

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.067 van 23 juni 2011
in de zaak A. 194.729/XIV-32.827**

In zake : Maliar HIDAYATULLAH
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Marina Janssens
 kantoor houdend te 2440 Geel
 Leeks 17
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stefaan Verbouwe en Francis Chaffart
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 270
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 november 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Justitie, dienst Voogdij, van 7 september 2009 waarbij wordt besloten dat de verzoeker niet voldoet aan de voorwaarden zoals bedoeld in artikel 5 van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de programmawet van 24 december 2002, zodat de plaatsing onder de hoede van de dienst Voogdij voor de verzoeker van rechtswege vervalt.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Rita Van Den Eeckhout heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 juni 2011.

Kamervoorzitter André Beirlaen heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Marina Janssens, die verschijnt voor de verzoeker, en advocaat Alexander Billiet, die loco advocaten Stefaan Verbouwe en Francis Chaffart verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Rita Van Den Eeckhout 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 komt op niet nader bepaalde datum België binnen en dient op 11 mei 2009 een asielaanvraag in. De verzoeker verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn en geboren te zijn op 5 augustus 1993. Hij wordt op 11 mei 2009 onder de hoede geplaatst van de dienst Voogdij.

De identiteit van de minderjarige wordt vastgesteld aan de hand van zijn verklaringen en een taskara. Er is twijfel in verband met de ingeroepen minderjarigheid. De dienst Voogdij wordt gevraagd een leeftijdsonderzoek uit te voeren.

Op 5 juni 2009 vindt het identificatiegesprek “bij twijfel aan de leeftijd” plaats, in het bijzijn van een tolk Pashtou.

Op 16 juni 2009 ondergaat de verzoeker een tandheelkundig en radiologisch onderzoek in het kader van de chronologische leeftijdsbepaling, uitgevoerd door prof. dr. G. Willems, Universitair Ziekenhuis Sint Rafaël, KULeuven. Uit het onderzoek concludeert de behandelende arts “met een redelijke wetenschappelijke zekerheid dat Hydiadullah Maliar op datum van 16-06-09 een leeftijd heeft van ouder dan 18 jaar, waarbij 20,3 jaar met een standaarddeviatie van een 2 tal jaar een goede schatting is”.

Op 14 augustus 2009 onderzoekt de Federale Politie, Algemene Directie van de Gerechtelijke Politie, Centrale Dienst ter bestrijding van Valsheden Documenten, de originele taskara van de verzoeker, die hij op 8 juli 2009 aan de dienst Voogdij had voorgelegd, en komt tot het besluit dat het om een namaking gaat.

Op 7 september 2009 besluit de dienst Voogdij dat de plaatsing onder de hoede door de dienst Voogdij van Maliar HIDAYADULLAH van rechtswege vervalt op de datum van de kennisgeving van de beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoeker ontleent een eerste middel aan de schending van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt.

Hij ontwikkelt zijn middel als volgt:

“Doordat,

De heer Minister van Justitie de bestreden beslissing heeft genomen met schending van artikelen 7 en 8 van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt.

Terwijl,

De omzendbrief van 19 april 2004 betreffende de plaatsing onder de hoede van

de dienst Voogdij en de identificatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, B.S., 29 april 2004 bepaalt dat, ingeval de dienst Voogdij of de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering twijfel koesteren omtrent de leeftijd van de betrokken persoon, de dienst Voogdij onmiddellijk een medisch onderzoek door een arts laat uitvoeren teneinde na te gaan of deze persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar.

In de omzendbrief wordt opgelegd dat bij de uitvoering van het medisch onderzoek rekening moet worden gehouden met de bepalingen van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt. De omzendbrief verwijst uitdrukkelijk naar artikel 8, §1, 1ste en 2de lid, en § 4, 1ste lid:

" § 1. De patiënt heeft het recht om geïnformeerd, voorafgaandelijk en vrij toe te stemmen in iedere tussenkomst van de beroepsbeoefenaar.

Deze toestemming wordt uitdrukkelijk gegeven behalve wanneer de beroepsbeoefenaar, na de patiënt voldoende te hebben geïnformeerd, uit de gedragingen van de patiënt redelijkerwijze diens toestemming kan afleiden.

§ 4. De patiënt heeft het recht om de in § 1 bedoelde toestemming voor een tussenkomst te weigeren of in te trekken."

Voorafgaandelijk aan het medisch onderzoek van 16 juni 2009 heeft verzoeker geen gesprek had met de arts die het onderzoek zou uitvoeren.

Bijgevolg heeft verzoeker niet kunnen instemmen met de tussenkomst van de arts en de uitvoering van het medisch onderzoek.

Artikel 7 van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt bepaalt:

"§ 1. De patiënt heeft tegenover de beroepsbeoefenaar recht op alle hem betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan.

§ 2. De communicatie met de patiënt geschiedt in een duidelijke taal."

Er was bij het medisch onderzoek geen tolk aanwezig die een gesprek tussen verzoeker en de arts mogelijk had kunnen maken.

Artikel 7 van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt bepaalt dat de patiënt het recht heeft zich te laten bijstaan door een vertrouwenspersoon.

Verzoeker werd tijdens het medisch onderzoek niet bijgestaan door een vertrouwenspersoon. Hij werd van het bestaan van dit recht zelfs niet ingelicht voorafgaandelijk aan het medisch onderzoek.

Zodat,

Uit de bestreden beslissing moet worden afgeleid dat de heer Minister van Justitie de bestreden beslissing heeft genomen zonder de fundamentele rechten van verzoeker als patiënt te respecteren.

De heer Minister van Justitie heeft de bestreden beslissing, bijgevolg, genomen met schending van artikelen 7 en 8 van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt.

Het middel is gegrond."

Beoordeling

4.2. De verzoeker voert de schending aan van de artikelen 7 en 8 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt (Patiëntenrechtenwet), nu hij geen voorafgaand gesprek heeft gehad met de arts en

daardoor niet heeft kunnen instemmen met de tussenkomst van de arts en de uitvoering van het medisch onderzoek. Bovendien was er bij het medisch onderzoek geen tolk aanwezig die een gesprek tussen de verzoeker en de arts mogelijk had kunnen maken en werd de verzoeker niet bijgestaan door een vertrouwenspersoon.

Er wordt op gewezen dat voornoemde wet niet van toepassing is op de verzoeker, nu hij niet als een patiënt kan worden beschouwd in de zin van de artikelen 7 en 8 van deze wet. Voor de toepassing van deze wet dient onder “patiënt” te worden verstaan “de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek” (art. 2, 1°). Onder “gezondheidszorg” wordt begrepen “Diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden” (art. 2, 2°). In casu werd het medisch leeftijdsonderzoek niet gevoerd om aan verzoeker “gezondheidszorg” in de zin van deze wet te verstrekken, doch louter om na te gaan of hij al dan niet minderjarig is. Bijgevolg kan een schending van de artikelen 7 en 8 van de Patiëntenrechtenwet niet dienstig worden aangevoerd tegen de bestreden beslissing.

Uit het administratief dossier blijkt dat de verzoeker voorafgaandelijk werd ingelicht over het medisch onderzoek tijdens het identificatiegesprek met de dienst Voogdij van 5 juni 2009, dat verliep in aanwezigheid van een tolk Pashtou.

De verzoeker was aldus op de hoogte van hetgeen het leeftijdsonderzoek inhield en hij kon er zich, indien hij dat wenste, te allen tijde tegen verzetten. De verzoeker maakt niet aannemelijk dat hem het recht om vrij in te stemmen met het medisch onderzoek of het te weigeren zou zijn ontzegd. Hij brengt geen enkel element aan waaruit blijkt dat hij zich zou hebben willen verzetten tegen de uitvoering van het leeftijdsonderzoek.

Waar de verzoeker in zijn memorie van wederantwoord aanvoert dat het de arts is -en niet de dienst Voogdij- die de patiënt voorafgaandelijk informeert, laat hij na in concreto uiteen te zetten op welke wijze zijn belangen hierdoor zijn geschaad. De verzoeker toont geenszins aan dat de inlichtingen die

hem door de dienst Voogdij verstrekt werden onjuist, onvolledig of impertinent waren.

Het eerste middel is, indien al ontvankelijk, ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. De verzoeker ontleent een tweede middel aan de schending van de motiveringsplicht.

Hij ontwikkelt zijn middel als volgt:

“Doordat,

De heer Minister van Justitie de bestreden beslissing heeft genomen met schending van de motiveringsplicht.

Terwijl,

De beslissing van 7 september 2009 wordt gemotiveerd als volgt:

"Overwegende dat op basis van het medisch onderzoek de betrokkene meer dan 18 jaar oud."

De omzendbrief van 19 april 2004 betreffende de plaatsing onder de hoede van de dienst Voogdij en de identificatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, B.S., 29 april 2004 bepaalt dat, opdat de dienst Voogdij een doeltreffende controle kan verrichten en ingeval het medisch onderzoek bestaat in een botonderzoek, de arts, die het onderzoek heeft verricht, zal worden gevraagd een attest op te maken dat volgende gegevens bevat: (1) omstandigheden waaronder het botonderzoek werd verricht, (2) instemming van de minderjarige, (3) aanwezigheid van een tolk, (4) aanwezigheid van een begeleider, (5) resultaat van de uitgevoerde preventieve tests vooraleer het botonderzoek wordt verricht en (6) het resultaat van het onderzoek, daaronder begrepen de foutenmarge.

Niettegenstaande de vereisten waaraan de verslaggeving over het medisch onderzoek moet voldoen bevat de beslissing slechts volgende conclusie van het medisch onderzoek:

"Op basis van het voorgaande onderzoek kunnen we besluiten met een redelijke wetenschappelijke zekerheid dat Hidayadullah Mahar op datum van 16 juni 2009 een leeftijd heeft van ouder dan 18 jaar waarbij 20,3 jaar met een standaarddeviatie van een tweetal jaar een goede schatting is."

Verzoeker kan derhalve niet nagaan of het onderzoek werd gevoerd zoals door de Wet is voorgeschreven.

Zodat,

Uit de bestreden beslissing moet worden afgeleid dat de heer Minister van Justitie de bestreden beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd.

De heer Minister van Justitie heeft de bestreden beslissing, bijgevolg, genomen met schending van de motiveringsplicht.

Het middel is gegrond.”.

Beoordeling

5.2. De verzoeker voert aan dat hij niet kan nagaan of het onderzoek werd gevoerd zoals door de wet is voorgeschreven, nu de bestreden beslissing slechts de conclusie bevat van het medisch onderzoek.

Het is evenwel niet vereist dat de medische rapporten bij of in de beslissing worden gevoegd. Wat het medisch onderzoek betreft, is de bestreden beslissing afdoende formeel gemotiveerd door het overnemen van de conclusie van de arts.

Waar de verzoeker in zijn memorie van wederantwoord opmerkt dat hij geen antwoord kreeg op een schrijven van 18 september 2009 waarin hij verzocht om een kopie van de stukken waarop de bestreden beslissing werd gebaseerd, dient er op gewezen dat dit schrijven dateert van ná de bestreden beslissing en hoe dan ook niet van invloed is op de wettigheid van de bestreden beslissing.

Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoeker ontleent een derde middel aan de schending van de zorgvuldigheidsplicht.

Hij ontwikkelt zijn middel als volgt:

“Doordat,

De heer Minister van Justitie de bestreden beslissing heeft genomen met schending van de zorgvuldigheidsplicht.

Terwijl,

MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, pp. 49:

"Het bestuur dient zijn beslissing op een zorgvuldige wijze voor te bereiden. De beslissing dient te steunen op een correcte feitenvinding."

Uit de aanbevelingen van het platform 'kinderen op de vlucht' dd. 16 november 2004 blijkt dat het drievoudig medisch onderzoek dat de dienst Voogdij laat uitvoeren om de leeftijd van een niet-begeleide minderjarige te bepalen in casu geen

geschikte methode was om de leeftijd van verzoeker te bepalen:

Van de drie onderzoeksmethoden wordt vooreerst oneigenlijk gebruik gemaakt om, op basis van de resultaten ervan, tot een leeftijdsbepaling te komen van de onderzochte persoon.

De referentieresultaten van de drie onderzoeksmethoden kunnen evenmin worden toegepast op personen van gelijk welke origine: de onderzoeken gebeurden immers op blanke personen.

Zodat,

Uit de bestreden beslissing moet worden afgeleid dat de Minister van Justitie de bestreden beslissing heeft genomen op basis van een drievoudig medisch onderzoek dat de leeftijd van verzoeker niet correct kon vaststellen.

De heer Minister van Justitie heeft de bestreden beslissing, bijgevolg, genomen met schending van de zorgvuldigheidsplicht.

Het middel is gegrond.”.

Beoordeling

6.2. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt voor de dienst Voogdij de plicht in om zijn beslissing zorgvuldig voor te bereiden en te steunen op een correcte feitevinding.

De verzoeker voert aan, onder verwijzing naar de aanbevelingen van het platform “kinderen op de vlucht”, dat de bestreden beslissing het zorgvuldigheidsbeginsel schendt doordat zij genomen is op basis van een drieledig medisch onderzoek dat zijn leeftijd niet correct kon vaststellen. De arts heeft evenwel gebruik gemaakt van de gangbare medisch-wetenschappelijke methodes met het oog op een leeftijdsbepaling. De verzoeker beperkt zich tot een algemene kritiek op de onderzoeksmethodiek, zonder in concreto aan te tonen dat het drievoudige onderzoek van de arts, waarop de bestreden beslissing steunt, onzorgvuldig is verlopen of dat diens bevindingen onbetrouwbaar en/of ondeskundig zijn zodat de dienst Voogdij er zich bij het nemen van de beslissing niet op kon baseren.

Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoeker ontleent een vierde middel aan de schending van artikel 7 van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de programmawet van 24 december 2002.

Hij ontwikkelt zijn middel als volgt:

“Doordat,

De heer Minister van Justitie de bestreden beslissing heeft genomen met schending van artikel 7 van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002.

Terwijl,

Uit de aanbevelingen van het platform 'kinderen op de vlucht' dd. 16 november 2004 blijkt een foutenmarge in aanmerking te worden genomen van 2 tot 2,5 jaar.

De conclusie van het medisch onderzoek luidt als volgt:

"Op basis van het voorgaande onderzoek kunnen we besluiten met een redelijke wetenschappelijke zekerheid dat Hidayadullah Maliar op datum van 16 juni 2009 een leeftijd heeft van ouder dan 18 jaar waarbij 20,3 jaar met een standaarddeviatie van een tweetal jaar een goede schatting is."

Wellicht dient in het besluit van de arts die in casu het medisch onderzoek uitvoerde de zinsnede 'een tweetal jaar' te worden gelezen als '2 tot 2,5 jaar'.

De leeftijd van verzoeker op 16 juni 2009 wordt 'geschat' op 20,3 jaar. Dat verzoeker 20,3 jaar oud zou zijn op 16 juni 2009 is vooreerst derhalve meer dan onzeker.

Bij een foutenmarge van 2 tot 2,5 staat het geenszins vast dat verzoeker ouder is dan 18 jaar.

Artikel 7 van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002 bepaalt dat bij twijfel over de uitslag van het medisch onderzoek, met de jongste leeftijd rekening wordt gehouden.

Dit is in casu niet gebeurd: de jongste leeftijd van verzoeker zou dan 17,9 jaar zijn geweest.

Zodat,

De heer Minister van Justitie heeft de bestreden beslissing, bijgevolg, genomen met schending van artikel van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002.

Het middel is gegrond.”.

Beoordeling

7.2. De verzoeker voert de schending aan van artikel 7 van Titel XIII, hoofdstuk 6, “voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, van de

Programmawet van 24 december 2002 nu in de conclusie van de arts die het medisch onderzoek uitvoerde de zinsnede ‘een tweetal jaar’ conform de aanbevelingen van het platform dient te worden gelezen als ‘2 tot 2,5 jaar’, zodat geenszins vaststaat dat verzoeker ouder is dan 18 jaar.

Uit de conclusie van de arts blijkt dat deze geen foutenmarge hanteert van twee en een half jaar, maar van een “tweetal” jaar. De exacte waarde van deze standaarddeviatie heeft trouwens geen belang, nu de arts met een redelijke wetenschappelijke zekerheid heeft vastgesteld, zoals duidelijk verwoord in de conclusie, dat de verzoeker op datum van 16.06.09 een leeftijd heeft van ouder dan achttien jaar. Het leeftijdsonderzoek is door de wetgever niet opgelegd om de exacte leeftijd van de betrokkene in te schatten, maar enkel om uitsluitel te bekomen over de al dan niet minderjarigheid van de betrokkene. Op dit vlak laat de conclusie van de arts geen twijfel bestaan: de verzoeker is ouder dan achttien jaar.

Het vierde middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 juni 2011,
door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Christophe Verhaert,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Christophe Verhaert

André Beirlaen