

Verschillen in behandeling op basis van nationaliteit of verblijfsstatuut. Gerechtigd of niet?

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD.....	1
REGISTERS EN KAARTEN.....	3
HOOFDSTUK 1: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN DE RECHTSPRAAK VAN HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS.....	5
1.1. Het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut ...5	
1.1.1. Kan het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM ingeroepen worden bij verschillen in behandeling op grond van nationaliteit?	5
1.1.2. Hoe oordeelt het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit?	6
1.1.3. Kan het verbod van discriminatie van artikel 14 EVRM ingeroepen worden bij verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut?	11
1.1.4. Is het verblijfsstatuut een even verdacht criterium als het nationaliteitscriterium?.....	11
1.1.5. Besluit	14
1.2. Invloed van de rechtspraak van het EHRM op de Belgische rechtspraak en regelgeving ...14	
1.2.1. De evolutie in de Belgische klassieke sociale zekerheidswetgeving	15
1.2.2. Impact van de zaak Gaygusuz op de Belgische rechtspraak en regelgeving.....	16
1.2.3. De evolutie in de Belgische sociale bijstandsuitkeringen	19
1.2.4. Impact van de zaak Koua Poirrez tegen Frankrijk op de Belgische rechtspraak en regelgeving	20
1.2.5. Besluit	22
HOOFDSTUK 2: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN HET EU-RECHT EN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET EUROPEES HOF VAN JUSTITIE.....	23
2.1. All EU citizens are equal but some are more equal than others.	23
2.1.1. EU-burgers en EU-rechten.....	23
2.1.2. Gelijkheidsbeginselen in het EU-recht.....	24
2.1.3. Controversiële verschillen in behandeling van EU-burgers in de recente Europese rechtspraak.	25
2.1.4. Besluit.....	31
2.2. Hoe gelijk is gelijke behandeling van derdelanders in het EU-recht?	32
2.2.1. Het EU-recht over gelijke behandeling van derdelanders	32
2.2.2. De gelijkheidsbepalingen in het EU-recht.....	33
2.2.3. De migratierichtlijnen	35
2.2.4. Hoe gerechtvaardigd zijn die verschillen in behandeling van derdelanders?	39
2.2.5. Besluit	40
HOOFDSTUK 3: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN DE BELGISCHE GRONDWET EN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET GRONDWETTELIJK HOF.	41
3.1. Het grondwettelijk principe van gelijkheid en non-discriminatie	41
3.2. Welk soort verschillen in behandeling?	43
3.3. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling op grond van legaal of irregulier verblijf.....	44
3.3.1. De grondwettelijkheidscontrole van het Hof.....	45
3.4. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling op grond van het verblijfsstatuut.	53

3.4.1.	De bevoorrechte vreemdelingen	53
3.4.2.	De gewone vreemdelingen.....	55
3.5.	Besluit.....	58
HOOFDSTUK 4: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN DE BELGISCHE ANTIRACISMEWET		59
4.1.	Discriminatiecriteria van de Belgische Antiracismewet	59
4.1.1.	Directe discriminatiecriteria	60
4.1.2.	Indirecte discriminatiecriteria.....	60
4.1.3.	Enkele bedenkingen bij de Belgische Antiracismewet	61
4.2.	Discriminatie op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut volgens de Antiracismewet..	62
4.2.1.	Vragen die de toetsing aan de Antiracismewet voorafgaan.....	62
4.2.2.	De eigenlijke toetsing.....	65
4.2.3.	Verschillen in behandeling op basis van nationaliteit en verblijfsstatuut door private actoren: enkele voorbeelden	67
4.2.4.	Artikel 13 Antiracismewet: het nietig beding	68
4.2.5	Recente rechtspraak inzake discriminatie op grond van het verblijfsstatuut	69
NAWOORD.....		70

VOORWOORD

Wat is het juridische spanningsveld tussen een aanvaardbaar onderscheid en een verboden discriminatie op grond van nationaliteit of verblijfsstatuut? Dat is de hamvraag van deze paper die een schriftelijke weergave is van de mondelinge uiteenzettingen op het colloquium van 22 oktober 2012.

Waarom uitgerekend dit onderwerp? Het antwoord begint 20 jaar geleden. Bij zijn oprichting in 1993 kreeg het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding de bevoegdheid om discriminatie te bestrijden en gelijke kansen te bevorderen. Precies tien jaar later werd deze opdracht uitgebreid: vanaf 2003 werd het Centrum ook bevoegd om migraties in kaart te brengen en te waken over het respect voor de grondrechten van de vreemdelingen in ons land.

Terecht, zo blijkt. Volgens de cijfers van 2011 kregen onze eerstelijnsdiensten dat jaar meer dan 5.000 meldingen. Ruim 1.000 daarvan hadden te maken met het respect voor de grondrechten van vreemdelingen. Elke man of vrouw had een eigen verhaal maar allemaal ondervonden ze problemen om toegang te krijgen tot bepaalde diensten of tegemoetkomingen. In een aantal gevallen werden bankdiensten, sociale voorzieningen, tegemoetkomingen voor mensen met een handicap en zelfs aankopen van trein- of buskaarten geweigerd.

Nader onderzoek van de dossiers toonde aan dat de oorzaken van deze verschillen in behandeling niet altijd eenduidig waren. Wordt iemand verschillend behandeld omwille van zijn vreemde nationaliteit of wordt hij anders behandeld omdat een passende verblijfstitel ontbreekt? Kortom, is er sprake van een verboden discriminatie op grond van nationaliteit, of is het verschil in behandeling gerechtvaardigd?

Precies dat spanningsveld willen we in deze paper vanuit juridisch oogpunt ontleden. Wat zeggen de internationale, Europese en nationale non-discriminatiënormen over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit of verblijfsstatuut? Hoe interpreteren de respectievelijke rechtscolleges deze normen. Vinden zij deze vormen van verschillen in behandeling gerechtvaardigd of niet? Hoe beïnvloedt de internationale rechtspraak onze Belgische rechtspraak en regelgeving?

Het zijn geen eenvoudige, maar wel belangrijke vragen. De antwoorden die u in deze paper vindt zullen u ongetwijfeld inspireren en richting geven in uw dagelijkse praktijk.

Jozef De Witte
Directeur

Het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding wil de sprekers bedanken voor hun waardevolle inbreng tijdens het colloquium van 22 oktober 2012 en voor hun aanpassingen, aanvullingen en suggesties op deze schriftelijke weergave.

Dank aan:

- **Gonnie Put**, redactrice
- **Emmanuelle Bribosia**, professor aan het Instituut voor Europese Studies van de ULB
- **Steven Bouckaert**, arbeidsrechter in Gent
- **Nathan Cambien**, onderzoeker aan het Instituut voor Europees recht van de KU Leuven en advocaat aan de balie van Brussel
- **Karin de Vries**, onderzoekster en universitair docente Staats- en Bestuursrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam
- **Bernadette Renaud**, referendaris bij het Grondwettelijk Hof
- **Matthieu Lys**, onderzoeker aan de afdeling Publiek Recht van de UCL en advocaat bij de balie van Brussel
- **Ingrid Aendenboom**, juridisch adviseur van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
- **Joos Roets**, advocaat aan de balie van Brussel en onderzoeker aan het Instituut voor Constitutioneel Recht van de KU Leuven – Steunpunt Gelijkekansenbeleid

REGISTERS EN KAARTEN

1. Bevolkings-, Vreemdelingen- of Wachtregister

In België is de toegang tot diensten en tegemoetkomingen voor burgers vaak afhankelijk van hun verblijfsstatuut en dus ook van het register waar ze zijn ingeschreven. Dat kan het Bevolkings-, het Vreemdelingen- of het Wachtregister zijn. Dit lijkt logisch maar het is maar de vraag of verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut wérkelijk zo legitiem zijn.

Voor een goed begrip van de registers schetsen we hieronder wie in welk register is ingeschreven.

Het **Bevolkingsregister** registreert Belgen, gevestigde derdelanders¹, langdurig ingezeten derdelanders², EU-burgers met een duurzaam verblijf en derdelanders met een duurzaam verblijf die familielid zijn van een Belg of EU-burger.

De Belgen, de EU-burgers met een duurzaam verblijf en hun familieleden met een duurzaam verblijf worden automatisch ingeschreven in het Bevolkingsregister.

De derdelander die geen familielid is van een EU-burger wordt maar ingeschreven in het Bevolkingsregister nadat de dienst Vreemdelingenzaken (hierna: de DVZ) zijn verzoek tot vestiging heeft goedgekeurd. Hiervoor moet de derdelander aantonen dat hij een verblijfsrecht van onbepaalde duur heeft én dat hij minstens vijf jaar regelmatig en ononderbroken in België verblijft.

Keurt de DVZ het verzoek tot vestiging goed, dan wordt de derdelander ingeschreven in het Bevolkingsregister. De DVZ kan dit verzoek tot vestiging weigeren, onder meer om redenen van openbare orde en nationale veiligheid.

In het **Vreemdelingenregister** zijn EU-burgers zonder duurzaam verblijf en derdelanders ingeschreven. Sommigen hebben een verblijfsrecht van bepaalde duur zoals derdelanders die genieten van subsidiaire bescherming, staatlozen met beperkt verblijf, geregulariseerde derdelanders, familieleden van EU-burgers en derdelanders met beperkt verblijf, derdelanders met een studentenstatuut en arbeidsmigranten-derdelanders.

Anderen hebben een verblijfsrecht van onbepaalde duur zoals erkende vluchtelingen en vreemdelingen die oorspronkelijk een tijdelijk verblijf hadden maar intussen een verblijfsrecht van onbepaalde duur verworven hebben.³

Het **Wachtregister** ten slotte registreert asielaanvragers⁴ en hun familieleden én EU-burgers in afwachting van een woonstcontrole na een verklaring van inschrijving.

¹ Gevestigde derdelanders zijn niet-EU-burgers met een permanent verblijfsrecht van wie de aanvraag tot vestiging is goedgekeurd. Zij kunnen alleen uitgewezen worden via een Koninklijk Besluit tot uitzetting.

² Langdurig ingezeten derdelanders zijn niet-EU-burgers met een EU-verblijfsvergunning als langdurig ingezetene.

³ Derdelanders die gemachtigd zijn tot onbeperkt verblijf maar nog niet gevestigd zijn, blijven ingeschreven in het vreemdelingenregister. Zij kunnen uitgewezen worden via een Ministerieel Besluit tot terugwijzing.

⁴ Een asielaanvrager kan een asielzoeker of een aanvrager van subsidiaire bescherming zijn.

2. Verblijfskaarten in België

Bevolkingsregister

C-kaart: Derdelander met onbeperkt verblijf (B-kaart) van wie de aanvraag tot vestiging is goedgekeurd

D-kaart: Derdelander met EU-verblijfsvergunning als langdurig ingezetene in België

E+kaart: EU-burger met duurzaam verblijf

F+kaart: Derdelander met een duurzaam verblijfsrecht als familielid van een Belg of EU-burger

Vreemdelingenregister

A-kaart (bepaalde duur)

- Subsidiair beschermde (art. 48/7 van de wet van 15 december 1980⁵)
- Erkende staatloze met een verblijfstitel van bepaalde duur
- Geregulariseerde omwille van bijzondere omstandigheden (art. 9bis van de wet van 15 december 1980 / bepaalde duur)
- Geregulariseerde op grond van medische redenen (art. 9ter van de wet van 15 december 1980 / bepaalde duur)
- Gezinsmigrant met derdelander (art. 10 van de wet van 15 december 1980 / tijdens zijn verblijf onder voorwaarden)
- Student-derdelander
- Slachtoffer mensenhandel met verblijfstitel van bepaalde duur
- Arbeidsmigrant-derdelander

B-kaart (onbepaalde duur)

- Erkende vluchteling
- Derdelander die eerst een A-kaart (tijdelijk verblijf) had, verkrijgt volgens zijn eigen specifieke situatie een verblijf van onbepaalde duur (vb. gter en subsidiaire bescherming na vijf jaar, gezinsmigrant met een derdelander na drie jaar,...)

E-kaart: EU-burger met verblijfsrecht voor meer dan drie maanden

F-kaart: Derdelander als familielid van een EU-burger of Belg

Wachtregister

- Asielaanvrager en zijn familieleden
- EU-burger die een verklaring van inschrijving aanvraagt, in afwachting van de wooncontrole

⁵ Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 31 december 1980.

HOOFDSTUK 1: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN DE RECHTSPRAAK VAN HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

Dit eerste deel begint met een heldere en omstandige analyse van Emmanuelle Bribosia over de wijze waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) recht spreekt over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut. Zij ontleedt en bespreekt hiervoor een reeks arresten, geveld door het Hof in de periode 1991-2011.

Daarna licht arbeidsrechter Steven Bouckaert twee principearresten toe, namelijk het arrest Gaygusuz tegen Oostenrijk⁶ en het arrest Koua Poirrez tegen Frankrijk⁷. De rechter legt uit wat tot nu toe hun impact is geweest op de beslissingen van Belgische rechtscolleges en verduidelijkt hoe deze rechtspraak de Belgische regelgeving heroriënteerde. Zowel de zaak Gaygusuz als de zaak Koua Poirrez situeren zich in het domein van de sociale zekerheid.

1.1. Het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut

Schriftelijke weergave van de mondelinge uiteenzetting van Emmanuelle Bribosia, professor aan het Instituut voor Europese Studies van de ULB

Welke impact heeft de rechtspraak van het EHRM tot nu toe gehad op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut? We gaan eerst in op de rechtspraak over verschillen in behandeling op basis van nationaliteit omdat die nauw verbonden is met de rechtspraak over verschillen in behandeling op grond van het verblijfsstatuut.

Leidraad zijn de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), in het bijzonder artikel 14⁸. Dit artikel vormt de basis voor het verbod van discriminatie. Belangrijk is dat artikel 14 enkel kan ingeroepen worden in combinatie met andere verdragsrechten en -vrijheden zoals het recht op respect voor het familieleven, het recht op een eerlijk proces of het recht op vrije meningsuiting. Dat betekent dat artikel 14 EVRM niet zelfstandig kan gebruikt worden.

1.1.1. Kan het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM ingeroepen worden bij verschillen in behandeling op grond van nationaliteit?

De term 'nationaliteit' is niet letterlijk opgenomen in de lijst met verboden discriminatiecriteria van artikel 14 EVRM. Die lijst vermeldt wel de term 'nationale afkomst'. Nu zijn nationaliteit en nationale afkomst geen synoniemen. Toch heeft het EHRM vrij snel verduidelijkt dat het discriminatieverbod van artikel 14 ook kan toegepast worden op

⁶ EHRM, Gaygusuz v. Oostenrijk, 16 september 1996, 17371/90.

⁷ EHRM, Poirrez v. Frankrijk, 30 september 2003, 40892/98.

⁸ Art. 14 EVRM: Verbod van discriminatie. Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

verschillen in behandeling op grond van 'nationaliteit'. Deze positie van het Hof is gerechtvaardigd omdat de lijst met verboden discriminatiecriteria van artikel 14 EVRM geen exhaustieve lijst is, want zij verwijst naar 'andere status' ('toute autre situation' in de Franstalige versie). Deze term laat een evolutieve interpretatie van de verboden discriminatiecriteria toe.

In 2000 nam de Raad van Europa Protocol 12 aan. Artikel 1 van dat Protocol verleent een zelfstandig karakter aan het discriminatieverbod van het Protocol. Het artikel verduidelijkt dat 'het genot van elk in de wet neergelegd recht (en dus niet enkel de rechten en vrijheden opgenomen in het huidige Verdrag) moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook', waarna de verschillende criteria worden opgesomd. Dit betekent dat dankzij Protocol 12 het verbod van discriminatie niet langer moet gecombineerd worden met een ander recht, gegarandeerd door het Verdrag.

Opvallend is dat op het moment dat het Protocol werd aangenomen, niet tegelijk besloten werd om de lijst met verboden discriminatiecriteria te herzien, ondanks de maatschappelijke evolutie. Op dat moment had de lijst, die dateert van 1950, geactualiseerd kunnen worden door er seksuele oriëntatie, leeftijd, nationaliteit of handicap aan toe te voegen. Toch werd besloten om niets aan te passen, vooral in het licht van de evolutieve interpretatie die het EHRM garandeert en om iedere mogelijke *a contrario* interpretatie te vermijden.

1.1.2. Hoe oordeelt het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit?

We zagen al dat de lijst van criteria van artikel 14 EVRM uitgebreid kan worden met criteria die niet uitdrukkelijk in het artikel vermeld staan. Toch gaat het Hof alle verschillen in behandeling niet op dezelfde manier benaderen. Het Hof maakt een onderscheid tussen de zogenaamde 'verdachte' criteria en andere criteria en viseert vooral de eerste groep. Als een lidstaat een verschil in behandeling op grond van een verdacht criterium wil rechtvaardigen moet hij 'zeer zwaarwichtige redenen' laten gelden die onderworpen zijn aan een strenge controle van het Hof.

Sinds de zaak Gaygusuz tegen Oostenrijk van 1996 werd ook 'nationaliteit' door het EHRM aangeduid als een verdacht criterium. Bijgevolg moet de staat een verschil in behandeling, exclusief op grond van nationaliteit, op een bijzondere manier rechtvaardigen.

a) De zaak Gaygusuz tegen Oostenrijk (1996)⁹

De feiten

De Turkse C. Gaygusuz had bijna een volledige loopbaan als werknemer in Oostenrijk. Korte tijd voor zijn pensioengerechtigde leeftijd werd hij werkloos. Om de periode tussen tewerkstelling en pensioen te overbruggen vroeg Gaygusuz de wettelijk voorziene 'noodtoelage' aan, maar de Oostenrijkse autoriteiten weigerden deze uitkering louter en alleen omdat Gaygusuz de Oostenrijkse nationaliteit niet had.

⁹ EHRM, *op.cit.*

Gaygusuz vocht deze weigeringsbeslissing aan bij de interne rechtscolleges. Zonder succes. De zaak belandde bij het EHRM.

De redenering van het EHRM

Het Hof aanvaardt hier, in het domein van de sociale rechten, dat de weigering om de noodtoelage uit te keren een verschil in behandeling is, louter gebaseerd op nationaliteit. Vervolgens stelt het Hof dat dergelijk verschil in behandeling grondig onderzocht moet worden.

Omdat artikel 14 EVRM alleen kan toegepast worden in combinatie met een ander recht dat gewaarborgd wordt door het Verdrag, rijst de vraag met welke grondrecht het Hof artikel 14 EVRM in deze zaak zal combineren?

Het meest voor de hand liggend, hoewel niet evident, is het recht op eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Toegevoegde Protocol¹⁰ bij het EVRM. Het Hof stelt in de zaak Gaygusuz inderdaad dat dit recht op contributieve sociale bijdragen wel degelijk vervat ligt in het recht op eigendomsbescherming van artikel 1 Protocol 1.

Toch zijn niet alle verschillen in behandeling tussen nationale onderdanen en vreemdelingen verboden en behouden de staten enige appreciatiemarge. In de zaak Gaygusuz verduidelijkt het Hof alleen dat een verschil in behandeling, louter gebaseerd op nationaliteit, verdacht is en dat de staten zeer zwaarwichtige redenen moeten kunnen voorleggen om het verschil in behandeling, in casu tussen nationale onderdanen en vreemdelingen, te rechtvaardigen.

Conclusie

Het EHRM besluit in de zaak Gaygusuz dat Oostenrijk geen dergelijke zeer zwaarwichtige redenen aanhaalt. Bijgevolg oordeelt het Hof dat het verschil in behandeling louter op grond van nationaliteit discriminerend is en veroordeelt Oostenrijk.

b) De zaak Koua Poirrez tegen Frankrijk (2003)¹¹

De feiten

Ook de zaak Koua Poirrez handelt over een verschil in behandeling op grond van nationaliteit, dit keer weliswaar in het domein van de 'niet-contributieve' bijdragen. Verzoeker, een man met een handicap, was afkomstig van Ivoorkust en geadopteerd door een Fransman. De Franse autoriteiten weigerden hem een tegemoetkoming voor personen met een handicap omdat hij geen Fransman was. De Ivoriaan vocht dit aan bij het Franse gerecht.

¹⁰ Art.1 Protocol 1: Bescherming van eigendom. Iedere natuurlijke rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

¹¹ EHRM, *op.cit.*

Prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie

Alvorens een beslissing te nemen, stelde een Frans rechtscollege een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie om na te gaan of het verschil in behandeling op grond van nationaliteit in overeenstemming was met de Europese regelgeving. Maar het Hof weigerde om zich hierover uit te spreken. Het motief was dat de zaak Koua Poirrez niet viel onder het toepassingsgebied van het Europese recht omdat verzoeker zijn recht op vrij verkeer nooit had uitgeoefend. Volgens het Hof was er in deze zaak dan ook geen enkel aanknopingspunt met het Europese recht ook al was verzoeker een derdelander¹², geadopteerd door een Fransman. Daarom verklaarde het Hof zich onbevoegd.

Nadat betrokkene tevergeefs alle interne rechtsmiddelen had uitgeput en steun had gezocht bij de regelgeving van de Europese Unie, belandde de zaak bij het EHRM.

De redenering van het EHRM

Net als in de zaak Gaygusuz erkent het EHRM ook hier dat het verschil in behandeling louter op grond van nationaliteit bijzonder verdacht is en stelt dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor een verschil in behandeling tussen derdelanders en Franse onderdanen, noch tussen onderdanen van een land waarmee Frankrijk een bijzonder akkoord heeft afgesloten dat hen toegang verleent tot dit type van sociale tegemoetkomingen.

Conclusie

Net als in de zaak Gaygusuz besluit het EHRM dat er zeer zwaarwichtige redenen moeten zijn om een verschil in behandeling op grond van nationaliteit te rechtvaardigen, wat *in casu* niet het geval was.

c) Wat kunnen we afleiden uit de rechtspraak van het EHRM?

Uit een analyse van de rechtspraak van het EHRM over het verschil in behandeling op grond van nationaliteit kunnen we alvast afleiden wat het Hof niét als zeer zwaarwichtige redenen aanvaardt. Zo aanvaardt het Hof niet dat de lidstaten hun verantwoordelijkheid tegenover hun eigen onderdanen inroepen als motief om het verschil in behandeling te rechtvaardigen.

We keren hiervoor terug naar de zaak Gaygusuz tegen Oostenrijk. De Oostenrijkse staat had als motief voor het verschil in behandeling ingeroepen dat de staat een bijzondere verantwoordelijkheid had tegenover zijn nationale onderdanen,¹³ namelijk dat hij de essentiële behoeften van zijn nationale onderdanen ten laste moest nemen. Dat kon, volgens de staat, alleen door keuzes te maken over de verdeling van de beschikbare middelen. Het Hof vond in deze redenering geen voldoende zwaarwichtige redenen om dergelijk verschil in behandeling te rechtvaardigen.

¹² Derdelander is een vreemdeling, afkomstig uit een land dat niet behoort tot de Europese Unie of tot de Europese Economische Ruimte. Kruispunt Migratie-Integratie, expertisecentrum Vlaanderen-Brussel, *vreemdelingenrecht.be*, <http://www.kruispuntmi.be/vreemdelingenrecht/wegwijs.aspx?id=326>.

¹³ EHRM, *op.cit.*, § 45.

Ook het motief in de zaak Koua Poirrez, namelijk 'zorgen voor een evenwicht tussen inkomsten en uitgaven in de sociale zekerheid',¹⁴ werd door het Hof niet weerhouden.

Andere voorbeelden zijn de zaken Andrejeva tegen Letland¹⁵ en Luczak tegen Polen¹⁶. De zaak Andrejeva tegen Letland handelt over de toegang tot het recht op pensioen. Hier was 'een levensvatbare sociale zekerheid' het motief voor een verschil in behandeling tussen Letse onderdanen en vreemdelingen. In de zaak Luczak tegen Polen werd het motief voor een verschil in behandeling gevonden in de bescherming van de landbouwsector, een onderontwikkelde economische sector in Polen. Het EHRM beschouwde geen van beide motieven als zeer zwaarwichtige redenen om een verschil in behandeling louter en alleen op grond van nationaliteit te rechtvaardigen.

d) **Kwalificeert het EHRM verschillen in behandeling op grond van nationaliteit altijd als verdacht?**

Hier is enige nuance geboden. Dat blijkt uit een aantal oudere arresten, namelijk de zaken Moustaquim tegen België van 1991¹⁷ en Chorfi tegen België van 1996¹⁸. Beide zaken gaan over een dubbele bestraffing namelijk de beslissing tot uitzetting na een strafrechtelijke veroordeling van derdelanders¹⁹ die soms al vanaf hun geboorte in België verblijven.

De feiten

Moustaquim is een Marokkaan die na een strafrechtelijke veroordeling uitgewezen dreigt te worden naar Marokko. Hij is op dat moment 21 jaar en verblijft sinds zijn tweede levensjaar in België. Voor het Hof beroept Moustaquim zich op het verbod van discriminatie in combinatie met een schending van het recht op respect voor het privéleven.

Volgens Moustaquim werd hij verschillend behandeld ten opzicht van Belgen én ten opzichte van Europese burgers. Deze laatste categorie kan ook onder bepaalde voorwaarden uitgewezen worden maar een strafrechtelijke veroordeling volstaat niet als reden.

De redenering van het EHRM bij verschil in behandeling tussen een Marokkaanse verzoeker en Belgen

Omdat nationale onderdanen nooit kunnen uitgewezen worden²⁰, oordeelt het EHRM dat het om twee verschillende situaties gaat die niet met elkaar te vergelijken zijn. Daarom is het verschil in behandeling op grond van nationaliteit geen discriminatie, aldus het Hof.

¹⁴ EHRM, *op.cit.*, § 43.

¹⁵ EHRM, *Andrejeva v. Letland*, 18 februari 2009, 5507/00, § 86.

¹⁶ EHRM, *Luczak v. Polen*, 27 november 2007, 77782/01, § 51.

¹⁷ EHRM, *Moustaquim v. België*, 18 februari 1991, A/193.

¹⁸ EHRM, *Chorfi v. België*, 7 augustus 1996, Reports of judgments and Decisions, 1996 – III, 915.

¹⁹ EHRM, *Ibid.*

²⁰ Art. 3 van Protocol nr. 4 bij het EVRM.

De redenering van het EHRM bij een verschil in behandeling tussen een Marokkaanse verzoeker en Europese burgers

Hier zou het Hof kunnen aannemen dat beide situaties wél vergelijkbaar zijn omdat Europese burgers, anders dan Belgen, onder bepaalde voorwaarden wél kunnen uitgewezen worden. Maar het Hof neemt genoegen met het invoeren van een 'bijzondere rechtsorde', namelijk de Europese Gemeenschap, later Europese Unie, als rechtvaardiging van het verschil in behandeling op basis van nationaliteit.

Conclusie

In de zaak Moustaquim tegen België voert het EHRM geen echt proportionaliteitsonderzoek. Het oordeelt dat de aanwezigheid van een bijzondere Europese rechtsorde op zich een objectieve en redelijke verantwoording uitmaakt en redeneert niet verder.

In de zaak Chorfi tegen België volgt het Hof dezelfde redenering als in de zaak Moustaquim en voegt bovendien toe dat er ook zoiets bestaat als een 'Europees staatsburgerschap'.

e) **Vergelijking met de rechtspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties - de zaak Karakurt tegen Oostenrijk (2002)** ²¹

Een vergelijking tussen de arresten van het EHRM en de uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens in de zaak Karakurt is interessant omdat het Comité de redenering van het Hof niet volgt. Deze zaak gaat dit keer niet over uitwijzing van derdelanders maar over 'het recht om te zetelen in de ondernemingsraad'.

De feiten

De Oostenrijkse wet behoudt het recht om te zetelen in een ondernemingsraad voor aan Oostenrijkers, aan EU-burgers en aan onderdanen van de lidstaten van de Europese Economische Ruimte (hierna: EER).

De redenering van het Comité voor de Rechten van de Mens

Het Comité veroordeelt Oostenrijk voor het verschil in behandeling tussen EU-of EER-onderdanen enerzijds en derdelanders anderzijds. In tegenstelling tot het Hof aanvaardt het Comité de rechtvaardiging op grond van de constructie van de bijzondere rechtsorde niet. Het bestaan van een internationaal akkoord tussen Oostenrijk en de EU- en EER-lidstaten is onvoldoende om het verschil in behandeling, louter op basis van nationaliteit, bij het recht op toegang tot een ondernemingsraad te rechtvaardigen.

Conclusie

Het Comité voor de Rechten van de Mens lijkt hier dus veeleisender te zijn dan het EHRM was in de zaken Moustaquim en Chorfi. Volgens professor Internationaal Recht en mensenrechtenspecialist Olivier De Schutter²² kan de rechtvaardiging voor een verschil in

²¹ Comité voor de Rechten van de Mens, *Mümtaz Karakurt v. Austria*, Communication, 965/2000.

²² O. De Schutter, *Links between Migration and Discrimination*, Luxemburg, Publicatie van de Europese Unie Commissie, 2009, p.88. http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=255.

behandeling op grond van de creatie van een Europese rechtsorde alleen aanvaard worden in het licht van bijzondere rechten die gelinkt zijn aan het Europees staatsburgerschap en aan politieke rechten, eventueel rechten gelinkt aan de verblijfsstatus, zoals de uitwijzing. Alleen dan kunnen we deze rechtvaardiging verzoenen met de arresten waarin het EHRM oordeelt dat nationaliteit een verdacht criterium is, aldus de professor. Dit moet dan geval per geval beoordeeld worden.

1.1.3. Kan het verbod van discriminatie van artikel 14 EVRM ingeroepen worden bij verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut?

Net als 'nationaliteit' kan 'verblijfsstatuut' als een 'andere status' van de niet-limitatieve lijst met criteria van artikel 14 EVRM worden beschouwd. Het EHRM stelt herhaaldelijk dat ook persoonlijke criteria die niet innerlijk of inherent aan de persoon zijn, in de lijst thuishoren, bijvoorbeeld de verblijfplaats en het verblijfsstatuut van betrokkene.

Het antwoord op de vraag of het verblijfsstatuut een 'even verdacht criterium' is als het nationaliteitscriterium is genuanceerd. Doorgaans zijn de verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut gekoppeld aan de verschillen in behandeling op grond van nationaliteit. Maar er volgt niet automatisch een grondige controle omdat het verschil in behandeling niet louter gebaseerd is op nationaliteit. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat veel afhangt van het belang van het fundamentele recht in het geding. Hoe belangrijker dat recht, hoe strikter de controle. Getuige hiervan is de zaak Niedzwiecki tegen Duitsland over het recht op gezinsbijslag.

1.1.4. Is het verblijfsstatuut een even verdacht criterium als het nationaliteitscriterium?

a) De zaak Niedzwiecki tegen Duitsland (2005)²³

De feiten

Niedzwiecki is een Pool die in 1987 naar Duitsland migreerde en daar in 1989 een verblijfstitel van beperkte duur verkreeg. In 1997 werd zijn tijdelijk verblijfsrecht omgezet in een recht op verblijf van onbepaalde duur. Twee jaar eerder, in 1995, werd Niedzwiecki vader, maar voor de periode tussen 1995 en 1997 kreeg hij geen recht op gezinsbijslag op grond van het motief dat hij toen geen onbeperkte verblijfstitel had.

De redenering van het EHRM

Het Hof besluit dat het verschil in behandeling bij toekenning van het recht op gezinsbijslag tussen ouders die wél en ouders die géén vaste verblijfstitel hebben elke objectieve en redelijke rechtvaardiging mist. De Duitse wetgever had dit onderscheid nauwelijks gemotiveerd en enkel naar artikel 8 EVRM²⁴ verwezen.

²³ EHRM, *Niedzwiecki v. Duitsland*, 25 oktober 2005, 2005/121.

²⁴ Art. 8 EVRM: Recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven **1.** Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. **2.** Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor

Het Hof steunt in deze zaak op een eerder arrest van 2004 van het Duits Grondwettelijk Hof. Dat oordeelde dat de wettelijke vereiste van een onbeperkte verblijfsvergunning om gezinsbijslag te krijgen, in strijd is met het grondwettelijk recht op gelijkheid van behandeling, want het verschil is niet gerechtvaardigd door zeer zwaarwichtige redenen.

b) De zaak *Anakomba Yula tegen België* (2009)²⁵

De feiten

Een Congolese vrouw verblijft irregulier in België na de scheiding van haar Congolese man, die als student legaal in België verblijft. De vrouw, intussen moeder van een buitenechtelijk kind, had een regularisatieaanvraag ingediend. Omdat het kind vóór de echtscheiding geboren was, wilde de vrouw ook een procedure tot vaderschapsbetwisting inleiden. Hiervoor vroeg ze kosteloze rechtsbijstand. Dat werd haar geweigerd omdat ze irregulier in het land verbleef. Volgens het Belgisch gerechtelijk wetboek krijgt de rechtzoekende met een irregulier verblijf kosteloze rechtsbijstand voor verblijfsrechtelijke procedures, niet voor andere juridische procedures.

De redenering van de Belgische overheid

Volgens België is de vereiste van legaal verblijf geen verdacht criterium in de zin van de rechtspraak van het EHRM. Wel integendeel, de voorwaarde van legaal verblijf streeft zelfs objectieve doelstellingen na: vooreerst reserveert België overheidsgeld voor vreemdelingen die een zekere graad van gehechtheid met België hebben. Verder ontmoedigt België de irreguliere migratie. Ten slotte verzekert België de wederkerigheid van het voordeel van rechtsbijstand tussen Belgen in het buitenland en buitenlanders in België.

De redenering van het EHRM

Al deze argumenten worden door het Hof verworpen op grond van het belang van het fundamenteel verdragsrecht dat in het geding is, namelijk het recht op een eerlijk proces van artikel 6, §1 EVRM²⁶. De ernstige vragen die gelinkt zijn aan dat recht vereisen volgens het Hof zeer zwaarwichtige redenen om een verschil in behandeling te rechtvaardigen. Die heeft de Belgische overheid niet naar voren gebracht. Het Hof oordeelt dat er een schending is van artikel 6, §1 in combinatie met artikel 14 EVRM.

de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

²⁵ EHRM, *Anakomba Yula v. België*, 10 maart 2009, 45413/07.

²⁶ Art. 6, §1 EVRM: Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.

c) De zaak Bah tegen het Verenigd Koninkrijk (2011)²⁷

Opvallend is dat het EHRM in deze zaak een 'nieuw onderscheid' in het leven roept. Het Hof maakt voor het eerst een onderscheid tussen iemand die vrijwillig kiest voor zijn actuele verblijfssituatie en iemand die zijn verblijfssituatie noodgedwongen moet ondergaan, zoals bijvoorbeeld mensen die asiel aanvragen of erkende vluchtelingen. Het Hof maakt bijgevolg voor het eerst een onderscheid tussen 'gekozen' en 'ondergane' verblijfssituatie.

De feiten

De Sierra Leonese mevrouw Bah vroeg asiel in het Verenigd Koninkrijk maar haar aanvraag werd geweigerd. Later verwerft ze op andere gronden een recht op onbeperkt verblijf. Als haar negenjarige zoon overkomt, krijgt die een tijdelijke verblijfstitel op voorwaarde dat de familie geen beroep doet op sociale bijstand. Op een bepaald moment dreigt de familie zonder woonst te vallen en vraagt om voorrang te krijgen bij de toebedeling van een sociale woning. De Britse overheid weigert dit met als motief dat de zoon van de vrouw geen recht op onbeperkt verblijf heeft. De Britse sociale wetgeving maakt dus een onderscheid tussen mensen met beperkt en mensen met onbeperkt verblijfsrecht.

De redenering van het EHRM

Eerst vraagt het EHRM zich af of het verblijfsstatuut valt onder de verboden discriminatiecriteria van artikel 14 EVRM. Hier oordeelt het Hof dat een verschil in behandeling op grond van verblijfsstatuut wel degelijk kan inbegrepen zijn in de andere situaties zoals bedoeld in artikel 14 EVRM. Het voegt daaraan toe dat een verblijfsstatuut waarvoor betrokkene zelf kiest geen kenmerk is dat innerlijk of inherent is en geen kenmerk is dat betrokkene ondergaat. Bijgevolg is bij een verschil in behandeling op grond van een gekozen verblijfsstatuut geen bijzonder sterke rechtvaardiging vereist. Het Hof voert hier dus een ander type van onderscheid in, namelijk tussen gekozen en ondergane verblijfssituatie. Bij een erkende vluchteling bijvoorbeeld had de betrokken staat, volgens het Hof, een verschil in behandeling wel moeten rechtvaardigen aan de hand van zeer zwaarwichtige redenen.

Conclusie

Mevrouw Bah werd niet als vluchteling erkend en was, volgens het Hof, daarom niet verplicht om naar het Verenigd Koninkrijk te komen. Ze had er ook zelf voor gekozen om haar zoon te laten overkomen. In deze zaak stelt het Hof dat er minder zwaarwichtige redenen nodig zijn om een verschil in behandeling op basis van nationaliteit en verblijfsstatuut te rechtvaardigen. Volgens het Hof lijken de verschillen in behandeling door de Britse overheid niet willekeurig en kan het verantwoord worden. Daarom accepteert het Hof het verschil in behandeling en besluit dat er geen schending is van artikel 8 gecombineerd met artikel 14 EVRM.

²⁷ EHRM, *Bah v. Verenigd Koninkrijk*, 27 september 2011, 56328/07.

1.1.5. Besluit

Het Hof beschouwt verschillen in behandeling louter op grond van nationaliteit als verdacht. Daarom onderwerpt het Hof ze aan een strenge controle en moet de staat zeer zwaarwichtige redenen kunnen aantonen om dit verschil in behandeling te rechtvaardigen. Wel volstaat tot nu toe 'het bestaan van een Europees staatsburgerschap of van een bijzondere rechtsorde' als motief om het verschil in behandeling te rechtvaardigen.

Verschillen in behandeling van erkende vluchtelingen of van mensen die zich bevinden in een verblijfssituatie die ze 'ondergaan' worden door het Hof ook als verdacht beschouwd en streng gecontroleerd. Verschillen in behandeling bij een situatie van gekozen verblijf zullen daarentegen niet automatisch verdacht zijn. Hier hangt het af van het belang van het fundamentele recht dat in het geding is.

De relevantie van het onderscheid tussen een 'ondergane' en 'gekozen' verblijfsstatuut moet onderzocht worden omdat het niet in overeenstemming lijkt met de realiteit inzake migraties.

1.2. Invloed van de rechtspraak van het EHRM op de Belgische rechtspraak en regelgeving

Schriftelijke weergave van de mondelinge uiteenzetting van Steven Bouckaert, arbeidsrechter in Gent

In het voorgaande hoofdstuk zagen we dat het EHRM een verschil in behandeling louter op grond van nationaliteit in het domein van de sociale zekerheid (in ruime zin) alleen gerechtvaardigd acht als er voor het verschil in behandeling zeer zwaarwichtige redenen aangebracht kunnen worden. Dat bleek onder meer uit twee principearresten: het arrest Gaygusuz tegen Oostenrijk²⁸ en het arrest Koua Poirrez tegen Frankrijk²⁹.

In dit hoofdstuk bespreken we de invloed van die twee arresten op de Belgische rechtspraak en regelgeving in het domein van de sociale rechten. Daar vinden we immers nog een aantal wettelijke bepalingen die een verschil in behandeling op grond van nationaliteit toelaten.

Het domein van de sociale rechten omvat zowel de klassieke sociale zekerheidsrechten die steunen op individuele bijdragebetalingen, zoals werkloosheid- en pensioenuitkeringen, als de rechten in sociale bijstandstelsels die niet-contributief van aard zijn zoals de tegemoetkomingen aan personen met een handicap. De zaak Gaygusuz handelt over rechten uit de klassieke sociale zekerheid terwijl de zaak Koua Poirrez zich situeert in het stelsel van de sociale bijstand.

Opmerkelijk is dat dit onderscheid tussen contributieve en niet-contributieve sociale rechten in het licht van de rechtspraak van het EHRM minder relevant is geworden, nu het EHRM geoordeeld heeft dat beide types van sociale rechten vallen onder het recht op eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Toegevoegde Protocol³⁰ bij het EVRM. Het EHRM hanteert met betrekking tot beide types van sociale rechten ook éénzelfde

²⁸ EHRM, op.cit.

²⁹ EHRM, op.cit.

³⁰ Artikel 1 Eerste Toegevoegde Protocol bij het EVRM, op.cit.

criterium om verschillen in behandeling op grond van nationaliteit te beoordelen, namelijk het criterium van de 'zeer zwaarwichtige redenen'.

Omdat in het Belgisch sociaal recht het onderscheid tussen klassieke sociale zekerheidsrechten en sociale bijstandsrechten wel nog gemaakt wordt – en de positie van vreemdelingen verschilt in beide stelsels – wordt in wat volgt de bespreking opgebouwd aan de hand van dit onderscheid.

1.2.1. De evolutie in de Belgische klassieke sociale zekerheidswetgeving

Tot en met de jaren 60 en 70 bestonden er duidelijke verschillen tussen de rechten van Belgen en vreemdelingen in de klassieke sociale zekerheidssectoren. Aan de basis van dat verschil in behandeling lag onder meer het feit dat de openbare overheden vanaf het einde van de 19^{de} eeuw subsidies begonnen te verlenen aan bepaalde sociale verzekeringskassen die dreigden bankroet te gaan en dat de Belgische Staat deze subsidies enkel wou verlenen aan eigen burgers. Vreemdelingen konden niet van die subsidies meegenieten. Zo werd hun pensioen bijvoorbeeld verlaagd met een percentage dat overeenstemde met het bedrag dat België uitkeerde aan de sociale verzekeringskassen. Later maakte de overheid zelf een einde aan dit soort verschillen in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen.

Vandaag kennen alleen de werkloosheids- en de pensioensector nog een verschil in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen of tussen bepaalde categorieën van vreemdelingen.

De Belgische werkloosheidsreglementering voor vreemdelingen³¹

Om toelating te krijgen tot het recht op werkloosheidsuitkeringen moeten vreemdelingen voldoen aan de dubbele voorwaarde van legaal verblijf en legale tewerkstelling.

De Belgische pensioenreglementering voor vreemdelingen³²

De Belgische pensioenreglementering kent een 'exportverbod'³³ van Belgische pensioenuitkeringen aan buitenlanders. De Rijksdienst voor Pensioenen betaalt het pensioen niet uit als de pensioengerechtigde vreemdeling in het buitenland verblijft. Behalve als dat expliciet is opgenomen in een internationaal of bilateraal verdrag tussen België en het herkomstland van de betrokken vreemdeling.

³¹ Art. 7, §14 en §15 van de Besluitwet betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders van 28 december 1944, B.S. 30 december 1944; art. 43 van het Koninklijk Besluit houdende de werkloosheidsreglementering van 25 november 1991, B.S. 31 december 1991.

³² Art. 7, §14 en §15 van de Besluitwet van 28 december 1944; art. 43 van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991

³³ Art. 27 van het K.B. van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers. Onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 24 worden de uitkeringen niet verstrekt aan gerechtigden van vreemde nationaliteit die niet werkelijk in België verblijven, behoudens de uitkeringen toegekend voor een tewerkstelling als mijnwerker, die alsdan slechts tot beloop van 80 procent van het toegekend bedrag betaalbaar worden gesteld. (...)

1.2.2. Impact van de zaak Gaygusuz op de Belgische rechtspraak en regelgeving³⁴

De essentie van het arrest wordt grondig besproken in het eerste deel van dit hoofdstuk³⁵.

Hier illustreren we aan de hand van vijf voorbeelden de impact van het arrest Gaygusuz op de Belgische rechtspraak. Vier illustraties handelen over het recht op werkloosheids- of wachtuitkeringen van vreemdelingen met een aparte verblijfsstatus in België. De vijfde kwestie betreft de pensioenuitkeringen.

a) Het recht op werkloosheidsuitkering voor asielzoekers

In de periode tussen 1994 en 2003 konden asielzoekers onder bepaalde voorwaarden op de Belgische arbeidsmarkt in loondienst werken op basis van een zogenaamde voorlopige toelating tot tewerkstelling of een voorlopige arbeidsvergunning. Dit werd geregeld door een ministeriële omzendbrief. Om juridisch-technische redenen aanvaardde de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (hierna: RVA) de geldigheid van die omzendbrief niet. Volgens de RVA moest de mogelijkheid van tewerkstelling via een Koninklijk Besluit (hierna: K.B.) geregeld worden.

Deze juridisch-technische discussie had gevolgen voor het recht op werkloosheidsuitkering voor asielzoekers. De RVA weigerde om de dagen waarop asielzoekers gewerkt hadden én bijdragen hadden betaald, in aanmerking te nemen bij de berekening van de referentieperiode, een periode die ook Belgen moeten doorlopen om het recht op werkloosheidsuitkering te openen. In de doctrine heeft dit RVA-standpunt heel wat stof doen opwaaien.

Rechtspraak van de Belgische rechtscolleges³⁶

Een aantal rechtscolleges ging deze kwestie beoordelen in het licht van de zaak Gaygusuz. Zij meenden dat de uitsluiting van asielzoekers van het recht op werkloosheidsuitkering niet in overeenstemming was met het criterium van het EHRM. Kortom, tewerkstelling die geregeld wordt via een omzendbrief en niet via een K.B. is volgens deze rechtscolleges geen zeer zwaarwichtige reden voor het verschil in behandeling en kan de uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkering van asielzoekers niet rechtvaardigen.

Arrest van het Grondwettelijk Hof³⁷

In 2009 beantwoordde het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag over deze kwestie. Ook het Hof vond het discriminerend dat de dagen van tewerkstelling van asielzoekers niet meetelden voor het recht op werkloosheidsuitkering. Opvallend is dat het Hof hiervoor niet verwees naar het arrest Gaygusuz maar naar het vertrouwensbeginsel dat het Hof geschonden achtte. Want, zo oordeelde het Hof, asielzoekers die van de bevoegde minister mogen werken, mogen er rechtmatig op vertrouwen dat hun recht op werkloosheidsuitkering niet geschonden wordt als zij effectief gewerkt hebben en sociale bijdragen betaald hebben.

³⁴ EHRM, op.cit.

³⁵ Zie De rechtspraak van het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut, Hoofdstuk 1.

³⁶ Arbrb. Antwerpen, 13 februari 2003, T. Vreemd., afl. 4, 228-229, noot S. BOUCKAERT; Arbh. Luik, 10 mei 2001, J.L.M.B. 2001, pp. 1644-45.

³⁷ GwH, 25 maart 2009, nr. 59/2009.

Van rechtspraak tot regelgeving

Sedert 2003 is de tewerkstelling van asielzoekers geregeld via een K.B. waardoor de RVA de geldigheid van de regelgeving niet langer betwist.

b) Het recht op werkloosheidsuitkering voor regularisatieaanvragers onder de wet van 1999.

Ook hier had de overheid via omzendbrief geregeld dat vreemdelingen van wie de regularisatieprocedure hangende was, konden werken op basis van een voorlopige arbeidsvergunning. Toch handhaafde de RVA zijn eerder standpunt en oordeelde dat de gepresteerde tewerkstellingsdagen door regularisatieaanvragers geen recht op werkloosheidsuitkering openden omdat hun tewerkstelling door een omzendbrief en niet door een K.B. werd geregeld.

Ook hier moesten de rechters zich buigen over de vraag of het criterium van het arrest Gaygusuz van toepassing was. Dit keer vonden onder meer de Antwerpse rechtscolleges³⁸ van niet. Voor regularisatieaanvragers was het immers veel minder duidelijk of zij voor de duur van hun aanvraag legaal op het grondgebied verbleven. Asielzoekers hebben een duidelijk verblijfsdocument maar regularisatieaanvragers hadden hooguit de garantie dat ze 'de facto' niet zouden verwijderd worden.

Hieruit blijkt dat de irreguliere verblijfsstatus volgens de Belgische rechtspraak een zeer zwaarwichtige reden kan uitmaken om een verschil in behandeling te rechtvaardigen. Vraag is wel hoe het zit met het vertrouwensbeginsel waarnaar het Grondwettelijk Hof verwijst. Regularisatieaanvragers vertrouwen er immers op dat zij, net als asielzoekers, recht hebben op werkloosheidsuitkering als ze eerder van de overheid de toelating kregen om te werken en bijdragen betaalden. Nu ze dat recht op werkloosheidsuitkeringen niet krijgen, is dat vertrouwen gefnuikt.

c) Het recht op wachtuitkeringen³⁹

Volgens de Belgische werkloosheidswetgeving zijn vreemdelingen maar toegelaten tot het recht op wachtuitkeringen als er een internationaal of bilateraal verdrag in die toelating voorziet.⁴⁰

In een zaak voor de Gentse arbeidsrechtbank voldeed een vrouw uit Kirgistan aan alle voorwaarden om een wachtuitkering te krijgen. Bovendien had ze tijdens haar wachttijd een periode legaal gewerkt, wat strikt genomen geen voorwaarde is.

De RVA paste de bepaling uit de werkloosheidsreglementering toe en weigerde de wachtuitkering omdat er tussen België en Kirgistan geen verdrag bestond. De vrouw wierp op dat deze weigering in strijd was met het criterium van het arrest Gaygusuz, namelijk dat er geen zeer zwaarwichtige redenen zijn voor een verschil in behandeling.

³⁸ Arbh. Antwerpen, 2 maart 2004, AR nr. 2020441, onuitg.; Arbh. Antwerpen, 10 juni 2004, AR nr. 970.642, onuitg.; Arbrb., Antwerpen, 21 november 2002 AR nr. 258113, onuitg.

³⁹ Arbrb. Gent, 5 september 2012 nr. 11/162/1, T. Vreemd., afl. 1, 2013, pp. 78-79, De volledige uitspraak is terug te vinden op www.vreemdelingenrecht.be.

⁴⁰ Art. 43, § 1, K.B., 25 november 1991.

Op 5 september 2012 gaf de arbeidsrechtbank van Gent haar gelijk en oordeelde op dezelfde wijze als het EHRM in de zaak Gaygusuz door te stellen dat het bestaan van een internationale of bilaterale overeenkomst geen zwaarwichtige reden is voor een verschil in behandeling. De Gentse arbeidsrechter veroordeelde de RVA en die ging voorlopig niet in beroep.

d) Het recht op werkloosheidsuitkering en de voorwaarde van een arbeidskaart⁴¹

In een andere zaak diende de arbeidsrechtbank van Gent zich te buigen over de volgende vraag: kan een buitenlandse werknemer zijn recht op werkloosheidsuitkering opeisen als hij tijdens de referteperiode niet altijd over een geldige arbeidskaart beschikte maar wel aan de voorwaarden voldeed om die arbeidskaart te bekomen.

De zaak betreft een jongeman die tewerkgesteld was met een arbeidskaart C met een geldigheidsduur van één jaar en die vergat om tijdig zijn kaart te verlengen. Hij diende een nieuwe aanvraag in en bekwam onmiddellijk de arbeidskaart C. Even later verloor hij zijn job en vroeg de RVA om werkloosheidsuitkering.

Volgens de RVA telden de arbeidsdagen die de man gewerkt had zonder geldige arbeidskaart niet mee bij de berekening van de referteperiode. Daarom besloot de RVA dat de man onvoldoende dagen gepresteerd had en dus niet in aanmerking kwam voor een recht op werkloosheidsvergoeding.

De zaak kwam voor de arbeidsrechtbank van Gent waar de jongeman zich beriep op het arrest Gaygusuz. De arbeidsrechter oordeelde dat er in deze erg specifieke situatie met deze erg specifieke kenmerken geen zeer zwaarwichtige redenen waren om betrokkene uit te sluiten van het recht op werkloosheidsuitkering. De RVA tekende geen beroep aan tegen het vonnis.

e) Het recht op pensioenuitkeringen voor vreemdelingen

Eerder zagen we dat onze pensioenwetgeving een exportverbod omvat. Dat verbod houdt in dat de uitbetaling van pensioenen van vreemdelingen alleen kan als ze ook effectief in België verblijven, behalve als België met het herkomstland van de vreemdeling een verdrag heeft afgesloten dat daarop een uitzondering voorziet.

Dit exportverbod wordt zowel in de Nederlandstalige als in de Franstalige doctrine scherp bekritiseerd omdat het tot onrechtvaardige situaties kan leiden bij pensioengerechtigden die een lange periode in ons land hebben gewerkt. Als zij hun pensioen aanvragen wordt hun recht niet miskend maar krijgen zij hun pensioen niet uitbetaald zolang ze in het buitenland wonen.

Vonnis van de arbeidsrechtbank van Brussel⁴²

Een Belgische man verhuist op 49-jarige leeftijd naar Australië. Tot dan had hij in België gewerkt en sociale bijdragen betaald. Twee jaar na zijn verhuizing neemt de man de Australische nationaliteit aan. Als hij zijn pensioengerechtigde leeftijd bereikt, vraagt hij de uitbetaling van zijn pensioen aan de Belgische instanties.

⁴¹ Arbrb. Gent, 9 september 2009 AR nr. 08/1296/A, onuitg.

⁴² Arbrb. Brussel, 27 mei 1999, *Soc. Kron.* 2001, p. 378.

De RVA erkent zijn recht op pensioen maar wil niet uitbetalen zolang de man in Australië woont. Betrokkene stapt naar de arbeidsrechtbank in Brussel en verwijst naar het arrest Gaygusuz. De arbeidsrechter geeft hem gelijk en stelt dat er geen zeer zwaarwichtige redenen zijn voor dergelijk verschil in behandeling.

Arrest van het Arbeidshof van Brussel⁴³

Het vonnis van de Brusselse arbeidsrechtbank wordt later vernietigd door een arrest van het Brusselse arbeidshof. Anders dan de arbeidsrechtbank volgt het arbeidshof de redenering van EHRM niet. Het neemt namelijk niet zomaar aan dat sociale rechten onder het recht op eigendomsbescherming vallen en vraagt zich af waarom er discriminatie zou zijn bij uitbetaling van pensioenen als betrokkene toch alle banden met België heeft verbroken. Bovendien, oordeelt het arbeidshof, wordt de Australiër niet alleen verschillend behandeld omwille van zijn nationaliteit maar ook omdat er geen bilateraal akkoord bestaat tussen België en Australië.

Dit laatste argument is echter moeilijk vol te houden, precies omdat de zaak Gaygusuz stelt dat een overeenkomst met een ander land geen zeer zwaarwichtige reden is om een verschil in behandeling op basis van nationaliteit te rechtvaardigen.

Allicht heeft de verdeeldheid in de rechtspraak ertoe geleid dat het exportverbod vandaag nog altijd geldt.

1.2.3. De evolutie in de Belgische sociale bijstandsuitkeringen

In de jaren 60 en 70 hadden alleen Belgen recht op een tegemoetkoming aan personen met een handicap. De overheid rechtvaardigde dit met het argument dat die tegemoetkoming volledig gefinancierd werd met overheidssubsidies, niet met individuele bijdragen. Precies daarom wilde de overheid de toegang tot sociale bijstandsuitkeringen beperken tot onderdanen met Belgische nationaliteit.

Vóór het arrest Koua Poirrez van 30 september 2003 had België het recht op tegemoetkoming aan personen met een handicap wel al opengesteld voor EU-burgers, erkende vluchtelingen en erkende staatlozen.⁴⁴ Voor die groepen bestaan er immers internationale verdragsbepalingen of Europeesrechtelijke bepalingen die geen verschil in behandeling toelaten.

Op het ogenblik van het arrest 'Koua Poirrez', telde de Belgische wetgeving dus drie bevoorrechte categorieën van vreemdelingen die, net als Belgen, konden genieten van de tegemoetkoming voor personen met een handicap.

⁴³ Arbh. Brussel, 18 december 2002, *T. Vreemd.* 2003, afl. 2, pp. 148-150 en *Soc. Kron.* 2005, afl. 10, p. 608.

⁴⁴ Wet betreffende de tegemoetkomingen aan Personen met een handicap van 27 februari 1987 gewijzigd door de Programmawet van 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003.

1.2.4. Impact van de zaak Koua Poirrez tegen Frankrijk⁴⁵ op de Belgische rechtspraak en regelgeving

Deze zaak is interessant en relevant voor de Belgische rechtspraak omdat Frankrijk een gelijkaardig systeem voor tegemoetkoming aan personen met een handicap heeft als België. Net als het arrest Gaygusuz stelt het arrest Koua Poirrez dat er zeer zwaarwichtige redenen nodig zijn om een verschil in behandeling op basis van nationaliteit te verantwoorden.

Grondwettelijk Hof⁴⁶ versus EHRM

In dezelfde periode als het EHRM velt ook het Grondwettelijk Hof twee arresten over verschillen in behandeling van vreemdelingen die uitgesloten zijn van tegemoetkomingen aan personen met een handicap.

Opnieuw neemt het Grondwettelijk Hof een andere positie in dan het EHRM. Volgens het Hof bestaan er voor de drie bevoorrechte categorieën van vreemdelingen internationale verdragsbepalingen die België verplichten tot gelijke behandeling. Die verdragsbepalingen zijn er niet voor de groepen die nu via prejudiciële vragen bij het Grondwettelijk Hof terechtkomen.

In de doctrine werden kanttekeningen geplaatst bij deze redenering omdat de zaak Koua Poirrez aantoont dat het recht op eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Toegevoegde Protocol⁴⁷ en het verbod van discriminatie van artikel 14 EVRM⁴⁸ ook internationale verdragsbepalingen zijn die België binden en die door andere categorieën van vreemdelingen dan de drie bevoorrechte categorieën kunnen ingeroepen worden. Het EHRM zegt net dat daarnaast zeer zwaarwichtige redenen nodig zijn om een verschil in behandeling te verantwoorden.

Arbeidsrechtbanken versus arbeidshoven

Die verschillende invalshoeken van hogere rechtscolleges hadden tot gevolg dat de Belgische arbeidsgerechten zich moesten positioneren. Opvallend was dat de arbeidsrechtbanken eerder het arrest Koua Poirrez volgden terwijl de arbeidshoven een meer voorzichtige interpretatie vooropstelden en aansluiting zochten bij het Grondwettelijk Hof.

In die periode ging het vooral over het recht op tegemoetkoming aan vreemdelingen met een handicap die ingeschreven waren in het Bevolkingsregister. Vreemdelingen dus met de 'sterkste' verblijfstitel⁴⁹. De eerstelijnsrechtbanken vonden niet dat er zwaarwichtige redenen waren om deze groep uit te sluiten. De arbeidshoven waren het daar niet mee eens. Temeer omdat de situatie in België enigszins verschilde van die van Frankrijk, want vreemdelingen die in België uitgesloten werden van de tegemoetkoming aan personen met een handicap konden OCMW-steun aanvragen. Bovendien hield het OCMW in zijn beoordeling rekening met de handicap. In Frankrijk kon OCMW-steun niet. Net als voor het

⁴⁵ EHRM, op.cit.

⁴⁶ GwH, 22 oktober 2003, nr.138/2003; GwH, 19 mei 2004, nr.92/2004

⁴⁷ Art. 1 Protocol 1: op.cit.

⁴⁸ Art. 14 EVRM: op.cit.

⁴⁹ Zie: Registers en kaarten.

Grondwettelijk Hof was dit recht op OCMW-steun ook voor de arbeidshoven een belangrijk element om het verschil in behandeling te verantwoorden.

Hof van Cassatie⁵⁰

In een arrest van 8 december 2008 sprak het Hof van Cassatie zich uit over deze kwestie. Niet de vergelijking tussen België en Frankrijk en de vraag of de betrokkene voor een andere uitkering in aanmerking kan komen – is relevant, oordeelt Cassatie, maar wel de pure vraag of er (nog) zwaarwichtige redenen zijn om vreemdelingen, ingeschreven in het Bevolkingsregister, uit te sluiten van tegemoetkoming aan personen met een handicap.

Grondwettelijk Hof⁵¹

Het Grondwettelijk Hof had intussen zelf een nieuw arrest geveld waarin het meteen een antwoord gaf op deze vraag. Voor vreemdelingen die zijn ingeschreven in het Bevolkingsregister zijn er geen zeer zwaarwichtige redenen voor hun uitsluiting.

VAN RECHTSPRAAK TOT REGELGEVING

Het arrest van het Grondwettelijk Hof is, via een K.B. van 9 februari 2009, intussen ook verankerd in het KB van 17 juli 2006⁵².

Discussie in België voorlopig niet afgesloten

De discussie over het verschil in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut is nog niet afgesloten. Hoe verantwoord je bijvoorbeeld de uitsluiting van vreemdelingen met beperkt of onbeperkt verblijf die in het Vreemdelingenregister zijn ingeschreven?

Onder meer de arbeidsrechtbanken van Antwerpen en Brussel stellen in uitvoerig gemotiveerde vonnissen⁵³ dat er voor een vreemdeling met onbeperkt verblijfsrecht én ingeschreven in het Vreemdelingenregister, geen zeer zwaarwichtige redenen zijn om de uitsluiting van het recht op tegemoetkomingen aan personen met een handicap te rechtvaardigen.

Andere rechtbanken gaan nog verder. Zo oordeelde de arbeidsrechtbank van Turnhout⁵⁴ in een zaak van een vreemdeling met een verlengbare verblijfvergunning van een jaar, dat er geen zeer zwaarwichtige redenen voor uitsluiting zijn bij een vreemdeling met beperkt verblijfsrecht.

Doorgaans ging de federale overheid tegen deze vonnissen in beroep. Onder andere het arbeidshof van Gent⁵⁵ volgde in hoger beroep de strekking van het Grondwettelijk Hof en trok de grens bij de inschrijving in het Bevolkingsregister. Zolang de vreemdeling ingeschreven is in het Vreemdelingenregister blijven er zeer zwaarwichtige redenen bestaan om hem uit te sluiten ongeacht beperkt of onbeperkt verblijf. Het Gentse

⁵⁰ Cass., 8 december 2008, So701114F/1.

⁵¹ GwH, 12 december 2007, nr. 153/2007.

⁵² K.B. van 9 februari 2009 tot wijziging van het KB van 17 juli 2006 tot uitvoering van artikel 4, § 2 van de wet van 27 februari 1987 betreffende de tegemoetkomingen aan personen met een handicap.

⁵³ Arbrb. Antwerpen, 8 juni 2011; Arbrb. Brussel, 30 september 2010.

⁵⁴ Arbrb. Turnhout, 4 juni 2009, T. Vreemd. Afl 4, 2009, pp. 315-318, noot S. BOUCKAERT.

⁵⁵ Arbh. Gent, 15 september 2010.

Arbeidshof maakt hier de overweging dat de vreemdeling recht heeft op OCMW-steun, aangepast aan zijn handicap.

In 2012 herhaalde het Grondwettelijk Hof⁵⁶ meermaals dat er geen discriminatie is bij uitsluiting van vreemdelingen uit het Vreemdelingenregister, ongeacht beperkt of onbeperkt verblijf.

Het Hof van Cassatie heeft zich op 15 oktober 2012 opnieuw uitgesproken over de kwestie.⁵⁷ Waar uit het arrest van het Hof van Cassatie van 8 december 2008 niet ondubbelzinnig kon worden afgeleid of een vreemdeling die ingeschreven is in het Vreemdelingenregister ook recht heeft op tegemoetkomingen voor personen met een handicap, heeft het Hof van Cassatie in het arrest van 15 oktober 2012 duidelijk standpunt ingenomen. Het Hof van Cassatie oordeelt dat er geen nieuwe prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof moet worden voorgelegd nu dat Hof zich over deze kwestie duidelijk heeft uitgesproken. Het Hof van Cassatie voegt daar in het arrest van 15 oktober 2012 aan toe dat het onderdeel (van het cassatieberoep) dat uitgaat van een andere rechtsopvatting dan deze van het Grondwettelijk Hof naar recht faalt. Het Hof van Cassatie deelt bijgevolg blijkbaar de stelling van het Grondwettelijk Hof dat enkel vreemdelingen die ingeschreven zijn in het Bevolkingsregister recht hebben op tegemoetkomingen voor personen met een handicap.

1.2.5. Besluit

De zaken Gaygusuz en Koua Poirrez hebben invloed gehad op de Belgische rechtspraak en regelgeving. Ze hebben mee geleid tot een reeks verworvenheden, zoals het recht op tegemoetkoming aan vreemdelingen met een handicap, ingeschreven in het Bevolkingsregister. Ook de discussie over asielzoekers en hun recht op werkloosheidsuitkeringen is - met vertraging - opgeschoven in de richting van het arrest Gaygusuz.

Maar de arresten zorgen soms voor divergentie, zowel tussen de eerstelijnsrechtbanken en de beroepshoven als tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie.

Conclusie is dat de zaken Gaygusuz en Koua Poirrez onze regelgeving in beperkte mate hebben beïnvloed, vooral rond die aspecten waarover de rechtspraak consensus bereikte. Toch is het niet uitgesloten dat deze principearresten in de toekomst onze regelgeving opnieuw zullen heroriënteren.

⁵⁶ GwH, 11 januari 2012, nr. 3/2012; GwH, 9 augustus 2012, nr. 108/2012; GwH, 4 oktober 2012, nr. 114/2012.

⁵⁷ Cass. 15 oktober 2012, S.10.01.90, onuitg.

HOOFDSTUK 2: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN HET EU-RECHT EN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET EUROPEES HOF VAN JUSTITIE

Dit tweede hoofdstuk belicht de toepassing van de non-discriminatiebepalingen in het EU-recht voor EU-burgers en hun familieleden enerzijds en voor derdelanders zonder Europese familiebanden anderzijds.

Eerst analyseert meester Nathan Cambien de toepassing van het gelijkheidsbeginsel voor EU-burgers én hun familieleden - met inbegrip van de familieleden-derdelanders - binnen de Europese Verdragen en de Europese rechtspraak. De titel van zijn bijdrage geeft meteen zijn conclusie weer: *'all EU citizens are equal but some are more equal than others'*, naar analogie met het beroemde citaat van de Britse schrijver en journalist George Orwell: *'all animals are equal but some are more equal than others'*.

Daarna bespreekt universitair onderzoekster Karin De Vries de gelijkheidsbepalingen in het EU-recht voor 'derdelanders die geen EU-burgers als naaste familielid hebben'. Twee vragen zijn hier aan de orde. Welke aanspraken op gelijke behandeling kunnen derdelanders zonder EU-familielid volgens het EU-recht maken? Wanneer worden deze derdelanders verschillend behandeld en wat is daarvoor de rechtvaardiging?

2.1. All EU citizens are equal but some are more equal than others.

Schriftelijke weergave van de mondelinge toelichting van Nathan Cambien, onderzoeker aan het Instituut voor Europees recht van de KULeuven en advocaat aan de balie van Brussel

Recent duiken in de Europese rechtspraak en het Europese recht nieuwe verschillen in behandeling op tussen EU-burgers onderling. Mobiele EU-burgers bijvoorbeeld vallen onder een gunstiger regime dan statische EU-burgers, net als economisch actieve en jonge EU-burgers, die ten opzichte van economisch niet-actieve en oudere burgers een voorkeursbehandeling lijken te genieten. Zijn die verschillen objectief gerechtvaardigd? Stroken ze met de idee van een écht Europees burgerschap?

2.1.1. EU-burgers en EU-rechten

Klassiek in het nationale en Europese recht is de opdeling in drie categorieën van inwoners: nationale inwoners, EU-burgers en derdelanders. Zowel in de Grondwet als in EU-verdragen, het EVRM en andere mensenrechtenverdragen vinden we non-discriminatie- of gelijkheidsbepalingen terug die overeenstemmen met deze drie categorieën.

Wie zijn nu die EU-burgers? Het antwoord is eenvoudig: iedereen die de nationaliteit heeft van een lidstaat van de Europese Unie⁵⁸. De nationaliteit van een EU-lidstaat hebben, volstaat om te kunnen genieten van de Europese non-discriminatiebepalingen in situaties binnen de werkingssfeer van het EU-recht.

⁵⁸ De Europese Unie telt voorlopig 28 lidstaten: België, Frankrijk, Duitsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Griekenland, Denemarken, Ierland, Verenigd Koninkrijk, Portugal, Spanje, Finland, Oostenrijk, Zweden, Cyprus, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slovenië, Slowakije, Tsjechië, Bulgarije, Roemenië en .

Wat zijn de rechten verbonden aan het EU-burgerschap? Het voornaamste recht is 'het recht van vrij verkeer en verblijf', het recht dus om, samen met naaste familieleden, naar andere lidstaten te reizen en er te verblijven. Het recht van vrij verkeer en verblijf omvat meteen ook het recht op gezinshereniging.⁵⁹

Andere aan het EU-burgerschap verbonden rechten zijn bijvoorbeeld het recht op diplomatieke bescherming, het kiesrecht bij EU- en gemeenteraadsverkiezingen en het recht om zich te richten tot het Europees Parlement en de Europese Ombudsman, twee instellingen die de burger binnen de Europese Unie kunnen bijstaan. Artikel 20 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie⁶⁰ (hierna: VWEU) somt nog een aantal extra rechten op.

2.1.2. Gelijkheidsbeginselen in het EU-recht.

Het meest geciteerde gelijkheidsbeginsel in de Europese rechtspraak is dat van artikel 18 VWEU⁶¹, namelijk het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Volgens artikel 18 VWEU is het bijvoorbeeld niet toegestaan dat een lidstaat het voordeel van sociale huisvesting alleen aan nationale onderdanen voorbehoudt.

Een andere belangrijke non-discriminatiebepaling is art. 19 VWEU⁶², over het verbod van discriminatie op grond van criteria als leeftijd, geslacht en seksuele geaardheid. Zie bijvoorbeeld de zaak Feryn⁶³ waar het Hof van Justitie in zijn prejudiciële beslissing stelt dat een werkgever niet mag discrimineren op grond van ras of etnische afkomst.

⁵⁹ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, 29 april 2004, 2004/38/EG.

⁶⁰ Artikel 20 VWEU: 1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan. 2. De burgers van de Unie genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald. Zij hebben, onder andere,

- a. het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven;
- b. het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat waar zij verblijf houden, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat;
- c. het recht op bescherming van de diplomatieke en consulaire instanties van iedere andere lidstaat op het grondgebied van derde landen waar de lidstaat waarvan zij onderdaan zijn, niet vertegenwoordigd is, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat;
- d. het recht om verzoekschriften tot het Europees Parlement te richten, zich tot de Europese ombudsman te wenden, alsook zich in een van de talen van de Verdragen tot de instellingen en de adviesorganen van de Unie te richten en in die taal antwoord te krijgen.

Deze rechten worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen welke bij de Verdragen en de maatregelen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

⁶¹ Art.18 VWEU: Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden. Het Europees Parlement en de Raad kunnen, volgens de gewone wetgevingsprocedure, regelingen treffen met het oog op het verbod van bedoelde discriminaties.

⁶² Art.19 VWEU: 1. Onverminderd de andere bepalingen van de Verdragen, kan de Raad, binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, en na goedkeuring door het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. 2. Het Europees Parlement en de Raad kunnen, in afwijking van lid 1, volgens de gewone wetgevingsprocedure, stimuleringsmaatregelen van de Unie, harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten uitgezonderd, de basisbeginselen vaststellen ter ondersteuning van de maatregelen die de lidstaten nemen om bij te dragen tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen.

⁶³ HvJEU, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn nv*, 10 juli 2008, C-54/07.

Verder werkt Europa vaak met het ongeschreven 'algemeen gelijkheidsbeginsel'. Dit is een soort van 'catch all-bepaling', die inhoudt dat alle verschillen mogelijk discriminerend zijn tenzij ze objectief gerechtvaardigd kunnen worden.

2.1.3. Controversiële verschillen in behandeling van EU-burgers in de recente Europese rechtspraak.

De jongste jaren maakt de Europese rechtspraak een onderscheid tussen EU-burgers die in hun lidstaat blijven en EU-burgers die naar een andere lidstaat verhuizen. Dat is kortweg het onderscheid tussen statische en mobiele EU-burgers. Een tweede onderscheid is dat tussen economisch actieve en economisch niet-actieve burgers. Ten slotte maakt de Europese rechtspraak een onderscheid tussen jongere en oudere EU-burgers.

Mobiele, economisch actieve of jonge EU-burgers lijken in de recente rechtspraak en wetgeving meer rechten te genieten dan respectievelijk statische, economisch niet-actieve of oudere EU-burgers.

a) Statische versus mobiele EU-burgers

Het Europese kader

Pas als een Belg verhuist naar een andere EU-lidstaat 'activeert' hij zijn EU-burgerschap en geniet hij de bescherming van het EU-recht. Blijft de Belg in België dan geniet hij die bescherming in principe niet. Alleen 'interstatelijkheid' maakt een beroep op het EU-recht mogelijk.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie krijgt het begrip interstatelijkheid een ruime interpretatie. In het arrest Zhu & Chen⁶⁴ bijvoorbeeld volstond het dat de EU-burger de nationaliteit bezat van een andere lidstaat dan de lidstaat waarin ze verbleef, ook al had ze deze laatste lidstaat nooit verlaten. In het arrest Schempp⁶⁵ volstond het zelfs dat de echtgenote van de EU-burger naar een andere lidstaat was verhuisd.

De non-discriminatiebepalingen van het EU-recht kunnen dus maar ingeroepen worden als de EU-burger een band heeft met een tweede lidstaat van de Europese Unie. Ter illustratie: een Belg die in België blijft kan in principe geen beroep doen op de bescherming van het EU-recht terwijl een Fransman die in België komt wonen daar als EU-burger wél een beroep kan op doen. Dit fenomeen heet 'omgekeerde discriminatie' en is cruciaal bij de toepassing van de EU-bepalingen over gelijkheid en non-discriminatie.

Deze omgekeerde discriminatie wordt vooral duidelijk op het vlak van gezinshereniging. Elke EU-burger mag naar een andere lidstaat gaan en zijn familieleden meenemen. Volgens het EU-recht zijn dat de 'echtgenoot of de met echtgenoot gelijkgestelde partner op voorwaarde dat het koppel 18 jaar is', de descendents (kinderen, kleinkinderen, achterkleinkinderen...) op voorwaarde dat ze jonger zijn dan 21 jaar of ten laste en de ascendants (ouders, grootouders...), zowel van de EU-burger als van zijn echtgenote of partner. Zo kan de Fransman die in België komt wonen en werken, zijn echtgenote meenemen maar ook zijn schoonouders, op voorwaarde dat die ten laste zijn.

⁶⁴ HvJEU, Zhu en Chen v. Secretary of state for the Home Department, 19 oktober 2004, C-200/02, §16.

⁶⁵ HvJEU, Schempp v. Finanzamt München V, 12 juli 2005, C-403/03.

Het Belgisch wettelijk kader

Tot 2011 kwam het Belgisch wettelijke kader overeen met het EU-recht. Kortom, wat het EU-recht toekende aan EU-burgers kende België toe aan de Belgen. Op het vlak van gezinshereniging was er dus een volledige gelijkstelling.

Met de wet van 8 juli 2011⁶⁶ kwam daar verandering in. De wet legde aan Belgen strengere voorwaarden voor gezinshereniging op, allicht met als doel deze meest populaire vorm van migratie in te perken.

Dat door die nieuwe wet statische Belgen minder gunstige voorwaarden voor gezinshereniging kregen opgelegd dan EU-burgers is toch wel frappant. Zo wordt bij Belgen gezinshereniging beperkt tot de echtgenoot of gelijkgestelde partner vanaf 21 jaar, de descendenten van de Belg of diens partner die jonger zijn dan 21 jaar of financieel ten laste en de ouders van een minderjarige Belg. Anders dan de EU-burger kan de Belg zijn schoonouders ten laste niet laten overkomen.

Intussen is aan het Grondwettelijk Hof gevraagd of deze verschillen in behandeling bij gezinshereniging tussen EU-burgers en Belgen niet in strijd zijn met de Grondwet. Het Hof zal zich hier binnenkort over uitspreken.

Overzicht van de verschillen tussen EU-burgers en Belgen op het vlak van gezinshereniging

Zoals het voorgaande duidelijk maakt, gelden voor (statische) Belgen strengere regels inzake gezinshereniging dan voor EU-burgers. We kunnen de volgende verschillen onderscheiden:

Bij Belgen mogen enkel de ouders van 'minderjarige' kinderen overkomen. Bijgevolg kan een volwassen Belg zijn moeder via gezinshereniging niet laten overkomen, terwijl EU-burgers die in België wonen en werken dat wel kunnen.

Een Fransman die in België woont en werkt kan zijn echtgenoot of partner waarmee hij een aan het huwelijk gelijkgesteld geregistreerd partnerschap sloot, laten overkomen vanaf het moment dat beiden 18 jaar zijn. Als het een niet-gelijkgesteld geregistreerd partnerschap betreft, moeten beiden 21 jaar zijn. De Belg en zijn echtgenoot of zijn partner waarmee een geregistreerd partnerschap werd afgesloten, moeten in alle gevallen wachten tot de leeftijd van 21 jaar.

Bij gezinshereniging moeten zowel EU-burgers als Belgen aantonen dat ze over voldoende bestaansmiddelen en een volledige ziektekostenverzekering beschikken. België past deze voorwaarden echter strenger toe in het geval van Belgen. Deze moeten een aantal bijkomende voorwaarden vervullen, zoals beschikken over behoorlijke huisvesting.

Mobiele Belgen die in een andere lidstaat van de Europese Unie wonen en werken kunnen uiteraard wel een beroep doen op de bescherming van het EU-recht.

⁶⁶ Wet van 8 juli 2011 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging, B.S. 12 september 2011.

Conclusie

Het criterium voor de toepassing van het EU-recht is 'interstatelijkheid'. Bij statische Belgen ontbreekt het interstatelijk element. Zij genieten daarom niet van de bescherming van het EU-recht, maar vallen onder het toepassingsgebied van het nationale recht. Dat voorziet strengere voorwaarden dan het EU-recht. Hierdoor worden de grenzen van de lidstaten met een dikkere pen getrokken en wordt het antwoord op de vraag wie de lidstaatgrenzen overschrijdt opnieuw relevant, terwijl de EU die grenzen net in belangrijke mate wilde uitgommen.

Omgekeerde discriminatie is een fundamentele ongelijkheid. Het is dus onzeker of dit soort wetgeving zal overleven. Het is afwachten hoe het Grondwettelijk Hof de net beschreven ongelijkheden op het vlak van gezinshereniging binnenkort zal beoordelen.

b) Economisch actieve versus economisch niet-actieve EU-burgers.

Het Europees wettelijk kader

Het onderscheid tussen economisch actieve en niet-actieve EU-burgers is historisch gegroeid. Oorspronkelijk had Europa een gemeenschappelijke markt met vrij verkeer van werknemers en zelfstandigen. EU-burgers die economisch niet actief waren, hadden geen zelfstandig recht om zich naar andere lidstaten te verplaatsen. Europa wilde vooral maatregelen die de arbeidsmarkt stimuleerden en daar paste vrij verkeer van economisch niet-actieve burgers niet meteen in.

Ondanks de invoering van het EU-burgerschap door het Verdrag van Maastricht, is dit historisch onderscheid ook vandaag nog sterk aanwezig. De Europese wetgeving voorziet drie categorieën van legaal verblijf voor EU-burgers die naar een andere lidstaat trekken. Voor een kort verblijf van drie maanden hoeven de EU-burger en zijn familieleden alleen maar een geldig paspoort of geldige identiteitskaart bij te hebben. Wil hij langer blijven dan volstaat het dat hij economisch actief is als werknemer of zelfstandige. Wie niet economisch actief is, moet aantonen dat hij over voldoende bestaansmiddelen en een integrale ziekteverzekering beschikt. Na vijf jaar legaal verblijf in een andere EU-lidstaat krijgen de EU-burger en zijn familie een duurzaam verblijfsrecht en zijn ze gelijkgesteld met onderdanen van de lidstaat van verblijf.

In principe impliceert legaal verblijf in een EU-lidstaat een recht op gelijke behandeling, maar hierop zijn een rist uitzonderingen voor EU-burgers die economisch niet actief zijn. Volgens een bepaling uit de EU-burgerrichtlijn⁶⁷ is het gastland bijvoorbeeld niet verplicht om aan een economisch niet-actieve EU-burger sociale bijstand te verlenen tijdens de eerste drie maanden van zijn verblijf. Ook studiebeurzen moet het gastland pas toekennen als de EU-burger (na vijf jaar legaal verblijf) een duurzaam verblijfsrecht heeft verworven.⁶⁸ Het gaat hier enkel over studiebeurzen die in steun voor levensonderhoud voorzien, niet in steun voor toegangsgeld.

Studiebeurzen zijn bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk een 'hot topic' omdat dit land het grootste aantal buitenlandse EU-studenten telt en een uitgebreid beurzensysteem kent.

⁶⁷ Art. 24 van de EU-richtlijn van 29 april 2004, 2004/38/EG.

⁶⁸ Ibid.

Om haar openbare financiën te beschermen wilde de Britse overheid dit recht op studiebeurzen beperken. De EU-burgerrichtlijn zorgde ervoor dat de lidstaten geautoriseerd werden om dit te doen.

Het Belgisch wettelijk kader

Traditioneel gebruikte België niet alle mogelijkheden om economisch actieve en niet-actieve EU-burgers te onderscheiden. Toch is er recent een evolutie aan de gang. Zo moeten volgens de wet van 19 januari 2012⁶⁹ de OCMW 's EU-burgers niet langer tijdens de eerste drie maanden van hun verblijf maatschappelijke dienstverlening toekennen. Verder hebben EU-burgers pas recht op steun voor levensonderhoud nadat ze een duurzaam verblijfsrecht hebben verworven.

Omringende landen boden eerder al de mogelijkheid om het recht op sociale voordelen de eerste drie maanden van het verblijf in te beperken. Nu neemt ook in België de ongelijkheid binnen het EU-burgerschap toe. Het doel van de wetswijziging is opnieuw om migratie minder aantrekkelijk te maken.

De Europese rechtspraak

Onlangs kwam het onderscheid tussen economisch actieve en economisch niet-actieve EU-burgers aan de orde in een zaak van het Hof van Justitie, aangehangen gemaakt door de Europese Commissie. Nederland verleent het recht op 'meeneembare studiefinanciering': wie in het buitenland gaat studeren kan hiervoor Nederlandse studiefinanciering krijgen. Nederland perkte dit recht echter in voor niet-Nederlanders. Zij kunnen deze studiefinanciering maar krijgen nadat ze een tijd in Nederland gewoond hebben.

Het Hof van Justitie⁷⁰ oordeelde dat die beperking niet kan gelden voor kinderen van EU-burgers die in Nederland werken. Voor kinderen van EU-burgers die niet werken, kan de beperking wel. Dit is een vrij verregaand onderscheid tussen economisch actieve en economisch niet-actieve EU-burgers. Als de ouders niet werken in Nederland, krijgen de kinderen geen studiebeurs om in het buitenland te studeren.

Conclusie

In hoeverre is het onderscheid tussen economisch actieve en niet-actieve EU-burgers verdedigbaar? Mogelijk kan het onderscheid worden gerechtvaardigd in het licht van de bijdragebetaling. Degene die economisch actief is in het gastland wordt verondersteld financieel bij te dragen aan het sociaal stelsel van die lidstaat en zou op die grond meer aanspraak kunnen maken op gelijkheid met nationale burgers. Toch blijkt in de praktijk een beperkte economische activiteit en dus een beperkte financiële bijdrage te volstaan. Er is bijgevolg niet altijd een balans tussen bijdragen en aanspraak.

Vanuit de idee van een écht Europees burgerschap voor iedereen is dit onderscheid dan weer vreemd. Europa lijkt almaar meer de idee van het Europees burgerschap te verlaten en terug te grijpen naar het marktburgerschap, en bijgevolg ook naar het onderscheid tussen

⁶⁹ Wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wetgeving over de opvang van asielzoekers, B.S. 27 februari 2012. Deze wet voegt een nieuw artikel 57quinquies toe aan de OCMW-wet van 8 juli 1976 waardoor de OCMW-steun aan EU-burgers en hun familieleden beperkt wordt.

⁷⁰ HvJEU, Commissie v. Nederland, 14 juni 2012, C-542/09.

economisch actieven die wél en economisch niet-actieven die níét bijdragen aan de interne markt.

c) Jongere versus oudere EU-burgers

Recente EU-rechtspraak lijkt de mogelijkheid van 'omgekeerde discriminatie' bij jonge EU-burgers te beperken, maar niet bij volwassen EU-burgers.

DE ZAAK RUIZ ZAMBRANO⁷¹

De feiten

Nadat hun asielaanvraag was afgewezen, probeerde een Colombiaanse familie in België een verblijfsrecht te bekomen op grond van het Europees recht. De Colombiaanse ouders hadden kinderen die in België geboren waren en de Belgische nationaliteit hadden. De redenering van de verzoeker was dat als het kind Belg is en dus Europees burger, de ouders volgens Europees recht een verblijfsrecht moesten krijgen.

In deze zaak is de voorwaarde van interstatelijkheid niet vervuld want de Belgische kinderen hadden België nooit verlaten. Daarom is een beroep op het Europees recht in principe niet mogelijk.

De redenering van het Hof

Het Hof oordeelt dat er in principe geen beroep op het Europees recht mogelijk was wegens gebrek aan interstatelijkheid. Maar, zo stelt het Hof, als de ouders geen verblijfsrecht krijgen dan zal dit tot gevolg hebben dat de Belgische kinderen de EU moeten verlaten. Daarmee zou het effectief genot van hun burgerschapsrechten uitgehold worden. Bijgevolg moest er toch een verblijfsrecht worden toegekend aan de ouders.

Dit is een interessante redenering, want mensen die in principe uitgesloten zijn van de bescherming van het EU-recht, krijgen er toch toegang toe dankzij hun minderjarige kinderen.⁷² Meteen rees de vraag hoever deze redenering zou reiken. Het antwoord kwam er twee maanden na het arrest Ruiz Zambrano, toen het Hof van Justitie zich moest uitspreken in de zaak McCarthy.

DE ZAAK MCCARTHY⁷³, DE ZAAK DERECI E.A.⁷⁴

De feiten

Een volwassen vrouw met de Ierse en Britse nationaliteit was getrouwd met een Jamaicaan en vroeg de bescherming van het EU-recht omdat het Britse migratierecht geen verblijfsrecht toeliet voor haar Jamaicaanse echtgenoot. Verzoekster redeneerde dat haar Jamaicaanse man, als echtgenoot van een EU-burger een recht op verblijf had in het Verenigd Koninkrijk. Het interstatelijk element was volgens verzoekster haar dubbele Europese nationaliteit.

⁷¹ HvJEU, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM), 8 maart 2011, C-34/09.

⁷² De zaak Ruiz Zambrano ligt aan de oorsprong van de wetswijzing over het recht op gezinshereniging van ouders met minderjarige Belgische kinderen.

⁷³ HvJEU, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department, 5 mei 2011, C-434/09.

⁷⁴ HvJEU, Murat Dereci en anderen v. Bundesministerium für Inneres, 15 november 2011, C-256/11.

De redenering van het Hof

Het Hof oordeelt dat de dubbele nationaliteit niet volstaat als interstatelijk element en dat betrokkene echt in een andere lidstaat moet verblijven om de toepassing van het Europees recht te rechtvaardigen. Bovendien volgt het Hof hier niet de redenering van de zaak Ruiz Zambrano. Omdat McCarthy een volwassen vrouw was, oordeelt het Hof dat de weigering van een verblijfsrecht aan haar echtgenoot haar niet verplichtte om de EU te verlaten. Volgens het Hof kan verzoekster perfect in het Verenigd Koninkrijk blijven wonen en van haar burgerschapsrechten genieten.

Dezelfde redenering hanteert het Hof in de zaak Dereci e.a., waar het ging over volwassen Oostenrijkers met een niet-EU-gezinslid. Ook hier ontbrak interstatelijkheid waardoor een beroep op het Europees recht in principe niet mogelijk was. Opnieuw bevestigt het Hof dat de Europese bescherming maar mogelijk is als de weigering van een verblijfsrecht verzoeker zou verplichten de EU te verlaten. Dat was volgens het Hof ook in de zaak Dereci niet het geval. Opvallend is dat het Hof in deze zaak verwijst naar de mensenrechten en mogelijk zo de deur op een kier zet voor een betere bescherming van volwassen EU-burgers in de beschreven situatie. Toch ontbreekt voorlopig een duidelijke boodschap.

DE ZAAK CZOP & PUNAKOVA⁷⁵

De zaak handelt over een migrerend werknemer in het Verenigd Koninkrijk.

De feiten

Een Tsjechische man woont en werkt in het Verenigd Koninkrijk en is vergezeld van zijn echtgenote en schoolgaande kinderen. Het koppel gaat uit elkaar, de man verdwijnt en de vrouw blijft alleen achter met de kinderen. Zij is niet economisch actief en heeft geen eigen bestaansmiddelen.

Heeft zij, samen met haar kinderen die Europese burgers zijn, recht op verblijf in het Verenigd Koninkrijk? In principe niet, omdat de vrouw niet werkt en er aan de voorwaarde van economische activiteit of zelfredzaamheid niet is voldaan.

De redenering van het Hof

Het Hof redeneert dat de vrouw wel een recht heeft op verblijf in het Verenigd Koninkrijk omdat kinderen van (voormalige) migrerende werknemers recht hebben op onderwijs in de gastlidstaat. Als de moeder geen verblijfsrecht krijgt, kunnen de kinderen niet langer naar school gaan en wordt hun recht op onderwijs onmogelijk gemaakt.

Opnieuw zien we een versoepeling van de rechtspraak ten voordele van kinderen, in dit geval schoolgaande kinderen van werknemers. Opnieuw geldt de bescherming van het Europese recht ook al zijn de voorwaarden strikt genomen niet vervuld.

⁷⁵ HvJEU, Secretary of State for Work and Pensions v. Lucja Czop & Margita Punakova, 6 september 2012, C-147/11 & C-148/11.

Conclusie

De rechtspraak van het Hof van Justitie evolueert in die zin dat, zelfs wanneer aan de voorwaarde van interstatelijkheid en/of zelfredzaamheid niet voldaan is, jonge EU-burgers en hun familieleden wel lijken te vallen onder de bescherming van het Europees recht, terwijl dit niet geldt voor volwassenen EU-burgers en hun familieleden.

Is dat onderscheid verdedigbaar? In theorie zeker wel, maar in de praktijk roept deze inperking voor volwassen EU-burgers toch vragen op. Is dit onderscheid niet in strijd met de **mensenrechten** - meer bepaald met het recht op eerbiediging van het gezinsleven, dat ook door het Europees recht en door de EU-lidstaten moet gerespecteerd worden?

Bovendien biedt het onderscheid **geen antwoord in andere situaties**. Leidt alleen de jonge leeftijd tot afhankelijkheid en tot de noodzaak op een verblijfsrecht van het gezinslid of zijn er nog andere situaties denkbaar? Kan een EU-burger bijvoorbeeld zelfstandig in een EU-lidstaat blijven wonen als hij een fysieke beperking heeft? Is hij in dit geval ook niet verplicht om de EU te verlaten indien de partner – die voor hem zorg draagt – geen verblijfsrecht krijgt?

Ook bij de **Europese rechtspraak over schoolgaande kinderen** blijft discussie mogelijk. Wat primeert bijvoorbeeld? Het feit dat de kinderen naar school gaan of naar school zullen gaan? Zijn kleuters ook schoolgaande kinderen? Of gaat het over kinderen in het lager, secundair of hoger onderwijs? Het Europees Hof van Justitie oordeelde eerder dat ook kinderen, ouder dan 21, in sommige gevallen hun ouders nodig hebben.⁷⁶ Dit betekent dat een kind dat op erg jonge leeftijd het gastland is binnengekomen en school loopt tot 21 jaar of meer, recht heeft om er, samen met zijn ouders, te verblijven, zonder te moeten aantonen dat er voldoende bestaansmiddelen zijn.

Ten slotte is ook de **uitdrukkelijke beperking tot migrerende werknemers en hun kinderen controversieel**. Economisch niet-actieve EU-burgers of EU-burgers die als zelfstandige actief zijn en schoolgaande kinderen hebben, krijgen geen verblijfsrecht onder dezelfde voorwaarden. Zij moeten in dezelfde omstandigheden hun lidstaat van verblijf mogelijk wel verlaten.

2.1.4. Besluit

Het lijkt erop dat bepaalde categorieën EU-burgers in recente Europese rechtspraak meer beschermd worden dan andere. Zo lijken mobiele EU-burgers gunstiger te worden behandeld dan statische EU-burgers. Economisch actieve EU-burgers lijken beter beschermd door het Europees recht dan niet-economisch actieve EU-burgers en tot slot zijn jonge schoolgaande EU-burgers en hun gezinsleden beter beschermd door het Europees recht dan oudere, niet-schoolgaande EU-burgers. Kortom, *'all EU citizens are equal but some are more equal than others.'*

Opmerkelijk is dat de Belgische wetgeving én de Europese rechtspraak dit soort onderscheiden almaar meer benadrukken terwijl we ook verruimende Europese rechtspraak

⁷⁶ HvJEU, *Maria Teixeira v. London Borough of Lambeth and Secretary of State for the Home Department*, 23 februari 2010, C-480/08.

krijgen die verwijst naar de mensenrechten. Omdat het Grondwettelijk Hof zich nog moet uitspreken over bepaalde zaken is het moeilijk in te schatten of dit soort verschillen in behandeling zal overleven.

Voorlopig bestaat er in de Europese rechtspraak nog te veel vaagheid. Het is van uiterst belang dat in de nabije toekomst verschillen in behandeling tussen verschillende categorieën EU-burgers beter uitgelegd en gerechtvaardigd worden.

2.2. Hoe gelijk is gelijke behandeling van derdelanders⁷⁷ in het EU-recht?

Schriftelijke weergave van de mondelinge toelichting van Karin de Vries, onderzoekster en universitair docente Staats- en Bestuursrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam

Op welke manier kunnen derdelanders die geen band hebben met een EU-burger, in het EU-recht aanspraak maken op gelijke behandeling? Wanneer worden derdelanders verschillend behandeld en hoe wordt dat gerechtvaardigd?

Een precieze verklaring voor de verschillen in behandeling blijkt niet eenvoudig want Europese wetgeving gaat doorgaans niet gepaard met uitgebreide memories van toelichting. Toch valt op dat bepaalde verschillen gelinkt zijn aan het 'verblijfsdoel' van de derdelanders.

2.2.1. Het EU-recht over gelijke behandeling van derdelanders

Binnen het EU-recht onderscheiden we twee soorten rechtsnormen over gelijke behandeling van derdelanders. De eerste soort zijn de 'non-discriminatie- of gelijkheidsbepalingen', met als doel gelijke behandeling te verwezenlijken als een burgerschapsrecht of zelfs als een grondrecht van personen die zich binnen de EU bevinden. Daardoor blijft het toepassingsgebied of de personele reikwijdte van de bepalingen vaak beperkt tot EU-burgers, hoewel het soms uitgebreid werd tot derdelanders.

De tweede soort van rechtsnormen ligt vervat in een reeks richtlijnen, die we gemakshalve onder de noemer 'migratierichtlijnen' brengen. Zij hebben wél tot doel de rechtspositie van derdelanders in de Europese Unie te regelen door hen bijvoorbeeld een aantal rechten op gelijke behandeling toe te kennen. Wat hier dan weer opvalt is dat de doelstelling van gelijke behandeling in de richtlijnen vaak concurreert met doelstellingen van migratiecontrole en het beschermen van de verzorgingsstaat waardoor die gelijke behandeling niet zo vanzelfsprekend is. Tegelijk zien we dat 'grondrechten' een rol spelen en dat gelijke behandeling als een middel wordt gezien om de integratie van derdelanders in de EU te bewerkstelligen.

De associatieverdragen tussen derde landen en EU-lidstaten komen hier niet aan bod. In dat soort verdragen worden soms ook rechten op gelijke behandeling ingeschreven. Het bekendste associatieverdrag is dat met Turkije⁷⁸ waarin bijvoorbeeld het recht op gelijke arbeidsvoorwaarden is opgenomen.

⁷⁷ Definitie derdelander, op.cit.

⁷⁸ Associatieovereenkomst EG en Turkije, 12 september 1963, nr. 1/80.

2.2.2. De gelijkheidsbepalingen in het EU-recht

a) De Europese non-discriminatiebepalingen

De non-discriminatiebepalingen in het EU-recht zijn in de eerste plaats artikel 18 en 19 VWEU. Artikel 18⁷⁹ bevat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Het Hof van Justitie heeft tot nu toe artikel 18 niet uitgelegd als zou het ook van toepassing zijn op derdelanders. In de zaken *Vatsouras & Koupatantze*⁸⁰ herhaalt het Hof dat artikel 18 VWEU eigenlijk alleen handelt over gelijke behandeling van EU-burgers.

Ook artikel 19 VWEU⁸¹ is een bepaling waarop derdelanders zich niet direct kunnen beroepen, maar het artikel biedt wel een grondslag voor secundaire wetgeving over non-discriminatie op verschillende gronden waaronder ras en etniciteit. Voor verschillen in behandeling van derdelanders is net die non-discriminatie op grond van ras en etniciteit het meest relevant. De richtlijn die op dit terrein is aangenomen is de 'rasrichtlijn 2000/43'⁸².

b) Minimumstandaarden voor gelijke behandeling in de rasrichtlijn

De rasrichtlijn bevat minimumstandaarden voor gelijke behandeling waaraan de wetgeving van de lidstaten moet voldoen. De richtlijn omvat zowel de publieke als de particuliere sector en beslaat de domeinen arbeid, onderwijs, sociale voorzieningen en toegang tot publiek beschikbare goederen en diensten.

De rasrichtlijn verplicht de staten om regelgeving die verschillen in behandeling toelaat, af te schaffen. Verder stelt de richtlijn dat lidstaten in adequate procedures moeten voorzien zodat verschillen in behandeling op grond van ras of etnische afstamming effectief kunnen aangevochten en bestraft worden. Derdelanders behoren vaak tot aparte 'raciale groepen' en worden ook zo gezien. Daarom is deze richtlijn van groot belang.

Tegelijk bevat artikel 3, lid 2 van de richtlijn een belangrijke uitzonderingsclausule. Die clausule stelt dat de richtlijn niet van toepassing is op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en geen afbreuk doet aan de voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders en staatlozen noch aan de juridische status van derdelanders en staatlozen.

Vraag is wat die richtlijn dan nog kan betekenen voor derdelanders. Vooral omdat het onderscheid op grond van nationaliteit vaak samenvalt met het onderscheid op grond van ras en etniciteit. Toch dekken de begrippen niet noodzakelijk dezelfde lading. Nationaliteit kunnen we benaderen als 'juridische status', gekoppeld aan de verblijfsstatus. Tegelijk kunnen we nationaliteit ook beschouwen als 'groepskenmerk' van etnische en raciale groepen, bijvoorbeeld de Turkse of Marokkaanse gemeenschap als etnische groep.

Laten we artikel 3 inderdaad zo lezen dat bij verschil in behandeling op grond van nationaliteit als groepskenmerk, de non-discriminatiebepaling van toepassing is. Doel van de uitzonderingsclausule is dan te stellen dat verschil in behandeling op grond van

⁷⁹ Art. 18 VWEU, op.cit.

⁸⁰ HvJEU, *Vatsouras & Koupatantze v. Arbeitsgemeinschaft Nürnberg 900*, 4 juni 2009, C-22/08 en C-23/08.

⁸¹ Art. 19 VWEU, op.cit.

⁸² Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming.

nationaliteit niet altijd een grond van rassendiscriminatie is. Kortom, is er geen sprake van rassendiscriminatie dan is de uitzonderingsclausule van toepassing.

Deze interpretatie strookt met een doelgerichte uitleg van de richtlijn die tenslotte discriminatie wil voorkomen en het grondrecht op gelijke behandeling wil erkennen.

Het Hof van Justitie lijkt deze doelgerichte benadering voorlopig niet te omarmen. In de zaak Kamberaj⁸³ vroeg de Italiaanse rechter naar de toepasselijkheid van de rasrichtlijn bij gelijke behandeling van derdelanders. Het Hof is aan die vraag voorbijgegaan en heeft de rasrichtlijn niet van toepassing verklaard.

c) Het EU-Handvest van de Grondrechten⁸⁴

Een derde plek waar we bepalingen over gelijke behandeling kunnen vinden, is het Handvest van de Grondrechten dat inmiddels bindende kracht heeft.

De bepalingen van het Handvest richten zich in de eerste plaats tot de instellingen van de Europese Unie en verder tot de EU-lidstaten op voorwaarde dat ze het EU-recht implementeren. Niet elk overheids- of privéhandelen valt dus onder de bepalingen van het Handvest. Die kunnen wel bijvoorbeeld van toepassing zijn als mensen gediscrimineerd worden bij vrij verkeer van goederen of diensten omdat het vrij verkeer door het EU-recht gewaarborgd wordt.

Voer voor juridische discussie is ongetwijfeld de vraag naar de reikwijdte van het Handvest in verhouding tot de reikwijdte van de rasrichtlijn.

d) Reikwijdte van de discriminatiegronden van artikel 21 van het Grondrechtenhandvest in verhouding tot de non-discriminatiebepalingen uit het VWEU en het EVRM

Artikel 21, lid 1⁸⁵ verbiedt discriminatie op dezelfde gronden als artikel 19 VWEU, onder meer ras, kleur en etnische afkomst. Deze drie gronden zijn relevant bij discriminatie van derdelanders.

Tegelijk is artikel 21, lid 1 een open bepaling. Mogelijk kan ook 'verblijfsstatus' hieronder worden gebracht. Zeker in het licht van de rechtspraak van het EHRM, namelijk de arresten Niedzwiecki⁸⁶, Bah⁸⁷ en Ponomaryovi⁸⁸. In deze zaken beschouwde het EHRM 'verblijfsstatus' ook als een relevante mensenrechtelijke grond van discriminatie.

Artikel 21, lid 2⁸⁹ verbiedt, net als artikel 18 VWEU, discriminatie op grond van nationaliteit. De gelijkaardige bewoordingen van beide artikels doen de vraag rijzen of ook artikel 21, lid

⁸³ HvJEU, Kamberaj v. Italië, 24 april 2012, C-571/10.

⁸⁴ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 2000/C 364/01.

⁸⁵ Art. 21, lid 1 EU-Handvest van de Grondrechten: Elke discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, is verboden.

⁸⁶ EHRM, op.cit.

⁸⁷ EHRM, op.cit.

⁸⁸ EHRM, Ponomaryovi v. Bulgarië, 21 juni 2012.

⁸⁹ Art. 21, lid 2 EU-Handvest van de Grondrechten: Binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie en onverminderd de bijzondere bepalingen van die Verdragen, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

2 alleen geldt voor EU-burgers. De redenering 'zelfde bepaling, zelfde reikwijdte', lijkt logisch. Anderzijds is artikel 21, lid 2 geen bepaling uit het EU-verdrag dat enkel tot doel had de interne markt tot stand te brengen. Artikel 21, lid 2 is een bepaling van het Grondrechtenhandvest en moet daarom misschien ook een grondrechtelijk karakter krijgen waardoor het ook geldt voor derdelanders.

Daar staat tegenover dat het verbod van elke vorm van discriminatie van artikel 18 VWEU wordt uitgelegd als verbod op 'elk onderscheid'. Terwijl het discriminatieverbod van het EVRM wordt uitgelegd als verbod op een 'ongerechtvaardigd onderscheid'.

Als we artikel 21 van het Grondrechtenhandvest meer uitleggen in de richting van het EVRM, zouden we zijn toepassingsgebied allicht kunnen verruimen. Tegelijk moet er dan wel altijd een rechtvaardiging voor het onderscheid worden aangetoond.

2.2.3. De migratierichtlijnen

a) De juridische basis van de non-discriminatiebepalingen in de migratierichtlijnen

De non-discriminatiebepalingen uit de migratierichtlijnen vinden hun juridische basis in artikel 79 van het EU-Werkingsverdrag⁹⁰. Zij regelen de rechtspositie van verschillende categorieën derdelanders.

Deze bijdrage beperkt zich tot bepalingen die recht geven op gelijke behandeling inzake sociale voorzieningen, arbeid en onderwijs op het ogenblik dat de derdelander in het bezit is van een verblijfsvergunning.⁹¹

b) Lappendeken van non-discriminatiebepalingen

Opvallend is dat het geheel van migratierichtlijnen een soort lappendeken van gelijkheidsbepalingen is geworden. Bovendien blijkt uit de preambules dat de doelstellingen van de migratierichtlijnen niet altijd gelijklopen.

⁹⁰ Artikel 79 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: **1.** De Unie ontwikkelt een gemeenschappelijk immigratiebeleid, dat erop gericht is in alle stadia te zorgen voor een efficiënt beheer van de migratiestromen, een billijke behandeling van onderdanen van derde landen die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven, en een preventie en intensievere bestrijding van illegale immigratie en mensenhandel. **2.** Voor de toepassing van lid 1 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure maatregelen vast op de volgende gebieden:

a. de voorwaarden voor toegang en verblijf, en normen betreffende de afgifte door de lidstaten van langlopende visa en verblijfstitels, onder andere met het oog op gezinshereniging; **b.** de omschrijving van de rechten van onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, alsook de voorwaarden ter regeling van het vrije verkeer en het vrije verblijf in andere lidstaten; **c.** illegale immigratie en irregulier verblijf, met inbegrip van verwijdering en repatriëring van irregulier verblijvende personen; **d.** bestrijding van mensenhandel, met name handel in vrouwen en kinderen. **3.** De Unie kan overeenkomsten met derde landen sluiten waarmee de overname door hun land van oorsprong of herkomst wordt beoogd van onderdanen van derde landen die niet of niet meer voldoen aan de voorwaarden voor binnenkomst, aanwezigheid of verblijf op het grondgebied van een van de lidstaten. **4.** Het Europees Parlement en de Raad kunnen, volgens de gewone wetgevingsprocedure, maatregelen vaststellen om het optreden van de lidstaten ter bevordering van de integratie van onderdanen van derde landen die legaal op hun grondgebied verblijven, aan te moedigen en te ondersteunen, met uitsluiting van enige harmonisering van de wettelijke of bestuursrechtelijke regelingen van de lidstaten. **5.** Dit artikel laat het recht van de lidstaten onverlet zelf te bepalen hoeveel onderdanen van derde landen, afkomstig uit derde landen, tot hun grondgebied worden toegelaten teneinde daar al dan niet in loondienst arbeid te verrichten.

⁹¹ E. Bribosia, *op.cit*

Wij behandelen vijf richtlijnen voor derdelanders die verschillende verblijfsregimes in het leven roepen, afhankelijk van het verblijfsdoel waarvoor de derdelanders zijn toegelaten, namelijk:

1. de richtlijn gezinshereniging⁹² geldt voor gezinsleden van derdelanders
2. de richtlijn inzake studenten, stagiairs en vrijwilligers⁹³
3. de richtlijn voor onderzoekers en wetenschappelijk personeel⁹⁴
4. de richtlijn voor kennismigranten of kortweg de 'blue card' richtlijn⁹⁵
5. de kwalificatierichtlijn voor personen die internationale bescherming genieten⁹⁶

Voor al die categorieën van derdelanders gelden verschillende rechtsposities wat leidt tot verbrokkeling in het domein van de arbeidsmigratie. Studenten, vrijwilligers, onderzoekers, en kennismigranten krijgen een aparte behandeling in het EU-migratierecht. Voor de anderen is niets vastgelegd.

c) **Naar meer harmonisatie met de richtlijn langdurig ingezetene⁹⁷ en de 'single permit' richtlijn⁹⁸**

Het Europees migratiebeleid wordt stilaan gekenmerkt door meer harmonisatie. Vooral voor derdelanders die een langdurig verblijf in de EU-lidstaten hebben. Sinds 2003 is op hen de richtlijn langdurig ingezetene van toepassing. Deze richtlijn kent aan derdelanders met een legaal verblijf van vijf jaar de status van langdurig ingezetene⁹⁹ toe, ongeacht het doel waarvoor de derdelander in de lidstaat werd toegelaten. Bij die status hoort automatisch het recht op gelijke behandeling met EU-burgers.

De 'single permit' richtlijn is de volgende stap in de harmonisatie van die verscheidene verblijfsstatussen. De vergunning is 'single' omdat ze zowel een verblijfs- als een werkvergunning inhoudt én omdat ze tot doel heeft de rechtspositie van de verschillende categorieën van derdelanders dichter bij elkaar te brengen.

De 'single permit' richtlijn is van toepassing op derdelanders die het recht hebben om in een gastlidstaat te werken. Vallen daar bijvoorbeeld ook onder: de gezinsleden van derdelanders die het recht hebben om te werken. Zijn bijvoorbeeld uitgesloten: mensen die internationale bescherming genieten volgens de kwalificatierichtlijn.

⁹² Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, gezinsvorming en openbare orde.

⁹³ Richtlijn 2004/114/EG van de Raad van 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk.

⁹⁴ Richtlijn 2005/71/EG van de Raad van 12 oktober 2005 betreffende een specifieke procedure voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op wetenschappelijk onderzoek.

⁹⁵ Richtlijn 2009/50/EG van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met hoog op een hooggekwalificeerde baan.

⁹⁶ Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming.

⁹⁷ Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen.

⁹⁸ Richtlijn 2011/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende één enkele aanvraagprocedure voor een gecombineerde vergunning voor onderdanen van derde landen om te verblijven en te werken op het grondgebied van een lidstaat, alsmede inzake een gemeenschappelijk pakket rechten voor werknemers uit derde landen die legaal in een lidstaat verblijven.

⁹⁹ Zie: Registers en kaarten.

Artikel 12 van de 'single permit' richtlijn biedt een recht op gelijke behandeling onder andere bij arbeidsvoorwaarden, toegang tot opleiding en beroepsopleiding, belastingvoordelen en toegang tot goederen en diensten. Verschillen in behandeling bij toegang tot bankzaken of toegang tot uitleenrechten in een videotheek bijvoorbeeld, zouden hier kunnen onder vallen.

Tegelijk zien we dat dit recht op gelijke behandeling opnieuw beperkt wordt. Zo mogen de lidstaten de toegang tot onderwijs beperken voor werknemers die in loondienst zijn of zijn geweest en mogen ze aan studenten een studielening weigeren. Van echte gelijkheid is voorlopig geen sprake.

d) **De gelijkheidsbepalingen in de migratierichtlijnen hebben een gelijkaardige structuur**

Elke non-discriminatiebepaling uit de migratierichtlijnen apart bespreken zou ons te ver leiden. Wel valt op dat de bepalingen een 'gelijkaardige structuur' hebben waar we nu dieper op ingaan.

Gelijkheidsbepalingen geven aanspraak op gelijke behandeling van eigen onderdanen of van eigen onderdanen en legaal verblijvende derdelanders

Deze vaststelling roept meteen een aantal bedenkingen op. Een eerste bedenking is dat een vergelijking met één of andere groep tegelijk een verschil in niveau van bescherming impliceert. Verder is het onduidelijk wat de term 'legaal verblijvende derdelanders' precies dekt. We zagen immers dat zeker vijf verschillende richtlijnen betrekking hebben op vijf verschillende groepen legaal verblijvende derdelanders. Tot slot is onduidelijk of gelijke behandeling alleen 'directe' vormen van gelijke behandeling inhoudt of ook 'indirecte' vormen? Dat laatste zou de draagwijdte van de gelijkheidsbepalingen uit de migratierichtlijnen veel groter maken.

Gelijkheidsbepalingen duiden een reeks domeinen aan waarin gelijke behandeling plaatsvindt

Deze domeinen verschillen per richtlijn maar een aantal van hen komt geregeld terug:

- toegang tot arbeid en arbeidsvoorwaarden, salaris- en ontslagbescherming inbegrepen
- vrijheid van vereniging, lidmaatschap van werknemers- en werkgeversorganisaties
- beroepskeuzebegeleiding en arbeidsbemiddeling
- erkenning van beroepskwalificaties
- onderwijs- en beroepsopleiding
- publieke goederen en diensten
- sociale voorzieningen
- gezondheidszorg
- fiscale voordelen
- studietoelagen
- huisvesting

Gelijkheidsbepalingen bevatten kwalificaties en beperkingen op die gelijke behandeling

De opsomming van deze kwalificaties en beperkingen¹⁰⁰ is niet in elke richtlijn als zodanig terug te vinden, maar geeft wel een indruk over het soort beperkingen. Zo wordt bijvoorbeeld toegang tot de arbeidsmarkt toegestaan behalve voor beroepen die gepaard gaan met het uitoefenen van openbaar gezag. Sommige bepalingen laten toe dat de lidstaten voorrang geven aan EU- en EER-burgers. Dan weer bevat de bepaling de woorden 'overeenkomstig het nationale recht of overeenkomstig nationale procedures'. In dit geval hebben de lidstaten de ruimte om zelf te bepalen over welke voorzieningen het gaat¹⁰¹.

e) Migratierichtlijnen werken volgens een hiërarchie van verblijfsstatussen

Studenten en gezinsleden van derdelanders genieten niet of nauwelijks van gelijke behandeling

De hiërarchie van verblijfsstatussen bij derdelanders valt extra op als we derdelanders vergelijken met EU-burgers en hun familieleden. Zo bevat de richtlijn voor studenten eigenlijk geen gelijkheidsbepalingen. De gezinsherenigingsrichtlijn biedt voor een beperkt aantal domeinen gelijke behandeling van gezinsleden van derdelanders. Domeinen als sociale zekerheid, arbeid en fiscale voordelen zijn voor hen uitgesloten. Bovendien hebben gezinsleden maar recht op gelijke behandeling in verhouding tot de derdelander die hen heeft binnengehaald. Zij worden niet vergeleken met nationale onderdanen of met legaal verblijvende derdelanders.

Enige verbetering valt te verwachten met de 'single permit' richtlijn. Van zodra studenten en gezinsleden van derdelanders mogen werken, kunnen zij aanspraak maken op deze richtlijn. Dat zou een aanzienlijke verbetering van hun statuut betekenen.

Gunstige regimes voor langdurig ingezetenen, erkende vluchtelingen en mensen met subsidiaire bescherming

Niet alle rechten die aan vluchtelingen worden toegekend, behoren ook toe aan de personen die de subsidiaire bescherming verkregen. Met de herziening van de kwalificatierichtlijn door richtlijn 2011/95¹⁰², werden die verschillen grotendeels weggewerkt.

¹⁰⁰ Opsomming van beperkingen en kwalificaties: inhoud voorzieningen bepaald overeenkomstig nationaal recht; nationale procedure van toepassing; beperkingen i.v.m. uitoefening openbaar gezag (arbeid); vanwege openbare orde/veiligheid; voorrang EU- EER-burgers (arbeid); beperkingen sociale zekerheid of bijstand tot 'belangrijkste prestaties'; termijnen; geen toegang tot beroepsopleiding in het kader van bijstand; taal- of andere toelatingseisen (toegang tot hoger onderwijs); maximum aantal arbeidsuren (studenten); uitsluiting van studiefinanciering (werkende derdelanders).

¹⁰¹ Zie ook HvJEU, Kamberaj v. Italië, op.cit.

¹⁰² Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011

inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming.

Ver doorgedreven gelijke behandeling voor arbeidsmigranten, onderzoekers en kennismigranten

Arbeidsmigranten, onderzoekers en kennismigranten maken op een veel groter aantal domeinen aanspraak op gelijke behandeling, onder meer in het domein van de sociale zekerheid.

f) Migratierichtlijnen streven verschillende doelen na

Naast verschillende niveaus van gelijke behandeling bevatten de migratierichtlijnen ook verschillende doelstellingen. In de preambules van de richtlijnen komen twee hoofddoelstellingen naar voor: enerzijds richtlijnen die de 'integratie van derdelanders' willen bewerkstelligen zoals de richtlijn gezinshereniging, de richtlijn langdurig ingezetene en ook wel de 'single permit' richtlijn. Anderzijds richtlijnen die als doel hebben derdelanders aan te trekken die van de Europese Unie een 'competitieve kenniseconomie', een hoogstaand centrum voor onderzoek en onderwijs willen maken. Deze doelstelling vinden we terug in de 'blue card' richtlijn voor kennismigranten en in de richtlijn voor studenten en onderzoekers.

Toch is er niet altijd een directe relatie tussen de doelstelling en de graad van bescherming. Zo blijkt dat de gezinsherenigingsrichtlijn, net als de richtlijn langdurig ingezetene, integratie nastreeft maar toch een lager niveau van gelijke behandeling biedt. Ook de studenten worden minder door de gelijkheidsbepalingen beschermd dan de kennismigranten.

Recht op gelijke behandeling hangt af van de combinatie van verblijfsduur en de mate van deelname aan het economisch leven. Hoe langer de periode van legaal verblijf en hoe nuttiger voor de Europese arbeidsmarkt, hoe groter het recht op gelijke behandeling.

2.2.4. Hoe gerechtvaardigd zijn die verschillen in behandeling van derdelanders?

Grondnorm is dat gelijkheidsbepalingen verenigbaar moeten zijn met wat is neergelegd in de mensenrechtenverdragen. Dat betekent dat verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut, die in wezen neerkomen op verschillen in behandeling op grond van ras of etniciteit, verboden moeten zijn of minstens zeer strikt getoetst moeten worden. Dat blijkt uit de rechtspraak van EHRM¹⁰³.

Ook de preambules van de verschillende migratierichtlijnen benadrukken dat de richtlijnen in overeenstemming moeten zijn met de grondrechten waaronder het verbod van discriminatie op grond van ras en etniciteit.

Verder kunnen verschillen in behandeling niet in zaken die handelen over directe toegang tot mensenrechten. In de zaak Ponomaryovi¹⁰⁴ bijvoorbeeld oordeelt het EHRM dat het recht op onderwijs zodanig beschermd is door het EVRM en dat je mensen bij de toegang

¹⁰³ E. Bribosia, op.cit.

¹⁰⁴ EHRM, op.cit.

tot dit recht niet ongelijk kan behandelen. Ook de aard van het fundamentele mensenrecht is dus van belang¹⁰⁵.

Toch dekken de EU-richtlijnen heel wat verschillen in behandeling bij derdelanders. Deze zijn dan niet terug te brengen tot verschillen in behandeling op grond van ras of etniciteit. Of ze geven niet meteen direct toegang tot een mensenrecht. Toegang tot goederen of diensten bijvoorbeeld of toegang tot bepaalde delen van de sociale zekerheid vallen niet onder de reikwijdte van artikel 14 EVRM.

2.2.5. Besluit

Als er geen link is met mensenrechten, is er meer ruimte voor de lidstaten en voor de Europese Unie om verschillen in behandeling te rechtvaardigen. Blijft natuurlijk de vraag wat die rechtvaardigingen kunnen zijn. De verantwoording voor verschillen in behandeling wordt doorgaans gevonden in de verantwoordelijkheid van elke staat voor zijn eigen onderdanen en in een evenwicht tussen rechten en plichten van staatsburgers binnen een gemeenschap.

Deze gedachte wordt wel doorbroken als derdelanders in een andere lidstaat gaan bijdragen aan de economie en deel uitmaken van de samenleving. Zowel de territoriale aanwezigheid als de participatie in het economische en sociale verkeer vormen allicht gronden voor de doorbreking van die verantwoordelijkheidsgedachte en dus gronden voor gelijke behandeling van derdelanders. Langdurig verblijf en participatie zien we trouwens terugkomen in de richtlijn voor langdurige ingezetene, in de 'single permit' richtlijn en in de gelijke behandeling van economische migranten.

Let wel, als langdurig verblijf en economische participatie de criteria zijn voor gelijke behandeling, dan is het misschien ook gerechtvaardigd om mensen verschillend te behandelen. Namelijk in situaties waar het verblijfsrecht van korte duur is en waar de derdelander niet bijdraagt aan de economie. Bovendien blijft het niveau van gelijke behandeling beperkt, ook bijvoorbeeld in de richtlijn voor langdurig ingezetene. Hier kunnen we op grond van de criteria langdurig verblijf en economische participatie wel de vraag stellen of die beperkingen nog gerechtvaardigd zijn?

Andere mogelijk objectieve, redelijke gronden om sommige derdelanders gunstiger te behandelen dan anderen vinden we in de doelstelling van de richtlijnen, namelijk de integratie bevorderen en economisch nuttige en hoog gekwalificeerde migranten aantrekken. Lidstaten mogen de ruimte hebben om zelf te bepalen welke mensen ze willen aantrekken en wat ze bieden om deze mensen hier te krijgen. Hier is de rechtvaardigingsvraag: is gelijke behandeling effectief? Bewerkstelligt gelijke behandeling bijvoorbeeld de integratie of krijgt iemand maar recht op gelijke behandeling als hij geïntegreerd is?

Kortom, verschillen in behandeling van derdelanders met legaal verblijf kunnen alleen als de mensenrechten gerespecteerd zijn en er een rechtvaardige grond is voor de verschillen in behandeling. Alleen binnen die beperkte ruimte kunnen instrumentele doelstellingen verschillen in behandeling verantwoorden.

¹⁰⁵ E. Bribosia, op.cit.

HOOFDSTUK 3: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN DE BELGISCHE GRONDWET EN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET GRONDWETTELIJK HOF.

Schriftelijke weergaven van de mondelinge uiteenzettingen van Bernadette Renauld, referendaris Grondwettelijk hof & van Matthieu Lys, onderzoeker aan de afdeling Publiek Recht van de UCL en advocaat bij de balie van Brussel

Anders dan in de hoofdstukken 1 en 2, is dit hoofdstuk niet opgebouwd uit twee aparte delen. Het staat volledig in het teken van het principe van gelijkheid en non-discriminatie volgens de Belgische Grondwet (hierna: GW) en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

In haar inleiding beschrijft Bernadette Renauld de draagwijdte van de drie bepalingen die het principe van gelijkheid en non-discriminatie in de GW vastleggen, namelijk de artikelen 10, 11 en 191 GW, zowel in het algemeen als specifiek voor wat betreft vreemdelingen.

Matthieu Lys vult aan met een interessante beschouwing over het spanningsveld tussen de soevereiniteit van een staat en het respect voor mensenrechten om daarna inzicht te geven in de wijze waarop het Grondwettelijk Hof hiermee omgaat. Daarna bespreekt hij een aantal arresten van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf.

Hij wordt op zijn beurt weer aangevuld door Bernadette Renauld die dieper ingaat op de rechtspraak over verschillen in behandeling tussen vreemdelingen met verschillend verblijfsstatuut.

3.1. Het grondwettelijk principe van gelijkheid en non-discriminatie

Het Grondwettelijk Hof toetst wetten, decreten en ordonnanties aan de grondwet en aan de bevoegdheidsverdelende regels. Dat betekent dat de Belgische wetgever geen normen mag aannemen die in strijd zijn met de artikelen 10¹⁰⁶, 11¹⁰⁷ en 191¹⁰⁸ GW, de drie grondwettelijke bepalingen over gelijkheid en non-discriminatie in het algemeen én tussen Belgen en vreemdelingen.

Belangrijk is dat de drie grondwetsartikelen bepalen hoe de wettelijke norm zich moet verhouden tot een individu of groep van individuen. Zij bepalen dus niets over de verhoudingen tussen individuen onderling. Anders gezegd, deze grondwettelijke bepalingen richten zich tot de publieke overheden die de normen opleggen. Hoewel deze grondwetsartikelen voorschrijven dat deze normen geen discriminatie mogen inhouden van de verschillende categorieën onderdanen, hebben ze toch geen praktische waarde in de strijd tegen discriminatie van individuen onderling. Zo bieden de non-discriminatiebepalingen uit de antidiscriminatiewetten,- decreten en –ordonnanties bijvoorbeeld geen antwoord op de vraag of een bankinstelling aan een vreemdeling mag weigeren om een bankrekening te openen. Dit soort non-discriminatiebepalingen verplicht

¹⁰⁶ Art.10 van de GW: Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld. De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd.

¹⁰⁷ Art.11 GW: het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.

¹⁰⁸ Art.191 GW: Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.

particulieren onderling niet te discrimineren en legt een 'horizontaal' verbod op discriminatie op. Dit wordt belicht in hoofdstuk 4¹⁰⁹ van deze paper.

Elke macht wordt gecontroleerd door een rechter. Het Grondwettelijk Hof controleert of aangenomen en van kracht zijnde wetten, decreten en ordonnanties verenigbaar zijn met de Grondwet en de internationale verdragen. De Raad van State geeft advies over de grondwettelijkheid van wetten, decreten, ordonnanties en ontwerpen van besluiten. Daarnaast controleert de Raad van State ook de wettigheid en grondwettigheid van aangenomen en van kracht zijnde bestuurshandelingen.

In deze bijdrage beperken we ons tot de grote lijnen van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen en tussen vreemdelingen onderling. De interpretatie van de artikelen 10, 11 en 191 GW door de andere interne rechtsinstanties sluit nauw aan bij de interpretatie van het Grondwettelijk Hof.

De artikelen 10 en 11 GW hebben een 'algemene' draagwijdte. Zij verbieden elke vorm van discriminatie, zoals discriminatie op grond van nationaliteit, verblijfstitel, gezinssamenstelling en sociaal statuut. Er bestaat geen limitatieve lijst met criteria die *a priori* altijd verboden zijn.

Als we de tekst van de artikelen 10 en 11 GW lezen, lijkt het alsof alleen de Belgen gelijk zijn voor de wet en alsof deze dus alleen van toepassing zijn bij discriminatie tussen Belgen. Maar het is al geruime tijd zo dat we bij lezing van de artikelen 10 en 11 GW niet langer mogen vasthouden aan de letter van de Grondwet.

Artikel 191 GW daarentegen heeft een 'bijzondere' draagwijdte, want het artikel verbiedt alleen discriminaties tussen Belgen en vreemdelingen. Artikel 191 GW kan dus niet gebruikt worden bij verschillen in behandeling tussen twee of meerdere categorieën van vreemdelingen onderling. In dit laatste geval gelden alleen de artikelen 10 en 11 GW.

Bij lezing van artikel 191 GW lijkt het alsof de wetgever om het even welke discriminatie tussen Belgen en vreemdelingen kan invoeren. Ook dat klopt niet, want het Hof oordeelde dat artikel 191 GW de wetgever niet vrijstelt om verschillen in behandeling te rechtvaardigen¹¹⁰. Dit betekent dat bij toetsing aan artikel 191 GW het Hof wel degelijk controleert of er een objectieve rechtvaardiging is voor de verschillen in behandeling.

Artikel 191 GW voegt in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof bijgevolg niets wezenlijk toe, want bij toepassing ervan voert het Hof dezelfde controle uit als bij de artikelen 10 en 11 GW. Ook deze artikelen verbieden verschillen in behandeling zonder objectieve, redelijke rechtvaardiging.

Hieruit volgt dat niet elk verschil in behandeling automatisch een discriminatie is. Volgens het Hof is er alleen sprake van discriminatie als de 'objectieve rechtvaardiging' voor een verschil in behandeling ontbreekt. 'Objectieve rechtvaardiging' is dus hét controlemiddel bij uitsteking voor het Hof.

¹⁰⁹ Zie: Het gelijkheidsprincipe in de Belgische Antiracismewet, Hoofdstuk 4.

¹¹⁰ GwH., meer bepaald de arresten met nrs. 8/2008, 17/2009, 59/2009 en 69/2010.

Bij het onderzoek naar de schending van het gelijkheidsprincipe geeft het Hof doorgaans antwoord op volgende vragen:

1. Bevinden de categorieën die verschillend behandeld worden zich in vergelijkbare situaties ten opzichte van de bestreden norm?
2. Welk doel heeft de betrokken wetgever met deze norm voor ogen?
3. Is het verschil in behandeling gebaseerd op een objectief criterium?
4. Is het verschil in behandeling gebaseerd op een pertinent criterium in verhouding tot het beoogde doel van de norm?
5. Is de maatregel doeltreffend?
6. Staat het nadeel van de maatregel voor de betrokken categorie in verhouding tot het voordeel dat de wetgever in het algemeen belang nastreeft? Dit is het zogeheten proportionaliteitsonderzoek.

Kortom, het Hof onderzoekt hier zowel de pertinentie van het criterium als de proportionaliteit van de maatregel.

Op analoge wijze redeneert en motiveert het Hof bij het onderzoek naar een redelijke, objectieve verantwoording voor 'gelijke' behandeling van niet-vergelijkbare situaties. Ook bij dergelijk onderzoek zal het Hof de pertinentie van het criterium voor gelijke behandeling van verschillende categorieën onderzoeken, evenals de proportionaliteit van de maatregel.

Interessant is dat de artikelen 10 en 11 GW een enorm potentieel hebben. Ze kunnen gecombineerd worden met om het even welk ander artikel uit de Grondwet of met bepalingen uit het internationaal recht, waaronder de mensenrechtenverdragen voor zover België die ratificeerde. Dit is onder meer het geval voor het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de Europese verdragen en richtlijnen, de VN-verdragen en het Verdrag voor de Rechten van het Kind.

Het Hof kan het respect van de Belgische wetgevers voor het geheel van fundamentele rechten controleren. Zo oordeelt het Hof geregeld dat de schending van een fundamenteel recht *ipso facto* een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel inhoudt.

3.2. Welk soort verschillen in behandeling?

Het thema 'vreemdelingen en verschillen in behandeling' overstijgt het vreemdelingenrecht als zodanig en raakt de kern van de tegenstelling gelijkheid-diversiteit en meteen ook de kern van de tegenstelling in onze westerse staten. Die steunen enerzijds op mensenrechten terwijl ze anderzijds vreemdelingen zonder papieren niet op dezelfde manier kunnen of willen behandelen als eigen onderdanen.

Bij verschillen in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen en tussen vreemdelingen onderling voelen we meteen die spanning tussen de soevereiniteit van de staat en de eerbiediging van mensenrechten. Dit zowel in de rechten voor vreemdelingen als in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

In vele opzichten is het vreemdelingenrecht een recht van uitzonderingen. Zo zijn vreemdelingen onderworpen aan een bijzonder rechtsregime, namelijk het vreemdelingenrecht, een rechtstak bestaande uit een geheel van maatregelen om de binnenkomst van vreemdelingen op het nationale grondgebied te beperken en te

controleren. Deze migratiecontrole is op haar beurt kenmerkend voor de soevereiniteit van een staat. Die spanning tussen nationale soevereiniteit en respect voor mensenrechten vinden we ook terug in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Alvorens de grote lijnen van deze rechtspraak te analyseren, verduidelijken we eerst welke categorieën van personen of situaties we met elkaar vergelijken.

Volgens het Grondwettelijk Hof is discriminatie een verschil in behandeling dat niet objectief kan gerechtvaardigd worden. We kunnen maar spreken van verschillen in behandeling als we twee groepen met elkaar kunnen vergelijken.

De eerste voor de hand liggende vergelijking is die tussen Belgen en vreemdelingen in legaal of irregulier verblijf.

Een andere vergelijking is die tussen vreemdelingen onderling, volgens hun verblijfstitel. België kent een grote verscheidenheid aan verblijfsstatuten voor vreemdelingen¹¹¹, zoals bijvoorbeeld gevestigde vreemdelingen, vreemdelingen gemachtigd tot beperkt verblijf, asielzoekers, vreemdelingen gemachtigd tot verblijf op grond van medische redenen, enzovoort. Allemaal hebben zij verschillende rechten verbonden aan hun verblijfsstatuut. Verschillen in behandeling van twee categorieën van vreemdelingen met een verschillende legale verblijfstitel komen bijgevolg zeer vaak voor. Als de ene verblijfstitel meer rechten geeft dan de andere, kan er sprake zijn van discriminatie. Ook hierover velde het Grondwettelijk Hof een aantal arresten.

In het licht van deze overwegingen moet benadrukt worden dat het nationaliteitscriterium niet of in ieder geval niet noodzakelijk het criterium is dat gebruikt wordt in het kader van de verschillen in behandeling die we zullen analyseren.

Die opmerking is belangrijk. In hoofdstuk 1 lezen we dat het EHRM het criterium nationaliteit als 'verdacht criterium' beschouwt¹¹². Daarom vereisen verschillen in behandeling louter op grond van nationaliteit zeer zwaarwichtige redenen om de ongelijkheid te rechtvaardigen¹¹³. Net als het EHRM gaat ook het Grondwettelijk Hof in dat geval strikter controleren.

Toch zijn volgens het Grondwettelijk Hof de criteria van de verblijfstitel of het verblijfsstatuut niet noodzakelijk 'verdachte' criteria. De controle die het Hof op deze criteria zal uitoefenen zal daarom minder strikt zijn.

3.3. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling op grond van legaal of irregulier verblijf.

Eerder zagen we dat bij verschillen in behandeling tussen vreemdelingen in legaal en irregulier verblijf de grondwetsartikelen 10 en 11 van toepassing zijn terwijl bij verschillen in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen in irregulier verblijf ook artikel 191 GW van toepassing is.¹¹⁴

¹¹¹ Zie: Registers en kaarten.

¹¹² Zie: Hoe oordeelt het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit?, Hoofdstuk 1.

¹¹³ S. Van Drooghenbroeck, 'La convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', 2002-2004, vol. 2, Brussel, Larcier, 2006, p. 131, nr. 483.

¹¹⁴ Zie: Het grondwettelijk principe van gelijkheid en discriminatie, Hoofdstuk 3.

Om te vermijden dat het Hof het middel onontvankelijk verklaart, is het belangrijk dat we voor het Hof duidelijk moeten aantonen met welke categorie we de benadeelde partij vergelijken. In een arrest van 27 juli 2001 bijvoorbeeld had verzoeker dit nagelaten. De verzoekende partij in deze zaak waren de ngo's ADDE, CIRE, Liga voor de Mensenrechten en Vluchtelingenwerk Vlaanderen. Zij hadden een beroep ingediend tegen een mogelijk discriminerend wetsartikel over de toegang tot materiële hulp voor asielzoekers. Verzoekers hadden niet verduidelijkt met welke categorie zij de betrokken asielzoekers vergeleken. Daarom verklaarde het Hof het middel onontvankelijk.¹¹⁵

De vraag of verschillen in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf discriminerend zijn, is erg delicaat omdat precies het verblijfsstatuut van een vreemdeling bepalend is voor zijn toegang tot tal van andere rechten zoals de mensenrechten. Alles hangt dus af van de heersende migratiepolitiek. In dit opzicht moet opgemerkt worden dat het Grondwettelijk Hof een belangrijke beoordelingsvrijheid laat aan de wetgever.

Bij lezing van de rechtspraak van het Hof stellen we vast dat ongelijkheden met betrekking tot 'procedurele rechten' veel strikter gecontroleerd worden dan ongelijkheden met betrekking tot 'materiële rechten'.¹¹⁶ In het eerste geval voert het Hof een 'zeer zorgvuldige controle' door. In het tweede geval is deze controle veel minder strikt waardoor het Hof de wetgever een ruime appreciatiemarge geeft om zijn migratiepolitiek te voeren.

3.3.1. De grondwettelijkheidscontrole van het Hof

a) Kan de situatie van vreemdelingen in irregulier verblijf vergeleken worden met de situatie van legale verblijvers?

Vreemdelingen met een legale verblijfstitel en nationale onderdanen bevinden zich in een compleet andere situatie dan vreemdelingen zonder legale verblijfstitel. Hier zou het Hof bijvoorbeeld kunnen besluiten dat die twee categorieën niet te vergelijken zijn.

In een arrest van 5 juni 2002 lezen we het standpunt van het Hof over de vergelijkbaarheid van die twee categorieën. De zaak handelt over de Belgische wetgever die asielzoekers, die een beroep hadden ingediend bij de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, de gewezen Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen of de Raad van State, anders behandelt dan vreemdelingen die een aanvraag tot erkenning van staatloosheid hadden ingediend of een regularisatieverzoek op grond van artikel 9,§3 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: wet van 15 december 1980).

Asielzoekers behouden in afwachting van de beroepsbeslissing hun verblijfsrecht terwijl vreemdelingen die een aanvraag tot erkenning van staatloosheid hebben ingediend net als regularisatieaanvragers geen verblijfsrecht hebben. De eerste groep kon genieten van maatschappelijke dienstverlening voor de duur van zijn beroep, de tweede groep niet. Op de vraag of beide groepen met elkaar kunnen vergeleken worden, stelt het Hof: "*deze vreemdelingen hebben enerzijds gemeen dat ze een bevel om het grondgebied te verlaten*

¹¹⁵ GwH, 27 juli 2011, nr. 135/2011, pt. B.12.5.

¹¹⁶ D. VANHEULE, S. BOUCKAERT, M.-Cl. FOGLETS, "Grondrechten van vreemdelingen: de toepassing van artikel 191 van de Grondwet door het Arbitragehof", in A. ALEN e.a., Twintig Jaar Arbitragehof, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 112-114.

*gekregen hebben en anderzijds dat ze er belang bij hebben te genieten van maatschappelijke dienstverlening voor de duur van hun beroepsprocedure of hun verzoek. Zij moeten bijgevolg beschouwd worden als zijnde in een vergelijkbare situatie in verhouding tot artikel 10 en 11 van de Grondwet*¹¹⁷.

Het Hof beslist dus dat de groep van vreemdelingen in irregulier verblijf kan vergeleken worden met de groep van mensen in legaal verblijf en verruimt daardoor zijn controlebevoegdheid.

b) **Is het doel van de wetgever bij verschillen in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf, legitiem?**

Veelal zijn verschillen in behandeling ten nadele van vreemdelingen zonder papieren door de wetgever bedoeld als controlemiddel op binnenkomst en verwijdering van het grondgebied. Is die migratiecontrole volgens het Grondwettelijk Hof een legitiem doel?

Uit zijn rechtspraak blijkt dat het Hof niet echt onderzoekt of dit doel legitiem is. De aanwezigheid van een doel volstaat, ook al kan over migratiecontrole als legitiem doel heel wat gediscussieerd worden. Is dergelijke migratiepolitiek aanvaardbaarheid vanuit bijvoorbeeld ethisch, ideologisch of economisch oogpunt?

Het Hof neemt geen risico's en spreekt zich hierover niet uit omdat dit eerder een politieke dan juridische kwestie is. Het Hof neemt bewust niet deel aan sociale, politieke of ethische debatten en aanvaardt de migratiecontrole als statelijk doel en bijgevolg ook de verschillen in behandeling als middel om dat doel te bereiken.

Dirk Vanheule, advocaat en professor aan de Rechtsfaculteit van Antwerpen, vatte dit als volgt samen: "*Het Grondwettelijk Hof schrijft zich in in de gecontroleerde migratiepolitiek en aanvaardt dat maatregelen genomen worden*", bijvoorbeeld "*om de vreemdelingen zonder legaal verblijf te verplichten het grondgebied te verlaten*"¹¹⁸

In zijn arrest van 30 oktober 2001 vat het Hof zijn standpunt hierover goed samen: "*het komt toe aan de wetgever een politiek te voeren over de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en vanuit dit oogpunt, met respect van het principe van gelijkheid en non-discriminatie, te voorzien in de noodzakelijke maatregelen die met name bijdragen tot de vaststelling van de voorwaarden volgens dewelke het verblijf van vreemdelingen in België legaal is of niet. Het feit dat er een verschil in behandeling uit voortvloeit tussen vreemdelingen is het logische gevolg van de uitvoering van de genoemde politiek.*"¹¹⁹

Volgens het Hof zijn verschillen in behandeling volgens het al dan niet wettelijk karakter van het verblijf op zich niet onwettig. Het aanvaardt een migratiecontrole en het aanvaardt ook dat het verblijfsrecht en het recht op maatschappelijke dienstverlening gebruikt worden als instrumenten van die migratiepolitiek.

¹¹⁷ GwH, 5 juni 2002, nr. 89/2002, pt. B.5.

¹¹⁸ D. Vanheule, 'L'égalité dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle relative aux étrangers', in *L'Étranger face au droit*, op.cit., p. 220.

¹¹⁹ GwH, 30 oktober 2001, nr. 131/2001, pt. B.2.2.

c) Hoe voert het Hof zijn proportionaliteitsonderzoek?

Het zwaartepunt van de controle door het Grondwettelijk Hof ligt in het proportionaliteitsonderzoek van de betwiste maatregel. Hier maakt het Hof in zijn rechtspraak een onderscheid tussen de erkenning van procedurele rechten en de erkenning van materiële, fundamentele rechten van vreemdelingen in irregulier verblijf.

Rechtspraak over verschillen in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf voor wat betreft hun procedurele rechten.

Het Hof voert hier een uiterst zorgvuldige controle uit¹²⁰ en beschouwt doorgaans alle wettelijke bepalingen die de procedurerechten van vreemdelingen in irregulier verblijf beperken ten opzichte van Belgen of legaal verblijvende vreemdelingen, als discriminerend. Daarmee toont het Hof aan hoezeer het gehecht is aan het principe van de rechtsstaat en aan de effectieve bescherming van vreemdelingen tegen misbruiken van de overheid.¹²¹

Een greep uit de rechtspraak van het Hof.

In een **arrest van 18 maart 1997**¹²² controleerde het Hof via de artikelen 10 en 11 GW of de garanties van artikel 144 GW¹²³ niet willekeurig ontnomen waren aan vreemdelingen.

In een **arrest van 14 juli 1994** vernietigde het Hof een wettelijke bepaling die aan de Raad van State de mogelijkheid ontnam om een beslissing van het Commissariaat-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen te schorsen, zelfs als betrokkene bij terugkeer naar het herkomstland het risico op onmenselijke of vernederende behandeling inriep. Het Hof oordeelde dat de loutere mogelijkheid om een annulatieberoep bij de Raad van State in te dienen, niet toeliet om van een effectief beroep te spreken omdat de lange proceduretermijnen het onmogelijk maakten om op tijd een arrest te krijgen.¹²⁴

Het Grondwettelijk Hof ontvangt vorderingen tot nietigverklaring van non-profitorganisaties met als maatschappelijk doel de rechten van vreemdelingen en mensen zonder papieren te beschermen.¹²⁵ Hiermee verleent het Hof aan vreemdelingen zonder legaal verblijf de mogelijkheid om via ngo's wettelijke normen die hen benadelen aan te vechten. Ook al beslissen deze vreemdelingen, bij gebrek aan stemrecht, niet mee over de normen die de wetgever opstelt. Dit versterkt de procedurele gelijkheid van vreemdelingen in irregulier verblijf.

Rechtspraak over verschillen in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf voor wat betreft het genot van hun materiële en fundamentele rechten.

We stellen vast dat het Grondwettelijk Hof doorgaans oordeelt dat de overheidsinmenging bij materiële rechten van vreemdelingen in irregulier verblijf proportioneel is. Het Hof geeft

¹²⁰ D. Vanheule, S. Bouckaert, M.-CL. Foblets, Grondrechten van vreemdelingen: de toepassing van artikel 191 van de Grondwet door het Arbitragehof, in A. ALEN e.a., Twintig jaar Arbitragehof, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 112-114.

¹²¹ D. VANHEULE, 'De positie van de vreemdeling in de Grondwet', in De Grondwet in groothoekperspectief, Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque, B. PEETERS en J. VELAERS (éds.), Intersentia, 2007, p. 502.

¹²² GwH, 18 maart 1997, nr. 14/97.

¹²³ Art. 144 GW: Geschillen over burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken.

¹²⁴ GwH, 14 juli 1994, nr. 61/94, pt. B.5.9.6 en volgende.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld GwH, 4 maart 1993, nr. 20/93; GwH, 14 juli 1994, nr. 61/94 en GwH, 17 december 1997, nr. 77/97.

de Belgische wetgever veel ruimte bij de keuze van maatregelen om de migratie te controleren.

Het is onmogelijk om een volledig overzicht te geven van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in deze materie. Daarom beperken we ons tot twee voorbeelden waar het Hof een verschil in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf aanvaardt, maar de bestreden norm lichtjes aanpast. Het eerste voorbeeld handelt over de opsluiting van vreemdelingen in irregulier verblijf. Voorbeeld twee gaat over het recht op maatschappelijke dienstverlening van vreemdelingen in irregulier verblijf.

Rechtspraak over administratieve opsluiting van vreemdelingen in irregulier verblijf

Alleen vreemdelingen in irregulier verblijf kunnen aangehouden en opgesloten worden zonder dat ze ervan verdacht worden een strafrechtelijk feit gepleegd te hebben. Dit is een verschil in behandeling ten nadele van vreemdelingen in irregulier verblijf in vergelijking met alle andere categorieën. Is dit verschil in behandeling in strijd met het grondwettelijk gelijkheidsprincipe, namelijk met de artikelen 10, 11 en 191 GW, gecombineerd met artikel 12 GW en artikel 5 EVRM?

In zijn **arrest van 14 juli 1994** beoordeelde het Hof de grondwettelijkheid van een wettelijke bepaling die het mogelijk maakte een vreemdeling in irregulier verblijf op te sluiten, ook al werd de vreemdeling niet verdacht van een strafrechtelijke inbreuk en betekende hij geen gevaar voor de openbare orde.

Het antwoord van het Hof luidde als volgt : *"De bekritiseerde bepaling past in een geheel van maatregelen om het hoofd te bieden aan de toename van de aanvragen die van meet af aan ongegrond lijken. De vasthouding op een bepaalde plaats heeft betrekking op een categorie van vreemdelingen, namelijk de vreemdelingen wier aanvraag door de Minister of diens gemachtigde werd verworpen wegens één van de gronden van kennelijke niet-ontvankelijkheid of kennelijke ongegrondheid waarin artikel 52 van de wet voorziet. De maatregel beoogt te vermijden dat zij in de clandestiniteit terechtkomen, waardoor zij onvindbaar zouden worden en hun verwijdering van het grondgebied zou worden verhinderd. Hij brengt een evenwicht tot stand tussen de zorg de definitief geworden beslissingen van niet-ontvankelijkheid ten uitvoer te brengen en de noodzaak om aan hen die het dringende en schorsende beroep hebben ingesteld waarin artikel 63/2 van de wet van 15 december 1980 voorziet, de mogelijkheid te bieden in België te blijven tijdens het onderzoek van dat beroep. Wegens de bijzondere omstandigheden die er aan ten grondslag liggen, maakt de maatregel op de bewegingsvrijheid van diegenen die hem ondergaan geen inbreuk die onevenredig zou zijn."*¹²⁶

Verder stelt het Hof dat betrokkene tegen zijn opsluiting in beroep kan gaan bij de raadkamer van de rechtbank van eerste aanleg. Het Hof oordeelde dat de aantasting van de individuele vrijheid van vreemdelingen in irregulier verblijf niet disproportioneel is, ook al beperkt de opdracht van de raadkamer zich strikt tot een legaliteitscontrole van de opsluiting.

Hieruit blijkt dat het Hof de wetgever behoorlijk wat ruimte geeft om zijn doel, namelijk de strijd tegen illegaliteit, te bereiken terwijl opsluiting in een gesloten centrum toch een zeer ernstige aantasting van de individuele vrijheid is.

¹²⁶ GwH, 14 juli 1994, nr. 61/94, pt. B.7.5.

Opvallend is wel dat het Hof, in zijn **arrest van 22 april 1998**, het principe van onbeperkte verlenging van deze detentie verboden heeft. Het Hof oordeelde dat deze maatregel niet in verhouding stond tot het nagestreefde doel.¹²⁷

Rechtspraak over het recht op maatschappelijke dienstverlening voor vreemdelingen in irregulier verblijf.

In dit domein van de sociale voorzieningen bestaat er heel wat rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Ook hier valt op hoe moeilijk het is een proportionaliteitscontrole op de betwiste maatregelen uit te voeren zonder te raken aan de migratiepolitiek van de wetgever.

De maatschappelijke dienstverlening aan vreemdelingen in irregulier verblijf in België is beperkt tot dringende medische hulp voorzien in artikel 57, §2 van de organieke OCMW-wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW-wet). De wetgever rechtvaardigt deze beperking op twee gronden. Ten eerste zouden extra sociale rechten illegale migratie aantrekken. Ten tweede zouden vreemdelingen die al irregulier op het grondgebied verblijven, aangezet worden om hier te blijven en geen gevolg te geven aan hun bevel om het grondgebied te verlaten.¹²⁸

In zijn **arrest van 29 juni 1994** bepaalt het Hof dat deze maatregel niet 'onredelijk' is in verhouding tot het nagestreefde doel van de wetgever¹²⁹. Dat zij dus geen onmenselijke behandeling inhoudt zodat België geen inbreuk maakt op zijn internationale engagementen inzake mensenrechten¹³⁰. Het Hof aanvaardt hier dus een zeer groot verschil in behandeling ten nadele van mensen in irregulier verblijf. Opnieuw stelt het Hof dat dit past in de heersende migratiepolitiek.

Het Grondwettelijk Hof volgt dit standpunt in al zijn arresten over maatschappelijke dienstverlening voor vreemdelingen in irregulier verblijf. Van het arrest van 13 maart 2002 tot en met een recent arrest van 2011. In het **arrest van 13 maart 2002**¹³¹ aanvaardt het Hof dat zelfs voor een bepaalde groep asielzoekers de maatschappelijke dienstverlening beperkt wordt tot dringende medische hulp. Het ging om asielzoekers die een annulatieberoep bij de Raad van State hadden ingediend tegen een beslissing om de meervoudige asielaanvraag 'niet in overweging te nemen'.¹³²

In het **arrest van 27 juli 2011**¹³³ bevestigt het Hof de grondwettelijkheid van de maatregel die stelt dat de toegang tot opvang in een open centrum opgeheven werd voor asielzoekers die een verzoek tot meervoudige asielaanvraag of een verzoek om machtiging tot voorlopig verblijf op grond van artikel 9ter hadden ingediend. Zij die er irregulier verblijven en er verder willen blijven moeten daarnaast aantonen dat ze in de medische onmogelijkheid zijn

¹²⁷ GwH, 22 april 1998, nr. 43/98, pt. B.24.

¹²⁸ Zie over dit onderwerp P. Schoukens, 'De illegale migrant en het recht op dringende gezondheidszorg: zoektocht naar een evenwichtige maatschappelijke dienstverlening', T. Gez., 2005-2006, p. 194.

¹²⁹ GwH, 19 juni 1994, nr. 51/94, pt. B.4.3.

¹³⁰ Ibid., pt. B.5.4.

¹³¹ GwH, 13 maart 2002, nr. 50/2002.

¹³² Dit arrest dateert uit de periode dat de Raad van State nog bevoegd was voor annulatieberoepen tegen beslissingen tot niet-inoverwegingname van een meervoudige asielaanvraag. Intussen is die bevoegdheid overgeheveld naar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

¹³³ GwH, 27 juli 2011, nr.135/2011.

om de opvangstructuur te verlaten. Hetzelfde geldt voor mensen die een verzoek tot erkenning als staatloze hebben ingediend.¹³⁴

Versoepelde rechtspraak bij medische onmogelijkheid tot terugkeer en bij minderjarige kinderen

Toch stellen we vast dat het Hof deze strikte houding lichtjes versoepelt. In bepaalde situaties oordeelde het Hof dat de beperking van maatschappelijk dienstverlening tot dringende medische hulp ongrondwettelijk was. Onder meer bij vreemdelingen die omwille van medische redenen onmogelijk naar het herkomstland konden terugkeren of bij minderjarige kinderen van vreemdelingen in irregulier verblijf.

In een **arrest van 30 juni 1999** oordeelt het Grondwettelijke Hof dat de beperking van artikel 57, §2 OCMW-wet discriminerend is als deze wordt toegepast op personen die omwille van medische redenen in de absolute onmogelijkheid zijn om gevolg te geven aan hun bevel om het grondgebied te verlaten. Als artikel 57, § 2 OCMW-wet wordt toegepast op vreemdelingen die omwille van medische redenen niet kunnen verwijderd worden en zich dus in een fundamenteel verschillende situatie bevinden dan vreemdelingen die wel kunnen verwijderd worden, dan behandelt deze maatregel twee fundamenteel verschillende categorieën op dezelfde manier zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging. Dat is, volgens het Hof, in strijd met het grondwettelijk gelijkheidsprincipe.¹³⁵

Dit is de eerste keer dat het Hof een opening laat op het principe dat vreemdelingen in irregulier verblijf enkel recht hebben op dringende medische hulp. Op die manier past het Hof de bestaande wetgeving lichtjes aan.

In het **arrest van 22 juli 2003**¹³⁶ stelde de rechter aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag over een mogelijk dubbele discriminatie bij de toepassing van artikel 57, § 2 OCMW-wet. Enerzijds zou het artikel een verschil in behandeling tussen minderjarige vreemdelingen in irregulier verblijf en alle andere minderjarigen in legaal verblijf tot stand brengen. Anderzijds zou het volwassenen in irregulier verblijf en minderjarigen in irregulier verblijf op dezelfde manier behandelen terwijl beide categorieën zich in essentieel verschillende situaties bevinden.

In zijn arrest zegt het Hof dat het in dit geval twee doelstellingen met elkaar wil verzoenen. Namelijk, volwassenen in irregulier verblijf niet aanmoedigen om hier te blijven en terzelfdertijd de bepalingen uit het Verdrag voor de Rechten van het Kind respecteren.¹³⁷ Daarom kan, aldus het Hof, maatschappelijke dienstverlening niet geweigerd worden aan een kind als het kind daardoor moet leven in erbarmelijke omstandigheden.

Het Hof zegt voor recht dat: *“Maatschappelijke dienstverlening moet kunnen worden toegekend onder de drievoudige voorwaarde dat de bevoegde overheden hebben vastgesteld dat de ouders hun onderhoudsplicht niet nakomen of niet in staat zijn die na te komen, dat vaststaat dat de aanvraag betrekking heeft op onontbeerlijke uitgaven voor de ontwikkeling*

¹³⁴ GwH, 5 juni 2002, nr. 89/2002.

¹³⁵ GwH, 30 juni 1999, nr. 80/99.

¹³⁶ GwH, 22 juli 2003, 106/2003.

¹³⁷ Ibid., pt. B.7.6.

*van het kind ten voordele van wie die dienstverlening wordt aangevraagd en dat het centrum zich ervan vergewist dat de dienstverlening zal dienen om die uitgaven te dekken.*¹³⁸

Opnieuw zorgt het Grondwettelijk Hof voor een versoepeling van artikel 57, §2 door het niet langer toe te passen op minderjarige vreemdelingen in irregulier verblijf.

Toch beperkt hier niet alleen het grondwettelijk gelijkheidsprincipe de draagwijdte van artikel 57, §2 OCMW-wet, want het Hof combineert dit gelijkheidsprincipe met verdragsrechtelijke bepalingen die het recht op menselijke waardigheid garanderen en rekening houden met de belangen van het kind.

Zo kon het Hof het absolute karakter van artikel 57, § 2 OCMW-wet ombuigen.

Tot nu toe heeft het Hof altijd geweigerd om nog verder te versoepelen. Zo zegt het Hof in een **arrest van 19 juli 2005** dat er geen discriminatie bestaat ten opzichte van kinderen in legaal verblijf, als de maatschappelijke dienstverlening voor kinderen in irregulier verblijf niet financieel maar materieel van aard is, namelijk via de opvang in een open centrum.¹³⁹

Verder blijkt uit drie **arresten van maart 2006** dat het ook niet discriminerend is als irregulier verblijvende ouders van legaal verblijvende kinderen (Belgen of vreemdelingen) geen recht hebben op maatschappelijke dienstverlening. De situatie van deze groep werd hier vergeleken met de situatie van ouders en kinderen in irregulier verblijf waarbij gelijke behandeling van beide ouderparen discriminerend zou zijn precies omwille van het verblijfsstatuut van de kinderen. Het Hof stelt dat legale kinderen van ouders in irregulier verblijf recht hebben op maatschappelijke dienstverlening en dat bij het toekennen van die maatschappelijke dienstverlening rekening gehouden wordt met de familiale situatie.¹⁴⁰

Het Hof zegt daarentegen wel dat de beperking van maatschappelijke dienstverlening tot dringende medische hulp voor ouders in irregulier verblijf van een zwaar gehandicapt kind in irregulier verblijf, discriminerend is.¹⁴¹

Tot slot zijn er een reeks arresten, gelijkaardig aan het arrest van 28 juni 2006¹⁴², waar het Hof bevestigt dat het niet discriminerend is als ouders in irregulier verblijf van Belgische kinderen geen recht hebben op maatschappelijke dienstverlening voor zover deze kinderen recht hebben op maatschappelijke dienstverlening en het OCMW bij de toekenning er rekening mee gehouden heeft dat de ouders geen recht hebben op gewaarborgde gezinsbijslag.

Uit deze rechtspraak van het Hof kunnen we besluiten dat het Hof wel degelijk kan wegen op de wetgever en hem kan dwingen om diens oorspronkelijke versie van de wet te verbeteren. Toch gebeurt dit alleen in de marge. Het Hof heeft nooit de verschillen in behandeling van vreemdelingen in irregulier verblijf als onderdeel van de migratiepolitiek in vraag gesteld. Bovendien moeten we voorzichtig blijven. In de arresten waar het Grondwettelijk Hof oordeelt dat er discriminatie is, heeft het Hof nooit gezegd dat de wetgever gehouden was de benadeelden een verblijfsstatuut af te leveren. Het Hof gebod

¹³⁸ Ibid., pt. B.7.7.

¹³⁹ GwH, 19 juli 2005, nr. 131/2005.

¹⁴⁰ GwH, 15 maart 2006, nr. 44/2006; GwH, 1 maart 2006, nr. 35/2006; GwH, 1 maart 2006, nr. 32/2006.

¹⁴¹ GwH, 21 december 2005, nr. 194/2005.

¹⁴² GwH, 28 juni 2006, nr. 110/2006.

in bepaalde gevallen de toekenning van maatschappelijke dienstverlening aan kinderen van mensen in irregulier verblijf en aan mensen die omwille van hun medische toestand onmogelijk kunnen terugkeren naar het herkomstland, maar het Hof heeft nooit gezegd dat de wetgever aan deze mensen een verblijfsstatuut moet afleveren. De rechtspraak van het Hof versoepelt alleen het recht op maatschappelijke dienstverlening, niet op toegang tot verblijf.

Unieke rechtspraak over erkende staatlozen

Toch aanvaardt het Hof in zijn arrest van 11 januari 2012, in navolging van het arrest van 15 januari 2009, een nieuwigheid. Het Hof stelt in deze bepaalde hypothese dat het discriminerend is dat de wetgever geen verblijfsrecht verleent aan erkende staatlozen.

Het arrest van 11 januari 2012¹⁴³ handelt over een vreemdeling aan wie gewaarborgde gezinsbijslag geweigerd werd, ook al was de vreemdeling in België erkend als staatloze. Probleem is dat erkende staatlozen, anders dan erkende vluchtelingen, geen automatisch recht op verblijf krijgen. Na hun erkenning als staatlozen moeten zij, net als vreemdelingen in irregulier verblijf, een aanvraag van machtiging tot verblijf indienen. Kortom, situaties waar erkende staatlozen irregulier op het grondgebied verblijven zijn perfect denkbaar. Zolang hij geen recht op verblijf heeft, heeft de erkende staatloze ook geen recht op sociale voorzieningen waaronder de gewaarborgde gezinsbijslag.

Het Hof moest antwoorden op de vraag of de situatie van erkende staatlozen discriminerend is in vergelijking met erkende vluchtelingen. Het Hof beschouwt het inderdaad in strijd met de 10, 11 GW dat de wet van 15 december 1980 niet voorschrijft dat erkende staatlozen in België een automatisch verblijfsrecht krijgen zoals voorzien voor erkende vluchtelingen.

Voor het Hof komt de discriminatie voort uit een leemte in de wet van 15 december 1980 en bijgevolg zegt het Hof dat de wetgever de noodzakelijke maatregelen moet nemen.

Het Hof had eerder al in een arrest van 15 januari 2009¹⁴⁴ de wetgever hiervoor op de vingers getikt maar die had nagelaten hierop te reageren. Drie jaar later noemde Paul Martens, voorzitter van het Grondwettelijk Hof, dit via een pretoriaanse constructie de 'zichzelf remediërende leemte'¹⁴⁵. Het Hof oordeelde dat het, bij gebrek aan wettelijke tussenkomst om de wet van 15 december 1980 te wijzigen zodat ook erkende staatlozen automatisch een verblijfsstatuut krijgen, *"aan de verwijzende rechter staat een einde te maken aan de gevolgen, wat de in het geding zijnde bepaling betreft, van de ongrondwettigheid die in B.11 is vastgesteld, aangezien die vaststelling in voldoende precieze en volledige bewoordingen is uitgedrukt. Bijgevolg komt het de arbeidsgerechten waarbij een weigering om gewaarborgde gezinsbijslag toe te kennen ten behoeve van een kind dat ten laste van een erkende staatloze is van wie zij vaststellen dat hij buiten zijn wil zijn nationaliteit heeft verloren en dat hij aantoonbaar dat hij geen wettige en duurzame verblijfstitel kan verkrijgen in een andere Staat waarmee hij banden zou hebben, aanhangig is gemaakt, toe dat kind het in het geding zijnde recht op gewaarborgde gezinsbijslag toe te kennen, niettegenstaande het feit*

¹⁴³ GwH, 11 januari 2012, nr. 1/2012, pt. B.12.2.

¹⁴⁴ GwH, 15 januari 2009, nr. 8/2009.

¹⁴⁵ P. Martens, "Le juge légiférant", J.L.M.B., 2012, pp. 557-559.

*dat de staatloze persoon ten laste van wie het is, nog niet is toegelaten of gemachtigd op het Belgische grondgebied te verblijven.*¹⁴⁶

Dit is erg vernieuwend en opent mogelijk deuren bij andere leemtes in de wetgeving over verschillen in behandeling van bepaalde vreemdelingen in irregulier verblijf.

3.4. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling op grond van het verblijfsstatuut.

Is het verblijfsstatuut een gerechtvaardigd criterium voor verschillen in behandeling van vreemdelingen zowel bij de erkenning van materiële rechten, doorgaans sociale tegemoetkomingen, als bij de erkenning van procedurerechten? Wat leert ons een analyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof hierover?

Onderstaande zaken handelen over vreemdelingen met een verschillend legaal verblijfsstatuut in België en geven antwoord op de vraag of het legitiem is dat wetgevers vreemdelingen in legaal verblijf verschillend behandelen op grond van hun verblijfsstatuut in België en dus ook op grond van het register waar ze hier zijn ingeschreven.

Gemakshalve onderscheiden we twee categorieën van vreemdelingen met legaal verblijf. De 'bevoorrechte vreemdelingen' en de 'gewone vreemdelingen'. De eerste categorie dankt haar bevoorrechte positie aan supranationale bepalingen, bindend voor de Belgische wetgever. Het is dus vooral de tweede categorie die mogelijk gediscrimineerd wordt op grond van het type verblijfstitel.

3.4.1. De bevoorrechte vreemdelingen

a) EU-burgers en gelijkgestelden

Een typische groep bevoorrechte vreemdelingen zijn de EU-burgers. Als het Hof hen moet vergelijken met derdelanders stopt de controle doorgaans al in de eerste fase waar het Hof oordeelt dat beide categorieën niet met elkaar kunnen vergeleken worden.¹⁴⁷

Dat is onder meer het geval bij verschillen in behandeling inzake het recht op toegang tot verblijf en het administratief statuut.¹⁴⁸ Net als bij verschillen in behandelingen in de wetgeving inzake tewerkstelling die logischerwijze het recht op vrijheid van beweging belemmert. Het Hof stelt hier uitdrukkelijk dat EU-burgers en derdelanders zich in een compleet andere situatie bevinden alleen al omdat EU-burgers geen arbeidskaart nodig hebben om in België te werken en derdelanders wel.¹⁴⁹

b) Erkende vluchtelingen

Andere bevoorrechte vreemdelingen met legaal verblijf zijn de erkende vluchtelingen. Zij zijn bevoorrecht op grond van een internationaal verdrag dat eist dat vluchtelingen op gelijke wijze worden behandeld als eigen onderdanen. Precies het bestaan van een

¹⁴⁶ GwH, op.cit., nr. 1/2012, pt. B.12.2.

¹⁴⁷ Zie: Hoe oordeelt het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit?, Hoofdstuk 1.

¹⁴⁸ GwH, 22 april 1998, nr.43/98.

¹⁴⁹ GwH, 29 maart 2001, nr. 40/2001.

internationaalrechtelijke bepaling rechtvaardigt dat erkende vluchtelingen kunnen genieten van bijvoorbeeld sociale rechten als tegemoetkomingen voor gehandicapten en voor oudere personen. Deze worden doorgaans geweigerd aan andere vreemdelingen met legaal verblijf in België.¹⁵⁰

Ook de voorwaarden voor toegang tot tewerkstelling zijn voor erkende vluchtelingen gunstiger dan voor alle andere buitenlandse werknemers.¹⁵¹

c) Mensen met subsidiaire bescherming

Ook mensen die bescherming krijgen via het statuut van subsidiaire bescherming hebben recht op sociale uitkeringen, beschermd door internationale teksten, namelijk door een Europese richtlijn.¹⁵²

d) Conclusie

In het algemeen overweegt het Grondwettelijk Hof dat een internationaal verdrag, bijvoorbeeld een wederkerigheidsverdrag, voldoende is om een verschil in behandeling ten voordele van bepaalde categorieën van vreemdelingen te rechtvaardigen. Bij EU-burgers, erkende vluchtelingen en mensen die de subsidiaire bescherming verkregen, erkent het Hof dat internationaalrechtelijke bepalingen de wetgever verplichten om deze vreemdelingen gunstiger te behandelen dan andere vreemdelingen. Volgens het Hof is dit een pertinent criterium om verschillen in behandeling te rechtvaardigen. Bovendien voegt het Hof toe dat - als de wetgever geleidelijk een sociaal recht openstelt voor vreemdelingen, in dit geval het oude bestaansminimum - hij voorrang moet of mag geven aan vreemdelingen tegenover wie België internationale verplichtingen.¹⁵³

e) Unieke rechtspraak over erkende staatlozen

De staatlozen lijken een 'vergeten' categorie. Erkende staatlozen genieten van een soort verdragsrechtelijke bescherming maar krijgen, in ons land, niet noodzakelijk een verblijfsrecht. Het is de bevoegde minister die op grond van de algemene bepalingen van de wet van 15 december 1980 beslist of een erkende staatloze gemachtigd wordt in België te verblijven.

Eerder bleek dat het Grondwettelijk Hof twee keer gevat is door deze vraag over het verblijfsrecht van staatlozen. Niet rechtstreeks maar onrechtstreeks via vragen over het recht op leefloon¹⁵⁴ en het recht op gewaarborgde gezinsbijslag¹⁵⁵ voor staatlozen. Hier oordeelde het Hof telkens dat de voorwaarde om over een bepaald verblijfsstatuut te beschikken alvorens recht te hebben op bepaalde sociale tegemoetkoming redelijk is. Maar als deze voorwaarde toegepast wordt op staatlozen dan leidt dit, volgens het Hof, tot onredelijke gevolgen. Het Hof vindt dat erkende staatlozen in dezelfde situatie zijn als erkende vluchtelingen en beslist daarom dat het discriminerend is om erkende staatlozen geen automatisch recht op verblijf te verlenen terwijl erkende vluchtelingen dat wel hebben.

¹⁵⁰ GwH, 22 oktober 2003, nr. 138/2003.

¹⁵¹ GwH, 29 maart 2001, nr. 40/2001.

¹⁵² GwH, 8 maart 2012, nr. 42/2012.

¹⁵³ GwH, 28 mei 2003, nr. 75/2003; GwH, 10 juni 2010, nr. 69/2010.

¹⁵⁴ GwH, 17 december 2009, nr. 198/2009.

¹⁵⁵ GwH, 11 januari 2012, nr. 1/2012

Het is de eerste zaak waarin het Hof oordeelt dat de weigering om automatisch een verblijfsrecht toe te kennen aan een bepaalde categorie van vreemdelingen, namelijk de staatlozen, in strijd is met de Grondwet. Bovendien deed het Hof dit bijna terloops, in antwoord op prejudiciële vragen inzake recht op sociale voorzieningen. Maar tot nu toe lijkt de wetgever de oproep om deze discriminatie recht te zetten niet te hebben gehoord.

3.4.2. De gewone vreemdelingen

a) Rechtspraak over niet-contributieve sociale tegemoetkomingen

De meest boeiende rechtspraak over verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut vinden we terug in zaken over niet-contributieve sociale bijdragen als leefloon, maatschappelijke dienstverlening en tegemoetkomingen voor personen met een handicap. Vergelijkbaar dus met de zaken die het EHRM behandelde en die uitgebreid in hoofdstuk 1 aan bod kwamen.¹⁵⁶

Het Grondwettelijk Hof is meermaals bevraagd over verschillen in behandeling tussen vreemdelingen met legaal verblijf op grond van hun verblijfsstatuut dat afhangt van hun inschrijving in één van de drie registers van het Rijksregister.¹⁵⁷

Algemeen zegt het Hof dat het criterium 'verblijfsstatuut' een objectief en gerechtvaardigd criterium is om vreemdelingen ongelijk te behandelen. Volgens het Hof is er een sterk vermoeden dat het verblijfsstatuut overeenkomt met de graad van integratie. Dat betekent dat het Hof ervan uitgaat dat een vreemdeling die hier gevestigd is, meteen ook beter geïntegreerd is dan bijvoorbeeld een vreemdeling met recht op kort verblijf. De manier waarop vreemdelingen uitgewezen kunnen worden bij inbreuken of aanslagen op de openbare orde stemt daarmee overeen, aldus het Hof.¹⁵⁸

Eenzelfde redenering maakte het Hof in zaken die handelen over toegang tot bepaalde sociale tegemoetkomingen van niet-contributieve aard. Hier stelt het Hof dat de wetgever dergelijke sociale tegemoetkomingen ondergeschikt kan maken aan de band die de vreemdeling met België heeft. Hoe sterker de band, hoe ruimer de toegang tot sociale tegemoetkomingen. Want, zo oordeelt het Hof, bij beperkte middelen moet de wetgever keuzes kunnen maken over de verdeling van die middelen. Volgens het Hof is het criterium 'verblijfsstatuut' een gerechtvaardigd criterium om deze keuzes te maken.

Sinds 2003 stelt het Grondwettelijk Hof dat keuzes op grond van 'nationaliteit' niet langer gerechtvaardigd zijn om te bepalen wie toegang krijgt tot het bestaansminimum *“aangezien de verblijfstoestand van de vreemdelingen die gemachtigd zijn tot vestiging in het Rijk in hoge mate gelijk is aan die van Belgen die hun werkelijke verblijfplaats in België hebben”*. Tegelijk erkent het Hof dat het aan de wetgever is om te bepalen binnen welke termijn de gelijkberechtiging van die categorieën van vreemdelingen kan verwezenlijkt worden.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Zie : Het EHRM over verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut, hoofdstuk 1.

¹⁵⁷ Zie: De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling op grond van het verblijfsstatuut, hoofdstuk 3.

¹⁵⁸ GwH, 22 april 1998, nr. 43/98, pt. B.14.2.

¹⁵⁹ GwH, 28 mei 2003, nr. 75/2003, pt. B.9.

Later werd het Hof gevat door annulatieberoepen over de wet inzake het leefloon. Die wet bepaalt dat alleen vreemdelingen, ingeschreven in het Bevolkingsregister, recht hebben op leefloon. Bijgevolg sluit de wet alle andere vreemdelingen met beperkt of onbeperkt verblijf, uit. Het Hof bepaalt : *"Het criterium 'gemachtigd te zijn tot vestiging in het Rijk', hetgeen blijkt uit de inschrijving in het Bevolkingsregister, is relevant ten opzichte van het doel om de maatschappelijke integratie van de in België verblijvende personen te bevorderen. Het is immers niet onredelijk dat de wetgever de bijzondere inspanningen en middelen die hij wil aanwenden om die doelstelling te verwezenlijken, voorbehoudt aan personen die, wegens hun administratief statuut, verondersteld zijn definitief of op zijn minst voor een betekenisvolle duur in België gevestigd te zijn. Het betreft trouwens vreemdelingen wier verblijfstoestand in hoge mate gelijk is aan die van Belgen die hun werkelijke verblijfplaats in België hebben"*¹⁶⁰

In het domein van de tegemoetkomingen voor gehandicapten oordeelt het Hof in 2004 eerst ten nadele van vreemdelingen, ingeschreven in het Vreemdelingenregister. Het Hof oordeelde dat de uitsluiting van deze categorie is toegelaten omdat de band met België minder stevig zou zijn dan bij vreemdelingen, ingeschreven in het Bevolkingsregister.¹⁶¹

In 2007 hanteert het Hof opnieuw de redenering ten voordele van de vreemdelingen ingeschreven in het Bevolkingsregister. Net als in een zaak over leefloon: *"hoewel kan worden aangenomen dat een vreemdeling die ertoe is gemachtigd in België te verblijven, ofwel voor korte duur (hoofdstuk 2 van de wet van 15 december 1980), ofwel voor een duur van meer dan drie maanden, en die bijgevolg is ingeschreven in het Vreemdelingenregister (artikel 12 van dezelfde wet), geen voldoende sterke band met België vertoont om de tegemoetkomingen te genieten waarin de wet van 27 februari 1987 voorziet, er geen 'zeer sterke overwegingen' bestaan die het mogelijk maken - en bijgevolg is het niet redelijkerwijze verantwoord - de vreemdeling die ertoe is gemachtigd zich in België te vestigen en bijgevolg in het Bevolkingsregister is ingeschreven, en wegens zijn administratief statuut wordt geacht op definitieve wijze of op zijn minst voor een betekenisvolle duur in België te zijn gevestigd, van het voordeel van die tegemoetkomingen uit te sluiten."*¹⁶²

Nadat het Hof gesteld heeft dat vreemdelingen, ingeschreven in het Bevolkingsregister, ook kunnen genieten van tegemoetkomingen voor gehandicapten, gaat het Hof toelaten dat alle andere vreemdelingen met legaal verblijf in België, uitgesloten worden. Logischerwijze zou het hier om vreemdelingen met tijdelijk verblijf gaan maar het Hof voegt de vreemdelingen met recht op onbeperkt verblijf maar ingeschreven in het Vreemdelingenregister, ook toe.¹⁶³ Toch had het Hof kunnen beslissen dat vreemdelingen met onbeperkt verblijfsrecht, ingeschreven in het Vreemdelingenregister zich *a priori* in een erg vergelijkbare situatie bevinden met vreemdelingen die ingeschreven zijn in het Bevolkingsregister. Maar het Hof vindt dat de wetgever kan oordelen dat de band met België minder belangrijk is bij inschrijving in het Vreemdelingenregister.¹⁶⁴

Conclusie: telkens erkent het Grondwettelijk Hof dat het criterium van inschrijving in het Bevolkingsregister een gerechtvaardigd criterium is om sociale tegemoetkomingen toe te staan of te weigeren. Dat deed het onder meer bij tegemoetkomingen voor

¹⁶⁰ GwH, 14 januari 2004, nr. 5/2004, pt. B.6.3.

¹⁶¹ GwH, 19 mei 2004, nr. 92/2004, pt. B.11.1.

¹⁶² GwH, 12 december 2007, nr. 153/2007, pt. B.15.

¹⁶³ GwH, 9 augustus 2012, nr. 108/2012.

¹⁶⁴ GwH, 11 januari 2012, nr. 3/2012; GwH, 4 oktober 2012, nr. 114/2012.

gehandicapten¹⁶⁵, bij het verlenen van het oude bestaansminimum later vervangen door leefloon¹⁶⁶ en bij tegemoetkomingen aan ouderen¹⁶⁷. Het Hof redeneerde evengoed zo bij gewaarborgde gezinsbijslag waar het verschil in behandeling gebaseerd is op het verblijfsstatuut maar ook op een verblijfsvoorwaarde in België van vijf jaar in hoofde van de volwassene verantwoordelijk voor het begunstigde kind.¹⁶⁸ Alleen in geval van inkomensgarantie voor ouderen bevestigde het Hof dat het recht op deze bijdrage geweigerd kon worden aan vreemdelingen, ingeschreven in het Bevolkingsregister als ze niet voldeden aan bepaalde voorwaarden die niet vereist zijn voor Belgen.¹⁶⁹

Het Hof kan de verschillen in behandeling op grond van inschrijving in het Bevolkingsregister toelaten omdat het de proportionaliteit van de uitsluiting van de andere vreemdelingen controleert, rekening houdend met het vangnet van de maatschappelijke dienstverlening. Want, zo besluit het Hof, categorieën van personen in legaal verblijf, die uitgesloten zijn van sociale bijdragen en niet beschikken over de nodige bestaansmiddelen om een leven te leiden conform de menselijke waardigheid, kunnen een beroep doen op de maatschappelijke dienstverlening¹⁷⁰. Daardoor onderscheidt België zich van de Franse situatie waarbij Frankrijk door het EHRM veroordeeld werd in het arrest Koua Poirrez v. Frankrijk van 30 september 2003.¹⁷¹

b) Rechtspraak over contributieve tegemoetkomingen zoals werkloosheidsuitkeringen

In de materie van de werkloosheid neemt het Grondwettelijk Hof een ander standpunt in omdat het recht op werkloosheidsuitkering afhankelijk is van contributieve bijdragen aan de sociale zekerheid. In een zaak van 2009 zegt het Hof dat een vreemdeling met een precair verblijfsstatuut recht heeft op werkloosheidsuitkering als die vreemdeling gewerkt heeft en sociale bijdragen heeft betaald, zelfs al is zijn verblijfsstatuut precair en is hij niet ingeschreven in het Bevolkingsregister.

Het Hof oordeelt dat het niet gerechtvaardigd is dat de tewerkstelling van de vreemdeling tijdens een asielprocedure niet meetelt bij de berekening van de werkloosheidsuitkeringen, louter omwille van een leemte in de wetgeving. Het Hof beslist dan ook dat de betrokken werknemers van wie het verblijf intussen geregulariseerd is maar die ook tijdens hun precair verblijf bijdragen betaald hebben, voldoen aan de wetgeving over verblijf en tewerkstelling van werknemers.¹⁷²

¹⁶⁵ GwH, 19 mei 2004, nr. 92/2004; GwH, 12 december 2007, nr. 153/2007; GwH, 11 januari 2012, nr. 3/2012; GwH, 9 augustus 2012, nr. 108/2012; GwH, 4 oktober 2012, 114/2012.

¹⁶⁶ GwH, 28 mei 2003, nr. 75/2003; GwH, 14 januari 2004, nr. 5/2004.

¹⁶⁷ GwH, 22 oktober 2003, nr. 138/2003; GwH, 10 juni 2010, nr. 69/2010.

¹⁶⁸ GwH, 28 juni 2006, nr. 110/2006; GwH, 25 maart 2009, nr. 62/2009; GwH, 29 april 2010, nr. 48/2010; GwH, 11 januari 2012, nr. 1/2012; GwH, 8 maart 2012, nr. 42/2012; GwH, 25 maart 2009, nr. 62/2009; GwH, 29 april 2010, nr. 48/2010.

¹⁶⁹ GwH, 10 juni 2010, nr. 69/2010.

¹⁷⁰ GwH, 28 mei 2003, nr. 75/2003; GwH, 14 januari 2004, nr. 5/2004; GwH, 19 mei 2004, nr. 92/2004; GwH, 10 juni 2010, nr. 69/2010; GwH, 11 januari, nr. 3/2012; GwH, 9 augustus 2012, nr. 108/2012; GwH, 4 oktober, nr. 114/2012.

¹⁷¹ GwH, *Ibid*, nr. 92/2004.

¹⁷² GwH, 25 maart 2009, nr. 59/2009.

3.5. Besluit

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot verschillen in behandeling op basis van verblijfsstatuut wat betreft **vreemdelingen in legaal verblijf** volgen verschillende principes.

Zo is het bestaan van supranationale verdragsrechtelijke bepalingen waaraan de wetgever zich moet houden, voldoende om te rechtvaardigen dat bepaalde categorieën van vreemdelingen bevoordeeld worden ten opzichte van anderen. Het Hof vindt het niet nodig om zich hierover meer vragen te stellen.

Verder beschouwt het Hof bij 'gewone vreemdelingen' het criterium van verblijfsstatuut als graadmeter van integratie in de samenleving en als graadmeter van standvastig en duurzaam verblijf in België, doorgaans als een pertinent criterium om verschillen in behandeling bij niet-contributieve sociale tegemoetkomingen te rechtvaardigen. Het is aan de wetgever om vreemdelingen met een verblijfsstatuut dat het dichtst dat van de Belgen benadert, te bevoordelen, aldus het Hof.

Tot slot vindt het Hof dat er geen reden is om aan de vreemdeling die hier legaal verblijft én zelf sociale bijdragen betaald heeft, tegemoetkomingen te weigeren, ongeacht het verblijfsstatuut van betrokken vreemdeling, en dit vanaf het moment van het legaal verblijf.

Bij verschillen in behandeling ten nadele van **vreemdelingen in irregulier verblijf**, kunnen we besluiten dat het grondwettelijk gelijkheidsprincipe, zoals toegepast in de rechtspraak van het Hof, zijn beperkingen en zwaktes kent. Vooral in het vreemdelingenrecht omdat gelijkheid hier afhangt van het verblijfsstatuut van betrokkene. Het is de wetgever die beslist aan wie hij een verblijfsrecht geeft en het Hof stelt deze politiek van gecontroleerde migratie nauwelijks in vraag.

HOOFDSTUK 4: HET GELIJKHEIDSPRINCIPE IN DE BELGISCHE ANTIRACISMEWET

Schriftelijke weergave van de mondelinge bijdragen van Ingrid Aendenboom, juridisch adviseur Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding & van Joos Roets, advocaat aan de balie van Brussel en onderzoeker aan het Instituut voor Constitutioneel Recht van de KU Leuven – Steunpunt Gelijkekansenbeleid

In dit vierde en laatste deel schetst Ingrid Aendenboom bij wijze van inleiding het wettelijk kader van de Belgische Antiracismewet en de positie die de criteria 'nationaliteit' en 'verblijfsstatuut' daar innemen. Zij maakt hierbij een rist pertinente bedenkingen over de inhoud en het toepassingsgebied van de Belgische antiracismebepalingen.

Meester Joos Roets pikt hierop in en geeft een inkijk in de bestaande Belgische rechtspraak over antiracisme. Waar rechtspraak ontbreekt, formuleert hij een aantal theoretische maar interessante casussen.

Ingrid Aendenboom besluit dit vierde hoofdstuk met een arrest van 2011¹⁷³ waarin het Brusselse hof van beroep discriminatie op grond van 'verblijfsstatuut' vaststelt. Dit arrest is vooralsnog een unicum in de Belgische antiracismerechtspraak.

4.1. Discriminatiecriteria van de Belgische Antiracismewet

Met de Belgische Antiracismewet van 30 juli 1981¹⁷⁴ implementeerde de Belgische wetgever het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie. Intussen is deze wet meermaals gewijzigd, onder meer op grond van de Europese richtlijnen over racisme en non-discriminatie.

Dit betekent niet dat de Belgische antiracismebepalingen volledig identiek zijn aan de Europese. Zo is het criterium 'nationaliteit' bijvoorbeeld wel opgenomen in de Belgische Antiracismewet maar niet in de richtlijn 2000/43/EU¹⁷⁵. Verder is er een groot verschil inzake criteria en toepassingsgebied tussen de Antiracismewet en de richtlijn 2000/78¹⁷⁶ over gelijke behandeling bij arbeid (kaderrichtlijn). Deze richtlijn werd op federaal niveau omgezet in de Antidiscriminatiewet en de Genderwet en beschermt seksuele geaardheid, geloof of overtuiging, leeftijd en handicap in het domein 'arbeid'.

Gevolg is een kluwen van beschermingen in functie van criteria en toepassingsgebieden in de verschillende richtlijnen.

De Antiracismewet biedt een algemeen kader voor de bestrijding van discriminatie op grond van nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming.¹⁷⁷ De wet maakt een onderscheid tussen 'directe' en 'indirecte' discriminatie.

¹⁷³ HvB, 26 mei 2011, nr. 2008AR/933.

¹⁷⁴ Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, beschikbaar op www.diversiteit.be (hierna: "Antiracismewet").

¹⁷⁵ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Publicatieblad nr. L 180 van 19 juli 2000, pp. 0022-0026.

¹⁷⁶ Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PB L300, 2 december 2000, pp. 16-22.

¹⁷⁷ Art. 3 Antiracismewet.

4.1.1. Directe discriminatiecriteria

Inzake de criteria van directe discriminatie binnen het kader van de Belgische Antiracismewet en de Belgische Antidiscriminatiewet,¹⁷⁸ onderscheiden we drie groepen. Groep één zijn de criteria gebaseerd op het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie, namelijk ras, huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming. Deze criteria haken in op het brede toepassingsgebied¹⁷⁹ van de rasrichtlijn. Discriminatie op grond van deze criteria kan niet gerechtvaardigd worden, behalve als er wezenlijke en bepalende beroepsvereisten voorliggen¹⁸⁰. Zo kan bijvoorbeeld de huidskleur relevant zijn bij de selectie tussen meerdere kandidaat-acteurs voor de rol van de gewezen Zuid-Afrikaanse president Nelson Mandela.

Groep twee omvat de criteria inzake arbeid en gelijke behandeling die voorkomen in de kaderrichtlijn, namelijk: godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. In de context van de arbeidsrelaties is een onderscheid in principe niet te rechtvaardigen, behalve in geval van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Wel bestaan er in deze context, in ondergeschikte orde, enige specifieke rechtvaardigingsregimes.¹⁸¹ Buiten het domein van de arbeid kan een verschil in behandeling eventueel wel gerechtvaardigd worden, bijvoorbeeld bij verschillen in behandeling in het domein van de goederen en diensten.

Groep drie bevat alle overige criteria die de Belgische wetgever heeft willen beschermen maar die niet in de richtlijnen voorkomen. Bij een verschil in behandeling op grond van deze criteria is wel een rechtvaardiging mogelijk, namelijk als het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Het criterium 'nationaliteit' behoort tot groep drie, de groep van criteria die minder sterk beschermd worden.

4.1.2. Indirecte discriminatiecriteria

Bij een **indirect onderscheid** op grond van nationaliteit, ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, is ook altijd een rechtvaardiging mogelijk. Van een indirect onderscheid is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen, gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, bijzonder kan benadelen in vergelijking met andere personen. Een dergelijk indirect verschil kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, mits de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Het '**verblijfsstatuut**' is geen criterium en wordt doorgaans gekoppeld aan 'nationaliteit' (zie verder in deze bijdrage). Toch kunnen partijen er belang bij hebben om het 'verblijfsstatuut'

¹⁷⁸ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, beschikbaar op www.diversiteit.be

¹⁷⁹ Let wel: De Rasrichtlijn is niet van toepassing is op verschillen in behandeling gebaseerd op nationaliteit en doet geen afbreuk aan de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen en staatlozen tot het grondgebied van de lidstaten (art. 3.2).

¹⁸⁰ Art. 7 Antiracismewet.

¹⁸¹ Art. 12 Antidiscriminatiewet (quasi-open rechtvaardigingssysteem voor het criterium leeftijd in de context van arbeidsbetrekkingen en sociale zekerheid); Art. 13 Antidiscriminatiewet (publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op geloof of levensbeschouwing is gebaseerd).

te linken aan het criterium 'afkomst' omdat dit laatste criterium een ruimere bescherming biedt¹⁸². Werd in de zaak Feryn¹⁸³ bijvoorbeeld het criterium 'nationaliteit' ingeroepen, dan was het Hof verplicht geweest om een minder strikte toets uit te oefenen, en zou de uitkomst mogelijk anders geweest zijn. De betrokken partijen in deze zaak, waaronder het Centrum, hebben de verschillen in behandeling van Marokkaanse werknemers evenwel met succes gekwalificeerd als verschillen in behandeling op grond van 'etnische afstamming'.¹⁸⁴

4.1.3. Enkele bedenkingen bij de Belgische Antiracismewet

Een eerste vraag is in hoeverre het 'indirect onderscheid' van artikel 9 Antiracismewet in de voorliggende context nog zin heeft. Deze vraag rees nadat naast de Antiracismewet ook een Antidiscriminatiewet werd ingevoerd met verschillende bijkomende discriminatiecriteria waaronder 'taal'. Taal was vroeger geen criterium en werd geregeld ingeroepen als indirect criterium. Zo werd bijvoorbeeld geargumenteed dat voor de job van afwasser in een restaurant, de eis van perfecte kennis van één van de landstalen een indirecte discriminatie was op raciale gronden. Een dergelijk beroep op het concept 'indirecte discriminatie' hoeft nu niet langer omdat 'taal' inmiddels zelf een discriminatiecriterium is waarop betrokkene zich op directe wijze kan beroepen. De vraag rijst nu of het criterium 'verblijfsstatuut' het voorwerp moet uitmaken van éénzelfde evolutie.

Een volgende bedenking heeft betrekking op artikel 11 van de Antiracismewet. Dit artikel stelt dat de Antiracismewet niet mag gebruikt worden om andere wetskrachtige normen in vraag te stellen.¹⁸⁵ Kortom, een verschillen in behandeling zou – vanuit het standpunt van de Antiracismewet – steeds gerechtvaardigd zijn van zodra ze is toegelaten bij wet. Hoe moeten we deze bepaling interpreteren?¹⁸⁶ Daarnaast kan worden verwezen naar de zaak Testaankoop,¹⁸⁷ waarin het Europees Hof van Justitie stelt dat het in stand houden van uitzonderingen het nagestreefde doel van gelijke behandeling kan uithollen. In dezelfde lijn rijst de vraag wat de toegevoegde waarde is van artikel 11 van de Antiracismewet gelet op de vereiste van een richtlijnconforme interpretatie van eventuele uitzonderingsmogelijkheden.

Tot slot rijst de vraag over hoe om te gaan met 'multiple discrimination' (discriminatie op grond van meerdere criteria) en 'intersectionele discriminatie' (discriminatie op grond van een specifieke combinatie van criteria). Zo krijgt bijvoorbeeld een Afrikaanse homoseksuele man mogelijk te maken met discriminatie binnen de Afrikaanse gemeenschap omwille van zijn seksuele geaardheid en tegelijk met discriminatie buiten de Afrikaanse gemeenschap omwille van zijn huidskleur. Ook bij verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut zal er geregeld sprake zijn van 'multiple discrimination' of 'intersectionele discriminatie'.

¹⁸² Zie: Hoe gelijk is gelijke behandeling in het recht van de Europese Unie?, Hoofdstuk 4.

¹⁸³ HvJEU, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV., 10 juli 2008, C-54/07.

¹⁸⁴ Arbeidshof Brussel, Feryn, 28 augustus 2009, beschikbaar op www.diversiteit.be.

¹⁸⁵ Art. 11 Antiracismewet: §1. Direct of indirect onderscheid op grond van de beschermde criteria geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet. (...)

¹⁸⁶ Zi: All EU citizens are equal but some are more equal than others, Hoofdstuk 2..

¹⁸⁷ HvJEU, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL en anderen v. Conseil des ministres, 1 maart 2011, C-236/09, §§ 31-32.

4.2. Discriminatie op grond van nationaliteit en verblijfsstatuut volgens de Antiracismewet

De Antiracismewet verbiedt in haar artikel 7 discriminatie op grond van (zogenaamd) ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming en op grond van nationaliteit – allemaal discriminatiegronden waaraan (directe) bescherming toekomt. In dit hoofdstuk wordt exclusief ingegaan op de discriminatiegrond 'nationaliteit', op zichzelf beschouwd. Bovendien wordt hierbij het begrip 'nationaliteit' enkel gehanteerd in zijn juridisch-staatkundige betekenis en niet als een element van de individuele of culturele identiteit van een persoon.

Zoals eerder toegelicht, kan volgens artikel 7, §2 Antiracismewet¹⁸⁸ zelfs een direct onderscheid op grond van nationaliteit objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel op voorwaarde dat de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. Bij dergelijke toetsing wordt bijgevolg gepeild naar de legitimiteit van de beoogde doelstelling van het onderscheid, naar de pertinentie van het onderscheid én naar de noodzakelijkheid en de proportionaliteit ervan.

Vooraleer wordt overgaan tot de eigenlijke toetsing, moeten er eerst drie vragen beantwoord worden.

4.2.1. Vragen die de toetsing aan de Antiracismewet voorafgaan

Zijn de beschouwde verschillen in behandeling op grond van nationaliteit eventueel ook verboden door een Europeesrechtelijke bepaling? Als de verschillen in behandeling worden gesteld door een publiekrechtelijke overheid, beschikt de overheid in kwestie dan over een voldoende rechtsgrond voor de verschillen in behandeling? En tot slot, zijn de verschillen in behandeling eventueel opgelegd 'door' of 'krachtens' een wet?

Het antwoord op deze vragen bepaalt of we de verschillen in behandeling, gesteld door publiekrechtelijke overheden of door particulieren, überhaupt moeten toetsen aan artikel 7, §2 Antiracismewet.

Laten we dit verduidelijken aan de hand van een casus over sociale bijstand van OCMW 's.

Almaar meer OCMW 's gebruiken hun discretionaire bevoegdheid om de toegang tot bepaalde vormen van sociale bijstand te beperken tot mensen die ingeschreven zijn in het Bevolkingsregister of als vluchteling erkend zijn. Dat betekent dat vreemdelingen, ingeschreven in het Vreemdelingenregister, uitgesloten worden van bepaalde vormen van sociale bijstand. Bijgevolg vormt het 'verblijfsstatuut' van de betrokkenen de aanleiding voor verschillen in behandeling.

Zoals eerder gesteld, maakt het criterium 'verblijfsstatuut' geen deel uit van de directe discriminatiecriteria zoals opgelijst in de Antiracismewet. Toch kan geargumenteed worden dat de toepassing van het criterium 'verblijfsstatuut' minstens aanleiding geeft tot

¹⁸⁸ Art.7, §2 Antiracismewet: Elk direct onderscheid op grond van nationaliteit vormt een directe discriminatie, tenzij dit direct onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

een indirect onderscheid op basis van nationaliteit. Ogenscheinlijk is het criterium 'verblijfsstatuut' een neutraal criterium, want net als Belgen kunnen ook vreemdelingen met een recht op langdurig geldig verblijf in België ingeschreven zijn in het Bevolkingsregister. Toch zal de maatregel van de OCMW 's in de praktijk enkel vreemdelingen treffen. Het verblijfsstatuut maakt immers een kenmerkend en constituerend element uit van het staatsburgerschap en is er in dat opzicht onlosmakelijk mee verbonden. In eerste instantie zal de verblijfspositie van betrokkene maar ter discussie kunnen staan of een grond kunnen uitmaken voor een onderscheid in behandeling voor zover hij beschikt over een andere nationaliteit.¹⁸⁹ Ook het Hof van Cassatie heeft, in zijn arrest van 8 december 2008, aanvaard dat een wettelijke norm "*die tegemoetkomingen alleen toekent aan Belgen en aan bepaalde categorieën vreemdelingen waartoe de eiser niet behoort*" een 'op nationaliteit gegrond onderscheid in behandeling' creëert.¹⁹⁰

Bijgevolg kan als uitgangspunt worden aangenomen dat er hier minstens sprake is van een indirect onderscheid op basis van nationaliteit waarvoor een rechtvaardiging zal moeten voorliggen. Welnu, in dit kader rijzen de volgende vragen:

Eerste voorafgaandelijke vraag: is het onderscheid 'Bevolkingsregister versus Vreemdelingenregister' mogelijk verboden door het EU-recht? Het onderscheid kan immers potentieel ook EU-burgers treffen voor zover zij, in afwachting van de erkenning van hun duurzaam verblijf, worden ingeschreven in het Vreemdelingenregister. Een nadere analyse van deze problematiek is opgenomen in hoofdstuk 2 van deze paper¹⁹¹.

Tweede voorafgaandelijke vraag: beschikken de OCMW 's, als publiekrechtelijke overheden, over een voldoende rechtsgrond voor deze verschillen in behandeling? Als gevolg van het wettigheidsbeginsel is een administratieve rechtshandeling van een bestuursorgaan maar wettig als zij steunt vindt in de Grondwet of in de wet.¹⁹² Buiten enig wettelijk bevoegdheidskader kunnen publieke overheden niet zomaar spontaan handelingen stellen.

Artikel 1 OCMW-wet stelt dat elke persoon recht heeft op maatschappelijke dienstverlening. Deze heeft tot doel eenieder in de mogelijkheid te stellen een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid. Hiervoor worden openbare centra opgericht die onder de door deze wet bepaalde voorwaarden tot opdracht hebben deze dienstverlening te verzekeren.

De OCMW-wet maakt een onderscheid tussen het leefloon en maatschappelijke dienstverlening. Leefloon is verbonden aan strikte wettelijke regels die de beslissingsmarge van het OCMW beperken. Bij de toekenning van maatschappelijke dienstverlening daarentegen heeft het OCMW een ruime discretionaire bevoegdheid. Het kan zelf bepalen welke prestaties, bedragen en criteria het hanteert voor deze dienstverlening. Het kan grotendeels autonoom de behoeften van zijn klanten bepalen en beslissen welke middelen nodig zijn om die behoeften te lenigen.

¹⁸⁹ Voor een nadere bespreking van het spanningsveld tussen het begrip 'verblijfsstatuut' en het begrip 'nationaliteit' zie P. BOELES, "Europese burgers en derdelanders: wat betekent het verbod van discriminatie naar nationaliteit sinds Amsterdam?", in: M-C. FOLETS, e.a. (eds), Europa in het vreemdelingenrecht. Actualia in het Vreemdelingenrecht, Brugge, Die Keure, 2006, pp. 235 e.v.

¹⁹⁰ Cass. 8 december 2008, S.07.0114.F.

¹⁹¹ Zie: Impact van de zaak Koua Poirrez tegen Frankrijk op de Belgische rechtspraak en regelgeving, Hoofdstuk 1.

¹⁹² RvS., 26 augustus 1949, nr. 115, RW 1949-50, kol. 72-76., noot J. DE MEYER.

Toch biedt de wet niet de mogelijkheid om het personele toepassingsgebied van de OCMW-wet naar eigen goeddunken in te perken door formele voorwaarden op te leggen die als dusdanig losstaan van de beoordeling van de 'behoeften' van de betrokkenen. De wet stelt immers dat in beginsel 'elke persoon' recht heeft op maatschappelijke dienstverlening en dat deze tot doel heeft 'eenieder' in de mogelijkheid te stellen een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid. De OCMW-wet voorziet daarbij alleen een afwijking op dit algemeen beginsel voor asielzoekers en vreemdelingen in irregulier verblijf, maar hier is het de wetgever die het personele toepassingsgebied inperkt, niet het OCMW.

Daarom kan worden betwijfeld of OCMW 's überhaupt over de bevoegdheid beschikken om het personele toepassingsgebied van de OCMW-wet in te perken. Zo niet, zal de maatregel van de OCMW 's – met toepassing van artikel 159 van de Grondwet – hoe dan ook niet kunnen toegepast worden zodat een verdere toetsing aan de Antiracismewet niet nodig is.

Derde en laatste voorafgaandelijke vraag: is het onderscheid in behandeling ingesteld 'door' of 'krachtens' een wet? Artikel 11, §1 Antiracismewet¹⁹³ bepaalt immers dat er geen sprake is van discriminatie (in de zin van de Antiracismewet) indien het geviseerde onderscheid is opgelegd 'door of krachtens een wet'.

Onderscheid opgelegd 'door een wet'

Het begrip 'wet' betreft in deze context de formeel wetgevende normen met kracht van wet, namelijk federale wet of deelstatelijk decreet of ordonnantie. Met artikel 11, §1 wil de wetgever vermijden dat de Antiracismewet zou voorbijgaan aan de hiërarchie der normen en aangewend zou worden om bestaande wettelijke normen te toetsen op hun geldigheid. Het begrip 'wet' omvat dus niet de wetten in (louter) materiële zin. Het tegendeel beweren zou de Antiracismewet volledig uithollen.

Artikel 11, §1 creëert natuurlijk geen absolute immuniteit voor discriminerende wetgevende normen. Deze kunnen binnen de context van een rechtsgeding onverminderd worden getoetst aan de Grondwet of aan het EU-recht door middel van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof of aan het Hof van Justitie.

Onderscheid opgelegd 'krachtens' een wet

In het geval van een onderscheid opgelegd 'krachtens' een wet, moet er een wet voorhanden zijn die aan de uitvoerende macht uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om een bepaald onderscheid in behandeling in te stellen: bijvoorbeeld een wet die aan de Koning expliciet de mogelijkheid biedt om over een bepaalde materie een onderscheid op grond van nationaliteit te hanteren, binnen de grenzen van de door de wet opgelegde modaliteiten. Daarom valt niet elk onderscheid opgelegd door een Koninklijk of Ministerieel Besluit zomaar onder het toepassingsgebied van artikel 11, 1 Antiracismewet.

¹⁹³ Art.11, §1 Antiracismewet: Direct of indirect onderscheid op grond van de beschermde criteria geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet.

4.2.2. De eigenlijke toetsing

Vooraleer we de eigenlijke toetsing van artikel 7, §1 Antiracismewet beschouwen, kort iets over de door de rechter gehanteerde toetsingsintensiteit bij de toetsing van bestuurshandelingen. Het principe van de scheiding der machten belet de rechter om zich in de plaats te stellen van het bestuur en daarbij de opportuniteit van bestuurshandelingen te evalueren. Dit heeft tot gevolg dat de rechter zich, bij de toetsing van overheidshandelingen aan het discriminatieverbod, in het algemeen terughoudend opstelt. Daarnaast worden de discriminatiecriteria op hun beurt doorgaans als 'verdachte' criteria beschouwd. Dat houdt in dat de rechter overgaat tot een strikte(re) toetsing van de bestreden handeling als deze berust op één van de discriminatiecriteria. Zo stelt het EHRM in het domein van de sociale bijstand dat er bij verschillen in behandeling op grond van nationaliteit zeer zwaarwichtige redenen voorhanden moeten zijn om die verschillen in behandeling te kunnen rechtvaardigen. Bij verschillen in behandeling op grond van verblijfsstatuut of nationaliteit binnen de strikte context van de verblijfswetgeving, is die toetsing dan weer minder intens omdat het gebruik van de voornoemde criteria in een dergelijke context direct inhaakt op het beoogde immigratiebeleid.¹⁹⁴

Wat de eigenlijke toetsing van artikel 7, §1 Antiracismewet betreft, zal de rechter geval per geval in concreto moeten nagaan of het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en of de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Is het doel legitiem en zijn de middelen pertinent?

Laten we de eerder omschreven OCMW-casus hernemen. De betrokken OCMW 's zouden verschillende redenen kunnen opgeven om (aspecten van) hun dienstverlening te beperken tot personen ingeschreven in het Bevolkingsregister. Vooreerst kan gedacht worden aan motieven van budgettaire aard. Daarnaast zouden de betrokken OCMW 's kunnen stellen dat zij de maatregel nemen om niet in te gaan tegen de federale migratiepolitiek en tegen de overheidsmaatregelen om bepaalde vormen van immigratie tegen te gaan. Tot slot zouden de OCMW 's kunnen argumenteren dat het aangewezen is om de steun voor te behouden aan personen die een duurzame band met België hebben.

Deze argumenten roepen volgende bedenkingen op:

Wat betreft de eventuele 'budgettaire redenen' kan worden gesteld dat de OCMW 's er – ingevolge het zuinigheidsbeginsel – inderdaad over moeten waken dat ze efficiënt omgaan met de beperkte middelen die ze hebben. De OCMW 's moeten vermijden handelingen te stellen die hun financiën nodeloos bezwaren, want OCMW-gelden worden immers gefinancierd met publieke middelen. Toch kan deze bezorgdheid bezwaarlijk een vrijbrief vormen voor een OCMW om zich te onttrekken aan zijn wettelijke taken en opdrachten – waaronder de verplichting om “éénieder” te helpen. Vanuit dit oogpunt kan betoogd worden dat een OCMW als zodanig niet over een wettelijke grondslag beschikt om de budgettaire (meer)last van bepaalde specifieke taken te verhalen op een welbepaalde groep personen, namelijk door hen het beroep op deze taken in zijn geheel te ontzeggen opdat

¹⁹⁴ Zie J. GERARDS, “Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar ‘norm met tanden?’”, NJCM-Bulletin 2004 (29), nr. 2, pp. 181-184; W. VAN GERVEN (ed.), Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 66.

anderen (namelijk de Belgen en vreemdelingen ingeschreven in het Bevolkingsregister) er wel in zijn geheel een beroep op kunnen doen. Daarnaast moet telkens worden nagegaan of het OCMW in kwestie een daadwerkelijk en/of voldoende onderzoek heeft gevoerd naar de potentiële financiële implicaties van de maatregel en naar de mogelijkheid om binnen het OCMW-budget te besparen op andere (minder wezenlijke) posten. Tot slot blijkt uit zijn rechtspraak dat het EHRM niet geneigd lijkt om louter budgettaire redenen als 'voldoende zwaarwegend' te aanvaarden.¹⁹⁵

Verder kan op redelijke gronden worden afgevraagd in hoeverre het oogmerk om immigratie-ontrabend op te treden en niet in te gaan tegen de federale migratiepolitiek overeenstemt met de doelstellingen van de OCMW-wet. De bevoegdheid om de migratiestromen te regelen en in die context de nodige maatregelen te nemen, berust immers bij de federale overheid. Als OCMW 's op eigen initiatief zouden willen inspelen op het migratiebeleid, zou er sprake kunnen zijn van een bevoegdheidsoverschrijding. Hoe dan ook kan worden vastgesteld dat maatregelen met een (louter) lokale draagwijdte eerder een interne immigratieverschuiving binnen België bewerkstelligen, dan dat ze 'nieuwkomers' in het algemeen ontraden om naar België te komen. De betrokken nieuwkomers zullen hoogstens geneigd zijn om zich te vestigen in het ambtsgebied van een OCMW waar een soortgelijke beperking niet geldt.

Wat ten slotte de 'voorrang voor personen met een duurzame band met België' betreft, moet gewezen worden op de conflicterende rechtspraak van het Grondwettelijk Hof,¹⁹⁶ het Hof van Cassatie¹⁹⁷ en de lagere rechtspraak.¹⁹⁸ Daar waar het Grondwettelijk Hof aanvaardt dat de overweging dat een persoon al dan niet een voldoende sterke band met België heeft, een geldige reden kan zijn om deze persoon al dan niet uit te sluiten van bepaalde sociale bijstandsprestaties, is het Hof van Cassatie van mening dat een dergelijk criterium bezwaarlijk geldt als een afdoende sterke overweging. Een nadere analyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt besproken in hoofdstuk 3 van deze paper.¹⁹⁹

De proportionaliteitstoets: staan de middelen in een redelijke verhouding tot het nagestreefde doel?

De proportionaliteitstoets houdt in dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de impact van het gemaakte onderscheid en het belang van de beoogde doelstellingen (proportionaliteit). Hierbij mogen de opgelegde beperkingen niet verder reiken dan noodzakelijk om het doel te bereiken (noodzakelijkheid).

Er kan gesteld worden dat het ontzeggen van bepaalde vormen van OCMW-steun aan bepaalde personen op basis van het verblijfsstatuut vaak een relatief grote impact heeft op de individuele situatie van de betrokkenen. Zij worden immers volledig uitgesloten van bepaalde OCMW-diensten, ongeacht hun eventuele (identieke) behoefte aan deze diensten (in vergelijking met de Belgen en vreemdelingen ingeschreven in het Bevolkingsregister).

¹⁹⁵ EHRM, op.cit.

¹⁹⁶ GwH, 14 januari 2004, nr. 5/2005, pt. B.6.3; GwH, 12 december 2007, nr. 153/2007, pt., B.5.

¹⁹⁷ Cass. 8 december 2008, S.07.0114F.

¹⁹⁸ Arbrb. Turnhout 4 juni 2009, T.Vreemd, afl. 4, pp. 315-318, 2009, noot S. BOUCKAERT.

¹⁹⁹ Zie : De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over verschillen in behandeling op grond van het verblijfsstatuut, Hoofdstuk 3.

Gelet op de potentiële draagwijdte van de inperkingen, zou kunnen worden geargumenteed dat de beschouwde maatregelen potentieel de algemene en absolute 'terugvalpositie' van de maatschappelijke dienstverlening hypothekeren.

Tot slot kan ook worden gewezen op de brede en niet-gedifferentieerde uitwerking van de uitsluiting van alle personen uit het Vreemdelingenregister van bepaalde vormen van OCMW-dienstverlening. Het Vreemdelingenregister bevat immers ook verschillende categorieën van vreemdelingen aan wie een betrekkelijk duurzaam verblijfsrecht werd toegekend – te weten, de vreemdelingen aan wie, na afloop van een bepaalde verblijfsperiode (drie of vijf jaar tijdelijk verblijf) een verblijfsrecht van onbepaalde duur werd toegekend (zoals de subsidiair beschermde en geregulariseerden). Voor deze vreemdelingen zou kunnen worden betoogd dat zij wel degelijk een (minstens potentieel) 'voldoende duurzame' band met België hebben.

4.2.3. Verschillen in behandeling op basis van nationaliteit en verblijfsstatuut door private actoren: enkele voorbeelden

Op dit ogenblik is er weinig rechtspraak voorhanden waarin ten aanzien van private 'daders' wordt getoetst aan de discriminatiegrond 'nationaliteit' uit de Antiracismewet. Daarom hierna enige hypothetische voorbeelden, uitgaande van het hierboven beschreven toetsingskader.

Casus één: e-ID bij wagenverhuur

Een bedrijf van wagenverhuur aanvaardt voor bepaalde diensten alleen nationale identiteitsbewijzen met e-ID. Gevolg is dat bepaalde personen op grond van nationaliteit en/of de eigenschappen van hun (nationale) identiteitsdocument uitgesloten worden van die diensten.

In dezelfde lijn: bij aankoop van producten op het internet zijn sommige landen in de lijst niet aanklikbaar als bestemming of leveringsadres.

De vraag rijst of een dergelijke verschillen in behandeling – gestoeld op zuiver technische, commerciële of logistieke motieven – de toets zal doorstaan. Doorgaans zal de uitkomst van de toetsing geval per geval verschillen. Ook zal in deze casus telkens moeten gekeken worden naar de Europese bepalingen over het vrij verkeer.

Casus twee: dancefestival²⁰⁰

Een immens populair dancefestival behoudt 40 % van zijn tickets voor aan festivalgangers met een Belgische bankrekening. De voorbehouden tickets zijn bovendien goedkoper dan de overige 60%. Hoewel het festival 180.000 tickets aanbiedt, volstaat dit niet om te voldoen aan de vraag van maar liefst twee miljoen geïnteresseerden.

De organisatoren motiveren hun beslissing door te stellen dat veel festivalgangers uit de nabije omgeving uitgesloten zouden worden indien ze alle tickets, zonder voorbehoud, vrij zouden aanbieden op het internet. Toch hebben, volgens de organisatoren, net die lokale festivalgangers de afgelopen jaren bijgedragen aan het succes en de legendarische 'sfeer'

²⁰⁰ Zie ook J. VRIELINK: "Tomorrowland en Belgenland", Juristenkrant, 22 februari 2012, p. 16.

van het festival. Daarom roepen de organisatoren het lokale karakter van het festival in om een bepaald percentage van de tickets voor te behouden aan Belgen of mensen met een Belgisch bankrekeningnummer.

In dit kader rijst de vraag in hoeverre een groots opgevat festival, dat over de landsgrenzen heen reclame maakt en zich profileert met een internationale line-up, zich kan beroepen op een lokaal karakter.

Anders is het bijvoorbeeld met een buurtfeest, georganiseerd door en voor de leden van een bepaalde gemeenschap die allen bijdragen aan het feest, of met een religieus feest, waarbij de participatie van de leden van een geloofsgemeenschap meespeelt.

Ook kan men zich afvragen of het bewaren van een 'lokaal karakter' überhaupt kan gelden als een legitieme doelstelling – voor zover hiermee (louter) de uitsluiting van een bepaalde groep personen (outsiders) wordt nagestreefd.

Tot slot zal moeten geëvalueerd worden of het gestelde doel niet met minder ingrijpende maatregelen kon bereikt worden – bijvoorbeeld, door de reclame voor het festival enkel te richten tot de Belgische advertentiemarkt.

Casus drie: fabrieksgeheimen

ICT-bedrijven en bedrijven in de kennis- en defensie-industrie weigeren soms personen uit bepaalde landen aan te werven omwille van een verhoogd risico van (industriële) spionage of omwille van veiligheidsredenen. Kandidaat-werknemers uit China en Rusland zullen in bepaalde industrietakken minder makkelijk worden aangeworven.

In dergelijke gevallen zal de rechtvaardigheidstoets in eerste instantie een inschatting vergen van de mate waarin het voorgehouden (veiligheids)risico daadwerkelijk voorligt. Daarnaast rijst de vraag of de brede uitsluitingscriteria niet vervangen kunnen worden door een individuele screening met als doel stereotypering tegen te gaan.

4.2.4. Artikel 13 Antiracismewet: het nietig beding

Artikel 13 van de Antiracismewet²⁰¹ stipuleert dat alle contractuele bepalingen die in strijd zijn met de Antiracismewet als nietig worden beschouwd. In dat geval kan elke belanghebbende in het proces, namelijk de partijen maar ook de rechter ambtshalve, de nietigheid van de bepaling inroepen. De nietigheid kan ingeroepen worden in elke stand van het geding, dus ook voor het eerst in hoger beroep of voor het Hof van Cassatie.

Verder bepaalt artikel 13 dat ook de contractuele bedingen die de bescherming van de racismewet zouden willen uitsluiten, nietig zijn.

In dit kader rijst de vraag in hoeverre de absoluut opgevatte bewoordingen van artikel 13 Antiracismewet ingaan tegen de mogelijkheid voor partijen om – in het geval van een inbreuk op de Antiracismewet – eerst onderling aan te sturen op een minnelijke schikking

²⁰¹ Art. 13 Antiracismewet: De bepalingen die strijdig zijn met deze wet alsook de bedingen die bepalen dat een of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door deze wet gewaarborgd worden, zijn nietig.

door bijvoorbeeld te streven naar een financiële regeling zonder tussenkomst van de rechter. Kan het slachtoffer vrij terugkomen op de overeengekomen regeling?

Heel wat algemene verkoopvoorwaarden bevatten bovendien een arbitragebeding dat stelt dat partijen een mogelijke betwisting eerst via arbitrage moeten trachten op te lossen, alvorens naar de rechter te kunnen stappen. Die zal dan gehouden zijn door de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek inzake de (marginale) controle van arbitrale uitspraken. Opnieuw rijst de vraag in hoeverre een dergelijk arbitragebeding stuit op de brede bescherming van artikel 13.

Deze vragen werden vooralsnog niet beslecht door de rechtspraak en spelen evenzeer in de context van onderscheid op basis van nationaliteit / verblijfsstatuut.

4.2.5 Recente rechtspraak inzake discriminatie op grond van het verblijfsstatuut²⁰²

De feiten

Een Oekraïense dame in irregulier verblijf had bij een bank twee rekeningen geopend. Een zichtrekening en een huurwaarborgrekening, nodig voor de huur van een appartement. Aanvankelijk stond de bank de rekeningen toe, want de vrouw beschikte over een geldig Oekraïens paspoort. Maar korte tijd later sloot de bank beide rekeningen af met als argument dat de dame irregulier op het grondgebied verbleef. Dit was, aldus de bank, in strijd met de vereisten van de wet op de witwaspraktijken. De verhuurder contacteerde het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding. Die maakte de zaak aanhangig, eerst bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg en toen die zich onbevoegd verklaarde, bij de handelsrechtbank.

In ***eerste aanleg*** volgde de handelsrechter de redenering van de bank en stelde dat het geldig paspoort van verzoekster onvoldoende was om haar identiteit aan te tonen. Hiervoor waren volgens de rechter, een adres én een geldige identiteitskaart nodig. De rechter oordeelde dat de bank het recht had om de rekeningen af te sluiten.

Het Centrum ging tegen deze beslissing in beroep en verzocht de rechter de discriminatie op grond van verblijfsstatus te stoppen, een dwangsom op te leggen als dat niet gebeurde en de beslissing uit te hangen. De zaak sleepte een aantal jaren aan. Intussen was de wet op de witwaspraktijken versoepeld. Zo was voor de identificatie van een persoon een adres niet langer nodig. Naam, voornaam, geboortedatum, en –plaats volstonden en die waren in casu gekend.

Strikt genomen kon men zich afvragen of de zaak niet zonder voorwerp was, maar het ***Brusselse hof van beroep*** oordeelde toch dat de bank de wet op de witwaspraktijken te strikt geïnterpreteerd had. Volgens de beroepsrechter had de bank verzoekster gediscrimineerd door automatisch haar bankrekeningen af te sluiten louter omdat ze irregulier in het land verbleef terwijl haar identiteit via haar legaal paspoort vaststond en zij bovendien een verblijfsadres had. Dit is tot nu toe de enige gekende rechterlijke uitspraak in België die discriminatie op grond van verblijfsstatuut vaststelt.

²⁰² HvB, 26 mei 2011, beschikbaar op www.diversiteit.be.

NAWOORD

"Dans certaines tribus anthropophages, l'étranger c'est celui qu'on mange. Met deze woorden opende Michael Singleton, emeritus professor aan de UCL ooit één van zijn uiteenzettingen. In onze samenleving eten we geen vreemdelingen op, maar de uitspraak van de professor leidt ons wel naar de vraag hoe wij vandaag een vreemdeling definiëren. Is deze beter af bij ons dan bij dergelijke stammen?

Uit deze paper blijkt dat het antwoord genuanceerd is, soms zelfs dubbelzinnig. Zo neemt de Europese Unie een reeks wettelijke bepalingen aan die gelijke behandeling waarborgen terwijl datzelfde EU-recht tegelijk discriminerende bepalingen bevat. Ook de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie weerspiegelt die ambiguïteit.

Voorbeeld bij uitsteking van verschillen in behandeling, ingevoerd door het EU-recht, is het onderscheid tussen mobiele en statische EU-burgers. Europa beschermt zijn mobiele burgers beter dan zijn statische burgers. In België leidt dit tot 'omgekeerde discriminatie', want ook hier worden nationale, statische burgers minder gunstig behandeld dan de mobiele EU-burger. Een ander voorbeeld van dubbelzinnigheid zijn de Europese migratierichtlijnen, zoals omgezet naar Belgische wetgeving. Ook zij bevatten bepalingen die de gelijke behandeling bevorderen en tegelijk afremmen, onder meer door uitsluitingsclausules. Conclusie is dat het EU-recht drijft op ambiguïteit.

Daarnaast is er een verontrustende evolutie aan de gang in het recht en de rechtspraak van Straatsburg. In het verleden oordeelde het EHRM meermaals dat verschillen in behandeling op grond van nationaliteit 'verdacht' zijn en alleen te rechtvaardigen als er zeer zwaarwichtige redenen zijn. Toch lijkt het Hof vatbaar voor de maatschappelijke tendens waarbij niet de nationaliteit maar de vreemdeling zelf als verdacht wordt beschouwd. In onze samenleving worden vreemdelingen soms snel voorgesteld als profiteurs van sociale voordelen of als potentiële misdadigers.

Het lijkt erop dat deze tendens invloed heeft op de rechtspraak in Straatsburg. Zo maakte het EHRM de weg vrij voor een onderscheid tussen 'gekozen' en 'ondergane' migratie waarbij vreemdelingen die gedwongen zijn te migreren beter beschermd worden dan vreemdelingen die vrijwillig migreren. Dit onderscheid is verontrustend, vooral in het licht van de fundamentele mensenrechten. De bescherming van mensenrechten zou niet afhankelijk mogen zijn van de eventualiteit van feitelijke elementen van ieder individueel geval. Door het onderscheid tussen 'gekozen' en 'ondergane' migratie laten we die bescherming net wél afhangen van daden, namelijk van de keuze om al of niet te migreren. Trekken we deze redenering consequent door, dan leidt dit tot onverdedigbare, zelfs absurde situaties. Bij gezinshereniging bijvoorbeeld zou een buitenlandse partner na gedwongen huwelijk en migratie beter beschermd zijn dan de buitenlandse partner die uit liefde en vrijwillig kiest om te migreren.

Bovendien is de strijd tegen discriminatie niet los te koppelen van fundamentele rechten. Een rechter die een discriminatie tussen twee groepen mensen wil opheffen, kan dat immers op twee manieren doen. Hij kan de benadeelde groep meer rechten geven of hij kan bepaalde rechten van de bevoorrechte groep intrekken. Niets belet hem om gelijkheid te herstellen door rechten in te trekken. Precies daarom moeten we

non-discriminatiebepalingen combineren met het principe dat bestaande rechten altijd gevrijwaard blijven.

Ook moet het belang van de VN-verdragen en -akkoorden hier onderlijnd worden. Denk aan de mogelijkheden die artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten biedt, aan de rechtspraak van het Comité voor de Mensenrechten of aan artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (CERD). België legde de verklaring volgens dat artikel reeds 13 geleden neer bij de VN. Dit heeft tot gevolg dat een individu of groep van individuen het recht heeft om een klacht in te dienen bij de 'Committee on the Elimination of Racial Discrimination' in Genève. Tot nu toe heeft België geen enkele zaak voor dit Comité gebracht terwijl andere landen, als Denemarken, al tientallen zaken aanbrachten. Wij zouden meer systematisch kunnen nagaan of criteria als 'nationaliteit' en 'afkomst' gecombineerd kunnen worden met recente verdragen als het Internationaal Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Kortom, dit is een oproep om op een creatieve manier nieuwe pistes te ontdekken.

Tot slot moeten we opnieuw het debat aanzwengelen van de ratificatie van het Protocol 12 bij het EVRM zodat de vastgestelde discriminatie niet langer verplicht moet gecombineerd worden met andere bepalingen uit het EVRM. Jaren geleden al adviseerde het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding de Belgische autoriteiten om dit Protocol te ratificeren.

Ik kan besluiten dat de rechterlijke beslissingen over verschillen in behandeling, net als EU-burgers, zowel statisch als mobiel kunnen zijn. Bepaalde rechtspraak werkt blokkerend terwijl andere rechtspraak, soms van dezelfde hoven, creatieve en vernieuwende oplossingen voorstelt. Zo wordt vooruitgang geboekt via interpretatie en interessante principearresten. De bijdrages en de debatten van deze studiedag moedigen daarom zeker aan verder te gaan in de richting van die vooruitgang.

Patrick Charlier,
Coördinator Departement racisme en integratie