

VB

ORDE VAN
VLAAMSE
BALIES

/OV

Advies

Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen inzake het recht op gezinshereniging.

maandag 26 juni 2023

VB

1 Voorafgaand

Op 20 juni 2023 werd de Orde van Vlaamse Balies (hierna ‘OVB’) om advies verzocht door het kabinet van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie bij het *voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen inzake het recht op gezinshereniging*.

Gezien het korte tijdsbestek biedt onderhavige nota een overzicht van de *voornaamste* opmerkingen van de OVB bij dit voorontwerp van wet.

2 Preliminare opmerking

De OVB vraagt dat rekening wordt gehouden met de opmerkingen van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Zoals vermeld wordt in het advies, moest dit beperkt worden tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorgeschreven vormvereisten. Er kunnen bijgevolg nog bijkomende opmerkingen gemaakt worden die niet te maken hebben met deze beperkte invalshoek.

3 Opmerkingen bij het voorontwerp

3.1 Artikel 4 van het voorontwerp

1. Artikel 4, punt c), wijziging van artikel 10, § 1, eerste lid, 4^o, derde streepje: de **termijn** beperken tot 3 maanden na de beslissing tot toekenning van internationale bescherming is strijdig met het arrest van de Raad van State van 23 december 2022,¹ dat een termijn van 1 jaar bepaalt omdat die termijn voorkomt in artikel 10, § 2, vijfde lid, terwijl in de richtlijn de minimumtermijn van 3 maanden geldt.

2. Het gemaakte **onderscheid** tussen een minderjarige die meerderjarig wordt en een NBMV die meerderjarig wordt, mist elke rechtsgrond en leidt tot ongelijke situaties.

3. De voorwaarde dat het minderjarig kind **alleenstaand** moet zijn, wordt op heden reeds vermeld in de Vreemdelingenwet en wordt aldus behouden. Nochtans komt deze voorwaarde niet voor in artikel 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Bijgevolg mag de Vreemdelingenwet deze voorwaarde niet toevoegen gezien die richtlijn de minimumnormen bepaalt waaraan lidstaten zich dienen te houden.

4. Het dient bovendien ondubbelzinnig vast te staan wat met “**minderjarige**” wordt bedoeld. De OVB dringt er dan ook op aan om de minderjarigheid te beoordelen volgens het Belgisch recht en niet afhankelijk van het recht van toepassing op de staat van personen van de aanvragende minderjarige.

5. Artikel 4, punt d), wijziging § 1, eerste lid, 5^o: de 2 opmerkingen onder punt 2 worden hier herhaald.

6. De laatste zin van artikel 4, punt c) “**bijzondere omstandigheden** die buiten de wil van de aanvrager liggen en dewelke de laattijdige indiening van de aanvraag objectief verschoonbaar maken” is een incorrecte vertaling van het arrest van het Hof van Justitie van 7 november 2018², waarin het Hof het heeft over wat “*op grond van bijzondere omstandigheden objectief verschoonbaar is*”. De

¹ RvS 23 december 2022, nr. 255.380.

² HvJ 7 november 2018, C-380/17, K en B.

terminologie in het voorontwerp gaat in de richting van overmacht, wat helemaal niet volgt uit het arrest. Dezelfde opmerking geldt voor de voorgestelde wijziging in artikel 4, punt h).

7. Artikel 4, punt f), wijziging § 1, eerste lid, 7°: naar analogie met artikel 4, punt c) wordt de termijn van 3 maanden vervangen door een termijn van een jaar.

3.2 Artikel 6 van het voorontwerp

8. Artikel 6 van het voorontwerp wijzigt artikel 12bis Vw. Het laat evenwel na rekening te houden met het **arrest Afrin**.³ De OVB stelt voor aan artikel 12bis, § 1 een lid toe te voegen als volgt:

“Wanneer het voor hem onmogelijk of buitengewoon moeilijk is om zich naar de diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger te begeven, kan de vreemdeling zijn aanvraag indienen per elektronische post, per aangetekend schrijven of met behulp van enig middel voor communicatie op afstand. In zulk geval kan de aanvraag ook ingediend worden door de referentiepersoon per aangetekend schrijven gericht aan de Dienst Vreemdelingenzaken”.

9. Artikel 5, lid 1 van de Gezinsherenigingsrichtlijn laat uitdrukkelijk toe dat de aanvraag ingediend wordt ook door de gezinshereniger en niet alleen door het gezinslid. Benadrukt dient te worden dat het Hof van Justitie een meer soepele regeling vraagt wanneer het onmogelijk of buitengewoon moeilijk is om zich naar de post te begeven, niet alleen voor gezinsleden van erkende vluchtelingen. Dat kan afgeleid worden uit de woorden “in het bijzonder” in het beschikkend gedeelte van het arrest. Zoals o.m. covoorzitter Leboeuf van de Commissie Migratiewetboek het stelt, legt het Hof in het arrest de nadruk op het waarborgen van het effectief karakter van het subjectief recht op gezinshereniging, eerder dan dat het gaat om gezinsleden van een erkende vluchteling.⁴

3.3 Artikel 10 van het voorontwerp

10. Artikel 10, wijzigingen a) en b): ten laste in “*het land van oorsprong dan wel herkomst*”: dit is inderdaad in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie. In de memorie van toelichting dient te worden verduidelijkt dat dit begrip ook slaat op een andere lidstaat dan deze waarvan de referentiepersoon afkomstig is, en op een derde land waar de referentiepersoon en het familielid hebben samengewoond.⁵

3.4 Artikel 11 van het voorontwerp

11. Artikel 11 brengt wijzigingen aan in artikel 40ter, § 2 Vw., dat van toepassing is op de familieleden van de “statische” Belg (en niet “sedentaire” Belg zoals de memorie van toelichting vermeldt), terwijl artikel 40ter, § 1 Vw. van toepassing is op de familieleden van de mobiele Belg. Voor de ouder van een minderjarige statische Belg wil het voorontwerp een bijkomende voorwaarde invoegen, meer bepaald dat de ouder die verblijf vraagt de “**daadwerkelijke zorg**” over het kind draagt.

Ongeacht het Unierecht, de rechtspraak van het Hof van Justitie en de voorwaarden die de Vreemdelingenwet oplegt, dient artikel 8 EVRM nageleefd te worden, dat primeert op de interne wetgeving en op het Unierecht. Zoals het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 26 september 2013⁶ heeft beslist, dient daarbij artikel 8 EVRM nageleefd te worden. Ook de rechtspraak van de Raad van State

³ HvJ 18 april 2023, C-1/23

⁴ Cahiers de l'EDEM, mei 2023

⁵ RvV 29 april 2008, nr. 10.796; 10 september 2018, nr. 209.111; 26 oktober 2018, nr. 211.725

⁶ GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.52.3.

gaat in die zin.⁷ Bij het beoordelen van de wettigheid van een aanvraag tot verblijf van een derdelandsouder van een minderjarig Belgisch kind zal de RvV consequent nagaan of de weigering al dan niet een schending uitmaakt van dit artikel 8 EVRM.⁸ Er kan ook een gezinsleven zijn in de zin van artikel 8 en een affectieve of een financiële (één van beide is voldoende) band bestaan tussen ouder en kind, wanneer er geen samenwoont is.⁹ Enkel wanneer noch een financiële noch een affectieve band wordt aangetoond, is er geen gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM.¹⁰

Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt het gezinsleven tussen een ouder en zijn minderjarig kind vermoed.¹¹ Door in de Vreemdelingenwet een voorwaarde in te lassen die niet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, kan de RvV deze interne bepaling niet toepassen. De wijziging is bijgevolg doelloos en zal enkel de werklust van DVZ en RvV nodeloos verhogen.

De toevoeging van het concept ‘daadwerkelijke zorg’ is dan ook in strijd met de rechtspraak van het GwH en het EHRM. Er moet een effectief beleefde band zijn, maar dat betekent niet noodzakelijk ‘daadwerkelijke zorg’.

3.5 Artikel 12 van het voorontwerp

12. Artikel 12 van het voorontwerp wijzigt artikel 42ter Vw. In een eerste wijziging is sprake van het begrip “daadwerkelijke zorg” door de ouder van een minderjarige Unieburger. Naast het feit dat in artikel 40ter, § 2 het begrip “daadwerkelijke zorg” wordt ingevoerd voor de ouder van een statisch Belgisch kind omdat dit artikel het Unierecht niet dient te eerbiedigen, en men bijgevolg redelijkerwijze zich kan afvragen of deze wijziging in overeenstemming is met het Unierecht vermits artikel 42ter wel slaat op een Unieburger, zal een toetsing aan artikel 8 EVRM veel betwistingen opleveren.

Dezelfde opmerking kan gemaakt worden voor de eerste wijziging ingevoerd door artikel 13 van het voorontwerp.

3.6 Artikel 19 van het voorontwerp

13. Er kunnen tot slot een aantal zuiver technische opmerkingen gemaakt worden. Zo is, bij wijze van voorbeeld, in het nieuwe artikel 57/34/1, § 6 (artikel 19 van het voorontwerp) sprake van de verblijfstitel die “verlengd of vernieuwd” wordt. Sinds de verblijfstitels elektronisch zijn en niet meer van karton, worden ze enkel vernieuwd en niet verlengd.

⁷ RvS 26 juni 2015, nr. 231.772.

⁸ Zie o.m. RvV 19 mei 2021, nr. 254.722; 18 juni 2021, nr. 256.807; 8 oktober 2021, nr. 261.954; 13 juni 2022, nr. 273.953

⁹ RvV 8 april 2021, nr. 252.357; 23 augustus 2022, nr. 276.347

¹⁰ RvV 14 juli 2021, nrs. 258.177 en 258.185.

¹¹ Zie o.m. EHRM (GK) 12 juli 2001, K. en T. Finland, § 151.