

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

**nr. 233.910 van 24 februari 2016
in de zaak A. 213.804/XIV-35.965**

In zake : Nazifullah ALIKHEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom Catteau
kantoor houdend te 8000 Brugge
Katelijnevest 11
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep tot nietigverklaring, ingesteld op 24 september 2014, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Justitie, dienst Voogdij, van 25 juli 2014 waarbij wordt vastgesteld dat 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”, waardoor zijn plaatsing onder de hoede van de dienst Voogdij van rechtswege vervalt op de datum van de kennisgeving van de bestreden beslissing.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Rita Van Den Eeckhout heeft een verslag opgesteld.

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 28 oktober 2015.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Catteau, die verschijnt voor verzoeker, en advocaat Stefaan Verbouwe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Rita Van Den Eeckhout 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. Verzoeker komt op 6 juli 2014 België binnen en dient op 7 juli 2014 een asielaanvraag in. Hij verklaart alsdan van Afghaanse nationaliteit te zijn en geboren te zijn op 27 mei 1998. Op 7 juli 2014 wordt verzoeker onder de hoede

geplaatst van de dienst Voogdij. De dienst Vreemdelingenzaken uit twijfels over verzoekers leeftijd.

In het AZ Sint-Jan Brugge/Oostende, campus Oostende, ondergaat verzoeker op 10 juli 2014 een medisch onderzoek om na te gaan of hij al dan niet de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. De arts besluit dat verzoeker ouder is dan achttien jaar.

Op 25 juli 2014 beslist de dienst Voogdij dat 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. Bijgevolg vervalt de plaatsing onder de hoede door de dienst Voogdij van Mijnheer Nazifullah Alikhel van rechtswege op de datum van de kennisgeving van deze beslissing”. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Standpunt van de partijen

4. Verzoeker werpt in een enig middel de schending op van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Hij voert in een eerste onderdeel aan dat de conclusie van het medisch onderzoek onjuist is overgenomen in de bestreden beslissing. In het medisch verslag wordt met een redelijke wetenschappelijke zekerheid besloten dat verzoeker een leeftijd heeft van ouder dan 18 jaar, “vooral op basis van de hand/pols radiografie”. Deze laatste zinsnede is weggelaten in de bestreden beslissing. Dit verandert de betekenis van de conclusie op substantiële wijze want de weggelaten zinsnede impliceert dat de beslissing is genomen op basis van één

test en niet op basis van drie tests. De weglating heeft de draagwijdte van de bestreden beslissing beïnvloed.

Verzoeker zet in een tweede onderdeel uiteen dat de dienst Voogdij in de bestreden beslissing (op foutieve wijze) de vermeldingen uit het medisch onderzoek slechts citeert en herneemt, zonder een oordeel te formuleren over de in het medisch dossier vermelde conclusie. Aldus ontbreekt iedere formele motivering in de bestreden beslissing. Verzoeker ervaart dit alsof niet de dienst Voogdij maar de geneesheer de bestreden beslissing heeft genomen.

Voor zover de Raad van State van oordeel zou zijn dat de dienst Voogdij zijn akkoord heeft betuigd met de conclusie van het medisch onderzoek, laat verzoeker in een derde onderdeel gelden dat moet worden onderzocht of de motivering van het medisch verslag afdoende is. Uit het medisch verslag blijkt dat de leeftijdsschatting is gebeurd op basis van drie onderzoeken, te weten een hand/polsradiografie, een orthopantomogram en een radiografie van de sleutelbeenderen. Betreffende de hand/polsradiografie wordt een standaarddeviatie aangegeven maar geen gemiddelde. Er wordt gesteld dat verzoeker met redelijke zekerheid ouder is dan 19 jaar, zonder dat uit te maken is of daarmee de gemiddelde leeftijd zelf wordt bedoeld en welke deviatie is toegepast. Verzoeker merkt op dat de conclusie van de tweede test ongemotiveerd is en hij aanvaardt daarom niet dat deze test “inconclusief” is. Verzoeker vervolgt dat de keuze van de referentiepopulatie kennelijk ongemotiveerd is. Er blijkt bijvoorbeeld niet of de referentiepopulatie bestaat uit West-Europese of Afghaanse mannen en hoe groot zij is. De keuze van een bepaalde referentiepopulatie is subjectief en vereist minstens duiding en motivatie die hier volledig ontbreken. Daarenboven acht verzoeker de algehele conclusie van het medisch verslag kennelijk ongemotiveerd. Hij is van oordeel dat de resultaten van de eerste en de derde test elkaar tegenspreken, dat iedere motivering dienaangaande ontbreekt en dat het ongemotiveerd weglaten, minstens bagatelliseren, van de uitslag van de als evenwaardig te beschouwen derde test onaanvaardbaar is.

5. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat de leeftijdsbeslissingen van de dienst Voogdij naar recht zijn verantwoord door zich te richten naar het advies van de arts. Het medisch onderzoek is door de wet ingesteld als ultiem bewijsmiddel doch niets belet verzoeker zijn burgerlijke staat te bewijzen via de gewone rechter. Het medisch onderzoek wordt uitgevoerd aan de hand van de meest betrouwbare methoden in de huidige stand van de wetenschap. Indien een leeftijdsrange wordt voorgesteld, wordt in het belang van het kind steeds de jongste leeftijd genomen.

Volgens de verwerende partij heeft de geconsulteerde arts op basis van een driedig onderzoek de vermoedelijke leeftijd bepaald op meer dan 18 jaar, op basis van een weging van de onderzoeksresultaten en rekening houdend met een foutenrange. Deze range houdt rekening met het feit dat de onderzoeken uit de literatuur betrekking hadden op “Caucasiërs”. In de bestreden beslissing is rekening gehouden met de jongste leeftijd. De Belgische Staat heeft de conclusie van het leeftijdszonderzoek correct overgenomen (tweede verslag).

De verwerende partij vervolgt dat verzoeker niet op ernstige wijze betwist dat het verslag van het medisch onderzoek is opgesteld met de vereiste deskundigheid. Het is niet vereist dat het medisch verslag uitsluitel geeft over de leeftijd van de jongere, enkel over de al dan niet minderjarigheid. Volgens de verwerende partij is het argument betreffende de betrouwbaarheid van resultaten voor personen met een andere afkomst niet relevant om de eindconclusie van de arts in vraag te stellen, aangezien laatstgenoemde die twijfel heeft verrekend in het formuleren van zijn conclusie.

De dienst Voogdij had geen redenen om te twijfelen aan de bevindingen van de arts vermits deze de nodige inspanningen heeft gedaan om aan de hand van de gebruikelijke drievoudige test de leeftijd van verzoeker te schatten. Verzoeker brengt geen resultaten bij van een andersluidend medisch onderzoek. De bestreden beslissing is afdoende gemotiveerd door de conclusie van het medisch leeftijdszonderzoek weer te geven. De verwerende partij besluit dat de

dienst Voogdij geen andere keuze had dan de plaatsing onder voogdij vervallen te verklaren, gelet op de uitslag van het medisch onderzoek en de regelgeving ter zake.

6. In de memorie van wederantwoord vraagt verzoeker “preliminair” om het medisch verslag van 17 juli 2014, dat pas in november 2014 is ondertekend, uit het debat te weren. Uit het ontvangstbewijs van verzoekers raadsman voor de kopieën van de stukken van het administratief dossier blijkt dat enkel sprake is van één medisch verslag van 10 juli 2014.

Betreffende de opmerkingen van de verwerende partij over een bepaalde populatie die door de arts voor ogen werd gehouden, is verzoeker van oordeel dat de verwerende partij niet voor de arts kan spreken. Dit moest in het medisch verslag staan en de motivering van dat verslag moet beoordeeld kunnen worden op het moment dat verzoeker in kennis wordt gesteld van het verslag en de beslissing.

Verzoeker acht de gekozen referentiepopulatie niet representatief.

Voor zover het verslag van 17 juli 2014 niet uit het debat zou worden geweerd, merkt verzoeker op dat er twee medische verslagen zijn, zonder dat de arts aangeeft welk verslag voorrang heeft in geval van inconsistentie. De frappante discrepantie van acht jaar in de conclusie betreffende de radiografie van de sleutelbeenderen, zonder enige uitleg, vormt volgens verzoeker een grove miskennen van de motiveringsplicht en wijst op willekeur bij het opstellen van de medische verslagen.

Verzoeker voert aan dat de dienst Voogdij niet motiveert waarom hij heeft gekozen voor het verslag van 17 juli 2014. Uit het administratief dossier blijkt ook niet dat de verwerende partij zich in juli 2014 vragen heeft gesteld bij het bestaan van twee onderling inconsistente verslagen.

Voor zover de Raad van State van oordeel zou zijn dat de dienst Voogdij zijn akkoord heeft betuigd met het verslag van 10 juli 2014, herneemt verzoeker zijn uiteenzetting dienaangaande uit het inleidend verzoekschrift.

Voor zover de Raad van State van oordeel zou zijn dat de dienst Voogdij zijn akkoord heeft betuigd met het verslag van 17 juli 2014 en dat de ongemotiveerde keuze voor dit verslag zonder belang is, past verzoeker zijn uiteenzetting uit het inleidend verzoekschrift hierop toe. Hij verwijst meer bepaald naar gebreken in motivering betreffende de eerste test, het gebrek aan een conclusie betreffende de tweede test, het feit dat de keuze van de referentiepopulatie kennelijk ongemotiveerd is en het feit dat de algehele conclusie van het medisch verslag kennelijk ongemotiveerd is.

7. Verzoeker laat in zijn laatste memorie nog gelden dat de arts op 10 en op 17 juli 2014 twee onderscheiden verslagen heeft gemaakt en ondertekend, telkens met de formule “ik zweer dat ik mijn opdracht in eer en geweten nauwgezet en eerlijk heb vervuld”. De twee verslagen spreken elkaar tegen in hun onderdelen en in hun conclusies en dit op basis van dezelfde tests.

Volgens het auditorsverslag volgt uit de e-mail van 27 november 2014 dat enkel het medisch verslag van 17 november 2014 bepalend kon zijn. Verzoeker merkt op dat de dienst Voogdij op 25 juli 2014 niet over de e-mail van 27 november 2014 kon beschikken en er zich dus niet op kon steunen om de bestreden beslissing te nemen. Men kan niet stellen dat een administratieve beslissing niet moet worden gemotiveerd als ze achteraf de juiste beslissing blijkt te zijn.

Verzoeker merkt verder op dat de vermelding van de gebruikte referentiepopulatie in het medisch verslag had moeten staan doch niet achteraf kan worden toegelicht door de verwerende partij in de memorie van antwoord noch door de auditeur in haar verslag.

Beoordeling

8. Verzoeker vraagt “preliminair” om het medisch verslag van 17 juli 2014 uit het debat te weren omdat het niet was ondertekend en dus geen deel uitmaakte van het dossier toen de bestreden beslissing werd genomen.

Dit stuk maakt deel uit van het administratief dossier zoals het door de verwerende partij tijdig is ingediend. De vraag of de bestreden beslissing op het stuk kon zijn gesteund, betreft de grond van de zaak. Het gegeven dat het stuk niet zou zijn ondertekend op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen of dat het niet ter kennis van verzoeker werd gebracht, vormt echter geen reden om het uit het debat te weren.

9. Verzoeker voert voor het eerst in de memorie van wederantwoord kritiek aan die betrekking heeft op het medisch verslag van 17 juli 2014.

In beginsel is het aanvoeren van een nieuw middel of de uitbreiding van een middel met een nieuwe grondslag buiten de verjaringstermijn laattijdig en niet-ontvankelijk. Op die regel bestaan uitzonderingen. Zo kan uitzonderlijk rekening worden gehouden met grieven die buiten de verjaringstermijn worden aangevoerd, wanneer het een middel betreft dat de openbare orde raakt. Een andere mogelijke uitzondering betreft wettigheidskritiek die steunt op informatie die de verzoekende partij niet bekend was gemaakt ten tijde van het indienen van het beroep en die - inzonderheid - pas blijkt ingevolge de inzage van het administratief dossier van de zaak.

Te dezen is verzoekers kritiek wat betreft het medisch verslag van 17 juli 2014 gebaseerd op een stuk waarvan hij slechts kennis heeft gekregen ingevolge het indienen van de memorie van antwoord. Verzoekers nieuwe argumentatie dienaangaande, ontwikkeld in de memorie van wederantwoord, is derhalve ontvankelijk.

10. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze.

Het afdoend karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Wat het medisch onderzoek betreft, is de bestreden beslissing formeel afdoende gemotiveerd wanneer het resultaat van dat onderzoek in die beslissing wordt vermeld.

11. Te dezen houdt de verwerende partij in de memorie van antwoord voor dat in de bestreden beslissing “de conclusie van het leeftijdsonderzoek correct [is] overgenomen (tweede verslag)”. Met het “tweede verslag” wordt het medisch verslag van 17 juli 2014 bedoeld en derhalve zou de bestreden beslissing daarop gesteund zijn.

Uit stuk 6 van het administratief dossier blijkt echter dat de dienst Voogdij met een e-mail van 27 november 2014 aan de geconsulteerde arts meedeelt dat er “blijkbaar [...] twee versies [zijn] van het verslag over de leeftijdsschatting van Alikhel Nazifullah, die elkaar tegenspreken”, dat in het verslag van 10 juli 2014 volgens het sleutelbeenonderzoek sprake is van een leeftijd van 18 jaar met een standaarddeviatie van 6 maanden en dat in het verslag van 17 juli 2014 volgens het sleutelbeenonderzoek sprake is van een leeftijd van

26 jaar. In diezelfde mail vraagt de dienst Voogdij “de RX nogmaals [te] bekijken en [te] laten weten welk verslag het juiste is”. Tot slot vraagt de dienst Voogdij “indien het verslag van 17/7 het juiste is, [...] het te ondertekenen”.

De bestreden beslissing is genomen op 17 juli 2014. Meer dan vier maanden later wijst de dienst Voogdij op het bestaan van twee versies van het verslag en geeft de dienst Voogdij zelf aan niet te weten welke versie de juiste is. Bovendien blijkt het verslag van 17 juli 2014, dat door de geconsulteerde arts in zijn antwoord per e-mail van 27 november 2014 “het correcte verslag” wordt genoemd, in november 2014 nog niet te zijn ondertekend.

De bestreden beslissing is niet afdoende gemotiveerd met de verwijzing naar een medisch verslag op een ogenblik dat er twee verslagen blijken te bestaan en de dienst Voogdij duidelijk zelf niet weet welk verslag het juiste is. Dergelijk gebrek in de formele motivering kan niet worden rechtgezet door een keuze achteraf die slechts wordt gemaakt in de loop van de procedure voor de Raad van State. Dit klemmt des te meer nu, zoals verzoeker aanhaalt, een duidelijke discrepantie tussen de beide verslagen blijkt te bestaan en het “juiste” verslag meer dan vier maanden na de bestreden beslissing nog niet was ondertekend door de geneesheer.

Het enige middel is in die mate gegrond en deze vaststelling volstaat voor de nietigverklaring van het bestreden besluit.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Federale Overheidsdienst Justitie, dienst Voogdij, van 25 juli 2014 waarbij wordt vastgesteld dat 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”, waardoor zijn plaatsing onder de hoede van de dienst Voogdij van rechtswege vervalt op de datum van de kennisgeving van de bestreden beslissing.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig februari tweeduizend zestien, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques