

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.316 van 30 januari 2013
in de zaak A. 203.459/XIV-33.940**

In zake : XXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Luc Denys
 kantoor houdend te 1030 Brussel
 Adolphe Lacomblélaan 59/61 bus 5
 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 27 januari 2012, strekt tot de vernietiging van het arrest nr. 72.372 van 21 december 2011 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking nr. 8131 van 20 februari 2012 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 de procedure teneinde te worden gehoord ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 november 2012 om 10.30 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Luc Denys, die verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Tine Bricout, 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 verzoekster, van Filippijnse nationaliteit, dient op 19 januari 2011 bij de Belgische ambassade te Manilla een aanvraag voor een visum type D (gezinshereniging) in om bij haar Belgische echtgenoot te kunnen verblijven. De staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid verklaart die aanvraag met een beslissing van 1 september 2011 ongegrond.

Op 3 oktober 2011 stelt de verzoekster tegen de voornoemde beslissing een beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verwerpt het beroep met een arrest van 21 december 2011. Dit is het bestreden arrest.

IV. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekster werpt in een eerste middel de schending op van de artikelen 39/2, § 2, en 40ter, eerste lid, samen met artikel 40bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet), van artikel 5 van het Gerechtelijk Wetboek, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de artikelen 5 en 10 van Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (richtlijn 2004/38).

Zij vat de motivering van het bestreden arrest samen en voert aan dat de overweging dat richtlijn 2004/38 geen sanctie voor het niet-naleven van de in artikel 10 vastgelegde termijn van 6 maanden voorziet, niet pertinent is. De interne wetgever moet bij de omzetting van de richtlijn zo nodig de sanctie bepalen. Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arrest nr. 128/2010 vastgesteld dat de Belgische wetgever heeft nagelaten dit te doen en dat dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel is vermits de maximumtermijn voor een beslissing over een aanvraag op grond van de artikelen 10 en 12bis van de Vreemdelingenwet een vervaltermijn is waarvan de overschrijding automatisch tot een gunstige beslissing leidt, terwijl dat voor een aanvraag op grond van de artikelen 40 e.v. niet zo is.

De verzoekster vervolgt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter moet nagaan of de bij hem aangevochten beslissing in overeenstemming met de wet is en de beslissing moet vernietigen als hij een onwettigheid vaststelt. Uit de vaststelling dat de aanvankelijk bestreden beslissing werd genomen na de in artikel 10 van richtlijn 2004/38 bepaalde maximumtermijn van 6 maanden, terwijl de verzoekster een vreemdeling in de zin van artikel 40ter, eerste lid, van de Vreemdelingenwet is en bijgevolg met een familielid van een burger van de Unie in de zin van artikel 40bis van die wet moet

worden gelijkgesteld, waardoor die bepalingen zowel met richtlijn 2004/38 als met het gelijkheidsbeginsel in overeenstemming moeten zijn, had volgens de verzoekster in het bestreden arrest moeten worden besloten dat de aanvankelijk bestreden beslissing niet alleen strijdig was met artikel 10 van richtlijn 2004/38 maar ook met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Door de onwettigheid vast te stellen maar de aanvankelijk bestreden beslissing niet te vernietigen, heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zijn in artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet vastgelegde bevoegdheid geschonden, evenals de door de verzoekster voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ingeroepen rechtsnormen.

De verzoekster acht het motief in het bestreden arrest dat de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde leemte alleen door de wetgever kan worden hersteld, niet pertinent omdat zij dat herstel niet aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft gevraagd. Zij heeft enkel gevraagd overeenkomstig artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet de onwettigheid van de aanvankelijk bestreden beslissing vast te stellen en die beslissing bijgevolg te vernietigen. Het motief dat uit het Belgische en het Europese recht niet kan worden afgeleid dat het uitblijven van een beslissing de toekenning van het visum tot gevolg heeft, is volgens de verzoekster evenmin pertinent. De verzoekster heeft aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen immers niet de afgifte van een visum gevraagd vermits de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen te dezen geen volheid van bevoegdheid heeft. Zij is wel van oordeel dat de rechter in afwachting van het opvullen of herstellen van de leemte door de wetgever een einde dient te maken aan de gevolgen van de strijdigheid van het bestaan van deze leemte met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Dit kan enkel door de vernietiging van de aanvankelijk bestreden beslissing.

De verzoekster besluit dat ook artikel 5 van het Gerechtelijk Wetboek is geschonden door onder het voorwendsel van het stilzwijgen van de wet geen uitspraak over een geschil te doen.

5. In de memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekster het middel en voegt zij toe dat zij zich op richtlijn 2004/38 kan beroepen omdat de omzetting in het Belgische recht niet naar behoren is gebeurd, zoals blijkt uit het arrest nr. 128/2010 van het Grondwettelijk Hof. In dat arrest heeft het Grondwettelijk Hof wel degelijk een onwettigheid vastgesteld, vermits de leemte in de wet strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Verder stelt de verzoekster dat zij niet aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft gevraagd de leemte op te vullen noch een visum te geven. De overweging in het bestreden arrest dat enkel de wetgever de vastgestelde leemte kan opvullen, is daarom niet pertinent.

De door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen begane onwettigheid blijkt pas uit het bestreden arrest en dus kon de verzoekster de arresten van het Grondwettelijk Hof nrs. 111/2008 van 31 juli 2008 en 1/2012 van 11 januari 2012 niet eerder invoeren.

Beoordeling

6.1. Uit de niet betwiste gegevens van de zaak blijkt dat de verzoekster op 19 januari 2011 een visum type D heeft aangevraagd om haar Belgische echtgenoot te komen vervoegen en dat de verwerende partij die aanvraag op 1 september 2011 heeft geweigerd. Volgens de verzoekster had de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen die beslissing met het bestreden arrest moeten vernietigen omdat het Grondwettelijk Hof in de artikelen 40 tot 47 van de Vreemdelingenwet een strijdigheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet heeft vastgesteld.

Artikel 40bis van de Vreemdelingenwet bepaalt het verblijfsrecht voor bepaalde familieleden van burgers van de Unie. Artikel 40ter van dezelfde wet stelt dat de bepalingen van het betreffende hoofdstuk die van toepassing zijn op de familieleden van de burger van de Unie die hem begeleiden of zich bij hem voegen, ook van toepassing zijn op de familieleden van een Belg die hem begeleiden of zich bij hem voegen. De visumaanvraag van de verzoekster is ingediend en de aanvankelijk bestreden beslissing is genomen op grond van deze bepalingen. Op de datum van de aanvankelijk bestreden beslissing was de 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 nog niet in werking getreden.

De rechtbank van eerste aanleg te Luik heeft met een vonnis van 11 december 2009 aan het Grondwettelijk Hof reeds de vraag gesteld of de artikelen 40 tot 47 van de Vreemdelingenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden “in zoverre zij niet erin voorzien dat de vreemdeling die een gezinshereniging aanvraagt met een

echtgenoot die een Belgisch of Europees onderdaan is, tot het verblijf moet worden toegelaten wanneer zijn aanvraag na het verstrijken van een bepaalde termijn niet is beantwoord, terwijl de vreemdeling die een gezinshereniging met een tot het verblijf in België toegelaten niet-EG-onderdaan aanvraagt, met toepassing van artikel 12bis (§ 2, derde, vierde en vijfde lid; § 3, derde en vierde lid; § 4, derde lid) van diezelfde wet, bij ontstentenis van antwoord na het verstrijken van een termijn van negen maanden, eventueel verlengd, die volgt op de datum waarop zijn aanvraag is ingediend, wel tot dat verblijf wordt toegelaten?”

In zijn arrest nr. 128/2010 van 4 november 2010 beantwoordt het Grondwettelijk Hof die vraag bevestigend. Het Hof wijst erop dat de wetgever bij de omzetting van richtlijn 2004/38 in de artikelen 40 tot 47 van de Vreemdelingenwet geen expliciete regeling heeft ingevoerd die door de overheid zou moeten worden gerespecteerd in het in de verwijzingsbeslissing bedoelde geval, met name na een aanvraag tot gezinshereniging die moet worden ingediend via een Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger in het buitenland. Artikel 12bis, § 2, derde tot vijfde lid, van de Vreemdelingenwet houdt daarentegen een dubbele waarborg voor de betrokken vreemdeling in, met name de verplichting voor de overheid om binnen een bepaalde termijn een beslissing te nemen en de verplichting om de toelating te geven indien geen beslissing binnen de opgelegde termijn is genomen. Het Hof stelt dat “geen redelijke verantwoording (bestaat) voor het ontzeggen van een dergelijke waarborg aan een onderdaan van een derde land die is gehuwd met een EU-onderdaan of met een Belgische onderdaan en die in soortgelijke omstandigheden een aanvraag tot gezinshereniging indient via een Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger in het buitenland. De betrokken vreemdeling heeft immers hetzelfde belang bij een tijdige beslissing en de rechtszekerheid gebiedt dat hij eveneens het gevolg kent van het uitblijven van die beslissing.” Het Hof overweegt nog dat zou kunnen worden voorgehouden dat de algemene regeling van artikel 12bis, § 2, derde tot vijfde lid, van de Vreemdelingenwet ook op de in de artikelen 40 tot 47 van die wet bedoelde gevallen van toepassing is, doch dat de wetgever voor deze laatste bepalingen rekening moet houden met het bepaalde in richtlijn 2004/38 en moet voorzien in een regelgeving die coherent is met de andere bepalingen van de Vreemdelingenwet. Hierna besluit het Grondwettelijk Hof het volgende:

“B.9. Uit het bovenstaande volgt dat de artikelen 40 tot 47 van de Vreemdelingenwet niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat de wetgever geen termijn heeft vastgesteld binnen welke de overheid moet beslissen over een aanvraag tot gezinshereniging die wordt ingediend via een Belgische diplomatieke of consulaire post in het buitenland

en doordat hij niet heeft vastgesteld welk gevolg moet worden gehecht aan het uitblijven van een beslissing binnen de voorziene termijn. Die discriminatie vindt haar oorsprong in een lacune in de wetgeving, die enkel door de wetgever kan worden verholpen.”.

De huidige zaak heeft een identiek onderwerp.

Het Grondwettelijk Hof heeft in het hoger genoemde arrest in duidelijke bewoordingen vastgesteld dat de schending van het in de Grondwet vastgelegde gelijkheidsbeginsel zijn oorsprong vindt in de ontstentenis van een wetsbepaling, die enkel door de wetgever kan worden verholpen. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft in het bestreden arrest geen onwettigheid begaan door eveneens vast te stellen dat de leemte enkel door de wetgever kan worden hersteld en de aanvankelijk bestreden beslissing dus niet te vernietigen. Door zelf een termijn te bepalen binnen welke de verwerende partij een beslissing over de aanvraag van de verzoekster had moeten nemen en door zelf een rechtsgevolg te bepalen bij overschrijding van dergelijke termijn, zou de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich in de plaats van de wetgever stellen. Indien de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter tot vernietiging van de aanvankelijk bestreden beslissing zou overgaan, zou hij het bestuur er overigens toe verplichten zich in de plaats van de wetgever te stellen en zelf een termijn en eventueel een sanctie in acht te nemen, waarvan het Grondwettelijk Hof heeft gezegd dat deze lacune “enkel door de wetgever” kan worden verholpen.

De verzoekster verwijst nog naar het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 111/2008 van 31 juli 2008, doch daarin wordt gesteld dat “het, indien de leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, de verwijzende rechter toe(komt) een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”. In het arrest nr. 128/2010 wordt daarentegen uitdrukkelijk gesteld dat enkel de wetgever die leemte kan opvullen.

Ook de verwijzing door de verzoekster naar het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 1/2012 van 11 januari 2012 is niet dienstig. Daarin wordt gesteld dat het, in afwachting van het optreden van de wetgever dat betrekking heeft op de Vreemdelingenwet, aan de verwijzende rechter staat een einde te maken aan de gevolgen van de door het Hof vastgestelde onwettigheid “aangezien die vaststelling in voldoende precieze

en volledige bewoordingen is uitgedrukt”. Het weze herhaald dat in het arrest nr. 128/2010 “enkel de wetgever” wordt aangeduid om de leemte in de wet op te vullen.

Rekening gehouden met hetgeen het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 128/2010 van 4 november 2010 heeft beslist, zijn met het bestreden arrest noch de artikelen 39/2, § 2, 40bis en 40ter, § 2, eerste lid van de Vreemdelingenwet noch de artikelen 5 en 10 van richtlijn 2004/38 geschonden. Het enige middel is in die mate ongegrond.

6.2. Met het bestreden arrest is evenmin rechtsweigering gepleegd. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft niet geweigerd uitspraak over het geschil te doen, hij heeft omstandig overwogen waarom hij meent de aanvankelijk bestreden beslissing niet te moeten vernietigen. Dat de verzoekster het met die beoordeling niet eens is, betekent niet dat rechtsweigering werd gepleegd. Het enige middel is ook in die mate ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekster wordt verwezen in de kosten van het cassatieberoep, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig januari 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