

L'ACCES A LA PROCEDURE D'ASILE EN BELGIQUE

CBAR – BCHV Juin 2010

**Analyse de l'application en Belgique de l'acquis
communautaire en matière d'accès à une procédure de qualité**

DANS LE CADRE DU PROJET :
« ANALYSE THEMATIQUE DU RESPECT DES DROITS DES
DEMANDEURS D'ASILE EN BELGIQUE EN ACCORD AVEC
L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE »



INTRODUCTION GENERALE

La présente analyse est faite dans le cadre d'un projet du Fonds Européen des Réfugiés (FER) et s'inscrit dans la priorité « *mise au point d'outils destinés à renforcer la cohérence des décisions prises au niveau national sur l'application de l'acquis européen* ».

Au cours de ces dernières années, l'Union a pris de nombreuses mesures en ce qui concerne l'harmonisation de l'immigration et de l'asile. La libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union européenne constitue une réalisation majeure. Par contre, le revers de la médaille en est probablement que le contrôle de nos frontières extérieures est devenu de plus en plus important. Dans ce contexte, nous pouvons craindre une « Europe forteresse » qui chercherait à défendre à tout prix ses frontières extérieures, au détriment des droits de l'homme.

Certes l'harmonisation européenne en matière d'asile a ses avantages et des objectifs honorables, tant au niveau de la procédure d'asile (la volonté de fixer au sein de l'Union des normes minimales au niveau de la qualité de la procédure d'asile, la protection du statut de réfugié et de la protection subsidiaire, l'Etat responsable du traitement de la demande) qu'au niveau de l'accueil des demandeurs d'asile. Cependant, ceci n'exclut pas le risque d'un « *race to the bottom* » et du partage non seulement des bonnes mais également des mauvaises pratiques.

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009 et la prochaine présidence belge du Conseil de l'Union Européenne (1 juillet 2010), de grands défis en matière d'asile s'annoncent.

Le CBAR veut se donner la tâche de contribuer à veiller au respect des droits de demandeurs d'asile en Belgique et à l'accès à un examen de qualité de la demande de protection en Belgique et en Europe. Une procédure de qualité comprend trois aspects : l'accès à la procédure, un examen qualitatif de la demande et un recours effectif.

Le CBAR a décidé d'analyser en premier lieu la manière dont la Belgique assure l'accès à la procédure d'asile.

En Belgique, c'est à l'Office des Etrangers qu'il revient de décider en première instance de l'accès à une procédure d'asile, au cœur de cette Europe « forteresse ». Dans le cadre de la nouvelle procédure d'asile, il est en effet chargé de l'application du Règlement Dublin et de l'examen des demandes multiples, deux procédures qui peuvent former obstacle à l'accès à une procédure de qualité.

La pratique de l'OE au niveau des demandes d'asile multiples et dans le cadre de la procédure Dublin mérite d'être examinée de manière plus approfondie. Nous nous concentrerons dès lors dans cette analyse sur le travail de l'OE, gardien de la porte de la procédure d'asile belge.

Nous examinerons dans ce cadre dans quelle mesure les principes de base rappelés et définis dans le droit communautaire sont suffisamment transposés en droit belge et appliqués dans la pratique par les instances d'asile en Belgique, et évaluerons de quelle manière certains aspects concrets de l'acquis communautaire concernant l'accès à la procédure sont appliqués en Belgique. Nous nous baserons pour ce faire sur tout le droit européen, et plus particulièrement sur la CEDH ainsi que sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, qui fait partie du droit primaire de l'UE depuis le 1^{er} décembre 2009, pour ce qui concerne la procédure « Dublin », et sur la Directive Procédure pour ce qui concerne le traitement des demandes multiples. Nous tiendrons également compte des recommandations et propositions de modifications faites par la Commission européenne.

Enfin, lorsque cela s'avèrera opportun, nous inclurons dans cette analyse des recommandations afin de proposer des pistes pour une plus grande cohérence dans l'application de l'acquis communautaire.

La première partie de l'analyse portera sur l'application par l'OE du Règlement « Dublin »¹ en Belgique. La seconde partie abordera la question du traitement des demandes multiples par l'OE et de la problématique du refus de prise en considération. Ces deux parties comprendront à chaque fois un

¹ Règlement (CE) n° 343/2003.

exposé plus théorique sur le cadre législatif et sur le contexte européen dans lequel le situer, suivi d'une analyse plus concrète de l'application de ces normes en Belgique.

Il est important de souligner que la présente analyse est basée avant tout sur l'expérience du CBAR et qu'elle part des constats faits et inquiétudes suscités dans l'analyse de nombreux dossiers individuels. En effet, le CBAR, par sa position unique de partenaire opérationnel du HCR et par son accès aux dossiers individuels (en ce compris le dossier administratif) se trouve en position privilégiée pour observer la manière dont les instances d'asile appliquent et respectent les principes du droit d'asile. Cette information est renforcée encore par les nombreux contacts qu'ont les juristes avec d'autres acteurs actifs dans l'asile, les réunions de concertation et de travail, les contacts avec les avocats, etc.

PREMIERE PARTIE :

« APPLICATION DU REGLEMENT DUBLIN EN BELGIQUE EN ACCORD AVEC « L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE »

INTRODUCTION

L'application par la Belgique du règlement dit « de Dublin », ou règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (ci après, le Règlement) est l'un des motifs pouvant entraver l'accès par le demandeur d'asile à une procédure de détermination de son statut en Belgique.

Conformément à ce règlement, les États membres sont tenus de déterminer, sur la base de critères objectifs et hiérarchisés, l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée sur leur territoire. Une fois l'État responsable déterminé, ce dernier peut être sollicité pour prendre ou reprendre en charge le demandeur d'asile, et examiner ou poursuivre l'examen de sa demande. Le demandeur d'asile sera alors transféré vers cet État. Par conséquent, un demandeur d'asile peut se voir priver de l'accès à la procédure en Belgique parce qu'un autre État membre est considéré comme responsable.

Un seul État membre est responsable de l'examen d'une demande d'asile, mais tout autre État membre peut, discrétionnairement, décider d'examiner une demande d'asile même s'il n'est pas responsable en vertu des critères du Règlement (article 3.2, dit clause de souveraineté ; article 15 dit clause humanitaire).

L'objectif poursuivi par le Règlement est double². L'analyse de la validité des limitations aux droits fondamentaux que le Règlement pourrait entraîner devra se faire en tenant compte de ce but poursuivi, notamment afin de déterminer si la limitation respecte les principes de nécessité ou de proportionnalité (voyez ci-dessous) :

1. garantir un accès effectif aux procédures de détermination du statut de réfugié et ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes d'asile ;

² Voyez le quatrième considérant du Règlement actuel, selon lequel la méthode de détermination de l'État responsable doit « (...) permettre une détermination rapide de l'État membre responsable **afin de garantir un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié et ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes d'asile.** » Voyez aussi, par exemple, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte), (COM (2008) 820 final du 03/12/2008), qui précise que ce système est établi « *afin, d'une part, de garantir un accès effectif aux procédures de détermination du statut de réfugié et de ne pas compromettre l'objectif de traitement rapide des demandes d'asile et, d'autre part, de prévenir tout abus des procédures d'asile sous la forme de demandes multiples présentées par la même personne dans plusieurs États membres dans le seul but de prolonger son séjour dans ces derniers.* »

2. prévenir des abus de procédures d'asile sous la forme de demandes multiples présentées par la même personne dans plusieurs Etats membres dans le seul but de prolonger son séjour dans ces derniers.

Le Règlement n'existe pas en vase clos. Il est pris dans le cadre de la politique commune dans le domaine de l'asile, incluant un régime d'asile européen, dont il forme l'un des maillons³. Il doit donc être interprété en fonction de sa position dans ce régime. Par ailleurs, en tant que norme secondaire de droit européen, il doit être conforme aux normes qui lui sont supérieures, telles que le droit primaire ou le droit international⁴ (voyez ci-dessous, partie II). Son 15^{ème} considérant énonce ainsi que le Règlement « *respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus, notamment, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, il vise à assurer le plein respect du droit d'asile garanti par son article 18* »

Le Règlement se base sur la présomption que les Etats membres respectent tous le principe de non-refoulement⁵ et sont considérés comme des pays sûrs. On peut se demander si, au-delà du principe de non-refoulement, le Règlement ne présume pas plus largement le respect par les Etats membres des droits fondamentaux des personnes qu'il affecte ?⁶ En particulier, le Règlement présume-t-il implicitement que tous les Etats membres respectent le droit subjectif d'asile, consacré à l'article 18 de la Charte (voyez ci-dessous, partie II) ?^{7 8}

Cette présomption pose question, en raison de l'impératif de conformité aux normes hiérarchiquement supérieures, qui garantissent par exemple le respect du principe de non-refoulement. Cette conformité doit être réelle, et pas seulement proclamée. Les autorités nationales doivent s'interroger sur la validité du Règlement avant de l'appliquer et, si elles ont des doutes à cet égard, interroger la Cour de justice de l'Union européenne (voir ci-dessous, partie II). Elles ne peuvent se reposer aveuglément sur une présomption comprise dans une norme de droit dérivé.

La pratique a malheureusement révélé que la présomption fondamentale du Règlement était parfois renversée. Ainsi, le HCR observe que *"a basic assumption underlying the Dublin system is not yet fulfilled – namely, the premise that asylum-seekers are able to enjoy generally equivalent levels of procedural and substantive protection, pursuant to harmonized laws and practices, in all Member States. (...) In some cases, demonstrated failures to respect the rights of Dublin returnees have been so significant that UNHCR has been compelled to recommend that asylum applicants should not be transferred to certain participating States. These recommendations have been made on the basis of*

³ Voyez le premier considérant du Règlement « *Une politique commune dans le domaine de l'asile, incluant un régime d'asile européen commun, est un élément constitutif de l'objectif de l'Union européenne visant à mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice ouvert à ceux qui, poussés par les circonstances, recherchent légitimement une protection dans la Communauté.* »

⁴ Voyez notamment le 12^{ème} considérant, qui précise que « *Pour ce qui concerne le traitement des personnes qui relèvent du présent règlement, les États membres sont liés par les obligations qui leur incombent en vertu des instruments de droit international auxquels ils sont parties et qui interdisent la discrimination.* »

⁵ Règlement, considérant n° 2 « *Le Conseil européen (...) est convenu de travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève du 28 juillet 1951 (...) et d'assurer ainsi que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement. À cet égard, et sans affecter les critères de responsabilité posés par le présent règlement, les États membres, qui respectent tous le principe de non-refoulement, sont considérés comme des pays sûrs par les ressortissants de pays tiers.* »

⁶ Tels qu'ils résultent notamment de la Charte, ou encore des principes généraux découlant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ?

⁷ Pour répondre à cette question, il est nécessaire de déterminer le contenu exact de ce droit d'asile. Des éclaircissements de la CJUE à ce sujet sont souhaitables.

⁸ La même question peut-être posée pour d'autres droits découlant de la Charte (par exemple l'article 47, voyez ci-dessous) lus seuls ou en combinaison avec l'article 18 précité.

*rigorous analysis of access to and quality of the asylum procedure, reception conditions and other elements of the concerned State's system".*⁹

Par ailleurs, il est intéressant de relever que le Règlement, dans sa version actuelle, n'envisage pas concrètement l'éventualité du renversement de la présomption fondamentale évoquée ci-dessus. Rien n'y est organisé pour que les autorités s'assurent, lorsqu'elles traitent une demande individuelle, que la présomption n'est pas renversée¹⁰. La marche à suivre en cas de renversement n'est pas organisée.¹¹

Consciente qu'en pratique, chaque Etat ne respecte pas toujours les droits fondamentaux des demandeurs d'asile, la Commission propose pourtant une autre façon de procéder en cas de renversement de la présomption dans sa proposition de refonte du Règlement. Ainsi, « **...une nouvelle procédure est définie dans le règlement, qui permet la suspension des transferts au titre de Dublin vers l'État membre responsable. Il peut (...) être recouru à cette procédure lorsque l'on craint qu'à la suite d'un transfert au titre de Dublin, les demandeurs ne bénéficient pas de normes de protection suffisantes dans l'État membre responsable, en particulier en matière de conditions d'accueil et d'accès à la procédure de demande d'asile.** »¹²

En application, l'article 31 §1 du projet de la Commission prévoit qu'un Etat membre peut demander la suspension des transferts vers lui en application du Règlement, lorsqu'il est confronté à une situation particulière. L'article 31 § 2 permet à la Commission, lorsqu'elle considère qu'« *en raison de la situation dans laquelle se trouve un état membre, celui-ci risque de ne pas pouvoir assurer un niveau de protection internationale conforme à la législation communautaire* », notamment aux directives accueil et qualification, de décider de suspendre tous les transferts de demandeurs vers cet Etat membre. Enfin, l'article 31 § 3 prévoit qu'un Etat membre peut également demander la suspension des transferts vers un autre Etat membre lorsqu'il craint que la situation dans laquelle se trouve ce dernier l'empêche d'assurer un niveau de protection des demandeurs conforme à la législation communautaire.

Cette proposition contient un aveu implicite que, dans certaines situations, des demandeurs ne bénéficient pas « *de normes de protection suffisantes* ». Ces situations peuvent exister (et existent, voyez ci-dessus ce qu'en dit le HCR) dès aujourd'hui, que la proposition de la Commission soit adoptée et entre en vigueur ou non. Dans ces situations, l'insuffisance de protection n'est-elle pas égale à la violation de principes supérieurs au Règlement dans la hiérarchie des normes ? Partant, le Règlement n'est-il pas partiellement invalide (ou la clause de souveraineté ne doit-elle pas être considéré comme imposant une obligation aux Etats) ?¹³

⁹ UNHCR, *UNHCR Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece under the "Dublin Regulation"*, 15 April 2008, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4805bde42.html>

UNHCR comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person ("Dublin II") (COM(2008) 820, 3 December 2008) and *the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation]* (COM(2008) 825, 3 December 2008), pp. 1 et 2.

¹⁰ Par exemple, car le demandeur court un risque de traitement contraire à l'article 3 de la CEDH dans le pays normalement responsable, ou un risque de refoulement.

¹¹ Cette lacune a été partiellement comblée par la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'article 3 de la CEDH. Mais cette jurisprudence ne porte pas sur la violation du droit d'asile, ou d'autres droits fondamentaux.

¹² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte), (COM (2008) 820 final du 03/12/2008), exposé des motifs, p. 10. Ce motif est repris au 22^{ème} considérant de la proposition, selon lequel « *afin que tous les demandeurs d'une protection internationale bénéficient d'un **niveau de protection adéquat** dans tous les États membres, ce mécanisme de suspension des transferts devrait également être appliqué lorsque la Commission estime que le niveau de protection assuré dans un État membre déterminé n'est pas conforme à la législation communautaire sur l'asile, notamment en matière de conditions d'accueil et d'accès à la procédure de demande d'asile* » (nous soulignons)

¹³ Et même en cas d'adoption de la proposition de la Commission, on peut s'interroger sur la nécessité d'une initiative de cette dernière ou d'un Etat membre pour suspendre les transferts vers un pays où les droits fondamentaux des demandeurs d'asile

Dans une première partie plus théorique de la présente analyse, nous rappellerons certains éléments du cadre normatif dans lequel s'insère le règlement de Dublin, et au regard duquel sa validité doit être analysée par les autorités qui le mettent en œuvre. Ce rappel théorique est d'actualité car ce cadre normatif a été modifié par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

Dans un second chapitre, le CBAR analysera certains aspects de la pratique des autorités belges dans la mise en œuvre du Règlement (en s'inspirant pour sa grille d'analyse de la proposition de refonte du Règlement de la Commission). Une attention particulière sera apportée à la façon dont ces autorités prennent ou ne prennent pas en compte le cadre normatif développé dans la première partie et les droits fondamentaux.

ne sont pas respectés. En effet, l'action de la Commission ou des Etats membres est par essence affectée par des considérations politiques. On peut donc craindre que ce mécanisme ne soit pas suffisant pour garantir le respect des droits fondamentaux, et notamment le droit d'asile, de toute personne demandant une protection internationale au sein de l'Union.

I. CADRE NORMATIF

Le CBAR souhaite attirer l'attention sur certaines des normes dont il y a lieu de tenir compte avant d'appliquer le Règlement, afin de déterminer sa validité, ou la manière dont il doit être interprété. Cette description ne sera pas exhaustive (ainsi, la CEDH ne fera pas l'objet d'une analyse spécifique), mais concernera principalement l'ordre juridique de l'UE et les nouveautés consécutives à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

1. Les traités sur l'Union européenne (ci après, TUE) et sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci après, TFUE)¹⁴

Principes

L'article 2 du TUE proclame que « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. (...)* ».

L'article 6 du TUE dispose que l' « *Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (...) laquelle a la même valeur juridique que les traités* » (§ 1) et que « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* » (§3).¹⁵

Les droits fondamentaux, tels que garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles des États membres font donc partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. La Charte des droits fondamentaux de l'UE a elle la même valeur qu'un traité. Par conséquent, le droit secondaire de l'Union, tel que les directives et les règlements, doit leur être conforme, faute de quoi, il ne peut être appliqué.

Protection juridictionnelle

Après avoir vu la valeur juridique des droits fondamentaux dans l'UE, rappelons les bases normatives de leur protection juridictionnelle. L'article 19 du TUE dispose que la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) « *assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* » (§1, alinéa 1), mais il précise également que « *Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* » (§1, alinéa 2). Il doit donc exister au niveau national des voies de recours garantissant une protection juridictionnelle effective assurant le respect des normes fondamentales précitées (y compris dans la mise en œuvre du Règlement). Partant, les juridictions nationales chargées de contrôler l'application du Règlement doivent assurer le respect des droits fondamentaux précités.

¹⁴ Sauf indication contraire, les références aux articles du TUE et TFUE concernent les versions consolidées après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

¹⁵ Le § 2 de cette disposition prévoit également que l' « *Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » (§2), ce qui n'est pas encore fait.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la compétence de la CJUE en matière d'asile a été étendue, notamment quant à la possibilité de répondre aux questions préjudicielles posées par les juridictions d'Etats membres. La CJUE acquiert une compétence préjudicielle générale dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en raison de la disparition des piliers et de la suppression des articles 35 UE et 68 CE¹⁶, qui prévoyaient des restrictions à sa compétence. En matière d'asile, la Cour peut être maintenant saisie par toutes les juridictions nationales – et non plus par les seules juridictions supérieures, pour statuer sur l'interprétation des traités, ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.^{17 18} En pratique, cela signifie que le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après CCE) peut demander à la CJUE de statuer sur la validité ou l'interprétation du Règlement, notamment si son application pose une question de respect des droits fondamentaux.

Coopération administrative

Le TFEU a introduit un nouvel article 197¹⁹, qui rappelle que « *La mise en œuvre effective du droit de l'Union par les États membres, qui est essentielle au bon fonctionnement de l'Union, est considérée comme une question d'intérêt commun* » (§1), et que « *le présent article est sans préjudice de l'obligation des États membres de mettre en œuvre le droit de l'Union (...)* » (§3).

La mise en œuvre du droit de l'Union, dont font partie les principes fondamentaux précités, est une obligation des Etats membres. Il s'agit donc d'une obligation de leurs administrations et juridictions. Partant, une des missions de l'Office des Etrangers (OE) est de veiller au respect de ces droits fondamentaux dans la mise en œuvre du Règlement, et le CCE est tenu de surveiller cette mise en œuvre.

Espace de liberté, de sécurité et de justice

Voilà pour les principes généraux. Les matières qui nous intéressent plus spécifiquement sont réglées au titre IV, l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, de la troisième partie du TFUE, concernant les politiques et actions de l'Union. Au chapitre premier de ce titre, contenant des dispositions générales, l'article 67²⁰ énonce que :

« 1. *L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres.*

2. *Elle (...) développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. (...) .»*

Le second chapitre du titre IV concerne les « *politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration* ». L'article 78²¹, §1^{er} y dispose que « *L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du*

¹⁶ Article 68 CE (ancien), au titre visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes, qui limitait la compétence de la Cour pour statuer à titre préjudiciel aux questions posées par les juridictions dont les décisions n'étaient pas susceptibles de recours.

¹⁷ Voyez à ce sujet le communiqué de presse de la CJUE, 30 novembre 2009 <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-12/cp090104fr.pdf>

¹⁸ La disposition générale qui prévoit la compétence de la CJUE en matière de questions préjudicielles est l'Article 267TFUE (ex-article 234 TCE).

¹⁹ Seul contenu du titre XXIV « Coopération administrative » de sa troisième partie « Les politiques et actions de l'Union ».

²⁰ Ex-article 61 TCE et ex-article 29 TUE.

²¹ Ex-articles 63, points 1 et 2, et 64, paragraphe 2, TCE.

principe de non-refoulement. Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents. » L'article 78 § 2 prévoit entre autres que le législateur de l'Union adopte des statuts uniformes d'asile et de protection subsidiaire, ainsi que des critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de d'asile (en application duquel a été adopté le Règlement).

2. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci après, la Charte)

Généralités

Depuis le 1^{er} décembre 2009, la Charte fait partie du droit primaire de l'Union européenne²². Par conséquent, le droit secondaire (tel que les directives et les règlements) doit lui être conforme pour être valide et doit être interprété conformément à celle-ci.

La Charte a un champ d'application limité : elle s'adresse aux institutions européennes dans l'exercice de leurs compétences, ainsi qu'aux États membres (et donc tant à leurs autorités administratives que juridictionnelles) lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (article 51).²³ Elle s'adresse donc à l'administration belge lorsqu'elle met en œuvre le Règlement.

L'article 52 précise que *« toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. »* (§1). Ce faisant, la Charte s'inspire de la jurisprudence de la CJUE concernant la restriction à l'exercice des droits fondamentaux.²⁴

Ainsi, toute limitation que le Règlement apporterait à l'exercice d'un droit reconnu par la Charte, comme le droit d'asile, le respect du droit à la vie familiale, etc., doit respecter le contenu essentiel de ce droit, poursuivre un objectif d'intérêt général (voyez ci-dessus sur les objectifs poursuivis par le Règlement), et respecter les principes de proportionnalité et de nécessité.

Enfin, si les droits garantis correspondent, la Charte et la CEDH doivent être interprétées de la même

²² Article 6 TEU.

²³ L'obligation des États membres de respecter les droits fondamentaux dans le cadre de la législation communautaire a souvent été rappelée par la jurisprudence de la CJUE (voir, par exemple, l'affaire C 292/97). Pour plus de détail, voyez le site «Synthèse de la législation de l'UE » : (http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/133501_fr.htm, consulté le 19 mai 2010).

²⁴ Commentaires du Présidium : *« (...) La formule utilisée s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice : «... selon une jurisprudence bien établie, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice des droits fondamentaux, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, par rapport au but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits» (arrêt du 13 avril 2000, aff. C-292/97, point 45). La mention des intérêts généraux reconnus par l'Union couvre aussi bien les objectifs mentionnés à l'article 3 du traité sur l'Union européenne que d'autres intérêts protégés par des dispositions spécifiques des traités comme l'article 4, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, à l'article 35, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les articles 36 et 346 de ce traité. »* (http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303FR.01001701.htm#Note_E0001_expl).

manière, mais ceci n'empêche pas l'Union, dans certains cas, d'accorder une protection plus étendue que celle offerte par la CEDH (article 52, §3).²⁵

Article 18, Droit d'asile

« Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne. » (Article 18)

Le contenu exact et la nature juridique de ce droit d'asile restent à déterminer.²⁶ Plusieurs auteurs estiment qu'il consacre un droit subjectif à l'asile. Ainsi, peu après la rédaction de la Charte²⁷, il a été écrit que :

*«Un tel droit d'asile, selon l'usage commun du terme, comporterait un droit pour ses bénéficiaires de séjourner sur le territoire de l'Union, ce qui n'est pas consacré dans la Convention de Genève. Partant de cette prémisse, les deux grandes questions ouvertes sont : (1) est-ce qu'il s'agit d'un droit subjectif ou seulement d'un principe objectif ?(...) L'importance factuelle réside dans le fait que, **une fois le caractère subjectif admis, ce droit est couvert par l'impératif d'une protection juridique effective** qui, elle, pose des limites aux possibilités de l'accélération des procédures. (...) Or, l'examen de la totalité des amendements déposés montre que la vaste majorité des membres de la Convention, d'origine autre qu'allemande, étaient tout à fait prêts à accepter le caractère subjectif du droit (...) mais hésitaient sur la définition de ses bénéficiaires : la garantie du droit d'asile devrait-elle inclure toute personne, y compris les citoyens de l'Union, ou seulement les ressortissants des pays tiers ? **Ce constat plaide donc en faveur de l'octroi d'un caractère subjectif à ce droit.**»²⁸*

Dans la même étude, le Professeur Carlier écrit :

« (...) la garantie – si elle est contraignante, ce qui relève d'une question générale du futur de la charte – impose aux Etats des obligations positives. Or il s'agit de garantir plus que le simple respect de la convention de Genève relative aux réfugiés ; il s'agit de garantir « le droit d'asile dans le respect de la convention de Genève ». Le droit d'asile, au sens d'un droit de l'individu à obtenir l'asile, non du droit de l'Etat d'accorder l'asile, n'est nullement garanti par la convention de Genève qui se limite à la reconnaissance d'un droit à l'asile provisoire pour la durée de l'examen du statut de réfugié, en application du principe de non-refoulement.

A deux égards le droit d'asile reconnu par l'article 18 de la Charte permet de prolonger la protection apportée par la Convention de Genève aux réfugiés. D'une part ce droit d'asile est garanti non pas « en application » mais « dans le respect » de la Convention de Genève en manière telle que le droit d'asile peut également être garanti en application d'autres textes dont certaines constitutions (France, Allemagne, Italie, Portugal...). Ensuite, la convention de Genève en imposant aux Etats de ne pas

²⁵ Par exemple, l'article 47, §§ 2 et 3, de la Charte correspond à l'article 6 § 1, de la CEDH, mais la limitation aux contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale prévu par la CEDH n'est pas d'application à la Charte. Les garanties sont ainsi étendues par cette dernière.

²⁶ Les explications du Présidium ne sont pas d'une grande aide : « Le texte de l'article a été fondé sur l'article 63 du traité CE, désormais remplacé par l'article 78 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui impose à l'Union de respecter la convention de Genève sur les réfugiés. (...) Cet article respecte le protocole relatif à l'asile annexé aux traités» http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303FR.01001701.htm#Note_E0001_expl.

²⁷ Et donc bien avant que le changement de nature juridique de la Charte ne soit envisagé (par le projet de Constitution, puis par le Traité de Lisbonne, qui lui a conféré une force obligatoire et la possibilité pour un individu de l'invoquer directement devant le juge national).

²⁸ C. Ladenburger, "L'apport de la Charte dans le domaine des droits civils et politiques", pp. 105-116, in : J-Y. Carlier et O. De Schutter (sous la direction de) : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Bruxelles : Bruylant, 2002.

*refouler une personne vers un pays dans lequel elle craint pour sa vie ou sa liberté (art. 33) n'impose pas aux Etats membres d'accorder asile à cette personne, permettant le refoulement vers un pays sûr. En garantissant le droit d'asile, l'article 18 pose – et imposera s'il devient contraignant – une obligation plus large. »*²⁹

L'évolution marquée par l'article 18 de la Charte, et la reconnaissance d'un droit subjectif à l'asile est consolidée par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui donne à la Charte la même valeur juridique qu'aux traités³⁰. Même si ces questions sont débattues et devraient être tranchées par la CJUE, on peut soutenir actuellement que le droit d'asile garanti par l'article 18 de la Charte est un droit subjectif des individus, et non des Etats (comme il existe en droit international public). Il semble garantir le droit de l'individu de se voir accorder l'asile, et non seulement de le demander. Ce droit s'applique *ratione personae* aux personnes qui remplissent les critères de l'article 1A de la convention de Genève, ou qui ont droit à une protection en vertu d'autres instruments de droit international des droits de l'Homme (y compris la CEDH), ou encore aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. Ce droit serait directement applicable dans les ordres juridiques nationaux (sans nécessité de transposition)³¹. La charte pourrait donc être directement invoquée devant les juridictions nationales. L'on espère que l'occasion sera bientôt donnée à la CJUE de se prononcer sur ces questions.

Autres dispositions substantielles pertinentes de la Charte :

Nous nous sommes surtout attardés sur l'article 18 de la Charte, mais l'on peut relever plusieurs autres dispositions, qui peuvent avoir une influence sur la mise en œuvre du Règlement, et auxquels nous ferons également en partie référence dans l'analyse de la mise en œuvre du Règlement en Belgique (voir partie III).

L'article 4 reprend la **prohibition de la torture et des peines ou des traitements inhumains et dégradants** figurant à l'article 3 de la CEDH. L'article 7 garantit le **droit au respect la vie privée et familiale**. L'article 19, **Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition**, dispose quant à lui que « *Les expulsions collectives sont interdites* » (§1), « *Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* » (§2)³².

L'article 20 consacre l'**égalité** de toute personne en droit, l'article 21, § 1, interdit quant à lui toute **discrimination** fondée notamment sur « *le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». L'article 21 §2 interdit quant à lui toute discrimination fondée sur la nationalité dans le champ d'application des traités.

L'article 24, sur les **droits de l'enfant**, dispose que « *Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité* » (§.1).

²⁹ J-Y. Carlier, "La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte", pp. 179-200, in : J-Y. Carlier et O. De Schutter, *op. cit.*, pp.185 et 186.

³⁰ En ce sens, voyez M-T Gil-Bazo, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be granted asylum in the Union's law", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, N°3, 2008, pp. 33-52.

³¹ Ainsi, M-T Gil-Bazo « note the enforceability of the right to asylum as primary Union law, directly applicable within legal orders without the need for further transposition or incorporation. (...) The charter can be directly invoked before national courts in the Member States (...) ». M-T Gil-Bazo, *op. cit.*, p. 51

³² Selon les explications du Présidium, « *Le paragraphe 1 de cet article a le même sens et la même portée que l'article 4 du protocole additionnel n° 4 à la CEDH en ce qui concerne les expulsions collectives. Il vise à garantir que chaque décision fait l'objet d'un examen spécifique et que l'on ne pourra décider par une mesure unique d'expulser toutes les personnes ayant la nationalité d'un État déterminé (voir aussi l'article 13 du Pacte sur les droits civils et politiques). Le paragraphe 2 incorpore la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la CEDH (voir Ahmed c. Autriche, arrêt du 17 décembre 1996, rec. 1996-VI, p. 2206 et Soering, arrêt du 7 Juillet 1989).* »

« Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » (§2). « Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt » (§3)³³

L'article 35, protection de la santé, énonce que « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union. »

L'article 41, consacré au **droit à une bonne administration**, énonce que « Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. » (§ 1^{er}). « Ce droit comporte notamment: -le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre; - le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires; - l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. (...) » (§2)³⁴.

Sans procéder à une étude poussée de cet article et de la jurisprudence de la CJUE, l'on peut supposer que la bonne administration est un principe général de droit, qui s'applique aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Cet article n'impose-t-il donc pas, par exemple, que toute personne soit entendue avant que ne soit prise la décision de la transférer vers un pays vers lequel elle ne souhaite pas l'être en vue du traitement de sa demande d'asile ? Une telle audition devrait évidemment porter sur cette éventuelle décision défavorable, dont la personne devrait être préalablement informée (voir partie II, 1.1.3., ci-après).

L'article 47³⁵ consacre lui le **droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial**. Selon les explications du Présidium, le premier alinéa se fonde sur l'article 13 de la CEDH, qui consacre le droit à un recours effectif *devant une instance nationale*. La protection est cependant plus étendue dans le droit de l'Union, puisqu'elle garantit un droit à un recours effectif devant un juge³⁶.

Le deuxième alinéa, qui consacre le droit à un recours effectif devant un tribunal, correspond à l'article 6 § 1 de la CEDH. Ce dernier limite cependant ce droit aux « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » ou au « bien-fondé de toute accusation en matière pénale ». La Cour EDH en a déduit qu'il ne s'appliquait pas en matière d'entrée, séjour et éloignement d'étrangers, qui,

³³ Les explications du Présidium précisent que cet article « se fonde sur la Convention de New York sur les Droits de l'enfant, signée le 20 novembre 1989 et ratifiée par tous les États membres, et notamment sur ses articles 3, 9, 12 et 13. »

³⁴ Comme l'explique le Présidium, « l'article 41 est fondé sur l'existence de l'Union en tant que communauté de droit dont les caractéristiques ont été développées par la jurisprudence, qui a consacré notamment la bonne administration comme principe général de droit (...). Le droit à un recours effectif, qui constitue un aspect important de cette question, est garanti à l'article 47 de la présente Charte. »

³⁵ « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

³⁶ Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt du 15 mai 1986 en tant que principe général du droit de l'Union (aff. 222/84, Johnston, rec. 1986, p. 1651). Ce principe général du droit de l'Union s'applique également aux États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union.

selon elle, « *n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil (...) au sens de l'article 6 § 1 de la Convention* »³⁷.

Cette limitation ne se retrouve pas dans la Charte, qui étend la protection juridictionnelle à tout droit subjectif prétendument violé.³⁸ Or, l'article 18 de la Charte consacre l'existence d'un droit subjectif à l'asile. Par conséquent, les contestations en matière d'asile doivent bénéficier de garanties équivalentes à celles consacrées par l'article 6 § 1 de la CEDH. Même si une étude complète des implications de l'article 47 de la Charte sur la procédure Dublin dépasserait le cadre de la présente étude, il faut relever que cette « extension » des garanties consacrées par l'article 6§1 pourrait avoir des conséquences pratiques non négligeables (voyez le point II.2, p. 32 ci après).

³⁷ Affaire Maaouia c. France, requête n° 39652/98, arrêt du 5 octobre 2000 (grande chambre).

³⁸ Voir C. Ladenburger, "L'apport de la Charte dans le domaine des droits civils et politiques", pp. 105-116, in J-Y Carlier et O. De Schutter, *op. cit.*, p.113. Voyez également le commentaire du Présidium sur cet article : « *Dans le droit de l'Union, le droit à un tribunal ne s'applique pas seulement à des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil. C'est l'une des conséquences du fait que l'Union est une communauté de droit, comme la Cour l'a constaté dans l'affaire 294/83, «Les Verts» contre Parlement européen (arrêt du 23 avril 1986, rec. 1986, p. 1339). Cependant, à l'exception de leur champ d'application, les garanties offertes par la CEDH s'appliquent de manière similaire dans l'Union.* »

II. MISE EN ŒUVRE DU REGLEMENT EN BELGIQUE

Cette partie a pour objet d'analyser certains aspects de la mise en œuvre du Règlement en Belgique par l'Office des étrangers (OE) et, brièvement, par le Conseil du contentieux des étrangers (CCE). Elle se fonde sur l'expérience du CBAR, et en particulier sur l'examen de nombreux dossiers individuels dans le cadre de son activité d'avis³⁹, mais également sur les nombreux contacts avec le HCR, des associations concernées, des avocats, etc.

Une attention particulière sera apportée à la façon dont ces autorités prennent ou ne prennent pas en compte le cadre normatif développé dans la première partie, et en particulier l'article 18 de la Charte, mais également, par exemple, les articles 4 et 7 de la CEDH.

Afin d'établir une **grille d'analyse** de cette mise en œuvre, le CBAR a notamment utilisé la proposition de refonte du Règlement par la Commission européenne⁴⁰. Même si ce texte n'est pas en vigueur, il est intéressant car nombre des précisions qu'il contient sont dues au constat que le « *niveau de protection* » garanti aux demandeurs de protection internationale est insuffisant dans la manière dont les/certains Etats mettent le Règlement en œuvre.⁴¹ Or, par « *niveau de protection insuffisant* », il y a souvent lieu d'entendre « *non respect des droits fondamentaux* ». Partant, cette proposition met en lumière les problèmes potentiels de non respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre actuelle du Règlement⁴². Par ailleurs, cette proposition précise plus la façon dont les Etats devraient procéder qu'il n'introduit de modifications (le Règlement actuel étant muet sur un point). La plupart des indications qu'il contient pourraient donc déjà être suivies par les Etats sous l'empire du texte actuel.

Quant à la **méthodologie**, il importe de souligner qu'à ce jour, les avocats ne peuvent assister leurs clients au cours de leur *entretien Dublin* à l'OE, et que le HCR ne peut les observer. Pour analyser le déroulement de ces entretiens, le CBAR a donc dû se baser, d'une part, sur le contenu des dossiers administratifs, d'autre part, sur les déclarations des demandeurs d'asile. Ces dernières ont été collectées avec le plus grand soin, à l'aide de questions ouvertes et non suggestives.

Par ailleurs, les décisions « positives » de l'OE ne sont pas motivées. On ne sait d'ailleurs pas toujours s'il y a une réelle décision de la Belgique de se déclarer responsable et quels en sont les motifs, ou si

³⁹ Compétence exercée en tant que partenaire opérationnel du HCR et dérivée de l'article 57/23bis de la Loi des étrangers.

⁴⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte), COM (2008) 820 final du 03/12/2008

⁴¹ Notamment dans les situations où « *des capacités d'accueil et les régimes d'asile des Etats membres sont soumis à une pression particulière* », p 2. de la proposition. La proposition est aussi motivée le souci d'harmoniser d'avantage le système en vue du régime d'asile européen commun.

⁴² Ainsi, dans la section où elle examine de façon transversale l'« *incidence sur les droits fondamentaux* » de sa proposition, la Commission rappelle que « *La présente proposition a fait l'objet d'un examen approfondi afin d'assurer la totale compatibilité de ses dispositions avec les droits fondamentaux (...). Une attention particulière a été accordée à la nécessité de renforcer les garanties juridiques et procédurales en faveur des personnes relevant de la procédure de Dublin et de leur permettre de mieux défendre leurs droits (...).* » (p12). Ces considérations sont traduites dans l'auto satisfecit de rigueur dans le 34^{ème} considérant du projet de Règlement, qui proclame que « *Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus, notamment, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, il vise à assurer le plein respect du droit d'asile garanti par son article 18 et à favoriser l'application des articles 1er, 4, 7, 24 et 47 de la charte, et il doit donc être appliqué dans ce sens.* ». Ce considérant, au-delà de son caractère formel, n'est pas dépourvu d'intérêt. Il pointe en effet certains des droits fondamentaux dont le respect peut précisément poser problème dans l'application du règlement.

la responsabilité de la Belgique découle uniquement de l'écoulement des délais dans lesquels la (re)prise pouvait être demandée.

1. Mise en Œuvre par l'Office des Etrangers

Nous nous attarderons sur l'analyse de certains aspects essentiels de la mise en œuvre du Règlement, en étant particulièrement attentif au respect des droits fondamentaux. Seront ainsi analysés l'*examen Dublin*, et en particulier les formulaires utilisés lors des demandes de (re)prise et leurs conséquences, l'information des demandeurs d'asile au long de la procédure Dublin et le déroulement de l'entretien en tant que tel. Ces points sont discutés séparément dans un but de clarté conceptuelle, mais ils sont liés et concernent parfois des événements simultanés (ainsi, les formulaires sont utilisés lors de l'entretien Dublin, au cours duquel certaines informations doivent être données aux demandeurs d'asile...). Nous nous interrogerons sur la question essentielle de savoir si « l'entretien Dublin », dans la pratique actuelle de l'OE, est un entretien « protection » et s'il permet à l'OE de disposer de tous les éléments nécessaires pour prévenir les risques de violations des droits fondamentaux. Ensuite une attention particulière sera posée sur les questions du respect du droit à la vie familiale et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (volet médical).

1.1. L'examen Dublin, à la lumière du respect des droits fondamentaux

1.1.1. Conséquences pratiques de l'utilisation de formulaires types pour les demandes de prise en charge⁴³

Principes

La prise en charge doit être demandée à l'aide d'un formulaire type, le *Formulaire uniforme destiné à déterminer l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile* (ci-après, *Formulaire uniforme*), dont le modèle figure à l'annexe I du Règlement portant modalités d'application du Règlement⁴⁴. Ce formulaire comporte des rubriques obligatoires et d'autres rubriques à remplir en fonction des informations disponibles. Le règlement précise que des informations complémentaires peuvent être introduites dans l'espace réservé à cet effet (article 1^{er}).

Dans les dossiers administratifs de l'OE, on trouve un autre formulaire *Demande de prise en charge*, dont les rubriques sont en grande partie, mais non entièrement, identiques à celles du *Formulaire uniforme* (l'on suppose qu'il s'agit d'un formulaire à usage interne, servant à remplir le *Formulaire uniforme* à l'aide duquel la prise en charge est demandée). On y trouve notamment *in fine* deux rubriques additionnelles :

- La rubrique *Informations complémentaires*, qui comprend la question *Raisons spécifiques pour le demandeur d'être venu précisément en Belgique pour sa demande d'asile ?* et la question, *Etat de santé du demandeur ?*
- La rubrique *Trajet*, qui comporte la question *Données sur le trajet (nom du passeur, prix du trajet, nom de l'organisateur) ?* Même si tel ne semble pas être son objet, on y lit parfois des déclarations sur des problèmes rencontrés lors du passage dans le pays responsable du traitement de la demande d'asile ; celles-ci peuvent, par exemple, constituer des indices de violation de droits fondamentaux. Une partie des informations en question est reproduite à la section *autres informations utiles* du *formulaire uniforme*.

⁴³ L'analyse porte surtout sur des cas de demande de prise en charge, plus fréquents dans la pratique que ceux de reprise.

⁴⁴ Règlement (CE) n°1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalité d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers [Journal officiel L 222 du 5.9.2003].)

Pratique de l'OE

Les *entretiens Dublin* réalisés par l'OE lors de l'*examen Dublin* semblent principalement consacrés à remplir le formulaire *demande de prise en charge*. Or, ce formulaire a été pensé pour déterminer l'Etat responsable du traitement de la demande, dans un système basé sur la présomption de respect du principe de non-refoulement (et des autres droits fondamentaux ?). Il n'est pas prévu pour vérifier avec un demandeur d'asile s'il n'existe pas, en ce qui le concerne, de raison de ne pas appliquer les critères de responsabilité du Règlement, par exemple parce que cela entraînerait une violation de certains de ses droits fondamentaux. Partant, la conduite d'un entretien Dublin en suivant en grande partie les questions figurant dans ce formulaire risque de ne pas permettre de déterminer s'il appartient à la Belgique de se déclarer responsable pour une raison étrangère aux motifs de responsabilité du Règlement, mais liée au respect de droits fondamentaux.

La rubrique additionnelle *Informations complémentaires* (comprenant des questions sur les raisons de la demande « précisément » en Belgique et l'état de santé du demandeur d'asile) n'apporte qu'une solution partielle à ce problème. Elle ne comporte pas toutes les questions nécessaires à une prise de décision prenant en compte l'ensemble des droits fondamentaux pertinents. Ainsi, plus que les raisons de la demande « précisément » en Belgique, il importe de connaître les raisons éventuelles pour lesquelles un demandeur ne souhaite pas que sa demande soit traitée dans le pays normalement responsable en application des critères de Dublin (par exemple parce qu'il craint d'y être persécuté pour un motif de la Convention de Genève, qu'il craint d'y être détenu dans des conditions qui violent l'article 3 de la CEDH, ou encore qu'il ne sera pas en mesure d'y faire valoir son droit d'asile). Cette question devrait donc être posée par l'OE.

Recommandations :

- Intégrer dans les formulaires *Demande de prise en charge* des questions permettant de déterminer tous les éléments pertinents à prendre en considération lors de la prise de décision⁴⁵.
- Veiller à ce que la conduite des entretiens vise réellement à répondre à ces questions.⁴⁶
- Former les fonctionnaires en charge des *entretiens Dublin* aux droits fondamentaux dont ils y a lieu de tenir compte dans le traitement des dossiers Dublin et à la conduite d'entretiens « protection »⁴⁷.

1.1.2. Information des demandeurs d'asile au cours de la procédure Dublin

Nous aborderons ci-dessous l'obligation générale d'information sur la procédure Dublin, l'information quant à une éventuelle demande de (re)prise et l'information quant à une décision de transfert.

Plusieurs des points abordés à la présente section concernent également la section suivante, sur le déroulement de l'entretien (puisque une partie de l'information peut ou doit être donnée lors de cet entretien).

⁴⁵ Et permettant notamment de vérifier que le renvoi n'entraîne pas la violation de droits fondamentaux. Par exemple : pourquoi ne voulez-vous pas que votre prise en charge soit demandée à l'Etat x ? Quels problèmes avez-vous rencontrés lors de votre passage dans cet Etat ? Si vous n'y avez pas demandé l'asile, pourquoi ? Est-ce que vous avez été menacé, maltraité (si oui, par qui ?) ? Si vous avez été menacé par des tiers, est-ce que vous avez demandé la protection des autorités ? Si oui, est-ce que vous avez la preuve ? Si non, pourquoi pas ? Est-ce que vous avez de la famille en Belgique ? En cas de réponse affirmative, quel est leur statut en Belgique ? Est-ce que vous ou vos membres de famille avez des problèmes médicaux sérieux ? En cas de réponse affirmative, est-ce que vous avez des certificats médicaux attestant ces problèmes ?

⁴⁶ Voir infra sous le point 1.1.3. Déroulement de l'entretien Dublin – p20.

⁴⁷ Voir infra sous le point 1.1.3. Déroulement de l'entretien Dublin – p20.

a. Information générale du demandeur sur la procédure Dublin

Principes

L'article 3 § 4 du Règlement dispose que le « demandeur d'asile est informé par écrit, dans une langue dont on peut vraisemblablement supposer qu'il la comprend, au sujet de l'application du présent règlement, des délais qu'il prévoit et de ses effets. »

La proposition de refonte de la Commission vise à améliorer l'information des demandeurs de protection internationale. Afin « de renforcer les garanties juridiques en (leur) faveur (...) et de leur permettre de mieux défendre leurs droits, la proposition apporte plusieurs modifications: (...) le règlement détaille davantage le contenu, la forme et le délai de communication des informations aux demandeurs d'une protection internationale » (exposé des motifs, p.8).

L'article 4 de la proposition (actuel article 3, §4) précise ainsi fortement l'obligation d'information du demandeur de protection internationale à propos de l'application du Règlement, et énumère de façon non exhaustive que le demandeur doit être informé :

- « a) des objectifs du règlement et des conséquences de l'introduction d'une autre demande dans un État membre différent;
- b) des critères d'attribution de la responsabilité et de leur hiérarchie;
- c) de la procédure générale et des délais à respecter par les États membres;
- d) des résultats possibles de la procédure et de leurs conséquences;
- e) de la possibilité de contester une décision de transfert;
- f) du fait que les autorités compétentes peuvent échanger des données concernant le demandeur aux seules fins d'exécuter les obligations découlant du présent règlement;
- g) de l'existence du droit d'accès aux données le concernant (...). »

Le § 2 de cet article prévoit que ces informations doivent être données par écrit, dans une langue dont on peut raisonnablement supposer que le demandeur la comprend. Si nécessaire, les informations lui sont communiquées oralement. Elles le sont aussi d'une manière adaptée à son âge.

La **pratique de l'OE** ne semble respecter que partiellement ces exigences. Ainsi :

- Le respect ou non de cette obligation d'information (écrite ou orale dans certains cas) n'est pas mentionnée dans les dossiers administratifs.
- Cependant, certains des demandeurs disent avoir reçu lors du dépôt de leur demande la brochure « *La procédure d'asile en Belgique : Information pour les demandeurs d'asile* »⁴⁸, éditée par le CGRA, publiée en albanais, en anglais, en arabe, en farsi, en lingala, en néerlandais et en russe. Cette brochure contient des explications générales sur le Règlement et sur l'*examen Dublin*⁴⁹, et des informations générales sur l'aide judiciaire⁵⁰.

⁴⁸ Elle est disponible sur le site du CGRA à l'adresse : <http://www.cgra.be/fr/Publications/brochures/>

⁴⁹ « Après l'enregistrement de votre demande d'asile, l'OE procède à un certain nombre de recherches préalables qui peuvent avoir lieu le jour même de l'introduction de votre demande d'asile. Si cette procédure prend plus de temps, vous serez invité à vous présenter à l'OE à une date ultérieure.

1. La détermination de l'Etat responsable de l'examen de votre demande d'asile : « examen Dublin »

Lorsque vous introduisez votre demande d'asile, l'OE va examiner si la Belgique est responsable de l'examen de votre demande d'asile en fonction de certains critères inscrits dans le Règlement 2003/343/EG du Conseil de l'Union européenne du 18 février 2003, dit Règlement de Dublin. Ces critères ont pour objectif de désigner un seul Etat membre de l'Union européenne (ainsi que la Norvège, l'Islande et la Suisse) comme étant responsable du traitement de la demande d'asile.

- Si lors de « l'examen Dublin », l'OE constate que la Belgique est responsable du traitement de votre demande d'asile, les autorités belges examineront le contenu de votre demande ;
- Si au cours de « l'examen Dublin », l'OE constate qu'un autre Etat membre de l'Union européenne est responsable du traitement de votre demande d'asile, p.ex. si ce pays vous a octroyé un visa ou si vous avez déjà introduit une demande d'asile dans ce pays, l'OE va demander à ce pays de (re)prendre en charge votre demande ; dans ce cas,

Cette brochure ne remplit que partiellement l'obligation d'information, même au regard de l'article 3§4 actuel. Ainsi, par exemple, elle ne contient pas d'information sur les délais prévus par le Règlement, et elle n'est pas adéquate pour les demandeurs qui ne comprennent pas l'une de ses langues de publication. Enfin, on peut se demander si une brochure générale sur l'asile en Belgique, comprenant une section sur l'*examen Dublin*, est compréhensible par certains demandeurs d'asile qui ont un faible niveau d'instruction.

- Certains demandeurs disent avoir été informés oralement au sujet de l'application du règlement Dublin, ce qui pourrait éventuellement rencontrer ce qui est prévu au paragraphe 2 du projet de refonte. Dans la mesure où cette information est orale, il est difficile d'évaluer si elle porte sur tous les points prévus au 1^{er} paragraphe.

Recommandations :

- Veiller au respect de l'obligation d'information (écrite et orale) quelque soit la langue du demandeur d'asile.
- Mentionner dans le dossier administratif si l'obligation d'information générale a été rencontrée, et la façon dont elle l'a été (écrite et/ou orale) (afin de permettre de contrôler que l'obligation prévue au § 2 du projet soit respectée – par ex. information adaptée à l'âge du demandeur).
- Veiller à ce que l'information (écrite) communiquée réponde aux exigences du Règlement, et notamment qu'elle porte sur ses délais.

b. Information quant à une éventuelle demande de (re)prise

Principes

Le Règlement est actuellement muet à cet égard, le projet de refonte est, quant à lui, imprécis (voyez cependant à la section suivante, concernant l'entretien, ce qui est dit de l'information du demandeur et les commentaires du HCR relatif à l'article 5(2) de la proposition de refonte). Le CBAR le déplore, car une telle information est indispensable pour que le demandeur fasse part en temps utile des éventuelles raisons s'opposant à sa (re)prise, et pour que l'administration puisse donc prendre une décision se basant sur tous les éléments pertinents de la cause.

En droit belge, outre les règles générales en matière de motivation et de publicité des actes de l'administration, certaines dispositions en matière d'asile prévoient des obligations particulières. Ainsi,

la Belgique n'est pas responsable du traitement de votre demande d'asile. Suivant que vous avez demandé l'asile à la frontière ou sur le territoire belge, vous recevrez une annexe 25quater portant décision de refus d'entrée avec refoulement ou remise à la frontière ou une annexe 26 quater assortie d'un ordre de quitter le territoire. Vous recevrez également un laissez-passer (annexe 10bis) avec lequel vous devez vous présenter aux autorités de l'Etat membre responsable ;

- *Si vous n'êtes pas d'accord avec cette décision, vous pouvez introduire dans les trente jours un recours en suspension et en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers ; à cette fin, il est recommandé de demander l'assistance d'un avocat » (pp. 11 et 12)*

⁵⁰ « Vous pouvez avoir gratuitement recours à un avocat. La demande doit être introduite auprès d'un Bureau d'aide juridique. Si vous séjournez dans un centre d'accueil, l'assistant du centre peut vous aider à introduire la demande d'assistance par un avocat pro deo. Vous pouvez également engager un avocat de votre choix. Cependant, dans ce cas, les coûts seront à votre charge.

Votre avocat devra bien maîtriser la langue de la procédure (le français ou le néerlandais).

Votre avocat ne peut être présent pendant l'entretien à l'OE. Par contre, il peut assister à l'audition au CGRA. » (p. 13)

l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, rappelle que « *les décisions administratives sont motivées. Elles sont notifiées aux intéressés, qui en reçoivent une copie (...)* ». L'article 71/3 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoit quant à lui que « *lorsque le Ministre ou son délégué demande à l'Etat responsable au sens de la réglementation européenne liant la Belgique, la prise ou la reprise en charge du demandeur d'asile, il en informe l'étranger et lui communique la teneur de la décision intervenue* ».

Enfin, l'article 41, §2 de la Charte, relatif au droit à une bonne administration, précise que « *Ce droit comporte notamment: -le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre (...)* ». Ce droit d'être entendu présuppose que la personne ait été informée que la mesure est envisagée, avant qu'elle ne soit prise. En l'espèce, le demandeur devrait donc être informé de ce que sa (re)prise est envisagée, avant que la décision de le renvoyer ne soit prise.

Pratique de l'OE

Après l'entretien Dublin, les demandeurs d'asile en cours de procédure Dublin n'ont d'autre information en leur possession que l'annexe 26. Celle-ci est muette quant à une éventuelle demande de (re)prise, et on y retrouve uniquement un cachet « *Dublin interview gedaan op ...* » ou « *interview Dublin fait le ...* », parfois suivi d'un nom de pays. Ce cachet ne permet pas de savoir si une demande de (re)prise a effectivement été faite et, si oui, à quelle date, à quel pays et pour quels motifs⁵¹.

Une réponse partielle à ces questions n'est, à ce stade, possible qu'en consultant le dossier administratif. D'après les constatations du CBAR issues de sa pratique⁵², dans la majorité des cas, ce dossier comprend un formulaire *Demande de reprise* (sauf erreur, document interne de l'OE) et un *Formulaire uniforme* (sauf erreur, le formulaire type par lequel doit être effectuée la demande de prise en charge). La date de ce dernier est celui de la demande.⁵³ Quant aux demandeurs, soit ils ignorent si une demande de (re)prise en charge a effectivement été adressée à l'Etat présumé responsable, soit ils ont des idées imprécises à ce sujet. En aucun cas, ils ne connaissent la date à laquelle cette demande a été adressée.

On peut donc se demander si l'obligation d'information des demandeurs quant à une éventuelle demande de (re)prise est respectée. Une bonne publicité de l'action de l'administration est pourtant importante pour assurer une prise de décision efficace, dans le respect des droits des demandeurs d'asile, et un meilleur contrôle de la légalité de l'action de l'administration par le CCE.

Ainsi, la connaissance de la date exacte de la demande de reprise est nécessaire afin de permettre au demandeur d'asile et à son conseil de vérifier le respect par l'administration des délais prévus dans le Règlement⁵⁴.

⁵¹ La date du cachet ne correspond souvent pas à la date de la demande de (re)prise, qui de façon compréhensible, n'est pas effectuée le jour même de l'entretien.

⁵² Cas où le CBAR a étudié le dossier administratif dans des dossiers Dublin en cours (avant prise d'une décision 26 quater), puis a interviewé les demandeurs d'asiles et a essayé de déterminer ce dont ils étaient informés. Généralement, les demandeurs ne se plaignaient pas du déroulement de l'entretien, et avaient plutôt le souvenir d'y avoir été entendus, ce qui renforce le crédit qui peut être donné à leurs déclarations.

⁵³ Dans un cas, le dossier comprenait un formulaire « Overnameverzoek / Demande de reprise », mais pas de « Formulaire uniforme ». Il n'était donc pas possible de déterminer si la Belgique avait effectivement demandé la prise en charge, ou l'avait seulement envisagée. D'après le demandeur, le fonctionnaire de l'OE avait évoqué oralement une demande de prise en charge lors de l'entretien, mais aucune information écrite n'avait été transmise au demandeur quant au fait de savoir si cette demande avait effectivement été effectuée. A fortiori, il n'était pas possible de déterminer la date d'une éventuelle demande de prise en charge.

⁵⁴ L'article 17 § 1^{er} du Règlement prévoit que la demande de prise en charge doit être effectuée dans les trois mois après l'introduction de la demande d'asile, à défaut de quoi la responsabilité de l'examen de la demande d'asile incombe à l'Etat membre auprès duquel la demande a été introduite. L'article 18 du Règlement prévoit que l'Etat membre requis doit statuer sur

Une information correcte et en temps utiles quant aux éléments qui ont amené à conclure à la responsabilité d'un autre Etat membre permettrait dès ce stade au demandeur et à son conseil de vérifier la bonne application des critères de responsabilité du règlement et l'exactitude des éléments factuels sur base desquels la détermination est faite. Les éventuelles erreurs ou éléments pertinents non pris en compte pourraient être mentionnés plus tôt, ce qui augmenterait l'efficacité de la procédure et la protection des demandeurs.

Enfin, une information claire sur l'intention de demander la (re)prise serait plus à même d'amener les demandeurs, éventuellement via leurs avocats, à faire part en temps utile des autres raisons, liées notamment au respect des droits fondamentaux⁵⁵, pour lesquelles la Belgique devrait renoncer à demander la (re)prise en charge et se déclarer responsable. L'administration devrait alors, conformément au principe de bonne administration, veiller à bien tenir compte de ces motifs dans sa prise de décision. Si elle décidait de persister à demander la (re)prise en charge, l'administration devrait motiver ses raisons, rendant possible le cas échéant la contestation de cette décision⁵⁶.

Recommandations :

- Veiller à ce que le demandeur d'asile soit clairement informé de l'intention de l'administration de demander sa (re)prise à l'Etat responsable en vertu des critères du Règlement, et des motifs de cette demande. Cette information devrait être faite par écrit afin que le conseil du demandeur en soit informé et puisse y apporter les observations adéquates. Elle devrait être faite en temps utile, pour assurer que l'administration ait connaissance des éventuels éléments pertinents avant de prendre une décision de transfert, et que ces éléments ne soient pas considérés comme peu crédibles car avancés tardivement.
- Veiller à ce que le demandeur soit clairement informé de la date de la demande de (re)prise.
- *De lege ferenda*, le CBAR estime que cette obligation d'information pourrait être adéquatement remplie par une annexe *ad hoc*, informant le demandeur de la demande de (re)prise, de sa date et de ses motifs.

c. Information quant à une décision de transfert

Principes

L'article 19 du Règlement prévoit que lorsque l'Etat membre requis accepte la (re)prise en charge, l'Etat membre dans lequel la demande est introduite notifie au demandeur la décision de ne pas examiner la demande, et l'obligation de le transférer vers l'Etat membre responsable (§1). Cette décision doit être motivée et est notamment assortie des indications de délais relatives à la mise en œuvre du transfert.

la demande dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande, et que le défaut de réponse dans ce délai équivaut à l'acceptation de la requête de prise en charge.

⁵⁵ Droit à l'asile, droit à la vie familiale, etc.

⁵⁶ Sur l'obligation de l'administration de prendre en considération les arguments d'un demandeur d'asile s'opposant à sa (re)prise en application du Règlement Dublin et de respecter les obligations de motivation interne et externe dans sa prise de décision, voyez par exemple CCE, arrêt n° 25.420 dd. 30 mars 2009. Dans cet arrêt, le CCE censure le défaut de réponse motivée aux téléfaxes envoyés par le conseil d'un demandeur d'asile s'opposant à sa prise par la Grèce. Ces téléfaxes avaient été envoyés avant la décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire, de sorte que l'administration puisse prendre son contenu en considération lors de sa prise de décision.

L'article 25 de la proposition de refonte de la Commission (article 19 actuel) renforce l'information que doit contenir la notification d'une décision de transfert et précise certains délais, afin que les recours contre cette décision soient utiles. Ainsi, le nouvel article précise que la notification doit être faite par écrit, dans une langue (dont on peut raisonnablement supposer) que le demandeur (la) comprend, et dans un délai n'excédant pas quinze jours à dater de la réponse de l'Etat requis. La décision doit être motivée, décrire les principales étapes de la procédure qui l'a précédée. Elle doit contenir des informations sur les voies de recours ouvertes à l'intéressé et sur les délais qui leurs sont applicables, ainsi que des renseignements sur les personnes et les organismes pouvant lui apporter une aide judiciaire spécifique et/ou assurer sa représentation. Les délais d'exécution du transfert doivent être indiqués, et ceux-ci doivent être fixés de façon à laisser à l'intéressé un délai raisonnable pour former un recours conformément à l'article 26.

Pratique de l'OE

Les décisions de l'OE sous forme d'annexe 26 quater de l'OE sont en partie conformes à ces dispositions. Les annexes 26 quater sont motivées, même si la motivation ne répond pas toujours à l'ensemble des éléments pertinents avancés par les demandeurs d'asile lors de la procédure, ou évoqués par l'administration elle-même (par exemple, quant à de graves déficiences du système d'asile d'un Etat membre, qui sont de notoriété publique). Elles décrivent brièvement les principales étapes de la procédure qui les ont précédées (date de la demande de (re)prise, date et forme de l'acceptation). Elles ne sont pas rédigées dans une langue dont on peut supposer que le demandeur la comprend (mais cette obligation n'est pas en vigueur). Elles contiennent des informations sur les voies de recours ouvertes à l'intéressé, mais pas quant au délai d'exécution du transfert. Dans la majorité des cas, la notification est faite dès que l'Etat requis accepte la prise en charge, mais parfois elle ne l'est que plusieurs mois après.

Recommandation :

- Inclure dans les décisions 26 quater des indications quant aux délais d'exécution du transfert.

1.1.3. Déroulement de l'entretien Dublin

Plusieurs éléments touchant au déroulement de l'entretien Dublin ont déjà été abordés dans la section sur l'information des demandeurs d'asile, puisqu'une partie de cette information doit/ou peut être donnée au cours de cet entretien.

Principes

La proposition de refonte du Règlement de la Commission européenne prévoit la tenue d'un entretien obligatoire, « *afin de permettre aux autorités de réunir toutes les informations nécessaires pour déterminer l'Etat membre responsable et, si besoin est, informer oralement le demandeur sur l'application du règlement (...). Cette disposition a pour objet de rendre le système plus efficace, en facilitant son application, et de donner des garanties suffisantes aux demandeurs d'une protection internationale* »⁵⁷. A contrario, ce motif implique que l'absence d'entretien répondant aux standards posés ne donnerait pas de « *garanties suffisantes* » aux demandeurs d'une protection internationale.

Selon l'article 5 de la proposition de refonte, cet entretien « *sert à faciliter la détermination de l'Etat membre responsable, et notamment à permettre au demandeur de fournir les informations pertinentes nécessaires à l'identification correcte de cet Etat membre, ainsi qu'à informer oralement le demandeur*

⁵⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte), COM (2008) 820 final du 03/12/2008, exposé des motifs, p. 7.

sur l'application du présent règlement» (§2). « L'État membre qui mène l'entretien individuel rédige un rapport succinct mentionnant les principales informations fournies par le demandeur à cette occasion et il lui en remet un exemplaire. Le rapport est annexé à toute décision de transfert prise conformément à l'article 25, paragraphe 1. » (§6).

Cet article ne précise pas expressément que l'on interroge le demandeur sur les raisons éventuelles s'opposant à sa (re)prise par l'Etat normalement compétent. Il ne l'interdit pas non plus, et ces informations devraient faire partie des « *informations pertinentes nécessaires à l'identification correcte* » de l'Etat membre responsable. En l'absence d'une telle question, on se demande effectivement si le demandeur de protection internationale bénéficie de « *garanties suffisantes* ».

Dans le même sens, dans son commentaire sur la proposition de refonte, HCR estime que l' « *Article 5(2) also defines "informing the applicant orally about the application of this Regulation" as a further purpose of the interview. In UNHCR's view, this obligation extends beyond requirements to provide general information regarding Dublin in Article 4(1), and requires the responsible authorities to advise the applicant specifically during the interview of the intention to apply the Regulation to his/her case and potentially request his/her transfer to a particular State. This is essential to enable the applicant to rise, for example, circumstances which may preclude his/her transfer to a particular State on protection grounds; and/or clarify circumstances which help in identifying the responsible Member State* »⁵⁸.

Pratique de l'OE

Bien que dans la nouvelle procédure d'asile, l'Office des Etrangers ne prend plus de décision au niveau du contenu des demandes d'asile, l'examen de la détermination du pays responsable du traitement de la demande d'asile dépasse le soutien purement administratif. En effet, il peut aboutir au renvoi d'un demandeur d'asile contraire au principe de non-refoulement ou vers un pays dans lequel ses droits fondamentaux ne seront pas respectés. Dans de tels cas, la responsabilité de la Belgique pourrait être engagée. L'entretien Dublin doit dès lors être considéré comme un entretien « protection », et être mené comme tel.

Dans ce chapitre, nous examinerons dès lors si l'entretien Dublin permet une identification de l'Etat responsable en tenant suffisamment compte des exigences de respect des droits fondamentaux.

On peut observer que la Belgique organise déjà systématiquement un entretien dans les dossiers Dublin, en ligne avec la proposition de la Commission. Au cours de cet entretien, il semble que certains demandeurs reçoivent des explications générales sur l'application du Règlement. Il est cependant difficile de déterminer exactement quelle information est donnée (générale ? spécifique sur l'intention de transférer dans un pays donné ? allant jusqu'à mentionner le type de motif pour lequel la Belgique pourrait se déclarer compétente ? voyez supra sur ce point). L'on peut également s'interroger sur ce que le demandeur en comprend (est-ce que l'on s'assure que cette information est comprise, et qu'elle est adaptée au profil du demandeur ?). Enfin, la pratique de l'OE n'est pas en ligne avec la proposition essentielle qu'un rapport succinct soit remis à l'issue de l'entretien.

Selon la proposition de refonte, l'entretien sert « *à faciliter la détermination de l'État membre responsable, et notamment à permettre au demandeur de fournir les informations pertinentes nécessaires à l'identification correcte de cet État membre* ». En partant de l'analyse des dossiers individuels qu'il traite, le CBAR a constaté certains problèmes pouvant émailler la conduite d'entretiens Dublin déterminés, et empêcher que l'objectif de celui-ci soit pleinement atteint.

⁵⁸ UNHCR comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person ("Dublin II") (COM(2008) 820, 3 December 2008) and the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation] (COM(2008) 825, 3 December 2008), p. 15.

- **Parfois au cours de l'entretien, le demandeur ne donne pas toutes les informations pertinentes nécessaires à une bonne prise de décision**

Ainsi, dans plusieurs dossiers analysés, les demandeurs ont raconté au CBAR des éléments de fait pouvant constituer de sérieux obstacles juridiques à leur (re)prise en charge par l'Etat responsable en vertu des critères du Règlement. Or, ces éléments ne se trouvaient pas dans le dossier administratif et n'avaient apparemment pas été mentionnés lors de l'entretien.

Exemple (examiné par le CBAR) :

Un père de famille dit avoir été détenu dans des conditions inhumaines avec ses deux enfants dans le pays membre normalement responsable. Il dit aussi au CBAR être venu en Belgique car «ma demande sera traitée correctement, et parce que la Belgique peut nous traiter correctement aussi», alors que de nombreux rapports établissent que sa demande ne serait pas traitée correctement dans l'Etat normalement compétent.

Ces faits devraient conduire à s'interroger sur la légalité de l'application du Règlement, notamment sur base des articles 18 (droit d'asile), 24 (droits de l'enfant), 41 (droit à une bonne administration) et 47 de la Charte (recours effectif et accès à un tribunal) (voir le chapitre II.2.1, p 29).

D'après le dossier administratif, le demandeur a simplement dit souhaiter que la Belgique traite son dossier car « *België is een democratische land* ». Le demandeur n'aurait donc pas donné toutes les informations pertinentes nécessaires à une bonne prise de décision lors de l'entretien, telle que le traitement subi dans le pays normalement responsable, ou l'impossibilité d'y obtenir l'asile.

- **Des informations pertinentes nécessaires à une bonne prise de décision, mentionnées lors de l'entretien (par le demandeur ou par l'agent de l'OE), ne sont pas retranscrites au dossier administratif**

Ainsi, dans quelques dossiers analysés, les demandeurs ont dit au CBAR avoir fait part d'éléments de fait pertinents et nécessaires à la prise de décision, ou que le fonctionnaire en avait lui-même fait part lors de l'entretien. Ces faits n'étaient pas mentionnés dans le dossier administratif.

Exemples (examinés par le CBAR) :

1. Une mère et sa fille majeure (victime de violence domestique et de faits de mœurs graves) fuient leur pays. Dans le pays par lequel elles pénètrent l'espace Schengen, elles sont arrêtées, frappées et insultées, puis refoulées le jour même de leur arrivée, sans avoir l'opportunité de demander l'asile.

Selon elles, lors de l'entretien, elles ont expliqué ces faits, l'agent les a écoutées, a ajouté être au courant des problèmes de ce pays, et a dit qu'il y avait 90 à 95 % de chances que la Belgique se déclare compétente. Cet entretien les a partiellement rassurées et elles n'ont pas pensé nécessaire de faire valoir par la suite, par écrit, leurs raisons de s'opposer au transfert. Les informations pertinentes à l'issue de cet entretien étaient donc : allégation de mauvais traitements dans le premier état, refoulement (sans possibilité de demander l'asile).

Le dossier administratif mentionne uniquement qu'elles ont été interpellées par la police dudit pays, qu'elles n'ont jamais demandé l'asile, et qu'elles ont été immédiatement reconduites à la frontière du pays hors espace Schengen. Les allégations de mauvais traitements ne s'y trouvent pas, et le refoulement allégué est retranscrit comme une simple reconduite à la frontière.

Concernant leurs raisons d'être venues précisément en Belgique (Demande de prise en charge, question 25), il est uniquement écrit: « la Belgique est un pays sûr », malgré les autres motifs, tirés de la violation de droits fondamentaux, exprimés lors de l'interview Dublin.

2. Un homme seul, qui fait état d'une crainte de persécution dans son pays d'origine, entre dans l'espace Schengen par un pays où, pendant plusieurs mois, il tente en vain de demander l'asile, ne bénéficie

d'aucun accueil, est contraint de dormir dans un parc, et n'est nourri que par des organisations caritatives. Il y est aussi détenu dans des conditions inhumaines.

Il explique ces faits lors de son entretien Dublin. L'agent traitant acquiesce, ajoute que tout le monde sait ce qui se passe dans ce pays, et qu'il n'est pas nécessaire de donner plus de détails. Cet entretien rassure partiellement le demandeur, qui se sent enfin écouté.

Le dossier administratif mentionne qu'il dit avoir vécu dans le premier Etat membre et qu'il n'y a pas introduit de demande d'asile, mais pas qu'il a essayé de le faire durant plusieurs mois. Quant aux raisons spécifiques pour le demandeur d'être venu précisément en Belgique pour sa demande d'asile, on lit : « j'ai quitté la Grèce à cause des mauvaises conditions de vie, j'ai décidé de venir en Belgique car les gens sont pris en charge par les autorités ». Puis, « J'ai séjourné à Athènes du 26/10/2009 au 10/02/2010. Je n'avais aucun logement, pas d'adresse fixe, aucune condition de vie. Pour manger, Caratas (sic) m'aidait. Caritas offrait un repas par jour. Je n'ai pas travaillé là-bas. (...) »

3. Un homme seul, qui fait état d'une crainte de persécution dans son pays d'origine, entre dans l'espace Schengen par un premier pays. Il ne demande pas l'asile, mais il n'est jamais assisté d'un interprète lors de ses contacts avec les autorités, et on ne le lui propose pas.

A l'OE, il fait part de sa crainte de persécution dans son pays d'origine, mais ne mentionne pas lui-même d'éléments pertinents pouvant mener à écarter l'application des critères de responsabilité du Règlement. L'agent l'informe correctement sur le Règlement, et l'intention de l'OE de demander sa prise en charge au premier pays. Il ajoute qu'il est très difficile d'y introduire une demande d'asile, et presque impossible d'y être reconnu réfugié. Il s'agit là d'un élément pertinent devant entrer en compte dans la prise de décision (possible violation de l'article 18 de la Charte, ou de l'article 3 de la CEDH dans son volet procédural, ...).

Le dossier administratif ne reprend pas ce dernier élément des déclarations, qui est pourtant essentiel pour la prise de décision. Le fait que l'agent de l'OE lui-même, et non le demandeur, l'ait mentionné n'y change rien, dans la mesure où il s'agit d'une information objective.

Ces exemples amènent plusieurs **réflexions** :

- Une bonne information sur l'objectif de l'entretien, et sur l'intention de l'administration de procéder à un transfert vers un pays déterminé, est sans doute de nature à pousser certains demandeurs à faire part des éléments pertinents relatifs à ce pays ou d'autres raisons pour lesquelles ils souhaitent que leur demande d'asile soit traitée en Belgique.

- On peut supposer que dans un certain nombre de cas, les demandeurs d'asile qui veulent éviter un renvoi dans un pays (notamment parce qu'ils y ont rencontré des problèmes), essayent de cacher lors de l'entretien qu'ils ont transité par celui-ci. Ils passent donc aussi sous silence les éventuels problèmes relatifs à celui-ci. Il est dès lors important que, lorsque l'OE a la preuve du passage dans ledit pays et compte demander la (re)prise, il l'explique clairement au demandeur d'asile, et au besoin le réentende après l'en avoir informé (voyez à ce sujet ce que nous avons dit sur l'article 41, §2 de la Charte)⁵⁹. Ce faisant, il faut tenir compte du fait qu'une personne à laquelle l'expérience a appris à craindre les autorités de son propre pays peut continuer à éprouver de la défiance à l'égard de toute autorité, et ne pas parler librement et exposer tous les éléments de sa situation.⁶⁰

- Dans plusieurs de ces exemples, le dossier ne comprenait qu'une réponse restrictive à la question de savoir pourquoi la personne était venue en Belgique pour sa demande d'asile, mais ne comprenait pas certains éléments s'opposant à la reprise par l'Etat responsable en vertu des critères du Règlement. Or, il s'agit d'informations pertinentes nécessaires à la prise de décision.

Plusieurs pistes peuvent être envisagées pour remédier à ce problème. Tout d'abord, la présence d'un avocat lors de l'entretien Dublin serait vivement souhaitable. Elle permettrait de s'assurer que tous les éléments pertinents de la cause sont examinés durant cette audition et de diminuer le nombre

⁵⁹ Pour rappel, l'article 41, droit à une bonne administration, précise notamment que « toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable (...) ». « Ce droit comporte notamment: -le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ». Voir entre autre aussi le point II.2 et III.1.1.2. b. de cette analyse.

⁶⁰ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, § 198.

d'observations devant être apportées *a posteriori* par les avocats. Elle serait dès lors dans l'intérêt d'une bonne administration.

Deuxièmement, la remise à l'issue de l'entretien d'un rapport succinct mentionnant les principales informations mentionnées lors de l'entretien permettrait au demandeur de vérifier que les éléments pertinents ont effectivement été retranscrits et, le cas échéant, à son conseil de compléter ses déclarations *a posteriori*, mais en temps utile (avant la prise de décision par l'administration). Ce rapport devrait inclure toutes les informations pertinentes mentionnées lors de l'entretien, y compris par les agents de l'OE.

Enfin, la sensibilisation et la formation des agents traitant aux éléments qui peuvent conduire l'Etat belge à se déclarer compétent en dehors des critères de responsabilité du Règlement (voyez partie 1) est également souhaitable. Ce personnel devrait connaître les autres normes applicables dont les droits fondamentaux tels que consacrés dans des instruments européens et devrait être incité, entre autres, à tenir compte du profil et de l'état psychologique du demandeur. Comme nous l'avons dit plus haut, l'ajout de questions supplémentaires aux formulaires utilisés concernant, par exemple, l'accès à la procédure, le droit à l'unité familiale, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants,... donneraient aux agents traitant des pistes concrètes pour ce faire. Si les réponses du demandeur d'asile contiennent des indices de risque de violation du principe de non-refoulement ou d'autres droits fondamentaux, les fonctionnaires chargés de l'entretien auraient alors l'occasion de s'attarder sur ces points.

Différents modules de formation sur le déroulement de l'entretien avec des demandeurs d'asile sont disponibles et pourraient répondre à ce besoin de sensibilisation et de formation, tel que du HCR, « *Interviewing applicants for Refugee Status*⁶¹ ». Certes, la plupart des modules concernent des entretiens dans le cadre de la détermination du statut de réfugié. Et bien que l'OE n'examine pas à ce stade si la personne devrait être reconnue comme réfugié ou recevoir la protection subsidiaire, nous venons de démontrer que l'entretien Dublin dépasse le soutien purement administratif, vu la portée potentiellement importante d'une décision indiquant que la Belgique n'est pas responsable. Ainsi le "UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol" rappelle que: "7. The prohibition of refoulement to a danger of persecution under international refugee law is **applicable to any form of forcible removal**, including deportation, expulsion, extradition, informal transfer or "renditions" and non-admission at the border in circumstances described below. This is evident from the wording of Article 33(1) of the 1951 Convention, which refers to expulsion or return (refoulement) "in any manner whatsoever". **It applies not only in respect of return to a country of origin or, in case of a stateless person, to the country of former habitual residence, but also to any other place where a person has reason to fear threats to his or her life or freedom related to one or more grounds set out in the 1951 Convention, or from where he or she risks being sent to such a risk**".

Recommandations :

- Permettre aux demandeurs d'être assistés d'un avocat lors de l'entretien Dublin.
- Veiller à systématiquement informer le demandeur lors de l'entretien (voyez point 1.1.2), cette information ne doit pas être seulement générale, mais aussi porter sur l'intention d'appliquer le Règlement à son cas, et de demander son transfert vers un Etat déterminé.
- Interroger le demandeur d'asile sur les raisons s'opposant éventuellement à un transfert vers l'Etat responsable en vertu des critères du Règlement (et pas uniquement sur les raisons le poussant à demander l'asile en Belgique). Rédiger un rapport succinct mentionnant les principaux éléments fournis par le demandeur lors de l'entretien Dublin, et en remettre un exemplaire au demandeur à l'issue de l'entretien.

⁶¹ UN High Commissioner for Refugees, *RLD4 - Interviewing Applicants for Refugee Status*, 1995, RLD4, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ccea3304.html>

- Sensibiliser / former le personnel de l'OE à la conduite d'un entretien « protection ». Ceci doit comprendre, entre autres, une sensibilisation aux autres normes applicables dans la prise de décision (tel que par exemple, l'article 18 de la Charte).

1.2. Question spécifique du respect de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et du droit à la vie familiale dans l'application du Règlement

La Charte contient plusieurs droits fondamentaux par rapport auxquels il serait intéressant d'examiner la pratique de l'OE. Dans la partie précédente, l'article 18, le droit à l'asile, a été analysé. Nous nous limiterons dans ce chapitre à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (et uniquement les aspects médicaux⁶²) et du droit au respect de la vie familiale. Nous constatons, en effet, dans plusieurs dossiers analysés par le CBAR des points problématiques par rapport à ces principes.

Comme nous l'avons déjà dit⁶³, la Charte renvoie *expressis verbis* dans ses articles 52,3 et 53 vers la CEDH, pour les droits correspondants à des droits garantis par la CEDH. La Charte indique que leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention en ne faisant pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. Concernant l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et le droit à la vie familiale, il sera donc utile de se référer brièvement à la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'application de l'art. 3 et 8 CEDH dans le champ d'application des droits des étrangers. Ceci n'a pas été fait par l'article 18, dans la mesure où le droit à l'asile n'est pas prévu dans la CEDH.

1.2.1. Interdiction des traitements inhumains et dégradants (volet protection de la santé)

L'article 4 de la Charte énonce que : « Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».⁶⁴

Cet article de la Charte correspond à l'art. 3 de la CEDH.

Le CBAR constate que les demandeurs d'asile invoquent souvent des problèmes sérieux relatifs aux soins médicaux dans le pays responsable selon les critères du Règlement, pour motiver leur refus d'y retourner. A ce sujet, il est intéressant d'examiner brièvement le raisonnement de la Cour EDH développé dans l'arrêt de référence D. c/ Royaume Uni du 2 mai 1997⁶⁵, même s'il ne s'agissait pas d'un renvoi dans le cadre du Règlement mais bien vers le pays d'origine. La question posée était de savoir si l'expulsion d'une personne atteinte à un stade avancé du SIDA vers Saint-Kitts constituerait de la part du Royaume-Uni un traitement inhumain. Selon les renseignements pris par le Gouvernement, Saint-Kitts était équipée de deux hôpitaux à même de traiter les infections dont sont atteints les malades du SIDA. (Selon les informations de la Croix-Rouge, aucun centre de soins n'y dispensait de médicaments pour traiter le SIDA.) Le gouvernement contestait que D. serait abandonné à la solitude en signalant que monsieur avait un cousin à Saint-Kitts pour s'occuper de lui et stipulait que D. se trouverait dans une situation identique à celle des autres victimes du sida vivant à Saint-Kitts. La Cour rappelle dans cet arrêt que les Etats ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-

⁶² Bien que cet article comprenne aussi un volet qui concerne les problèmes de dangers dans le pays responsable selon le Règlement Dublin, nous voulons nous limiter à l'aspect médical.

⁶³ Voir pages 9 - 10 de cette analyse.

⁶⁴ Autres droits pertinents dans la matière de la protection de la santé : **l'article 35 de la Charte, protection de la santé**, énonce que « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.

⁶⁵ CEDH, 2 mai 1997, D. c. Royaume Uni.

nationaux mais fait référence au caractère absolu de l'article 3. La Cour pointe le fait que rien ne prouve qu'un lit soit réservé dans un des hôpitaux et que le cousin soit prêt à s'occuper d'un homme en fin de vie et n'a pas trouvé le fait que le RU s'était engagé à ne pas refouler monsieur tant qu'il n'était pas apte à se déplacer suffisamment. Elle n'a pas suivi le raisonnement du RU comme quoi D. serait dans une situation identique à celle des autres victimes du Sida du pays, en considérant que D. était devenu dépendant des soins médicaux qu'il recevait au RU et que l'arrêt brutal de ces prestations entraînerait pour lui les conséquences les plus graves. La Cour conclut que l'expulsion entraînerait une violation de l'art. 3. Par conséquent, une décision de l'OE considérant, par exemple, qu'un demandeur ayant besoin de soins de santé et renvoyé vers la Pologne se retrouverait dans la même situation que tous les Polonais ayant besoin de soins en santé, ne peut être considérée comme valable et risquerait de ne pas résister à une analyse du risque de violation de l'article 3.

Pratique de l'OE

Nous constatons que normalement l'OE ne délivrera l'annexe 26 quater qu'au moment où la demande de séjour sur la base de l'art. 9 ter de la Loi des Etrangers a été déclarée non fondée (demande de séjour pour raisons médicales). Le constat que l'OE prend régulièrement en considération l'examen médical avant de délivrer un ordre de quitter le territoire vers un pays tombant sous le champ d'application *ratione loci* du Règlement, est également un élément positif à mentionner. Enfin, dans la majorité des cas, l'OE s'exprime sur les éléments médicaux, invoqués par le demandeur d'asile pendant l'*interview Dublin* ou par son avocat dans un courrier adressé à l'OE par après. Malgré ces constats positifs, nous pouvons cependant pointer certains problèmes.

Il arrive régulièrement que malgré les informations très spécifiques fournies, parfois par les demandeurs d'asile durant l'*interview Dublin*, se basant sur leur propres expériences, parfois par les avocats ou par les ONG avant la prise de décision et se basant sur des rapports fiables, sur l'absence d'accès aux soins médicaux et/ou sur l'insuffisance des soins médicaux disponibles dans l'Etat responsable selon le Règlement, la décision n'y fasse pas mention, et qu'elle se base uniquement sur l'avis du médecin fonctionnaire ou de l'ambassade belge qui dit que les médicaments nécessaires y sont disponibles et que l'accès à la santé publique y est garanti⁶⁶. Dans l'affaire D. c/ Royaume Uni, les informations fournies par le RU et par la Croix Rouge étaient également contradictoires. La Cour a pris des informations supplémentaires et a examiné l'accès aux soins médicaux *in concreto* pour D. Récemment, le CCE s'est exprimé dans le même sens dans un dossier Dublin-Grèce⁶⁷ dans lequel le Conseil était d'avis qu'en se basant sur les informations générales sur la santé publique hellénique fournies par le consulat belge, l'OE ne tenait pas suffisamment compte de la situation spécifique d'un demandeur d'asile renvoyé dans le cadre de la procédure Dublin.

Recommandations :

- Prendre en considération toutes les informations, fournies par des sources fiables, sur la disponibilité des soins médicaux dans le pays responsable et en cas de contradiction entre les informations fournies par les ONG/médecins privés et par les ambassades belges/médecins fonctionnaires, éventuellement envisager des missions sur place en vue d'avoir des rencontres avec toutes les sources fiables, dans ces pays pour lesquels la Belgique effectue le plus de transferts.
- Prendre en considération la situation spécifique d'un demandeur d'asile renvoyé dans le cadre de la procédure Dublin dans l'évaluation de l'accès aux soins médicaux.

⁶⁶ Par exemple : dossier CBAR, confirmé par CCE, 43.701, 21 mai 2010.

⁶⁷ CCE, n° 44.722, 10 juin 2010. Dans le même sens CE n° 85.113, 7 février 2000, le refus d'une demande de régularisation médicale d'un enfant handicapé sur base de l'argument que le traitement pourrait être poursuivi au Congo, malgré les conclusions contradictoires des médecins et sans vérification, pourrait violer l'art. 3 CEDH.

1.2.2. Droit au respect de la vie familiale

Principes

L'article 7 de la Charte protège le respect de la vie privée et familiale⁶⁸ : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ». Cet article correspond à l'art. 8 CEDH qui énonce : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Il faut remarquer que, contrairement à l'article 8 CEDH, l'art. 7 de la Charte ne contient pas de paragraphe 2 stipulant : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Il est probablement prématuré d'en déduire que la Charte n'accepterait aucune exception au principe du respect de la vie privée et familiale et il faudra attendre les arrêts de la CJUE sur la thématique, dans la mesure où la Charte n'est devenu contraignant que depuis le 1^{er} décembre 2009. Pour avoir une idée de la portée de l'art. 7 de la Charte, il est intéressant d'examiner quelques arrêts de référence⁶⁹ de la Cour EDH sur les droits protégés par l'art. 8 dans le domaine du droit des étrangers. Le fil rouge dans l'examen d'une violation potentielle de l'art. 8 est la suivante : (1) la Cour examine d'abord s'il y a une vie familiale dans le sens de la Convention, (2) elle se demande s'il y a une ingérence de la part des autorités dans la vie familiale, (3) si cette ingérence est prévue par la loi, (4) dans un but légitime et (4) si l'ingérence est nécessaire pour protéger le but légitime (examen de proportionnalité). Malgré le fait que la plupart de ses arrêts ne concernent pas des demandeurs d'asile et que la Cour tient à une évaluation au cas par cas, il y a quand même certains principes intéressants à retenir de ces arrêts.

Premièrement, le seuil à atteindre pour pouvoir parler d'une vie familiale est bas quand il s'agit de la relation entre enfant et parent. La Cour EDH rappelle à cet égard « *qu'un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans cette relation ; partant dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de « vie familiale* »⁷⁰ ».

De plus, la Cour n'exige pas que le couple cohabite pour parler d'une vie familiale entre le parent et l'enfant dans le sens de l'art. 8 CEDH. Ainsi dans le cas *Berehab c. le Pays-Bas* la Cour dit : « *La Cour ne voit pas non plus dans la vie commune une condition sans laquelle on ne saurait parler de vie familiale entre parents et enfants mineurs. (...) La notion de famille sur laquelle repose l'article 8 (art. 8) a pour conséquence qu'un enfant issu de pareille union s'insère de plein droit dans cette relation ; partant, dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents, même si ces derniers ne cohabitent pas alors, un lien constitutif d'une « vie familiale »* » Dans cette affaire la Cour a jugé qu'il y avait violation de l'art. 8 car les possibilités du père divorcé d'entretenir des relations familiales avec sa fille, après un retour forcé par les Pays-Bas, étaient insuffisantes. Les conséquences de l'ordre de quitter le territoire étaient trop importantes pour le père et l'enfant proportionnellement au but légitime du gouvernement hollandais (politique d'immigration restrictive eu égard à leur forte densité de population). L'argument des Pays-Bas que la décision incriminée n'entraînerait pas nécessairement la rupture des relations entre l'enfant et son père car celui-ci pouvait demeurer en contact avec elle en

⁶⁸ Autres droits pertinents dans la matière de l'unité familiale : **Article 24 de la Charte**, sur les **droits de l'enfant**, qui dispose que « (...) « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (§2). « Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt » (§3)⁶⁸.

Art. 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶⁸ protège également le droit de l'enfant de vivre ensemble avec ses parents et l'art. 10⁶⁸ oblige les Etats parties de considérer toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat ou de le quitter dans le but d'une réunification familiale dans un esprit positif, avec humanité et diligence.

⁶⁹ Sont mentionnés comme arrêts de référence sur l'art. 8 dans le domaine du droit des étrangers dans X, *Grondwet, wetgeving staatshervorming en EVRM*, Brugge, Die Keure, 2006, : CEDH, 21 juin 1988, *Berehab v. The Netherlands* ; CEDH, 18 février 1991, *Mostaouim c. la Belgique* ; CEDH, 26 mars 1992, *Beljoudi c. France* ; CEDH, 7 août 1996, *Chorfi c. la Belgique* ; CEDH, 19 février 1996, *Gül c. Suisse* ; CEDH, 11 juillet 2000, *Ciliz c. Pays-Bas* ; CEDH, 2 août 2001 *Boulouf c. la Suisse* ; CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*.

⁷⁰ Voir arrêt CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas* et autres.

se rendant du Maroc aux Pays-Bas avec un visa temporaire, n'a pas été suivi par la Cour qui était d'avis qu'il s'agissait là d'une possibilité plutôt théorique, qui empêcherait des contacts réguliers, essentiels vu le jeune âge de l'enfant.

Enfin, la Cour EDH n'hésite pas à protéger les relations familiales entre les parents et un de leurs enfants, **même si la séparation temporaire à la base était due au choix des parents**. Dans l'affaire Sen c. Pays-Bas, la Cour a jugé qu'il y avait violation de l'art.8 CEDH, et indique « *il est vrai que ces derniers [les parents] ont choisi, après que Sinem [la fille aînée] a passé les trois premières années de sa vie avec sa mère, de laisser leur aînée en Turquie lorsque la deuxième requérante [la mère] est venue rejoindre son époux [le père] aux Pays-Bas (...)* Cette circonstance intervenue dans la prime enfance de Sinem ne saurait toutefois être considérée comme une décision irrévocable (...) et de ne garder avec elle que des liens épisodiques et distendus.⁷¹ »

Pratique de l'OE

Le CBAR est parfois confronté à des situations problématiques dans lesquelles les membres d'une même cellule familiale (couple + enfant(s) mineur(s)) ne sont pas traités de la même manière dans la procédure Dublin et risquent d'être séparés.

Exemple :

*Une demandeuse d'asile, arrivée avec un enfant mineur, voit sa demande transférée au CGRA. Comme elle est reconnue réfugiée en Pologne, le Règlement ne s'applique pas. Son époux, arrivé deux mois plus tard en Belgique, se trouve en centre fermé en vue d'une expulsion vers la Pologne, malgré le fait qu'il y ait un enfant mineur commun et malgré la grossesse de la femme, dont le lien parental entre l'enfant à naître et le mari en centre fermé n'est pas contesté. L'argumentation reprise dans l'annexe 26 quater⁷² et confirmée par le CCE consiste à dire que « la situation est **due à leur propre choix** », et que « étant donné que le couple n'est pas arrivé en Belgique en même temps, la personne **ne démontre pas qu'il y a encore une vie familiale** avec le conjoint et l'enfant car il y a eu une séparation volontaire pendant quelques mois. » De plus, le CCE dit que la décision « **ne contient pas d'interdiction absolue d'entrer sur le territoire belge et d'y séjourner, mais ne constate pas que la Pologne est responsable pour sa demande d'asile. La décision contestée n'a tout aussi peu comme effet que le requérant sera séparé de sa famille définitivement**⁷³. » La décision de maintien dans un lieu déterminé fait référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat en disant « De Raad van State oordeelde reeds herhaaldelijk dat de verdragsrechtelijke en wettelijke regels inzake gezins- en privéleven niet kunnen worden aangewend om aan de dwingende regels van binnenkomst, verblijf en vestiging in het rijk te ontsnappen ».*

Vu les principes issus de la jurisprudence de la Cour EDH exposés ci-dessus, l'on peut se demander si cette pratique de l'OE n'est pas contraire à l'art. 7 de la Charte en combinaison avec l'article 8 de la CEDH. Ainsi, selon la Cour, du point de vue de l'enfant, il existe toujours, dès la naissance, entre lui et ses parents un lien constitutif de « vie familiale », même s'il y a eu une séparation temporaire entre un des parents et son enfant et même si cette séparation est la conséquence du choix du couple. Deuxièmement, le fait qu'un des conjoints soit mis en détention en vue d'une expulsion, pourrait probablement être considéré comme une ingérence de la part des autorités. Troisièmement, à la question de savoir si l'ingérence est prévue par la loi, la réponse sera probablement affirmative car les autorités font une application du Règlement, transposé en droit belge. Le but légitime avancé par l'OE, c'est-à-dire la lutte contre l'*asylum shopping*, sera probablement aussi accepté par la Cour. Mais la question se pose de savoir si une ingérence telle que le conjoint n'aura que de manière purement théorique l'occasion d'entretenir ses relations familiales avec son enfant mineur et/ou n'aura pas l'occasion d'être présent à la naissance de son enfant est nécessaire dans une société démocratique, et passera le test de la proportionnalité. Dans l'exemple décrit ci-dessus, la Chambre des mises en accusation a libéré l'intéressé en se basant explicitement sur la violation de l'article 8 CEDH⁷⁴ et le

⁷¹ Voir arrêt CEDH, 21 décembre 2001, Sen c. Pays Bas, p. 11.

⁷² Dossier CBAR.

⁷³ CCE, 32.050, 25 septembre 2009.

⁷⁴ CMA Bruxelles, n° 4033 du 21 octobre 2009.

Conseil d'Etat a déclaré le recours contre l'arrêt du CCE admissible⁷⁵. Malgré le fait que cette décision d'admissibilité n'est pas motivée, l'on peut supposer que le Conseil d'Etat a aussi été sensible à l'argumentation sur l'unité familiale développée dans la requête.

Recommandation :

- Veiller à ce que l'unité de la cellule familiale soit respectée, en particulier en présence d'enfants mineurs, en utilisant la possibilité offerte par le Règlement de faire application de la clause de souveraineté, de la clause humanitaire, et dans le respect des considérants 6⁷⁶ et 7⁷⁷ du Règlement.

Conclusion sur la mise en œuvre du Règlement par l'OE : prise en compte des éléments relatifs à une possible violation de droits fondamentaux ?

L'appréciation de l'action de l'administration dans la matière ici analysée est difficile, et se fait automatiquement sous un angle négatif (c'est-à-dire sous celui des décisions de la Belgique de ne pas se déclarer responsable). En effet, lorsque la Belgique décide de se déclarer responsable alors que les critères du Règlement désignent un autre pays (décisions positives), elle ne prend pas de décision motivée. On ne sait en outre pas s'il y a réellement décision positive et par exemple, application de la clause humanitaire ou de souveraineté, ou si les délais d'un possible transfert sont simplement écoulés et que la Belgique n'a plus d'autre choix que d'examiner la demande.

De façon générale, on peut dire que dans un certain nombre de cas, l'OE va déjà au-delà d'un rôle purement administratif et a conscience de ce qu'une décision de transfert conforme aux critères du Règlement peut parfois entraîner une violation de droits fondamentaux. Dans ces cas, il arrive que la Belgique se déclare responsable. Cependant, l'on regrette que les entretiens Dublin soient encore trop rarement considérés comme des entretiens « protection », même en présence d'indications d'une éventuelle violation des droits fondamentaux, et que l'OE semble souvent limiter son examen à une possible violation du seul article 3 de la CEDH.

Par contre, le CBAR n'a pas connaissance de décisions d'où il ressort que l'administration tient directement compte d'autres normes qui s'imposent à elle dans la mise en œuvre du Règlement, tel que l'article 18 de la Charte. Au contraire, il semble que dans certains dossiers, les fonctionnaires ont apparemment confirmé au demandeur qu'il n'avait que peu de chances d'introduire une demande d'asile dans l'Etat membre concerné, sans néanmoins en déduire que la Belgique devait se déclarer responsable.

Recommandation :

- Veiller à la prise en compte de l'ensemble des droits fondamentaux, dont notamment le droit à l'asile, le droit au respect de la vie familiale et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, dans la mise en œuvre du Règlement de Dublin.

⁷⁵ CE, 5016, 13 novembre 2009. Dans le même sens : CCE 14.504 et 14505 du 26 juillet 2008, le CCE ne constate pas de violation de l'art. 8 CEDH à condition que tous les membres de la famille seront réunis en Pologne dans un laps de temps très restreint. La séparation ne peut avoir qu'un caractère très temporaire.

⁷⁶ Considération 6 Règlement: Il y a lieu de préserver l'unité des familles dans la mesure où ceci est compatible avec les autres objectifs poursuivis par l'établissement de critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile.

⁷⁷ Considération 7 Règlement: le traitement conjoint des demandes d'asile des membres d'une famille par un même Etat membre est une mesure permettant d'assurer un examen approfondi des demandes et la cohérence des décisions prises à leur égard ? Néanmoins, il importe que les Etats membres puissent déroger aux critères de responsabilité afin de permettre le rapprochement des membres d'une famille lorsque cela est rendu nécessaire pour des raisons humanitaires.

2. Contrôle de la mise en œuvre du Règlement exercé par le CCE

Il ne sera pas procédé ici à une analyse complète de la jurisprudence du CCE relative à la mise en œuvre du Règlement. Quelques aspects de celle-ci seront relevés afin de mettre en perspective la conséquence des problèmes potentiels identifiés dans la pratique de l'OE. Par ailleurs, nous nous demanderons dans quelle mesure le CCE prend correctement en compte l'ensemble du cadre normatif dont question dans la première partie de cette analyse.

2.1. Recours effectif et procès équitable ?

L'article 39/2 §2 de la loi de 1980 prévoit qu'en ce qui concerne les recours contre les décisions de l'OE, le CCE statue en annulation « *pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir* ». Autrement dit, il exerce un contrôle de légalité, par opposition à sa compétence de plein contentieux sur les recours contre les décisions du CGRA.

Ce recours doit être conforme aux exigences de l'article 13 de la CEDH (droit à un recours effectif). Il était par contre traditionnellement décidé que l'article 6.1 (droit à un procès équitable) ne s'appliquait pas dans le contentieux portant sur l'accès, le séjour et l'éloignement du territoire, car il s'agissait de contestations portant sur des droits politiques. Or, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a introduit un important changement à cet égard, en donnant à la Charte la même valeur que les traités. L'article 47 de cette Charte contient en effet des garanties équivalentes à celles de l'article 6.1 de la CEDH, mais ne les limite pas aux contestations sur des droits de nature civile ou en matière pénale. Il rend donc les garanties du procès équitable applicables à la mise en œuvre du Règlement.

Ceci pourrait avoir une incidence considérable sur le déroulement du contrôle exercé par le CCE, qui en cas de doute sur les implications concrètes de ce qui précède, devrait interroger la CJUE.

On peut par exemple se demander si l'actuel recours en annulation, simple contrôle de légalité et non de pleine juridiction, au cours duquel le CCE n'exerce qu'un contrôle minimal sur l'appréciation des faits tels qu'ils ont été établis par l'administration⁷⁸, répond bien à ces exigences. Une analyse détaillée de cette question dépasse cependant le cadre du présent document. Nous pouvons cependant déjà ici relever que le 17^{ème} considérant du projet de refonte de la Commission précise que « *Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le recours effectif devrait porter à la fois sur l'examen de l'application du présent règlement et sur l'examen de la situation de fait et de droit de l'État membre vers lequel le demandeur est transféré, afin de garantir le respect du droit international* ».

En conséquence, la proposition insère un **nouvel article 26** concernant les voies de recours et qui vise à assurer la conformité du Règlement avec les droits fondamentaux. Il précise que le demandeur « *dispose d'un droit de recours effectif devant une juridiction, sous la forme d'un recours contre la décision visée à l'article 25 (la notification de transfert) ou d'une révision, en fait et en droit, de cette dernière.* » Il précise que les Etats membres doivent accorder un délai raisonnable à l'intéressé pour l'exercer. Aucun transfert n'est exécuté tant que la juridiction n'a pas pris sa décision, et « *la décision de ne pas autoriser l'intéressé à rester sur le territoire de l'État membre concerné en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision est motivée.* »

Dans son commentaire⁷⁹ sur cet article, le HCR souligne que la proposition prévoit que :

⁷⁸ Pour mesurer l'étendue de ce contrôle, on peut citer une décision récente sur un recours en suspension en extrême urgence contre une décision 26 quater dans un dossier Dublin-Pologne: "*Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet bevoegd zijn beoordeling van de aanvraag in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen*" (RVV nr. 42 575 van 29 april 2010).

⁷⁹ UNHCR comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person ("Dublin II") (COM(2008) 820, 3 December 2008) and the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of

"Member States must also provide for "a reasonable period of time" during which the right to appeal may be exercised (Article 26(2)). Proposed Recitals 16 and 17 recall that the right to an effective remedy derives from and is defined in Community, international and regional law, including the Charter of Fundamental Rights and the case-law of the Strasbourg court.³² (32 Key reference cases regarding effective remedy under ECHR include, among others, *Jabari v. Turkey*, Application No. 40035/98, 11 July 2000 (ECtHR), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6dac.html>.)

While the automatic suspensive effect of Dublin transfers is not required, the proposals would oblige Member State authorities to examine within seven days whether the applicant shall have a right to remain pending the appeal; and in case of refusal, to provide reasons in writing (Articles 26(3) and (4)). UNHCR supports these proposals, which would enable an applicant to demonstrate why, in the circumstances of his/her particular case, transfer prior to an appeal decision may prejudice his/her legal rights. This provision reflects the jurisprudence of the European Court of Human Rights (33 *Conka v. Belgium*, Application No. 51564/99, 5 February 2002 (ECtHR), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3e71fdb4.html>; *Gebremedhin c. France*, Application No. 25389/05, 26 April 2007 (ECtHR), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46441fa02.html>) and the European Court of Justice.

Ce faisant, il faut tenir compte des problèmes exposés plus haut dans la manière dont les faits sont établis au cours des examens *Dublin*. On rappellera ainsi que ceux-ci sont établis sur base de déclarations faites par des demandeurs d'asile, souvent fraîchement débarqués d'un voyage éprouvant, qui pour la plupart ne comprennent pas bien les enjeux de l'entretien, et qui ne peuvent être assistés d'un avocat.

Lorsque les avocats complètent les déclarations de leurs clients par la suite (dans une lettre adressée à l'OE pendant l'examen *Dublin*, ou dans leur recours contre une décision 26 quater), le CCE tend à refuser de prendre en considération les éléments qui ne ressortent pas directement des déclarations du demandeur à l'administration, telles qu'elles sont actées au dossier administratif. Il considère en effet que ces éléments n'ont pas été avancés en temps utiles, ou qu'ils ne sont pas crédibles. Le CCE adopte même parfois cette position alors que l'avocat avance des éléments objectifs, généraux, établis par une documentation émanant de sources dont le sérieux n'est pas mis en cause et dont la crédibilité ne devrait pas dépendre des déclarations du demandeur lors de l'entretien.

Trois exemples issus de recours récents contre des décisions 26 quater :

1. Les problèmes mentionnés par l'avocat dans une lettre postérieure à l'entretien *Dublin* sont jugés peu crédibles, et le Conseil n'en tient pas compte :

« 2.31. In casu blijkt uit het administratief dossier dat verzoeker naar aanleiding van zijn gehoor op de Dienst Vreemdelingenzaken van 18 november 2009 had verklaard dat hij nooit eerder in een ander land asiel had aangevraagd. Zijn vingerafdrukken werden geregistreerd in Patmos op 21 december 2008. Op de vraag "Is er een specifieke reden waarom de asielzoeker precies in België een asielaanvraag wil indienen ?", antwoordde verzoeker het volgende: "Mijn plan was om asielaanvraag te doen in Groot-Brittannië. Zo was afgesproken met mijn smokkelaar. Toen hij me afzette en weg was, besepte ik dat ik in België was." (...) Het is pas ruim twee maanden na verzoekers binnenkomst op Belgisch grondgebied, met name in het schrijven van zijn raadvrouw van 5 januari 2010 waarin toepassing gevraagd wordt van de soevereiniteitsclausule uit artikel 3.2 van de Dublin-II-Verordening, dat voor het eerst gewag wordt gemaakt van bepaalde problemen in Griekenland met betrekking tot zijn detentiesituatie en het indienen aldaar van een asielaanvraag. De bewijswaarde van deze blote beweringen die voor het eerst in het schrijven van 5 januari 2010 worden geopperd is dan ook zeer beperkt en volstaat niet om aan te tonen dat er ernstige en zwaarwichtige gronden voorhanden zijn om aan te nemen dat hij een reëel risico loopt om onderworpen te worden aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of dat hij geen toegang zal hebben tot effectieve rechtsmiddelen. Er werd *prima facie* geen schending van de artikelen 3 en 13 van het EVRM aangetoond." RVV nr. 41 351, du 1^{er} avril 2010 (Recours en suspension en extrême urgence contre une décision 26 quater)

the European Parliament and of the Council concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation] (COM(2008) 825, 3 December 2008), pp. 16 et 17.

2. Les éléments avancés dans la requête en annulation ne sont pas pris au sérieux, car ils ne correspondent pas aux déclarations du demandeur lors de l'entretien Dublin, et qu'ils n'ont pas été portés en temps utile à la connaissance de l'autorité, c'est-à-dire avant la prise de décision. Or, il faut rappeler qu'avant la prise de décision, le demandeur et le conseil n'ont généralement pas connaissance du contenu du dossier administratif, ni même de ce qu'une demande de (re)prise va être effectuée (il s'agit pourtant de décisions affectant défavorablement le demandeur - voyez à ce sujet ce qui a été dit plus haut sur le principe de bonne administration) :

« 4.2.2. S'agissant en particulier des craintes invoquées dans la requête au sujet de la situation des demandeurs d'asile et des migrants en Espagne, force est de constater qu'il s'agit d'éléments que la partie requérante n'a jamais communiqués, sous une forme ou sous une autre, à la partie défenderesse avant qu'elle ne prenne l'acte attaqué, le compte-rendu d'audition du 4 juin 2009 révélant quant à lui, comme le rappelle l'acte attaqué, que le requérant déclarait avoir quitté l'Espagne « à cause des mauvaises conditions de vie. Il n'y avait pas de travail, nous n'avions pas de document de séjour », sans autres commentaires ni complément d'informations ultérieurs. Il en résulte que la partie défenderesse n'en avait aucune connaissance au moment de prendre sa décision, en sorte qu'il ne peut lui être reproché de ne pas en avoir tenu compte pour le traitement de sa demande.

Le Conseil rappelle à cet égard que les éléments qui n'ont pas été portés, en temps utile, à la connaissance de l'autorité, c'est-à-dire avant que celle-ci ne prenne sa décision, ne sauraient être pris en compte pour en apprécier la légalité, dès lors qu'il y a lieu, pour l'exercice de ce contrôle, de se replacer au moment même où l'acte administratif a été pris. » (CCE, n° 41 028 du 30 mars 2010, recours en suspension annulation)

3. Dans un dossier récent où la prise en charge était demandée à un pays où le demandeur n'avait, de notoriété publique, presque aucune chance d'introduire une demande ou de se voir accorder une protection internationale, ce que l'avocat rappelait, le conseil a jugé que :

“Verzoeker (...)verwijst in zijn verzoekschrift naar een reeks rapporten en standpunten waarvan hij meent dat ze aantonen dat hij niet de kans zal krijgen om asiel aan te vragen of dat zijn asielaanvraag er niet correct zal worden behandeld. Uit het administratief dossier blijkt dat bij het Dublin-interview expliciet aan verzoeker werd gevraagd of er een specifieke reden is waarom verzoeker precies in België een asielaanvraag wil indienen. Als antwoord werd het volgende genoteerd: “Neen, betrokkene had gevraagd naar een veilig Europees land. (...)” De Raad stelt aldus vast dat verzoeker nooit te kennen heeft gegeven dat hij in Griekenland moeilijkheden ondervond om een asielaanvraag in te dienen of dat hij er slecht werd behandeld. (...) De Raad kan niet anders dan vaststellen dat verzoeker nooit heeft vermeld dat hij moeilijkheden heeft ondervonden of zal ondervinden in Griekenland bij het indienen van een asielaanvraag of dat hij vreest dat zijn aanvraag er niet goed behandeld zou worden.” (RVV, nr. 41 482 du 9 avril 2010)

Le CBAR ignore si en l'espèce, le demandeur avait tenté d'introduire une demande d'asile dans ce pays. Par contre, au vu des problèmes décrits ci-dessus quant à la conduite des *entretiens Dublin*, même s'il l'avait fait, cette tentative n'aurait peut-être pas été abordée lors de l'entretien, ou n'aurait pas été retranscrite au dossier administratif.⁸⁰ Les demandeurs, non assistés, donnent alors souvent une réponse stéréotypée, du type « *la Belgique est un pays démocratique* », et n'expliquent pas les griefs relatifs au premier pays. Par conséquent, on peut s'interroger sur le caractère utile d'un recours où la juridiction n'examine pas la façon dont les faits ont été établis (et ils le sont de façon non contradictoire), et refuse de considérer les éléments présentés après l'établissement des faits par l'administration, afin de palier de possibles manquements. Dans cette appréciation, il faut tenir compte de l'absence d'avocat lors de l'entretien.

⁸⁰Pour rappel, la question figurant dans les formulaires est de savoir pourquoi la personne souhaite demander l'asile en Belgique, et non pourquoi elle ne souhaite pas qu'elle soit traitée dans le pays responsable en vertu des critères du Règlement.

2.2. Prise en compte de toutes les normes pertinentes lors du contrôle de légalité ?

On peut se demander dans quelle mesure le CCE prend en compte toutes les normes au vu desquelles il est tenu de vérifier la légalité des décisions de l'administration mettant en œuvre le Règlement. (Y compris la Charte, qui fait partie du droit primaire de l'Union, voyez la première partie). Cette question sera illustrée ici par rapport à l'article 18 de la Charte, qui consacre le droit d'asile (droit qui n'est pas garanti dans la CEDH, et pour lequel il n'existe donc pas de jurisprudence de la Cour de Strasbourg).

Dans un certain nombre de dossiers Dublin (en particulier Dublin Grèce), les demandeurs font alternativement valoir dans leur recours à l'encontre de décisions de les transférer vers l'Etat responsable selon les critères du Règlement qu'ils n'ont pas été en mesure de demander l'asile dans ce pays, qu'ils n'auraient que peu de chance d'introduire une demande d'asile s'ils y étaient renvoyés, ou que s'ils parvenaient à y demander l'asile, ils n'auraient virtuellement aucune chance de se voir accorder une protection internationale (moyens liés à l'article 18 de la Charte). Par ailleurs, ils avancent aussi souvent qu'ils pourraient y subir des traitements inhumains ou de la torture (moyens liés à l'article 3 de la CEDH).

Dans les cas Dublin-Grèce en tout cas, les arguments liés à l'article 18 de la Charte sont *a priori* sérieux, et ils sont corroborés par de nombreux rapports connus tant de l'administration que du CCE. Le CCE reconnaît d'ailleurs plus ou moins ouvertement la réalité des faits sur lesquels ils se fondent. Il se contente cependant dans ses arrêts, de contrôler la légalité du transfert par rapport à une possible violation de l'article 3 de la CEDH, en se référant aux exigences de risque et de preuve posées par la jurisprudence de Strasbourg. L'appréciation qu'en fait le CCE est d'ailleurs fort débattue⁸¹, et fera bientôt l'objet d'un arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (n° 30696/09).

L'arrêt⁸² 40965 rendu le 26 mars 2010 par le CCE en assemblée générale l'illustre bien. Le CCE y analyse un moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation de l'article 3 de la CEDH, et du principe général de droit de bonne administration qui impose à l'administration d'agir avec soin et minutie dans la préparation d'une décision administrative, en ce que l'administration considère que la Grèce serait tout à fait apte à examiner la demande d'asile. En réalité, le CCE semble n'analyser le moyen que sous l'angle de l'article 3 de la CEDH.

Le CCE rappelle que le Règlement prévoit que chaque demande d'asile doit être examinée par un seul Etat membre, déterminé conformément aux critères objectifs qu'il fixe. Néanmoins, l'interdiction de renvoyer un étranger vers un pays où il sera soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH demeure, « *lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH. Dans ces conditions, l'article 3 de la CEDH implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (voir Cour EDH, Y v. Russie, 4 décembre 2008, § 75, et les arrêts auxquels il est fait référence; adde EHRM, Müslim v. Turquie, 26 avril 2005)* ».

Le CCE rappelle ensuite la jurisprudence de la Cour EDH en la matière, puis applique les principes que l'ont peut tirer de cette jurisprudence dans le cas d'espèce. Il conclut :

« 4.3.1.4. S'agissant de la Grèce (...) la partie requérante fait état d'un rapport du HCR, qui recommande aux Etats membres de l'Union européenne de limiter le renvoi de demandeurs d'asile en Grèce dans le cadre du Règlement Dublin II. La partie requérante joint à sa requête la tierce intervention du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, devant la Cour européenne des droits de l'homme, datée du 10 mars 2010, et cite ses conclusions (requête, pièce 4).

⁸¹ Les juridictions de l'ordre judiciaire semblent en tout cas avoir une appréciation bien différente de la situation qui prévaut en Grèce et de sa conséquence quant au respect par la Belgique de ses engagements découlant des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en cas de transfert d'un demandeur d'asile vers ce pays. Elles procèdent ainsi régulièrement à des mises en liberté au motif que le transfert d'un demandeur d'asile vers la Grèce violerait l'article 3 de la CEDH (pour un exemple récent, voyez Brussel (mis. acc.), 1^{er} avril 2010, inédit).

⁸² Au sujet de ces arrêts, voir aussi, "Transferts des candidats d'asile en Grèce, le courage de dire le droit", Tristan Wibault, RDE, n° 157, pp.48-52.

Il ressort, prima facie, de ces documents officiels que la question de l'accès des demandeurs d'asile à une procédure équitable et conforme aux normes européennes en Grèce est à tout le moins préoccupante.

Toutefois, le simple fait que la procédure d'asile mise en place dans un Etat membre de l'Union européenne est défailante, ne suffit pas à établir que l'éloignement de la partie requérante vers cet Etat constitue une violation de l'article 3 de la CEDH. En effet, l'éloignement de la partie requérante vers son pays d'origine, par l'Etat belge ou par un pays intermédiaire vers lequel l'Etat belge l'aurait éloignée, ne constitue pas en soi une violation de cette disposition. Une telle violation ne peut être alléguée qu'à la condition qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la partie requérante encourt un risque réel d'être soumise à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants dans son pays d'origine ou dans tout autre pays vers lequel elle serait éloignée.

L'éloignement d'un demandeur d'asile vers l'Etat responsable de l'examen de sa demande d'asile par l'Etat belge en application de l'article 3.1. du Règlement Dublin II, ne pourrait constituer une violation de l'article 3 de la CEDH qu'à la double condition que l'intéressé démontre, d'une part, qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il encourt un risque réel de subir la torture ou des traitements inhumains ou dégradants dans son pays d'origine ou dans tout autre pays et, d'autre part, qu'il ne bénéficierait pas d'une protection contre le non-refoulement vers ce pays dans l'Etat intermédiaire responsable de l'examen de sa demande d'asile. » .

Le CCE a uniquement contrôlé la validité de l'acte attaqué par rapport à l'article 3 de la CEDH, en se référant à la jurisprudence de Strasbourg. Cette dernière impose classiquement un niveau de preuve et de risque très élevé pour conclure à une violation, à savoir « *des motifs sérieux et avérés de croire que la partie requérante encourt un risque réel...* ». Le fait que, selon le CCE lui-même, « *la question de l'accès des demandeurs d'asile à une procédure équitable et conforme aux normes européennes en Grèce est à tout le moins préoccupante* », ainsi que « *le simple fait que la procédure d'asile mise en place dans un Etat membre de l'Union européenne est défailante* » ne suffit pas selon le CCE à atteindre le seuil requis pour une violation de l'article 3 de la CEDH.

Or, d'autres questions se posent dans de tels dossiers, tels que :

- **Un transfert entrainerait-il violation du droit garanti par l'article 18 de la Charte dans le chef du demandeur ?**

Si « *la question de l'accès des demandeurs d'asile à une procédure équitable et conforme aux normes européennes en Grèce est à tout le moins préoccupante* », et « *la procédure d'asile mise en place dans un Etat membre de l'Union européenne est défailante* », il paraît établi qu'un renvoi d'un demandeur d'asile vers la Grèce viole le droit à l'asile garanti par l'article 18 de la Charte (voyez ci-dessus). En effet, le risque est ici avéré puisqu'il concerne tout demandeur d'asile pour lequel la Grèce est responsable. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 3, l'on peut écrire ***qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la partie requérante encourt un risque réel*** de voir son droit à l'asile violé en Grèce.

Deux précisions doivent toutefois être apportées à ce constat :

- le droit consacré à l'article 3 est absolu, ce qui justifie pour partie la jurisprudence de la Cour EDH à son égard. Le droit consacré à l'article 18 ne l'est probablement pas, et peut donc vraisemblablement faire l'objet de limitations (prévues par la loi, poursuivant un but légitime, et conforme au principe de proportionnalité).

- à notre connaissance, l'article 18 de la Charte n'était pas invoqué dans l'affaire commentée ci-dessus, et nous n'avons pas connaissance d'autres affaires où il était invoqué spécifiquement. La question se pose donc de savoir si le CCE peut s'y référer *proprio motu*, notamment si la disposition n'est pas visée, mais que la violation du droit à l'asile est décrite en substance.

- **Le Règlement est-il valide au vu de cet article, qui lui est supérieur dans la hiérarchie des normes, ou doit-il être interprété d'une certaine façon dans certaines circonstances pour être valide ?**

Au vu de ce qui précède, il nous semble que la question doit être posée, et que seule la CJUE est compétente pour y répondre. Il serait donc souhaitable que le CCE interroge la CJUE à ce sujet.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le Règlement de Dublin vise à permettre une détermination rapide de l'État membre responsable du traitement d'une demande d'asile, afin, en théorie, de garantir un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié. Dans sa mouture actuelle, il règle effectivement de façon efficace la détermination de l'Etat responsable. Il n'organise par contre pas la marche à suivre si le système de détermination de l'Etat membre responsable n'a pas pour effet, malgré l'objectif annoncé, de garantir un accès effectif aux procédures, ou si ces procédures ne répondent pas aux standards fixés par le droit de l'Union européenne, ou encore si sa mise en œuvre entraînerait la violation des droits fondamentaux des demandeurs d'asile. (Comme nous l'avons vu, la Commission a rectifié le tir dans une proposition de refonte du Règlement). De telles hypothèses se présentent cependant parfois.

Or, l'Union européenne étant une union de droit, le Règlement n'existe pas en vase clos. Nous avons ainsi vu que, depuis le 1^{er} décembre 2010, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a valeur de droit primaire de l'Union, le droit secondaire, tel que le Règlement, devant lui être conforme. Cette Charte comprend notamment un article 18, droit d'asile, dont on peut soutenir qu'il fait naître un droit subjectif à l'asile, même si sa portée exacte reste discutée.

Nous avons analysé certains aspects de la pratique de l'administration belge en charge de l'*examen Dublin*, l'OE, qui pourraient être un obstacle à une bonne prise de décision, tenant compte de tous les éléments pertinents du dossier de demandeurs d'asile. Ainsi, nous avons identifié certaines raisons risquant d'empêcher que des problèmes relatifs aux droits fondamentaux soient pris en considération par l'OE. Nous avons émis certaines recommandations pratiques pour y remédier. Enfin, sans analyser en détail la jurisprudence du CCE, nous avons montré certaines raisons pour lesquelles elle ne permettait pas, à l'heure actuelle, de palier les éventuelles carences au cours de la procédure administrative (et nous nous sommes demandé si elle constituait un recours effectif devant un tribunal indépendant).

Nombre des points que nous avons soulevés posent donc la question de la conformité du Règlement de Dublin, tel que mis en œuvre actuellement, avec le droit primaire de l'Union, et du respect, pour les demandeurs d'asile des droits fondamentaux sur lesquels l'Union est fondée. Ces questions devraient être posées à la CJUE au plus vite.

DEEL TWEE:

MEERVOUDIGE ASIELAANVRAGEN: 'NIEUWE GEGEVENS'?

Toepassing van artikel 51/8 Vreemdelingenwet getoetst
aan de EU-Procedurerichtlijn en het grondwettelijk kader

INLEIDING

In de afgelopen jaren is een duidelijke stijging merkbaar van het aantal meervoudige asielaanvragen. In 2006 maakte het aantal meervoudige aanvragen 18,87% van alle asielaanvragen uit, in 2007 25,12%, in 2008 27,26% en in 2009 24,73%.⁸³ Zowel de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties (hierna UNHCR) als de Europese Commissie stellen vast dat de verhoogde werklast die dit voor de asielinstanties met zich meebrengt, een risico voor de kwaliteit van de besluitvorming in asielprocedures in zich houdt. Terwijl het fenomeen zeker ook wijst op misbruik door asielzoekers van het asielsysteem, is het minstens ook een indicatie van tekortkomingen in de asielprocedure om succesvol de beschermingsnoden te identificeren.⁸⁴

Afhankelijk van hoe asielinstanties een tweede of volgende asielaanvraag van dezelfde persoon behandelen, kan aan beide problemen afdoende verholpen worden. Het opzet van deze beknopte analyse is precies na te gaan hoe de Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ) met het fenomeen omgaat binnen de richtlijnen die haar opgelegd worden door Europese en Belgische regelgeving en rechtspraak.

⁸³ Bron: CGVS, *Asielstatistieken mei 2010*, 2 juni 2010,

http://www.cgvs.be/nl/binaries/BASISNOTA%20ASIELSTAT%20mei10%20N%20%28extern%29_tcm127-101493.pdf

vgl. blz. 3 (enkelvoudige aanvragen – bron DVZ) met blz. 4 (totale aantal, inclusief meervoudige, aanvragen). Respectievelijk betreft het in absolute cijfers: 2187 meervoudige aanvragen in 2006; 2792 in 2007; 3340 in 2008 en 4250 in 2009. Er zijn geen afzonderlijk cijfers beschikbaar over tweede, derde, vierde, enz. aanvragen. Voor de eerste vijf maand van 2010 is een verdere daling merkbaar (1216 meervoudige aanvragen tussen januari en mei 2010, 16,96% van het totale aantal asielaanvragen). Dit is zonder twijfel te wijten aan de maatregelen ter beperking van het recht op opvang vanaf de derde asielprocedure, maar geeft geen enkele relevante indicatie over wie daarmee de toegang tot de procedure ontzegt wordt: diegenen die misbruik van het systeem maakten of diegenen die beschermingsbehoevend zijn.

⁸⁴ Eu. Comm, *Commission Staff working document accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing international protection - Impact Assessment*,

http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2009/sec_2009_1376_en.pdf

blz. 20: "Data point to a link between the quality and robustness of first instance examinations and the overall efficiency of procedures. MS [Member States] have been increasingly confronted with repeated claims. In 2008, subsequent applications amounted to 36.4% in CZ, 28.5% in BE, 20.7% in GE, 15.4% in PL and 12.3% in NL. Abusive claims are definitely part of this phenomenon and MS have reported difficulties in implementing relevant procedures. Causes of subsequent applications are also rooted in omitted and poorly conducted personal interviews, insufficient awareness of rights and obligations and lack of ex nunc examinations at first instance".

UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Key Findings and Recommendations* – Section 14: Subsequent applications, maart 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bab5572.html>

blz. 4-5: "In recent years, the number of subsequent asylum applications has become a matter of serious concern in a number of EU Member States. Such applications obviously place additional administrative burdens on the competent authorities as they increase the caseloads of asylum bodies and may affect the proper functioning of the asylum system in general. Whereas the issue of subsequent asylum applications is often addressed from the perspective of "abuse of the asylum system" or failing return policies, it is clear that the growing percentage of subsequent applications in the EU may also be indicative of the failure of asylum systems to effectively identify protection needs during the first procedure."

I. WETTELIJK KADER

Al in 1993 treedt de Belgische wetgever op tegen het zogenaamde proceduremisbruik door toevoeging van een derde en vierde alinea aan het toenmalige artikel 50 (huidige artikel 51/8) van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna de 'Vreemdelingenwet'), waardoor de DVZ kan beslissen een identieke asielaanvraag door dezelfde persoon niet in overweging te nemen tenzij hij nieuwe elementen kan voorleggen. De *ratio legis* van die bepaling is duidelijk:

*“Tevens wordt afgerekend met een specifieke vorm van **proceduremisbruik**, die hierin bestaat dat meerder aanvragen worden ingediend. Het systeem van indienen van meerdere aanvragen kan aldus worden vermeden. Wanneer de aanvraag zonder verder gevolg wordt verklaard, treedt de aanvrager niet in de vluchtelingenprocedure. [...]”*

*Het is de bedoeling te **vermijden dat een vreemdeling zijn verblijf op een kunstmatige wijze verlengt** door voor een tweede of volgende keer een aanvraag in te dienen, nadat een afgesloten onderzoek heeft aangetoond dat hij niet in aanmerking komt voor erkenning als vluchteling. Het gaat dus om vreemdelingen die vroeger reeds een aanvraag hebben ingediend en die de mogelijkheid hebben gehad om tegen een weigering in beroep te gaan. De weigering overeenkomstig artikel 50, alinea 3, kan worden beschouwd als een weigering om een zaak met dezelfde partijen en met hetzelfde voorwerp een tweede keer te onderzoeken. [...]”⁸⁵*

In 2005 neemt de Europese Raad de Richtlijn 2005/85/EG betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (hierna de 'Procedurerichtlijn') aan waarin o.m. een procedureel minimum kader verplichtend aan de lidstaten wordt opgelegd waarbinnen ze meervoudige asielaanvragen aan een voorafgaand onderzoek kunnen onderwerpen en beslissen ze niet verder ten gronde te onderzoeken. Het wettig doel is ook hier misbruiken tegen te gaan.⁸⁶ Artikel 34(2) van de Procedurerichtlijn legt de lidstaten wel een belangrijke ondergrens bij het weigeren van asielaanvragen op om te vermijden dat vluchtelingen uitgesloten zouden kunnen worden van internationale bescherming om puur formele redenen:

*“De regels mogen de **toegang** voor asielzoekers tot een nieuwe procedure niet onmogelijk maken en evenmin leiden tot **daadwerkelijke ontzegging of vergaande inperking** van een dergelijke toegang.”*

In 2006 wordt de Belgische asielprocedure grondig hervormd door de wetgever. De ontvankelijkheidsfase wordt afgeschaft en de bevoegdheden van de DVZ in asielzaken worden grondig ingeperkt tot die van een 'administratieve ondersteuning'⁸⁷, en het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS) wordt als enige bevoegd om de (kennelijke) gegrondheid van asielaanvragen te onderzoeken en te beoordelen.⁸⁸ O.m. de kennelijke ongegrondheid van een

⁸⁵ Parl. St., Senaat, 1992-1993, nr. 555-1, blz. 8-9

⁸⁶ Preambule Procedurerichtlijn, overweging (15):

*“Indien een asielzoeker een volgend verzoek indient **zonder nieuwe bewijzen of argumenten** voor te leggen, zou het onevenredig zijn de lidstaten te verplichten een volledige nieuwe onderzoeksprocedure te volgen. In dat geval moeten de lidstaten kunnen kiezen uit procedures die uitzonderingen bevatten op de waarborgen waarop de asielzoeker gewoonlijk recht heeft.”*

⁸⁷ Zie ook in het eerste deel van deze analyse, de « administratieve » rol van de DVZ in het Dublin-onderzoek.

⁸⁸ Parl. St., Kamer, 2005-2006, DOC 51-2478/001, blz. 99-100:

“[...] de rol van de Dienst Vreemdelingenzaken die inzake asielaanvragen nog slechts een administratieve ondersteuning biedt: zo wordt de asielaanvraag die ingediend werd bij de bevoegde overheden in ontvangst genomen, wordt er aan de hand van de vragenlijst de identiteit, herkomst en de reisweg van de vreemdeling vastgesteld, waarbij nagegaan wordt of er toepassing dient gemaakt te worden van de artikelen 51/5, 51/8 en 52/4, worden de stukken die de vreemdeling overmaakt in ontvangst genomen en wordt er aan de hand van een vragenlijst een verklaring van de asielzoeker afgenomen ter voorbereiding van het verhoor bij de CGVS.”

aanvraag kan dus niet meer ingeroepen worden door de DVZ om haar onontvankelijk te verklaren. Opvallend is dat die bevoegdheidsherverdeling niet tot in zijn uiterste consequenties doorgetrokken wordt waardoor de DVZ in bepaalde situaties toch nog een beperkte zeggenschap blijft behouden over de beoordeling van de feiten en de grond van een asielaanvraag, zoals bvb. in het geval van meervoudige aanvragen.⁸⁹ Nog opvallender is dat de grote hervorming in het geheel nauwelijks aandacht lijkt te besteden aan de omzetting van de Procedurerichtlijn.⁹⁰

In artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet (het vroegere artikel 50, alinea 3 en 4) worden m.b.t. meervoudige asielaanvragen louter technische wijzigingen doorgevoerd, waardoor o.m. de bevoegdheid van de Raad van State (RvS) naar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) wordt overgedragen voor de behandeling van een annulatieberoep tegen een beslissing tot niet in overwegingname van een nieuwe asielaanvraag. De voorbereidende werken geven aan *“dat voor de rest aan de draagwijdte en motieven van deze bepaling, zoals gelezen door het Arbitragehof, wordt niets gewijzigd (Arbitragehof, nr. 61/94, 14 juli 1994, B.S. 9 augustus 1994, [...])”*.⁹¹ Merkwaardig genoeg werd ondanks het feit dat de Procedurerichtlijn de criteria omschrijft waaronder een meervoudige asielaanvraag een nieuwe behandeling ten gronde verdiend, in de Belgische wet geen inhoudelijk wijziging aan de betreffende bepaling aangebracht.

In de rand van haar arrest 81/08, waarin het gevraagd werd zich uit te spreken over de volwaardigheid van het rechtsmiddel dat openstaat tegen een beslissing van de DVZ om een asielaanvraag niet in overweging te nemen, legt het Grondwettelijk Hof ook de draagwijdte vast van artikel 51/8 na de doorgevoerde hervorming:

*“De Ministerraad is van oordeel dat het bestreden artikel 192 [van de Wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen] enkel ertoe strekt in artikel 51/8, tweede lid, van de wet van 15 december 1980, de woorden « Raad van State » te vervangen door de woorden « Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ». Die louter technische aanpassing brengt, behoudens de vervanging van het bevoegde rechtscollege, geen enkele wijziging van de draagwijdte van de betreffende bepaling mee, zodat de interpretatie die het Hof in zijn arrest nr. 61/94 heeft gegeven, onverkort blijft gelden. Overigens heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen die interpretatie tot de zijne gemaakt, zoals uit het arrest nr. 133 van de Raad van 16 juni 2007 blijkt.”*⁹²

*“Bijgevolg geldt de interpretatie die het Hof in zijn voormelde arresten nrs. 61/94 en 83/94 aan het vroegere artikel 50, derde en vierde lid, van de wet van 15 december 1980 heeft gegeven, evenzeer ten aanzien van het nieuwe artikel 51/8 van de wet van 15 december 1980. [...] Artikel 51/8 van de wet van 15 december 1980, waarvan het tweede lid door het bestreden artikel 192 is gewijzigd, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet, onder voorbehoud dat artikel 51/8 van de wet van 15 december 1980 aldus wordt geïnterpreteerd dat het slechts op een louter bevestigende beslissing van de minister of zijn gemachtigde van toepassing is.”*⁹³

“De wijzigingen die aangebracht worden in artikel 52 houden verder verband met de afschaffing van de mogelijkheid van de Dienst Vreemdelingenzaken om asielaanvragen te behandelen: het behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen (CGVS) om in eerste aanleg de asielaanvragen te behandelen en om deze eventueel om motieven opgesomd in artikel 52, na een onderzoek van het dossier in zijn globaliteit, af te wijzen. Aan de weigeringsmotieven op zich wordt niets gewijzigd.”

⁸⁹ M. LEMMENS en J. ROGGEN, ‘De hervorming van de asielprocedure anno 2006: een verbetering van de rechtspositie?’, in T.V.R. 2007, nr.1, blz. 12, randnr. 30.

⁹⁰ M-C. FOBLETS, D. VANHEUELE en S. BOUCKAERT, ‘De nieuwe asielwetgeving: het Belgische asielrecht kleurt Europeser’, in R.W. 2006-07, nr. 23, blz. 951.

⁹¹ Parl. St., Kamer, 2005-2006, DOC 51-2479/001, blz. 141-142.

⁹² GWH, arrest nr. 81/08 van 27 mei 2008, <http://www.const-court.be>, blz. 10;

⁹³ Idem, blz. 84.

De interpretatie van artikel 51/8 (het toenmalige artikel 50, alinea 3 en 4) in de arresten van het (toenmalige) Arbitragehof waarnaar verwezen wordt, en die als de enige grondwettelijke beschouwd wordt, luidt als volgt:

“De wetgever heeft aldus beoogd een specifieke vorm van misbruik van procedure, het systeem van herhaalde identieke verklaringen, uit te schakelen.

Daartoe heeft hij de vordering tot schorsing bij de Raad van State uitgesloten in de gevallen waarin de vreemdeling:

- a) reeds vroeger een verklaring om zich als vluchteling te laten erkennen heeft afgelegd, verklaring die na onderzoek niet in aanmerking is genomen; en*
- b) de mogelijkheid heeft gehad om tegen die weigering in beroep te gaan en alle rechtsmiddelen uit te putten; en*
- c) een identieke verklaring aflegt zonder enig nieuw gegeven aan te voeren.*

Nieuwe gegevens in de zin van de bestreden wetsbepaling zijn gegevens die « betrekking hebben op feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na de laatste fase in de procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen aanbrengen ».

[...].

*Als de vreemdeling nieuwe gegevens aanvoert, maar de bevoegde Minister of diens gemachtigde oordeelt dat zij niet van die aard zijn dat daardoor een gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 wordt aangetoond, is artikel 50, derde en vierde lid [51/8], niet van toepassing.*⁹⁴

Dit betekent m.a.w. dat de DVZ zich wel mag uitspreken over de ‘nieuwheid’ van een door de asielzoeker aangevoerd gegeven, maar zich ervan moet weerhouden te oordelen over de mate waarin het al dan niet relevant is om de vervolgingsvrees of het reëel risico (sinds de invoering van de subsidiaire bescherming als tweede beschermingsstatuut) aan te kunnen tonen. Waar DVZ tot 2006 nog over de mogelijkheid beschikte in dergelijke gevallen de aanvraag onontvankelijk wegens kennelijk ongegrond af te wijzen, lijkt de grondwettelijke interpretatie tot gevolg te hebben dat ze zich er nu volledig van moet onthouden de *grond* van de asielaanvraag in haar beslissing tot het al dan niet in overweging nemen van een meervoudige asielaanvraag te betrekken.

Het opzet van deze analyse is op basis van de praktijkervaring van het BCHV na te gaan in hoeverre de Belgische asielpraktijk m.b.t. de toepassing van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet door de DVZ zich inpast in het bestaande wettelijk kader van enerzijds de Europese Procedurerichtlijn en anderzijds de grondwettelijke interpretatie en de *ratio legis* van de wetsbepaling. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan het feit of en in welke mate rechtscolleges dit als dusdanig afdwingen van de DVZ.⁹⁵ Indien nodig geacht, is het BCHV zo vrij ter conclusie een enkele aanbeveling te formuleren ter verbetering van de praktijk.

Als operationele partner van UNHCR, vestigt het BCHV daarnaast ook de aandacht op internationaalrechtelijke verplichtingen van België op basis van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen (het ‘Verdrag van Genève’) en de gezaghebbende interpretatie die UNHCR eraan geeft en die beiden onderschreven worden in Procedurerichtlijn.⁹⁶

⁹⁴ Arbitragehof, arrest nr. 61/94, blz. 28-29 en arrest nr. 83/94, blz. 6-7, <http://www.const-court.be>

De term ‘louter bevestigende beslissing’ is een terminologie die nog gebaseerd is op de indeling van de asielprocedure voor 2006 in twee fasen: de ontvankelijkheids- en de gegrondheidsfase. Misschien zou men beter spreken van een ‘loutere weigering van inoverwegingname wegens het ontbreken van nieuwe gegevens’.

⁹⁵ Bij gebrek aan gemotiveerde formele beslissingen tot inoverwegingname van de DVZ heeft onze analyse zich hoofdzakelijk toegelegd op ‘weigeringen tot in overwegingname van een asielaanvraag’ (bijlagen 13quater).

⁹⁶ Preambule Procedurerichtlijn, overweging (2) en artikel 21 Procedurerichtlijn.

II. CRITERIA VOOR HET IN AANMERKING NEMEN VAN MEERVOUDIGE ASIELAANVRAGEN

Het huidige artikel 51/8 luidt als volgt:

*“De minister of diens gemachtigde kan beslissen de asielaanvraag **niet** in aanmerking te nemen wanneer de vreemdeling **voorheen reeds dezelfde aanvraag** heeft ingediend bij een door de Koning aangeduide overheid in uitvoering van artikel 50, eerste lid, en hij geen **nieuwe gegevens** aanbrengt dat er, wat hem betreft, **ernstige aanwijzingen** bestaan van een gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Verdrag van Genève, zoals bepaald in artikel 48/3, of ernstige aanwijzingen bestaan van een reëel risico op ernstige schade zoals bepaald in artikel 48/4. De nieuwe gegevens moeten betrekking hebben op feiten of situaties die zich hebben **voorgedaan na de laatste fase in de procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen aanbrengen.**”*

Artikel 32 van de Procedurerichtlijn geeft de lidstaten de mogelijkheid een specifieke voorafgaande procedure uit te werken om te beslissen over de inontvangstname van een nieuwe asielaanvraag en omschrijft aan welke criteria dergelijke aanvraag daarbij getoetst moet worden om daarover te kunnen beslissen:

*“[...] 2. Voorts **kunnen** de lidstaten een specifieke procedure zoals bedoeld in lid 3 toepassen wanneer een persoon een volgend asielverzoek indient:*

a) nadat het vorige verzoek werd ingetrokken of ervan is afgezien op grond van artikel 19 of 20, b) nadat een beslissing is genomen over het vorige verzoek. De lidstaten kunnen tevens beslissen deze procedure niet eerder toe te passen dan nadat een definitieve beslissing is genomen.

*3. Een volgend asielverzoek moet eerst aan een voorafgaand onderzoek worden onderworpen om uit te maken of er, sinds de intrekking van het vorige verzoek of na de in lid 2, onder b), bedoelde beslissing inzake dit verzoek, **nieuwe elementen of bevindingen** aan de orde zijn of door de asielzoeker zijn voorgelegd in verband met de behandeling van de vraag of hij voor erkenning als vluchteling in aanmerking komt overeenkomstig Richtlijn 2004/83/EG.*

*4. Indien na het in lid 3 bedoelde voorafgaande onderzoek nieuwe elementen of bevindingen aan de orde zijn of door de asielzoeker zijn voorgelegd **die de kans aanzienlijk groter maken dat de asielzoeker voor erkenning als vluchteling in aanmerking komt** krachtens Richtlijn 2004/83/EG, wordt het verzoek verder behandeld overeenkomstig hoofdstuk II.*

5. De lidstaten kunnen overeenkomstig hun nationale wetgeving een hernieuwd verzoek verder behandelen wanneer er andere redenen zijn om een procedure te heropenen.

*6. De lidstaten **kunnen** besluiten het verzoek enkel verder te behandelen indien de betrokken asielzoeker **buiten zijn toedoen** de in de leden 3, 4 en 5 beschreven situaties in het kader van de vorige procedure niet kon doen gelden, in het bijzonder door zijn recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel krachtens artikel 39 uit te oefenen.*

[...]”

Beide bepalingen leggen gelijkaardige voorwaarden op, die qua terminologie evenwel opvallend verschillen. De kern lijkt te zijn dat een volgende asielaanvraag niet identiek mag zijn aan de vorige (zie ook artikel 25(2)f van de Procedurerichtlijn) en dat het criterium om dat vast te kunnen stellen, is na te gaan of de asielzoeker al dan niet iets ‘nieuws’ aandraagt. Over wat precies ‘nieuw’ moet zijn en over welke karakteristieken het moet beschikken, lijken de teksten sterk uiteen te lopen. De vraag is dan ook meteen of de interpretatie die DVZ eraan geeft in overeenstemming te brengen is met de Europese bepaling.

Er kunnen alvast in beide bepalingen drie soorten voorwaarden onderscheiden worden waaraan een meervoudige asielaanvraag moet beantwoorden alvorens ten gronde onderzocht te kunnen worden. Alle drie bepalen ze nader welke karakteristieken de ‘nieuwe gegevens’ moeten vertonen om de in overwegingname van een nieuwe asielaanvraag te verantwoorden:

1. 'Nieuw' zijn

Ten eerste moet bij een meervoudige asielaanvraag dus iets 'nieuws' voorgelegd worden, in de zin dat het **nog niet eerder aan de asielinstanties is voorgelegd**. Wat dat precies allemaal kan inhouden is minder eenduidig: de wet heeft het over nieuwe 'gegevens' en de Procedurerichtlijn over nieuwe 'elementen of bevindingen'.

De DVZ lijkt in haar beslissingen nieuwe asielaanvragen die louter op nieuwe *verklaringen* gebaseerd zijn systematisch niet in overweging te nemen. Toch worden beslissingen in dergelijke gevallen gemotiveerd aan de hand van de gebrekkige bewijskracht die van 'loutere beweringen' uitgaat en/of het feit dat dit al bij de vorige asielaanvraag had kunnen opgeworpen worden.⁹⁷ Dergelijke argumentering is eerder gebaseerd op een inschatting van de andere voorwaarden (zie hieronder), en lijkt er alvast van uit te gaan dat het nieuwe gegeven ook bewijskrachtig moet zijn of dat er een 'begin van bewijs' voor afgeleverd moet worden. Hoewel noch het begrip 'gegevens', noch het begrip 'elementen of bevindingen' op zichzelf verklaringen lijken uit te sluiten, is het moeilijk vast te stellen of er inderdaad asielaanvragen louter op basis daarvan in aanmerking genomen worden.

2. Een 'ernstige aanwijzing' uitmaken

Vervolgens moet het nog niet eerder aan de asielinstanties voorgelegde gegeven volgens de Belgische wet *"een ernstige aanwijzing uitmaken van een gegronde vrees voor vervolging of reëel risico op ernstige schade"*, en conform de Richtlijn enkel *"de kans aanzienlijk groter maken dat de asielzoeker voor erkenning als vluchteling in aanmerking komt krachtens Richtlijn 2004/83/EG"*.⁹⁸

Terminologie

Het verschil in bewoording is opvallend en lijkt onoverkomelijk een onderscheid tot gevolg te hebben tussen wat volgens artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet en wat volgens artikel 32 van de Procedurerichtlijn als 'nieuw' beschouwd wordt en het in aanmerking nemen van een meervoudige aanvraag verantwoordt. Louter op basis van de woordelijke betekenis lijkt een gegeven dat 'de kans om in aanmerking te komen' voor erkenning 'aanzienlijk moet vergroten' een veel lagere *bewijskracht* van het gegeven te vereisen dan dat het op zichzelf reeds een 'ernstige aanwijzing' zou moeten zijn voor een gegronde vrees. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat een bepaald gegeven, bijvoorbeeld een getuigenis of een fax, op zich geen ernstige aanwijzing vormt, bijvoorbeeld omdat het niet objectief genoeg is of de authenticiteit ervan niet gegarandeerd is, terwijl de kans om in aanmerking te komen voor erkenning er wel aanzienlijk door vergroot, bijvoorbeeld omdat de getuige of de fax wel melding maakt van een nieuwe vervolgingsdaad. Even opvallend als het verschil in bewoording is de vaststelling dat de DVZ de Procedurerichtlijn niet aanwendt om het Belgische begrip te interpreteren, en vooral dat de administratieve rechtscolleges er evenmin naar verwijzen om aan de onduidelijke wettelijke bepaling een richtlijnconforme interpretatie te geven.

⁹⁷ vbn. [dossier BCHV]: DVZ, 13quater: *"zij echter geen enkel begin van bewijs aan de dag kan leggen teneinde deze beweringen te staven, waardoor het ook louter 'beweringen' blijven"*

[dossier BCHV]: DVZ, 13quater: *"il s'impose de constater que cette affirmation ne repose que sur ses seules prétentions (CCE, arrêt n° 133 du 16 juin 2007)"*; betrokkene geeft toe dat eerste asielaanvraag bedrieglijk was en legt nu wel andere verklaringen af.

Zie ook vb. RvS, arrest nr. 112.420, 8 november 2002 : *"qu'une conversation téléphonique dont l'existence est simplement alléguée ne peut être considérée comme un élément nouveau au sens où la Cour d'arbitrage l'a entendu dans l'arrêt 61/94"*

⁹⁸ Hierbij valt op te merken dat de Belgische wetgever al, vooruitlopend op de Europese, de bepaling heeft aangepast aan de invoering van de subsidiaire bescherming. Het huidige voorstel van de Europese Commissie ter wijziging van de Procedurerichtlijn voorziet in de nodige aanpassingen, maar is nog in behandeling (Eu. Comm., *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de verlening of intrekking van internationale bescherming*, COM(2009) 554 definitief, 21 oktober 2009 [hierna '*Voorstel tot aanpassing Procedurerichtlijn*'], art. 35).

Los van de in wet en Procedurerichtlijn verschillend verwoorde vereiste, blijkt ook het begrip 'ernstige aanwijzing' op zich voor verschillen in rechtspraak en praktijk te zorgen, die door gebruik van andere termen het begrip proberen te definiëren en daardoor de onduidelijkheid nog lijken te vergroten.

Bevoegdheid DVZ

Een ander probleem, dat voortvloeit uit het gebruik van onduidelijke termen, maar nog grotere gevolgen voor het beoordelen van nieuwe asielaanvragen met zich meebrengt, is de bevoegdheidsverdeling tussen het CGVS en de DVZ en de serieuze beperking van de bevoegdheden van die laatste inzake de behandeling van asielzaken.⁹⁹ Bij het beoordelen of een element al dan niet een 'ernstige aanwijzing' uitmaakt, lijkt de DVZ zich over de *bewijskracht* van het element te moeten uitspreken, wat sinds de wetwijziging van 2006 evenwel een exclusief aan het CGVS voorbehouden terrein geworden is. Het Grondwettelijk Hof heeft daarenboven bevestigd dat de DVZ zich bij de toepassing van artikel 51/8 niet over de 'aard' van de nieuwe gegevens in het licht van de voorwaarden van de vluchtelingendefinitie (en van de definitie van subsidiaire bescherming) mag uitspreken:

*“Als de vreemdeling nieuwe gegevens aanvoert, maar de bevoegde Minister of diens gemachtigde oordeelt dat zij **niet van dien aard zijn dat daardoor een gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 wordt aangetoond**, is artikel [51/8] niet van toepassing.*”¹⁰⁰

Sinds de DVZ in 2006 ook de bevoegdheid om aanvragen al dan niet ontvankelijk te verklaren, o.m. omwille van de kennelijk (on)gegrondheid ervan, ontnomen werd, lijkt *de facto* iedere, zelfs louter marginale toetsing van een nieuw aangedragen element buiten haar bevoegdheid te vallen, wat de onduidelijkheid over de betekenis van een 'ernstige aanwijzing' enkel vergroot. De DVZ wordt dus voor een dilemma gezet: enerzijds is ze wettelijk verplicht na te gaan of de nieuw aangedragen elementen een 'ernstige aanwijzing' van een vervolgingsvrees of reëel risico uitmaken, anderzijds verbiedt het Grondwettelijk Hof haar de aard van het nieuwe element, en dus haar potentiële bewijskracht ten gronde, te beoordelen en heeft de wetgever haar de mogelijkheid om over de kennelijke (on)gegrondheid te oordelen ontnomen. Vraag is dan natuurlijk of de 'ernstige aanwijzing' *de facto* hoegenaamd nog als voorwaarde kan dienen voor de DVZ om een nieuwe aanvraag al dan niet in overweging nemen en of DVZ zich niet moet beperken tot het vaststellen dat er 'nieuwe' gegevens zijn.

Rechtspraak

De rechtspraak lijkt op een nogal inconsequente manier met dat dilemma om te gaan en vertoont twee tendensen bij het al dan niet sanctioneren van de beslissingen tot niet in overwegingname van de DVZ.¹⁰¹ Enerzijds is er wat men een 'maximalistische' tendens zou kunnen noemen en die de bevoegdheid van de DVZ ruim interpreteert en zich daarvoor lijkt te beperken tot wat artikel 51/8 bepaalt. Anderzijds valt er een 'minimalistische' tendens te ontwaren, die eerder teruggrijpt naar de grondwettelijke interpretatie van het artikel. Wat ook opvalt, is dat het onderscheid *grosso modo* lijkt te kunnen worden gemaakt naargelang de taal van de kamer bij de RVV of Raad van State die zich *in concreto* over de zaak uitsprak.

- **‘Maximalistische’ tendens**

Een in hoofdzaak Nederlandstalige rechtspraak geeft een brede invulling aan de bevoegdheid van de DVZ bij het toetsen van nieuw aangedragen elementen:

⁹⁹ Zie Wettelijk kader, blz. 37 en voetnoot 87.

¹⁰⁰ GWH, arrest nr. 81/08 van 27 mei 2008, verwijzend naar Arbitragehof, arrest nr. 61/94, blz. 28-29 en arrest nr. 83/94, blz. 6-7.

¹⁰¹ Bij gebrek aan gemotiveerde formele beslissingen tot inoverwegingname van de DVZ valt niet rechtstreeks na te gaan in welke gevallen de DVZ ervan uitgaat dat een bepaald nieuw element wel degelijk een 'ernstige aanwijzing' uitmaakt, waardoor we voor onze analyse beperkt worden tot de 'weigeringen tot in overwegingname van een asielaanvraag' (bijlagen 13quater).

“Artikel 51/8 laat weliswaar de Dienst Vreemdelingenzaken **niet** toe om de aangebrachte gegevens aan een **doorgedreven inhoudelijk onderzoek – een onderzoek ten gronde te onderwerpen** -, doch sluit niet uit dat de **bewijskracht** van de aangebrachte elementen **prima facie** wordt beoordeeld (RvS arrest nr. 112420, 8 november 2002)¹⁰² om na te gaan of er sprake is van ernstige aanwijzingen voor een gegronde vrees voor vervolging in de zin van de Conventie van Genève of voor een reëel risico op ernstige schade zoals bepaald in artikel 48/4 van de Vreemdelingenwet”¹⁰³

Of:

« Het begrip 'nieuwe gegevens' heeft bijgevolg niet enkel betrekking op de bewijsmiddelen op zich, maar ook op de **inhoud** ervan (RvS 15 oktober 2006, nr. 163610) »¹⁰⁴

Zoals reeds uiteengezet valt moeilijk in te zien hoe een 'prima facie beoordeling' van de bewijskracht of de inhoud van een nieuw element te rijmen valt met het grondwettelijk verbod zich over de aard van het stuk ter ondersteuning van de asielaanvraag uit te spreken en het ontbreken van de wettelijke bevoegdheid de kennelijke gegrondheid van de aanvraag zelf te beoordelen.

Bewijslast

Dit leidt er zelfs toe dat de asielzoeker soms een zware *bewijslast* wordt opgelegd, waarbij van hem niet enkel verwacht wordt dat hij elementen aandraagt die nieuw zijn, maar ook zelf aantoont dat het element een 'ernstige aanwijzing' uitmaakt van een gegronde vervolgingsvrees of een reëel risico op ernstige schade en aldus voldoende *bewijskrachtig* is.¹⁰⁵ Dergelijke bewijslast lijkt zwaarder te zijn dan wat de Procedurerichtlijn toelaat in artikel 34(2) dat stelt dat lidstaten hoogstens regels m.b.t. de bewijslast mogen uitvaardigen die «(a) de betrokken asielzoeker ertoe verplichten **feiten te vermelden en bewijzen te leveren die een nieuwe procedure rechtvaardigen**». Ook UNHCR meent dat de DVZ een grotere bewijslast oplegt dan de Procedurerichtlijn toelaat:

*“Belgian legislation stipulates that new elements must not only relate to facts or circumstances that have taken place after the appeal body (CALL) took a final decision on the previous application, but must also contain significant indications of a wellfounded fear of persecution or a real risk of serious harm. The latter component is particularly problematic because it requires the AO – the competent authority to conduct the preliminary examination - to consider **questions beyond its jurisdiction** it appears that the AO may neither judge the **credibility** of new elements nor assess them in **the framework of the 1951 Convention or subsidiary protection**. In particular, it may not state that the new elements do not permit a well-founded fear of persecution to be established.”*¹⁰⁶

¹⁰² Zie voetnoot 96: de nieuwe elementen die in het arrest waarnaar verwezen wordt (RvS arrest nr. 112.420) voorgelegd werden, zijn helemaal niet zomaar vergelijkbaar met diegenen in het aangehaalde arrest (RvV arrest nr. 40.366) aangezien er geen enkel materieel bewijsstuk werd aangedragen, en enkel een nieuwe verklaring werd afgelegd.

¹⁰³ RvV arrest nr. 40.366 van 18 maart 2010 – [BCHV]: *in casu* werd het niet onredelijk bevonden dat DVZ een medisch attest uit het land van herkomst terzijde schoof omdat het geen oorzaak vermeldt, een brief omdat die niet afkomstig was van een objectieve bron en een envelop omdat die geen aanduiding gaf van de inhoud.

¹⁰⁴ RvV, arrest nr. 30.831 van 31 augustus 2009 – [BCHV4633]: de DVZ haalde aan dat een verklaring van een familielid geen officieel karakter heeft en dus “*loutere en gemakkelijke verklaringen*” zijn en dat een getuigenis van woonst “*volledig handgeschreven*” is en “*geen officiële door de autoriteiten opgestelde verklaring vervangen*”; de RvV verstaat vreemd genoeg onder de ‘inhoud’ van de bewijsmiddelen het feit of ze “*betrekking hebben op feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na de laatste fase in de procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen opwerpen*.”; in dezelfde beslissing bevestigt de RvV dat de DVZ haar beslissing om ‘niet in overweging te nemen’ voldoende gemotiveerd heeft aangezien eruit blijkt dat zij “*bij het nemen van de beslissing dit stuk in ogenschouw of in overweging heeft genomen of heeft onderzocht*.”

¹⁰⁵ vb. RvV, arrest nr. 25.501 van 31 maart 2009: “Verzoekster **maakt** in haar verzoekschrift **niet aannemelijk** dat de getuigenis van een vriend van haar echtgenoot, op zich, een nieuw gegeven is **dat er wat haar betreft ernstige aanwijzingen bestaan** van een gegronde vrees voor vervolging in de zin van de Conventie van Genève zoals bepaald in artikel 48/3 van de Vreemdelingenwet of ernstige aanwijzingen bestaan van een reëel risico op ernstige schade zoals bepaald in artikel 48/4 van de Vreemdelingenwet. [...] **De bewijslast terzake ligt nochtans bij verzoekster zelf** (RvS 16 oktober 2006, nr. 163.610).”

¹⁰⁶ UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Key Findings and Recommendations*, Section 14 – Subsequent applications, maart 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bab55752.html> [hierna ‘APD analyse’], blz. 56 en voetnoot 294.

Zelfs bij het onderzoek ten gronde door het CGVS wordt uiteindelijk van de asielzoeker enkel verwacht dat hij de bewijsstukken aandraagt waarover hij beschikt en geloofwaardige verklaringen aflegt (zoals bepaald in het nieuwe artikel 57/7ter van de Vreemdelingenwet). De appreciatiebevoegdheid van de ernst en de bewijskracht van de aangedragen elementen ligt bij het CGVS dat dient te motiveren waarom hij de elementen niet ernstig genoeg vindt om op basis ervan een beschermingsstatuut toe te kennen. (artikel 57/6 Vreemdelingenwet).

Ook UNHCR meent dat de bewijslast bij het onderzoek van een asielclaim gedeeld moet worden, ook en vooral tijdens het voorafgaandelijk onderzoek van een meervoudige asielaanvraag.¹⁰⁷ *A fortiori* lijkt dit op te gaan als dat voorafgaandelijk onderzoek uitgevoerd wordt door een administratieve dienst die niet bevoegd is voor de inhoudelijke beoordeling van een asielaanvraag aan de criteria van de vluchtelingendefinitie of van de subsidiaire bescherming.

Toch lijkt de DVZ, in weerwil van deze wettige en beschermingsgerichte argumenten, vaak zelf een maximalistische invulling aan haar eigen bevoegdheid o.b.v. artikel 51/8 te geven waarbij zij nieuwe elementen, verklaringen en stukken, beoordeelt op hun bewijskracht en geloofwaardigheid. Enkele voorbeelden:

- dat een document “niet van aard is dat het **de appreciatie van het CGVS en de RVV** inzake zijn vorige asielaanvraag in positieve zin kan wijzigen” of dat het “kopieën betreft waarvan de **authenticiteit** niet kan worden nagegaan”¹⁰⁸;
- “dat de **bewijswaarde** van kopies echter gering is en niet toelaat de authenticiteit van een document aan te tonen” en “het asielrelaas van betrokkenen [bij de vorige procedure] ongeloofwaardig werd bevonden; deze vaststelling tevens de **geloofwaardigheid** van zijn huidige asielaanvraag ondermijnt”, vervolgens “dat betrokkene zich enkel baseert op zijn eigen veronderstellingen en vermoedens en geen **concrete feiten** kan aanbrengen”¹⁰⁹
- “dat dit document een **gesolliciteerd karakter** vertoont” en “dat deze verklaring van **algemene aard** is en betrokkene hiermee niet het persoonlijke karakter van haar problematiek kan aantonen”¹¹⁰
- “dat betrokkene deze bewering niet kan **staven**, dat dit een loutere en gemakkelijke bewering is”¹¹¹
- “dat het CGVS stelde dat [...] aan uw recente vertrek uit Afghanistan geen geloof kan worden gehecht, dat betrokkene deze **conclusies niet weerlegt**, dat de ‘taskara’, de ‘attestation de nationalité’ en de getuigenissen van kennissen deze conclusies niet weerlegt.”¹¹²

¹⁰⁷ UNHCR, *Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status* (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), 10 February 2005, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42492b302.html>, blz. 45: “In this regard, UNHCR notes that the obligation to indicate facts and evidence which would justify a new procedure, as required by Article 34 (2)(a), rests not only on the applicant but **also on the examiner**”

¹⁰⁸ vb. [dossier BCHV]: betrokkene legt een aantal kopies voor die wijzen op een rekrutering door het leger, wat de kern van zijn relaas uitmaakt en bij de eerste asielaanvraag onvoldoende bewezen geacht werd.

¹⁰⁹ vb. [dossier BCHV]: bij een tweede en derde asielaanvraag legt betrokken kopies van documenten voor waarvan de inhoud gerelateerd is aan de vrees van de betrokkene en mogelijks aantonen dat zijn oom het slachtoffer van eenzelfde vervolging is geworden; bij een vierde asielaanvraag kan hij enkel verklaren wat hij vernomen heeft over vervolgingsdaden tegen zijn ouders gericht

¹¹⁰ vb. [dossier BCHV]: betrokkenen leggen een attest van de wijkvoorzitter voor en een overlijdensattest van hun vrouw en moeder, die hun recent verblijf zouden kunnen aantonen, wat in eerste instantie betwist werd, een kopie van een lerarenkaart, wat de oorzaak voor de aangehaalde vrees uitmaakt en artikels over de veiligheidssituatie.

¹¹¹ vb. [dossier BCHV]: in de eerste asielaanvraag werd getwijfeld aan het recente verblijf in Afghanistan, nu verklaart betrokkene twee jaar in Rusland verbleven te hebben en legt een Russisch paspoort en binnenlands paspoort voor.

¹¹² vb. [dossier BCHV]: betrokkene poogde in de mate van het mogelijke aan te tonen dat hij wel degelijk recent in Afghanistan verbleef, wat door het GCVS betwist werd.

« que certains éléments **ne sauraient restaurer les incohérences et contradictions relevées par les instances publiques** »¹¹³

- **Minimalistische' tendens**

Daartegenover staat een uitgebreide, in hoofdzaak Franstalige, rechtspraak die de beoordelingsvrijheid van de DVZ sterk inperkt en zich daarvoor meestal beroept op het arrest van het Grondwettelijk Hof. Deze tendens concludeert vaak dat het beoordelen van de inhoud of de bewijskracht van nieuw voorgelegde elementen om te bepalen of ze een 'ernstige aanwijzing' inhouden reeds een 'in overwegingname' van de asielaanvraag in zich houdt en een overschrijding van wat artikel 51/8 DVZ toelaat zich over uit te spreken bij haar behandeling van meervoudige asielaanvragen:¹¹⁴

« que le document avancé par le requérant n'a pas été qualifié dès lors que ladite décision ne se prononce nullement sur la qualité d'élément nouveau ou non du courrier produit, mais considère que « cet élément ne permettra pas de dire qu'il existe, en ce qui concerne le requérant, de sérieuses indications [...] » Ce faisant la partie adverse a **fait de l'article 51/8 une application qui excède le prescrit légal dans l'interprétation qui en donne la cour d'arbitrage.** »¹¹⁵

“Considérant qu'en **appréciant** les éléments nouveaux au regard des **critères de la Convention de Genève** ou en les jugeant **non crédibles**, la partie adverse a pris ces éléments en considération; qu'elle ne pouvait plus, à l'issue de cet examen, faire application de l'article 51/8 de la loi du 15 décembre 1980 mais devait statuer sur les demandes d'asile en vertu de **l'article 52 de la loi précitée** ; »¹¹⁶

« A titre surabondant, le Conseil observe qu'en estimant « que ces documents ne viennent pas rétablir la **crédibilité** du récit » la partie défenderesse s'est prononcée sur une dimension de la demande d'asile du requérant qui est **manifestement étrangère à l'appréciation du caractère nouveau** des éléments présentés par le requérant et, partant, **étrangère à la compétence du délégué du Ministre de l'Intérieur en la matière**. Partant, l'acte attaqué procède d'une **application erronée de l'article 51/8 de la loi** et n'est pas valablement motivé quant aux raisons de ne pas prendre la demande d'asile du requérant en considération. »¹¹⁷

¹¹³ vb. [dossier BCHV]: betrokkene geeft bij zijn tweede (en derde) asielaanvraag toe gelogen te hebben tijdens zijn eerste asielaanvraag uit schrik dat de overheid zijn gegevens zou doorgeven aan de Rwandese geheime dienst

¹¹⁴ Uitzonderlijk oordelen ook Nederlandstalige rechters in die zin:

vb. RvS, arresten nr 165.470 en 165.469 van 1 december 2006: nadat de DVZ oordeelde dat “betrokkenes asielaanvraag voorts niet gebaseerd is op elementen die aanleiding kunnen geven tot de toekenning van de subsidiaire bescherming” omdat “betrokkene zich hierbij beroept op de **algemene situatie** in zijn land van herkomst” en “de algemene situatie in zijn land niet als een nieuw element kan beschouwd worden” terwijl “betrokkene op geen enkel ogenblik **concrete elementen** opgegeven heeft die aantonen dat hij **persoonlijk** een reëel risico op ernstige schade aan zijn fysieke integriteit of zijn leven, zoals gedefinieerd in artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980, zou lopen”, meent de RvS: “Uit de lezing van de bestreden beslissing blijkt inderdaad dat de verwerende partij **kennis moet hebben genomen** van de door betrokkene voorgelegde brief, die door de XXX kandidaat-vluchtelingen wordt aangehaald en waarbij verzoeker zich beroept op de algemene situatie in het land van herkomst.” “Verzoeker heeft er op gewezen dat de door hem aangebrachte nota over de toestand in XXX en de ernstige bedreiging voor zijn leven of zijn persoon als gevolg van willekeurig geweld in het geval van een gewapend conflict, door de verwerende partij **in overweging werd genomen** in de bestreden beslissing.”

¹¹⁵ CCE, arrêt n° 11.215, 15 mei 2008: de 13 quater had gesteld dat een brief van de echtgenote van de betrokkene niet volstond om van een 'ernstige aanwijzing' te kunnen gewaren.

¹¹⁶ CE arrêt n° 88.870, 11 juli 2000 – dit arrest illustreert in welke mate de bevoegdheid van de DVZ sinds 2006 nog verder ingeperkt is om zelfs maar een **marginale inhoudelijke toetsing** van de asielaanvraag te doen aan de criteria van de vluchtelingendefinitie of van de subsidiaire bescherming: het arrest kon in 2000 nog stellen dat DVZ zich in dergelijke gevallen niet op artikel 51/8, maar op **artikel 52** moest beroepen en de asielaanvraag onontvankelijk wegens kennelijk ongegrond kon verklaren i.p.v. haar niet in ontvangst te nemen bij gebrek aan 'nieuwe gegevens'; met de wetswijziging van 2006 werd ook die **bevoegdheid van de DVZ aan het CGVS** overgedragen.

¹¹⁷ CCE arrêt n° 22.160, 28 januari 2009.

« [...] que la circonstance que la partie adverse **a fait vérifier l'authenticité** de cette convocation par l'ambassade de Belgique à XXX et par le service général d'appui policier **démontre à suffisance que ce document a été pris en considération** à titre d'élément nouveau; »¹¹⁸

Op basis van de Arbitragerechtspraak van 1994 wordt bij een te ruime toepassing van de appreciatiebevoegdheid door de DVZ, door de RvV dan beslist dat er ten onrechte toepassing gemaakt werd van artikel 51/8:

«[...] Il en résulte que l'acte attaqué n'est **pas une décision purement confirmative** et que, conformément à l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 83/94 du 1^{er} décembre 1994, **l'article 51/8 n'était donc pas applicable** en l'occurrence [...] »¹¹⁹

- **'Manifeste irrelevantie' als oplossing?**

In een principe-arrest van de Raad van State van 2003 werd het onderscheid tussen de beoordeling van de bewijskracht van een nieuw gegeven ten gronde en de beoordeling of het een 'ernstige aanwijzing' betreft enigszins verduidelijkt:

« **Considérant que l'examen de la pertinence de l'élément nouveau relève en principe du fond, et présuppose que la nouvelle demande soit déclarée recevable; que la partie adverse ne pourrait rejeter, dès le stade de la prise en considération, que des éléments qui ne sont pas nouveaux** au sens de l'article 51/8 précité ou qui seraient **manifestement dépourvus de pertinence** pour le sort à réserver à la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié **eu égard aux décisions déjà adoptées antérieurement** par les autorités compétentes; »¹²⁰

Vanheule leest in dit arrest een nieuw criterium op basis waarvan bepaald kan worden of een element al dan niet door de DVZ als 'nieuwe gegeven' in de zin van artikel 51/8 moet beschouwd worden. Aangezien het aan het CGVS toebehoort te oordelen over de 'pertinentie' van een element als bewijs voor de grond van de aangehaalde vervolgingsvrees, mag de DVZ slechts nagaan of het nieuw aangedragen element niet 'manifest irrelevant' (« *manifestement dépourvu de pertinence* ») is voor het beoordelen van de grond van de asielaanvraag. 'Manifest irrelevante' nieuwe gegevens die de in overwegingname van een nieuwe asielaanvraag niet verantwoorden zijn dan: « *Nieuwe bewijzen van*

¹¹⁸ CE, arrêt n° 67.715, 21 augustus 1997.

¹¹⁹ CCE arrêt n° 36.778, 8 januari 2010 (« *A titre surabondant, le Conseil constate, à la lecture de la motivation de l'acte attaqué, qu'en se prononçant sur la **crédibilité du témoignage** invoqué au titre d'élément nouveau, la partie défenderesse n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation de manière conforme au prescrit de l'article 51/8 de la loi précitée, puisqu'elle se prononce sur une dimension de la nouvelle demande d'asile, qui est **manifestement étrangère à l'appréciation du caractère nouveau** des éléments présentés.* »).

¹²⁰ CE arrêt n° 113.002, 27 november 2002 – hoewel het arrest stelt dat het nieuwe element *in casu* (een verklaring van een pater) niet 'manifest irrelevant is' en het bijgevolg een 'nieuw gegeven' conform artikel 51/8 betreft waarvan het CGVS toebehoort te oordelen over de 'relevantie' ('pertinentie') en dus in overweging had moeten genomen worden door de DVZ, stelt de Raad van State zich vreemd genoeg in de plaats van het CGVS door te stellen dat het ten gronde de beoordeling van de asielaanvraag zoals die bij de eerste asielaanvraag gebeurd is, niet veranderd zou hebben, zodat de betrokkene 'geen belang' meer heeft bij een vernietiging van de beslissing tot inoverwegingneming: « [...] **qu'il s'agit donc d'un élément nouveau au sens de l'article 51/8 précité**; [...] qu'à supposer dès lors qu'il **faillie accorder crédit au document produit**, celui-ci ne pourrait remettre en question l'existence des contradictions, des lacunes et des doutes que le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides a relevés dans sa décision; que la pièce produite à l'appui de la troisième demande d'asile apparaît en tout état de cause comme impuissante à susciter une décision différente de celle qui a été prise; qu'en ces branches, malgré l'erreur contenue dans l'acte attaqué, le moyen unique paraît dépourvu d'intérêt pour la demanderesse et ne peut être considéré comme sérieux; »

Vanheule merkt hetzelfde op: “Op dit punt is de motivering in het geannoteerde arrest ongelukkig. Zij laat uitschijnen dat de DVZ, wanneer daadwerkelijk zulke nieuwe gegevens worden aangebracht, in de context van artikel 51/8 Vreemdelingenwet reeds zou kunnen beslissen dat die nieuwe gegevens niet het bewijs leveren van een gegronde vrees voor vervolging die tot een andere beslissing moet leiden. Zulks druist in zowel tegen de uitspraak van het Arbitragehof in het arrest 61/94 als tegen de rechtspraak van de Raad van State zelf, die de **evaluatie van de waarde** van de nieuwe gegevens voor de erkenningsaanvraag situeert in de ontvankelijkheids- en/of **gegrondheidsfase**.” (zie hieronder, voetnoot 120: ‘Noot’, blz. 130).

eerder aangehaalde en voor waar gehouden feiten die in de deliberatie [van de eerste asielaanvraag] zijn betrokken ».¹²¹

Misschien is dit inderdaad een oplossing voor de invulling van het begrip 'ernstige aanwijzing', maar toch moet ook hier weer de vraag gesteld worden of de DVZ nog over de onderzoeksbevoegdheid beschikt om nieuwe elementen af te toetsen aan eerdere beslissingen ten gronde sinds in 2006 de ontvankelijkheidsfase opgegeven is en de ontvankelijkheidsgronden, waaronder de kennelijke ongegrondheid, enkel nog door het CGVS kunnen ingeroepen worden. Minstens lijkt ze er op basis van deze interpretatie toch toe verplicht te worden elke asielaanvraag waarbij een nieuw element aangedragen wordt i.v.m. een eerder betwist, niet aangehaald of niet onderzocht feit, bijvoorbeeld het recente verblijf in het beweerde land van herkomst, in ontvangst te nemen voor een onderzoek ten gronde door het CGVS. Ook lijkt deze interpretatie ruimte te laten voor nieuwe elementen die erop gericht zijn weigeringsmotieven uit de eerdere procedure te weerleggen, voor zover die op feiten betrekking hebben die *betwist* werden.¹²²

3. Zich voorgedaan hebben na de laatste fase van de vorige procedure waarin dat mogelijk was

Ook wat, tot slot, de derde en laatste voorwaarde betreft om een meervoudige asielaanvraag in aanmerking te doen nemen, is er een overduidelijk verschil in bewoording tussen artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet en artikel 32(6) van de Procedurerichtlijn. Waar de wettelijke vereiste luidt dat de nieuw aangedragen gegevens betrekking moeten hebben op « *feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na de laatste fase in de [vorige] procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen aanbrengen* », staat de Procedurerichtlijn toe het onderzoek ten gronde te beperken tot situaties waarin « *de betrokken asielzoeker buiten zijn toedoen de [nieuwe elementen en bevindingen] in het kader van de vorige procedure niet kon doen gelden* »

De Belgische wet legt een temporele beperking op i.v.m. het 'feit' of de 'situatie' waarop het nieuwe gegeven betrekking moet hebben om het onderzoek ten gronde van een nieuwe aanvraag te verantwoorden, terwijl de Procedurerichtlijn de nadruk legt op de oorzaak van het laattijdig voorleggen van het nieuwe element, die niet bij de asielzoeker zelf mag liggen.

Minstens op basis van de tekst, lijkt een richtlijnconforme interpretatie meer ruimte te laten voor stukken of gegevens waarvan de asielzoeker niet in het bezit of in kennis was tijdens de eerste asielprocedure, ongeacht of dat stuk toen al bestond of niet en ongeacht of het feit waarnaar het verwijst zich al dan niet al had voorgedaan. Als doorslaggevend wordt door de Procedurerichtlijn beschouwd of de laattijdigheid al dan niet aan hem te wijten is. De Belgische wetgever heeft er bovendien niet voor geopteerd een beperking in de tijd in te voeren tussen het verkrijgen van stukken en het voorleggen

¹²¹ D. VANHEULE, 'Noot – Bonita en de witte pater: over nieuwe bewijzen in de asielprocedure (noot R.v.St. nr. 113.002)', in T.V.R. 2003, nr. 2, blz. blz. 130: "Wanneer in een vorige procedure de DVZ, het CGVS of de VBV reeds hebben besloten dat bepaalde elementen niet doorwegen tegen de beslissing tot onontvankelijkheid of ongegrondheid van de erkenningsaanvraag, zullen de nieuwe bewijzen van diezelfde feiten die oorspronkelijke beslissing niet kunnen wijzigen"

¹²² Andere vbn. uit de rechtspraak:

CE n° 57.384, 5 januari 1996: « la partie adverse semble ne pas avoir pris en considération les deux premières attestations produites en septembre et octobre 1992 par le requérant lors de l'examen de sa première demande d'asile afin de les mettre en rapport avec les documents nouvellement produits et d'apprécier si ceux-ci ne levaient pas le doute que les premières attestations avaient suscité; »

CCE, arrêt n° 11.678, 26 mei 2008: « En l'espèce, force est de constater, à la lecture de la motivation de l'acte attaqué, l'analyse faite par la partie défenderesse des éléments produits par la partie requérante à l'appui de sa nouvelle demande, se limite d'une part à relever l'absence d'indication quant à la date de réception des nouveaux documents présentés, et d'autre part à énoncer la considération « que ces documents ne suffisent pas à rétablir la crédibilité des déclarations antérieures du requérant ». Ce faisant, la partie défenderesse n'a pas procédé, comme le requiert l'article 51/8 de la loi, à l'examen du caractère nouveau ou non des éléments présentés, au sens d'éléments ayant trait ou non à des faits ou à des situations qui se sont produits après la dernière phase de la procédure d'asile précédente, voire de preuve nouvelle de faits ou de situations antérieurs que l'étranger n'était pas en mesure de fournir à l'appui de sa demande d'asile précédente. »

CdE, arrêt n° 67.715, 21 augustus 1997: « que la circonstance que la partie adverse a fait vérifier l'authenticité de cette convocation par l'ambassade de Belgique à XXX et par le service général d'appui policier démontre à suffisance que ce document a été pris en considération à titre d'élément nouveau. »

ervan, ondanks de mogelijkheid die hem daarvoor door de Procedurerichtlijn gegeven werd.¹²³ Hieruit blijkt nogmaals dat de Belgische wetgever bij de hervorming van de asielprocedure in 2006 onvoldoende aandacht heeft gehad voor de omzetting van de Procedurerichtlijn.

Rechtspraak

Ook hier zijn in de praktijk en de rechtspraak twee duidelijk verschillende tendensen waarneembaar, die ook weer grotendeels door een taalgrens van elkaar onderscheiden lijken te worden. En ook op dit punt blijkt er een in hoofdzaak Nederlandstalige rechtspraak te bestaan die in de eerste plaats vasthoudt aan een strikte interpretatie van de wetsbepaling.

- **‘Maximalistische’ tendens**

Enkel voorbeelden daarvan, waaruit een grote nadruk op een correcte chronologie en de irrelevantie van de oorzaken van de laattijdigheid blijkt:

*“[...] dat het niet is omdat een stuk nieuw is of verkregen werd na de afhandeling van een eerdere asielaanvraag dat het nieuwe gegevens in de zin van artikel 51/8, eerste lid, van de vreemdelingenwet bevat; [...] dat een stuk dat er enkel toe strekt al bij de eerste asielaanvraag ingeroepen feiten en situaties te staven en/of de weigeringsmotieven van de eerste asielaanvraag te weerleggen, geen nieuwe gegevens in de zin van artikel 51/8, eerste lid, van de vreemdelingenwet bevat; [...]”*¹²⁴

*“dat immers het loutere feit dat de verzoekende partij deze gegevens **niet kon** aanbrengen noch vermelden in haar eerste asielaanvraag, **op zich alleen niet** lijkt te doen aannemen dat deze gegevens nieuwe gegevens zijn in de zin van artikel 51/8 van de genoemde wet van 15 december 1980;”*¹²⁵

*“Het is niet kennelijk onredelijk van de verwerende partij te oordelen dat dit document niet nieuw is, aangezien het desbetreffende **element dat door middel van dit document wordt aangevoerd reeds is behandeld** in het kader van de eerste asielaanvraag van verzoekster. [...] Het loutere feit dat verzoekster de gegevens niet heeft aangebracht noch vermeld in haar vorige asielprocedures omdat zij nooit verwacht had dat de Belgische asielinstanties haar **afkomst in twijfel** zouden trekken is op zich echter onvoldoende om aan te nemen dat het een nieuw gegeven is in de zin van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet. [...] wijst de Raad erop dat verzoekster dit argument niet dienend kan aanvoeren, daar de **bewijslast** rust bij de kandidaat-vluchteling [...]”*¹²⁶

¹²³ Artikel 34(2) van de Procedurerichtlijn bepaalt: “De lidstaten kunnen in hun interne recht regels inzake het voorafgaande onderzoek ingevolge artikel 32 neerleggen. Die regels kunnen onder meer: [...] b) het **overleggen** van de nieuwe gegevens door de betrokken asielzoeker vereisen **binnen een bepaalde termijn nadat hij deze heeft verkregen**;” Deze toegelaten tijdsbeperking betreft de periode tussen het bekomen van bepaalde bewijsstukken en het voorleggen ervan aan de instanties en bepaalt geen algemene termijn waarbinnen de betrokkene een bepaald stuk moeten ‘kunnen aanbrengen’. België heeft geen bepaling in die zin aangenomen en het huidige voorstel van de Europese Commissie ter aanpassing van de Procedurerichtlijn stelt een schrapping van de bepaling voor. (Eu. Comm., ‘Voorstel tot aanpassing Procedurerichtlijn’, nieuw artikel 36)

¹²⁴ RvS, arrest nr. 187.209 van 21 oktober 2009 – *in concreto* werd een nieuw officieel identiteitsdocument voorgelegd, terwijl de nationaliteit en de identiteit van betrokkene betwist werden in de eerste asielprocedure; volgens de hoger uiteengezette theorie van Vanheule betreft het hier wel degelijk een ‘nieuwe gegeven’ aangezien het **niet ‘manifest irrelevant’** is omdat het een in de eerder procedure betwist feit betreft.

¹²⁵ RvS, arrest nr. 95.156 van 3 mei 2001 – *in concreto* werden met de tweede asielaanvraag drie documenten voorgelegd (waarvan de DVZ weliswaar meent dat ze vals zijn, terwijl zulks niet to haar beoordelingsbevoegdheid behoort – zie voetnoot 36), waarvan in de eerste procedure enkel een faxkopie werd voorgelegd.

¹²⁶ RvV arrest nr. 30.714, 27 augustus 2009 (*ongepubliceerd*) – [dossier BCHV]: de asielzoekster legde bij haar nieuwe asielaanvraag een fax, schoolrapporten en attest van het departement van Defensie voor ter bewijs van haar recente verblijf in haar land van herkomst, aangezien de asielinstanties daaraan bleken te twijfelen in hun eerdere beslissingen; aangezien het stuk dus wel **relevant is voor een eerder betwist feit**, lijkt het toch de ‘relevantie’-toets zoals die door Vanheule werd omschreven, te doorstaan; het vragen van een **negatief bewijs**, namelijk het bewijs dat zij zelf niet voorzien had dat haar recente verblijf betwist zou worden, is bovendien vragen om een onmogelijk bewijs (zie ook voetnoot 24 i.v.m. de gedeelde bewijslast) – inmiddels werd *in casu* een nieuwe asielaanvraag wel in ontvangst genomen en voor onderzoek ten gronde aan het CGVS overgemaakt.

Bij bovenstaande representatieve uittreksels kunnen alvast enkele opmerkingen geplaatst worden. Deze strenge tendens in de rechtspraak verwacht dat de ‘feiten’ of ‘situaties’ *zelf*, waar nieuw voorgelegde stukken naar verwijzen, na de laatste fase van de vorige asielprocedure hebben plaatsgevonden, terwijl de Procedurerichtlijn geen enkel voorbehoud lijkt te maken voor nieuwe stukken (‘elementen of bevindingen’) aangaande feiten die zich al vroeger voorgedaan hebben en eventueel zelfs al behandeld werden bij de vorige asielprocedure. Vanheule lijkt ook een dergelijke ruimere interpretatie voor te staan, waar hij stelt dat o.a. nieuwe elementen aangaande eerder aangehaalde en betwiste feiten – bvb. een nieuw attest van registratie of een verklaring in geval het recente verblijf in het land van herkomst betwist werd – toegelaten moeten worden o.b.v. artikel 51/8. Het valt verder ook op dat deze rechtspraak geen enkele aandacht besteedt aan de oorzaak van het laattijdige voorleggen van de nieuwe elementen, terwijl een richtlijnconforme interpretatie dat als doorslaggevend lijkt te beschouwen.¹²⁷

De DVZ neemt deze tendens binnen de rechtspraak, zeker in haar Nederlandstalige dossiers, in grote mate over.¹²⁸ Ook wordt het argument dat bepaalde stukken of verklaringen “*reeds tijdens de eerdere procedure naar voor hadden kunnen worden gebracht*” door de DVZ veelvuldig toegepast op situaties waarbij toegegeven wordt dat de eerste asielaanvraag op verzonnen en gelogen feiten berustte of bepaalde aspecten eenvoudigweg niet aangehaald werden die wel ‘asielrelevant’ blijken te zijn, zelfs indien het nieuwe relaas uitvoerig ondersteund wordt door geloofwaardig bewijsmateriaal.¹²⁹

¹²⁷ Andere vbn.:

RvV, arrest nr. 40.366 van 18 maart 2010: “*Het loutere feit dat de verzoekende partij deze gegevens **niet kon** aanbrengen noch vermelden in haar eerste asielaanvraag, is op zich niet voldoende om aan te tonen dat het gaat om nieuwe gegevens in de zin van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet (cfr. RvS 3 mei 2001, nr. 95.156). Aangezien de oproepingsbrieven er enkel toe strekken de reeds bij de eerste asielaanvraag ingeroepen feiten en situaties te staven en of de weigeringsmotieven van de desbetreffende beslissing te weerleggen kon de gemachtigde van de staatsecretaris overeenkomstig artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet rechtmatig vaststellen dat deze brieven geen ‘nieuwe gegevens’ uitmaken in het licht van dit artikel (cfr. RvS 21 oktober 2008, nr. 187.209).*” – het betrof in casu een convocatiebrieven waarvan bij de eerste asielaanvraag geen melding gemaakt was.

RvV, arrest nr. 1620 van 10 september 2007: “*Het begrip “nieuwe gegevens” heeft bijgevolg niet enkel betrekking op de **bewijsmiddelen** op zich, maar op de **inhoud** ervan (R.v.St., nr.163.610, 16 oktober 2006). De elementen die de verzoekende partij in haar tweede asielaanvraag heeft aangebracht (namelijk ...) kunnen weliswaar “nieuw” zijn in die zin dat ze nog niet eerder ter kennis werden gebracht van de verwerende partij, maar de verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat deze betrekking hebben op feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na de afwijzing van haar eerdere asielaanvraag (R.v.St., nr. 143.020, 13 april 2005).*” – in casu ging het om een rijbewijs en een geboorteakte

RvS, arrest nr. 145.176 van 31 mei 2005: “*dat hij zich beroept op elementen die betrekking hebben op de eerste asielaanvraag, doch waarvan het stavingsstuk ten tijde van de beroepsprocedure voor de **Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen niet in aanmerking werd genomen**, met toepassing van artikel 13 van het koninklijk besluit van 19 mei 1993 houdende de regeling en de werking van deze commissie, omdat dit document niet vertaald was en enkel in het Nepalees was gesteld; dat in de huidige procedure dit stuk wordt neergelegd met een “vertaling onder voorbehoud van nazicht door een beëdigd tolk”; dat, aangezien hij **ten tijde van de eerste asielprocedure dit stuk blijkbaar al in zijn bezit had**, niet kan worden ingezien waarom hij dit stuk niet met een gelijkaardige “officieuze” vertaling kon hebben neergelegd bij de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, nu blijkt dat dit stuk, enkel in het Nepalees werd neergelegd en als dusdanig onbegrijpelijk was voor de rechters van dit rechtscollege; dat verzoeker moet worden geacht niet alle relevante gegevens te hebben ingeroepen tijdens zijn eerste asielaanvraag; dat dit document niet kan worden beschouwd als een “nieuw” element in de zin van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet*”.

¹²⁸ vb. [dossier BCHV]: in deze zaak legde betrokkenen bij zijn tweede asielaanvraag een attest van blanco strafregister, een attest van de nationale verzoeningscommissie en een identiteitsdocument voor (naast stukken m.b.t. de medische en juridische toestand van zijn broer), waaruit aspecten m.b.t. interne bescherming door de overheid naar voorkomen die in de eerste asielprocedure betwist werden; de DVZ meent dat hij die “*reeds naar voren had kunnen brengen tijdens de behandeling van zijn eerste asielaanvraag*”.

¹²⁹ Vbn. [dossier BCHV]: betrokken geeft toe dat eerste asielaanvraag niet alle relevante gegevens heeft aangehaald en legt een heel aantal authentieke documenten voor die zijn nieuwe relaas (dat hij als tolk voor het Amerikaanse leger optrad: referentiebrieven, kaart van USAID, tolkenkaart, foto’s, bankkaart, dreigbrief, attesten cursussen, taskara); de DVZ weigert de aanvraag in overweging te nemen omdat hij “*reeds tijdens de behandeling van zijn eerste asielaanvraag de mogelijkheid had de motieven voor zijn vertrek uit Afghanistan naar voren te brengen*” en hij “*met zijn bloot betoog [sic] niet aan[toont] dat de neergelegde documenten [...] betrekking hebben op feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na afwijzing van zijn eerdere asielverzoeken (cf. RvS 13 april 2005, nr. 143.002)*”; bevestigd door RvV arrest nr. 29.916, 10 december 2008.

[dossier BCHV]: betrokkene legt o.m. een internationaal paspoort en authentieke bewijzen van haar burgerlijke stand en echtscheidingsprocedures aan, waarop haar nieuwe asielrelaas gebaseerd is; de DVZ besluit “*dat de betrokkenen deze motieven en de documenten reeds naar voren had kunnen brengen tijdens de behandeling van haar eerste asielaanvraag*” en “*dat de betrokkenen bewust poogde de Belgische asielinstanties te misleiden*”

- **‘Minimalistische’ tendens**

Tegenover deze strenge tendens staat een soepelere, hoofdzakelijk Franstalige, tendens in de rechtspraak, die eerder in de zin van de Procedurerichtlijn aandacht lijkt te besteden aan de reden waarom een bepaald element niet eerder werd voorgelegd dan aan het ogenblik waarop het feit of de situatie waarnaar het element verwijst, zich voordeed:

« [...] que s'il peut être admis que ne constituent **pas** des éléments nouveaux obligeant l'administration à prendre en considération une nouvelle demande d'asile, des éléments de preuve que la requérante **aurait pu produire à l'appui de sa première demande**, constitue cependant un élément nouveau la **preuve nouvelle d'une situation antérieure**; »¹³⁰

« Considérant que s'il peut être admis que ne constituent pas des éléments nouveaux obligeant l'administration à prendre en considération une nouvelle demande d'asile, des éléments de preuve que la demanderesse aurait pu produire à l'appui de sa première demande, il n'en va pas de même **lorsqu'il n'est pas établi que la demanderesse avait connaissance, avant que la première procédure ne fût close, de la possibilité de la convocation dont elle fait nouvellement état; qu'elle ne pouvait écarter la convocation sans de sérieux motifs**; »¹³¹

“Considérant que l'article 51/8 de la loi du 15 décembre 1980 attribue au ministre ou à son délégué un pouvoir d'appréciation qui se limite à l'examen du caractère nouveau des éléments invoqués; qu'en vertu de ce pouvoir d'appréciation, il appartient au ministre ou à son délégué de déterminer si les éléments présentés comme étant nouveaux ont trait à des faits ou des situations qui **se sont produits après** la dernière phase de la procédure d'asile précédente ou apportent **une preuve nouvelle** de faits ou de situations antérieures et de vérifier **si l'étranger n'était pas en mesure de fournir ces éléments à l'appui de sa demande d'asile précédente**; [...]»¹³²

In tegenstelling tot de erg strikte tendens waarbij de tijdigheid van de voorlegging van elementen, verklaringen of stukken doorslaggevend is en geen enkele rekening gehouden wordt met verzachtende omstandigheden, focust deze strekking in de rechtspraak vooral op de reden waarom de betrokkenen het stuk niet eerder voorlegde als mogelijke verschoningsgrond voor de laattijdigheid, zodat ook ‘nieuwe bewijzen van vroegere feiten’ zonder bezwaar de in overwegingname van nieuwe asielaanvragen verantwoordt. Deze benadering lijkt zich ook beter in te schrijven in de theorie van Vanheule:

“Uit het arrest van de Raad van State [nr. 113.002, 27 november 2002] volgt dat nieuwe gegevens, die een toepassing van art. 51/8 Vreemdelingenwet bij een hernieuwde erkenningsaanvraag beletten, beperkt zijn tot: (1) nieuw bekomen bewijzen van **eerder aangehaalde feiten** die voorheen niet in de beraadslaging van de DVZ, het CGVS of de VBV zijn betrokken (bv. wegens **gebrek aan materieel bewijs** of de **geloofwaardigheid** van dat bewijs); (2) nieuw bekomen bewijzen van eerder nooit aangehaalde feiten; (3) nieuwe feiten en gebeurtenissen die zich na de eerste erkenningsprocedure hebben voorgedaan.”¹³³

[dossier BCHV]: betrokkene legt zijn taskara, de taskara van zijn vader, zijn Russisch paspoort, zijn Russisch binnenlands paspoort, een dienstcertificaat, onderwijsdocumenten, een huwelijksakte, een brief van zijn werkgever, een brief van de registratie en een attest van wijziging van zijn taskara voor, waaruit o.m. blijkt dat hij voor zijn komst naar België twee jaar in Rusland had verbleven, wat hij nu toegeeft nadat hij daarover eerst gezwegen had en zijn recent verblijf betwist

[dossier BCHV]: een Franstalig voorbeeld, waarbij betrokkene wel geen enkel document ter staving van zijn nieuwe relaas voorlegt: « *le requérant avait connaissance des faits qui l'ont poussé à fuir lorsqu'il a introduit sa première demande d'asile, et ne pas les avoir invoqués dans sa demande de protection ne résulte que d'un choix de sa part* ».

¹³⁰ CE, arrêt n° 97.954, 25 juli 2001 – de nieuwe bewijsstukken van een zich reeds voorheen voorgedane situatie zijn een brief en een telefoon van een familielid.

¹³¹ CE, arrêt n° 67.715, 21 augustus 1997 – betrokkenen legde een nieuwe convocatie voor, die vals bevonden werd door de DVZ; de RvS lijkt in casu bovendien een correcte **bewijslastverdeling** toe te passen waarbij DVZ opgelegd wordt aan te tonen waarom de asielzoeker wel al beschikt zou hebben over de nieuw voorgelegde elementen i.p.v. van de asielzoeker het onmogelijke negatieve bewijs te vragen dat hij er nog niet over beschikte.

¹³² CE, arrêt n° 94.374, 28 maart 2001.

¹³³ D. VANHEULE, ‘Noot’, blz. 132

CONCLUSIE VAN HET TWEEDE DEEL

Binnen het beperkte bestek van voorliggende analyse is het onmogelijk gebleken alle aspecten die met de problematiek van de meervoudige asielaanvragen samenhangen in detail te behandelen. Zo zijn ondermeer de procedurele waarborgen die tijdens de voorafgaande procedure bij het in aanmerking nemen van meervoudige asielaanvragen gelden, onbesproken gebleven.¹³⁴ Daaronder hoort ook de kwestie of het verbod op een schorsingsberoep tegen een beslissing o.b.v. artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet (alineea 4) al dan niet strijdig is met de vereiste van een volwaardig rechtsmiddel, zoals voorzien in artikel 39 van de Procedurerichtlijn. De herhaaldelijk geciteerde arresten van het Grondwettelijk Hof/Arbitragehof kaderen precies in die problematiek: door de draagwijdte van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet en de beoordelingsbevoegdheid van de DVZ ernstig in te perken, moet voorkomen worden dat de rechtsbescherming te zeer aangetast zou worden. Vraag blijft evenwel ook hier of zelfs met een correcte toepassing door de DVZ van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet, de onmogelijkheid om een schorsingsberoep in te dienen niet in strijd is met de Procedurerichtlijn.¹³⁵ Ook de motiveringsplicht waaraan de DVZ ook bij het nemen van een beslissing tot niet in overwegingname (bijlage 13quater) gebonden is werd hier niet expliciet behandeld, terwijl ook daar allicht interessante vaststellingen rond te maken zijn.¹³⁶

1. Doelstellingen bereikt?

De enige relevante vraag bij het opmaken van een evaluatie van de juridische technieken om meervoudige asielaanvragen te behandelen, is of de vooropgestelde doelstellingen er effectief mee bereikt zijn. Zowel de Belgische als de Europese wetgever beoogde enerzijds het proceduremisbruik in te perken en anderzijds de toegang tot de procedure te verzekeren voor beschermingsbehoeftigen.

Het middel dat daartoe in de Belgische rechtsorde gecreëerd werd, artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet, heeft, zoals aangetoond, tot heel wat nieuwe terminologische en bevoegdheidskwesties geleid die op hun beurt verschillende, en soms zelfs tegenstrijdige, jurisdictionele antwoorden met zich meebrachten. De erg formalistische benadering van meervoudige asielaanvragen en de daaruit vloeiende terminologische discussies, hebben geleid tot een erg technische jurisdictie en praktijk, waarbij te weinig aandacht lijkt uit te gaan naar een beschermingsgerichte benadering van de asielproblematiek die de nadruk legt op asielrechtelijke

Zie ook: CE, arrêts n° 57.384 en n° 57.257 van 22 december 1995 en 5 januari 1996 – T.V.R. 1996, blz. 368 en R.D.E. 1996, blz. 387 (« un élément nouveau peut prouver ou répondre à un élément de la décision de refus »).

¹³⁴ Zie o.a. artikelen 23 en 24 van de Procedurerichtlijn die respectievelijk in de mogelijkheid van een versnelde procedure en van een beperking in de procedurele waarborgen tijdens het voorafgaandelijk onderzoek voorzien. In het huidige voorstel van de Europese Commissie tot aanpassing van de Procedurerichtlijn worden beide mogelijkheden geschrapt (Eu. Comm., *Voorstel tot aanpassing Procedurerichtlijn*: nieuw artikel 27, artikel 24 helemaal geschrapt)

¹³⁵ M-C. FOLETS e.a., 'De nieuwe asielwetgeving', blz. 952: "De meest cruciale vraag ten aanzien van deze nieuwe procedure [met de RvV als annulatierechter] is wellicht of de rechtsbescherming van asielzoekers afdoende is in het licht van art. 39 van de Procedurerichtlijn."

¹³⁶ CCE 33.507, 30 oktober 2009 (annulatie): « En l'espèce, il appartenait à la partie défenderesse, en vertu de son **obligation de motivation** des actes administratifs, d'explicitier précisément en quoi l'avis de recherche du 25 mai 2009 **ne pouvait être considéré comme nouveau** et, dès lors, en quoi il devait être considéré comme étant **similaire à d'autres éléments** déposés par le requérant à l'appui de sa deuxième demande d'asile, au besoin en exposant en quoi le raisonnement tenu dans l'arrêt du Conseil de céans auquel l'acte attaqué fait référence devait trouver à s'appliquer par analogie, dans le cadre de l'examen du caractère nouveau de l'élément produit par le requérant à l'appui de sa troisième demande d'asile. »

CCE 22160, 28 januari 2009: « Ce faisant, le Conseil estime que la partie défenderesse n'a **pas suffisamment exposé en quoi les éléments présentés par le requérant à l'appui de sa deuxième demande d'asile n'étaient pas constitutifs d'une preuve nouvelle** de faits ou de situations antérieurs, que le requérant n'était pas en mesure de fournir à l'appui de sa demande d'asile précédente. »

principes als non-refoulement en de declaratoire kracht van het toekennen van de vluchtelingenstatus.¹³⁷

I.p.v. de nadruk te leggen op de tijdigheid van het voorleggen van een nieuw stuk of de draagwijdte van de beoordelingsbevoegdheid van de DVZ, vereist een beschermingsgerichte aanpak die ook misbruik van de asielprocedure aan banden wil leggen een andere focus: De centrale vraag moet daarbij zijn of nieuwe elementen al dan niet relevant zouden kunnen zijn voor de kern van het asielrelaas, om vervolgens die aanvraag dan ook door een (bevoegde en gespecialiseerde) instantie (opnieuw) ten gronde te laten onderzoeken.¹³⁸

Het lijkt duidelijk dat het mechanisme van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet niet voldoet om aan deze strenge vereisten te beantwoorden en bijgevolg noch het gepaste middel is om misbruik tegen te gaan, noch de toegang tot de procedure voldoende verzekert.

2. Het probleem: artikel 51/8 Vreemdelingenwet

Het probleem van de onduidelijke criteria voor het in overweging nemen van meervoudige asielaanvragen en de erg uiteenlopende praktijk en rechtspraak bij de concrete toepassing ervan, ligt in de eerste plaats ontegensprekelijk in de regelgeving zelf en bij een slordige Belgische wetgever. Zoals aangetoond werd, heeft die in 2006 een grondige hervorming van de asielprocedure willen doorvoeren zonder de gemaakte keuzes consequent door te trekken. Enerzijds heeft de wetgever de bevoegdheden van de DVZ in de asielprocedure willen beperken tot louter administratieve taken; anderzijds heeft hij van haar de portier van de asielprocedure gemaakt en een aantal inhoudelijke beoordelingsbevoegdheden van de grond van de vervolgingsvrees of het reële risico opgelegd die ernstige consequenties kan hebben voor mogelijke vluchtelingen. Het voorbeeld bij uitstek van die dubbelzinnige oplossing is precies artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet.

Tot overmaat van ramp heeft de wetgever van de hervorming in 2006 geen gebruik gemaakt om de interne wetgeving aan te passen aan de Europese Procedurerichtlijn die weliswaar gelijkaardige, doch terminologisch en inhoudelijk sterk verschillende criteria oplegt. Dit heeft er mede toe geleid dat België momenteel tot de strengste EU-lidstaten behoort voor het beoordelen van 'nieuwe elementen' bij het in aanmerking nemen van meervoudige asielaanvraag en de enige EU-lidstaat is waar een andere

¹³⁷ In haar opmerkingen betreffende het wetsontwerp ter hervorming van de asielprocedure in 2006 heeft UNHCR haar bekommernis geuit betreffende de beoordeling van nieuwe elementen door de Dienst Vreemdelingenzaken: « *L'UNHCR estime que les examens préliminaires devraient couvrir tant les questions de fait que de droit. La notion d'éléments nouveaux devrait être interprétée de manière protectrice, conformément à l'objet et au but de la Convention de 1951. Les faits à l'appui de l'essence de la demande qui pourraient contribuer à la révision de la décision antérieure devraient en général être considérés comme des éléments nouveaux.* » (UNHCR, *Commentaires du HCR pour les réfugiés au sujet de l'avant-projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et du projet de loi réformant le Conseil d'Etat et instituant un Conseil du Contentieux des Etrangers*, 3 février 2006, blz. 16. – zie ook UNHCR, *Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive du Conseil relatives à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats Membres*, 9 novembre 2004).

Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming ('Kwalificatierichtlijn'), Preambule, overweging (14): “*De erkenning van de vluchtelingenstatus heeft declaratoire kracht*” – dit houdt in dat iemand niet vluchteling wordt omdat hij als dusdanig erkend wordt, maar net andersom als dusdanig erkend wordt omdat hij een vluchteling is.

¹³⁸ UNHCR wees er reeds herhaaldelijk op dat het negeren van stukken die de essentie van de asielaanvraag ondersteunen een schending kan uitmaken van het Verdrag van 1951 betreffende de status van vluchtelingen en, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de zaak, leiden tot een schending van het beginsel van **non-refoulement**: “*No case should be rejected solely on the basis that the relevant information was not presented or documents were not submitted earlier. To ignore evidence which supports the essence of the claim would be in breach of the 1951 Convention and may, depending on the specific circumstances of the case, lead to a violation of the non-refoulement principle.*” (UNHCR, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case Between Mir Isfahani and the Netherlands - Application 31252/03*, mei 2005, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/454f5e484.html>)

instantie daarvoor de bevoegdheid draagt dan de instantie die asielaanvragen ten gronde onderzoekt (het CGVS).¹³⁹

Tenslotte is ook de rechtspraak er niet in geslaagd een eenduidige en duidelijke interpretatie van artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet te geven. Het Grondwettelijk Hof heeft zich terzijde wel uitgesproken over de grondwettelijke draagwijdte van de bevoegdheidsbepaling die in het artikel aan DVZ wordt opgelegd, maar werd niet gevraagd zich over de conformiteit van de erin bepaalde criteria met artikel 32 van de Procedurerichtlijn uit te spreken. Bovendien hebben zowel de Raad van State als de RvV erg uiteenlopende interpretaties aan het artikel en de grondwettelijke interpretatie ervan gegeven.

Het is dan ook helemaal niet verwonderlijk dat de praktijk van DVZ, die slechts over beperkte bevoegdheden en expertise inzake asiel beschikt, ook eenduidigheid mist. Het valt haar niet aan te rekenen dat de wetgever en de rechtspraak haar niet enkel met onduidelijke, maar zelfs verwarring scheppende aanwijzingen opzadelt, die grote rechtsonzekerheid creëren.¹⁴⁰

3. Aanbevelingen

Aan de wetgever:

Zoals zou moeten blijken uit voorafgaande vaststellingen, zou het van een intellectuele oneerlijkheid getuigen de DVZ verantwoordelijk te stellen voor de formalistische, zichzelf tegensprekende en niet voldoende beschermingsgerichte praktijk bij het in overweging nemen van meervoudige asielaanvragen.

In de eerste plaats is er dringend een wetgevend initiatief nodig om de onduidelijkheid uit de weg te helpen. Daarbij kunnen tezelfdertijd de consequenties van de beoogde hervorming uit 2006 verder doorgetrokken worden en de hoognodige omzettingen van de Procedurerichtlijn doorgevoerd worden.

Zo lijkt het logischer de bevoegdheid voor het bepalen of een asielzoeker bij een volgende asielaanvraag al dan niet nog toegang tot de procedure krijgt, over te hevelen aan het CGVS. Daarmee wordt tegelijk vooruitgelopen op de afschaffing van de mogelijkheid dit door een andere instantie te laten uitvoeren dan diegene die ten gronde bevoegd is voor de asielaanvragen, zoals de Procedurerichtlijn dit momenteel nog toelaat. Het huidige voorstel van de Commissie voorziet in de

¹³⁹ UNHCR, 'APD Analyse', blz. 53: "From the research, it is apparent that some of those Member States (Belgium, France, the Netherlands and the UK) that typically receive greater numbers of subsequent applications have developed more extensive interpretation and jurisprudence concerning application of the criteria governing what constitutes new elements and findings. Three of these states (Belgium, the Netherlands and the UK) have adopted a **restrictive interpretation**" en blz. 24: "The exception is Belgium. As mentioned above, it is the **Aliens Office (AO)** and not the determining authority (CGRA) which conducts the preliminary examination of subsequent applications. [...] The AO must apply Article 51/8 of the Aliens Act and assess whether a subsequent application raises new elements which contain significant indications for a well-founded fear of persecution as defined in the 1951 Convention or contain significant indications of a real risk of serious harm warranting subsidiary protection status. This requires the personnel of the AO to **compare the subsequent application with the previous application and the decision of the CGRA and, if any, the judgment of the appeal body (CALL)**. [...] Given the CGRA conducted the examination of the previous application, it is arguable that **the determining authority is better placed to carry out this assessment**. Moreover, the AO must determine whether any new elements may indeed be considered "new" in accordance with national law and, if so, whether these new elements constitute "significant indications" of persecution or serious harm. However, in light of the case law, **the AO is not competent to assess the new elements in the framework of the 1951 Convention or legal provisions on subsidiary protection; nor to evaluate the credibility of purported new elements as the AO has a purely administrative role.** [...] The application of Article 51/8 of the Aliens Act requires that the examining authority is able to assess the new elements in the light of the 1951 Convention and subsidiary protection provisions, which the AO cannot. UNHCR is of the view that the notion of new elements or findings should be interpreted in a protection-oriented manner, in line with the object and purpose of the 1951 Convention and provisions on subsidiary protection."

¹⁴⁰ UNHCR, APD Analyse, blz. 56: "In addition to this formalistic objection, there is concern from a **practical perspective** whether the AO is adequately placed to assess the existence of new elements, given that it was not involved in assessing the original application. This has contributed to a **lack of legal certainty** concerning how the criteria for assessing the existence of new elements are applied, and thus whether subsequent applications should be forwarded to the determining authority for further examination. This has been exacerbated by an apparent **difference in interpretation between francophone and Flemish officials**, due in part to a corresponding **divergence in approach between francophone and Flemish appeal chambers.**"

schrapping van die optie en België is momenteel de eenzame uitzondering die er toepassing van maakt.¹⁴¹ Bovendien kan men zich de vraag stellen of de DVZ sinds de hervorming van 2006 nog wel over voldoende middelen beschikt om zich toe te leggen op de (zelfs marginale) beoordeling van een asielaanvraag in het licht van de criteria van het Verdrag van Genève of van de subsidiaire bescherming.

Het lijkt ook aangewezen de criteria voor het in aanmerking nemen van nieuwe asielaanvragen uit artikel 51/8 van de Vreemdelingenwet aan te passen aan diegene uit artikel 32 van de Procedurerichtlijn, zodat de nadruk eerder komt te liggen op de potentiële relevantie van nieuwe stukken, eerder dan op hun onmiddellijke bewijskracht en op de reden waarom ze laattijdig worden voorgelegd, eerder dan op de strikte chronologie zelf.

Tot slot laat het huidige voorstel van de Europese Commissie ruimte voor de herinvoering van een zogenaamde 'niet terugleiding'-clausule waardoor asielzoekers die niet opnieuw tot de asielprocedure toegelaten worden alsnog aan een controle worden onderworpen i.v.m. het eventueel niet aangewezen zijn van een terugleiding naar het land van herkomst.¹⁴² Door daar in de wetgeving in te voorzien, voorkomt men een vorm van misbruik van de procedure die er enkel op gericht is de uitvoering van een terugleidingsbeslissing te vermijden en stelt de wetgever zich tezelfdertijd beschermingsgericht op.

Voor de rechtspraak:

In afwachting van een wetgevend initiatief lijkt het aangewezen pogingen te ondernemen de huidige onduidelijkheid en tegenstrijdigheid omtrent de draagwijdte van artikel 51/8 en van de bevoegdheid van de DVZ bij de toepassing ervan, door hogere rechtscolleges te laten beoordelen.

In eerste instantie kan gedacht worden aan het stellen van prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie over de conformiteit van het wetsartikel met de huidige Procedurerichtlijn. Misschien kan verheldering geschapen worden over wat *“ernstige aanwijzingen van een gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Verdrag van Genève, zoals bepaald in artikel 48/3, of [...] van een reëel risico op ernstige schade zoals bepaald in artikel 48/4”* precies betekent als de vereiste bewijskracht ervan beperkt moet zijn tot nieuwe elementen of bevindingen *“die de kans aanzienlijk groter maken dat de asielzoeker voor erkenning als vluchteling in aanmerking komt krachtens Richtlijn 2004/83/EG”*. Of in hoeverre het zich voordoen van feiten of situaties *“na de laatste fase in de procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen aanbrengen”* compatibel kan zijn met het feit dat hij ze *“buiten zijn toedoen [...] niet kon doen gelden”*.

Ook op nationaal niveau zou een principiële uitspraak van de Raad van State, de RvV of het Grondwettelijk Hof kunnen verduidelijken in welke mate de DVZ nog bevoegd is om zelfs maar de meest marginale, of *prima facie*, beoordeling te doen van de bewijskracht van een nieuw voorgedragen element voor de gegrondheid van de verklaarde vervolgingsvrees of reëel risico ná de wetwijzigingen van 2006, waarbij de ontvankelijkheidsgronden uit artikel 52 van de Vreemdelingenwet uit handen van de DVZ genomen werden, en na het arrest van het Grondwettelijke Hof uit 2008, dat de DVZ verbiedt op grond van artikel 51/8 de 'aard' van nieuwe elementen te beoordelen in het licht van het Verdrag van Genève.

Aan de DVZ

Ondertussen kan, in afwachting van wetgevende en/of rechtsprekende initiatieven de DVZ enkel aangemoedigd worden om haar beperkte bevoegdheid inzake meervoudige asielaanvragen zo beschermingsgericht en richtlijnconform mogelijk te interpreteren en aan te wenden.

¹⁴¹ Eu. Comm., 'Voorstel aanpassing Procedurerichtlijn', artikel 4(2).

¹⁴² nieuw artikel 35(8): *“Indien, na een definitieve beslissing waarbij een volgend verzoek overeenkomstig artikel 29, lid 2, onder d), niet-ontvankelijk wordt verklaard of na een definitieve beslissing om een volgend verzoek als ongegrond af te wijzen, de betrokken persoon vóór de uitvoering van een terugkeerbesluit in dezelfde lidstaat een nieuw verzoek om internationale bescherming indient, kan deze lidstaat: a) een uitzondering maken op het recht om op het grondgebied te blijven, mits de beslissingsautoriteit zich ervan heeft vergewist dat een terugkeerbesluit niet zal leiden tot direct of indirect refoulement in strijd met de internationale en communautaire verplichtingen van die lidstaat[...].”*

Zolang de Belgische wetgever in gebreke blijft de Procedurerichtlijn ter dege om te zetten in de Belgische wetgeving, meent het BCHV dat er voldoende juridisch sluitende argumenten zijn die de DVZ aanzetten zich te beperken tot het loutere aannemen van nieuwe stukken of verklaringen en tenzij die 'manifest irrelevant' zijn, de nieuwe asielaanvragen over te maken aan het CGVS. Bovendien lijkt de onmogelijkheid zich nog langer op de kennelijke ongegrondheid van de aanvraag te beroepen en haar onontvankelijk te verklaren (o.b.v. artikel 52 van de Vreemdelingenwet), zelfs de 'marginale' toetsingsbevoegdheid van de DVZ op de helling te zetten.

Minstens zou de DVZ zich bij het beoordelen van nieuwe elementen dienen te richten op de ruimere criteria zoals die opgenomen zijn in artikel 32 van de Procedurerichtlijn, dat voor de rechtsonderhorige rechtstreekse toepassing heeft in de Belgische rechtsorde sinds de Belgische wetgever ze gebrekkig omgezet heeft. De minimumgrens bij dergelijke richtlijnconforme interpretatie is dat de toegang tot de procedure niet ontzegd mag worden, wat vanuit beschermingsgerichte invalshoek betekent dat nieuwe elementen of bevindingen, dus stukken zowel als verklaringen of getuigenissen, altijd aangenomen en verder ten gronde onderzocht moeten worden als zij potentieel ("de kans vergroten") verwijzen naar de kern van het asielrelaas en de erin aangehaalde vervolgingsvrees of reële risico.

CONCLUSION GENERALE

Les deux parties de cette analyse ont été faites par deux juristes différents du CBAR, qui ont utilisé une approche légèrement différente.

Cependant, tant la première partie sur l'application du Règlement Dublin, que la seconde partie, sur le traitement des demandes multiples arrivent aux mêmes conclusions concernant le rôle essentiel qu'a conservé l'OE dans l'accès à une protection en Belgique. Depuis la réforme de la procédure d'asile de 2007, certains voudraient considérer le rôle de l'OE dans la procédure comme un rôle purement administratif. Or, nous avons vu dans la présente analyse que nous ne pouvons pas faire l'impasse d'une interprétation « protection » du rôle de l'OE, sans risques de violer des principes fondamentaux et de respect du droit des demandeurs d'asile.

Si l'on peut se réjouir du fait qu'en général les instances d'asile belge ont une interprétation maximaliste de la définition de réfugié et de la protection subsidiaire, il est important, comme nous l'avons vu, d'être attentif à veiller à assurer aussi un réel accès à une procédure de qualité et conforme à l'acquis communautaire pour toute personne qui cherche une protection en Belgique. Or, nous avons pu constater dans les deux parties de notre analyse que des efforts réels doivent encore être faits, tant au niveau législatif, que pratique, pour se conformer aux prescrits fondamentaux nationaux et européens, ainsi qu'aux directives européennes.

Enfin, cette analyse met également en avant que certaines notions ont besoin d'être éclaircies et interprétées (comme par exemple sur la portée de l'article 18 de la Charte ou sur la conformité de l'actuel article 51/8 avec la Directive Procédure). Pour cela, il serait nécessaire que la Cour de Justice de l'UE de Luxembourg puisse se prononcer sur des questions préjudicielles et ainsi donner des lignes claires à la jurisprudence et faciliter la pratique.

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	3
<u>PREMIER PARTIE : APPLICATION DU REGLEMENT DUBLIN EN BELGIQUE EN ACCORD AVEC « L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE »</u>	5
INTRODUCTION	5
I. CADRE NORMATIF	9
1. Les traités sur l'Union européenne (ci après, TUE) et sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci après, TFUE)	9
2. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci après, la Charte)	11
II. MISE EN ŒUVRE DU REGLEMENT EN BELGIQUE.....	16
1. Mise en Œuvre par l'Office des Etrangers	17
2. Contrôle de la mise en œuvre du Règlement exercé par le CCE	33
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	39
<u>DEEL TWEE : MEERVOUDIGE ASIELAANVRAGEN:</u>	40
INLEIDING.....	40
I. WETTELIJK KADER	41
II. CRITERIA VOOR HET IN AANMERKING NEMEN VAN MEERVOUDIGE ASIELAANVRAGEN	44
1. 'Nieuw' zijn.....	45
2. Een 'ernstige aanwijzing' uitmaken	45
3. Zich voorgedaan hebben na de laatste fase van de vorige procedure waarin dat mogelijk was	51
CONCLUSIE VAN HET TWEEDE DEEL	55
CONCLUSION GENERALE	60