

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.562 van 22 mei 2023
in de zaak A. 236.072/VII-41.552**

In zake : Khan Hijrat KHAKSAR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Benoit Dhondt
kantoor houdend te 2060 Antwerpen
Rotterdamstraat 53
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ine De Cneudt
kantoor houdend te 3054 Oud-Heverlee
Maurits Noëstraat 145
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 april 2022, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Justitie, dienst Voogdij, van 4 februari 2022 waarbij wordt beslist verzoeker te beschouwen als ouder dan 18 jaar en dat verzoeker geen voogd zal krijgen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Eerste auditeur Marijke Van Limbergen heeft een verslag opgesteld overeenkomstig artikel 93, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Overeenkomstig artikel 26, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State’, heeft de voorzitter van de VIIe kamer bij beschikking van 5 december 2022 aan de partijen voorgesteld dat de zaak niet op een openbare terechtzitting wordt behandeld, tenzij één van de partijen hierom verzoekt.

Geen van de partijen heeft om een terechtzitting gevraagd.

Overeenkomstig bovenvermelde beschikking, werd het debat gesloten en werd de zaak in beraad genomen op 9 februari 2023.

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 België binnen en hij dient op 30 november 2021 een verzoek om internationale bescherming in. Hij verklaart alsdan van Afghaanse nationaliteit te zijn en 16 jaar en 2 maanden oud te zijn (administratieve geboortedatum: 30 september 2005).

Op 17 januari 2022 deelt de dienst Vreemdelingenzaken de dienst Voogdij mee dat verzoeker voordien internationale bescherming heeft gevraagd in Oostenrijk met als geboortedatum 1 november 2003.

Verzoeker ondergaat op 28 januari 2022 in het Universitair Ziekenhuis Antwerpen een medisch onderzoek om na te gaan of hij al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. De arts besluit dat verzoeker ouder is dan 18 jaar.

Op 4 februari 2022 beslist de dienst Voogdij verzoeker te beschouwen als ouder dan 18 jaar en dat verzoeker geen voogd zal krijgen. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoeker werpt in een enig middel de schending op van de artikelen 3 en 8 *iuncto* artikel 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 juni 1950 (hierna: EVRM), van de artikelen 2 en 7 van Titel XIII, Hoofdstuk 6 ‘Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen’ van de programmawet (I) van 24 december 2002 (hierna: voogdijwet), van artikel 3 van het koninklijk besluit van 22 december 2003 ‘tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 “Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de programmawet (I) van 24 december 2002’ (hierna: koninklijk besluit van 22 december 2003), van “de motiveringsplicht” vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de zorgvuldigheidsplicht en de motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van de artikelen 24.2 en 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, van artikel 25 van richtlijn 2013/32/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 ‘betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming’ (hierna: richtlijn 2013/32), van de artikelen 3 en 12 van het internationaal verdrag inzake de Rechten van het Kind en van artikel 34 van de wet van 16 juli 2004 ‘houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht’ (hierna: WIPR). Hij licht dit toe als volgt:

“III.1. Geuite twijfel en correctie informatie over de leeftijdstest
Artikel 25.5 van de herschikte Procedurerichtlijn vereist als waarborg voor minderjarigen dat waar de leeftijd van een niet-begeleide minderjarige wordt vastgesteld door een medisch onderzoek dit pas kan nadat ‘er een algemene

verklaring is afgelegd of andere relevante aanwijzingen zijn overgelegd' en die twijfel doen rijzen:

'De lidstaten kunnen in het kader van de behandeling van een verzoek om internationale bescherming besluiten om door middel van een medisch onderzoek de leeftijd van een niet-begeleide minderjarige vast te stellen, wanneer zij, nadat er een algemene verklaring is afgelegd of ander relevante aanwijzingen zijn overgelegd, twijfels hebben over diens leeftijd'.

Er wordt in de bestreden beslissing enkel gesteld dat de DVZ twijfel geuit heeft. Wat die twijfel inhoudt, op wat die gebaseerd is, en welke aanwijzingen ertoe geleid hebben komen we niet te weten. Dit maakt een schending uit van artikel 25.5 van de Procedurerichtlijn, dat verder niet is omgezet naar nationale wetgeving en directe werking heeft.

Verder wordt er vermeld dat de Dienst Vreemdelingenzaken op 3 januari 2022 de inlichtingen verschaftte omtrent het verzoek tot internationale bescherming dat door verzoeker zou ingediend zijn in Oostenrijk en waarbij verzoeker een andere geboortedatum zou gegeven hebben, namelijk 1 november 2003. Er kan echter niet afgeleid worden uit de bestreden beslissing dat verzoeker hierover zou ondervraagd zijn geweest. Bij eenvoudige ondervraging zou immers duidelijk geworden zijn dat verzoeker in Oostenrijk zonder tolk werd ondervraagd. Er kan redelijkerwijs geen waarde gehecht worden aan verklaringen gegeven zonder tolk. De foutieve geboortedatum die werd genoteerd, is daar dan ook aan te wijten.

Verder bepaalt artikel 25.5 als waarborg naar niet-begeleide minderjarigen toe dat, indien een medisch onderzoek wordt verricht, de niet-begeleide minderjarige in een taal die hij begrijpt of waarvan kan worden aangenomen dat hij deze begrijpt in kennis wordt gesteld van het feit dat mogelijk een medisch onderzoek zal worden verricht om zijn leeftijd vast te stellen. Er wordt daartoe informatie verstrekt over de onderzoeksmethode, over de mogelijke gevolgen van het onderzoek voor de behandeling van de asielaanvraag en over de gevolgen indien de betrokkene weigert het onderzoek te ondergaan.

Uit de bestreden beslissing blijkt nergens dat verzoeker geïnformeerd werd over het verloop van het medisch onderzoek. Of verzoeker effectief in kennis werd gesteld in een taal die hij kon begrijpen, wat de onderzoeksmethode zou zijn, wat de mogelijke gevolgen van het onderzoek kunnen zijn en wat de gevolgen kunnen zijn voor de asielaanvraag en wat er gebeurt indien hij weigert kan al helemaal niet afgeleid worden uit de motieven van de bestreden beslissing.

Artikel 51 van de Procedurerichtlijn bepaalt dat artikel 25.5 van de richtlijn diende omgezet te zijn uiterlijk op 20 juli 2015. Die omzetting is niet gebeurd tot op heden.

Het Van Gend & Loos-arrest (zaak 26/62) vormt de basis voor het mechanisme van rechtstreekse werking. In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat het gemeenschapsrecht onafhankelijk van de wetgeving van de lidstaten voor particulieren rechten kan scheppen. Als (een deel van) de bepalingen uit de richtlijn rechtstreeks werken, zijn deze volledig en direct van toepassing. Op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw (voorheen art. 10 EG-verdrag; huidig artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de

Europese Unie (VEU)), zoals het Hof van Justitie EG oordeelde in het Constanzo-arrest (zaak C-103/88), kunnen de nationale rechters en de administratie zich niet verschuilen achter mogelijke gebreken van de centrale wetgever wanneer het gaat om correcte implementatie van Europese richtlijnen.

De bepalingen van artikel 25.5 van de Procedurerichtlijn zijn onvoorwaardelijk, voldoende duidelijk en nauwkeurig en hebben bij gebrek aan omzetting, directe werking en scheppen een subjectief recht voor verzoeker.

De Orde der Artsen wijst er in haar advies met betrekking tot leeftijdstests ook op dat geïnformeerde toestemming van de betrokkene essentieel is:

‘In elk geval mag de test niet uitgevoerd worden zonder de toestemming van de persoon, die de nodige informatie verkregen dient te hebben over het doeleinde, de contra -indicaties en de inherente risico's van de test. Deze informatie dient te worden verstrekt in een duidelijke en begrijpelijke taal, eventueel door bemiddeling van een tolk. De toestemming dient uitdrukkelijk gegeven te worden. Bijstand van een voogd of van een referentiepersoon is belangrijk voor de betrokken persoon in dit stadium van de procedure, 18 19 ofschoon de programmawet van 24 december 2002 bepaalt dat een voogd aangewezen wordt wanneer het statuut van NBMV bewezen is, behalve in uiterst dringende noodzakelijkheid. De onderzoeker dient te beschikken over de nodige tijd en gunstige omstandigheden om een kwalitatieve test uit te voeren. Het onderzoek dient uitgevoerd te worden met eerbied voor het individu.’

Gelet op het feit dat uit het medische dossier en uit de bestreden beslissing niet blijkt dat verzoeker werd geïnformeerd over de doeleinden, de contra-indicaties en de inherente risico's van de test, en gelet op het feit dat niet enkel de Orde dit onontbeerlijk acht maar dit ook vereist wordt door een bepaling in de Procedurerichtlijn dat bij gebrek aan omzetting nu directe werking heeft, schendt de bestreden beslissing de motiveringsplicht en artikel 25.5 van de Procedurerichtlijn.

III.2 Er werd geen rekening gehouden met de voorgelegde documenten

Er diende door verwerende partij rekening gehouden te worden met de taskara, het Afghaans identiteitsdocument van verzoeker (stuk 2). Hierbij moet het volgende opgemerkt worden.

Verzoeker kan zich als verzoeker internationale bescherming niet wenden tot de autoriteiten van zijn land van herkomst. Verzoeker is zijn land ontvlucht omwille van redenen die onder de Conventie van Genève en het Europese asielacquis vallen.

Het is dan ook duidelijk dat verzoeker niet geacht kan worden in de mogelijkheid te verkeren om het Afghaanse identiteitsdocument die hij heeft te laten legaliseren in de Belgische ambassade te Islamabad, Pakistan.

Er wordt ook gewezen op het feit dat zowel artikel 9bis als artikel 9ter van de Vreemdelingenwet erin voorziet dat een verzoeker internationale bescherming niet geacht kan worden in de mogelijkheid te verkeren identiteitsdocumenten te verkrijgen van de bevoegde overheid.

Het gegeven dat het Afghaans identiteitsdocument van verzoeker niet gelegaliseerd werd, mag de verwerende partij er niet van weerhouden er geen rekening mee te houden.

De bewoordingen van artikel 25.5 van de Procedurerichtlijn laten immers niet toe te stellen dat een medisch onderzoek ook toegelaten is indien er documenten kunnen voorgelegd worden die de leeftijd aantonen.

Het Hof van Justitie heeft op 10 juni 2021 overigens geoordeeld dat artikel 4 van de Kwalificatierichtlijn op geen enkele wijze vereist dat het om authentieke documenten moet gaan (HvJ, zaak C-921/19, pnt 54).

In het arrest Singh t. België van 2 oktober 2012 oordeelt het Hof dat indien er twijfel bestaat over de verklaringen van een verzoeker en er documenten worden voorgelegd deze op zijn minst wel op hun echtheid moeten gecontroleerd worden:

‘100. (...) Si le fait de ne pas accorder plein crédit aux déclarations des requérants et d'instiguer un doute quant à la nationalité et au parcours des requérants relevait à l'évidence de l'appréciation de l'instance d'asile, la Cour observe que le CGRA n'a posé aucun acte d'instruction complémentaire, telle que l'authentification des documents d'identité présentés par les requérants, qui lui aurait permis de vérifier ou d'écarter de manière plus certaine l'existence de risques en Afghanistan.’

‘104. Or, la démarche opérée en l'espèce qui a consisté tant pour le CGRA que le CCE à écarter des documents, qui étaient au cœur de la demande de protection, en les jugeant non probants, sans vérifier préalablement leur authenticité, alors qu'il eut été aisé de le faire auprès du HCR, ne peut être considérée comme l'examen attentif et rigoureux attendu des autorités nationales au sens de l'article 13 de la Convention et ne procède pas d'une protection effective contre tout traitement contraire à l'article 3 de la Convention.’

Het EHRM heeft met betrekking tot de authenticiteit van documenten in de zaak K.K. t. Frankrijk van 10 oktober 2013 geoordeeld dat in de volgende mate er rekening met documenten moet gehouden worden door de asielinstanties:

‘52. La Cour constate, tout d'abord, que le requérant présente un récit assez circonstancié et étayé par plusieurs pièces documentaires, dont deux convocations du tribunal révolutionnaire. Elle relève que les documents produits tendent à corroborer les faits exposés. Elle note toutefois les réserves émises par le Gouvernement, au regard des décisions de l'OFPRA et de la CNDA, quant à la crédibilité du récit du requérant et quant à l'authenticité des documents produits, ainsi que l'argument selon lequel l'anonymat imposé dans cette affaire l'aurait empêché d'engager plus d'investigations. La Cour écarte d'emblée la justification fondée sur l'anonymat puisque, si l'identité du requérant est dissimulée dans les documents publics de l'affaire, cela n'empêche pas le Gouvernement, qui a accès à cette information confidentielle, d'effectuer toute enquête nécessaire (voir, en ce sens, P.I. c. France (déc.), no 37180/10, § 49, 12 juin 2012). La Cour relève, par ailleurs, qu'en l'espèce, les éléments apportés par le requérant - tant son récit que les preuves documentaires - furent écartés par les autorités au moyen de motivations succinctes. L'OFPRA, en premier lieu,

rejeta la demande du requérant par la seule affirmation que ses déclarations écrites et orales n'auraient pas permis d'établir la réalité de son parcours professionnel et les persécutions dont il aurait été victime en 2006. En second lieu, la CNDA, statuant en appel, s'est limitée à juger trop peu circonstanciées les déclarations du requérant et en a conclu qu'elle n'était convaincue ni de sa qualité d'informateur des Bassidjis, ni des critiques qu'il aurait exprimées à l'égard de cette milice à partir de 2005, ni de la réalité des persécutions invoquées de ce fait. S'agissant plus spécifiquement des convocations du tribunal révolutionnaire d'Ouroumieh communiquées par le requérant au soutien de son récit, la CNDA les déclara dénuées de garanties suffisantes d'authenticité, sans indiquer les motifs fondant ses suspicions. Il en résulte que la Cour ne trouve pas d'éléments suffisamment explicites dans ces motivations des instances nationales pour écarter le récit du requérant et rejeter sa demande. La Cour observe, par ailleurs, qu'aucun élément mettant manifestement en doute l'authenticité des documents produits ne lui a été soumis. Le Gouvernement reconnaît par ailleurs ne pas disposer d'éléments lui permettant de réfuter de façon catégorique cette authenticité. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas apporté d'informations pertinentes donnant des raisons suffisantes de douter de la véracité des déclarations du requérant et, partant, qu'il n'existe aucune raison de douter de la crédibilité de ce dernier. Dès lors, il ne saurait être attendu du requérant qu'il prouve plus avant ses dires et l'authenticité des éléments de preuve par lui fournis.'

III.3 Betrouwbaarheid en nauwkeurigheid van de leeftijdstest, het gebrek aan psycho-affectieve testen en het beschikken over een effectief rechtsmiddel
Wat betreft het eigenlijke onderzoek dient er aangemerkt te worden dat de 3 onderzoeken die gevoerd werden ernstig bekritiseerd worden vanuit de vakliteratuur en op supranationaal niveau :

‘[Het Europese Parlement] betreurt het dat de medische technieken die in sommige lidstaten worden gehanteerd om de leeftijd vast te stellen ongepast en opdringerig zijn en trauma's kunnen veroorzaken, betreurt het eveneens dat sommige, op botontwikkeling of gebitsmineralisatie gebaseerde methodes omstreden blijven en een grote foutenmarge kennen; verzoekt de Commissie om in de strategische richtsnoeren op beste praktijken gebaseerde gemeenschappelijke normen op te nemen voor de methode waarmee de leeftijd wordt bepaald, waarbij deze beoordeling multidimensionaal en multidisciplinair moet zijn en door onafhankelijke, gekwalificeerde beroepsbeoefenaars en deskundigen uitgevoerd moet worden op een wetenschappelijke, veilige, gender- en kindvriendelijke en eerlijke manier, met bijzondere aandacht voor meisjes; herinnert eraan dat de leeftijdsbepaling moet worden verricht onder eerbiediging van de rechten en fysieke integriteit van het kind en van de menselijke waardigheid, en dat minderjarigen altijd het voordeel van de twijfel gegeven moet worden; wijst er tevens op dat medische onderzoeken alleen moeten worden uitgevoerd wanneer andere beoordelingsmethodes zijn uitgeput en dat het mogelijk moet zijn om tegen de uitkomsten van deze beoordeling in beroep te gaan; looft de werkzaamheden van EASO op dit vlak, en is van mening dat deze aanpak voor alle minderjarigen zou moeten worden veralgemeend.’

Resolutie van het Europese Parlement van 12 september 2013 over de situatie van niet-begeleide minderjarigen in de Europese Unie (2012/2263(INI)) (geciteerd in Platform Kinderen op de Vlucht, Leeftijdsschatting van niet-begeleide minderjarigen (NBMV) in vraag: Probleemstelling, analyse en aanbevelingen, september 2017.)

‘De techniek van de botleeftijdsbepaling laat enkel toe de leeftijd van het skelet vast te stellen; het overeenstemmen met de burgerlijke leeftijd van de persoon is een diagnostische beoordeling. [...] Voorts schuilt een moeilijkheid in de reproduceerbaarheid van de interpretatie van de onderzoeken tussen de verschillende deskundigen. Schatting houdt altijd een onnauwkeurigheds-factor in en kan bijgevolg slechts leiden tot een betrouwbaarheidsinterval. Twijfel moet altijd uitvallen in het voordeel van de persoon die verklaart minderjarig te zijn. (...)

Verschiedende factoren (etnische, genetische, endocriene, sociaaleconomische, nutritionele, medische, ...) kunnen de groei van een individu beïnvloeden. De tabellen voor de botleeftijds-bepaling die als referentie dienen, zijn opgemaakt op grond van een bepaalde bevolking; de meest gebruikte zijn gebaseerd op de westerse blanke bevolking. Opdat de verwijzing relevant zou zijn, dient de persoon op wie ze toegepast worden tot dezelfde bevolking te behoren. De dentale criteria hangen in het bijzonder af van de etnische oorsprong en van het sociaaleconomisch en nutritioneel niveau van het individu. [...] De Nationale Raad meent om de hierboven uiteengezette redenen dat de andere indicatoren die leeftijdsbepaling van het individu mogelijk maken niet verwaarloosd mogen worden.’.

De onderzoeken zijn onvoldoende nauwkeurig en zijn volledig geïkt op een westers publiek. Met betrekking tot kinderen die in armoede zijn opgegroeid, en kinderen die uit Azië komen, zijn er doorslaggevende indicaties dat de resultaten van de huidig gebruikte testen er jaren naast kunnen zitten. Zoals hierboven reeds aangehaald wijst de Orde der Artsen daar zelf ook op:

‘We merken op dat geen enkele van de gebruikte methodes werd uitgewerkt en getest op jongeren afkomstig uit de landen waar de NBMV vandaan komen. Als deze methodes geen rekening houden met de betreffende referentiegroepen, is hier dan geen sprake van foute premissen?’.

‘4.4.1 Onderzoek en radiografie van de tanden

In België begint de leeftijdsschatting met een onderzoek van de tanden en een orthopantomogram, een panoramische radiografie van het hele gebit. Er is geen vaste methode vastgelegd in het protocol van de Dienst Voogdij met de ziekenhuizen om de resultaten van het tandonderzoek en orthopantomogram te interpreteren. Wel heeft de KU Leuven verschillende onderzoeken gedaan naar de groei en ontwikkelingsstadia van de wijsheidstanden. Deze methode baseert zich op een scoringsysteem van de ontwikkelingsstadia van de wijsheidstanden. Deze scoringsystemen zijn gebaseerd op onderzoek van Demirjian en Keihler.²³ Volgens een studie van 2003 op 2513 Belgische jongeren tussen de 15,7 en 23,3 jaar van Kaukasische origine kan men de chronologische leeftijd schatten met een standaarddeviatie van 1,49 jaar voor mannen en 1,50 voor vrouwen. Een vaak terugkerende kritiek is dat men er niet van uit kan gaan dat deze resultaten ook gelden voor jongeren van ander origine. Er bestaat een studie

die deze techniek toepast voor doelgroepen in China, Japan, Korea, Polen, Thailand, Turkije, Saoedi-Arabië en India. Bij de onderzochte personen, in hetzelfde ontwikkelingsstadium van de tanden, stelt met verschillen vast die oplopen tot 14 maanden. Hier valt op te merken dat er dus wel degelijk verschillen bestaan en dat de onderzochte doelgroepen niet behoren tot landen waar NBMV vandaan komen (Afghanistan, Syrië, Eritrea, Somalië, Congo, Guinée enz.).’

‘Uit verschillende onderzoeken blijkt dat de permanente tanden en wijsheidstanden op zeer variabele leeftijden uitgroeien en dat er een risico bestaat op het van overschatten van de leeftijd. De onderzoekers Solheim en Sondnes kwamen tot de volgende conclusie: "een schatting van de leeftijd werd uitgevoerd op 100 tanden volgens verschillende methodes: alle methodes leverden een overschatting van de gebitsleeftijd bij de onderzoeken die werden gedaan op tanden bij mannen jonger dan 40 jaar.’

‘De wetenschappelijke controverse is ook groot rond het evalueren van het groeistadium van de wijsheidstanden. Voor Solari en Abramovitch bedraagt het gemiddelde verschil tussen de werkelijke leeftijd en de geschatte leeftijd 3 jaar voor vrouwen en 2,6 jaar voor mannen. Een ander onderzoek door Thorson en Hagg meldt een gemiddeld verschil tussen de werkelijke leeftijd en de geschatte leeftijd dat kan gaan tot 3,5 jaar voor vrouwen. We zullen verder in dit rapport zien dat ook de etnische afkomst en het leefmilieu van een jongere medeoorzaak kunnen zijn van overschatting van de leeftijd.’

‘4.6 Etnische variaties

De huidige procedures van leeftijdsschatting houden geen rekening met de etnische afkomst van de jongeren. In de wetenschappelijke literatuur wordt er nochtans gewezen op aanzienlijke verschillen. We vermelden hieronder enkele van de talrijke studies. In een onderzoek van Koshy en Tandon over de leeftijdsschatting van kinderen in het zuiden van India op basis van de methode van Demirjian werd vastgesteld dat de leeftijd voor meisjes met 2,82 jaar en jongens met 3,04 jaar werd overschat. Wat de wijsheidstanden betreft, brachten verschillende studies van Olze en coll. aan het licht dat wijsheidstanden "bij de zwarten in Zuid-Afrika veel vroeger opkomen dan bij blanken in Duitsland, terwijl ze bij Aziaten van Japan veel later opkomen". Sommige auteurs zoals Iscan en coll. wijzen op het belang van etnische afkomst, met name voor "zwarten, die een snellere botrijping met een dichtere botstructuur vertonen". Ontell et al. concluderen dat het gebruik van de methode van Greulich en Pyle met de nodige omzichtigheid gebruikt moet worden, met name voor Aziatische en Latino jongens en voor Latino meisjes of meisjes met een zwarte huidskleur. Wij concluderen hier dat er meer onderzoek vereist is naar de invloed van etnische afkomst op de betrouwbaarheid van de huidige methodes om botscaans te interpreteren. Hiermee moet rekening gehouden worden wanneer de leeftijd geschat wordt.’

Het is duidelijk dat er effectief gereede twijfel bestaat over de nauwkeurigheid van de testen en dat de resultaten er jaren van kunnen zitten. Op zijn minst dient verzoekers socio-economische achtergrond, nutritioneel niveau en zijn etnische herkomst mee in rekening gebracht te worden om tot een nauwkeuriger resultaat te komen.

Artikel 3 laatste lid van het KB van 22 december 2003 stelt dan ook dat het medische onderzoek niet enkel radiografisch onderzoek dient te bevatten maar onder meer ook psycho-affectieve tests kan omvatten, wat de nauwkeurigheid ongetwijfeld ten goede zou komen.

Er moet ook verwezen worden naar recente gezaghebbende interpretatie van de rechten van kinderen zoals vervat in het VRK, door het VN-Kinderrechtencomité, dat stelt:

‘To make an informed estimate of age, States should undertake a comprehensive assessment of the child’s physical and psychological development, conducted by specialist paediatricians or other professionals who are skilled in combining different aspects of development. Such assessments should be carried out in a prompt, child-friendly, gendersensitive and culturally appropriate manner, including interviews of children and, as appropriate, accompanying adults, in a language the child understands. Documents that are available should be considered genuine unless there is proof to the contrary, and statements by children and their parents or relatives must be considered. The benefit of the doubt should be given to the individual being assessed. States should refrain from using medical methods based on, inter alia, bone and dental exam analysis, which may be inaccurate, with wide margins of error, and can also be traumatic and lead to unnecessary legal processes. States should ensure that their determinations can be reviewed or appealed to a suitable independent body.’

Vrije vertaling: Om een geïnformeerde inschatting te maken van leeftijd moeten Staten een omvattend inschatting maken van de fysieke en psychische ontwikkeling van het kind, uitgevoerde door gespecialiseerde pediaters en andere professionelen die vaardig zijn in verschillende aspecten van ontwikkeling samen te brengen. Dergelijke inschattingen moeten gebeuren in een kindvriendelijke, gendersensitieve en cultureel geschikte wijze, met inbegrip van interview van kinderen en waar toepasselijk volwassenen die hen vergezellen, in een taal die het kind begrijpt. Documenten moeten als authentiek gezien worden indien het tegendeel niet bewezen wordt en verklaringen van kinderen, ouders of verwanten moeten in rekening gebracht worden. Het voordeel van de twijfel moet gegeven worden aan het individu waarvan de leeftijd wordt geschat. Staten moeten zich onthouden van het gebruik van medische methodes, zoals beenderonderzoek en tandenonderzoek, gezien dit onnauwkeurig kan zijn, met grote foutenmarges, en onnodig traumatiserend kan zijn en kan leiden tot onnodige juridische procedures. Staten moeten verzekeren dat hun beslissingen kunnen aangevochten worden voor een geschikt onafhankelijk lichaam.

Ook het Europees Comité voor Sociale Rechten is deze visie toegedaan en meent ook dat de leeftijdtest op basis van botscaans een schending uitmaakt van art. 17, §1 van het Herziene Europees Sociaal Handvest:

‘113. In conclusion, the Committee considers that medical age assessments as currently applied can have serious consequences for minors and that the use of bone testing to determine the age of unaccompanied foreign minors is inappropriate and unreliable. The use of such testing therefore violates Article 17§1 of the Charter.’

Vrije vertaling: Concluderend beschouwt het Comité dat medische leeftijdstesten zoals momenteel toegepast ernstige gevolgen kunnen hebben voor minderjarigen en dat het gebruik van bottesten om de leeftijd te bepalen van NBMV's ongepast en onbetrouwbaar is en bijgevolg art. 17, §1 van het Charter schendt.

Het VN Kinderrechtencomité, heeft recent nog vastgesteld dat de 3-delige leeftijdstest die specifiek in België gehanteerd wordt intrusief en onnauwkeurig is en dat de beroepsprocedure geen effectief rechtsmiddel uitmaakt (Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Belgium, CRC/C/BEL/CO/5-6, 28 February 2019, §§41-42).

‘41. (...) The Committee is, however, concerned that, reportedly:

(a) The three-phase test used to determine the age of unaccompanied children is intrusive and unreliable, and that the appeal procedure lacks effectiveness;’

‘42. With reference to the Committee's general comment No. 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, the Committee recommends that the State party:

(a) Develop a uniform protocol on age-determination methods that is multidisciplinary, scientifically-based, respectful of children's rights and used only in cases of serious doubt about the claimed age and in consideration of documentary or other forms of evidence available, and ensure access to effective appeal mechanisms;’

Het VN-Kinderrechtencomité heeft in 'Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 76/2019' op 4 februari 2021 geoordeeld dat de inschatting van de leeftijd van een minderjarige van fundamenteel belang is gelet op de gevolgen van die inschatting, en dat de inschatting in rechte aanvechtbaar moet zijn.

Een administratief beroep waarbij niet onderzocht kan worden of het gebruik van de medische test wel proportioneel is, waarbij niet onderzocht kan worden of het niet aangewezen was om ook psycho-affectieve testen en gesprekken te laten plaatsvinden en de documenten van de verzoeker samen met die verzoeker te beoordelen, en waarbij de verzoeker geen bijstand van een voogd geniet, voldoet niet aan de voorwaarden van een effectief rechtsmiddel voor wat deze materie betreft.

Gelet op het feit dat de medische leeftijdstest ook een onderzoek in de zin van artikel 4 van de Kwalificatierichtlijn en artikel 25.5 van de Procedurerichtlijn inhoudt voor een verzoeker internationale bescherming dient er ook gewezen te worden op artikel 46 van de Procedurerichtlijn dat een volledig en *ex nunc* onderzoek vereist qua daadwerkelijk rechtsmiddel, van zowel de feitelijke als juridische gronden, dus ook wat betreft de vaststelling van de leeftijd:

‘Teneinde aan lid 1 te voldoen, zorgen de lidstaten ervoor dat een daadwerkelijk rechtsmiddel een volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden omvat, met inbegrip van, indien van toepassing, een onderzoek van de behoefte aan internationale bescherming

overeenkomstig Richtlijn 2011/95/EU, zulks ten minste in beroepsprocedures voor een rechterlijke instantie van eerste aanleg.’

Indien er wordt geoordeeld dat het hoger belang van het kind geen toepassing vindt bij de beroepsprocedure tegen de beslissing dat een minderjarige meerderjarig zou blijken te zijn is een uitholling van het hoger belang van het kind als recht, en van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel.

Een beroep tegen de beslissing na een leeftijdstest dient automatisch schorsend te zijn, zodat de minderjarige ook tijdens de beroepsprocedure als minderjarige behandeld wordt en het hoger belang van het kind toepassing blijft vinden.

Anders oordelen komt erop neer dat de crux van het VN-Kinderrechtenverdrag geen toepassing meer vindt zodra een administratie de beslissing neemt dat het niet om een kind gaat, met bijzonder verstrekken gevolgen.

Het VN-Kinderrechtencomité beslist in 'Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 76/2019' op 4 februari 2021 dat tijdens de beroepsprocedure de minderjarige het voordeel van de twijfel moet genieten, en behandeld dient te worden als minderjarige en dat het hoger belang van het kind een eerste overweging moet zijn tijdens het ganse proces van de leeftijdsbepaling:

‘8.3 The Committee notes that the determination of the age of a young person who dares to be a minor is of fundamental importance, as the outcome determines whether that person will be entitled to or excluded from national protection as a child. Similarly, and this point is of vital importance to the Committee, the enjoyment of the rights contained in the Convention flows from that determination. It is therefore imperative that there be due process to determine a person's age, as well as the opportunity to challenge the outcome through an appeals process. While that process is under way, the person should be given the benefit of the doubt - that is, presumed to be and treated as a minor. The Committee emphasizes, in that respect, that the best interests of the child should be a primary consideration throughout the age determination process. 6’

Gezien de beroepsprocedure bij de Raad van State door het VN-kinderrechtencomité als niet-effectief wordt beschouwd, gelet op het feit dat de Nederlandstalige Raad van State zelden tot nooit een dergelijke beslissing van de Dienst Voogdij vernietigt, en gezien het beroep niet schorsend werkt en de procedure meer dan een jaar in beslag kan nemen, kan er niet gesteld worden dat verzoeker over een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 27 van de Dublin III Verordening en artikel 47 van het Handvest beschikt tegen de beslissing van de Dienst Voogdij of hij in aanmerking komt voor de bijstand van een voogd, en dit onder meer bepaalt of artikel 8 van de Dublin III Verordening kan toegepast worden en of verzoeker na het verkrijgen van een internationale beschermingsstatus recht heeft op gezinshereniging met zijn ouders of niet.

De beroepsprocedure tegen de beslissing van de Dienst Voogdij met betrekking tot het recht hebben op een voogd bij de Raad van State is niet

schorsend en werd door het VN Kinderrechtencomité niet-effectief genoemd. Het is geen effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 27 van de Dublin III Verordening, artikel 46 van de Procedurerichtlijn of artikel 47 van het Handvest van Grondrechten.

Dit maakt ook een schending uit van artikel 3 en 8 EVRM juncto artikel 13 van het EVRM.

Gelet op de implicaties van de bestreden beslissing voor verzoekers rechten onder de Dublin III Verordening en de Gezinsherenigingsrichtlijn, meent verzoeker dat hij recht heeft op een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 47 van het Handvest van Grondrechten.

De staat van personen raakt de openbare orde. De verklaarde leeftijd van verzoeker is een essentieel onderdeel van zijn identiteit en persoonlijk integriteit en wordt beschermd door artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest.

De staat van persoon wordt voor verzoeker beheerst door het Afghaanse recht, niet het Belgische recht.

Artikel 34, §1 van het WIPR stelt: 'Behalve in aangelegenheden waar deze wet anders bepaalt, worden de staat en de bekwaamheid van een persoon beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft.'

Artikel 8 van het EVRM bepaalt:

1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het VN-Kinderrechtencomité heeft in 'Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 76/2019' op 4 februari 2021 geoordeeld dat de inschatting van de leeftijd van een minderjarige van fundamenteel belang is gelet op de gevolgen van die inschatting.

Het VN-Kinderrechtencomité beslist in voornoemde zaak dat tijdens de procedure de minderjarige het voordeel van de twijfel moet genieten, en behandeld dient te worden als minderjarige en dat het hoger belang van het kind een eerste overweging moet zijn tijdens het ganse proces van de leeftijdsbepaling:

'8.3 The Committee notes that the determination of the age of a young person who claims to be a minor is of fundamental importance, as the outcome determines whether that person will be entitled to or excluded from national protection as a child. Similarly, and this point is of vital importance to the Committee, the enjoyment of the rights contained in the Convention flows from that determination. It is therefore imperative that there be due process to determine a person's age, as well as the opportunity to challenge the outcome through an appeals process. While that process is under way, the

person should be given the benefit of the doubt - that is, presumed to be and treated as a minor. The Committee emphasizes, in that respect, that the best interests of the child should be a primary consideration throughout the age determination process. 6'

In een third party intervention bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in de zaak *Darboe en Camara t. Italië*, nr. 5797/17, laten het Aire Centre, VluchtelingenWerk Nederland en ECRE gelden dat leeftijdstesten een artikel 8 EVRM schending kunnen uitmaken of zelfs een artikel 3 EVRM schending met zich kunnen meebrengen:

'Age assessment should never be undertaken as a routine practice and may only be resorted to where there are serious doubts about the claim of minor age and only after the principle of the benefit of the doubt has been applied. Where the individual circumstances of a particular case require an age assessment, a holistic, safe and dignified procedure should be carried out by qualified experts with due respect to material and procedural safeguards under Articles 3 and 8 ECHR. Medical methods should be avoided due to their low evidential value, intrusiveness and a risk of a disproportionate interference in the child's private life that may lead to a violation of Article 8 ECHR'

Ze wijzen op het gebrek aan nauwkeurigheid en de kritiek die binnen de medische wereld op de tests geuit wordt. De test zoals die in België georganiseerd wordt schiet te kort en slaagt er vooral niet in de leeftijd voor de doelgroep tussen 15 en 20 jaar oud correct aan te geven:

'10. The interveners wish to draw the Court's attention to the fact that currently, no method of age assessment exists that can determine a person's age with certainty.³² This is particularly crucial with regard to medical examinations performed to assess the age, which have sparked severe criticism amongst medical experts.³³ It has been recognised that a number of age assessment methods have been criticised for a lack of scientific, empirical basis and reliability, producing a high risk of arbitrary results.³⁴ Importantly, it has also been noted that a number of age assessment methods are invasive and may cause physical or mental harm to the person subject to them.³⁵ Further, the UNHCR has cautioned States on the use and implications of age assessments in the asylum context.

11. Indeed, experts within the field recognise that medical examinations - such as the use of X-rays to examine skeletal (bone) and dental maturity, the use of other methods of imaging bone development (MRI) and physical examination - are not able to determine the age of a person with sufficient precision, since they disregard environmental, socioeconomic and ethnographic factors that can play an important role in bone and dental growth.³⁷ These methods are particularly unreliable for persons between 15 and 20 years of age given the lack of official valid reference data for people from non-Western countries with different ethnic backgrounds.³⁸ Experts assert that hand-wrist X-rays are not at all informative; the MRI dental and wrist scans present risks for children being misclassified as adults and overall more than one third of assessments are wrong.³⁹ These methods 'were simply not designed to assess disputed chronological age—they were prepared for medical use in diagnosing and monitoring disorders of growth'.

Moreover, the use of medical examinations to perform age assessment involves strong ethical concerns, particularly relating to the free and informed consent of the person subject to the age assessment procedure as well as the use of radiation without any medical purpose or benefit.

12. It is the interveners' submission that the State Parties should ensure that the age assessment procedure as a whole, including procedural safeguards and the methods used to assess age, guarantees respect for the child's private life under Article 8 ECHR. Construed in light of the best interest of the child and bene fit of the doubt principles, the interveners submit that age assessment procedures concerning asylum-seeking children should not be contemplated as routine measures and should satisfy the necessity and proportionality test under Article 8 ECHR in order to achieve the legitimate aim pursued. The requirements underpinning Article 8 cannot be fulfilled where non-holistic and intrusive medical age assessment methods are used as they have a low evidential value and a detrimental effect on children's rights, including respect for moral and physical integrity.'

In de EASO richtlijnen voor leeftijdsinschattingen wordt er gewezen op de voorrang die psycho-sociale tests genieten op medische tests, en wordt erop gewezen dat volgens Schmeling e.a., om accuraatheid na te streven een test moet voldoen aan deze minimumvoorwaarden:

- Voldoende grote vergelijkingsgroep
- Vastgestelde leeftijden van geteste personen
- Uniforme verdeling van leeftijden,
- Scheiding per geslacht
- Details van onderzoeksdatum
- Duidelijke definitie van bestudeerde karakteristieken
- Exacte beschrijving methodologie
- Details van de referentie populatie bepaald op genetisch geografische oorsprong
- Socio-economische status
- Gezondheid
- Etc.

Details van de referentie populatie bepaald op genetisch geografische oorsprong, socio-economische status zijn niet meegenomen in de medische leeftijdtest waar verzoekster aan onderworpen werd. Zij werd ook niet onderworpen aan psycho-affectieve tests.

In de doctrine kan men evenmin vertrouwen opbrengen in de leeftijdstesten. W. De Bondt hekelt het feit dat er geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid een psychoaffectief onderzoek te voeren, en dat er voorbij wordt gegaan aan het feit dat de tests geen eenduidig beeld geven over de leeftijd van personen tussen de 15 en de 23 jaar oud:

‘Het medisch onderzoek wordt desgevallend uitgevoerd door een arts en bestaat uit een drievoudige radiografie van gebit, sleutelbeen en pols⁴⁹. Hoewel het mogelijk is om de medische onderzoeken aan te vullen met een psychoaffectief onderzoek⁵⁰, wordt dat in ons land meestal niet gedaan. Dat er in de medische wereld discussie is over de betrouwbaarheid van deze radiologische onderzoeken, is intussen genoegzaam bekend⁵¹. Eigenlijk is het betreurenswaardig dat er geen initiatieven worden genomen om meer

betrouwbare onderzoeksmethoden te ontwikkelen, met als specifiek doel om de chronologische leeftijdsbepaling van minderjarigen mogelijk te maken. Het is hoogst problematisch dat vandaag methoden worden gebruikt die bij de ontwikkeling nooit bedoeld zijn voor een leeftijdsbepaling van minderjarigen. Erger nog, waarvan de ontwikkelaars en andere wetenschappers duidelijk aangaven dat ze niet betrouwbaar zijn⁵².

Bij elk van de drie onderzoeksmethoden moeten belangrijke kanttekeningen worden gemaakt. Wat betreft de analyse van de pots, werd bij de ontwikkeling van de atlas die gebruikt wordt als referentiemateriaal, al aangegeven dat de atlas beperkingen heeft⁵³. Zo werd onderstreept dat er afwijkingen kunnen zijn binnen eenzelfde leeftijdsgroep, al dan niet veroorzaakt door de herkomst van de jongere⁵⁴. Wat betreft de analyse van het gebit, gaven de auteurs van het onderzoek aan dat de steekproef gebeurde onder blanke Belgen en dat een leeftijdsbepaling voor jongeren tussen 15,7 en 23,3 jaar altijd problematisch blijft⁵⁵. Ook andere auteurs gaven voorheen al aan dat een precieze leeftijdsbepaling aan de hand van een onderzoek van het gebit onmogelijk is, omdat hierbij onder meer ook het socio-economische kader en de voedingsgewoontes meespelen⁵⁶. Wat betreft de analyse van het sleutelbeen, worden gelijkaardige vraagtekens geplaatst bij de betrouwbaarheid ervan voor de beoordeling van de leeftijd van de betrokkene, omdat ook deze test ontwikkeld werd op basis van een blanke bevolking⁵⁷. Dat zelfs de Orde van Geneesheren de behoefte voelt om haar bedenkingen op papier te zetten⁵⁸, mag dan ook niet zomaar naast zich worden neergelegd. Het UNHCR beveelt in dat verband trouwens aan om - met het oog op de bescherming van NBMV - alles in het werk te stellen om te waarborgen dat de leeftijdsbepaling deel uitmaakt van een volledige evaluatie, rekening houdend met zowel het voorkomen van de NBMV, parameters van fysieke aard, als de psychologische maturiteit van de persoon⁵⁹. Precies omwille van de problemen met de betrouwbaarheid van de medische onderzoeken staat de leeftijdsbepaling op gespannen voet met het recht van de NBMV om bij elke beslissing die op hem betrekking heeft, zijn belang als eerste overweging te nemen.' (W. DE BONDT, 'De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België: naar het stapsgewijs erkennen van bekwaamheid en het breder invullen van het overwegen van diens belang', in n E. DESMET, J. VERHELLEN, S. BOUCKAERT, Migratie- en migrantenrecht 18, Rechten van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België, Die Keure, mei 2019, 139-140)

Het is duidelijk dat er effectief gerede twijfel bestaat over de nauwkeurigheid van de testen en dat de resultaten er jaren van kunnen zitten. Op zijn minst dient verzoekers socio-economische achtergrond, nutritioneel niveau en zijn etnische herkomst mee in rekening gebracht te worden om tot een nauwkeuriger resultaat te komen.

Gelet op de onnauwkeurigheid van de medische leeftijdstest, en gelet op de gezaghebbende interpretaties van onder andere het VN-Kinderrechtencomité, en de richtlijnen van EASO, dient er gesteld te worden dat het zich beperken tot een medische leeftijdstest, zonder enige motivering hierrond, niet verzoenbaar is met het hoger belang van het kind, en artikel 8 EVRM.

De impact van de beslissing over verzoekers leeftijd is erg groot en valt niet te herstellen. Het is van het grootste belang dat een dergelijke beslissing zo omzichtig mogelijk genomen worden.

Verder werd ook de motiveringsplicht geschonden doordat er geen motivering werd opgenomen over waarom er geen psycho-affectieve tests werden afgenomen.

Het hoger belang van het kind zoals vervat in artikel 24.2 van het EU Handvest, dat de eerste overweging zou moeten vormen.. Het feit dat van de mogelijkheid vervat in artikel 3 van het KB van 22 december 2003 omtrent psycho-affectieve tests geen gebruik werd gemaakt, leidt eveneens tot een miskennen van het hoger belang van het kind. Er had immers veel zorgvuldiger kunnen omgesprongen worden met verzoeksters minderjarigheid, de gebreken van de tests, en de interpretatie van de resultaten ervan.

III.4. De testuitslagen van de bestreden beslissing

Wat betreft de eigenlijke testuitslagen dient het volgende opgemerkt te worden. Er werden drie testen uitgevoerd.

Bij de eerste test, het uitgevoerde orthopantomogramm, kan er geen leeftijdsbepaling worden bekomen en is het testresultaat dus onbruikbaar: 'Radiologisch onderzoek toont dat alle tanden exclusief de wijsheidstanden volledig afgevormd zijn. De wijsheidstanden zijn afwezig. Gezien dit gegeven bekomt men volgens Olze (Olze et al., 2004 Int J Legal Med 118: 170 173) en Mesotten (Mesotten et al., 2003 Forensic Sci Int 136:52-57) geen leeftijdsbepaling.'

Bij de tweede test, met name de radiografie van het sleutelbeen wordt er besloten tot het stadium type 3: 'Volgens dit onderzoek stemt stadium 3 overeen met een gemiddelde leeftijd van 20.8 jaar met een standaarddeviatie van 1.7 jaar.'

Dat is bijzonder opmerkelijk gezien alle relevante literatuur er op wijst dat stadium 3 voor jongens vanaf 16 jaar of 16,9 jaar begint:

'Stadium 3 is 'zichtbaar vanaf 16 jaar voor beide geslachten'.¹ Een ander onderzoek geeft aan dat fase III begint op 16,9 jaar' 1 F. Gabioud, Des méthodes d'évaluation de l'âge d'un être humain. Doctoraats thesis; Universiteit van Genève, 2009, no. Med 10599 2 S. Schmidt, M. Mühler, A. Schmeling, W. Reisinger, R. Schulz, 'Magnetic resonance imaging of the clavicular ossification', Int J Legal Med, 121(4), 2007, 321-324'

'De huidige referentiestudies over de bepaling van de graad van ossificatie van het kraakbeen van de mediale claviculaire epifyse d.m.v. verschillende beeldvormingstechnieken melden een minimumleeftijd voor stadium II tussen 11 en 17 jaar, voor stadium III op 16 jaar en voor stadium IV tussen 19 en 23 jaar. Radiologische evaluatie van de pols en de clavicula ter bepaling van de skeetleeftijd De minimum leeftijd bepaald bij autopsie correspondeert met deze leeftijdsgrenzen.[Schmidt et al., 2007;Schmeling et al., 2004;Schulz et al., 2005;Schulze et al., 2006;Kreitner et al., 1998;Cardoso, 2008;Kellinghaus et al., 2009;Schulz et al., 2008b1'

Verzoeker zou bijgevolg ook zestien jaar kunnen zijn volgens deze test.

Ten slotte werd een handpols-radiografie uitgevoerd waar er tot een volwassen skelettale leeftijd wordt besloten.

Dit wil dus zeggen dat één van de drie testen (orthopantomogram) onbruikbaar is en één ervan ook tot de minderjarigheid kan leiden (de radiografie van het sleutelbeen), namelijk zijn verklaarde leeftijd. De beslissing tot meerderjarigheid wordt dus enkel en alleen gebaseerd op één test: de handpols-radiografie. Er wordt niet gemotiveerd in de bestreden beslissing waarom er meer waarde wordt gehecht aan deze test in tegenstelling tot de andere testen die in het voordeel van verzoeker spelen. Dit gebrek aan motivering is een inbreuk op de motiveringsverplichting die rust op de verwerende partij.

Indien we dan nog in rekening brengen dat er bij deze testen, waaronder de handpols-radiografie, er afwijkingen mogelijk zijn van tot en met 3 jaar voor jongens, zeker waar geen rekening werd gehouden met etnische origine, sociaaleconomische afkomst en voedingspatroon, zitten we met onnauwkeurige resultaten, waarbij er sterke indicaties zijn dat verzoeker zijn verklaarde leeftijd heeft.

Verwerende partij baseerde de bestreden beslissing slechts op één test, namelijk de handpols-radiografie. De resultaten van de orthopantomogram zijn onbruikbaar en bij de andere test, nl. de radiografie van het sleutelbeen, kan er besloten worden tot een mogelijks jongere leeftijd dan 18 jaar. Er werden geen relevante criteria gebruikt die rekening houden met verzoekers afkomst, etnie, socio-economische geschiedenis en voedingspatroon om te besluiten dat verzoeker meerderjarig is. Het feit dat van de mogelijkheid vervat in artikel 3 van het KB van 22 december 2003 omtrent psycho-affectieve tests geen gebruik werd gemaakt, leidt tot een schending van de zorgvuldigheidsplicht.

Tot slot werd ook artikel 7 van Titel XIII, hoofdstuk 6 ‘Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen’ van de Programmawet van 24 december 2002 geschonden. Dit artikel bepaalt immers dat in geval van twijfel over de uitslag van het medisch onderzoek, er met de jongste leeftijd rekening wordt gehouden. *In casu* biedt het medisch onderzoek geen zekerheid omtrent de meerderjarigheid van verzoeker, waardoor verwerende partij de jongste leeftijd van verzoeker had moeten aanhouden. De bestreden beslissing dient te worden nietig verklaard.”

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

5. Artikel 25.5, eerste lid, van richtlijn 2013/32 bepaalt dat “de lidstaten [...] in het kader van de behandeling van een verzoek om internationale bescherming [kunnen] besluiten om door middel van een medisch onderzoek de leeftijd van een niet-begeleide minderjarige vast te stellen, wanneer zij, nadat er een algemene verklaring is afgelegd of ander relevante aanwijzingen zijn overgelegd, twijfels hebben over diens leeftijd”. Te dezen blijkt uit de bestreden

beslissing zelf dat de dienst Vreemdelingenzaken twijfel heeft geuit en aan de dienst Voogdij heeft meegedeeld dat verzoeker internationale bescherming heeft gevraagd in Oostenrijk met een andere geboortedatum, namelijk 1 november 2003. De voormelde richtlijnbeplating houdt niet in dat verzoeker, alvorens twijfel wordt geuit over de in België opgegeven geboortedatum, eerst zou moeten worden ondervraagd over deze vaststelling, noch dat eerst zou moeten worden onderzocht of verzoeker in Oostenrijk een verklaring heeft afgelegd met een tolk.

Verzoeker laat in het middel gelden dat uit de bestreden beslissing niet blijkt of hij werd geïnformeerd over het verloop van het leeftijdsonderzoek en over de mogelijke gevolgen van dat onderzoek en van een eventuele weigering ervan. Daargelaten de vraag naar de rechtstreekse werking van artikel 25.5 van richtlijn 2013/32 in het Belgische recht, houdt deze bepaling niet in dat de bestreden beslissing zelf deze vermeldingen moet bevatten. Dit wordt evenmin vereist door de in de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ vervatte formelemotiveringsplicht. Bovendien voert verzoeker enkel aan dat de bestreden beslissing niet vermeldt of de voormelde informatie werd meegedeeld aan hem, doch hij voert niet als dusdanig aan dat hij die informatie niet heeft ontvangen. Tot slot blijkt uit het verslag van het leeftijdsonderzoek dat verzoeker bij dat onderzoek op 28 januari 2022 was vergezeld van E.H.S. van de dienst Voogdij en dat hij zich niet heeft verzet tegen het onderzoek, dat immers niet had kunnen worden uitgevoerd zonder verzoekers medewerking. Verzoeker toont dan ook geen schending aan van de voorwaarden van artikel 25.5 van richtlijn 2013/32.

Het eerste onderdeel van het enige middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

Tweede middelonderdeel

6. Anders dan verzoeker voorhoudt, sluit artikel 25.5 van richtlijn 2013/32 niet uit dat een medisch onderzoek wordt georganiseerd indien er twijfels

zijn over de leeftijd van de betrokkene hoewel documenten kunnen worden overgelegd ter staving van zijn voorgehouden geboortedatum. Te dezen heeft verzoeker echter geen dergelijke documenten voorgelegd alvorens de bestreden beslissing werd genomen.

Het tweede onderdeel van het enige middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

Derde middelonderdeel

7. Naar luid van artikel 7, § 1, van de Voogdijwet laat de dienst Voogdij, indien hij twijfel koestert omtrent de leeftijd van de betrokken persoon, onmiddellijk een medisch onderzoek door een arts uitvoeren teneinde na te gaan of die persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar. Nu de wet zelf het medisch onderzoek als bewijsmiddel heeft ingesteld wanneer twijfel over de leeftijd van de betrokkene bestaat, blijkt geen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiële motiveringsplicht uit het feit dat de dienst Voogdij de bestreden beslissing heeft genomen op grond van dergelijk leeftijdsonderzoek.

Verzoeker weidt eerst omstandig uit over de voorgehouden onnauwkeurigheid van medische onderzoeken voor leeftijdsbepaling. Hij beperkt zich hierbij tot algemene kritiek doch hij toont niet aan dat het medisch onderzoek te dezen ondeskundig, onbetrouwbaar of niet correct is. Zo blijkt dat de arts eventuele afwijkingen ten gevolge van genetische, etnische of andere factoren heeft opgevangen door, waar nodig, een standaarddeviatie te hanteren. De wetgever heeft met de medische leeftijdstest overigens niet de bedoeling gehad de exacte leeftijd van de betrokkene te laten achterhalen doch enkel uitsluitel te krijgen of de betrokkene al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.

Meer concreet blijkt dat de arts zich steunt op een meervoudig onderzoek, waarvan elk deelonderzoek individueel wordt geïnterpreteerd en waarna een algemene conclusie wordt getrokken met de eigenlijke

leeftijdsschatting. Bij het bepalen in de bestreden beslissing of verzoeker al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, is de eindconclusie van de arts op basis van die deelonderzoeken relevant en niet het resultaat van een afzonderlijk deelonderzoek. Die eindconclusie, en niet de conclusie van ieder deelonderzoek afzonderlijk, is derhalve ook bepalend voor de in het voornoemde artikel 7, § 3, van de Voogdijwet bedoelde “jongste leeftijd”. Indien de arts voor zijn eindconclusie een deviatiefactor vermeldt, wordt de ondergrens daarvan in aanmerking genomen voor het bepalen van de leeftijd. Te dezen gaat het dus op datum van 28 januari 2022 om een leeftijd van “20.8 jaar met een standaarddeviatie van 1.7 jaar”. Dat er verschillen bestaan tussen de resultaten van de deelonderzoeken, doet geen afbreuk aan het feit dat daaruit een eindconclusie kan worden afgeleid. Zoals uit de behandeling van het vierde middelonderdeel zal blijken, is de eindconclusie te dezen niet in strijd met de resultaten van de deelonderzoeken.

8. Anders dan verzoeker voorhoudt, kan uit het verslag van het medisch onderzoek dus niet worden afgeleid dat er twijfel bestaat over de vraag of verzoeker de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Gezien de duidelijke conclusie van het leeftijdsonderzoek, diende verzoeker derhalve niet het voordeel van de twijfel te worden gegeven, zoals hij nochtans zelf voorhoudt in het middel.

9. In de mate dat verzoeker verwijst naar artikel 46 van richtlijn 2013/32, dient te worden opgemerkt dat de bestreden beslissing geen verzoek om internationale bescherming als voorwerp heeft en dat ze niet door een asielinstantie is genomen doch dat ze louter een schatting van verzoekers leeftijd inhoudt. Derhalve is deze richtlijnbeepaling kennelijk niet van toepassing op de bestreden beslissing.

Het door verzoeker ingeroepen artikel 4 van richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor

vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking)’ heeft betrekking op de beoordeling van een verzoek om internationale bescherming. De bestreden beslissing, die louter een leeftijdsschatting inhoudt en niet is genomen door een asielinstantie, valt daar niet onder.

Artikel 27 van Verordening (EU) Nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 ‘tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking)’ (hierna: verordening 604/2013) heeft betrekking op rechtsmiddelen tegen in die verordening bedoelde overdrachtsbesluiten. De bestreden beslissing houdt hier kennelijk geen verband mee.

Verzoeker kan derhalve niet dienstig een schending opwerpen van de voornoemde bepalingen (voor zover ze rechtstreekse werking in het Belgische recht zouden hebben).

10. Artikel 17 van het Europees Sociaal Handvest bevat een algemeen geformuleerde sociale doelstelling tot het nastreven en verwezenlijken waarvan de lidstaten zich hebben verbonden. Het gaat niet om een voldoende nauwkeurig omschreven recht waarop de burgers zich kunnen beroepen. Derhalve heeft deze bepaling geen rechtstreekse werking in de Belgische interne rechtsorde.

11. Artikel 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 december 2003 voorziet weliswaar de mogelijkheid van psycho-affectieve tests, doch er is geenszins sprake van een verplichting bij het uitvoeren van een medisch onderzoek. Noch deze laatste bepaling, noch het zorgvuldigheidsbeginsel is derhalve geschonden door het niet uitvoeren van psycho-affectieve tests nu de uitslag van het op grond van de wet zelf uitgevoerde medisch onderzoek duidelijk is en door verzoeker niet wordt ontkracht met de algemene bewering van het

tegendeel. De verwerende partij hoefde derhalve ook niet uitdrukkelijk te motiveren waarom geen psycho-affectieve tests werden afgenomen.

12. Verzoeker merkt op dat de beroepsprocedure bij de Raad van State tegen de bestreden beslissing niet schorsend werkt en meer dan een jaar in beslag kan nemen, waardoor ze geen effectief rechtsmiddel zou vormen.

Verzoeker gaat voorbij aan de mogelijkheden om een schorsing van de tenuitvoerlegging en voorlopige maatregelen te vragen, eventueel bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Hij heeft hiervan geen gebruik gemaakt. Bovendien is de vraag naar het bestaan van een schorsend rechtsmiddel te dezen niet relevant, gelet op het feit dat met het onderhavige arrest uitspraak wordt gedaan over verzoekers beroep tot nietigverklaring en dit voordat verzoeker volgens zijn eigen verklaring de leeftijd van 18 jaar zou hebben bereikt. Uit de behandeling van het middel blijkt dat verzoekers kritiek tegen de leeftijdsschatting ongegrond is.

13. Nu niet blijkt dat de verwerende partij zich ten onrechte steunt op het resultaat van het leeftijdsonderzoek, toont verzoeker wat dat betreft dan ook geen schending aan van artikel 3 of artikel 8 van het EVRM of van “het hoger belang van het kind”.

De schending van artikel 13 van het EVRM betreffende het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel kan niet op zichzelf worden ingeroepen, maar moet steeds samen met de schending van andere door het verdrag beschermde rechten en vrijheden worden opgeworpen. Te dezen koppelt verzoeker de schending van artikel 13 van het EVRM enkel aan de schending van artikel 8 van het EVRM. Het middel is wat deze laatste verdragsbepaling betreft echter ongegrond bevonden. Vermits de schending van een ander door het EVRM beschermd recht of vrijheid dus niet aan de orde is, is het middel niet-ontvankelijk wat de voorgehouden schending van artikel 13 van het EVRM betreft.

14. Verzoeker steunt zich in de uiteenzetting van het middel ook op artikel 3 van het internationaal verdrag inzake de Rechten van het Kind. Daargelaten de vraag naar de directe werking van deze verdragsbepaling in het Belgische recht, blijkt uit het medisch onderzoek en de bestreden beslissing dat verzoeker de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Verzoeker toont de onwettigheid van deze vaststelling niet aan, zodat hij zich niet kan beroepen op de voormelde verdragsbepaling. Dit laatste geldt eveneens voor wat 24.2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie betreft.

15. In de mate dat verzoeker een schending opwerpt van artikel 34 van het WIPR, dient te worden opgemerkt dat met de bestreden beslissing niet de staat van de persoon wordt vastgesteld doch dat ze enkel een schatting van verzoekers leeftijd inhoudt. Verzoeker zet niet nader uiteen op welke wijze het voornoemde artikel 34 zou zijn geschonden met de bestreden beslissing.

16. Het derde onderdeel van het enige middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

Vierde middelonderdeel

17. Anders dan verzoeker concreet voorhoudt, kan louter uit het feit dat de eindconclusie van het medisch verslag overeenstemt met het resultaat van de handpolsradiografie, niet worden afgeleid dat de verwerende partij de bestreden beslissing “enkel en alleen [heeft] gebaseerd op één test: de handpols-radiografie”. Zo wordt in het medisch verslag omtrent de handpolsradiografie aangegeven “dat er een volledige fusie is van de distale diaphyse en epiphyse van de radius, wat overeenkomt met een volwassen skelettale leeftijd”. Voor wat het orthopantomogram betreft, wordt vastgesteld “dat alle tanden exclusief de wijsheidstanden volledig afgevormd zijn”. Hierbij wordt opgemerkt dat men op basis hiervan geen leeftijdsbepaling bekomt. Wat de radiografie van het sleutelbeen betreft, wordt vastgesteld dat het onderzoek aantoont “dat de mesiale epiphyse van beide sleutelbeenderen verbeend is, met partiële beenderige

overbrugging”, hetgeen overeenkomt “met stadium type 3” en dus “met een gemiddelde leeftijd van 20.8 jaar met een standaarddeviatie van 1.7 jaar”. Met zijn eigen interpretatie van de test van de sleutelbeenderen, maakt verzoeker geenszins aannemelijk dat de eindconclusie van het medisch verslag, en daarmee de leeftijdsbeslissing, in strijd is met de vaststellingen bij de deeltesten van het medisch onderzoek. Zoals hoger reeds werd opgemerkt, heeft de wetgever met de medische leeftijdstest niet de bedoeling gehad de exacte leeftijd van de betrokkene te laten achterhalen doch enkel uitsluitsel te krijgen of de betrokkene al dan niet de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.

Verzoeker ontkracht derhalve niet dat het medisch onderzoek met de vereiste deskundigheid is gebeurd en dat de arts bij de beoordeling van de objectieve gegevens die hem voorlagen, rekening heeft gehouden met alle gegevens die in de huidige stand van de wetenschap gemeenzaam worden aanvaard. Verder komt het de Raad van State niet toe zijn eigen interpretatie van de onderzoeksresultaten in de plaats te stellen van deze in het deskundig verslag.

18. Gezien de duidelijke en door verzoeker niet ontkrachte conclusie van het leeftijdsonderzoek, kan verzoeker zich niet beroepen op twijfel, die hij nogmaals inroept.

19. Het vierde onderdeel van het enige middel is ongegrond.

Conclusie

20. Het enige middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep tot nietigverklaring.

2. Verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 140 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig mei tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,
bijgestaan door

Bart Tettelin,

kamervoorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Carlo Adams