

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.608 van 5 juni 2012
in de zaak A. 200.421/XIV-33.185**

In zake : XXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Zohra Othman
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Broederminstraat 38
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
 de staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid, thans
 de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en
 Armoedebestrijding
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Antwerpsesteenweg 59/B
 alwaar woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het cassatieberoep, ingesteld op 1 juni 2011, strekt tot de vernietiging van het arrest nr. 60.842 van 2 mei 2011 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking nr. 7129 van 29 juni 2011 wordt het cassatieberoep toelaatbaar verklaard.

 De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

 Eerste Auditeur Marijke Sterck heeft een verslag opgesteld, op grond van artikel 16 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State.

De verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 april 2012 om 11.00 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan De Lien, die loco advocaat Zohra Othman verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Carmenta Decordier, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste Auditeur Marijke Sterck heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. De verzoekster dient op 15 december 2009 een aanvraag om machtiging tot verblijf met toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet) in. De staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid verklaart die aanvraag met een beslissing van 16 november 2010 ontvankelijk doch ongegrond.

Op 2 maart 2011 stelt de verzoekster tegen de voormelde beslissing een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verwerpt de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring met een arrest van 2 mei 2011. Dit is het bestreden arrest.

IV. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekster werpt in een enig middel machtsoverschrijding en de schending van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet en van “het gelijkheidsbeginsel neergelegd in artikel 11 Belgische grondwet en in artikel 14 EVRM” op.

De verzoekster voert aan dat zij volgens de verwerende partij niet voldoet aan de voorwaarden van de instructie van 19 juli 2010 (lees: 2009), doch dat deze instructie door de Raad van State werd vernietigd en derhalve niet meer kan worden toegepast. De verwerende partij kan zich niet op een “illegale” instructie beroepen om een aanvraag in redelijkheid af te wijzen.

Volgens de verzoekster worden de door haar aangevoerde buitengewone omstandigheden door de verwerende partij bewezen geacht, zodat wordt aangenomen dat het voor haar buitengewoon moeilijk is om haar aanvraag om machtiging tot verblijf in het land van herkomst te gaan indienen. Zij citeert de motivering van 's Raads arrest nr. 198.769 van 9 december 2009 (waarmee de instructie van 19 juli 2009 werd vernietigd) om te stellen “dat de buitengewone omstandigheden enkel kunnen worden aanvaard voor zover het gaat om buitengewone omstandigheden waarvan de Raad van State stelt dat het buitengewone omstandigheden kunnen zijn”. De verzoekster vraagt zich af waarom deze buitengewone omstandigheden niet voldoen ter staving van de gegrondheid van de aanvraag. Het argument op grond waarvan de verzoekster niet naar het buitenland hoeft te gaan om haar aanvraag in te dienen kan bezwaarlijk buiten beschouwing blijven bij de beoordeling van de gegrondheid van de aanvraag: een motivering die bij de beoordeling van de gegrondheid geen rekening met de beoordeling van de ontvankelijkheid houdt, is immers niet afdoende.

In het bestreden arrest wordt er volgens de verzoekster op gewezen dat de instructie van 19 juli 2009 door de Raad van State werd vernietigd omdat die instructie geen ruimte voor de appreciatie van de buitengewone omstandigheden, en dus van de ontvankelijkheid, openlaat, terwijl de aanvankelijk bestreden beslissing van 16 november 2010 niet op de ontvankelijkheid doch op de gegrondheid van de aanvraag betrekking had. De verzoekster gaat niet akkoord met die redenering omdat de Raad van State de hoger genoemde instructie niet gedeeltelijk doch integraal heeft vernietigd.

Te dezen heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen volgens de verzoekster artikel 9bis van de Vreemdelingenwet geschonden door legitimiteit te verschaffen aan de aanvankelijk bestreden beslissing die overduidelijk in functie van de instructie is genomen. Die instructie werd dus ondanks de vernietiging toegepast.

De verzoekster vervolgt dat het in de instructie gebruikte criterium volgens de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een objectivering en derhalve geen schending van het gelijkheidsbeginsel vormt. De instructie kan volgens de verzoekster echter geen objectief criterium vormen gezien de vernietiging ervan en daarom acht zij ook het gelijkheidsbeginsel geschonden en stelt zij dat er sprake is van “machtsoverschrijding”.

5. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat het enige middel nieuw en dus niet-ontvankelijk is omdat de verzoekster voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nooit heeft aangevoerd dat de verwerende partij zich niet op de instructie van 19 juli 2009 zou kunnen beroepen “om een aanvraag in redelijkheid af te wijzen als ongegrond”.

Verder zet de verzoekster nergens uiteen hoe het gelijkheidsbeginsel, artikel 11 van de Grondwet en artikel 14 van het EVRM zouden zijn geschonden noch hoe machtsoverschrijding zou zijn gepleegd. De verwerende partij acht het middel in die mate niet-ontvankelijk.

In ondergeschikte orde stelt de verwerende partij dat de verzoekster niet toelicht om welke reden de vraag welke buitengewone omstandigheden werden aanvaard van belang blijft voor een correcte beoordeling (ten gronde). De verwerende partij citeert de artikelen 9 en 9bis van de Vreemdelingenwet en maakt het onderscheid tussen de beoordeling van de buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 9bis en de beoordeling ten gronde in de zin van artikel 9. Bij de toepassing van artikel 9bis vindt er dus een dubbel onderzoek plaats, enerzijds van de ontvankelijkheid met de vraag of er buitengewone omstandigheden in de zin van die bepaling aanwezig zijn en anderzijds van de gegrondheid van de aanvraag. De verzoekster respecteert dit onderscheid niet.

Vervolgens benadrukt de verwerende partij dat in de aanvankelijk bestreden beslissing toepassing is gemaakt van de criteria uit de instructie van 19 juli 2009. Zij vermocht die criteria binnen haar discretionaire bevoegdheid toe te passen, zoals ook

uitdrukkelijk in de aanvankelijk bestreden beslissing is gesteld en wijst erop dat dit net ten gunste van de vreemdeling is die zijn aanvraag met toepassing van die instructie heeft ingediend. De verwerende partij verwijst wat dat betreft naar de concrete motieven van de aanvankelijk bestreden beslissing en acht het middel in die mate ongegrond.

6. In de memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekster het middel.

Beoordeling

7.1. Anders dan de verwerende partij voorhoudt, is het enige middel wel degelijk ontvankelijk waar wordt aangevoerd dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen legitimiteit had mogen verschaffen aan de aanvankelijk bestreden beslissing, die in functie van de vernietigde instructie van 19 juli 2009 was genomen.

De vraag of de aanvankelijk bestreden beslissing met toepassing van de vernietigde instructie van 19 juli 2009 had mogen worden genomen, raakt de openbare orde. Het gaat immers om het gezag van gewijsde van 's Raads arrest nr. 198.769 van 9 december 2009 waarmee die instructie werd vernietigd.

Al had de verzoekster het middel voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kunnen opwerpen en al had deze laatste het ook ambtshalve kunnen opwerpen, een middel dat de openbare orde raakt kan ook voor het eerst in graad van cassatie worden opgeworpen op voorwaarde dat de feitelijke elementen die nodig zijn voor de beoordeling van dat middel uit het bestreden arrest blijken of dat de verzoeker die feiten voor de eerste rechter heeft aangevoerd.

Te dezen heeft de verzoekster in het eerste middel voor de eerste rechter uitdrukkelijk vermeld dat zij zich beriep op criterium 2.3 van de instructie van 19 juli 2009, dat deze instructie op 11 (lees: 9) december 2009 door de Raad van State werd vernietigd doch dat de staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid zich heeft geëngageerd om binnen zijn discretionaire bevoegdheid de criteria voor regularisatie te blijven toepassen. In het bestreden arrest is dat middel trouwens integraal weergegeven en wordt ook de motivering van de aanvankelijk bestreden beslissing, met daarin de verwijzing naar zowel de instructie van 19 juli 2009 als de vernietiging ervan, vermeld. Er is dus aan de voorwaarden voldaan om het middel voor het eerst in graad van cassatie op te werpen.

7.2. Met het bestreden arrest wordt uitspraak gedaan over de wettigheid van een beslissing waarmee een aanvraag om machtiging tot verblijf met toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet ongegrond wordt verklaard. Artikel 9bis bevat geen criteria waaraan de aanvraag om machtiging tot verblijf moet voldoen om gegrond te worden verklaard noch criteria die ertoe leiden de aanvraag ongegrond te verklaren.

Het kernkabinet heeft in een “instructie” van 19 juli 2009 welbepaalde specifieke “humanitaire” situaties omschreven die de toekenning kunnen rechtvaardigen van een machtiging tot verblijf van een vreemdeling in toepassing van het oude artikel 9, derde lid en van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. Die instructie is met ’s Raads arrest nr. 198.769 van 9 december 2009 vernietigd omdat zij “het mogelijk maakt dat vreemdelingen die zich in de erin omschreven voorwaarden bevinden ervan ontslagen worden aan te tonen dat er in hun geval buitengewone omstandigheden voorhanden zijn, terwijl enkel de wetgever dit vermag te doen”, omdat “door dit in de bestreden instructie te doen een aan de wetgever voorbehouden domein wordt betreden” en omdat “uit het bovenstaande volgt dat de bestreden instructie voor vernietiging vatbaar is aangezien ze een nieuwe rechtsregel aan de rechtsorde toevoegt”.

In de beslissing van de staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid van 16 november 2010, die tot het bestreden arrest heeft geleid, wordt gesteld dat de betrokkene op basis van de hoger genoemde instructie van 19 juli 2009 wil worden geregulariseerd, dat deze instructies “zoals algemeen bekend” op 11 (lees: 9) december 2009 door de Raad van State werden vernietigd en dat de staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid, “(z)oals eveneens algemeen bekend, (...) zich (heeft) geëngageerd om binnen zijn discretionaire bevoegdheid de criteria voor regularisatie zoals beschreven in eerder vernoemde instructie, te blijven toepassen.” Hierna wordt in die beslissing naar de criteria 2.8A en 2.8B uit de instructie van 19 juli 2009 verwezen om te stellen dat de verzoekster niet aan de daarin gestelde voorwaarden van verblijfsduur en van een behoorlijk ingevuld arbeidscontract voldoet. Er wordt ook uitdrukkelijk gesteld dat de aangevoerde elementen betreffende de integratie van de verzoekster niets afdoen aan die voorwaarden uit de instructie van 19 juli 2009.

Anders dan in de punten 2.1.2. en 2.2.1. van het bestreden arrest wordt geoordeeld, gaat het daarbij niet meer om de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Uit de bovenstaande inhoud van de aanvankelijk bestreden beslissing blijkt immers dat de

aanvraag om machtiging tot verblijf uitdrukkelijk is afgewezen omdat niet aan de voorwaarden uit de (vernietigde) instructie inzake minimumloon is voldaan, zonder een aantal elementen van integratie te beoordelen. Die voorwaarden worden als een dwingende regel toegepast, waarbij de bevoegde staatssecretaris over geen enkele appreciatiemogelijkheid meer beschikt en die dus in strijd is met de in het bestreden arrest voorgehouden discretionaire bevoegdheid. Op die manier heeft de staatssecretaris zelf een voorwaarde aan de wet toegevoegd.

De verzoekster voert terecht aan dat de instructie van 19 juli 2009 integraal is vernietigd en dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de aanvankelijk bestreden beslissing in functie van de vernietigde instructie legitiem heeft geacht. Door zich in het bestreden arrest bij het standpunt van de bevoegde staatssecretaris aan te sluiten en eveneens naar diens discretionaire bevoegdheid te verwijzen om zich alsnog op de criteria van de vernietigde instructie van 19 juli 2009 te steunen, heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen toegelaten dat bindende voorwaarden aan artikel 9bis van de Vreemdelingenwet worden toegevoegd en heeft hij die bepaling dus geschonden.

Het enige middel is minstens in die mate gegrond en die vaststelling volstaat voor de vernietiging van het bestreden arrest.

BESLISSING

- 1. De Raad van State vernietigt het arrest nr. 60.842 van 2 mei 2011 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.**
- 2. Dit arrest zal in de registers van voormelde Raad worden overschreven, en melding ervan zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.**
- 3. De zaak wordt verwezen naar een anders samengestelde kamer van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.**
- 4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het cassatieberoep, begroot op 175 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf juni tweeduizend en twaalf, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
met bijstand van	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

André Beirlaen