlijke verblijfplaats heeft. In tegengesteld geval geldt de wet van de nationaliteit van de echtgenoten, wetende dat enkel Portugal, IJsland, Nederland, Noorwegen, Spanje, Zweden, Zuid-Afrika, Argentinië en Canada het homohuwelijk toestaan, net als sommige staten van de Verenigde Staten en ook Mexico-Stad.

³⁰ Arrest nr. 201.374.

Terwijl de wet van 15 december geen enkel minimum oplegde, is de leeftijd van de echtgenoten of de partners geleidelijk aan op 18 jaar gebracht door een wet van 6 augustus 1993 en op 21 jaar door de wet van 15 september 2006. Maar de leeftijd blijft op 18 jaar in het geval dat de relatie tussen echtgenoten of partners al bestaat voor aankomst van de buitenlander in België. Dit is een van de zeldzame gevallen waarin de gezinshereniging in de strikte zin van wedersamenstelling van een bestaand gezin voordeel krijgt in vergelijking met de samenstelling van een nieuw gezin (zie hierboven). Volgens het Grondwettelijk Hof dat verzocht is de noodzaak en de evenredigheid van deze maatregel te onderzoeken, "beantwoordt deze maatregel aan de bekommernis van de wetgever om een praktijk te ontmoedigen waar sommige meisjes in België het slachtoffer van worden en waarbij zij worden gedwongen tot een huwelijk tegen hun zin, vooral met de bedoeling de echtgenoot toegang tot verblijf te geven". De bedoeling om de belanghebbenden te beschermen tegen druk om hun te laten instemmen met een huwelijk tegen hun vrije wil, is legitiem en conform artikel 8.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Door de leeftijd vanaf wanneer de echtgenoten hun recht op gezinshereniging in België kunnen uitoefenen, op te trekken tot 21 jaar, heeft de wetgever een relevante maatregel genomen aangezien hij redelijk gezien van mening kan zijn dat er minder kans is dat de druk, vooral van de familie, met succes wordt uitgeoefend wanneer de belanghebbenden deze leeftijd hebben bereikt dan wanneer zij jonger zijn. Ten slotte is de maatregel niet onevenredig, aangezien de wetgever zelf een uitzondering op de regel heeft voorzien, door de leeftijd van de echtgenoten te verlagen tot 18 jaar in de gevallen bedoeld in artikel 10, paragraaf 1, alinea 1, 4^o, eerste streepje, tweede zin en 5^o alinea 2. Uit het eerder vermelde voorbereidende werk blijkt trouwens enerzijds dat de gezinshereniging ook een recht zou kunnen zijn krachtens artikel 10, paragraaf 1, 1^o van de vreemdelingenwet, indien is voldaan aan de voorwaarden vastgelegd door bilaterale akkoorden en anderzijds dat de minister of zijn gemachtigde de echtgenoot of de buitenlandse partner ook een verblijfsvergunning in België kan toestaan op basis van artikel 9 van de wet, als er geen misbruik is³¹ (met name in het geval dat ze samen een kind hebben).

B. De kinderen

Het gaat om alle kinderen, ongeacht of ze van het paar samen zijn of van een van hen, voor zover de betrokken persoon in dat laatste geval de voogdij heeft. De maximumleeftijd van de kinderen is bepaald op 18 jaar (de leeftijd van meerderjarigheid in België) en zij moeten ongehuwd zijn. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft logischerwijze verduidelijkt dat de leeftijdsvoorwaarde moet worden beoordeeld op het moment dat het verzoek wordt ingediend en niet op het moment dat de administratie een uitspraak doet³². Een afwijking is voorzien ten gunste van het ongehuwde gehandicapte kind dat kan genieten van het recht op gezinshereniging na de leeftijd van 18 jaar wanneer het niet in staat blijkt zelf in zijn levensonderhoud te voorzien.

C. De problematiek van de polygamie

Artikel 10, paragraaf 1, alinea 2 verduidelijkt dat het recht op gezinshereniging niet geldt voor de echtgenoot van een polygame buitenlander wanneer een andere echtgenoot van deze persoon al in het koninkrijk verblijft. Dit is de verwerping in het vreemdelingenrecht van polygamie, die als strijdig met de Belgische internationale openbare orde wordt beschouwd. Het is wel interessant dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 26 juni 2008 de bepaling heeft vernietigd die ook gold voor kinderen uit een polygaam huwelijk tussen de gezinshereniger en een andere echtgenote dan degene die in het koninkrijk verblijft.

³¹ Arrest nr. 95/2008 van 26 juni 2008, punt B.30.1. en B.30.2.

³² Arrest nr. 39369 van 25 februari 2010.

Het Hof heeft inderdaad geoordeeld dat "het criterium van de omstandigheden van de geboorte van een kind en de huwelijkstoestand van zijn ouders geen enkele relevantie heeft voor het voorwerp van de bepaling noch voor de doelstelling van verdediging van de Belgische of Europese internationale openbare orde en dat de betrokken kinderen bijgevolg op geen enkele manier verantwoordelijk zijn voor de echtelijke situatie van hun ouders en dat de gezinshereniging, wat hen betreft, geen gevolg is van het huwelijk van die ouders, maar wel een gevolg van de band van afstamming die hen bindt aan hun ouder die gevestigd is of gemachtigd is om in België te verblijven" (punt B.21). Het Hof voegde eraan toe, in naam van het hogere belang van het kind dat wordt beschermd door het Verdrag over de Kinderrechten, dat "er niets is dat toestaat om aan te nemen dat een kind er op algemene, abstracte en onweerlegbare wijze geen belang bij heeft om te verblijven bij de ene of de andere ouder wanneer zijn ouders niet samen wonen, maar in gezamenlijk akkoord beslissen dat het bij een van beiden zal wonen" (punt B.22). Daaruit volgt dat kinderen van een polygaam huwelijk op dezelfde wijze als de andere kinderen genieten van een werkelijk recht op gezinshereniging.

3. De voorwaarden om gebruik te kunnen maken van gezinshereniging

De voorwaarden die vervuld moeten zijn om te kunnen genieten van gezinshereniging, vormen een van de punten die de aandacht zullen blijven polariseren. Hoewel het Belgisch recht zeker een van de mildste in Europa was, heeft de wetgever, in navolging van Richtlijn 2003/86 die op dit punt niet dwingend is, nieuwe voorwaarden ingevoerd die aanleiding geven tot discussie. Naast de voorwaarden met betrekking tot de hoedanigheid van de gezinsleden die al aan bod zijn gekomen in punt 2, moet aan vier voorwaarden worden voldaan: de eerste is het effectieve samenwonen van de gezinshereniger en de gezinsleden die aan gezinshereniging doen (A); de tweede en derde voorwaarde houden verband met de huisvesting (B) en de ziekte-zorgverzekering (C) en zijn nieuw ingevoerd door de wet van 15 september 2006. We moeten er ook rekening mee houden dat de gezinsleden moeten voldoen aan allerlei voorwaarden op het vlak van toegang tot het grondgebied voor een kort verblijf van minder dan drie maand (D). En ten slotte wijzen we op het feit dat het Belgisch recht momenteel geen algemene voorwaarde kent op het vlak van financiële inkomsten, die slechts in twee specifieke gevallen vereist zijn (E) en evenmin voorwaarden in verband met de toelating tot verblijf waarvoor enkel de integratievoorwaarden³³ van de gezinsleden gelden die zijn toegestaan door Richtlijn 2003/86.

A. Het samenwonen van de gezinsleden

De voorwaarde tot samenwonen kan inherent lijken aan gezinshereniging, die inderdaad bedoeld is om een gezin te verenigen dat is gescheiden door de migratie van zijn leden. De wet van 15 december 1980 gebruikt in dit verband in artikel 10, paragraaf 1 de uitdrukking "samenleven"; en artikel 11, paragraaf 1, 2^o verwijst naar een "werkelijk huwelijks- of gezinsleven".

In de praktijk wordt vereist dat de gezinsleden samen in dezelfde woning verblijven en zelfs dat zij gedomicilieerd zijn op hetzelfde adres. Het naleven van die voorwaarde vormt in principe het voorwerp van een onderzoek dat wordt uitgevoerd door de gemeentelijke politie, die het werkelijk samenwonen van de gezinsleden moet komen vaststellen door een bezoek te brengen aan hun woonplaats. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen³⁴ heeft al beslissingen moeten verwerpen op basis van verslagen die zich beperken tot het vast-

³³ *Het Vlaams integratiebeleid is immers niet geboden aan het verblijfsrecht op het grondgebied.*

³⁴ *Arrest 38.841 van 17 februari 2010.*

stellen van de afwezigheid van het gezinslid op het moment van het bezoek van de politie, waarbij die enige vaststelling het natuurlijk niet mogelijk maakt om te concluderen dat er geen sprake is van samenwonen.

B. Voldoende huisvesting om het gezin op te vangen

Volgens artikel 10, paragraaf 2, alinea 2 van de wet moeten "bedoelde vreemdelingen het bewijs aanbrengen dat de vreemdeling die vervoegd wordt over voldoende huisvesting beschikt om het familielid of de familieleden, die gevraagd heeft of hebben om zich bij hem te komen voegen, te herbergen". Het Grondwettelijk Hof heeft deze voorwaarde bekrachtigd in zijn arrest van 26 juni 2008 door te stellen dat "de verplichting om te bewijzen dat de buitenlander over voldoende huisvesting beschikt, is ingegeven door de zorg om een eind te maken aan sommige onaanvaardbare situaties in verband met de huisvesting van buitenlanders. (...) De voorwaarde is relevant om het doel te bereiken dat door de wetgever wordt nagestreefd, in een Europese context. Het recht op respect voor het privé- en gezinsleven verhindert niet dat de gezinshereniging wordt onderworpen aan voorwaarden en dat de gezinshereniger gehouden is om de omstandigheden te scheppen die gezinshereniging mogelijk maken met respect voor de menselijke waardigheid (...). De eis dat aan deze voorwaarde moet zijn voldaan bij het indienen van het verzoek is evenmin onevenredig. Men kan verwachten van de gezinshereniger dat hij voldoende stabiliteit kan bieden op het vlak van huisvesting en dat hij dus zeker over de vereiste huisvesting beschikt op het moment dat er uitspraak wordt gedaan over zijn verzoek. De overheid kan daar alleen maar zeker van zijn indien de persoon die zich laat vervoegen, al over die woning beschikt bij het indienen van het verzoek om machtiging tot verblijf, aangezien de goedkeuring van het verzoek ook onmiddellijk een recht van verblijf met zich mee brengt dat vanaf dat moment opeisbaar is." (punt B.47). De Europese Commissie beschouwt deze praktijk in haar verslag als betwistbaar, omdat zij meent dat de duur van de procedure van gezinshereniging de gezinshereniger een aanzienlijke financiële last dreigt op te leggen³⁵.

De wetgever heeft de koning ermee belast de gevallen te bepalen waarin de buitenlander wordt geacht over voldoende huisvesting te beschikken, wat heeft geleid tot de invoering van een nieuw artikel 26/3 in het koninklijk besluit tot uitvoering van de wet van 15 december 1980 die het voorleggen vereist van een attest afgeleverd door de gemeentelijke overheid dat bevestigt dat de woning voldoet aan de eisen die op het vlak van veiligheid, gezondheid en hygiëne gelden in het betrokken gebied. Die bepaling is nochtans vernietigd door de Raad van State³⁶, die van mening was dat de koning door te eisen dat de woningen moeten voldoen aan alle geldende normen zonder onderscheid te maken in de mate van de eventuele vastgestelde gebreken, het begrip van voldoende huisvesting heeft vervormd en de wil van de wetgever heeft miskend, die niet de bedoeling had om van de buitenlanders te eisen dat ze de normen respecteren die in de praktijk niet worden geëist van de Belgische bevolking, maar zich te beperken tot het vermijden van werkelijk onaanvaardbare situaties zoals het ontvangen van een buitenlander in een woning die niet geschikt is voor bewoning en die een gevaar vormt voor de mensen die er wonen of praktijken van huisjesmelkerij.

Bijgevolg werd op 26 augustus 2010 een nieuw koninklijk besluit goedgekeurd. Dat verwijst naar de wet op de huurcontracten en op die manier naar een koninklijk besluit van 8 juli 1997, dat de minimumvoorwaarden bepaalt voor een onroerend goed dat wordt verhuurd om in overeenstemming te zijn met de elementaire vereisten op het vlak van veiligheid, gezondheid en bewoonbaarheid. Dat besluit schrijft een aantal voorwaarden

³⁵ *Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 2003/86/CE inzake het recht op gezinshereniging, COM(2008)610 van 8 oktober 2008, p.6.*

³⁶ *Arrest nr. 201.375 van 26 februari 2010.*

voor in verband met de grootte, de staat en de voorzieningen van de woning en geeft in artikel 2 aan dat “de oppervlakte en het volume van de woning voldoende ruim moeten zijn om er te koken, te wonen en te slapen.” Het koninklijk besluit van 26 augustus verklaart dat de buitenlander om te bewijzen dat hij beschikt over een woning die aan die voorwaarden voldoet, het bewijs moet leveren dat het huurcontract geregistreerd is als hij huurder is of het eigendomsbewijs moet voorleggen als hij eigenaar is. Volgens het Verslag aan de Koning “creëert het voorleggen van die documenten een weerlegbaar vermoeden dat voldaan is aan de voorwaarde van voldoende huisvesting.” Het koninklijk besluit voegt eraan toe: “het bewijs van voldoende huisvesting zal niet aanvaard worden als de woning onbewoonbaar verklaard werd door een daartoe bevoegde overheid.” Eerlijk gezegd is het niet duidelijk hoe de nieuwe bepaling het daadwerkelijk mogelijk zal maken om na te gaan of de gezinshereniger wel degelijk over voldoende huisvesting beschikt om zijn familieleden te ontvangen. Er wordt niet gecontroleerd of de huisvesting volstaat op het moment dat het huurcontract wordt geregistreerd – wat trouwens in principe de taak is van de verhuurder en niet van de huurder – en verder is evenmin duidelijk hoe het voorleggen van een eigendomsbewijs bevestigt dat de huisvesting voldoende is. We kunnen ons dus afvragen of de nieuwe regelgeving geen dode letter zal blijven, behalve in het geval dat een woning onbewoonbaar wordt verklaard, een extreem geval waarvoor het uiteraard niet nodig was om te verduidelijken dat er geen sprake is van voldoende huisvesting. Kortom: het invoeren van een voorwaarde op het vlak van huisvesting, ook al is die vanuit juridisch oogpunt op zich niet betwistbaar, vormt een goed voorbeeld van een gebrek aan pragmatisme bij de uitvoering van de wet. Door eerst een te zwaar en daarna een te licht voorschrift op te leggen, lijkt de regering er niet in te slagen een regelgeving goed te keuren die de wil van de wetgever op passende wijze uitvoert.

C. Een ziektekostenverzekering die de risico's in België dekt voor de gezinshereniger en zijn gezinsleden

Deze voorwaarde verwijst naar de basisvoorwaarden op het vlak van vrij verkeer van personen in het Europees recht en wordt trouwens ook geëist van Europese burgers op het vlak van gezinshereniging door Richtlijn 2004/38. Zij mag in de praktijk nauwelijks problemen opleveren wanneer de gezinsleden kunnen gedekt worden door de ziekteverzekering van de gezinshereniger, wat zal blijken uit het afleveren van een attest door de mutualiteit van de belanghebbende. Indien dit niet het geval is, kan deze voorwaarde worden vervuld door het ondertekenen van een privéverzekering of door het bewijs dat het gezinslid gedekt is door een buitenlandse verzekering.

D. Naleven van bepaalde voorwaarden voor het kort verblijf van minder dan drie maanden

Artikel 11 somt de bijkomende voorwaarden op die eventueel onopgemerkt zouden blijven. ³⁷ van deze bepaling verwijst naar artikel 3, 5^o tot 8^o van de wet van 15 december 1980, dat de voorwaarden omvat die niet in artikel 10 staan. In werkelijkheid gaat het om voorwaarden opgelegd aan mensen die toegang tot België vragen voor een kort verblijf van minder dan drie maanden: niet gesignaleerd staan in het SIS³⁷; de internationale betrekkingen van een Schengenstaat niet schaden; de openbare rust, de openbare orde en de nationale veiligheid in België niet verstoren en niet uit België zijn teruggewezen of uitgezet sinds ten minste tien jaar. We moeten er wel op wijzen dat deze bepalingen niet automatisch kunnen worden toegepast en dat de Dienst Vreemdelingenzaken in alle gevallen de belangen van enerzijds de staat en anderzijds de kandidaten voor

³⁷ Het Schengen Informatiesysteem SIS bevat buitenlanders die ongewenst zijn omwille van redenen die te maken hebben met de openbare orde of de schending van regels met betrekking tot het verblijf van buitenlanders.

gezinshereniging moet afwegen, conform de rechtspraak van het Europees Hof van Straatsburg over het respect voor het recht op gezinsleven erkend in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

De wet van 15 september 2006 heeft aan deze lijst de motieven van volksgezondheid toegevoegd door in artikel 10, paragraaf 2 laatste alinea te voorzien dat "Alle vreemdelingen bovendien het bewijs moeten aanbren- gen dat zij niet lijden aan een van de ziekten die de volksgezondheid in gevaar kunnen brengen en die worden opgesomd in de bijlage aan deze wet". De Dienst Vreemdelingenzaken eist in de praktijk dat de gezinsleden een medisch attest voorleggen dat zij niet lijden aan een van de ziekten bedoeld in de bijlage bij de wet van 15 december 1980. Men kan zich vragen stellen over de compatibiliteit van een dergelijke bepaling die bijvoor- beeld kan worden ingeroepen tegen zieke kinderen met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag over de Kinderrechten of het principe van non-discriminatie om gezondheidsreden- nen. Blijkbaar kan het motief van de volksgezondheid, krachtens artikel 11, paragraaf 2, 1^o van de wet zelfs worden ingeroepen tegen het gezinslid tijdens de eerste twee jaar van het verblijf om het van het grondgebied te verwijderen, wetende dat het Grondwettelijk Hof een voorbehoud van interpretatie heeft geformuleerd overwegende dat, conform artikel 6, paragraaf 3 van Richtlijn 2003/86, het optreden van ziekten of gebreken na het afleveren van de verblijfsvergunning alleen niet de weigering van verlenging van de verblijfsvergunning of verwijdering van het grondgebied kan rechtvaardigen (punt B.50 van zijn arrest 95/2008 van 26 juni 2008). Omdat het om nieuwe beschikkingen gaat, zou het interessant zijn om te weten in welke mate de voorwaarde inzake volksgezondheid in de praktijk daadwerkelijk wordt toegepast.

E. Geen algemene voorwaarde in verband met financiële inkomsten

Er kan worden aangestipt dat er in het Belgisch recht geen algemene voorwaarde bestaat van financiële inkomsten om te voorzien in de behoeften van de gezinsleden³⁸, wat in scherp contrast staat met het feit dat een dergelijke eis is voorzien voor de Europese burgers door Richtlijn 2004/38. Een dergelijke voorwaarde is voor het moment in België door de wet van 15 december 1980 enkel voorzien in twee gevallen: de studen- ten en de gezinshereniging met een meerderjarig ongehuwd gehandicapt kind. In die gevallen moet worden bewezen dat het gezin beschikt over "stabiele, regelmatige en voldoende middelen van bestaan" om in zijn behoeften te voorzien om geen last te worden voor de overheid. Het is te begrijpen dat België zich in deze twee specifieke gevallen wil beveiligen, want studenten die maar een beperkt recht op werken hebben, kun- nen eventueel niet over voldoende middelen beschikken en de last van een gehandicapt kind kan heel zwaar blijken te zijn. In de toekomst zou er discussie kunnen ontstaan over de veralgemening van een dergelijke voorwaarde voor alle gevallen van gezinshereniging, wat in elk geval zou leiden tot de noodzaak om bij konink- lijk besluit een referentiebedrag vast te leggen om een dergelijke voorwaarde te objectiveren. De omschrijving van die voorwaarde zou bovendien rekening moeten houden met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie hoger).

³⁸ De Raad van State heeft dit duidelijk herhaald in zijn arrest 201.374 van 26 februari 2010 door vernietiging van de bepaling van het koninklijk besluit van 17 mei 2007 dat een engagement tot zorg van de gezinshereniger ten opzichte van zijn partner vereist zoals het geval was onder invloed van de rondzendbrief van 1997 (zie hoger), wat neerkwam op het invoeren van een voorwaarde van inkomsten die door de wetgever niet is voorzien.

4. De procedure van gezinshereniging

A. De plaats waar het verzoek wordt ingediend

Bij gezinshereniging geldt het principe, zoals meestal in verband met immigratie krachtens artikel 9 van de wet van 15 december 1980, dat het verzoek moet worden ingediend door het gezinslid in zijn land van herkomst of verblijf, via het consulaat of de ambassade van België. Het verdient aanbeveling om na te gaan of de mogelijkheid om het verzoek te laten indienen door de gezinshereniger in België, die momenteel niet is voorzien, de behandeling van bepaalde dossiers niet zou vergemakkelijken. De regel geldt zowel voor het verzoek om toelating tot verblijf van rechtswege voor gezinshereniging bij een buitenlander gemachtigd tot een verblijf van onbeperkte duur of die hier gevestigd is als voor de toelating tot verblijf voor gezinshereniging bij een buitenlander gemachtigd tot een beperkt verblijf. De wet is nochtans onlangs versoepeld om het indienen van een verzoek tot gezinshereniging in België door een gezinslid dat al aanwezig is op het grondgebied in twee gevallen mogelijk te maken.

Ten eerste is het mogelijk om ter plaatse een verzoek tot gezinshereniging in te dienen, via de gemeente waar de buitenlander verblijft, in geval van uitzonderlijke omstandigheden die de persoon verhinderen om terug te keren naar zijn land van herkomst om er het verzoek tot gezinshereniging in te dienen, wat verwijst naar artikel 9bis van de wet die de juridische basis levert die in België wordt gebruikt voor de regularisering van buitenlanders die hier illegaal verblijven. Die mogelijkheid, die aanvankelijk niet door de wet was voorzien, is door de wetgever ingevoegd in artikel 12bis, paragraaf 1, 3° als gevolg van een arrest van het Grondwettelijk Hof dat oordeelde dat de gezinsleden werden gediscrimineerd in vergelijking met andere immigranten³⁹. Deze vorm van regularisering is evenwel enkel mogelijk in geval van uitzonderlijke omstandigheden die de persoon verhinderen om terug te keren naar zijn land van herkomst, zodat bijvoorbeeld de buitenlander die hier illegaal verblijft en die in België trouwt, afgezien van dit geval, naar zijn land van herkomst moet terugkeren om daar de procedure van gezinshereniging aan te vatten. Interessant is dat een dergelijke regel niet kan worden ingeroepen tegen Europese burgers en hun gezinsleden die onderdanen zijn van derde landen omwille van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat van oordeel was dat het ging om een onevenredige eis ingesteld in een uitspraak die werd gelanceerd door het MRAX-arrest dat precies tegen België werd gevelde⁴⁰. Het Grondwettelijk Hof heeft dan weer geoordeeld dat het behoud van deze regel in het Belgisch recht voor de gezinshereniging tussen onderdanen van derde landen berust op een objectief criterium⁴¹ en niet onevenredig is⁴². De vrij beknopte motieven van het arrest over dit tweede punt roepen vragen op bij de redenen waarom een identieke eis al dan niet als onevenredig wordt beoordeeld door een rechter, wetende dat de grond van het debat te maken heeft met de vraag of en in welke mate dit soort eis het daadwerkelijk mogelijk maakt om de migratiestromen beter te controleren en vooral misbruiken van gezinshereniging te bestrijden.

Ten tweede kan het verzoek tot toegang van rechtswege bij een buitenlander die gemachtigd is tot een verblijf van onbeperkte duur ook ter plaatse worden ingediend zonder dat uitzonderlijke omstandigheden vereist zijn,

³⁹ Arrest 133/2005 van 19 juli 2005.

⁴⁰ Arrest C-459/99 van 25 juli 2002.

⁴¹ De nationaliteit van de betrokkenen, wanneer het gaat om onderdanen van derde landen ten opzichte van Europese burgers.

⁴² Arrest nr. 46/2006 van 22 maart 2006.

in de mate dat het gezinslid wettig in België verblijft⁴³ op voorwaarde dat alle bewijzen zijn voorgelegd vóór het einde van het wettelijke verblijf. De eerste bepaling staat in werkelijkheid een verandering van statuut toe, terwijl de tweede een juridische basis levert voor de praktijk die erin bestaat om gebruik te maken van een kort verblijf van minder dan drie maanden (met of zonder Schengenvisum, afhankelijk van het geval) om een verzoek tot gezinshereniging in te dienen. Die mogelijkheid geldt ook voor de toelating tot gezinshereniging voor een buitenlander die gemachtigd is tot een verblijf van beperkte duur krachtens artikel 25/2, §1, 2° van het koninklijk besluit tot uitvoering van de wet van 1980.

B. Het onderzoek van de aanvraag

De procedure verschilt al naargelang het verzoek is ingediend in het buitenland, wat het principe is, of bij wijze van uitzondering rechtstreeks op het Belgisch grondgebied conform de hierboven uitgelegde regels.

In het eerste geval wordt het verzoek dat door de betrokken Belgische ambassade of Belgisch consulaat wordt overgemaakt, onderzocht door de Dienst Vreemdelingenzaken, die een visum voor gezinshereniging aflevert of weigert. In geval van een positief antwoord moet de buitenlander die de grens oversteekt met zijn visum zich binnen acht dagen na aankomst aanbieden in de gemeente waar hij verblijft en krijgt daar een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister (BIVR) dat geldig is voor één jaar. Omdat de gezinshereniging is gecontroleerd door de Dienst voor Vreemdelingenzaken vóór de buitenlander het grondgebied is binnengekomen, stelt zich niet de vraag van het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het verzoek dat aan bod komt in het tweede, onderstaande geval.

In het tweede geval omvat de procedure sinds 1993 twee fasen: in de eerste plaats het ontvankelijkheids-onderzoek en daarna een onderzoek naar de gegrondheid van het verzoek. De ontvankelijkheid van het verzoek wordt onderzocht door de gemeente. Zij heeft de taak om na te gaan of de aanvrager beschikt over de documenten die vereist zijn om het land binnen te komen⁴⁴ en ook over de vereiste bewijzen voor gezinshereniging. Indien alle documenten zijn voorgelegd, wordt het dossier voor onderzoek overgemaakt aan de Dienst Vreemdelingenzaken, die als enige bevoegd is om de gegrondheid van het verzoek te onderzoeken en de buitenlander krijgt een attest van immatriculatie van type A dat negen maanden geldig is (zie verder) en ook een bijlage 15bis, die bewijst dat het verzoek wel degelijk is ingediend; in tegengesteld geval verklaart de gemeente het verzoek onontvankelijk, verstrekt de buitenlander een bevel om het grondgebied te verlaten en maakt een kopie van haar beslissing over aan de Dienst Vreemdelingenzaken. Indien de buitenlander uitzonderlijke omstandigheden inroept die hem verhinderen om naar zijn land van herkomst terug te keren, heeft de fase van ontvankelijkheid betrekking op het bestaan van die omstandigheden en hangt zij af van de Dienst Vreemdelingenzaken in plaats van de gemeente.

C. De termijn die is voorzien om de aanvraag te onderzoeken

Een van de punten waarvoor België verplicht is geweest om zijn wetgeving aan te passen bij de omzetting van Richtlijn 2003/86 heeft betrekking op de termijn van besluitvorming over een verzoek tot gezinshereniging. Waar het Belgische recht in dit verband geen enkele termijn voorzag, voert de wet van 15 september 2006

43 *Of indien het gezinslid al in een andere hoedanigheid is toegelaten of gemachtigd tot een verblijf van meer dan drie maanden in België (artikel 12bis, paragraaf 1, 1°) en zelfs tijdens het korte verblijf van minder dan drie maanden (artikel 12bis, paragraaf 1, 2°)*

44 *Paspoort met of zonder visum afhankelijk of de persoon al dan niet onderworpen is aan die verplichting omwille van zijn nationaliteit krachtens de Europese verordening 539/2001.*

een termijn van negen maanden in. Dat is het maximum dat is toegestaan door artikel 5, paragraaf 4 van de voornoemde richtlijn. Die termijn kan in uitzonderlijke gevallen omwille van de complexiteit van het verzoek twee keer met drie maanden worden verlengd en kan dus eventueel maximum 15 maanden bedragen. De wet voorziet dat een gebrek aan beslissing aan het einde van de voorziene termijn overeenstemt met een positieve beslissing.

Er is wel aandacht nodig voor het feit dat de voorziene termijn niet begint te lopen op de datum van indiening van het verzoek maar wel op het moment dat het dossier volledig is en dus alle vereiste documenten zijn voorgelegd. We herhalen hier dat artikel 26/3 van het koninklijk besluit tot uitvoering van de wet van 1980 de gemeenten tot zes maanden de tijd gaf om het bewijs van huisvesting af te leveren dat vereist was vóór de Raad van State deze bepaling vernietigde (zie hoger). Een dergelijke termijn voor de administratie om één enkel document te leveren dat nodig is om het aanvraagdossier volledig te maken, lijkt onevenredig in verhouding met de maximale termijn van 9 maanden voorzien door Richtlijn 2003/86.

5. Het statuut van de gezinsleden

Het is belangrijk om erop te wijzen dat het aanvaarden van een verzoek tot gezinshereniging niet betekent dat de gezinsleden onmiddellijk worden toegelaten voor een verblijf van onbeperkte duur in België, zelfs wanneer de gezinshereniger gemachtigd is tot een verblijf van onbeperkte duur⁴⁵. De wet heeft namelijk een proefperiode voorzien waarin de administratie kan natrekken of is voldaan aan de voorwaarden tot gezinshereniging en die eventueel kan leiden tot verwijdering van de gezinsleden. De voorwaarden die zijn voorzien in verband met gezinshereniging zijn dus niet alleen geldig voor de erkenning van het verblijfsrecht, maar ook voor het behoud ervan. De Dienst Vreemdelingenzaken kan laten overgaan tot controles die normaal plaatshebben op het moment van de jaarlijkse verlenging van de verblijfsvergunning en op elk moment in geval van vermoeden van fraude of van een schijnsituatie.

Het Belgisch recht heeft sinds 1980 een evolutie doorgemaakt die getuigt van de steeds sterkere wil om misbruiken te bestrijden waarvoor gezinshereniging kan worden gebruikt. De proefperiode die aanvankelijk drie maanden bedroeg, is verlengd tot twaalf maanden door een wet van 6 augustus 1993 en ten slotte tot drie jaar door de wet van 15 september 2006.

Artikel 11, paragraaf 2 van de wet voorziet dat de gezinsleden tijdens de eerste twee jaar hun verblijfsrecht in vier gevallen kunnen verliezen:

1. niet meer voldoen aan een van de voorwaarden voorzien door artikel 10 (bestaan van een familieband, huisvesting, ziektekostenverzekering, ...);
2. einde van het werkelijke huwelijks- of gezinsleven;
3. huwelijk of duurzame relatie van een van de partners met een andere persoon;
4. gebruik van valse informatie of documenten of fraude die doorslaggevend is voor de erkenning van het verblijfsrecht of schijnhuwelijk, -partnerschap of -adoptie.

Tijdens het derde jaar kan een van de bovenstaande motieven alleen maar worden ingeroepen indien het wordt "aangevuld met elementen die wijzen op een schijnsituatie".

De gezinsleden krijgen in België een zelfstandig verblijfsrecht ten opzichte van de gezinshereniger aan het eind van het tweede jaar van hun verblijf, zodat zij op dat moment niet meer hoeven te vrezen dat een scheiding of een verbreken van het samenwonen aanleiding zal geven tot beëindiging van hun verblijfsrecht.

Heel interessant is ook dat artikel 11 van de wet uiteindelijk voorziet: "De minister of zijn gemachtigde houdt in het bijzonder rekening met de situatie van personen die het slachtoffer zijn van geweld in de familie, die het huishouden verlaten hebben en bescherming nodig hebben. In deze gevallen zal hij de betrokken persoon op de hoogte brengen van zijn beslissing om geen einde te stellen aan zijn verblijf (op basis van de drie voormelde gevallen." Het zou interessant zijn om na te gaan wat er in de praktijk in dit verband gebeurt, wetende dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft verduidelijkt dat ook rekening moet worden gehouden met verbaal en psychologisch geweld en niet enkel met fysiek geweld⁴⁶.

⁴⁵ *In het geval dat de gezinshereniger gemachtigd is tot een verblijf van beperkte duur, zullen de gezinsleden een verblijfsvergunning krijgen van dezelfde duur als die van de gezinshereniger.*

⁴⁶ *Arrest 36.610 van 28 december 2009.*

www.kbs-frb.be

Meer info over onze projecten,
evenementen en publicaties vindt u op
www.kbs-frb.be.

Een e-news houdt u op de hoogte.
Met vragen kunt u terecht op
info@kbs-frb.be of 070-233 728

Koning Boudewijnstichting,
Brederodestraat 21, B-1000 Brussel
02-511 18 40,
fax 02-511 52 21

Giften vanaf 30 euro
zijn fiscaal aftrekbaar.
000-0000004-04
IBAN BE10 0000 0000 0404
BIC BPOTBEB1

De Koning Boudewijnstichting is een onafhankelijke en pluralistische stichting in dienst van de samenleving. We willen op een duurzame manier bijdragen tot meer rechtvaardigheid, democratie en respect voor diversiteit. De Stichting steunt jaarlijks zo'n 2.000 organisaties en individuen die zich engageren voor een betere samenleving. Onze actiedomeinen de komende jaren zijn: armoede & sociale rechtvaardigheid, gezondheid, democratie in België, democratie in de Balkan, erfgoed, filantropie, migratie, ontwikkeling, leiderschap, lokaal engagement, partnerschap of uitzonderlijke ondersteuning. De Stichting werd opgericht in 1976 toen Koning Boudewijn 25 jaar koning was.

In 2010 werkt de Stichting met een budget van 30 miljoen euro. Naast ons eigen kapitaal en de belangrijke dotatie van de Nationale Loterij, zijn er de Fondsen van individuen, verenigingen en bedrijven. De Koning Boudewijnstichting ontvangt ook giften en legaten.

De Raad van Bestuur van de Koning Boudewijnstichting tekent de krachtlijnen uit en zorgt voor een transparant beleid. Voor de realisatie doet ze een beroep op een 50-tal medewerkers. De Stichting werkt vanuit Brussel en is actief op Belgisch, Europees en internationaal niveau. In België heeft de Stichting zowel lokale, regionale als federale projecten lopen.

Om onze doelstelling te realiseren, combineren we verschillende werkmethodes. We steunen projecten van derden of lanceren eigen acties, bieden een forum voor debat en reflectie, en stimuleren filantropie. De resultaten van onze projecten en acties worden verspreid via diverse mediakanalen. De Koning Boudewijnstichting werkt samen met overheden, verenigingen, ngo's, onderzoekscentra, bedrijven en andere stichtingen. We hebben een strategisch samenwerkingsverband met het European Policy Centre, een denktank in Brussel.

