

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.473/2/V
DU 26 JUILLET 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Secrétaire d'État à la Politique de migration et d'asile, adjoint à la Ministre chargée de la Politique de migration et d'asile, et en ce qui concerne la Coordination de la Politique de migration et d'asile, adjoint au Premier Ministre, le 28 juin 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant certains éléments de la procédure à suivre par le service de l'Office des Étrangers chargé de l'examen des demandes d'asile sur la base de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers", a donné l'avis suivant :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observation préliminaire

Le projet d'arrêté est une nouvelle version d'un texte sur lequel la section de législation du Conseil d'État a donné, le 10 juin 2009, l'avis 46.693/4.

Lorsque la section de législation a donné un avis, elle a épuisé la compétence que lui confère la loi, et il ne lui appartient dès lors pas de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées, qu'elles aient été revues pour tenir compte des observations formulées dans le premier avis ou qu'elles demeurent inchangées.

Il en va différemment lorsqu'il est envisagé d'insérer dans le texte des dispositions entièrement nouvelles, sur le contenu desquelles la section de législation n'a pu se prononcer lors de l'examen initial du dossier : en pareil cas, une nouvelle consultation de la section de législation est requise, l'avis portant alors uniquement sur les dispositions nouvelles.

.../...

Il en va aussi différemment quand interviennent, après le premier avis, des éléments juridiques nouveaux, de nature à justifier un nouvel examen du texte par la section de législation : en pareille hypothèse, le nouvel examen du texte a pour objet l'incidence de ces éléments juridiques nouveaux sur le texte en cause. Il n'apparaît pas que tel serait le cas en l'espèce.

Eu égard à ce qui vient d'être dit, il appartient ici à la section de législation d'examiner, et d'examiner seulement, les dispositions ou parties de dispositions suivantes du projet d'arrêté :

1/ en ce qui concerne l'article 4 :

a) le a), en tant qu'il insère, dans l'article 3, 2/, de l'arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant certains éléments de la procédure à suivre par le service de l'Office des étrangers chargé de l'examen des demandes d'asile sur la base de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, les mots ", y compris les possibilités de recours";

b) le c);

2/ aux articles 6, 2/, 11 à 14 et 19, la mention des décisions prévues ou prises dans le cadre de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980;

3/ l'article 10;

4/ l'article 17, en tant qu'il remplace, dans la première phrase de l'article 16, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 11 juillet 2003, les mots "immédiatement après l'audition" par les mots "au cours de l'audition";

5/ l'article 18, en tant qu'il insère, dans l'article 17, alinéa 3, en projet, les mots "ou, le cas échéant, la personne présente qui exerce l'autorité parentale, la tutelle en vertu de la loi nationale du mineur ou la tutelle spécifique prévue par la loi belge";

6/ les articles 20 et 21.

.../...

Observation générale

Plusieurs dispositions en projet font mention des décisions prévues ou prises dans le cadre de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980.

Or, cette dernière disposition prévoyant divers types de décisions, le texte en projet gagnerait à être réexaminé afin de préciser, là où cela est nécessaire, le type de décision visée au sens de l'article 51/5.

Ainsi, à titre d'exemple, il semble à l'article 6, 2/, du projet (article 5, alinéa 2 nouveau, en projet), que la décision "au sens de l'article 51/5, de la loi" ne paraît concerner que la décision selon laquelle la Belgique n'est pas responsable pour le traitement de la demande d'asile.

Si tel est le cas, une telle précision doit figurer dans le texte en projet.

Observations particulières

Dispositif

Articles 4 et 10

1. En leur état actuel, l'article 3, 5/, et l'article 9, alinéa 2, de l'arrêté royal du 11 juillet 2003 prévoient que, pendant son audition par un agent du service compétent, le demandeur d'asile mineur non accompagné de moins de dix-huit ans est assisté par la personne exerçant sur lui la tutelle spécifique prévue par la loi belge.

À lire les modifications que les articles à l'examen suggèrent d'apporter à ces dispositions, cette assistance pourrait aussi être assurée, désormais, par la personne qui exerce sur le demandeur d'asile mineur non accompagné de moins de dix-huit ans "la tutelle en vertu de sa loi nationale".

Or, on ne peut perdre de vue, d'une part, qu'il résulte du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, que tout demandeur d'asile mineur non accompagné de moins de dix-huit ans doit faire l'objet de la tutelle spécifique qu'organisent ces dispositions ¹ et, d'autre part, qu'un mineur assisté, lors de son audition, par la personne qui exerce sur lui "la tutelle en vertu de sa loi nationale" que vise le texte en projet - ou l'autorité parentale - ne peut, par hypothèse, être considéré comme "non accompagné" ².

Il n'est concevable de régler l'assistance d'un demandeur d'asile mineur de moins de dix-huit ans par la personne qui exerce sur lui la tutelle en vertu de sa loi nationale - ou l'autorité parentale - que si l'intéressé ne présente pas la caractéristique d'être "non accompagné".

Le texte doit être revu en conséquence.

2. En ce qui concerne la disposition qui, selon l'article 10, est appelée à former l'article 9, alinéa 3, de l'arrêté royal du 11 juillet 2003, il conviendrait de préciser, à tout le moins dans le rapport au Roi, à quoi doivent correspondre les "connaissances nécessaires sur les besoins particuliers des mineurs", dont le texte fait état ³.

(1) Voir en particulier les articles 5, 6 et 8 du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002.

(2) L'article 5, deuxième tiret, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 confirme expressément qu'un mineur accompagné par une personne exerçant la tutelle - ou l'autorité parentale - en vertu de la loi applicable conformément à l'article 35 de la loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé ne peut être considéré comme "non accompagné" pour l'application des dispositions relatives à la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés. Voir aussi l'article 24, § 1^{er}, 1/, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, en vertu duquel "la tutelle cesse de plein droit (...) lorsque le mineur est confié à la personne qui exerce l'autorité parentale ou la tutelle en vertu de la loi applicable conformément à l'article 35 de la loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé".

(3) Comparer, *mutatis mutandis*, avec l'observation sur l'article 2, formulée dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État 46.694/4, donné le 10 juin 2009, sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant la procédure devant le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides ainsi que son fonctionnement.

Observation finale

En application de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, l'avis de la section de législation doit être publié au Moniteur belge en même temps que le rapport au Roi. En l'espèce, afin d'assurer une complète information des destinataires de l'acte, il convient de veiller à la publication non seulement du présent avis, mais aussi de l'avis 46.693/4, donné le 10 juin 2009 (auquel se réfère à diverses reprises le rapport au Roi relatif au projet présentement examiné).

La chambre était composée de

Messieurs	J. JAUMOTTE,	conseiller d'État, président,
	M. PÂQUES,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. B. JADOT, premier auditeur-chef de section.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

J. JAUMOTTE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.473/2/V
VAN 26 JULI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede vakantiekamer, op 28 juni 2010 door de Staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid, toegevoegd aan de Minister belast met Migratie- en asielbeleid, en wat de Coördinatie van het Migratie- en asielbeleid betreft, toegevoegd aan de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 11 juli 2003 houdende vaststelling van bepaalde elementen van de procedure die dienen gevolgd te worden door de dienst van de Dienst Vreemdelingenzaken die belast is met het onderzoek van de asielaanvragen op basis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen", heeft het volgende advies gegeven :

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande opmerking

Het ontwerpbesluit is een nieuwe versie van een tekst waarover de afdeling Wetgeving van de Raad van State op 10 juni 2009 advies 46.693/4 gegeven heeft.

Wanneer de afdeling Wetgeving een advies heeft gegeven, heeft ze de bevoegdheid opgebruikt die ze krachtens de wet heeft; het komt haar derhalve niet toe om zich opnieuw uit te spreken over reeds onderzochte bepalingen, ongeacht of ze herzien zijn teneinde rekening te houden met de opmerkingen die in het eerste advies gemaakt zijn, dan wel ongewijzigd blijven.

.../...

Dat geldt niet wanneer overwogen wordt in de tekst volledig nieuwe bepalingen in te voegen over de inhoud waarvan de afdeling Wetgeving zich niet heeft kunnen uitspreken bij het oorspronkelijke onderzoek van het dossier : in zo'n geval moet de afdeling Wetgeving weer om advies worden verzocht, welk advies dan alleen op de nieuwe bepalingen betrekking heeft.

Dat geldt ook niet wanneer na het eerste advies nieuwe juridische gegevens opduiken, die kunnen rechtvaardigen dat de tekst door de afdeling Wetgeving wederom wordt onderzocht : in zo'n geval heeft het nieuwe onderzoek van de tekst betrekking op de weerslag van die nieuwe juridische gegevens op de betrokken regeling. Blijkbaar is zulks in casu niet het geval.

Gelet op hetgeen voorafgaat, dient de afdeling Wetgeving in dit geval enkel en alleen de volgende bepalingen of onderdelen van bepalingen van het ontwerpbesluit te onderzoeken :

1/ wat artikel 4 betreft :

a) onderdeel a), voor zover daarbij, in artikel 3, 2/, van het koninklijk besluit van 11 juli 2003 houdende vaststelling van bepaalde elementen van de procedure die dienen gevolgd te worden door de dienst van de Dienst Vreemdelingenzaken die belast is met het onderzoek van de asielaanvragen op basis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen de woorden "met inbegrip van de beroepsmogelijkheden" worden ingevoegd;

b) onderdeel c);

2/ in de artikelen 6, 2/, 11 tot 14 en 19, de vermelding van de beslissingen waarin voorzien is of die genomen zijn in het kader van artikel 51/5 van de wet van 15 december 1980;

3/ artikel 10;

- 4/ artikel 17, voor zover daarbij, in de eerste zin van artikel 16, eerste lid, van het koninklijk besluit van 11 juli 2003, de woorden "onmiddellijk na het gehoor" vervangen worden door de woorden "tijdens het gehoor";
- 5/ artikel 18, voor zover daarbij, in het ontworpen artikel 17, derde lid, de woorden "of, in voorkomend geval, de aanwezige persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent op basis van de nationale wet van de minderjarige of die de bijzondere voogdij, voorzien door de Belgische wet, uitoefent" worden ingevoegd;
- 6/ de artikelen 20 en 21.

Algemene opmerking

In verschillende ontworpen bepalingen is sprake van de beslissingen waarin voorzien is of die genomen zijn in het kader van artikel 51/5 van de wet van 15 december 1980.

Aangezien de laatstgenoemde bepaling echter voorziet in verschillende types van beslissingen, zou de ontworpen tekst opnieuw moeten worden onderzocht om, daar waar dit noodzakelijk is, nader aan te geven om welk type van beslissing in de zin van artikel 51/5 het gaat.

Zo bijvoorbeeld blijkt in artikel 6, 2/ van het ontwerp (ontworpen artikel 5, nieuw tweede lid) dat de beslissing "in de zin van artikel 51/5 van de wet" alleen betrekking lijkt te hebben op de beslissing dat België niet verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag.

Indien dit het geval is, moet zulk een verduidelijking in de ontworpen tekst worden opgenomen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikelen 4 en 10

1. In hun huidige versie bepalen de artikelen 3, 5/, en 9, tweede lid, van het koninklijk besluit van 11 juli 2003 dat de niet-begeleide minderjarige asielzoeker jonger dan achttien jaar, tijdens zijn gehoor door de ambtenaar van de bevoegde dienst, wordt bijgestaan door de persoon die over hem de bijzondere voogdij bepaald door de Belgische wet uitoefent.

Volgens de wijzigingen die men van zins is via de onderzochte artikelen in deze bepalingen aan te brengen, zou deze bijstand voortaan ook kunnen worden verleend door de persoon die over de niet-begeleide minderjarige asielzoeker jonger dan achttien jaar "de voogdij op basis van de nationale wet van de minderjarige uitoefent".

Enerzijds mag evenwel niet uit het oog verloren worden dat uit titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet (I) van 24 december 2002 volgt dat over elke niet-begeleide minderjarige asielzoeker jonger dan achttien jaar de specifieke voogdij dient te worden uitgeoefend die bij die artikelen geregeld wordt ¹ en anderzijds dat een minderjarige die tijdens zijn gehoor bijgestaan wordt door degene die over hem "de voogdij op basis van de nationale wet van de minderjarige" uitoefent waarvan in de ontworpen tekst sprake is - of het ouderlijk gezag - per definitie niet als "niet-begeleid" kan worden beschouwd ².

⁽¹⁾ Zie inzonderheid de artikelen 5, 6 en 8 van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet (I) van 24 december 2002.

⁽²⁾ Artikel 5, tweede streepje, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet (I) van 24 december 2002 bevestigt uitdrukkelijk dat een minderjarige begeleid door een persoon die krachtens de wet die van toepassing is overeenkomstig artikel 35 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht de voogdij - of het ouderlijk gezag - uitoefent, niet als "niet-begeleid" kan worden beschouwd voor de toepassing van de bepalingen betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Zie eveneens artikel 24, § 1, 1/, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet (I) van 24 december 2002, welke bepaling als volgt luidt : "De voogdij wordt van rechtswege beëindigd (...) wanneer de minderjarige wordt toevertrouwd aan de persoon die krachtens de wet die van toepassing is overeenkomstig artikel 35 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent".

Het is slechts denkbaar een minderjarige asielzoeker jonger dan achttien jaar te laten bijstaan door de persoon die over hem de voogdij op basis van de nationale wet van de minderjarige - of het ouderlijk gezag - uitoefent, als de betrokkene niet aan het kenmerk "niet-begeleid" beantwoordt.

De tekst moet dienovereenkomstig worden herzien.

2. Wat betreft de bepaling die, volgens artikel 10, artikel 9, derde lid, van het koninklijk besluit van 11 juli 2003 moet worden, dient op zijn minst in het verslag aan de Koning te worden aangegeven waarmee de in de tekst genoemde "nodige kennis van de bijzondere behoeften van minderjarigen" moet overeenstemmen ³.

Slotopmerking

Met toepassing van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moet het advies van de afdeling Wetgeving samen met het verslag aan de Koning in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt. In casu moet er om de adressaten van de handeling volledig te informeren voor gezorgd worden dat niet alleen dit advies, maar ook advies 46.693/4, gegeven op 10 juni 2009 (waarnaar het verslag aan de Koning over het thans onderzochte ontwerp verschillende malen verwijst), wordt bekendgemaakt.

⁽³⁾ Vergelijk *mutatis mutandis* met de opmerking onder artikel 2 in advies 46.694/4 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, gegeven op 10 juni 2009 over een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. JAUMOTTE,	staatsraad, voorzitter,
	M. PÂQUES,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. JADOT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B. VIGNERON

J. JAUMOTTE