

Advies over het spanningsveld tussen
een definitief geworden inreisverbod en
een volgende aanvraag
gezinshereniging als ander familielid van
een Unieburger

Axelle Ameele

Pieter-Jan Corteel

Adeline De Clercq

Begeleider: Annelies Nachtergaele

Legal Clinic Mensenrechten en Migratierecht

Academiejaar: 2021-2022

Inhoudstafel

1. In feite
2. In rechte
 - 2.1. De praktijk van niet-inaanmerkingname van een aanvraag gezinshereniging van een ander familielid van een Unieburger na een definitief geworden inreisverbod
 - A. Het inreisverbod heeft geen rechtsgevolgen zolang het bevel om het grondgebied te verlaten niet is uitgevoerd
 - B. Schending van het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger door voorwaarden toe te voegen die geen wettelijke basis hebben
 - B.1. Het arrest K.A. tegen België is niet toepasselijk op de situatie van een ander familielid van een Unieburger
 - B.2. Miskenning van de bevoorrechte vreemdelingenstatus van een ander familielid van een Unieburger
 - C. Schending van het recht op gezinsleven zoals bedoeld onder artikel 8 EVRM
 - 2.2. De vereiste dat het verzoek tot opheffing of opschorting van het definitief geworden inreisverbod in het land van herkomst moet worden ingediend
 - A. Art. 74/12 Vreemdelingenwet is een foutieve omzetting van de Terugkeerrichtlijn
 - B. Het recht op gezinsleven wordt geschonden doordat de verzoeker tijdelijk van zijn gezin gescheiden wordt

Inleiding

In de praktijk van de Dienst Vreemdelingenzaken is er een spanningsveld tussen het recht op gezinshereniging als ander familielid van een Unieburger en een definitief geworden inreisverbod. De Dienst Vreemdelingenzaken neemt namelijk verzoeken van een ander familielid van een Unieburger niet in aanmerking omwille van het bestaan van een definitief geworden inreisverbod dat noch geschorst, noch opgeheven werd overeenkomstig art. 74/12 Vw. Dit advies heeft als doel om argumenten te ontwikkelen tegen deze praktijk.

In het eerste deel van dit advies wordt dieper ingegaan op de praktijk van niet-inaanmerkingname van DVZ waarin verzoeken tot gezinshereniging van een ander familielid niet ten gronde beoordeeld worden omwille van het bestaan van een definitief geworden inreisverbod. Deze praktijk zal getoetst worden aan de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en aan artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Alsook zullen argumenten aangereikt worden op basis van de doelstelling van het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger, namelijk het recht op vrij verkeer van de Unieburger verzekeren.

In het tweede deel van dit advies zal worden ingegaan op de vereiste om in het land van herkomst de opheffing of opschorting van het inreisverbod te bekomen alvorens een aanvraag tot gezinshereniging kan worden ingediend. Er zal nagegaan worden of deze vereiste wel een correcte omzetting van de Terugkeerrichtlijn is en of deze wel verenigbaar is met art. 8 EVRM.

1. In feite

De verzoeker, een derdelander, bevindt zich in onwettig verblijf in België. Tijdens zijn verblijf start hij een relatie met een Unieburger die in België wettig verblijft. Deze Unieburger, een Roemeense, is immers houder van een E-kaart. Na te worden betrapt op het bezit van verdovende middelen, meer bepaald 2,78 gram cannabis, komt de verzoeker onder een inreisverbod te staan. De motieven op grond waarvan Dienst Vreemdelingenzaken (hierna: DVZ) het inreisverbod oplegt zijn de volgende:

- DVZ steunt zich, bij het uitvaardigen van het inreisverbod op art. 74/11, §1, tweede lid Vreemdelingenwet (hierna: Vw.¹), dat luidt als volgt:

“§ 1. [...] De beslissing tot verwijdering gaat gepaard met een inreisverbod van maximum drie jaar in volgende gevallen:

1° indien voor het vrijwillig vertrek geen enkele termijn is toegestaan of, [...]”

DVZ moet de beslissing tot verwijdering gepaard laten gaan met een inreisverbod omdat er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegestaan.

De reden waarom DVZ geen termijn voor vrijwillig vertrek toestaat, ligt vervat in de motivering van het bevel om het grondgebied te verlaten.

DVZ zegt namelijk dat de betrokkene inbreuken heeft gepleegd die de openbare orde van het land schaden. Op basis van artikel 74/14, §3 Vw. kan men afzien van het toekennen van een termijn voor vrijwillig vertrek indien *“1° er een risico op onderduiken bestaat, of; 2° de onderdaan van een derde land de opgelegde preventieve maatregel niet heeft gerespecteerd, of; 3° de onderdaan van een derde land een bedreiging is voor de openbare orde of de nationale veiligheid [...]”*

- De betrokkene heeft nooit een verzoek tot gezinshereniging ingediend.
- Het recht op privé- en gezinsleven is niet absoluut. Bovendien heeft de betrokkene geen medische problemen. Een schending van de artikelen 3 en 8 EVRM² wordt dus niet aannemelijk gemaakt.

Het inreisverbod kent een duur van 3 jaar en is, wegens het niet tijdig aantekenen van beroep, definitief geworden.

Verzoeker dient vervolgens als ander familielid van een Unieburger (artt. 47/1, 1° en 47/2 Vw.) een aanvraag tot gezinshereniging in. De Unieburger ten aanzien van wie hij het verzoek indient is zijn feitelijke partner, een Roemeense vrouw met wettig verblijf in België.

¹ Wet 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, BS 31 december 1980, 14.584.

² Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, BS 19 augustus 1955, 5.029 (hierna: EVRM).

Art. 47/1, 1° Vw. somt op wie wordt beschouwd als een ander familielid van een Unieburger, waaronder de partner met wie de Unieburger een deugdelijke bewezen duurzame relatie heeft en die niet valt onder art. 40bis, §2, 2° Vw.

Aangezien de verzoeker volgens DVZ niet voldoet aan de voorwaarden om een verblijfsrecht op grond van gezinshereniging te mogen aanvragen, neemt DVZ het verzoek tot gezinshereniging niet in aanmerking. De aanvraag gezinshereniging en bijbehorende bijlage 19ter worden als onbestaande gehouden. Het inreisverbod blijft van kracht.

Vervolgens dient de betrokkene een tweede verzoek in tot gezinshereniging. Dit verzoek wordt eveneens als onbestaande gehouden.

De gronden waar DVZ zich bij beide weigeringen op beroept om het verzoek niet in overweging te nemen, zijn de volgende:

- De betrokkene is tijdelijk ontsegd van zijn recht tot binnenkomst in België, gezien hij het voorwerp uitmaakt van een definitief geworden inreisverbod.

DVZ stelt: *“U beschikt niet over dit recht, gezien u nog steeds onder een inreisverbod staat dewelke noch opgeheven noch geschorst is door de Belgische autoriteiten [...]”*. DVZ wijst er op dat de betrokkene geen verzoek tot opheffing of intrekking van het inreisverbod heeft ingediend overeenkomstig artikel 74/12 Vw.

DVZ verwijst hierbij ook naar het arrest Ouhrani van het Hof van Justitie.³ Op grond van dit arrest oordeelt DVZ dat, hoewel de betrokkene het grondgebied nog niet heeft verlaten, het inreisverbod toch al bestaat ook al begint de termijn pas daadwerkelijk te lopen vanaf de datum waarop de betrokkene effectief het grondgebied van België zou verlaten.

- De betrokkene brengt geen elementen aan die kunnen wijzen op een afhankelijkheidsrelatie tussen hem en zijn partner.

DVZ verwijst hierbij naar het arrest K.A. van het Hof van Justitie.⁴

DVZ oordeelt op basis van dit arrest dat de betrokkene niet kan aantonen dat de Unieburger specifieke zorg van hem behoeft en dat de voorgelegde stukken niet aantonen dat er een bijzondere afhankelijkheidsrelatie is tussen de betrokkene en de referentiepersoon.

Uit het bovenstaande leidt DVZ vervolgens af dat uit niets blijkt dat de naleving van de verplichting voor de betrokkene om het grondgebied te verlaten, de referentiepersoon ertoe zou dwingen hem te vergezellen.

³ HvJ 26 juli 2017, nr. C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, Ouhrani/Nederland.

⁴ HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, K.A. e.a./België.

In wat volgt wordt beargumenteerd waarom de beslissing van DVZ niet in overeenstemming is met de volgende rechtsnormen:

- artikel 11 Terugkeerrichtlijn⁵;
- artikelen 43, 45, 47/1, 1° en 47/2, 47/3 en 74/11 Vw;
- artikel 21 VWEU;
- artikel 8 EVRM.

Alsook zal beargumenteerd worden waarom de redenering van DVZ strijdig is met wat werd beslist in de arresten *Ouhrami*⁶, *J.Z.*⁷ en *K.A. tegen België* van het Hof van Justitie.⁸

⁵ Art. 11 Richtl. EP-Raad nr. 2008/115/EG, 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb.L.* 24 december 2008, afl. 348, 98 (hierna: Terugkeerrichtlijn).

⁶ HvJ 26 juli 2017, nr. C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, *Ouhrami/Nederland*.

⁷ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, *JZ/Nederland*.

⁸ HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, *K.A. e.a./België*.

2. In rechte

2.1 De praktijk van niet-inaanmerkingname van een aanvraag gezinshereniging van een ander familielid van een Unieburger na een definitief geworden inreisverbod

A. Het inreisverbod heeft geen rechtsgevolgen zolang het bevel om het grondgebied te verlaten niet is uitgevoerd

Door te oordelen dat het inreisverbod al bestaat ook al begint de termijn ervan pas te lopen vanaf de datum dat de verzoeker het grondgebied van België effectief zou verlaten, schendt DVZ de artt. 47/1, 1°, 47/2 j° art. 74/11, §1 Vw. in samenlezing met art. 11 van de Terugkeerrichtlijn, dat het voorwerp uitmaakte van de arresten Ouhrami en J.Z. van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Verwijzend naar **het arrest Ouhrami** van het Hof van Justitie, oordeelt DVZ in de weigeringsbeslissing: *“Bovendien, ook al heeft u het grondgebied niet verlaten, bestaat het inreisverbod ook al begint de termijn pas daadwerkelijk te lopen vanaf de datum waarop u effectief het grondgebied van België zou verlaten”*. Ook in gelijkaardige zaken oordeelt DVZ dit.⁹

DVZ stelt dus dat een inreisverbod **al van kracht is bij de uitvaardiging ervan**, ook al heeft de betrokkene het grondgebied nog niet verlaten. Deze redenering is gebaseerd op een verkeerde voorstelling van zaken wat betreft het arrest Ouhrami.¹⁰ Het is ook in strijd met het arrest J.Z. van het Hof van Justitie.¹¹

1. De arresten Ouhrami en J.Z. van het Hof van Justitie

In **het arrest Ouhrami** uniformiseerde het Hof van Justitie het tijdstip waarop een inreisverbod, genomen op grond van de Terugkeerrichtlijn 2008/115¹², moet ingaan.¹³ In het arrest werd de vraag gesteld of de duur van het inreisverbod moet worden berekend vanaf de datum waarop het inreisverbod is uitvaardigd, dan wel vanaf de datum waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, dan wel vanaf een

⁹ Zie bijvoorbeeld: RvV 21 juni 2019, nr. 223.020, 3.

¹⁰ HvJ 26 juli 2017, nr. C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, Ouhrami/Nederland.

¹¹ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland.

¹² Art. 11, tweede lid Terugkeerrichtlijn.

¹³ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Hof van Justitie - C-225/16 - 26-07-2017”, 2017, <https://www.agii.be/hof-van-justitie-26-07-2017> (consultatie 14 november 2021); AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “HVJ: Inreisverbod gaat in wanneer derdelander grondgebied van lidstaten daadwerkelijk verlaten heeft”, 2017, <https://www.agii.be/nieuws/hvj-inreisverbod-gaat-in-wanneer-derdelander-grondgebied-van-lidstaten-daadwerkelijk-verlaten-heeft> (consultatie 14 november 2021).

ander tijdstip.¹⁴ Kortom, vanaf welk ogenblik kan een inreisverbod, opgelegd in overeenstemming met de Terugkeerrichtlijn, rechtsgevolgen sorteren?

Het Hof bepaalde duidelijk dat de duur van een inreisverbod moet worden berekend vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaat daadwerkelijk heeft verlaten.¹⁵ Een inreisverbod wordt namelijk geacht een terugkeerbesluit aan te vullen door de betrokkene te verbieden gedurende een bepaalde tijd na zijn “terugkeer” en dus na het vertrek van het grondgebied van de lidstaten, dat grondgebied opnieuw te betreden en er vervolgens te verblijven.¹⁶

Er is dus een fundamenteel onderscheid tussen een terugkeerbesluit enerzijds en een inreisverbod anderzijds, zoals uitdrukkelijk gesteld door het Hof van Justitie:

“49 Daaruit volgt dat het onrechtmatige verblijf van de betrokkene tot het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen uitvoering van de terugkeerverplichting en bijgevolg van de daadwerkelijke terugkeer naar zijn land van herkomst, een land van doorreis of een ander derde land, in de zin van artikel 3, punt 3, van richtlijn 2008/115, wordt beheerst door het terugkeerbesluit en niet door het inreisverbod, dat pas vanaf dat tijdstip rechtsgevolgen teweegbrengt door het de betrokkene te verbieden om gedurende een bepaalde periode na zijn terugkeer het grondgebied van de lidstaten weer te betreden en er opnieuw te verblijven.”

In het arrest J.Z. gaf het Hof van Justitie deze rechtspraak verder vorm. In dit arrest werd de vraag gesteld of het verenigbaar is met de Terugkeerrichtlijn, in het licht van hetgeen beslist werd in het arrest Ouhrami, dat in een strafbaarstelling wordt verwezen naar het ‘louter kennis hebben’ van een geldend inreisverbod ook al heeft de betrokkene het grondgebied van de lidstaat nog niet verlaten.¹⁷

Het Hof herhaalt eerst wat al beslist werd in het arrest Ouhrami, namelijk:

- Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen het terugkeerbesluit, en eventuele verwijderingsbesluit enerzijds en het inreisverbod anderzijds.¹⁸
- Het illegale verblijf van een onderdaan van een derde land wordt tot het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen uitvoering van de terugkeerverplichting beheerst door het terugkeerbesluit, niet door het inreisverbod. Het inreisverbod brengt pas rechtsgevolgen teweeg vanaf het tijdstip dat de onderdaan het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.¹⁹

¹⁴ HvJ 26 juli 2017, nr. C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, Ouhrami/Nederland, nr. 33.

¹⁵ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland, nr. 58.

¹⁶ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland, nr. 45.

¹⁷ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland, nr. 30.; AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “HvJ verduidelijkt strafbaarstelling onwettig verblijf in het licht van Ouhrami-arrest”, 2021, <https://www.agii.be/nieuws/hvj-verduidelijkt-strafbaarstelling-onwettig-verblijf-in-het-licht-van-ouhrami-arrest> (consultatie 14 november 2021).

¹⁸ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland, nr. 32.

¹⁹ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland, nr. 33.

Vervolgens stelt het Hof dat een inreisverbod geen rechtsgevolgen heeft wanneer het terugkeerbesluit niet wordt nageleefd. Een inreisverbod kan dan ook niet worden geacht te zijn geschonden wanneer de betrokkene het grondgebied van de lidstaten nooit heeft verlaten.²⁰

Het Hof verwerpt hierbij dus de zienswijze dat een inreisverbod al zou kunnen leiden tot een strafbaarstelling vanaf het moment van kennisname van dit inreisverbod. De verzoeker kan dus *in casu* niet strafbaar worden gesteld omwille van een schending van een geldend inreisverbod, wanneer hij het grondgebied van de lidstaten van de Unie nog niet heeft verlaten. Er kan namelijk geen schending zijn van het inreisverbod, aangezien deze nog geen rechtsgevolgen teweegbrengt.²¹

De praktijk waarin DVZ oordeelt dat een inreisverbod rechtsgevolgen teweegbrengt ook al heeft de betrokkene het grondgebied van de Unie nog niet verlaten, is dus onjuist in het licht van deze rechtspraak. Het is pas vanaf het moment van het daadwerkelijk verlaten van het grondgebied van de Unie dat het inreisverbod rechtsgevolgen sorteert, niet eerder, zoals uitdrukkelijk bepaald door het Hof. Aangezien het Hof van Justitie verduidelijkt dat een inreisverbod niet in werking kan treden bij een blijvende aanwezigheid op het grondgebied van de Unie kan DVZ zich dan ook niet blijven beroepen op een niet-uitgevoerd inreisverbod om een latere verblijfsaanvraag niet in aanmerking te nemen.²² Het inreisverbod beheerst het onwettig verblijf immers niet zolang het terugkeerbesluit niet is uitgevoerd.

2. De arresten Ouhrami en J.Z. in de praktijk van de Raad van State

De Raad van State stelt dat het Hof van Justitie in het arrest Ouhrami enkel en alleen uitspraak heeft gedaan over de vraag vanaf welk moment de duur van het inreisverbod moet worden berekend. Er kan daarentegen uit het arrest niet worden afgeleid dat er bij de beoordeling van een verblijfsaanvraag geen rekening mag worden gehouden met het bestaan van het inreisverbod zolang de betrokkene het grondgebied van de lidstaat nog niet heeft verlaten.²³ De Raad van State is dus van oordeel dat een inreisverbod toch al bestaat en dus bindende kracht heeft vanaf de dag van de kennisgeving ervan, ook al is het grondgebied nog niet verlaten.²⁴

Deze rechtspraak is in strijd met wat werd beslist in de arresten Ouhrami en J.Z. van het Hof van Justitie.

²⁰ HvJ 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724, JZ/Nederland, nr. 40.

²¹ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, "Hof van Justitie - C-806/18 - -17-09-2020", 2020, <https://www.agii.be/hof-van-justitie-17-09-2020> (consultatie 14 november 2021).

²² P. BAEYENS, S. BOUCKAERT, N. DE MOOR, H. DE VYLDER en B. GABRIELS, "Verblijf op basis van gezinshereniging" in D. APPELTANT, S. BOUCKAERT, S. D'HONDT, *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen en migranten*, Mechelen, Kluwer, 2002-2012, (37) 41; AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, "Inreisverbod en humanitaire regularisatie", 2014, <https://www.agii.be/nieuws/inreisverbod-en-humanitaire-regularisatie> (consultatie 14 november 2021).

²³ RvS 3 april 2020, nr. 247.370, randnummer 9; RvS 17 april 2020, nr. 247.42, nr. 11.

²⁴ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, "Gevolgen inreisverbod voor aanvraag gezinshereniging: een stand van zaken", 2018, <https://www.agii.be/nieuws/gevolgen-inreisverbod-voor-aanvraag-gezinshereniging-een-stand-van-zaken> (consultatie 14 november 2021).

Zoals hierboven uitgelegd, sorteert een inreisverbod namelijk pas rechtsgevolgen en heeft dus bindende kracht vanaf de dag waarop de betrokkene het grondgebied van de Unie verlaten heeft en niet eerder. In tegenstelling tot wat de Raad van State stelt, heeft het Hof van Justitie zich in het arrest *Ouhrami* niet beperkt tot de vraag wanneer de duur van een inreisverbod moet worden berekend. Het Hof van Justitie stelt immers ook uitdrukkelijk vanaf welk moment er rechtsgevolgen kunnen verbonden worden aan een inreisverbod. Deze principes werden, zoals hoger al werd aangehaald, herbevestigd in het arrest *J.Z. van het Hof van Justitie*. Het onderscheid dat de Raad van State maakt is dus kunstmatig en vindt geen rechtsgrond in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Sterker nog, het is hier manifest strijdig mee.

Om deze zienswijze kracht bij te zetten beroept de Raad van State²⁵ zich vervolgens ook op het arrest K.A. tegen België van het Hof van Justitie. In dit arrest zou het Hof, volgens de Raad van State, gesteld hebben dat de Terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen een praktijk van een lidstaat waarbij een later verzoek tot gezinshereniging wordt geweigerd omwille van een definitief geworden inreisverbod.²⁶

Dit is een selectieve, en bijgevolg foutieve weergave van het arrest *K.A. tegen België*. Het arrest gaat eerst en vooral helemaal niet in op de vraag wanneer een inreisverbod rechtsgevolgen sorteert. Dit arrest kan dan ook niet worden aangehaald om deze redenering te staven. Daarbovenop heeft het Hof van Justitie in het arrest *K.A.* geoordeeld dat de Terugkeerrichtlijn gewoonweg niet van toepassing is op deze situatie.²⁷ De Terugkeerrichtlijn bevat immers geen regels met betrekking tot hoe een aanvraag gezinshereniging moet behandeld worden. Het heeft alleen betrekking op de terugkeer van onwettig verblijvende derdelanders.²⁸ Bijgevolg kan de Raad van State zich dan ook niet steunen op dit arrest.

Er zijn helaas verschillende arresten van **de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen** die deze redenering van de Raad van State volgen.²⁹

3. Schending van de artikelen 47/1, 1°, 47/2 j° art. 74/11, §1 Vw. in samenlezing met art. 11 van de Terugkeerrichtlijn

Aangezien de verzoeker op het moment dat er tegen hem een bevel om het grondgebied te verlaten met bijbehorend inreisverbod werd genomen nog een derdelander was, is de Terugkeerrichtlijn en de daaraan gegeven interpretatie van het Hof van Justitie op hem van toepassing.³⁰

²⁵ RvS 3 april 2020, nr. 247.370, nr. 10; RvS 5 februari 2021, nr. 249.734; RvS 5 februari 2021, nr. 249.735.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, *K.A. e.a./België*, randnummer 45; AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Inreisverbod en humanitaire regularisatie”, 2014, <https://www.agii.be/nieuws/inreisverbod-en-humanitaire-regularisatie> (consultatie 14 november 2021).

²⁸ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Gevolgen inreisverbod voor aanvraag gezinshereniging: een stand van zaken”, 2018, <https://www.agii.be/nieuws/gevolgen-inreisverbod-voor-aanvraag-gezinshereniging-een-stand-van-zaken> (consultatie 14 november 2021).

²⁹ RvV 21 juni 2019, nr. 223.020; RvV 7 juli 2021, nr. 257.713.

³⁰ Art. 1 Terugkeerrichtlijn.

Door de praktijk waarin DVZ oordeelt dat een inreisverbod al bindende kracht heeft op het moment van de uitvaardiging ervan, schendt het de artikelen 47/1, 1°, 47/2 j° art. 74/11, §1 Vw. in samenlezing met art. 11 van de Terugkeerrichtlijn dat het voorwerp uitmaakte van de arresten Ouhrami en J.Z. van het Hof van Justitie.

DVZ stelt namelijk foutief dat de betrokkene door het definitief geworden inreisverbod geen recht op binnenkomst in België heeft waardoor een aanvraag gezinshereniging niet op ontvankelijke wijze kan worden ingediend. Zoals hoger al uitgewerkt, heeft het Hof van Justitie bepaald dat een inreisverbod geen rechtsgevolgen kan sorteren bij blijvende aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat. *In casu* heeft verzoeker nooit uitvoering gegeven aan het bevel om het grondgebied te verlaten dat tegen hem werd uitgevaardigd, waardoor DVZ zich dan ook niet kan steunen op het inreisverbod dat hieraan gelieerd is om een aanvraag gezinshereniging niet in aanmerking te nemen. Door te bepalen dat het inreisverbod wel al bindende kracht heeft vanaf de uitvaardiging ervan, ook al heeft de betrokkene het grondgebied van de lidstaat nog niet verlaten, schendt DVZ dan ook het verblijfsrecht dat de feitelijke partner van een Unieburger heeft op grond van de artikelen 47/1 en 47/2 Vw.

Ook de artikelen 74/11, §1 Vw. in samenlezing met art. 11 Terugkeerrichtlijn zijn geschonden. Art. 11 van de Terugkeerrichtlijn dat handelt over het inreisverbod, bepaalt onder meer wanneer een terugkeerbesluit moet worden samengegaan met een inreisverbod, alsook de duur van het inreisverbod. Dit artikel maakte het voorwerp uit van de arresten Ouhrami en J.Z. van het Hof van Justitie. Art. 74/11, §1 vormt de Belgische omzetting van deze bepaling.³¹ Door te oordelen dat het inreisverbod al van kracht is bij de uitvaardiging ervan, miskent DVZ de uitlegging gegeven aan artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn in de bovenvermelde arresten van het Hof van Justitie en bijgevolg ook art. 74/11, §1 Vw.

Opgelet, artikel 74/11, §3 Vw. bepaalt wel degelijk dat het inreisverbod in werking treedt de dag waarop de beslissing wordt betekend. Dit artikel vormt de omzetting van de Terugkeerrichtlijn, zij het foutief.³² In artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn wordt helemaal niet bepaald wanneer een inreisverbod in werking treedt. Dit is dus een toevoeging van de Belgische wetgever die in strijd is met de interpretatie gegeven aan artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn in de arresten Ouhrami en J.Z.

³¹ Art. 18 wet 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 17 februari 2012, 11.412.

³² Wet 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 17 februari 2012, 11.412.

B. Schending van het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger door voorwaarden toe te voegen die geen wettelijke basis hebben

In dit tweede middel worden twee argumenten behandeld. Eerst wordt het argument ontwikkeld dat het arrest K.A. tegen België niet toepasselijk is op de situatie van een ander familielid van een Unieburger. De situatie van een ander familielid van een Unieburger is immers verschillend van de situatie van een familielid van een statische Belg. Ten tweede wordt het argument ontwikkeld dat door rekening te houden met een inreisverbod, dat werd uitgevaardigd wanneer de betrokkene nog louter de hoedanigheid had van derdelander in onwettig verblijf in de zin van de Terugkeerrichtlijn, er afbreuk wordt gedaan aan de bevoorrechte vreemdelingenstatus van een ander familielid van een Unieburger.

B.1 Het arrest K.A. tegen België is niet toepasselijk op de situatie van een ander familielid van een Unieburger

Door de afhankelijkheidstoets, die werd ontwikkeld in het arrest K.A. e.a. tegen België van het Hof van Justitie, toe te passen op een ander familielid van een Unieburger schendt DVZ de artikelen 43 j° 47/2, 47/1 en 47/3 Vw.

In haar beslissing argumenteert DVZ op basis van het arrest K.A. e.a. tegen België van het Hof van Justitie van de Europese Unie³³ als volgt: “*Verder brengt u geen elementen aan van een dusdanige afhankelijkheidsrelatie tussen u en referentiepersoon, waardoor u een afgeleid verblijfsrecht zou kunnen bekomen, overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C-82-16 van 8 mei 2018.*”

DVZ past dus de beginselen die werden ontwikkeld in het arrest K.A. tegen België, waarin het ging om een aanvraag gezinshereniging ten aanzien van een referentiepersoon die een statische Belg was, zonder meer toe op een verblijfsaanvraag van een ander familielid van een EU-burger.

Ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen maakt dit onderscheid vaak niet: het arrest K.A. tegen België wordt gewoonweg toegepast op alle situaties, zowel op familieleden van EU-burgers als familieleden van statische Belgen, als op andere familieleden van een EU-burger.³⁴

De juridische status van een familielid van een statische Belg is echter fundamenteel verschillend van deze van een ander familielid van een Unieburger, zoals hierna wordt uitgelegd.

³³ HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, K.A. e.a./België.

³⁴ De volgende arresten ondersteunen dit: ten aanzien van een ander familielid van een EU-burger: RvV 14 mei 2019, nr. 221.080; RvV 4 juni 2021, nr. 255.620; RvV 23 juni 2021, nr. 257.099; RvV 7 juli 2021, nr. 257.713; RvV 29 juli 2021, nr. 258.844; RvV 24 augustus 2021 nr. 259.512. Ten aanzien van een familielid van een EU-burger: RvV 22 juli 2021, nr. 258.555.

1. Het arrest K.A. e.a. tegen België van het Hof van Justitie

Het arrest K.A. tegen België van het Hof van Justitie ging over de verhouding tussen een definitief geworden inreisverbod en aanvragen gezinshereniging van derdelanders ten aanzien van een statische Belg. Meer bepaald werden de aanvragen ingediend door de volgende categorieën van derdelanders³⁵: een bloedverwant in neergaande lijn ten laste van een Belgische staatsburger³⁶, een ouder van een Belgisch minderjarig kind³⁷ en een wettelijk samenwonende partner in een stabiele relatie met een Belg.³⁸

De aanvragen tot gezinshereniging werden niet in aanmerking genomen omdat er voordien tegen de betrokken derdelanders een inreisverbod was uitgevaardigd dat definitief was geworden.³⁹ De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelde de vraag of deze praktijk in overeenstemming was met artikel 20 VWEU en de Terugkeerrichtlijn.⁴⁰

Het Hof van Justitie oordeelde dat deze praktijk, waarin de beslissing tot niet-inaanmerkingname enkel en alleen gebaseerd is op het bestaan van een definitief geworden inreisverbod, in strijd is met artikel 20 VWEU. Er moet worden nagegaan of er tussen de derdelander en de statische Belg **een afhankelijkheidsrelatie** bestaat die deze laatste feitelijk zou dwingen het grondgebied van de Unie in haar geheel te verlaten, wanneer een afgeleid verblijfsrecht voor het familielid geweigerd wordt. In dat geval zou aan de Unieburger immers het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten worden ontnomen.⁴¹

2. Het rechtskader voor gezinshereniging ten aanzien van een statische Belg

Zoals hoger uiteengezet, zijn de referentiepersonen in het arrest K.A. tegen België statische Belgen. Dit zijn Belgen die hun recht op vrij verkeer nooit hebben uitgeoefend en dus altijd hebben verbleven in de lidstaat waarvan ze de nationaliteit bezitten. Het betreft dus een puur interne situatie, waarop het Unierecht in beginsel niet van toepassing is.

Deze personen vallen onder het toepassingsgebied van artikel 40ter, §2 van de Vreemdelingenwet.⁴² Zij moeten duidelijk worden onderscheiden van Belgen die gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer. Deze laatste vallen onder artikel 40ter, §1 van de Vreemdelingenwet en worden als referentiepersoon gelijkgesteld met een Unieburger, indien het familielid samen met de Belg naar een andere EU-lidstaat is geweest en daar meer dan 3 maanden heeft verbleven.

³⁵ HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, K.A. e.a./België, nr. 19.

³⁶ Art. 40ter, §2, eerste lid, 1° j° art. 40bis, §2, eerste lid, 3° Vw.

³⁷ Art. 40ter, §2, eerste lid, 2° j° art. 40bis, §2, eerste lid, 4° Vw.

³⁸ Art. 40ter, §2, eerste lid, 1° j° art. 40bis, §2, eerste lid, 2° Vw.

³⁹ HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, K.A. e.a./België, nr. 18.

⁴⁰ *Ibid*, nr. 32.

⁴¹ *Ibid*, nr. 62.

⁴² AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, "Wijzigingen Verblijfswet vanaf 7 en 8 juli 2016 op vlak van gezinshereniging", 2016, <https://www.agii.be/nieuws/wijzigingen-verblijfswet-vanaf-7-en-8-juli-2016-op-vlak-van-gezinshereniging#statische> (consultatie 14 november 2021).

Belangrijk is dat het Hof van Justitie, sinds het arrest Zambrano⁴³, bepaalt dat familieleden van statische Belgen **geen afgeleid verblijfsrecht kunnen ontleen aan de Burgerschapsrichtlijn⁴⁴, noch aan artikel 21 VWEU**, dat het recht op vrij verkeer van Unieburgers waarborgt. De Burgerschapsrichtlijn is immers enkel van toepassing op een Unieburger die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2, die hem begeleiden of zich bij hem voegen.⁴⁵ Het **grensoverschrijdend element** is dus cruciaal, wat net ontbreekt bij een statische Unieburger. Dit werd door het Hof bevestigd in latere rechtspraak.⁴⁶

Het afgeleid verblijfsrecht voor de familieleden van een statische Unieburger is daarentegen ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie op basis van **artikel 20 VWEU**, dat de status van Unieburgerschap bepaalt.⁴⁷ Volgens deze bepaling, genieten Unieburgers immers de rechten en hebben zij de plichten die bij de verdragen zijn bepaald, en met name het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven.

Het Hof ontwikkelde op basis van dit artikel een afgeleid verblijfsrecht voor de familieleden van een statische belg wanneer anders aan de nuttige werking van het Unieburgerschap afbreuk zou worden gedaan. Het gaat hier om situaties waarbij door een weigering om aan de derdelander een verblijfsrecht toe te kennen, de Unieburger genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten en hem zo het effectieve genot van de aan het Unieburgerschap ontleende rechten wordt onzegd.⁴⁸

Het arrest K.A. tegen België, dat hierboven werd uitgelegd, bouwt ook verder op de rechtspraak die wordt ontwikkeld over artikel 20 VWEU.

⁴³ HvJ 8 maart 2011, nr. C-34/09, Ruiz Zambrano/België, nr. 39.

⁴⁴ Richtl. EP-Raad nr. 2004/38/EG, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 158, 77 (hierna: Burgerschapsrichtlijn).

⁴⁵ Art. 3, eerste lid Richtl. EP en Raad nr. 2004/38/EG, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 29 juni 2004, afl. 229, 35 (hierna: Burgerschapsrichtlijn).

⁴⁶ Zonder hierbij exhaustief te willen zijn: HvJ 5 mei 2011, nr. C-434/09, McCarthy/VK, nr. 31 en nr. 56; HvJ 15 november 2011, nr. C-256/11, Dereci e.a./Duitsland, nr. 57; HvJ 6 december 2012, nr. C-356/11 en C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, O., S., e.a./Finland, nr. 42.

⁴⁷ N. CAMBIEN, "Mogen statische Unieburgers worden gediscrimineerd op het vlak van gezinshereniging? Enkele beschouwingen bij de arresten Ruiz Zambrano en McCarthy van het Hof van Justitie", *T. Vreemd.* 2011, afl. 3, 246.

⁴⁸ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, "*Europees recht*", Antwerpen, Intersentia, 2017, 121-122.

3. Het rechtskader voor gezinshereniging van andere familieleden ten aanzien van een Unieburger

Het rechtskader voor de andere familieleden van een Unieburger wordt geregeld in artikel 3, tweede lid van de Burgerschapsrichtlijn. België gaf uitvoering aan deze bepaling door de wet van 19 maart 2014 die een rechtskader voor andere familieleden van een Unieburger invoerde in de Vreemdelingenwet door art. 47/1 e.v. in te voegen.⁴⁹

a. De Burgerschapsrichtlijn

De Burgerschapsrichtlijn is van toepassing op iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit en diens familieleden als gedefinieerd in art. 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.⁵⁰

De familieleden die een recht op toegang en verblijf hebben in een andere lidstaat zijn echter beperkt tot:

“a) de echtgenoot;

b) de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voor zover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijk stelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan;

c) de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn;

d) de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), die te hunnen laste zijn;”

In de Burgerschapsrichtlijn wordt verder bepaald dat de lidstaten de binnenkomst en het verblijf van de andere familieleden van Unieburgers moeten **“vergemakkelijken”**.⁵¹ De *considerans* van de Burgerschapsrichtlijn geeft meer inzicht in waarom de lidstaten het verblijf van een ander familielid van een Unieburger moeten vergemakkelijken.⁵²

“Teneinde de eenheid van het gezin in een verruimde betekenis te handhaven en onverminderd het verbod van discriminatie om reden van nationaliteit, dient het gastland de positie te onderzoeken van personen die niet onder de in deze richtlijn gehanteerde definitie van ‘familieleden’ vallen en die derhalve niet automatisch een recht van inreis en verblijf in het gastland genieten op grond van hun nationale wetgeving, om na te gaan of inreis en verblijf desondanks niet aan deze personen kan worden toegekend, rekening houdend met hun relatie met de burger van de Unie of andere omstandigheden, zoals het feit dat zij van deze financieel of lichamelijk afhankelijk zijn.”

⁴⁹ Wet 19 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, BS 5 mei 2014, 36.137.

⁵⁰ Artikel 3, eerste lid Burgerschapsrichtlijn.

⁵¹ Art. 3, tweede lid Burgerschapsrichtlijn.

⁵² Overweging nr. 6 Burgerschapsrichtlijn.

De draagwijdte van artikel 3, tweede lid van de Burgerschapsrichtlijn kreeg verder vorm in **het arrest Rahman van het Hof van Justitie**.⁵³ Het Hof oordeelde dat deze bepaling de lidstaten niet verplicht om een recht van binnenkomst en verblijf toe te kennen aan de familieleden van een Unieburger die niet onder artikel 2, punt 2 vallen, maar wél om hun verblijfsaanvragen gunstiger te behandelen dan aanvragen tot binnenkomst en verblijf van andere derdelanders.⁵⁴

De advocaat-generaal in de zaak Rahman⁵⁵ verduidelijkte bovendien dat de eerste doelstelling van artikel 3, tweede lid van de Burgerschapsrichtlijn erin bestaat om het vrij verkeer van de Unieburger te vergemakkelijken.⁵⁶ Iedere Unieburger heeft namelijk een fundamenteel en persoonlijk recht op vrij verkeer en verblijf. Het recht op gezinshereniging wordt gezien als een logisch gevolg van het vrij verkeer van de Unieburger. Indien dit recht niet zou worden erkend dan zou de Unieburger ontmoedigd kunnen worden om zijn recht op vrij verkeer uit te oefenen. Zo zou er afbreuk kunnen gedaan worden aan het nuttig effect van het Unieburgerschap.⁵⁷ De tweede doelstelling van de bepaling volgt dan uit considerans 6 van de Burgerschapsrichtlijn, meer bepaald beoogt het de eenheid van het gezin te bevorderen.⁵⁸

Tot slot moet worden aangestipt dat het recht van binnenkomst en verblijf van het ander familielid niet rechtstreeks grondslag vindt in de Burgerschapsrichtlijn, maar daarentegen uit het interne recht van de lidstaat voortvloeit. De Burgerschapsrichtlijn bepaalt immers dat het recht tot binnenkomst en verblijf van de andere familieleden van een Unieburger moet worden vergemakkelijkt “overeenkomstig het nationaal recht”.⁵⁹ Dit volgt ook uit de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Rahman.

b. Belgisch recht

Door de wet van 19 maart 2014 werd in titel II van de Vreemdelingenwet een nieuw hoofdstuk *Ibis* ingevoegd met als opschrift “andere familieleden van een burger van de Unie”.⁶⁰ De wet beoogt hiermee artikel 3, tweede lid van de Burgerschapsrichtlijn, dat hoger al werd besproken, te implementeren in Belgisch recht.⁶¹

⁵³ HvJ 5 september 2012, nr. C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, Rahman/VK.

⁵⁴ *Ibid*, punt 21 en punt 26.

⁵⁵ Concl. advocaat-generaal Y. BOT bij HvJ 5 september 2012, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, Rahman/VK.

⁵⁶ Zie hierbij ook: overweging nr. 1 Burgerschapsrichtlijn.

⁵⁷ Concl. advocaat-generaal Y. BOT bij HvJ 5 september 2012, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, Rahman/VK, punt 36.

⁵⁸ *Ibid*, punt 37.

⁵⁹ *Ibid*, punt 52.

⁶⁰ Art. 24 en 25 wet 19 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 5 mei 2014, 36.137; Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake Asiel en Migratie tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St. Kamer* 2013-14, nr. 3239/001, 20; M. VANDENBERGHE, “Gezinshereniging voor ‘andere familieleden van een burger van de Unie’: een versoepeling van de wetgeving, maar wat in de praktijk?”, *supra* vn. 50, 402.

⁶¹ Art. 2, tweede lid wet 19 maart 2014; Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake Asiel en Migratie tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied,

Artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet bepaalt sindsdien:

“Als andere familieleden van een burger van de Unie worden beschouwd :

1° de partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft en die niet bedoeld wordt in artikel 40bis, § 2, 2° ;

2° de niet in artikel 40bis, § 2, bedoelde familieleden die, in het land van herkomst, ten laste zijn of deel uitmaken van het gezin van de burger van de Unie;

3° de niet in artikel 40bis, § 2, bedoelde familieleden die wegens ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de burger van de Unie strikt behoeven.”

België gaat dus verder dan wat op basis van de Burgerschapsrichtlijn wordt vereist, dat slechts voorziet in de verplichting om het verblijf van de andere familieleden van een burger te “vergemakkelijken”.⁶² De Belgische wetgever heeft immers voor de andere familieleden van een Unieburger voorzien in een recht van binnenkomst en verblijf.⁶³

Verder preciseert artikel 47/2 Vw. dat de bepalingen van hoofdstuk I over de in artikel 40bis Vw. bedoelde familieleden van een burger van de Unie van toepassing zijn op de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1 Vw.. Dit houdt in dat de bepalingen uit de Vreemdelingenwet voor de familieleden van Unieburgers integraal van toepassing worden verklaard op de andere familieleden van Unieburgers. Dit werd zo ingevoerd omdat, wanneer het recht op binnenkomst en verblijf is toegekend aan de familieleden in ruime zin, zij onder het werkingsgebied van de Burgerschapsrichtlijn vallen. Hieruit volgt dat ook de bepalingen uit de Burgerschapsrichtlijn op hen van toepassing moeten worden gemaakt.⁶⁴

c. Conclusie: het rechtskader voor familieleden van statische Belgen en andere familieleden van Unieburgers is fundamenteel verschillend

Bovenstaande analyses maken duidelijk dat het verblijfsrecht van een familielid van een statische Belg enerzijds en dit van een ander familielid van een Unieburger anderzijds is ingegeven vanuit een andere doelstelling, en een andere rechtsgrond heeft:

- In het geval van een familielid van een statische Belg gaat het om een afgeleid verblijfsrecht op basis van het Unieburgerschap van de statische Belg. Dit verblijfsrecht komt dus voort uit artikel 20 van het VWEU. Derdelandsfamilieleden van een Unieburger kunnen aan het Unierecht een verblijfsrecht ontleen indien bij weigering hiervan aan de Unieburger het effectieve

het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 3239/001, 20.

⁶² Art. 3, tweede lid Burgerschapsrichtlijn.

⁶³ N. DENIES, “Wet van 19 maart 2014: gezinshereniging voor ouders van minderjarige EU-burgers en voor “andere familieleden””, in C. ADAM (ed.), *Tien jaar Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Daadwerkelijke rechtsbescherming*, Brugge, Die Keure, 2017, (553) 560.

⁶⁴ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake Asiel en Migratie tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 3239/001, 21.

genot van de belangrijkste aan de status van Unieburger ontleende rechten zou worden ontzegd.

- In het geval van een ander familielid van een Unieburger gaat het om een verblijfsrecht dat gestoeld is op basis van artikel 21 VWEU, dat het recht op vrij verkeer van de Unieburger waarborgt.

De Unieburger zou ontmoedigd kunnen worden om vrij van de ene naar de andere lidstaat te reizen als zijn familieleden niet met hem mee mogen.

4. Het arrest K.A. tegen België kan niet worden toegepast op de situatie van een ander familielid van een Unieburger

Aangezien het rechtskader van het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger fundamenteel verschillend is van dat van een familielid van een statische Belg, kan de afhankelijkheidstoets ontwikkeld in het arrest K.A. tegen België, niet zomaar worden getransponeerd naar de situatie waarin de referentiepersoon een Unieburger is die gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer.

Dit werd ook bevestigd in een arrest van de RvV van 6 september 2021.⁶⁵ De RvV besliste immers dat het arrest K.A. tegen België, waarnaar DVZ in de weigeringsbeslissing verwees, betrekking had op de derdelanders die een aanvraag ingediend hadden in functie van een statische Belg, hetgeen verschillend is van de situatie *in casu*.⁶⁶ Hiermee werd de argumentatie van de verzoeker volledig gevolgd.⁶⁷ Hoewel het arrest betrekking had op een familielid van een Unieburger ex art 40bis Vw., kan deze argumentatie ook doorgetrokken worden naar een ander familielid van een Unieburger ex art. 47/1 Vw.

Bijgevolg is het duidelijk dat DVZ een extra voorwaarde in het leven roept, die niet wettelijk voorzien is, door het bewijs van een afhankelijkheidsband te vereisen tussen de Unieburger en het ander familielid. Volgens deze praktijk moet de verzoeker immers én aan de wettelijke voorwaarden van art. 47/1 Vw. voldoen én een afhankelijkheidsrelatie bewijzen.

Er is echter **geen wettelijke basis** voor deze bijkomende vereiste. Art. 47/1 Vw., dat de definitie van de andere familieleden van de Unieburger bepaalt, voorziet immers geen dergelijke voorwaarde. Ook art. 47/3 Vw., dat ingaat op de bewijzen die moeten geleverd worden om aan te tonen dat men onder één van de categorieën van een ander familielid van een Unieburger valt, bepaalt niet dat de verzoeker moet aantonen dat er een afhankelijkheidsrelatie bestaat in de zin van het arrest K.A. tegen België van het Hof van Justitie. Tot slot voorzien ook art. 43 Vw. j° art. 47/2 Vw., die de weigeringsgronden voor verblijf omvatten, niet in een weigeringsgrond omwille van het niet beschikken over de vereiste afhankelijkheidsband. Deze praktijk houdt dus tevens **een schending in van de artikelen 43 j° 47/2, 47/1 en 47/3 Vw.**

Gelet op het feit dat het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger ingegeven is vanuit het doel om het recht op vrij verkeer van de Unieburger te beschermen, houdt deze

⁶⁵ Dit arrest wordt later grondig uiteengezet.

⁶⁶ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 21.

⁶⁷ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 14.

praktijk **mogelijks een schending in van artikel 21 VWEU**. Hier zou het nuttig zijn om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie teneinde het Hof te laten oordelen of de praktijk van DVZ, waarin het de afhankelijkheidstoets uit het arrest K.A. tegen België toepast op de situatie van een ander familielid van een Unieburger, het recht op vrij verkeer van de Unieburger schendt.

B.2 Miskenning van de bevoorrechte vreemdelingenstatus van een ander familielid van een Unieburger

Door niet te onderzoeken of de betrokkene valt onder één van de gronden uit artikel 43 en 45 Vw. schendt DVZ de artikelen 43, 45 en 47/1, 1° Vw. en artikel 21 VWEU.

In het arrest van 6 september 2021 sprak de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich uit over de problematiek waarbij DVZ zich enkel en alleen baseert op een definitief geworden inreisverbod om een aanvraag gezinshereniging van een ander familielid van een Unieburger niet in aanmerking te nemen.

Uit deze rechtspraak kan men afleiden dat DVZ niet zomaar mag oordelen dat een inreisverbod op zich een reden van openbare orde is op grond waarvan mag beslist worden tot niet-inaanmerkingname. Bovendien moet DVZ rekening houden met de bevoorrechte vreemdelingenstatus van de verzoeker wanneer de voorwaarden hiertoe vervuld zijn.

1. Een inreisverbod is geen grond tot weigering om redenen van openbare orde

De zaak die het voorwerp uitmaakt van het arrest van 6 september 2021 is gelijkaardig aan de zaak die het voorwerp uitmaakt van deze nota. In beide zaken poneert DVZ in de beslissing tot niet-inaanmerkingname van de aanvraag gezinshereniging dat de betrokkene geen recht op binnenkomst heeft omdat tegen hem een definitief geworden inreisverbod is uitgevaardigd.⁶⁸

In het arrest van 6 september 2021 stelt de Raad dat op grond van de **artikelen 43 en 45 Vw.** het recht op binnenkomst en verblijf van een familielid van een burger van de Unie alleen beperkt kan worden om redenen van **openbare orde**, openbare veiligheid of volksgezondheid of indien valse documenten werden gebruikt of fraude werd gepleegd.⁶⁹

Verwijzend naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, wijst de Raad er op dat het begrip 'openbare orde' restrictief moet worden uitgelegd. Opdat DVZ 'openbare orde' kan invoeren, moet er volgens het Hof sprake zijn van een **werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast**.⁷⁰

⁶⁸ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 2.

⁶⁹ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 19.

⁷⁰ HvJ 28 oktober 1975, C-36/75, nr. 28; HvJ 27 oktober 1977, C-30/77, nr. 35; HvJ 29 april 2004, C-482/01, ECLI:EU:C:2004:262, nr. 66; HvJ 10 juli 2008, C-33/07, ECLI:EU:C:2008:396, nr. 23; RvV 19 december 2014, nr. 135.627, nr. 3.15; J. DE CONINCK, F. GREMMELPREZ en H. KROEZE, "Rechtspraakoverzicht", *T.Vreemd.* 2020, 176-190, 179.

In casu verwees DVZ naar het **inreisverbod** om het verzoek niet in aanmerking te nemen. De Raad stelt vast dat DVZ echter **nagelaten had te onderzoeken** of de verzoeker wel degelijk onder één van de gronden uit artikel 43 en 45 Vw. valt die toelaten het recht op gezinshereniging te beperken (en dus het verzoek niet in aanmerking te nemen).⁷¹

Volgens de Raad wijst de verzoeker er terecht op dat DVZ niet heeft aangetoond dat de verzoeker een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving. Het niet in aanmerking nemen van het verzoek steunde dus niet op **openbare orde**.⁷²

De Raad verwijst hierbij naar artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn, waarvan de artikelen 43 en 45 Vw. de omzetting vormen in Belgisch recht⁷³.

In **artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn** wordt uiteengezet wanneer men ‘redenen van openbare orde’ kan invoeren om het verblijfsrecht van een familielid van een Unieburger te beperken:

- De openbare orde mag nooit worden ingeroepen omwille van economische redenen. (art. 27.1 Burgerschapsrichtlijn en art. 45, §1, eerste lid Vw.)
- De redenen van openbare orde moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het gedrag van de betrokkene. (art. 27.2 Burgerschapsrichtlijn en art. 45, §2 Vw.)
- Het gedrag van de betrokkene moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen.

In de zaak die het voorwerp uitmaakt van deze nota, heeft DVZ gelijkaardig gehandeld als in het arrest van 6 september 2021. Ze heeft louter verwezen naar het bestaan van een inreisverbod zonder te verwijzen naar de weigeringsgrond in artikel 43, 2° Vw. of te motiveren waarom de openbare orde in gevaar zou zijn.

DVZ mag een inreisverbod niet invoeren om het verzoek tot gezinshereniging niet in aanmerking te nemen wanneer het inreisverbod niet steunt op redenen van openbare orde. Indien het inreisverbod gegrond is op redenen van openbare orde, zou dit mogelijks een weigeringsgrond in de zin van art. 43, 2° Vw kunnen uitmaken. DVZ moet dan evenwel grondig motiveren waarom de verzoeker een *werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving aantast*, zoals blijkt uit artikel 21.2 van de Burgerschapsrichtlijn. Doet ze dit niet, dan schendt ze de materiële motiveringsplicht.

⁷¹ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 20.

⁷² RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 21; Dit oordeel van de Raad stemt overeen met het standpunt van het Agentschap van Integratie en Inburgering: AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING. “Inreisverbod voor Unieburgers, hun familieleden en familieleden van Belgen”, 2021, <https://www.agii.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privaatrecht/verblijfsrecht-uitwijzing-reizen/uitwijzing/inreisverbod-voor-unieburgers-hun-familieleden-en-familieleden-van-belgen> (consultatie op 13 september 2021).

⁷³ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 20.

In het arrest van 6 september 2021 oordeelde de Raad eveneens dat DVZ artikel 21 VWEU schendt door het verzoek niet in aanmerking te nemen louter wegens het bestaan van een inreisverbod.⁷⁴ De redenering van de Raad luidt als volgt:

- Artikel 21 VWEU bevat het recht op vrij verkeer van Unieburgers.
- Het verblijfsrecht van familieleden van een Unieburger is geen autonoom maar een **afgeleid verblijfsrecht**. Het is afgeleid van het recht op vrij verkeer van de Unieburger (art. 21 VWEU).
- Als het inreisverbod niet stoelt op redenen van openbare orde, dan stoelt het dus niet op één van de gronden uit artikelen 43 en 45 Vw. Er is dan geen grond voorhanden om het verzoek tot gezinshereniging niet in aanmerking te nemen. Als men dan toch beslist het verzoek niet in aanmerking te nemen louter wegens het bestaan van het inreisverbod, schendt men het afgeleid verblijfsrecht, afgeleid van artikel 21 VWEU.

Er dient hierbij te worden opgemerkt dat de verzoeker in het arrest van 6 september 2021 niet een ander familielid van een Unieburger is, maar een klassiek familielid in de zin van art. 40bis Vw. en art. 2, tweede lid Burgerschapsrichtlijn. De verzoeker is immers de echtgenoot van een Unieburger die haar recht op vrij verkeer reeds heeft uitgeoefend.⁷⁵

Hoewel de verzoeker in deze zaak een familielid van een Unieburger is in de zin van art. 40bis Vw en art. 2, tweede lid van de Burgerschapsrichtlijn, is deze redenering ook toepasbaar op een ander familielid van een Unieburger in de zin van artikel 47/1 Vw. Zoals al werd aangehaald in middel B.1., stelt artikel 47/2 Vw. immers dat de bepalingen inzake familieleden van een Unieburger volledig van toepassing zijn op andere familieleden.

2. Het ander familielid van de Unieburger heeft een bevoorrechte vreemdelingenstatus

In de zaak die het voorwerp uitmaakt van het arrest van 6 september 2021 werd aan de verzoeker een inreisverbod opgelegd toen hij nog louter een derdelander in onwettig verblijf was in de zin van de Terugkeerrichtlijn. Nadien trouwde hij met een Unieburger. De Raad oordeelde dat de verzoeker hierdoor de status van familielid van een Unieburger verwierf en niet meer louter een derdelander in onwettig verblijf in de zin van de Terugkeerrichtlijn was. Hij kreeg door het huwelijk een **bevoorrechte vreemdelingenstatus**. Doordat hij een familielid van een Unieburger werd en dus niet meer louter een derdelander in onwettig verblijf was, was niet meer de Terugkeerrichtlijn, maar de Burgerschapsrichtlijn op hem van toepassing.⁷⁶ Van zodra het familielid voldoet aan de voorwaarden van artikel 40bis Vw. en zijn identiteit en de familieband bewijst, geniet hij dus een bevoorrechte vreemdelingenstatus.⁷⁷

⁷⁴ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 20-21.

⁷⁵ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 2.

⁷⁶ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 6.

⁷⁷ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 19.

Zoals hierboven reeds uitgelegd, is de redenering van de Raad op grond van artikel 47/2 Vw. *mutatis mutandis* toepasbaar op andere familieleden van een Unieburger.

Volgens het Belgisch recht geniet ook een ander familielid van een Unieburger bijgevolg een bevoorrechte vreemdelingenstatus wanneer de voorwaarden uit artikel 47/1 Vw. vervuld zijn. Vanaf dat moment is het ander familielid niet meer louter een derdelander in onwettig verblijf in de zin van de Terugkeerrichtlijn, maar een familielid van een Unieburger, in de zin van art. 47/1 Vw.

Dit wordt ook bevestigd door het feit dat aan familieleden van een Unieburger enkel een inreisverbod kan worden opgelegd op grond van art. 44 *nonies* t.e.m. 46 Vw. Men mag ten aanzien van een familielid van een Unieburger geen inreisverbod uitvaardigen op grond van artikelen 74/10 e.v. Vw., aangezien deze artikelen enkel van toepassing zijn op personen die louter een derdelander in onwettig verblijf zijn in de zin van de Terugkeerrichtlijn.

Concluderend, aangezien artikel 47/2 Vw. bepaalt dat de regeling inzake een inreisverbod dat van toepassing is op klassieke familieleden, ook van toepassing is op andere familieleden, mag men ten aanzien van die andere familieleden geen toepassing maken van de regels die gelden voor personen die louter derdelander in onwettig verblijf zijn in de zin van de Terugkeerrichtlijn. De andere familieleden hebben op grond van artikel 47/2 Vw. een bevoorrechte vreemdelingenstatus verkregen. Bijgevolg kan een inreisverbod dat aan een persoon werd opgelegd op grond van artikel 74/11 Vw. toen deze nog een “gewone” derdelander was, niet langer worden tegengeworpen.

Naast het genieten van een bevoorrechte vreemdelingenstatus, heeft het bewijzen van de de familieband tussen het ander familielid en de Unieburger, nog een ander gevolg: de gemeente is in dat geval verplicht een bijlage 19ter af te leveren.

De Raad oordeelt in het arrest van 6 september 2021 dat als de identiteit van een klassiek familielid en de familieband tussen het klassiek familielid en de Unieburger bewezen zijn, de gemeente een bijlage 19ter moet afleveren.⁷⁸ Dit oordeel van de Raad steunt op het Vreemdelingenbesluit⁷⁹ (hierna: Vb.).

Artikel 52, §1, eerste lid Vb. stelt dat als een familielid dat zelf geen Unieburger is, zijn familieband met de Unieburger bewijst overeenkomstig artikel 44 Vb., hij een aanvraag gezinshereniging kan indienen bij het gemeentebestuur van de plaats waar hij verblijft, door middel van een document overeenkomst het model van bijlage 19ter. Enkel wanneer hij het bewijs van zijn familieband niet overlegt, mag de gemeente beslissen om zijn aanvraag niet in overweging nemen (art. 52, §1, derde lid Vb.).

Artikel 44 Vb. vermeldt louter de klassieke familieleden uit artikel 40bis Vw. en niet de andere familieleden uit artikel 47/1 Vw. Dit is echter geen probleem, aangezien artikel 58 Vb. uitdrukkelijk zegt dat alle regels uit hoofdstuk 1 van het Vreemdelingenbesluit, met

⁷⁸ RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 18; Opmerking: hier is de Raad niet helemaal correct: artikel 52 Vb. vereist enkel dat de familieband bewezen is op het moment van de aanvraag. Na afgifte van bijlage 19ter door de gemeente heeft de verzoeker nog 3 maanden om zijn identiteit te bewijzen.

⁷⁹ KB 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, BS 27 oktober 1981, 13.740.

uitzondering van artikel 45 Vb., ook van toepassing zijn op andere familieleden van een Unieburger.

Met andere woorden, ook als een ander familielid zijn familieband met de Unieburger bewijst, moet de gemeente hem een bijlage 19^{ter} afgeven en zijn aanvraag in overweging nemen. Het bestaan van een inreisverbod dat werd opgelegd op grond van art. 74/11 Vw kan geen belemmering vormen voor het indienen van een aanvraag. Hier anders over oordelen komt neer op een schending van art. 47/1 jo. 47/2 Vw en art. 21 VWEU.

C. Schending van het recht op gezinsleven zoals bedoeld onder artikel 8 EVRM

Door te beslissen tot niet-inaanmerkingname van een verblijfsaanvraag wegens het bestaan van een definitief geworden inreisverbod schendt DVZ artikel 8 EVRM.

De beslissing tot niet-inaanmerkingname van een verblijfsaanvraag wegens een inreisverbod is strijdig met artikel 8 EVRM dat het recht op een gezinsleven waarborgt. Deze bepaling bepaalt immers:

“1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

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

Het lijkt moeilijk te vatten dat een weigering van een verblijfsaanvraag omwille van het feit dat aan de betrokkene een inreisverbod werd opgelegd kan zonder rekening te houden met internationaal geldende normen, zoals artikel 8 EVRM.

Als eerste staat het vast dat er *in casu* sprake is van **een beschermd gezinsleven** onder artikel 8 EVRM. Het recht op bescherming van gezinsleven veronderstelt immers het bestaan van een ‘gezin’. Dit begrip moet autonoom worden geïnterpreteerd, dus los van het nationaal recht. Het moet gaan om een gezin *de facto* en niet noodzakelijk om een gezin *de iure*.⁸⁰ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) hecht veel belang aan het bestaan van een *effective family life*.⁸¹ Er moet met andere woorden een werkelijk gezinsleven bestaan. Of er een werkelijk gezinsleven bestaat, hangt onder andere af van de aard van de familierelatie en de vraag of de betrokkenen tot hetzelfde huishouden behoren.⁸²

Het EHRM heeft zich ook reeds uitgesproken over het bestaan van een gezinsleven tussen twee volwassenen die wel een feitelijke relatie hebben, maar niet gehuwd zijn. In de zaak Kroon tegen Nederland stelt het EHRM dat er tussen feitelijke partners ook een gezinsleven kan bestaan. Het EHRM oordeelde namelijk:

“In any case, the Court recalls that the notion of "family life" in article 8 is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family ties" where parties are living together outside marriage. Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also

⁸⁰ EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk, § 36; P. VAN DIJK, en G.J.H VAN HOOFF, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1990, 419.

⁸¹ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx/België, § 31.

⁸² P. VAN DIJK, en G.J.H VAN HOOFF, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1990, 420.

*serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto "family ties".*⁸³

De partners zullen moeten aantonen dat hun relatie voldoende hecht is. Enerzijds kunnen ze dit doen door te bewijzen dat ze samenwonen. Anderzijds kunnen ook andere elementen een voldoende hechte relatie aantonen. Het EHRM stelde namelijk in de zaak Kroon tegen Nederland dat er ook andere vereisten dan samenwonen zijn, zoals het feit dat de partners een kind hebben verwerkt. Aangezien *in casu* de betrokkene zijn partner zwanger was van hun kind toont dit naar analogie met de Straatsburgse rechtspraak aan dat hun relatie voldoende hecht is.

Een vasthouding met het oog op verwijdering, zoals *in casu* het geval, laat de partners tijdelijk niet toe om samen te wonen. In dergelijk geval kan men echter aantonen dat beide partners, ondanks het feit dat ze tijdelijk niet hebben samengewoond, toch een gezin vormen. Uit allerlei bewijsstukken kan het bestaan van het gezinsleven worden aangetoond, waaronder het feit dat ze reeds 2,5 jaar een relatie hebben, voor de vasthouding reeds meer dan 1 jaar hebben samengewoond, een gemeenschappelijk kind hebben, WhatsApp-conversaties tussen beide partners, foto's waaruit blijkt dat beiden reeds verschillende uitstappen en activiteiten samen hebben gedaan, een gezamenlijke hospitalisatieverzekering en het feit dat de betrokkene op een vragenlijst heeft aangegeven dat hij gecontacteerd dient te worden bij de opname van zijn feitelijke partner voor de bevalling van hun gemeenschappelijk kind.

In het jaarverslag van 2015, stelde de federale ombudsman bovendien dat een vreemdeling die voldoet aan de voorwaarden voor gezinshereniging ontegensprekelijk een nauwe band heeft met de referentiepersoon.⁸⁴ *In casu*, voldoet de betrokkene aan de voorwaarden voor gezinshereniging, dit in tegenstelling tot wat DVZ argumenteerde. In wat hoger werd uiteengezet, wordt namelijk een deugdelijk bewezen duurzame relatie aangetoond tussen de betrokkene en zijn feitelijke partner. Er kan dus tot een nauwe band worden geconcludeerd.

In de rechtspraak en rechtsleer wordt een onderscheid gemaakt naarmate de betrokkene voor de eerste keer verblijf aanvraagt in België dan wel wanneer zijn voortgezet verblijf beëindigd wordt.⁸⁵ Dit onderscheid zal zich verder manifesteren onder de vorm van ofwel positieve verplichtingen dan wel negatieve verplichtingen in hoofde van de lidstaat. De rechtspraak van het EHRM ontwikkelde dit onderscheid en de RvV neemt dit over in haar huidige rechtspraak.⁸⁶

In casu gaat het om een situatie van een eerste aanvraag tot verblijf. Volgens de rechtspraak moet dan geen toetsing gebeuren aan artikel 8, lid 2 EVRM. Wel moet er onderzocht worden of er op de staat een positieve verplichting rust om het gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen. Dit zal gebeuren op basis van de *fair balance*-toets. Er moet daarbij een belangenafweging gemaakt worden tussen de belangen van het individu enerzijds en de belangen van de staat anderzijds. Indien na deze toets blijkt dat de algemene belangen van

⁸³ EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, Kroon v. Nederland, § 30.

⁸⁴ FEDERALE OMBUDSMAN, Jaarverslag 2015, https://1070.makemeweb.net/sites/default/files/explorer/OA_RO_15-05.pdf, p. 62.

⁸⁵ EHRM, 24 september 2007, 16351/03, Konstatinov/Nederland, §46.

⁸⁶ EHRM, 28 september 2011, 55597/09, Nunez/Noorwegen, §68; RvV 25 oktober 2021, nr. 262 866, 3.3.3; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Kortrijk, INNI, 2019, 946.

de staat niet opwegen tegen de individuele belangen van de verzoeker, zal dit een schending uitmaken van artikel 8 EVRM.

Hoewel er op de staat een positieve verplichting rust om de vreemdeling op zijn grondgebied te laten verblijven indien deze een eerste aanvraag tot verblijf heeft ingediend en er reeds gezinsleden aldaar verblijven, mag men hier niet uit afleiden dat het EVRM een effectief recht waarborgt aan een vreemdeling om op het grondgebied van een land waarvan hij geen onderdaan is binnen te komen dan wel te verblijven. De staat is zelf gemachtigd om hiervoor voorwaarden op te leggen. Echter moet de staat bij het nemen van een beslissing over het verblijf van de vreemdeling een correcte toepassing maken van de *fair balance*-toets.⁸⁷

In het Boultif arrest bepaalde het EHRM '*guiding principles*' waarmee staten moeten rekening houden bij het maken van de *fair balance*-toets. De volgende criteria werden hierin ontwikkeld:

1. De aard en ernst van het gepleegde strafbare feit;
2. De duur van het verblijf in het gastland;
3. Het tijdsverloop sinds het gepleegde strafbare feit en de gedragingen van de vreemdeling gedurende die tijd;
4. De nationaliteit van alle betrokkenen;
5. De gezinssituatie van de vreemdeling, zoals de duur van het huwelijk;
6. Andere factoren die uitdrukking geven aan de feitelijke invulling van het huwelijk;
7. De vraag of de (huwelijks)partner op de hoogte was van het strafbare feit toen hij/zij met de vreemdeling in het huwelijk trad of de relatie aanging;
8. De vraag of er kinderen uit het huwelijk zijn geboren en, als dit het geval is, hun leeftijd;
9. De ernst van de moeilijkheden die de echtgeno(o)t(e) zal ondervinden als hij/zij de vreemdeling zou volgen naar het land van herkomst, waarbij het enkele feit dat hij/ zij meegaat zekere obstakels met zich zal brengen, op zichzelf de verblijfsbeëindiging niet in de weg staat.

In het Üner arrest heeft het Hof deze criteria verduidelijkt en uitgebreid:

10. De belangen en het welzijn van de kinderen, in het bijzonder de ernst van de moeilijkheden die eventuele kinderen van de betrokkene waarschijnlijk zullen ondervinden in het land waarnaar de aanvrager wordt uitgezet (belang van het kind wordt meer benadrukt: hoe moeilijk zal het zijn voor kinderen als ouder verwijderd wordt van het grondgebied) én
11. De soliditeit van de sociale, culturele en familiale banden met het gastland en met het land van bestemming.⁸⁸

In de zaak Maslov verduidelijkte het Hof dat het gewicht dat aan deze criteria toekomt mee bepaald wordt door de specifieke omstandigheden van de zaak en dat deze dus ook kunnen variëren van zaak tot zaak.

⁸⁷ L. DENYS, Overzicht van het vreemdelingenrecht, Kortrijk, INNI, 2019, 947.

⁸⁸ EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, Üner/Nederland.

In wat volgt zal worden beargumenteerd waarom **de praktijk van DVZ de *fair balance*-toets niet overleeft**. De weinige voordelen die DVZ uit de bestreden beslissing tot niet-inaanmerkingname van de aanvraag gezinshereniging haalt, wegen namelijk niet op tegen de nadelen die de betrokkene ondervindt door deze beslissing.

DVZ stelt in haar weigeringsbeslissing eerst dat betrokkene geen elementen aantoont van een afhankelijkheidsrelatie tussen hem en zijn partner. Gelet op al het voorgaande kan men er met zekerheid van uitgaan dat er weldegelijk sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen de twee.

Vervolgens stelt DVZ dat de betrokkene niet kan aantonen dat zijn partner specifieke zorg van hem behoeft alsook dat er geen bijzondere afhankelijkheidsrelatie is tussen hen. Vooreerst is het op te merken dat de partner van de betrokkene op het moment van de aanvraag hoogzwanger is. Het is vanzelfsprekend dat tijdens deze periode de vrouw haar partner meer dan ooit nodig heeft. DVZ argumenteert dat betrokkene zijn partner zal kunnen genieten van voldoende medische zorgen en omkadering tijdens en na de bevalling. Dit weegt echter niet op tegen de steun en toewijding die betrokkene kan en ook wil geven gelet op de bewijsstukken die reeds zijn voorgelegd.

Ook dient te worden opgemerkt dat het recht op een gezinsleven meer omvat dan louter het recht op zorg. Ook een niet-zorgbehoevend gezinslid heeft het recht om de gezinsband met zijn gezinsleden te behouden en te ontplooiën. Het gezinsleven dat door artikel 8 EVRM beschermd wordt, omvat dus niet alleen materiële belangen zoals onderhoud en zorg, maar ook morele en sociale belangen. Het gezinsleven bestaat in het behoud en de ontwikkeling van gezinsbanden.⁸⁹

Vervolgens argumenteert DVZ dat het achterblijvend gezin niet gedwongen wordt de betrokkene mee te vergezellen. Deze argumenten houden echter slechts rekening met een deel van datgene wat onder het gezinsleven valt. De argumenten die DVZ aanhaalt om te concluderen dat de gezinsleden niet gedwongen worden de betrokkene te vergezellen, zijn niet conform met wat het recht op gezinsleven werkelijk inhoudt.

DVZ stelt vervolgens dat volwassenen in beginsel in staat zijn om onafhankelijk van hun familieleden een leven te leiden.⁹⁰ Met dit argument slaat DVZ de bal mis. Het recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM dient net om de gezinsbanden, de onderlinge relaties tussen gezinsleden, te beschermen. Artikel 8 EVRM dient niet alleen om de gezinsbanden te beschermen van gezinsleden die niet in staat zijn om onafhankelijk van hun gezinsleden een leven te leiden, maar ook om de gezinsbanden te beschermen van personen die wel in staat zijn om onafhankelijk van hun gezinsleden een leven te leiden. Artikel 8 EVRM mag niet enkel worden eerbiedigd in de situatie waarin de betrokkenen niet in staat zijn onafhankelijk te leven.

DVZ stelt bovendien dat het bestaan van moderne communicatiemiddelen toelaat dat de gezinsleden in nauw contact blijven met elkaar. De gezinsleden kunnen ook België vrijelijk in-

⁸⁹ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx/België, § 52: B. VANLERBERGHE, "Omgangsrecht in het licht van artikel 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.*, 1991, (147) 150.

⁹⁰ RvV 21 juni 2019, nr. 223.020, 2; RvV 4 juni 2021, nr. 255.620, 2; RvV 23 juni 2021, nr. 257.099, 2; RvV 6 september 2021, nr. 260.227, 2.

en uitreizen zodat het contact via bezoeken verder gezet kan worden.⁹¹ DVZ gaat er als eerste foutief vanuit dat iedereen de mogelijkheid heeft om moderne communicatiemiddelen aan te schaffen. Personen die zich op verblijfsrechtelijk vlak in een precare situatie bevinden, bevinden zich meestal ook in een precare situatie op financieel vlak. Daarenboven is het voor het achterblijvend gezin niet altijd een evidentie heen en weer te reizen naar het land van herkomst. Wanneer de achtergebleven partner hier een fulltime job heeft, is het niet altijd haalbaar dat deze de partner die zich in zijn land van herkomst bevindt, gaat bezoeken. Tot slot is ook contact houden via moderne communicatiemiddelen geen evidente manier om dit recht uit te oefenen. Emotionele, morele en sociale steun bieden via beeldschermen is quasi onmogelijk. Het is dan ook opmerkelijk dat DVZ van mening is dat moderne communicatiemiddelen partners ertoe in staat stelt om nauw in contact te blijven.

DVZ in RvV nr. 223.020 van 21 juni 2019: *“Moderne communicatiemiddelen kunnen u in staat stellen om in nauw contact te blijven met uw partner en haar kinderen en het gezins- en privéleven met hen op die manier verder te onderhouden.”*

Een laatste argument dat DVZ reeds heeft aangehaald, is het volgende:

*“Het is eigen aan grensoverschrijdende relaties dat één van beide partners zich buiten het oorspronkelijk land van herkomst bevindt.”*⁹²

Dit is een merkwaardig argument van DVZ. Het is inderdaad een feit dat als twee partners geboren in een verschillend land van herkomst een relatie starten en zich ergens vestigen, minimum één van beide partners niet in zijn land van herkomst zal wonen. In de zaak die het voorwerp uitmaakt van deze nota verblijven noch de man (geboren in Senegal) noch de vrouw (geboren in Roemenië) in hun land van herkomst. De vrouw heeft echter wel een verblijfsrecht in België.

Als DVZ aangeeft dat de vrouw haar partner kan vergezellen naar het buitenland, kunnen zich 2 situaties voordoen:

- De vrouw vergezelt haar man naar zijn land van herkomst, waardoor artikel 21 VWEU geschonden wordt. Om haar recht op gezinsleven uit te oefenen wordt zij immers gedwongen het grondgebied van de Europese Unie te verlaten.
- De vrouw blijft in België, waardoor haar recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM wordt geschonden.

Concluderend, schiet DVZ tekort in haar argumentatie met betrekking tot de *fair balance* tussen de belangen van de staat en de individuele belangen van de betrokkene. Ze houdt geen rekening met de werkelijke omvang van het recht op gezinsleven waardoor ze artikel 8 EVRM schendt.

⁹¹ RvV 21 juni 2019, nr. 223.020, 2.

⁹² RvV 21 juni 2019, nr. 223.020, 2.

2.2 De vereiste dat het verzoek tot opheffing of opschorting van het definitief geworden inreisverbod in het land van herkomst moet worden ingediend

DVZ oordeelt in de weigeringsbeslissing: *“U bent tijdelijk van dit recht ontzegd, gezien u het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod (bijlage 13sexies) van 3 jaar genomen op 11.07.2021, en aan u betekend diezelfde dag. Betrokkene tekende geen beroep aan tegen dit inreisverbod. Het inreisverbod is dus definitief en dus van kracht. Verder blijkt nergens uit het dossier dat dit inreisverbod zou zijn **ingetrokken** door het bestuur of dat **u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen in toepassing van artikel 74/12 van de wet van 15.12.1980.**”* en *“Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat uit niets blijkt dat de naleving van de verplichting voor u om het Belgisch grondgebied en van de Europese Unie te verlaten **teneinde de opheffing of opschorting van het voor u geldende inreisverbod te verzoeken**, referentiepersoon ertoe zou dwingen u te vergezellen en dus eveneens het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Bijgevolg kan besloten worden dat deze beslissing wel degelijk genomen kan worden.”*

DVZ is dus van oordeel dat een aanvraag tot gezinshereniging niet in aanmerking kan worden genomen wanneer er een inreisverbod geldt tegen de verzoeker dat niet is ingetrokken of opgeheven overeenkomstig art. 74/12 Vw. DVZ vereist dus dat de verzoeker eerst terugkeert naar het land van herkomst teneinde daar een aanvraag tot opheffing of intrekking in te dienen. Pas na een goedgekeurde aanvraag, kan rechtsgeldig een aanvraag gezinshereniging worden ingediend.

A. Art. 74/12 Vreemdelingenwet is een foutieve omzetting van de Terugkeerrichtlijn

Art. 74/12 Vw., waarnaar DVZ verwijst in haar weigeringsbeslissing, voorziet in de mogelijkheid voor de derdelander tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd om hiervan de opheffing of opschorting te krijgen omwille van humanitaire redenen, professionele of studieredenen (wanneer $\frac{2}{3}$ van de duurtijd van het inreisverbod is verstreken)⁹³ of wanneer de derdelander motiveert dat hij een vroegere verplichting tot verwijdering heeft nageleefd.⁹⁴

De gemotiveerde aanvraag tot opheffing of opschorting van het uitgevaardigde inreisverbod omwille van **humanitaire, professionele of studieredenen** moet worden ingediend bij de Belgische diplomatieke of consulaire beroepspost die bevoegd is voor de woon- of verblijfplaats van de derdelander in het buitenland.⁹⁵ Een aanvraag omwille van het feit dat de

⁹³ Art. 74/12, §1, eerste en tweede lid Vw.

⁹⁴ Art. 74/12, §2 Vw.; S. BOUCKAERT, “4. Verwijdering, veiligheidsmaatregelen en strafbepalingen” in D. APPELTANT, S. BOUCKAERT en S. D'HONDT (eds.), *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen en migranten*, Mechelen, Wolters Kluwers, 2021, (9) 36.

⁹⁵ Art. 74/12, §1, derde lid Vw.

derdelander een **vroegere verplichting tot verwijdering heeft nageleefd**, wordt daarentegen ingediend bij de minister of zijn gemachtigde, dus bij DVZ zelf.⁹⁶ Voor beide gevallen komt het er echter wel op neer dat de betrokken derdelander naar het buitenland moet gaan om de opheffing of opschorting te verkrijgen. Ook bij de aanvraag omwille van het naleven van een vroegere verplichting tot verwijdering moet de betrokkene immers bewijzen dat hij volledig conform de beslissing tot verwijdering het Belgisch grondgebied heeft verlaten.⁹⁷

Er lijkt geen duidelijke reden voorhanden te zijn waarom de aanvragen tot opheffing of opschorting omwille van humanitaire, professionele of studieredenen moeten worden ingediend bij de diplomatieke of consulaire beroepspost, terwijl de aanvraag omwille van het naleven van een vroegere verplichting tot verwijdering rechtstreeks bij DVZ kan worden ingediend. De bedoeling van dit onderscheid zou kunnen zijn dat de aanvraag tot opheffing of opschorting omwille van humanitaire, professionele of studieredenen dan meteen samen met een visumaanvraag kan worden ingediend.⁹⁸

Art. 74/12 Vw. werd **ingevoerd door artikel 19 van de wet van 19 januari 2012**⁹⁹, die een gedeeltelijke omzetting van de Terugkeerrichtlijn beoogde.¹⁰⁰ Door deze wet werd onder meer uitvoering gegeven aan artikel 11, paragraaf 3 van de Terugkeerrichtlijn, dat bepaalt:

*“De lidstaten overwegen de intrekking of schorsing van het inreisverbod dat overeenkomstig lid 1, tweede alinea, is uitgevaardigd tegen een onderdaan van een derde land, mits deze kan aantonen **het grondgebied van een lidstaat geheel in overeenstemming met het terugkeerbesluit te hebben verlaten.***

...

*In individuele gevallen kunnen de lidstaten **om humanitaire of andere redenen afzien van een inreisverbod, dan wel het verbod intrekken of schorsen.** In individuele gevallen of voor bepaalde categorieën gevallen kunnen de lidstaten **om andere redenen een inreisverbod intrekken of schorsen.**”*

Het is opvallend dat de Terugkeerrichtlijn helemaal niet bepaalt dat de aanvraag tot intrekking of schorsing van het inreisverbod in het land van herkomst van de betrokkene moet worden ingediend. Het is dus een expliciete keuze geweest van de Belgische wetgever om deze vereiste te voorzien in art. 74/12, §1, derde lid Vw.¹⁰¹ Hiermee vereist de wetgever dat, alvorens een aanvraag tot opheffing of opschorting kan worden ingediend, eerst het bevel om het grondgebied te verlaten moet worden uitgevoerd.¹⁰² De voorbereidende werkzaamheden

⁹⁶ Art. 74/12, §2 Vw.; H. VRECKOM, “De omzetting van de Terugkeerrichtlijn in het Belgisch recht”, *T. Vreemd.* 2012, (260) 273.

⁹⁷ Art. 74/12, §2 Vw.

⁹⁸ L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI, 2019, 885.

⁹⁹ Wet 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 17 februari 2012, 11.412.

¹⁰⁰ Art. 2 wet 19 januari 2012; Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 1825/001, 3.

¹⁰¹ B. DHONDT, “Van vreemdeling tot banneling ... en terug? Een analyse van rechtspraak over de fundamentele grenzen aan het inreisverbod”, *T. Vreemd.* 2014, (183) 185.

¹⁰² *Ibid.*

van de wet van 19 januari 2012 geven verder ook geen inzicht in de reden van deze toevoeging. Er wordt louter geponeerd dat een onwettig verblijvende derdelander de aanvraag moet indienen in het land van herkomst.¹⁰³

Vervolgens valt het ook op dat in de Terugkeerrichtlijn niet voorzien wordt dat een persoon die een aanvraag tot intrekking of schorsing doet tijdens de behandeling hiervan geen recht op toegang of verblijf zou hebben op het grondgebied van de lidstaat die het inreisverbod uitvaardigde. Ook dit is dus een Belgische toevoeging geweest in art. 74/12, §4 Vw.

De vraag kan zeker en vast gesteld worden of de Belgische wetgever, door zonder enige motivering toe te voegen dat een aanvraag tot opheffing of opschorting moet worden ingediend in het land van herkomst, de Terugkeerrichtlijn wel juist heeft omgezet. De vereiste is namelijk in strijd met één van de preliminaire overwegingen van de Terugkeerrichtlijn waarin gesteld wordt dat de lidstaten bij de uitvoering van de richtlijn de eerbiediging van het gezinsleven moeten vooropstellen.¹⁰⁴ Dit wordt ook herhaald in artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn. Het valt moeilijk in te zien hoe een vereiste om een aanvraag tot opheffing of opschorting in het land van herkomst in te dienen verenigbaar is met het recht op gezinsleven. Het lijkt dan ook waarschijnlijk dat België met deze omzetting een voorwaarde heeft toegevoegd, die strijdig is met wat de Terugkeerrichtlijn beoogde.

Tot slot dient nog te worden aangestipt dat hetgeen hierboven uiteengezet werd ook kan worden beargumenteerd voor de aanvraag tot schorsing of intrekking van een inreisverbod dat werd uitgevaardigd tegen een Unieburger of een familielid op grond van art. 44*decies* Vw. Ook hier geldt namelijk de vereiste dat de betrokkene de aanvraag moet indienen vanuit het land van oorsprong of verblijf van de Unieburger of zijn familielid.¹⁰⁵ Bij miskenning hiervan moet de minister of zijn gemachtigde zelfs weigeren om de aanvraag tot schorsing of intrekking in overweging te nemen.¹⁰⁶ Deze vereiste vindt geen grond in de Burgerschapsrichtlijn.¹⁰⁷ Ook in dit geval gaat de Belgische wetgever in de omzetting van de richtlijn dus verder dan wat de Europese richtlijn beoogde.

¹⁰³ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 1825/001, 22.

¹⁰⁴ Overweging 22 Terugkeerrichtlijn.

¹⁰⁵ 44*decies*, §2 Vw.

¹⁰⁶ 44*decies*, §3, eerste lid Vw.

¹⁰⁷ Art. 32 Burgerschapsrichtlijn.

B. Het recht op gezinsleven wordt geschonden doordat de verzoeker tijdelijk van zijn gezin gescheiden wordt

Door te vereisen dat een derdelander in onwettig verblijf zich naar zijn land van herkomst begeeft om een verzoek tot opheffing van een inreisverbod in te dienen, schenden zowel de Belgische wetgeving als de praktijk van DVZ artikel 8 EVRM.

Zoals hierboven reeds vermeld, is artikel 74/12 Vw. een foutieve omzetting van artikel 11 Terugkeerrichtlijn.

Doordat de Belgische wetgever artikel 11 Terugkeerrichtlijn verkeerd heeft omgezet en doordat DVZ dit artikel consequent toepast, schenden beiden artikel 8 EVRM.¹⁰⁸

1. Plicht voor lidstaten om rekening te houden met artikel 8 EVRM bij het omzetten van Europees recht in nationaal recht

Het verwijderingsbeleid van lidstaten van de Europese Unie moet conform het EVRM zijn. Artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie¹⁰⁹ stelt immers dat het EVRM deel uitmaakt van het EU-recht. Lidstaten zijn met andere woorden bij de toepassing van het EU-recht verplicht het EVRM te respecteren. Bij de omzetting van artikel 11 Terugkeerrichtlijn in Belgisch recht (meer bepaald artikel 74/12 Vw.) was België verplicht de mensenrechten uit het EVRM, waaronder het recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM, na te leven. In artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn, dat hierboven reeds werd aangehaald, staat zelfs uitdrukkelijk vermeld dat lidstaten rekening moeten houden met het recht op gezinsleven en het hoger belang van het kind bij het tenuitvoerleggen van deze richtlijn.

Artikel 5 Terugkeerrichtlijn luidt als volgt: *“Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn houden de lidstaten rekening met: a) het belang van het kind; b) het familie- en gezinsleven; c) de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land, en eerbiedigen zij het beginsel van non-refoulement”*

Zoals hierboven reeds uiteengezet, heeft België artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn foutief omgezet. Ze heeft de voorwaarden verstrengd waaraan een ander familielid moet voldoen om een opheffing van het inreisverbod te bekomen. Door het verwijderingsbeleid strenger te maken dan wat de Europese Unie vereist, schendt België artikel 8 EVRM. Men creëert immers een extra belemmering voor het ander familielid om zijn recht op gezinsleven ex artikel 8 EVRM uit te oefenen.

Dit argument is ook van toepassing indien de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen of het Hof van Justitie de bevoorrechte vreemdelingenstatus, zoals eerder in deze nota uitgelegd, erkent en de verzoeker niet meer beschouwt als louter een derdelander in onwettig verblijf in

¹⁰⁸ RvV 4 juni 2021, nr. 255.620, 2; RvV 23 juni 2021, nr. 257.099, 2; RvV 7 juli 2021, nr. 257.713, 2.

¹⁰⁹ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 11 december 1991, BS 30 oktober 1999, 23.844 (hierna: VEU).

de zin van de Terugkeerrichtlijn. In dat geval is niet meer artikel 74/12 Vw. maar artikel 44*decies* Vw. van toepassing.

Op basis van artikel 6 VEU was België ook bij de omzetting van artikel 32 Burgerschapsrichtlijn verplicht artikel 8 EVRM na te leven. Doordat ze ook dit artikel foutief heeft omgezet in artikel 44*decies* Vw. en de voorwaarden zo heeft verstrengd, schendt België artikel 8 EVRM.

2. De Belgische wetgeving overleeft de toets van artikel 8 EVRM niet

De Belgische wetgeving, meer bepaald artikel 74/12 Vw., die vereist dat het verzoek tot opheffing of intrekking van een inreisverbod in het land van herkomst van de verzoeker moet worden ingediend, overleeft de toets van artikel 8 EVRM niet en schendt bijgevolg artikel 8 EVRM.

Opdat een beperking van het recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM gerechtvaardigd is, moeten 3 stappen vervuld zijn, zoals hoger al werd aangehaald:¹¹⁰

- Er moet sprake zijn van een **inmenging** in het recht op gezinsleven. Dit is het geval wanneer een bepaald statelijk handelen in verband is gebracht met artikel 8 EVRM en is vastgesteld dat dit recht in zekere mate wordt beperkt.¹¹¹
- De inmenging moet **bij wet voorzien** zijn.¹¹²
- Tot slot moet de inmenging **noodzakelijk zijn in een democratische samenleving**.¹¹³ Dit wil zeggen dat de inmenging proportioneel moet zijn met het beoogde doel.¹¹⁴ Men gaat een afweging moeten maken tussen de belangen van het individu, wiens recht op gezinsleven beperkt wordt, en de belangen die de maatschappij heeft bij die beperking. Een criterium dat veel gebruikt wordt bij deze belangenafweging is het criterium van de alternatieve en minder vergaande oplossing.¹¹⁵ Als er een minder vergaand alternatief voorhanden is, kan men sterk vermoeden dat de er geen proportionaliteit is tussen de beperking op het recht op gezinsleven en het beoogde doel van deze beperking.

Art. 74/12 Vw. overleeft de toets van artikel 8 EVRM niet. Hieronder wordt beargumenteerd waarom.

Het artikel vormt een **inmenging** in het recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM. Doordat de betrokkene zijn verzoek tot opheffing van het inreisverbod in het buitenland moet indienen, wordt deze gescheiden van zijn gezin dat in België achterblijft. Deze scheiding kan meerdere maanden duren. Bovendien stelt artikel 74/12, §3 Vw. dat, indien er binnen de 4 maand geen beslissing genomen wordt over het verzoek tot opheffing, de beslissing als negatief moet worden beschouwd. Met andere woorden, de huidige regelgeving moedigt DVZ aan de

¹¹⁰ Art. 8, tweede lid EVRM.

¹¹¹ Y. HAECK en C. BURBANO HERRERA, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 55.

¹¹² *Ibid*, 56.

¹¹³ *Ibid*, 63.

¹¹⁴ *Ibid*, 70.

¹¹⁵ *Ibid*, 71.

aanvragen niet te behandelen.¹¹⁶ Dit kan ertoe leiden dat de werkelijke periode dat de betrokkene in het buitenland moet wachten op een antwoord veel langer is dan 4 maanden.

De inmenging is **bij wet voorzien**. Zoals hierboven reeds uiteengezet, staat in artikel 74/12 Vw. dat de betrokkene zijn verzoek tot opheffing van het inreisverbod moet indienen vanuit het buitenland.¹¹⁷

Hoewel ze bij wet voorzien is, is de inmenging echter **niet proportioneel** aan het beoogde doel ervan.

De inmenging in het recht op gezinsleven zou alleen gerechtvaardigd kunnen worden als deze proportioneel is met het beoogde doel van de inmenging.

Het **doel van de inmenging** wordt niet expliciet vermeld in de Vreemdelingenwet of in voorbereidende werken ervan. Uit amendementen van politici op het wetsontwerp tot wijziging van deze wet kan men echter afleiden dat men weigert om een verzoek tot opheffing in België toe te laten omdat zo het nut en effect van het inreisverbod ondergraven zou worden.¹¹⁸ De verplichting om naar het buitenland te gaan vloeit dus voort uit het algemeen belang om de toegang en het verblijf van vreemdelingen op het nationaal grondgebied te controleren.¹¹⁹

Zoals reeds gezegd, wordt de betrokkene voor meerdere maanden van zijn gezin gescheiden doordat deze zijn verzoek tot opheffing van het inreisverbod in het buitenland moet indienen. Hierdoor wordt zijn feitelijke partner, die hoogzwanger is van hun gemeenschappelijk kind, de materiële en morele steun van de betrokkene ontnomen. In de periode dat zijn partner hem het meest nodig heeft, wordt de betrokkene gescheiden van zijn gezin.

Als men de proportionaliteitstoets doet, plaatst men aan de ene kant het voordeel dat België heeft bij het controleren van de toegang en het verblijf van vreemdelingen op het nationaal grondgebied en aan de andere kant het gezin van de betrokkene dat voor lange tijd van elkaar gescheiden wordt. De eenheid van gezin, dat België dient te beschermen op grond van artikel 8 EVRM, wordt verbroken.

Hier kan men nog aan toevoegen dat *in casu* het inreisverbod van de betrokkene niet eens stoelt op redenen van openbare orde en dus geen bestaansreden heeft. Dan nog wordt de betrokkene volgens de huidige Belgische wetgeving verplicht zijn gezin voor onbepaalde duur te verlaten.

¹¹⁶ Amendement (Z. GENOT) op het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr 53-1825/3, 46.

¹¹⁷ Opmerking: Deze inmenging is dan wel voorzien in Belgische wetgeving, maar niet in Europese wetgeving. Zoals hierboven reeds uiteengezet, leggen noch de Burgerschapsrichtlijn noch de Terugkeerrichtlijn de verplichting op dat de betrokkene zijn verzoek tot opheffing van het inreisverbod in het buitenland moet indienen.

¹¹⁸ Amendement (T. FRANCKEN) op het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr 53-1825/3, 30.

¹¹⁹ L. REULENS en S. DAWOUD, "De verhouding tussen een inreisverbod en latere verblijfsaanvragen" in AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, *Bouwstenen voor een migratiewetboek*, 2021, 16.

Concluderend, er is **geen proportionaliteit** tussen de inmenging en het beoogde doel ervan. Het vereiste om naar het buitenland te gaan is een buitenproportionele hindernis voor het recht om een daadwerkelijk gezinsleven te leiden.¹²⁰

Bovendien wil de betrokkene de opheffing van zijn inreisverbod bekomen om te vermijden dat zijn recht op gezinsleven geschonden zou worden. Zonder opheffing zou hij immers het grondgebied van de Schengenzone, en bijgevolg zijn gezin, moeten verlaten. Wanneer iemand zich beroept op zijn recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM, moet de staat die meent dat dat ze de uitoefening van dit recht moet beperken, concreet nagaan of deze inmenging wel proportioneel is aan het beoogde doel ervan.¹²¹ Door de betrokkene te verplichten zijn verzoek tot opheffing in het buitenland in te dienen, verhoogt België net het risico op een schending van artikel 8 EVRM, in plaats van na te gaan of de inmenging op dit recht proportioneel is.

3. De praktijk van DVZ overleeft de toets van artikel 8 EVRM niet

Hierboven werd aangehaald dat de Belgische wetgeving strijdig is met artikel 8 EVRM. Daarnaast is ook de praktijk van DVZ strijdig met dit artikel. Hieronder wordt beargumenteerd waarom.

De eerste stap, namelijk dat er een **inmenging** moet zijn in het recht op gezinsleven, is hierboven reeds uitgelegd.

Waar de Belgische wetgeving wel bij wet voorzien doch disproportioneel is, is de praktijk van DVZ **niet bij wet voorzien**.

De mogelijkheid voor DVZ om een aanvraag tot gezinshereniging niet in overweging te nemen louter omwille van het feit dat de betrokkene geen opheffing van zijn inreisverbod in het buitenland heeft aangevraagd, is niet bij wet voorzien. Artikel 74/12 Vw. regelt immers enkel de voorwaarden om een verzoek tot opheffing van het inreisverbod in te dienen en niet de voorwaarden om een verzoek tot gezinshereniging in te dienen. Als DVZ een verzoek tot gezinshereniging dus niet in overweging neemt, verwijzende naar artikel 74/12 Vw., dan schendt DVZ artikel 8 EVRM.

Aangezien de praktijk van DVZ waarbij deze een aanvraag gezinshereniging niet in aanmerking neemt omwille van een niet-opgeheven inreisverbod, geen wettelijke basis heeft, kan men hieruit reeds besluiten dat DVZ artikel 8 EVRM schendt. Indien een rechter toch zou oordelen dat de praktijk bij wet voorzien is, moet men ook de derde stap van de toets van artikel 8 EVRM uitvoeren, namelijk de **proportionaliteitstoets**. De vereiste om naar het land van herkomst te gaan overleeft deze toets echter niet.

DVZ heeft in een toelichting van zijn praktijken aangegeven dat aanvragen gezinshereniging die worden ingediend bij een Belgische diplomatieke of consulaire post in het buitenland, beschouwd worden als een impliciete aanvraag tot opheffing van het inreisverbod. DVZ levert hoe dan ook een visum gezinshereniging af wanneer de betrokkene voldoet aan de

¹²⁰ L. REULENS en S. DAWOUD, "De verhouding tussen een inreisverbod en latere verblijfsaanvragen" in AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, *Bouwstenen voor een migratiewetboek*, 2021, 16.

¹²¹ FEDERALE OMBUDSMAN, *Jaarverslag 2015*, https://1070.makemeweb.net/sites/default/files/explorer/OA_RO_15-05.pdf, p. 63.

voorwaarden voor gezinshereniging.¹²² Echter, als de aanvraag gezinshereniging in België wordt ingediend, beschouwt DVZ deze niet als een impliciet verzoek tot opheffing van het inreisverbod.

Een derdelander in onwettig verblijf wordt dus verplicht een verzoek tot opheffing in het buitenland in te dienen, dat hij toch automatisch zal bekomen wanneer hij aan de voorwaarden voor gezinshereniging voldoet. Dit vereiste is dus louter formeel.

Er is een **alternatieve en minder verregaande oplossing**, namelijk toelaten dat de betrokkene het verzoek tot gezinshereniging in België kan indienen. Als de verzoeker voldoet aan de voorwaarden voor gezinshereniging gaat deze hoe dan ook een opheffing van het verblijfsrecht kunnen bekomen, om de reden die hierboven staat. Indien de verzoeker niet voldoet aan de voorwaarden voor gezinshereniging, zal deze geen opheffing van het inreisverbod kunnen bekomen en alsnog het grondgebied moeten verlaten.

Hoewel men kan poneren dat het algemeen belang meer gediend zal worden als de betrokkene zijn verzoek tot opheffing in het buitenland moet indienen, aangezien men er dan op kan toezien dat de betrokkene het bevel om het grondgebied te verlaten naleeft, is deze vereiste niet redelijk. Het is immers een overdreven formalisme.¹²³

Concluderend, de praktijk van DVZ schendt artikel 8 EVRM doordat het noch bij wet voorzien noch proportioneel is.

4. Toepassing van voorgaande argumenten indien het bevoorrechte vreemdelingenstatus wordt erkend

Indien de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen of het Hof van Justitie de bevoorrechte vreemdelingenstatus, die eerder in deze nota besproken werd, erkent, kan de redenering die hierboven uiteengezet is *mutatis mutandis* worden toegepast op andere familieleden in de zin van art. 47/1 Vw. In dat geval wordt artikel 8 EVRM geschonden door artikel 44*decies* Vw.

¹²² AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “DVZ licht diverse praktijken toe in een overleg met Agentschap Integratie en Inburgering”, 2016, <https://www.agii.be/nieuws/dvz-licht-diverse-praktijken-toe-in-een-overleg-met-agentschap-integratie-en-inburgering#opheffing> (consultatie 27 november 2021).

¹²³ L. REULENS en S. DAWOUD, “De verhouding tussen een inreisverbod en latere verblijfsaanvragen” in AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, *Bouwstenen voor een migratiewetboek*, 2021, 16.

Conclusie

In dit advies werd eerst de praktijk van niet-inaanmerkingname van een aanvraag gezinshereniging van een ander familielid van een Unieburger na een definitief geworden inreisverbod onder de loep genomen. DVZ steunt zich hierbij eerst op het argument dat een inreisverbod al van kracht is bij de uitvaardiging ervan, ook al is het grondgebied van de Unie nog niet verlaten. Dit maakt een schending uit van het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger en een miskennis van de rechtspraak van het Hof van Justitie in de arresten Ouhami en J.Z.. Vervolgens schendt DVZ ook het verblijfsrecht van een ander familielid van een Unieburger door voorwaarden toe te voegen, die geen wettelijke basis hebben. Enerzijds door de afhankelijkheidstoets die werd ontwikkeld in het arrest K.A. e.a. tegen België van het Hof van Justitie toe te passen op een ander familielid van een Unieburger. Anderzijds door een inreisverbod te zien als een reden van openbare orde die een weigeringsgrond vormt voor een aanvraag gezinshereniging en de bevoorrechte vreemdelingenstatus van een ander familielid van een Unieburger te miskennen. Tot slot wordt ook het recht op gezins- en familieleven uit artikel 8 EVRM geschonden door deze praktijk van DVZ.

Ten tweede werd in dit advies ingegaan op de vereiste uit artikel 74/12 Vw. dat een aanvraag tot opheffing of opschorting van een definitief geworden inreisverbod moet worden ingediend in het land van herkomst. Eerst werd beargumenteerd dat artikel 74/12 Vw. een verkeerde omzetting van de Terugkeerrichtlijn is. De vereiste om in het land van herkomst een verzoek tot opheffing of opschorting in te dienen vindt immers geen rechtsgrond in deze richtlijn en is tevens in strijd met de doelstellingen van deze richtlijn. Vervolgens werd ook aangetoond dat het recht op gezins- en familieleven wordt geschonden doordat de betrokkene door de vereiste uit artikel 74/12 Vw. tijdelijk gescheiden wordt van zijn familie. Dit vormt een disproportionele inmenging in het recht op gezins- en familieleven die niet kan gerechtvaardigd worden op basis van de voordelen die België hieruit zou kunnen halen.

Dit advies maakt alvast één ding zeer duidelijk. Er is een enorm grote discrepantie tussen enerzijds de bepalingen van de Vreemdelingenwet, de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en anderzijds de praktijk van de Dienst Vreemdelingenzaken.