

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.385 van 22 juli 2013
in de zaak A. 206.470/XIV-34.556**

In zake : XXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Raf Jespers
 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 26 september 2012, strekt tot de vernietiging van het arrest nr. 86.121 van 22 augustus 2012 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking nr. 9136 van 24 oktober 2012 wordt het cassatieberoep toelaatbaar verklaard.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoeker 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 partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2013 om 10.30 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lies Michielsens, die loco advocaat Raf Jespers verschijnt voor de verzoeker, en advocaat Laurent Bracke, die loco advocaat Carmenta Decordier verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste Auditeur Marijke Sterck heeft een met dit arrest eensluidend 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 verzoeker dient op 30 september 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 neemt op 8 maart 2011 een beslissing waarbij die aanvraag ontvankelijk doch ongegrond wordt verklaard.

Op 22 april 2011 stelt de verzoeker tegen de voormelde beslissing een beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verwerpt het beroep tot nietigverklaring met een arrest van 22 augustus 2012. Dit is het bestreden arrest.

IV. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoeker werpt in een tweede middel machtsverschrijding en de schending van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, van artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 juni 1950, (EVRM) en van artikel 11 van de Grondwet op.

Hij voert in een eerste onderdeel aan dat hij op de terechtzitting naar het arrest van de Raad van State nr. 215.571 van 5 oktober 2011 heeft verwezen en op die manier onmiskenbaar heeft gesteld dat de aanvankelijk bestreden beslissing de vernietigde instructie van 19 juli 2009 had toegepast en zo artikel 9bis had geschonden. Door te stellen dat de kritiek van de verzoeker niet kan worden toegepast omdat die instructie vernietigd is, wordt in het bestreden arrest minstens impliciet gesteld dat de aanvankelijk bestreden beslissing toepassing maakt van de vernietigde instructie. De verzoeker stelt dat het bestreden arrest dus toelaat dat een beslissing wordt genomen met toepassing van de vernietigde instructie. Hij merkt op dat de instructie van 19 juli 2009 niet gedeeltelijk maar geheel werd vernietigd. Volgens de verzoeker heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen artikel 9bis van de Vreemdelingenwet geschonden door legitimiteit te verschaffen aan de aanvankelijk bestreden beslissing die in functie van de meegenoemde instructie is genomen. Meer bepaald wordt de aanvraag ongegrond verklaard omdat niet aan criterium 2.8 van de instructie is voldaan en worden alle elementen van integratie en verblijf verworpen als een basis voor de toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet omdat “dit niets afdoet aan de voorwaarde van de duur van het verblijf” (criterium 2.8) en “dit element dus niet in het voordeel van betrokkene kan weerhouden worden”. De verzoeker besluit dat de verwerende partij door het hanteren van de instructie een voorwaarde aan de wet toevoegt en hij verwijst naar diverse gelijkaardige arresten daarover.

5. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord het volgende:

“In het eerste onderdeel van zijn tweede middel houdt verzoeker voor dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de opgeworpen schending van artikel 9bis, los van de opwerpingen in verband met de instructie had moeten onderzoeken”.

Verzoeker toont evenwel niet aan dat hij zijn in enig middel voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een schending van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet heeft aangevoerd, die er niet op gericht waren de toepassing van de voorwaarden van de instructie van 19.07.2009 te verkrijgen.

Zijn beschouwingen kunnen dan ook niet worden aangenomen.

Verder kan verzoeker niet dienstig ongestaafd voorhouden dat hij ter zitting naar het arrest nr. 215.571 van de Raad van State heeft verwezen.

Uit het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen blijkt dat “Ter terechtzitting wordt er gewezen op het arrest nummer 215.571 uitgesproken op 5 oktober 2011 door de Raad van State”, doch hieruit blijkt niet dat dit door verzoeker werd opgeworpen en niet door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werd opgemerkt.

Verzoeker kan niet dienstig voorhouden dat hij enige argumentatie inzake bindende voorwaarden die door de gemachtigde aan artikel 9bis van de wet werden toegevoegd, zou hebben ontwikkeld voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Verwerende partij wijst er ten overvloede nog op dat de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen schriftelijk is, en geen nieuwe middelen ter zitting kunnen worden aangevoerd die niet in het verzoekschrift werden uiteengezet (zie ook artikel 39/60 Vreemdelingenwet). Terwijl bij de bespreking van het eerste middel reeds genoegzaam werd toegelicht dat verzoeker niet aantoont dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verplicht was ambtshalve dienomtrent een middel op te werpen, noch dat verzoeker zelf dit middel niet in zijn verzoekschrift tot nietigverklaring had kunnen opwerpen (los van de opmerking dat zulks geen onbevoegdheid uitmaakt die de openbare orde raakt).

Verzoeker kan verder niet dienstig aanvoeren dat ‘het bestreden arrest toelaat dat een beslissing genomen werd met toepassing van de vernietigde instructie’, nu de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter op basis van de door verzoeker aangevoerde schendingen de wettigheid van de beslissing moet beoordelen en niet ambtshalve middelen die niet van openbare orde zijn (of die van openbare orde zijn doch door de verzoeker hadden kunnen worden aangebracht in het verzoekschrift, nu de grondslag hiertoe reeds bestond op dat ogenblik), dient aan te brengen.

Door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt in het bestreden arrest terecht vastgesteld dat het betoog van verzoeker een toepassing van de voorwaarden van de vernietigde instructie vooropstelt, en derhalve niet dienstig is.

In tegenstelling tot wat verzoeker poogt voor te houden, aanvaardt de rechter in vreemdelingenzaken geenszins de instructie van 19.07.2009; het bestreden arrest is niet op een toepassing van de instructie gesteund.

Verder hebben verzoekers beschouwingen kennelijk geen betrekking op het bestreden arrest, zo o.m. waar verzoeker voorhoudt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zou geoordeeld hebben dat de Raad van State de instructie ‘gedeeltelijk’ heeft vernietigd, alsmede waar hij poogt voor te houden dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de instructie gewoonweg toepast inzake het criterium 2.8B van de instructie (...).

Terwijl verzoeker met de ‘verwijzing naar diverse andere gelijkaardige arresten inzake de toepassing van de Instructie’, zonder enige precisering en aanbrenging van concrete gegevens, niet dienstig zijn.

Daarenboven laat de verwerende partij gelden dat verzoeker in de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen schending van de alhier in dit tweede middel vermelde rechtsregels, met name schending van het

gelijkheidsbeginsel neergelegd in artikel 11 van de Grondwet en in artikel 14 van het EVRM, heeft aangevoerd in zijn verzoekschrift tot nietigverklaring.

Door verzoeker wordt slechts heden in onderhavige procedure voor uw Raad een dusdanig middel ontwikkelt. Dit middel kan naar inzichten van de verwerende partij dan ook niet ontvankelijk zijn, nu een middel niet voor het eerst in graad van cassatie kan worden opgeworpen (zie ook Cass. F1996N dd. 18.03.1994; R.v.St. nr. 186.909 dd. 08.10.2008).”.

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

Beoordeling

7.1. Anders dan de verwerende partij voorhoudt, is het enige middel ontvankelijk waar wordt aangevoerd dat de criteria van de vernietigde instructie van 19 juli 2009 in de aanvankelijk bestreden beslissing werden toegepast en dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met het bestreden arrest ten onrechte heeft toegelaten dat op die manier bindende voorwaarden aan artikel 9bis van de Vreemdelingenwet werden toegevoegd.

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 verzoeker 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 wordt de aanvankelijk bestreden beslissing met daarin meermaals de vermelding van “de vernietigde instructies van 19.07.2009” in het bestreden arrest geciteerd. In de motivering van het bestreden arrest wordt meermaals naar de vernietigde instructie van 19 juli 2009 verwezen, naar het vernietigingsarrest van de Raad van State nr. 198.769 van 9 december 2009 en naar het oordeel van de Raad van State “dat bij de ongegrondverklaring van de aanvraag om machtiging tot verblijf, uitsluitend omdat niet aan de voorwaarden uit de vernietigde instructie is voldaan, de voorwaarden van de

instructie van 19 juli 2009 als een dwingende voorwaarde worden toegepast waarbij de bevoegde staatssecretaris over geen enkele appreciatiebevoegdheid meer beschikt”. In het bestreden arrest wordt overigens gesteld dat ter terechtzitting wordt gewezen op het arrest van de Raad van State nr. 215.571 van 5 oktober 2011. Vermits in het bestreden arrest uitdrukkelijk naar de instructie van 19 juli 2009, naar de vernietiging ervan en naar latere rechtspraak van de Raad van State over de toepassing van de criteria uit die instructie is verwezen, is 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 8 maart 2011, die tot het bestreden arrest heeft geleid, wordt gesteld dat de verzoeker op basis van de hoger genoemde instructie van 19 juli 2009 wil worden geregulariseerd, dat deze instructies “(z)oals 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 criterium 2.8A uit de instructie van

19 juli 2009 verwezen, waarop de verzoeker zich inderdaad zelf had beroepen, om te stellen dat de verzoeker niet aan de daarin gestelde verblijfsvoorwaarde voldoet. Er wordt uitdrukkelijk gesteld dat de door de verzoeker aangevoerde integratie (“hoe goed de integratie eventueel ook moge zijn”) niets afdoet aan die voorwaarde uit de instructie van 19 juli 2009.

Het gaat daarbij niet om de uitoefening van een appreciatiebevoegdheid. 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 verblijf 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 zijn discretionaire bevoegdheid. Op die manier heeft de staatssecretaris zelf een voorwaarde aan de wet toegevoegd.

De verzoeker voert terecht aan dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de aanvankelijk bestreden beslissing in functie van de vernietigde instructie legitiem heeft geacht. Door toe te laten dat de bevoegde staatssecretaris zich alsnog op de criteria van de vernietigde instructie van 19 juli 2009 steunt, heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen toegelaten dat bindende voorwaarden aan artikel 9bis van de Vreemdelingenwet worden toegevoegd en heeft hij het gewijsde van s’ Raads arrest nr. 198.769 van 9 december 2009 dus geschonden.

Het eerste onderdeel van het tweede middel is gegrond en die vaststelling volstaat voor de vernietiging van het bestreden arrest.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het arrest nr. 86.121 van 22 augustus 2012 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

2. Dit arrest zal in de registers van voormelde Raad worden overgeschreven, 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 tweeëntwintig juli tweeduizend dertien, door de Raad van State, XIVE 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