



UDN als effectief rechtsmiddel post-M.S.S.

**Overzicht van de rechtspraak van de Raad voor
Vreemdelingenbetwistingen: In overeenstemming
met de Europese waarborgen tegen mishandeling
en foltering bij de uitvoering van
uitwijzingsbeslissingen**

Juni 2012





**Comité Belge d'Aide aux Réfugiés -
Belgisch Comité voor Hulp aan Vluchtelingen**

Rue des Palais 154 – Paleizenstraat 154

1030 Bruxelles – 1030 Brussel

Email : info@cbar-bchv.be

Tel: 02/537 82 20

Fax: 02/537 89 82

Redactie: Benoît Dhondt - Tristan Wibault

Herlezing: Marjan Claes – Ruben Wissing

Inhoudstafel

Inleiding	p. 4
1. Inhoud van het M.S.S.-arrest	p. 6
1.1. Verplichtingen van de instanties inzake Dublin onder artikel 3 EVRM	p.6
1.2. Overeenstemming UDN-procedure en artikel 13 EVRM	p. 9
2. De rechtspraak van de RvV na het M.S.S.-arrest	p. 15
2.1. Het schorsend effect en de termijnen	p. 15
2.2. De 3 cumulatieve UDN-voorwaarden	p. 22
2.2.1. Het uiterst dringend karakter	p. 22
2.2.2. De ernst van de aangevoerde middelen	p. 24
a. Het prima facie onderzoek onder artikel 3 EVRM	p. 26
b. De bewijslast: een verdedigbare grief	p. 29
c. De aard en het bewijs van het risico	p. 32
d. Tijdstip van de beoordeling van het risico	p.35
e. Onderzoeksbevoegdheid	p.36
2.2.3. Een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel	p. 37
3. Toepassing in concreto van artikel 3 EVRM in het prima facie onderzoek van de RvV	p. 38
3.1. Tijdstip aanvoering en beoordeling feiten	p.38
3.2. Onderzoeksplicht van DVZ	p. 43
3.3. De drempel van de verdedigbare grief voor de RvV	p. 52
3.3.1. Een grief met betrekking tot een risico uit het verleden	p. 52
3.3.2. Rapporten	p. 54
3.3.3. Een concreet risico	p. 58
Conclusie.....	p.64

Inleiding

Deze nota wil de invloed nagaan van het M.S.S.- arrest¹ geveld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna 'EHRM' of 'het Hof') op de rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna 'RvV' of 'de Raad') in de **schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen uitwijzingsbeslissingen**, de zogenaamde UDN-procedure. In het M.S.S.- arrest werd België door het EHRM veroordeeld voor de schending van artikel 3 en artikel 13 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (hierna 'EVRM' of 'de Conventie'). In deze zaak ging het om een Afghaanse asielzoeker die door België in toepassing van de Dublin II-Verordening² gedwongen naar Griekenland werd teruggebracht. De verzoeker had eerder al in mensonwaardige omstandigheden een tijd in Griekenland doorgebracht, een land dat berucht was geworden voor haar gebrekkige asielsysteem. De Dublintransfer werd in het M.S.S.-arrest door het Hof beoordeeld als een schending van artikel 3 EVRM. Het beroep dat de persoon in kwestie tegen de terugname bij de RvV had ingesteld, een schorsingsberoep in uiterst dringende noodzakelijkheid, werd geoordeeld geen daadwerkelijk rechtsmiddel uit te maken in de zin van artikel 13 EVRM³.

Om te beginnen zullen we kort op een gestructureerde manier nagaan wat het EHRM in het M.S.S.-arrest gesteld heeft in het kader van haar analyse van artikel 13 EVRM met betrekking tot de UDN-procedure voor de RvV. Daarna zullen we ingaan op hoe de RvV de UDN-procedure na het M.S.S.-arrest hervormd heeft⁴. Zo zullen we in het tweede deel van de analyse nagaan wat de RvV na het M.S.S.-arrest standaard stelt, *i.e.* de inhoud en structuur waar elk UDN-arrest na 17 februari 2011 op buigt, en in het derde deel zullen we naar gevalsspecifieke variatie kijken, *i.e.* de concrete invulling die de nieuwe rechtspraak geeft aan het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM.

We kunnen nu al opmerken dat het M.S.S.-arrest een **Dublinspecifiek** arrest is, hoewel het arrest ook gevolgen heeft die de Dublinproblematiek overstijgen en argumenten biedt die bij elk verzoek tot schorsing van de uitvoering van een uitwijzingsmaatregel kunnen ingeroepen

¹ M.S.S. c. Belgique et Grèce, (Requête no 30696/09) - 21 janvier 2011.

² Verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend.

³ Artikel 13 EVRM: Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

⁴ Zoals we later zullen zien is deze hervorming doorgevoerd aan de hand van een zevental principe-arresten, uitgesproken in Algemene Vergadering op 17 februari 2011.

worden. De aard van de controle uitgevoerd door de Raad tijdens de UDN-procedure in Dublinzaken is bijzonder belangrijk omdat het de eerste en meestal de enige controle is van een rechter op een administratieve beslissing tot uitwijzing. Andere uitwijzingsbeslissingen komen meestal na het doorlopen van een volledige asielprocedure die haar eigen beroepswaarborgen biedt, wat op zich de ruimte beperkt van de controle in UDN⁵ (met soms andere specifieke voorwaarden zoals bv. voorzien in artikel 51/8 VW over nieuwe elementen bij het indienen van een meervoudige asielaanvraag)⁶.

Het M.S.S.-arrest biedt evengoed (gedeeltelijke) antwoorden op wat een 'verdedigbare grief' uitmaakt, wat de onderzoeksplicht onder artikel 13 EVRM vereist, en dergelijke meer. Daar komt nog bij dat de aanpassingen die de RvV aan 'zijn' UDN-procedure⁷ heeft aangebracht niet beperkt zijn tot de Dublinprocedure, noch tot de beoordeling van ingeroepen middelen die enkel betrekking hebben op artikel 3 EVRM.

⁵ In die zin, *Sultani c. France* (Requête no 45223/05) - 20 septembre 2007.

⁶ Zie CBAR-BCHV, *L'accès à la procédure d'asile en Belgique*, juin 2010 ; <http://www.cbar-bchv.be/LinkClick.aspx?fileticket=XnFjk-mLEOg%3d&tabid=225&mid=880&language=nl-NL>

⁷ We kunnen spreken over de aanpassingen aan de RvV zijn UDN-procedure omdat de gemaakte aanpassingen zoals hierboven vermeld door rechtspraak zijn ingevoerd en niet door een wetwijziging.

1. Inhoud van het M.S.S.- arrest

1.1. Verplichtingen van de instanties inzake Dublin onder artikel 3 EVRM

Niettegenstaande het feit dat het M.S.S.-arrest interessant is voor het Europees asielrecht in het algemeen, beperken we ons bij deze analyse tot de elementen die directe gevolgen hebben voor de werking van de Raad als schorsingsrechter.

- Aansprakelijkheid

In de eerste plaats stelt het Hof dat de Belgische overheid zich niet kan verschuilen achter de Europese wetgeving om haar verplichtingen onder het EVRM te ontlopen:

«338. (...) un Etat demeure entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation (ibidem, §§ 155-157).

S'agissant de la protection des droits fondamentaux assurée par le droit communautaire, la Cour a constaté qu'elle était équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention (ibidem, § 165). Pour parvenir à cette conclusion, elle a attaché une grande importance au rôle et aux compétences de la CJCE, devenue CJUE, en la matière, considérant en effet que l'effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépendait des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect (ibidem, § 160). (...) »⁸

Dit geldt tevens bij de toepassing van de Dublin II-Verordening waar lidstaten rekening moeten houden met de **kwaliteit van het asielbeleid** in de verantwoordelijke lidstaat:

«342. (...) Il en résulte que lorsqu'ils appliquent le règlement « Dublin », il appartient aux Etats de s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé, directement ou indirectement, dans son pays d'origine sans une évaluation, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, des risques qu'il encourt. »⁹

⁸ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; § 338.

⁹ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; § 342.

De verplichting om de kwaliteit van de asielprocedure na te gaan in andere Europese landen werd nogmaals benadrukt door recente rechtspraak van het Hof van Justitie:

“83. De bestaansreden van de Unie en de verwezenlijking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid en meer bepaald van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel, dat berust op wederzijds vertrouwen en een vermoeden dat de overige lidstaten het Unierecht en meer in het bijzonder de grondrechten eerbiedigen, staan namelijk op het spel.

84. Bovendien zou het niet in overeenstemming zijn met de doelstellingen en het systeem van verordening nr. 343/2003 indien de geringste schending van de richtlijnen 2003/9, 2004/83 of 2005/85 zou volstaan om de overdracht van een asielzoeker aan de normaal gesproken bevoegde lidstaat te verhinderen. Door het vermoeden te vestigen dat de grondrechten van de asielzoeker zullen worden geëerbiedigd in de lidstaat die normaal gesproken bevoegd is om zijn asielverzoek te behandelen, beoogt verordening nr. 343/2003 namelijk een duidelijke en hanteerbare methode in te voeren om snel te kunnen bepalen welke lidstaat bevoegd is voor de behandeling van een asielverzoek, zoals uit met name de punten 124 en 125 van de conclusie in zaak C 411/10 blijkt. Daartoe voorziet verordening nr. 343/2003 in een regeling die inhoudt dat slechts één lidstaat, die op basis van objectieve criteria wordt aangewezen, bevoegd is om een in een Unieland ingediend asielverzoek te behandelen.

85. Indien iedere niet-naleving van afzonderlijke bepalingen van de richtlijnen 2003/9, 2004/83 of 2005/85 door de bevoegde lidstaat tot gevolg zou hebben dat de lidstaat waarin een asielverzoek wordt ingediend, de asielzoeker niet aan die eerste staat kan overdragen, zou aan de in hoofdstuk III van verordening nr. 343/2003 neergelegde criteria om de bevoegde lidstaat te bepalen, een extra uitsluitingscriterium worden toegevoegd, volgens hetwelk onbeduidende schendingen van voormelde richtlijnen in een bepaalde lidstaat, ertoe kunnen leiden dat deze staat wordt ontslagen van de in deze verordening bepaalde verplichtingen. Dit zou die verplichtingen elke inhoud ontnemen en de verwezenlijking van het doel, snel te bepalen welke lidstaat bevoegd is om een in de Unie ingediend asielverzoek te behandelen, in gevaar brengen.

86. Ingeval ernstig moet worden gevreesd dat het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de verantwoordelijke lidstaat tekort schieten, waardoor asielzoekers die aan deze lidstaat worden overgedragen, er onmenselijk of vernederend worden behandeld in de zin van artikel 4 van het Handvest, is deze overdracht echter in strijd met die bepaling.”¹⁰

¹⁰ N. S. (C 411/10) tegen Secretary of State for the Home Department, en M. E. (C 493/10), A. S. M., M. T., K. P., E. H. tegen Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform; §§ 83-86;

Deze verplichting maakt een **positieve verplichting** uit. Volgens het Hof van Justitie dienen de lidstaten zich te informeren over de werking van het asielbeleid in andere Europese landen¹¹.

- Onderzoek

Het Hof stelt vooreerst ernstige schendingen van het EVRM vast ten aanzien van de Griekse Staat bij haar behandeling van asielzoekers. Vervolgens analyseert het Hof hoe de Belgische instanties het risico op mishandeling in Griekenland in de zin van artikel 3 EVRM in de praktijk hebben ingeschat.

Hierbij uit het Hof om te beginnen kritiek op het onderzoek gevoerd door Dienst Vreemdelingenzaken (hierna 'DVZ'). Het stelt dat DVZ **niet onwetend was of kon zijn** over de talrijke rapporten die de inbreuken door de Griekse Staat vaststellen wat betreft de asielprocedure en opvang- en detentieomstandigheden in Griekenland. De procedure bij DVZ voorziet ook niet in de mogelijkheid voor de verzoeker om aan te geven waarom hij zich verzet tegen de overdracht naar Griekenland. Er werd door DVZ namelijk geen belang gehecht aan de getuigenissen van de asielzoekers aangezien ze tijdens het interview geen mogelijkheid kregen om hun ervaringen in het eerste land van asiel te bespreken. Het Hof stelt hierbij vast dat de vragenlijst ingevuld door DVZ hier geen ruimte voor laat.

« 351. (...) la Cour remarque que la procédure menée par l'Office des étrangers en application du règlement « Dublin » n'a laissé aucune possibilité au requérant de faire état des raisons s'opposant à son transfert vers la Grèce. Le formulaire, rempli par l'Office des étrangers, ne contient de fait aucune rubrique à ce sujet (paragraphe 130 ci-dessus).

352. Dans ces conditions, la Cour considère que la situation générale était connue des autorités belges et estime qu'il n'y a pas lieu de faire peser toute la charge de la preuve sur le requérant. Au contraire, elle juge établi qu'en dépit des quelques exemples d'application de la clause de souveraineté fournis par le Gouvernement qui, au demeurant, ne concernaient pas la Grèce,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=nl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=128284>

¹¹ N. S. (C 411/10); op cit.; §§ 91-94.

l'Office des étrangers appliquait systématiquement le règlement « Dublin » pour transférer des personnes vers la Grèce sans s'interroger sur l'opportunité d'y déroger. »¹²

Het Hof stelt dat de Belgische overheid eerst moet onderzoeken hoe de Griekse autoriteiten hun asielwetgeving in praktijk brengen in plaats van conformiteit met de Conventie te veronderstellen en de volledige bewijslast op de schouders van de asielzoeker te laten rusten. Had de Belgische overheid dit wel correct gedaan, dan had ze kunnen vaststellen dat **het risico reëel** in Griekenland **en voldoende geïndividualiseerd** was om onder de toepassing van artikel 3 EVRM te vallen:

“359. Le Gouvernement soutient que, devant les autorités belges, le requérant n'a pas suffisamment individualisé le risque de ne pas avoir accès à la procédure d'asile et d'être victime d'un refoulement par les autorités grecques. La Cour estime cependant qu'il revenait précisément aux autorités belges, devant la situation telle que décrite ci-dessus, de ne pas se contenter de présumer que le requérant recevrait un traitement conforme aux exigences de la Convention mais au contraire de s'enquérir, au préalable, de la manière dont les autorités grecques appliquaient la législation en matière d'asile en pratique. Ce faisant, elles auraient pu constater que les risques invoqués par le requérant étaient suffisamment réels et individualisés pour relever de l'article 3. Le fait qu'un grand nombre de demandeurs d'asile en Grèce se trouvent dans la même situation que le requérant ne fait pas obstacle au caractère individualisé du risque invoqué, dès lors qu'il s'avère suffisamment concret et probable.”¹³

Deze vaststelling komt overeen met eerdere rechtspraak waarbij het Hof besliste dat het behoren tot een welbepaalde groep voldoende kan zijn om een mogelijke schending van artikel 3 EVRM aan te tonen als er voldoende elementen voorhanden zijn die aantonen dat de leden van die groep op systematische wijze een slechte behandeling ondergaan.¹⁴

1.2. Overeenstemming UDN-procedure en artikel 13 EVRM

Zoals hierboven uiteengezet, besluit het Hof in het M.S.S.- arrest eerst dat de Belgische overheid een ernstig risico op onmenselijke behandeling had moeten vaststellen. Vervolgens gaat het Hof in op de UDN-procedure en in welke mate deze procedure voldoet aan de voorwaarden van een daadwerkelijk rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM. Het Hof uit kritiek

¹² M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §§ 351-352.

¹³ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §359.

¹⁴ Zie infra punt 2.2.2. c.

zowel op de kwaliteit van de afweging die door de Raad gemaakt wordt als op de praktische voorwaarden van toegang tot de UDN-procedure.

Er wordt staten geen uniek model opgelegd voor de in concreto invulling van de waarborgen voor een effectief rechtsmiddel die artikel 13 EVRM vereist. Volgens het subsidiariteitsbeginsel zijn staten vrij om hun beroepsprocedure te bepalen zolang dat de effectiviteit ervan wordt verzekerd. In het arrest Jabari¹⁵ stelt het Hof:

“48 (...) Cette disposition a donc pour conséquence d’exiger un recours interne habilitant l’instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. En outre, dans certaines conditions, l’ensemble des recours offerts par le droit interne peut répondre aux exigences de l’article 13 (arrêt Chahal précité, pp. 1869-1870, § 145).”

In toepassing van het recht op onderzoek onder artikel 13 EVRM, moet de procedure in haar geheel bekeken worden. Het arrest Yoh-Ekale Mwanje¹⁶, vormt hiervan een goed voorbeeld. In dit arrest wordt het (medisch) onderzoek gevoerd door DVZ binnen de 9ter-procedure als te algemeen beschouwd en wordt aan de RVV verweten geen onderzoek ex nunc gevoerd te hebben. Er wordt vervolgens een schending vastgesteld van artikel 13:

“ 106. La Cour constate qu’en l’espèce l’évaluation du risque encouru sous l’angle de l’article 3 de la Convention en raison de l’état de santé de la requérante a été envisagée dans le seul cadre de la procédure de demande d’autorisation de séjour pour raisons médicales prévue par l’article 9ter de la loi sur les étrangers. (...) La Cour constate que l’avis du fonctionnaire médecin sur lequel se fonde la décision de l’OE du 12 janvier 2010 refusant la régularisation de la requérante pour raisons médicales énumère une série d’informations et de considérations générales sur la disponibilité des ARV au Cameroun et contient une description des infrastructures médicales qui les dispensent. (...) Aucun examen médical n’ayant encore été mené à son terme en vue de faire le point sur l’évolution de l’affection de la requérante, le fonctionnaire médecin ignorait le type de traitement dont elle avait besoin. (...) Saisi d’un recours en annulation contre la décision de l’OE, le CCE a ensuite considéré, dans son arrêt du 19 avril 2010, que l’OE avait correctement motivé sa décision compte tenu des informations disponibles au moment de rendre sa décision.

¹⁵ Jabari c. Turquie (Requête no. 40035/98), 11 juillet 2000, §50.

¹⁶ Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique (Requête no 10486/10) - 20 décembre 2011 ; §§ 106-107.

107 (...) la Cour est forcée de constater que les autorités belges ont tout simplement fait l'économie d'un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de la requérante pour conclure à l'absence de risque sous l'angle de l'article 3 en cas de renvoi au Cameroun et poursuivre la procédure d'éloignement décidée le 17 décembre 2009.

La Cour en conclut que la requérante n'a pas bénéficié d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention et qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 3. »

Het M.S.S.- arrest stelt zowel een schending van artikel 3 EVRM vast bij de betekening van de beslissing tot overname door DVZ als een schending van artikel 13 EVRM voor wat de wettigheidstoetsing door de Raad betreft.

Met betrekking tot het grondig onderzoek dat artikel 13 EVRM vereist, stelt het Hof in de eerste plaats dat het gevestigde rechtspraak is dat elke klacht die stelt dat verwijdering naar een ander land een persoon aan een behandeling *contra* artikel 3 EVRM zou blootstellen, grondig en precies onderzoek vergt. Hoewel Staten over een zekere appreciatiemarge beschikken, vereist artikel 13 EVRM dat het bevoegde orgaan over de mogelijkheid moet beschikken om de **grond van de grief** te onderzoeken en om **gepast herstel** te bieden. *In casu* is het onderzoek van de RVV volgens het Hof niet grondig genoeg omdat de Raad zijn onderzoek beperkt tot het nagaan of de persoon in kwestie concreet bewijs heeft aangedragen van de onherroepelijke aard van het nadeel. Volgens het Hof verhoogt dit de **bewijslast** dermate dat het een onderzoek ten gronde van het vermeende risico op een schending verhindert. Daar komt volgens het Hof nog bij dat, indien de betrokkenen na hun interview met DVZ extra stukken aan hun dossier wilden toevoegen met betrekking tot artikel 3 EVRM-grievens de Raad deze stukken niet altijd in overweging nam. Dit verhindert hen volgens het Hof om het verdedigbaar karakter van hun grieven onder artikel 3 EVRM aan te tonen.

« 387. (...) la Cour rappelle qu'il ressort également de la jurisprudence (paragraphe 293 ci-dessus) que le grief d'une personne selon lequel son renvoi vers un pays tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention doit faire l'objet d'un contrôle attentif et rigoureux et que la conformité avec l'article 13 implique, sous réserve d'une certaine marge d'appréciation des Etats, que l'organe compétent puisse examiner le contenu du grief et offrir le redressement approprié.

388. Selon la Cour, l'exigence résultant de l'article 13 de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire, c'est-à-dire en faisant abstraction de ces exigences quant à l'étendue du contrôle. Le contraire reviendrait en effet à reconnaître aux Etats la faculté de procéder à l'éloignement de l'intéressé sans avoir procédé à un examen aussi rigoureux que possible des griefs tirés de l'article 3.

189. Or, la procédure en extrême urgence aboutit précisément à ce résultat. Le Gouvernement explique lui-même que cette procédure réduit à sa plus simple expression l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause. Les arrêts dont la Cour a connaissance (paragraphe 144 et 148 ci-dessus) confirment que l'examen des griefs tirés de l'article 3 auquel procédaient certaines chambres du Conseil du contentieux des étrangers, à l'époque de l'expulsion du requérant, n'était pas complet. En effet, celles-ci limitaient leur examen à vérifier si les intéressés avaient produit la preuve concrète du caractère irréparable du préjudice pouvant résulter de la violation potentielle alléguée de l'article 3, alourdissant ainsi la charge de la preuve dans des proportions telles qu'elles faisaient obstacle à un examen au fond du risque de violation allégué. Qui plus est, quand bien même les intéressés tentaient, dans ce but, de compléter leur dossier postérieurement à l'entretien avec l'Office des étrangers, le Conseil du contentieux des étrangers ne prenait pas toujours ces éléments en compte. Les intéressés se retrouvaient ainsi empêchés d'établir le caractère défendable de leurs griefs tirés de l'article 3 de la Convention. »¹⁷

Het Hof heeft ook de **schorsende werking** van de UDN-vordering onder haar mensenrechtelijke loep genomen. Het Hof buigt op een uitgebreide jurisprudentiële traditie voor wat de schorsende werking van een daadwerkelijk rechtsmiddel betreft. In het arrest Jabari t. Turkije¹⁸ vroeg het EHRM reeds om te voorzien in een mogelijkheid tot schorsing bij het vaststellen van een reëel risico op een behandeling *contra* artikel 3 EVRM ten gevolge van een uitwijzing:

« 50. (...) vu l'importance qu'elle attache à l'article 3, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert, d'une part, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 et, d'autre part, la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse. »

¹⁷ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §§ 387-389.

¹⁸ Jabari c. Turquie, op. cit ; §48.

Het Hof heeft deze verplichting daarna verstrengd door een automatische schorsing te eisen zolang de grief niet onderzocht werd. Deze verplichting wordt verduidelijkt in het arrest Conka¹⁹ :

« 79. La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (voir, mutatis mutandis, Jabari précité, § 50). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention. Toutefois, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13 (Chahal précité, p. 1870, § 145).

In het arrest Gebremedhin, herhaalt het Hof de noodzaak van een automatische schorsing om te kunnen spreken van een daadwerkelijk rechtsmiddel.

« 67. La Cour en déduit en l'espèce que, n'ayant pas eu accès en « zone d'attente » à un recours de plein droit suspensif, le requérant n'a pas disposé d'un « recours effectif » pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 (...) »²⁰

Het Hof stelt ten slotte in het M.S.S.-arrest dat de vereiste van een **automatisch schorsend beroep** geen bijkomstige of subsidiaire maatregel betreft, maar dat deze direct voortvloeit uit de vereiste grondigheid van het onderzoek. Er anders over beslissen zou er volgens het Hof op neerkomen dat het staten toegestaan is personen te verwijderen zonder hun grieven onder artikel 3 EVRM zo grondig mogelijk te onderzoeken. De schorsende werking en de rigoureuze onderzoeksplicht hangen dus nauw samen, meer zelfs: de schorsende werking is een constitutief onderdeel van de onderzoeksplicht.

Het Hof ziet evenmin in hoe er zonder schorsende werking effectief herstel kan bewerkstelligd worden. De schorsende werking maakt dus eveneens een constitutief onderdeel uit van het effectief herstel:

“393. (...) la Cour n'aperçoit pas comment, à défaut d'effet suspensif, la juridiction pouvait encore offrir au requérant un redressement approprié, quand bien même elle aurait conclu à une violation de l'article 3. »²¹

¹⁹ Conka c. Belgique (Requête no 51564/99), 5 février 2002 ; §79.

²⁰ Gebremedhin [gaberamadhien] c. France (Requête no.25389/05) - 26 avril 2007, §67

Ten slotte oordeelt het Hof ook nog dat het feit dat de verzoeker *in concreto* onherstelbare schade moet aantonen door de mogelijke schending van artikel 3 EVRM er voor zorgt dat er geen reële vooruitzichten zijn op gepast herstel onder artikel 13 EVRM.

Volgens het Hof voldoet de UDN-procedure dan ook niet aan de vereisten van artikel 13 EVRM.

Samenvattend kunnen we met betrekking tot het oordeel van het Europees Hof over de conformiteit van het onderzoek door de RvV bij de vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid met artikel 13 EVRM (*juncto* artikel 3 EVRM²²) het volgende stellen. Artikel 13 EVRM vereist dat het bevoegde orgaan, *i.c.* de RvV, over de mogelijkheid moet beschikken om de grond van de grief aandachtig en rigoureuus te onderzoeken en ook over de mogelijkheid om gepast herstel te bieden. Het EHRM acht het onderzoek door de RvV niet grondig omdat de RvV zijn onderzoek beperkt tot het nagaan of de persoon in kwestie concreet bewijs heeft aangedragen van de onherroepelijke aard van het nadeel dat hij zou ondervinden bij een mogelijke schending van artikel 3 EVRM. De tijdsgrens waarbinnen relevante stukken moeten worden aangedragen om een schending van artikel 3 EVRM aan te tonen, is een tweede reden waarom het onderzoek niet grondig kan genoemd worden. Ten derde staat ook het gebrek aan automatisch schorsende werking van de vordering een grondig onderzoek in de weg. De vereisten om van een verdedigbare grief te kunnen spreken die tot een onderzoek ten gronde noopt, zijn ook hier te hoog. Het *in concreto* aantonen van onherstelbare schade door een mogelijke schending van artikel 3 EVRM wordt *in casu* te hoog bevonden als drempel. Ten vierde is er volgens het Hof niet enkel geen mogelijkheid tot gepast herstel als er geen automatische schorsende werking is, maar ook als de bewijslast te zwaar is en vereist dat concrete onherstelbare schade als gevolg van een mogelijke schending van artikel 3 EVRM aangetoond wordt.

²¹ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §393.

²² Het zou een abstractie zijn om de inhoud van artikel 13 EVRM op zichzelf te beoordelen en niet in relatie tot de concrete artikels waar het samen mee wordt ingeroepen. De inhoudelijke vereisten van artikel 13 EVRM, zo zullen we later ook zien, verschillen (zij het 'slechts' in gradatie) naargelang ze met een absoluut recht als dat onder artikel 3 EVRM worden ingeroepen, of met een gekwalificeerd recht als dat onder artikel 8 EVRM.

2. De rechtspraak van de RvV na het M.S.S.-arrest

Om aan de verzuchtingen van het M.S.S.-arrest tegemoet te komen en zijn rechtspraak weer in lijn te brengen met die van het Europese Hof, velde de RvV op 17 februari 2011 in Algemene Vergadering 7 principearresten met betrekking tot UDN-vorderingen. Deze zaken hadden zowel betrekking op beslissingen tot overname in toepassing van de Dublin II-Verordening (Polen en Spanje) als op teruggedrijvingsmaatregelen en een bevel om het grondgebied te verlaten in toepassing van artikel 7 Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna de 'Vreemdelingenwet').

Die zeven arresten, en alle UDN- arresten sedertdien, delen een gelijkaardige structuur en bepaalde inhoudelijke uiteenzettingen: na het feitenrelaas, zet de RvV de nieuwe standaard UDN-rechtspraak post-M.S.S. uiteen. We zullen die bespreken in de volgorde dat ze in de arresten uiteengezet wordt en tegen het licht van het M.S.S.-arrest houden. We zullen eerst het van rechtswege schorsend effect van de UDN-vordering bespreken, en daarna de drie cumulatieve voorwaarden om zo een vordering in te stellen. Onder de tweede cumulatieve voorwaarde, die van het ernstig middel, dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen de rechtspraak over artikel 3 EVRM en die over artikel 8 EVRM. Ons onderzoek beperkt zich tot de rechtspraak over artikel 3 EVRM en zal zich niet buigen over de nuances bij de toepassing van artikel 8 EVRM in de UDN-procedure.

We bespreken dit hieronder aan de hand van het arrest nummer 56201 dat over een overdracht naar Polen ging in toepassing van de Dublin-II-Verordening en waar een schorsing toegekend werd op basis van artikel 3 EVRM.

2.1. Het schorsend effect en de termijnen

Voor wat betreft het indienen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid stelt de Raad vanaf arrest nr. 56201 van 17 februari 2011 standaard²³:

²³ 'Standaard' wil hier zeggen dat de hieronder geciteerde rechtspraak onveranderlijk als patroon herhaald wordt in alle UDN-arresten die er op volgen, dit wil ook zeggen dat deze rechtspraak los van de concrete omstandigheden van de zaak voorkomt en algemeen is.

“2.1. Opdat dit beroep zou voldoen aan de eisen van artikel 13 van het EVRM, moet het om daadwerkelijk te zijn, beschikbaar zijn in rechte en in feite, in het bijzonder in die zin dat het instellen ervan niet op ongerechtvaardigde wijze belemmerd mag worden door handelingen of nalatigheden van de overheid van de verwerende Staat (EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 290; EHRM 8 juli 1999, Cakici/Turkije, § 112). Artikel 13 van het EVRM vereist een intern beroep waardoor de inhoud van de grief kan worden onderzocht en waardoor gepast herstel kan worden verkregen, ook al beschikken de staten over een zekere beoordelingsmarge wat de manier betreft waarop ze de verplichtingen nakomen die hen door deze bepaling worden opgelegd (EHRM 11 juli 2000, Jabari/ Turkije, § 48; EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 291), waarbij er bijzondere aandacht dient te worden besteed aan de snelheid van het beroep zelf, want het is niet uitgesloten dat de buitensporige duur van een beroep het ontoereikend maakt (EHRM 31 juli 2003, Doran/Ierland, § 57; EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 292).

Tot slot, in de hypothese dat een verdedigbare grief wordt aangevoerd afgeleid uit artikel 3 van het EVRM, rekening houdend met het belang dat het EHRM aan dit artikel hecht en met de in dat geval door eventuele foltering of slechte behandeling toegebrachte onherstelbare schade, vereist de daadwerkelijkheid van een beroep in de zin van artikel 13 van het EVRM een nauwgezette controle door een nationale overheid (EHRM 12 april 2005, Chamaïev en cons./Georgië en Rusland, § 448), een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van elke grief op grond waarvan redenen bestaan om te geloven in een risico van behandeling die ingaat tegen artikel 3 van het EVRM (EHRM 11 juli 2000, Jabari/ Turkije, § 50) alsook een bijzondere spoed (EHRM 3 juni 2004, Bati en cons./Turkije, § 136). Tevens vereist de daadwerkelijkheid van een beroep in dit geval dat de verzoekende partij over een van rechtswege schorsend beroep beschikt (EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 293; EHRM 5 februari 2002, Čonka/België, §§ 81-83; EHRM 26 april 2007, Gebremedhin (Gaberamadhien)/Frankrijk, § 66).

[...]

2.2.3 [...] Heeft de verzoekende partij binnen die schorsende termijn een beroep tot schorsing van de tenuitvoerlegging van deze maatregel bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend, dan volgt uit de samenlezing van de hiervoor aangehaalde artikelen 39/83 en 39/82, § 4, tweede lid van de vreemdelingenwet dat dit beroep van rechtswege schorsend is en dit tot op het ogenblik van de uitspraak van de Raad. In dit geval is de Raad er wettelijk toe gehouden om met toepassing van artikel 39/82, § 4, tweede lid, tweede zin van de vreemdelingenwet, de zaak af te doen binnen de in de vreemdelingenwet gestelde termijnen, waarbij deze organisatiegebonden termijnen zijn waarvan de overschrijding geen gevolgen heeft op het van rechtswege schorsend effect.

2.2.4. Dient een verzoekende partij een beroep in buiten de in artikel 39/83 van de vreemdelingenwet bepaalde schorsende termijn, dan volgt uit de samenlezing van enerzijds de hiervoor gestelde eis dat - opdat het beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in feite en in rechte minstens zou beantwoorden aan de vereiste van artikel 13 van het EVRM, voor zover dit een verdedigbare grief gegrond op artikel 3 van het EVRM bevat - de verzoekende partij over een van rechtswege schorsend beroep beschikt, en anderzijds de eerste en de laatste zin van het voornoemde artikel 39/82, § 4, tweede lid van de vreemdelingenwet, dat, indien de verzoekende partij het voorwerp uitmaakt van een verwijderings- of terugdrijvingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is en zij nog geen vordering tot schorsing heeft ingeleid, zij dan de schorsing van deze verwijderings- of terugdrijvingsmaatregel kan vorderen bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Doet zij dit, dan kan om te voldoen aan de voornoemde eis van rechtswege schorsend beroep, de laatste zin van deze paragraaf niet anders worden gelezen dan dat het instellen van deze vordering van rechtswege schorsend is en dit totdat de Raad uitspraak heeft gedaan over de vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Indien de Raad de schorsing niet toestaat, dan wordt de dwanguitvoering van de maatregel opnieuw mogelijk. Elke andere lezing van deze bepaling is niet verenigbaar met de vereiste van een daadwerkelijk beroep en met de aard zelf van een jurisdictionele handeling.

2.2.5. *Aangezien de hiervoor besproken gemeenrechtelijke regeling zich enerzijds niet beperkt tot de hypothese waarin artikel 3 van het EVRM in het gedrang dreigt te zijn, en anderzijds dezelfde regeling minstens ook die hypothese moet omvatten, geldt de voorgaande conclusie inzake het bestaan in het interne recht van een van rechtswege schorsend beroep voor alle beroepen tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend tegen een verwijderings- of terugdrijvingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is.*

Van de verzoekende partij mag evenwel verwacht worden dat ze zich in het raam van de procedure tot vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, geen variabele en rekbaar termijn toekent voor het indienen van haar beroep, maar dat ze, rekening houdende met de vaststelling dat ze het voorwerp uitmaakt van een verwijderings- of terugdrijvingsmaatregel met imminent karakter, waarvoor ze in het raam van de tenuitvoerlegging ervan ter beschikking van de Regering is geplaatst, haar beroep indient binnen de door artikel 39/57 van de vreemdelingenwet gestelde beroepstermijn. Het voornoemde artikel 39/82, § 4 van de vreemdelingenwet moet dan ook in die zin worden begrepen dat het erin besloten van rechtswege schorsend effect niet geldt indien de verzoekende partij de vordering heeft ingediend buiten de beroepstermijn.

De Raad bevestigt dus dat artikel 13 EVRM een beroep vereist dat toelaat de inhoud van een grief ten gronde te onderzoeken. De Raad stelt verder dat waar het een grief betreft waarvoor redenen bestaan om te geloven in een risico van behandeling die ingaat tegen artikel 3 EVRM er een nauwgezette controle door een nationale overheid vereist is, en een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek.

De Raad vervolgt dat het beroep om daadwerkelijk te zijn **van rechtswege schorsend** moet zijn. Vervolgens gaat de Raad over tot de kwalificatie van die schorsende termijnen. Enerzijds kan de verzoekende partij binnen de **schorsende termijn** een UDN-beroep indienen, dit wil zeggen binnen de termijnen van artikel 39/83²⁴ en 39/82, §4, tweede lid²⁵ van de Vreemdelingenwet. Dient de verzoekende partij buiten die schorsende termijn van vijf dagen een beroep in bij uiterst dringende noodzakelijkheid en gaat het om een verdedigbare grief gegrond op artikel 3 EVRM dan vereist artikel 13 EVRM, en de invulling die het EHRM aan dit artikel heeft gegeven, dat de laatste alinea van artikel 39/82, §4, tweede lid van de Vreemdelingenwet zo wordt gelezen dat **het instellen van een UDN-vordering op zich** van rechtswege schorsend is.

De RvV wijst verder nog op het onderscheid, tussen schorsende termijnen en beroepstermijnen. De temporele beperkingen die de Raad door middel van zijn rechtspraak verlegt om tegemoet te komen aan het M.S.S.- arrest betreffen enkel de schorsende termijnen, de beroepstermijnen worden ongemoeid gelaten. Vóór de aanpassingen van 17 februari 2011 was de schorsende termijn beperkt tot de eerste 5 dagen van de beroepstermijn²⁶. Om tegemoet te komen aan wat artikel 13 EVRM volgens het Hof in het M.S.S.- arrest vereist, heeft de RvV dus beslist dat **de schorsende werking, om van rechtswege te gelden, even lang moet duren als de beroepstermijn**. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de vordering enkel schorsende werking verkrijgt als ze effectief wordt ingesteld. De verwijderingsbeslissing wordt de eerste vijf dagen nadat ze genomen is niet uitgevoerd: artikel 39/83 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat er slechts tot de gedwongen uitvoering van de verwijderings- of terugdrijvingsmaatregel zal worden overgegaan ten vroegste vijf dagen, zonder dat dit minder dan drie werkdagen mag bedragen, na de kennisgeving van de

²⁴ *i.e.* vijf dagen, zonder dat dit minder dan drie werkdagen mag bedragen, na de kennisgeving van de maatregel.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ De beroepstermijn in UDN bedraagt vijftien dagen gezien de verzoekers zich *de facto* altijd in detentie (of de zogenaamde ‘welbepaalde plaats’) bevinden. Deze termijn vloeit voort uit artikel 39/57, §1 van de Vreemdelingenwet.

maatregel. Enkel tijdens die eerste vijf dagen van de beroepstermijn gebeurt de schorsing dus automatisch; na die vijf dagen kan ze enkel nog voortvloeien uit een effectief ingestelde UDN-vordering. Zoals gesteld heeft de RvV dus de in de Wet bepaalde temporele grenzen van de schorsende termijn verlegd: het van rechtswege schorsend effect geldt immers niet meer indien de vordering wordt ingediend buiten de beroepstermijn, meer zelfs de vordering is dan onontvankelijk.

In arrest nr. 57973 van 17 maart 2011 (Hongaarse Dublinzaak) bevestigt de Raad inderdaad dat een UDN vordering, ingediend buiten de gewone beroepstermijn van 30 dagen, of de verkorte termijn van 15 dagen, geen schorsend effect van rechtswege heeft en bovendien in afwezigheid van overmacht onontvankelijk is, niettegenstaande dat de verzoeker nieuwe elementen had voorgelegd die konden wijzen op een mogelijke schending van artikel 3 EVRM bij uitwijzing. De Raad stelt in dit arrest:

“3.3. [...] het betrokken arrest [M.S.S.] zich nergens uitspreekt over de termijn waarover een verzoekende partij zou beschikken om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen. Het EHRM spreekt zich, wat termijnen betreft, slechts uit over het feit dat er niet voldoende tijd zat tussen de oproeping om ter terechtzitting te verschijnen en de eigenlijke terechtzitting (EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 392)” en dat “[...] de toegankelijkheidsvereiste vervat in artikel 13 van het EVRM niet verhindert dat er voorwaarden van procedurele aard, zoals termijnen en vormvereisten worden gesteld aan een mogelijke klacht of dat bepaalde financiële drempels worden ingebouwd, in zoverre deze voorwaarden niet onredelijk en/of arbitrair zij of een vorm van machtsafwending uitmaken (J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), Handboek EVRM Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar, Volume I, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, 118 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

[...]

Daar waar de verzoekende partij nog verwijst naar recente informatie en recent ontvangen stukken, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij nalaat uiteen te zetten en dat ook niet kan worden ingezien op welke manier dit gegeven kan verantwoorden dat zij heeft nagelaten tijdens de gewone beroepstermijn van ook maar één rechtsmiddel van de verschillende rechtsmiddelen waarover zij krachtens de vreemdelingenwet beschikt, ook daadwerkelijk gebruik te maken.”

In arrest nr. 66644 van 14 september 2011 (terugdrijvingsbeslissing) bevestigt de Raad deze rechtspraak en stelt hij:

“2.3. ... De Raad zou zijn bevoegdheid overschrijden mocht hij een laattijdig beroep toch behandelen. De verzoekende partij heeft echter steeds de mogelijkheid om aan te tonen dat haar laattijdigheid aan overmacht is te wijten. Overmacht kan enkel voortvloeien uit een gebeurtenis buiten de menselijke wil om die door deze wil niet kon worden voorzien noch vermeden.

Verzoekende partij verklaart dienaangaande het volgende: “Verzoeker kreeg weliswaar al een beslissing tot terugdrijving op 5.7.2011, maar vroeg asiel aan. De aanvraag werd verworpen op 5.8.2011. Op 26.8.2011 kwam vast te staan dat verzoeker lijdt aan een ernstige chronische aandoening. Op 29.8.2011 werd tegenpartij aangeschreven door raadsman van verzoeker en met het verzoek niet over te gaan tot verwijdering wegens schending van artikel 3 EVRM. Tegenpartij vond het niet nodig hierop te reageren. Er werd een verzoek tot invrijheidstelling ingediend op 5.9.2011, maar op 7.9.2011 werd er een beslissing genomen tot verlenging van de vasthouding aangezien er op 12.9.2011 een nieuwe evaluatie zou gebeuren op grond van een onderzoek van 9.9.2011. Verzoeker heeft dan ook in casu diligent gehandeld daar de schending van artikel 3 EVRM pas kwam vast te staan op het ogenblik dat de resultaten betreffende het bloedonderzoek gekend waren (26.8.2011). tegenpartij werd onmiddellijk aangeschreven door raadsman van verzoeker (29.8.2011). ...

Daargelaten de vaststelling dat verwerende partij niet op de hoogte was van de medische situatie van verzoekende partij op het ogenblik van het nemen van haar beslissing dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij nalaat uiteen te zetten en dat ook niet kan worden ingezien op welke manier dit gegeven kan verantwoorden dat zij heeft nagelaten tijdens de gewone beroepstermijn gebruik te maken van de rechtsmiddelen waarover zij op dat ogenblik kon beschikken. Er dient derhalve te worden vastgesteld dat de verzoekende partij geen geldige verantwoording kan geven voor het indienen van haar verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid buiten de beroepstermijn van vijftien dagen. De ingediende vordering is dan ook niet ontvankelijk.»

Omdat men, bij gebrek aan wetgevend initiatief, via de rechtspraak getracht heeft tegemoet te komen aan de eisen van het EHRM, blijft de verzoeker afhankelijk van de welwillendheid van de rechter in een rechtssysteem waar de rechtspraak geen precedentwaarde heeft. Zo besliste de Raad in het arrest nr. 83659 van 25 juni 2012, om een aanvraag tot voorlopige maatregelen²⁷ ingediend in toepassing van artikel 39/85

²⁷ Artikel 39/85 VW biedt de mogelijkheid om een schorsingsberoep ingediend volgens de standaardprocedure, te activeren op het moment dat de uitvoering van het bevel imminent wordt. De voorlopige maatregelen die hier genomen kunnen worden door de rechter in toepassing van artikel 39/84 VW moeten aan dezelfde voorwaarden voldoen als deze onder artikel 39/82 VW.

onontvankelijk te verklaren omwille van een gebrek aan diligentie, dit terwijl artikel 39/85 geen termijn voorziet. *“Een beroep tot die procedure bij hoogdringendheid staat slechts open voor een verzoeker die diligent handelt, wat betekent dat de vordering zo snel mogelijk na de kennisgeving van de bestreden beslissing (...) wordt ingediend.”* In het arrest staat te lezen dat de verzoeker *“niet verheldert om welke reden hij, nadat hij reeds op 11 juni 2012 van zijn vrijheid werd beroofd, nog tot 22 juni 2012 heeft gewacht alvorens via een vordering tot het horen bevelen van voorlopige maatregelen de versnelde behandeling vordert van zijn op 1 juni 2012 ingediende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging.”*²⁸

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de schorsing die optreedt bij het indienen van een UDN-vordering binnen de termijn van 15 dagen enkel en alleen het gevolg is van de toepassing door de Raad van zijn eigen rechtspraak. DVZ, verantwoordelijk voor de uitwijzing, is wettelijk niet gebonden om het schorsend effect te respecteren wanneer de vordering ingediend wordt buiten de termijn van 5 dagen zoals voorzien in artikel 39/83 Vreemdelingenwet. Kan men in dit opzicht dan spreken van het voldoende waarborgen van een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM? De huidige regeling tussen RvV en DVZ is vergelijkbaar met deze tussen de Raad van State en DVZ ten gevolge van de veroordeling in het arrest Conka²⁹.

“83. Ensuite, quand bien même ce risque d'erreur serait négligeable en pratique – (...) il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention (voir, mutatis mutandis, Iatridis c. Grèce [GC], n° 31107/96, § 58, CEDH 1999-II).

Or il apparaît que l'administration n'est pas tenue de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion tant que le référé d'extrême urgence est pendant, pas même au cours d'un délai minimum raisonnable permettant au Conseil d'Etat de statuer. De plus, c'est sur celui-ci que repose en pratique la charge de s'enquérir des intentions de l'administration quant aux expulsions envisagées et d'agir en conséquence, mais rien ne semble l'obliger à le faire. Enfin,

²⁸ In dit arrest roept de rechter nog een gebrek aan formele uiteenzetting van de feiten in terwijl hij *in concreto* wel de nodige informatie had gekregen om de toestand te beoordelen. Zie L'ERABLIERE A.S.B.L. c. Belgique (Requête n° 49230/07) du 24 février 2009 ; §38 : « 38. *Cela étant, la Cour a conclu à plusieurs reprises que l'application par les juridictions internes de formalités à respecter pour former un recours est susceptible de violer le droit d'accès à un tribunal. Il en est ainsi quand l'interprétation par trop formaliste de la légalité ordinaire faite par une juridiction empêche, de fait, l'examen au fond du recours exercé par l'intéressé.* »

²⁹ Conka c. Belgique, op.cit ; §83.

c'est en vertu de simples instructions internes que, dans ce but, le greffier du Conseil d'Etat, sur instructions du conseiller, prend contact avec l'administration, sans que l'on connaisse les conséquences d'une éventuelle omission dans ce domaine. Au bout du compte, le requérant n'a aucune garantie de voir le Conseil d'Etat et l'administration se conformer dans tous les cas à la pratique décrite, ni a fortiori de voir le Conseil d'Etat statuer, ou même siéger, avant son expulsion, ou l'administration respecter un délai minimum raisonnable.

Il y a là autant d'éléments qui rendent le traitement du recours trop aléatoire pour pouvoir satisfaire aux exigences de l'article 13. »

Om een correct gevolg te geven aan het M.S.S.-arrest en de vereiste waarborgen te bieden op een effectief rechtsmiddel zou met andere woorden een wetwijziging doorgevoerd moeten worden.

De vraag kan dan ook gesteld worden of de procedurele vereisten die eigen zijn aan de UDN-vordering (*i.c.* de beroepstermijnen) wel de door het EHRM vereiste flexibiliteit bieden om een effectief rechtsmiddel tegen een potentiële schending van artikel 3 EVRM uit te maken. Het is immers goed mogelijk dat informatie die op het risico van een dergelijke schending wijst, niet voor of tijdens vernoemde termijnen voorhanden is, maar pas erna. De administratieve legitimiteit van de UDN-termijnen terzijde gelaten, is **het risico zelf op een schending van artikel 3 EVRM dat voortvloeit uit een verwijdering niet in de tijd beperkt** tot de periode van de verwijderingsbeslissing of tot het verstrijken van de beroepstermijnen ertegen. Dit betekent dat het kan voorvallen dat een rigide toepassing van deze termijnen een ongeoorloofde hindernis kunnen uitmaken in de materiële toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM.

2.2. De 3 cumulatieve UDN-voorwaarden

2.2.1. Het uiterst dringende karakter

Het is vaste rechtspraak van de Raad dat aan de voorwaarde van uiterste dringendheid voldaan is als de verzoekende partij van haar vrijheid beroofd is met het oog op verwijdering. Het is echter ook mogelijk dat die zich niet in detentie bevindt, in welk geval hij moet aantonen dat het nadeel dat hij zal ondervinden niet adequaat kan geredieerd worden met de gewone schorsingsprocedure.

Voorlopig weigert de Raad echter om het uiterst dringende karakter te aanvaarden wanneer er **geen detentiemaatregel** verbonden is aan de betekening van het bevel om het grondgebied te verlaten.

Nochtans zijn er verschillende gevallen waar de betekening van het bevel op zich al duidelijke schadelijke gevolgen kan hebben. (Bijvoorbeeld wanneer een familie een opvang structuur moet verlaten als gevolg van het bevel.) Zo argumenteert de Raad in een arrest van 17 februari 2012:

“In de mate dat de verzoekers in hun uiteenzetting verwijzen naar de elementen die het moeilijk te herstellen nadeel betreffen, wordt verwezen naar hetgeen verder wordt uiteengezet.

Te dezen dient te worden vastgesteld dat verzoekers geen dienstige gegevens aanbrengen waarom de schorsing van de tenuitvoerlegging volgens de gewonde procedure te laat zou komen. Er is immers tegen verzoekende partij geen enkele dwangmaatregel uitgevaardigd met het ook op haar repatriëring, waarvoor geen datum bepaald werd (zie in die zin RvS 2 maart 2005, nrs. 141.510 en 141.512, RvS 1 juni 2011, nr. 213.641). Evenmin zijn verzoekers vastgehouden of bevinden zij zich in een gesloten centrum.”³⁰

De Raad bevestigt hiermee de rechtspraak van de Raad van State over de uitvoering van het bevel om het grondgebied te verlaten, namelijk in diens arrest nr. 141.510 van 2 maart 2005.

“Considérant qu’il est constant que, hormis dans des cas exceptionnels où ils sont assortis d’une mesure de contrainte en vue du rapatriement, la partie adverse ne procède pas systématiquement au contrôle de l’exécution effective des ordres de quitter le territoire qui sont délivrés; que dès lors, la seule référence à l’ordre de quitter le territoire qui a été délivré ne suffit pas à démontrer l’existence de l’extrême urgence; »

Gezien de huidige wetgeving en context lijkt deze redenering zijn pertinentie te hebben verloren. Door de omzetting van de Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied

³⁰ RvV arrest nr. 75.440 van 17 februari 2012.

verblijven, (hierna 'Terugkeerrichtlijn'), vormt de uitvoering van de uitwijzingsbeslissing niet langer een mogelijkheid maar is ze een verplichting geworden.³¹

De verschillende initiatieven genomen door de Belgische overheid om de efficiëntie van het terugkeerbeleid te verbeteren tonen aan dat de betekening van een bevel niet langer zonder controle van de effectieve uitvoering ervan zal gebeuren.

2.2.2. De ernst van de aangevoerde middelen

Met betrekking tot de interpretatie van deze voorwaarde in het geval een schending van een bepaling van het EVRM wordt aangevoerd, stelt de Raad vanaf zijn principearresten van 17 februari 2011 standaard het volgende:

“3.3.1.2. Ten einde in overeenstemming te zijn met de eis van daadwerkelijkheid van een beroep in de zin van artikel 13 van het EVRM, is de Raad in het raam van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid gehouden tot een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van elke verdedigbare grief op grond waarvan redenen bestaan om te geloven in een risico van behandeling die ingaat tegen een van de rechten gewaarborgd door het EVRM, zonder dat dit evenwel tot een positief resultaat moet leiden. De draagwijdte van de verplichting dat artikel 13 van het EVRM op de Staat doet wegen, varieert volgens de aard van de grief van de verzoekende partij (cf. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, §§ 289 en 293; EHRM 5 februari 2002, Čonka/ België, § 75).

De verzoekende partij moet in het verzoekschrift een verdedigbare grief aanvoeren, hetgeen inhoudt dat zij op aannemelijke wijze kan aanvoeren dat zij geschaad is in één van haar rechten gewaarborgd door het EVRM (vaste rechtspraak EHRM: zie bv. EHRM 25 maart 1983, Silver en cons./Verenigd Koninkrijk, § 113).

Het onderzoek van het ernstig karakter van een middel kenmerkt zich in schorsingszaken door het prima facie karakter ervan. Dit prima facie onderzoek van de door de verzoekende partij aangevoerde verdedigbare grief afgeleid uit de schending van een recht gewaarborgd in het EVRM, moet, zoals gesteld, verzoenbaar zijn met de eis van daadwerkelijkheid van een beroep

³¹ Zie nieuw artikel 7 VW en de interpretatie van de Justitie Hof : « §45 (...) zowel uit de loyaliteitsplicht van de lidstaten als uit de vereisten van doeltreffendheid die in herinnering zijn gebracht met name in punt 4 van de considerans van richtlijn 2008/115, volgt dat aan de bij artikel 8 van deze richtlijn aan de lidstaten opgelegde verplichting om in de in lid 1 van dat artikel genoemde gevallen de verwijdering uit te voeren, zo spoedig mogelijk moet worden voldaan.” HvJ, (C 329/11) Alexandre Achughbadian tegen Préfet du Val-de-Marne, 6 december 2011.

in de zin van artikel 13 van het EVRM en inzonderheid met de vereiste tot onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van elke verdedigbare grief. Dit houdt in dat, indien de Raad bij dit onderzoek op het eerste gezicht vaststelt dat er redenen voorhanden zijn om aan te nemen dat deze grief ernstig is of dat er minstens twijfels zijn over het ernstig karakter ervan, hij in deze stand van het geding het aangevoerde middel als ernstig beschouwt. Immers, de schade die de Raad toebrengt door in de fase van het kort geding een middel niet ernstig te bevinden dat achteraf, in de definitieve fase van het proces toch gegrond blijkt te zijn, is groter dan de schade die hij berokkent in het tegenovergestelde geval. In het eerste geval kan het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zich voltrokken hebben, in het tweede geval zal ten hoogste voor een beperkte periode de bestreden beslissing zonder reden geschorst zijn.³²

De RvV stelt dus dat hij zelf een **onderzoeksplicht** heeft die moet voldoen aan de vereisten van artikel 13 EVRM: elke verdedigbare grief gegrond op de rechten die gewaarborgd worden door het EVRM die door de verzoekende partij in het verzoekschrift aangevoerd wordt, moet **onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk** onderzocht worden. Zelf al gebeurt het onderzoek in schorsingszaken slechts *prima facie*, dan nog moet het, zo stelt de Raad, in overeenstemming zijn met artikel 13 EVRM, en dus in het bijzonder onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk zijn. De Raad stelt daarom dat indien hij op het eerste zicht – ‘*prima facie*’ – vaststelt dat er **redenen voorhanden zijn om aan te nemen dat een grief ernstig is**, of zelfs in geval er **twijfels zijn over dat ernstig karakter van de grief**– en dus in feite, van zodra hij de ernst van de grief niet kan uitsluiten – , hij het aangevoerde middel als ernstig beschouwt.

Op het eerste zicht, stemt deze invulling van de onderzoeksplicht door de RvV overeen met de vereisten gesteld door artikel 13 EVRM, voor zover dat het begrip ernstig karakter versoepeld wordt door het *prima facie* onderzoek en begrepen wordt als een verdedigbare grief.

Vanaf zodra het (*prima facie*) onderzoek uitwijst dat de grief verdedigbaar is, gaat de Raad over tot schorsing. Hij voert dus zelf **geen grondig onderzoek** uit tijdens de beoordeling van de UDN-vordering en beperkt zich, om aan artikel 13 EVRM te voldoen, tot het vaststellen van het verdedigbare karakter van de grief. De twee soorten grieven worden dus door de RvV *de facto* gelijkgesteld: een ernstige grief lijkt ook een verdedigbare grief te veronderstellen, zonder dat de Raad deze overeenkomst tussen de ernst van een grief en haar verdedigbaar karakter

³² RvV (AV), arrest nr. 56201 van 17 februari 2011.

evenwel verder expliciteert – wat te betreuren valt nu volgens de Raad het voldoen aan de vereisten van artikel 13 EVRM bij het UDN-onderzoek precies daar op berust.

a. [Het prima facie onderzoek onder artikel 3 EVRM](#)

De nadruk die in de rechtspraak van de RvV gelegd wordt op het *prima facie* karakter van het onderzoek is een belangrijke verbetering van de bescherming geboden door de schorsingsprocedure. Het verduidelijkt de wetgeving die eist dat *“ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte kunnen verantwoorden en [...] dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen”* (artikel 39/82 §2 van de Vreemdelingenwet). Het begrip ‘*prima facie*’ houdt in dat er minder zekerheid over de effectiviteit van de gevreesde schending vereist is in hoofde van de rechter om over te gaan tot schorsing.

Arrest nr. 56203 van 17 februari 2011 definieert het begrip ‘*prima facie* onderzoek’ in het kader van artikel 3 EVRM evenwel niet. Er kan uit de rechtspraak van het Europees Hof afgeleid worden dat er een **ruime interpretatie** aan gegeven dient te worden. Immers: ook al wordt een beslissing tot schorsing later zonder voorwerp verklaard, het is altijd beter om potentieel ernstige gevolgen te vermijden.

De Raad heeft in haar rechtspraak echter de elementen die in overweging genomen worden om de ernst van een grief vast te stellen **strikt geïnterpreteerd**:

“4.3.2.2.1. Artikel 3 van het EVRM bepaalt dat "Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen". Deze bepaling bekrachtigt een van de fundamentele waarden van elke democratische samenleving en verbiedt in absolute termen folteringen en onmenselijke of vernederende behandelingen, ongeacht de omstandigheden en de handelingen van het slachtoffer (vaste rechtspraak: zie bv. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 218).

Het EHRM heeft reeds geoordeeld dat de verwijdering door een lidstaat een probleem ten aanzien van artikel 3 van het EVRM kan opleveren en dus een verdragsluitende Staat verantwoordelijk kan stellen, wanneer er ernstige en bewezen motieven bestaan om aan te nemen dat de verzoekende partij in het land van bestemming een reëel gevaar loopt om te worden onderworpen aan behandelingen die in strijd zijn met artikel 3 van het EVRM. In deze omstandigheden houdt artikel 3 van het EVRM de verplichting in de persoon in kwestie niet naar

dat land te verwijderen (zie EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 75 en de arresten waarnaar wordt verwezen; adde EHRM 26 april 2005, Müslim/Turkije, § 66).

4.3.2.2.1. Om te beoordelen of er ernstige en bewezen motieven bestaan om aan te nemen dat de verzoekende partij een reëel gevaar loopt op een door artikel 3 van het EVRM verboden behandeling, houdt de Raad zich aan de door het EHRM gegeven aanwijzingen. In dezen heeft het EHRM geoordeeld dat, om het bestaan van een gevaar van slechte behandelingen na te gaan, de te verwachten gevolgen van de verwijdering van de verzoekende partij naar het land van bestemming dienen te worden onderzocht, rekening houdend met de algemene situatie in dat land en met de omstandigheden die eigen zijn aan het geval van de verzoekende partij (zie EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 78; EHRM 28 februari 2008, Saadi/Italië, §§ 128-129 en EHRM 30 oktober 1991, Vilvarajah en cons./Verenigd Koninkrijk, § 108 in fine).

4.3.2.2.2. Wat het onderzoek van de algemene situatie in een land betreft, hecht het EHRM vaak belang aan de informatie vervat in de recente verslagen afkomstig van onafhankelijke internationale organisaties voor de verdediging van de rechten van de mens zoals Amnesty International of van overheidsbronnen (zie bv. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, §§ 347 en 348; EHRM 5 juli 2005, Said/Nederland, § 54; EHRM 26 april 2005, Müslim/Turkije, § 67; EHRM 15 november 1996, Chahal/Verenigd Koninkrijk, §§ 99-100). Het EHRM heeft eveneens geoordeeld dat een eventualiteit van slechte behandelingen wegens een instabiele conjunctuur in een land op zich niet leidt tot een inbreuk op artikel 3 van het EVRM (zie: EHRM 30 oktober 1991, Vilvarajah en cons./Verenigd Koninkrijk, § 111) en dat, wanneer de bronnen waarover het beschikt, een algemene situatie beschrijven, de specifieke beweringen van een verzoekende partij in een geval moeten worden gestaafd door andere bewijselementen (zie: EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 9; EHRM 28 februari 2008, Saadi/Italië, § 131; EHRM 4 februari 2005, Mamatkulov en Askarov/Turkije, § 73; EHRM 26 april 2005, Müslim/Turkije, § 68).

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt echter dat uitzonderlijk, in de zaken waarin een verzoekende partij aanvoert dat zij deel uitmaakt van een groep die systematisch blootgesteld wordt aan een praktijk van slechte behandelingen, de bescherming van artikel 3 van het EVRM optreedt wanneer de verzoekende partij aantoont dat er ernstige en bewezen motieven bestaan om het bestaan van de praktijk in kwestie aan te nemen en om aan te nemen dat zij tot de bedoelde groep behoort (zie: EHRM 28 februari 2008, Saadi/Italië, § 132). In dergelijke omstandigheden eist het EHRM niet dat de verzoekende partij het bestaan aantoont van andere bijzondere kenmerken die haar persoonlijk zouden onderscheiden, indien dat de door artikel 3 van het EVRM geboden bescherming illusoir zou maken. Dit zal worden bepaald in het licht van het relaas van de verzoekende partij en van de beschikbare informatie over het land van

bestemming wat de groep in kwestie betreft (zie: EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 80; EHRM 23 mei 2007, Salah Sheekh/Nederland, § 148).

4.3.2.2.3. Wat het onderzoek van de omstandigheden eigen aan het geval van de verzoekende partij betreft, oordeelde het EHRM dat het ingeroepen risico een individueel karakter heeft indien het voldoende concreet en aantoonbaar is (cf. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 359 in fine).

4.3.2.2.3. Zowel wat de algemene situatie in een land betreft als de omstandigheden eigen aan het geval van de verzoekende partij, moet de verzoekende partij over de materiële mogelijkheid beschikken om te gepasten tijde deze omstandigheden te doen gelden (cf. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 366).

In dit geval wordt het bestaan van een reëel gevaar van een door artikel 3 van het EVRM verboden behandeling beoordeeld op grond van de omstandigheden waarvan de verwerende partij kennis had of had moeten hebben op het ogenblik van de bestreden beslissing (cf. mutatis mutandis: EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 81; EHRM 20 maart 1991, Cruz Varas en cons./ Zweden, §§ 75-76; EHRM 30 oktober 1991, Vilvarajah en cons./Verenigd Koninkrijk, § 107). De verwerende partij moet een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek doen van de gegevens die wijzen op een reëel risico van een door artikel 3 van het EVRM verboden behandeling (EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, §§ 293 en 388).³³

In de praktijk is het moeilijk om vanuit de rechtspraak van de RvV een onderscheid te maken tussen het *prima facie* karakter van een reëel risico tijdens de schorsingsprocedure en het gegronde karakter van het reëel risico zoals het beoordeeld wordt tijdens de procedure tot vernietiging. Het feit dat de geschorste beslissingen meestal ingetrokken worden door de DVZ, laat de Raad weinig ruimte om in zijn rechtspraak dit onderscheid te ontwikkelen. Er kan ook uit afgeleid worden dat het verschil bijna onbestaande is.

Om de precieze inhoud van een **verdedigbare grief** beter te kunnen bepalen, spitsen we ons beter toe op de rechtspraak van het EHRM.

³³ RvV (AV), arrest nr. 56203 van 17 februari 2011.

b. De bewijslast: een verdedigbare grief

Volgens de Raad vraagt het EHRM immers ‘**ernstige en bewezen motieven**’ dat de verzoeker een reëel gevaar loopt op een artikel 3 EVRM-schending.

De Raad stelt vervolgens dat hij bij de beoordeling van deze ‘motieven’ de aanwijzingen van het EHRM volgt. Die aanwijzingen bestaan erin dat de RvV “*de te verwachten gevolgen van de verwijdering van de verzoekende partij naar het land van bestemming*” dient te onderzoeken, en dit “*rekening houdend met de algemene situatie in dat land en met de omstandigheden die eigen zijn aan het geval van de verzoekende partij*”. Voor wat betreft de **algemene omstandigheden** vermeldt de Raad, in navolging van het Hof, het belang van recente verslagen van internationale organisaties. De algemene situatie kan evenwel niet dienen als ondersteuning voor zgn. ‘specifieke beweringen’. De Raad voegt eraan toe dat een eventualiteit van slechte behandeling wegens een ‘instabiele conjunctuur’ op zich niet volstaat om artikel 3 EVRM-schendingen aan te tonen. Voor wat betreft het onderzoek naar de specifieke omstandigheden eigen aan verzoekers situatie stelt de Raad dat het EHRM aanvaardt dat het risico een individueel karakter heeft als het **voldoende concreet en aantoonbaar** is.

We kunnen dus concluderen dat de RvV in termen van bewijslast een ‘**verdedigbare grief**’ vereist, dat dit voor de Raad samenvalt met het begrip ‘**ernstige grief**’ en dat dit inhoudt dat er op aannemelijke wijze aangetoond moet worden dat verzoeker geschaad is in een van haar fundamentele rechten vervat in het EVRM.

De analyse van de Raad moeten we evenwel plaatsen binnen het kader van de rechtspraak van het EHRM over de verdedigbare grief.

Thomas Spijkerboer wijst erop dat het EHRM ook in haar rechtspraak over artikel 3 EVRM de verdedigbare grief als drempel hanteert alvorens over te gaan tot de beoordeling (ten gronde) of er substantiële gronden zijn om aan te nemen dat er een reëel risico is op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM bij verwijdering of niet³⁴. Eens een grief

³⁴ T. SPIJKEBOER, *Subsidiarity and ‘Arguability’: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases*, 2009, p.60.

‘verdedigbaar’ is onder artikel 3 EVRM, oordeelt het Hof dat de grond van de zaak, actief en grondig, onderzocht moet worden.³⁵

Hieruit blijkt o.m. dat het in feite gaat om een **gedeelde bewijslast**. Sinds het Hof in het Cruz Varas-arrest³⁶ *proprio motu* bewijzen is gaan vergaren (in haar onderzoek ten gronde), kunnen we besluiten dat eens de drempel van verdedigbare grief overschreden is, de bewijslast bij de rechtssprekende instanties ligt en een grondig onderzoek vergt. De bewijslast ligt initieel wel bij de verzoeker, die geloofwaardige en consequente verklaringen dient te geven³⁷. Maar indien aan die voorwaarde voldaan is door de verzoeker, verschuift de bewijslast naar de Staat. Volgens Spijkerboer is de drempel van verdedigbare grief in artikel 3 EVRM-rechtspraak dezelfde als die onder artikel 13 EVRM. Belangrijk is dat deze drempel niet vereist dat zelfs maar het risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM met zekerheid bewezen wordt, maar enkel dat wat de verzoeker ter staving aandraagt dit risico **mogelijks moet kunnen bewijzen** (het bewijs moet “*capable of proving*” zijn).

In de rechtspraak van het EHRM is **het verschil (in te bewijzen probabiliteit) tussen het bestaan van een reëel risico en een verdedigbare grief** duidelijk, in tegenstelling tot de rechtspraak van de RVV.

Een beknopt overzicht van cruciale rechtspraak van het Hof kan verduidelijken wat voor het Hof een verdedigbare grief vormt:

Onder andere, in arrest NA t UK³⁸:

“111. (...) It is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (see N. v. Finland, no. 38885/02, § 167, 26 July 2005). Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.”

³⁵ En kan deze niet meer afgedaan worden op basis van louter formele gronden (zie Spijkerboer, 2009, p. 74). Een loutere formele wettelijkheidstoetsing van een nopende uitwijzing, die niet “*the more compelling question of the substance of her fears*” in overweging neemt, ondanks het feit dat “*by that stage the applicant must be considered to have had more than an arguable claim that she would be at risk if removed to her country of origin (Jabari v. Turkey §40)*” volstaat niet opdat artikel 13 EVRM van de Conventie afdoende gerespecteerd zou worden.

³⁶ Cruz Varas and Others v. Sweden (application no. 15576/89). - 20 March 1991.

³⁷ Al aanvaardt het Hof in haar rechtspraak in individuele gevallen eveneens dat een problematische geloofwaardigheid de omkering van de bewijslast niet in het gedrang brengt (EHRM, N. t. Finland, 26 juni 2005, zaak nr. 38885/02).

³⁸ NA v. the United Kingdom (Application no. 25904/07) - 27 June 2008.

Het Hof heeft dit principe ook in het M.S.S.-arrest toegepast en, voor wat betreft de toegang van M.S.S. tot een effectief rechtsmiddel in Griekenland, o.b.v. de elementen die hij aangebracht had de verdedigbaarheid van zijn grief beoordeeld:

“296. Pour la Cour, ces informations montrent que prima facie la situation en Afghanistan a posé et continue de poser un problème d'insécurité généralisée et que le requérant appartient à une catégorie de la population particulièrement exposée aux représailles de la part des forces anti-gouvernementales du fait de ses fonctions d'interprète auprès des forces aériennes internationales. Elle note au demeurant que la gravité de la situation en Afghanistan et les risques qu'elle engendre ne sont pas controversés devant la Cour. Au contraire, le Gouvernement grec a indiqué que sa politique actuelle consistait à ne pas renvoyer de force des demandeurs d'asile vers ce pays, précisément en raison de la situation à risque qui y régnait.

297. La Cour estime dès lors que le requérant a un grief défendable sous l'angle de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention. »³⁹

En ten slotte, in het recentste Diallo-arrest⁴⁰:

*“64. The Court reiterates that “arguable” does not mean that the substantive right must have been violated (see *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 79, Series A no. 116). “Arguability” must be determined in the light of the particular facts and the nature of the legal issue or issues raised (*Boyle and Rice v. the United Kingdom*, 27 April 1988, § 55, Series A no. 131). [...] 70. The Court reiterates that an arguable claim does not entail certainty. [...] Accordingly, the claims of the applicants under Article 3 of the Convention must be considered arguable for the purposes of Article 13 of the Convention.”*

Uit deze rechtspraak blijkt dat de drempel van de verdedigbare grief is bereikt wanneer de verzoeker bewijs aandraagt dat hij **de mogelijkheid heeft te bewijzen dat er substantiële gronden zijn om te geloven dat** indien de aangevochten maatregel zou geïmplementeerd worden, hij zou blootgesteld worden aan een reëel risico. Dit lijkt een erg geringe graad van zekerheid in te houden. Het arrest Diallo bevestigt dit in expliciete bewoordingen: ‘verdedigbaar’ wil niet zeggen dat de schending moet bewezen zijn; het veronderstelt geen zekerheid, maar moet beoordeeld worden in het licht van de specifieke feiten van de zaak en de aard van de concrete rechtsvraag.

³⁹ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §§ 296-297.

⁴⁰ Case of Diallo v. the Czech Republic (Application no. 20493/07) - 23 June 2011; §64.

In het M.S.S.- arrest wordt ook de correcte toepassing van deze drempel in de Belgische UDN-procedure nagegaan, in het kader van de ingeroepen schending van artikel 13 EVRM. Het Hof stelt dat het louter nagaan of de verzoeker zelf concreet bewijs heeft aangevoerd van een potentiële schending niet volstaat voor de Belgische overheid⁴¹. Aangezien er verschillende betrouwbare internationale rapporten ter beschikking zijn over de algemene situatie van asielzoekers in Griekenland, en België dus geacht kan worden op de hoogte te zijn⁴², en er onvoldoende mogelijkheid was om die omstandigheden voor DVZ te laten gelden⁴³, was de drempel voor 'arguability' volgens het Hof bereikt en kon niet verwacht worden dat verzoeker alleen de bewijslast droeg. *In concreto* betekent deze gedeelde bewijslast, volgens het M.S.S.- arrest, dat de Belgische overheid, zowel DVZ als de Raad binnen de door haar uitgevoerde wettigheidscontrole, uit eigen beweging moet verifiëren hoe de wetgeving ter plaatse (*i.e.* in Griekenland) in praktijk wordt toegepast en of de fundamentele rechten worden gerespecteerd.

c. [De aard en het bewijs van het risico](#)

Om het bestaan van een risico op schending van een door het EVRM beschermd recht te bewijzen, volstaat het niet de algemene situatie aan te tonen; het risico moet ook **geïndividualiseerd** zijn in concreto. Die individualisering van het risico wordt versoepeld als de verzoeker kan aantonen dat hij **behoort tot een welbepaalde groep** waarvan niet betwist wordt dat die het risico loopt. Het arrest M.S.S. is een bevestiging van deze EHRM-rechtspraak die als vaststaand kan beschouwd worden en reeds in verschillende contexten beoordeeld werd:

Zoals bijvoorbeeld, in het geval van een Somalische vluchteling van de Ashraf minderheid:

« 248 (...) the applicant cannot be required to establish the existence of further special distinguishing features concerning him personally in order to show that he was, and continues to be, personally at risk. (...) the Court considers, on the basis of the applicant's account and the information about the situation in the "relatively unsafe" areas of Somalia in so far as members of the Ashraf minority are concerned, that it is foreseeable that on his return the applicant would be exposed to treatment in breach of Article 3. It might render the protection offered by that provision illusory if, in addition to the fact of his belonging to the Ashraf – which the

⁴¹ M.S.S. v. Belgium and Greece, §389.

⁴² *Ibid.* §§347, 348 en 353.

⁴³ *Ibid.*, §351.

Government have not disputed –, the applicant were required to show the existence of further special distinguishing features.”⁴⁴ ;

of van een islamitische Tunesiër die verdacht wordt van terroristische activiteiten:

« Dans les affaires où un requérant allègue faire partie d'un groupe systématiquement exposé à une pratique de mauvais traitements, la Cour considère que la protection de l'article 3 de la Convention entre en jeu lorsque l'intéressé démontre, éventuellement à l'aide des sources mentionnées au paragraphe précédent, qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à l'existence de la pratique en question et à son appartenance au groupe visé. »⁴⁵

En, in het M.S.S.- arrest, bij asielzoekers in Griekenland:

« 359. Le Gouvernement soutient que, devant les autorités belges, le requérant n'a pas suffisamment individualisé le risque de ne pas avoir accès à la procédure d'asile et d'être victime d'un refoulement par les autorités grecques. La Cour estime cependant qu'il revenait précisément aux autorités belges, devant la situation telle que décrite ci-dessus, de ne pas se contenter de présumer que le requérant recevrait un traitement conforme aux exigences de la Convention mais au contraire de s'enquérir, au préalable, de la manière dont les autorités grecques appliquaient la législation en matière d'asile en pratique. Ce faisant, elles auraient pu constater que les risques invoqués par le requérant étaient suffisamment réels et individualisés pour relever de l'article 3. Le fait qu'un grand nombre de demandeurs d'asile en Grèce se trouvent dans la même situation que le requérant ne fait pas obstacle au caractère individualisé du risque invoqué, dès lors qu'il s'avère suffisamment concret et probable (voir, mutatis mutandis, Saadi précité, § 132). »⁴⁶

Waar de Raad na het M.S.S.-arrest standaard stelt dat wat “*het onderzoek van de omstandigheden eigen aan het geval van de verzoekende partij betreft, het EHRM [oordeelde] dat het ingeroepen risico een individueel karakter heeft indien het voldoende concreet en aantoonbaar is (cf. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 359 in fine)*”, stelt het EHRM in diezelfde paragraaf 359 *in fine* net dat de Belgische overheid er niet simpelweg vanuit mag gaan dat de aanvrager in overeenstemming met de Conventie zal behandeld worden. **De overheid moet integendeel, eerst zelf verifiëren** hoe de asielwetgeving in het derde land *in de praktijk* wordt toegepast. Indien de Belgische overheid dit gedaan zou hebben, had ze opgemerkt dat de ingeroepen risico's reeds voldoende reëel en individueel

⁴⁴ Case of Salah Sheekh v. the Netherlands (Application no. 1948/04), 11 januari 2007; §148.

⁴⁵ Saadi c. Italie (Requête no 37201/06) - 28 février 2008 ; §132.

⁴⁶ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §359.

waren om onder artikel 3 EVRM te vallen. En het feit dat een groot aantal personen zich (in het derde land) in dezelfde situatie bevindt, maakt dat risico in hoofdte van de aanvrager niet minder individueel.

In het M.S.S.-arrest verduidelijkt het Hof dus aan de Raad dat er geen sprake kan zijn van een systematische en universele toepassing van de individualisering van het risico. Deze nuancering bij de inschatting van het individueel karakter van het risico, houdt tegelijk een **verplichting van onderzoek** voor de overheid in. In bepaalde gevallen kan het bewijzen van het individuele karakter van een risico irrelevant zijn; eerst en vooral moet het algemeen risico voor de specifieke groep waartoe betrokken (onbetwist) behoort (in casu die van de asielzoekers in Griekenland) onderzocht worden door de overheid zelf. Met dergelijke kennis van de situatie in Griekenland, had de Raad kunnen vaststellen dat er een algemeen risico bestond voor de betreffend groep en daaruit het individuele en reële karakter van het risico kunnen afleiden.

Ook het Hof van Justitie stelt deze positieve onderzoeksplicht vast, in het kader van de Dublin-II-Verordening, in haar arrest NS.⁴⁷:

“91. Anders dan wordt betoogd door de Belgische, de Italiaanse en de Poolse regering, die van mening zijn dat de lidstaten niet over geschikte instrumenten beschikken om te beoordelen of de verantwoordelijke lidstaat de grondrechten eerbiedigt en dus in te schatten welke risico’s een asielzoeker daadwerkelijk loopt indien hij aan deze lidstaat wordt overgedragen, kunnen de lidstaten dan ook op basis van informatie zoals die welke het Europees Hof voor de rechten van de mens aanhaalt, de werking van het asielstelsel in de verantwoordelijke lidstaat beoordelen, waardoor die risico’s zullen kunnen worden ingeschat.

92. Er dient te worden gewezen op de relevantie van de door de Commissie opgestelde rapporten en voorstellen voor wijziging van verordening nr. 343/2003. De lidstaat die de asielzoeker moet overdragen, heeft deelgenomen aan de werkzaamheden van de Raad van de Europese Unie, die een van de geadresseerden van die rapporten en voorstellen is, en kan dus niet onkundig zijn van het bestaan ervan.

[...]

⁴⁷ HvJ, N.S. (C 411/10) tegen Secretary of State for the Home Department en M.E. (C 493/10), A.S.M., M.T., K.P., E.H. tegen Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform, 21 december 2011.

94. Bijgevolg mogen de lidstaten, daaronder begrepen de nationale rechterlijke instanties, in situaties zoals die welke in de hoofdingen aan de orde zijn een asielzoeker niet aan de „verantwoordelijke lidstaat” in de zin van verordening nr. 343/2003 overdragen wanneer zij niet onkundig kunnen zijn van het feit dat de tekortkomingen in het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in deze lidstaat ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat de asielzoeker een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest, en dit opdat de Unie en haar lidstaten hun verplichtingen inzake de bescherming van de grondrechten van asielzoekers kunnen nakomen.”

d. [Tijdstip van de beoordeling van het risico](#)

De Raad stelt m.b.t. de uitoefening van de bewijsplicht: “Zowel wat de algemene situatie in een land betreft als de omstandigheden eigen aan het geval van de verzoekende partij, moet de verzoekende partij over de materiële mogelijkheid beschikken om te gepasten tijde deze omstandigheden te doen gelden (cf. EHRM 21 januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § 366)”. In de bewuste paragraaf van het M.S.S.-arrest is echter geen verwijzing te vinden naar de beperkende voorwaarde ‘te gepasten tijde’.

De Raad verduidelijkt verder op welk moment hij zich moet plaatsen voor zijn beoordeling: “In dit geval wordt het bestaan van een reëel gevaar van een door artikel 3 van het EVRM verboden behandeling beoordeeld op grond van de omstandigheden waarvan de verwerende partij kennis had of had moeten hebben op het ogenblik van de bestreden beslissing (cf. mutatis mutandis: EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 81; EHRM 20 maart 1991, Cruz Varas en cons./Zweden, §§ 75-76; EHRM 30 oktober 1991, Vilvarajah en cons./Verenigd Koninkrijk, § 107)”. Bij de wettelijkheidscontrole in het kader van UDN-procedures wordt het potentiële risico op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM dus ingeschat zoals het bestond op de dag dat de bestreden beslissing genomen werd (*ex tunc*) en niet op de dag van de verwijdering (*ex nunc*). Bij gebrek aan onderzoeksbevoegdheid mag de Raad geen elementen in overweging nemen die DVZ niet in overweging genomen kon hebben als instantie met onderzoeksbevoegdheid in Dublinmaterie. Nochtans behoort het tot de vaste rechtspraak van het EHRM dat het risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM ingeval van uitwijzing ingeschat moet worden op **het tijdstip van de uitwijzing** zelf.⁴⁸

⁴⁸ Case of Saadi v. Italy, op cit, Case of Salah Sheekh v. the Netherlands, op cit., Case of Diallo v. the Czech Republic, op cit.

Met deze dubbele beperkende voorwaarde - dat (1) de RvV enkel rekening dient te houden met de omstandigheden waarvan DVZ kennis had of had moeten hebben op het ogenblik van de bestreden beslissing en dat (2) de asielzoeker deze moet doen gelden 'te gepasten tijde', introduceert de RvV eigenlijk een tijdslimiet waarbinnen informatie aangebracht moet worden die kan wijzen op een mogelijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.⁴⁹ Opmerkelijk genoeg legt de Straatsburgse rechtspraak daarentegen **geen enkele tijdsgebonden voorwaarde** op voor het in aanmerking nemen van gegevens bij zijn onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM. In het arrest Hilal⁵⁰ velst het Hof zelfs een inhoudelijk oordeel over nieuwe stukken zonder enig bezwaar te maken omtrent de laattijdige neerlegging ervan:

"62. The Government have urged the Court to be cautious in taking a different view of the applicant's claims than the special adjudicator who heard him give evidence and found him lacking in credibility. The Court notes however that the special adjudicator's decision relied, inter alia, on a lack of substantiating evidence. Since that decision, the applicant has produced further documentation. [...] 63. The Court has examined the materials provided by the applicant and the assessment of them by the various domestic authorities. It finds no basis to reject them as forged or fabricated. [...]."

e. Onderzoeksbevoegdheid

Het *prima facie* onderzoek naar het verdedigbaar karakter van de grief valt evenwel op zich ook nog onder de vereisten van artikel 13 EVRM. Dit brengt een aantal vragen met zich mee m.b.t. de algemene onderzoeksbevoegdheid die Straatsburg onder dit artikel van de RvV vergt.

Bij onderzoek naar schendingen van artikel 3 EVRM kent het EHRM zichzelf immers een ruime bevoegdheid toe die haar toelaat zelf onderzoeksdaaden te verrichten, zoals in het Saadi arrest wordt gesteld:

⁴⁹ Zie i.v.m. het voorleggen van nieuwe gegevens voor de RvV in haar hoedanigheid van beroepsinstantie met volle rechtsmacht tegen beslissingen van het CGVS ten gronde: BCHV, *Nieuwe gegevens voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in volle rechtsmacht: in lijn met het Europees recht?*, juni 2012,

http://cbar-bchv.be/LinkClick.aspx?fileticket=vKa8PdKP9_4%3d&tabid=225&mid=880&language=nl-NL

⁵⁰ Case of Hilal v. the United Kingdom (Application no. 45276/99) - 6 March 2001.

“128. In determining whether substantial grounds have been shown for believing that there is a real risk of treatment incompatible with Article 3, the Court will take as its basis all the material placed before it or, if necessary, material obtained proprio motu (see H.L.R. v. France, cited above, § 37, and Hilal v. the United Kingdom, no. 45276/99, § 60, ECHR 2001-II). In cases such as the present the Court's examination of the existence of a real risk must necessarily be a rigorous one (see Chahal, cited above, § 96).”

Dit neemt echter niet weg dat de evaluatie of het al dan niet om een verdedigbare grief gaat, ook zelf nog steeds conform artikel 13 EVRM dient te gebeuren. De vraag is in hoeverre de RvV zich als beroepsinstantie moet spiegelen aan het de grondigheid van het onderzoek dat het EHRM voert. Op grond van artikel 13 EVRM en de daarin besloten subsidiariteit van het EHRM t.o.v. nationale beschermingsystemen moet aangenomen worden dat de nationale rechter ten minste een even diepgaande rechtsbescherming moet bieden als het EHRM⁵¹. Het Hof zou dus geen elementen moeten behandelen die niet reeds behandeld zijn op nationaal niveau, en zou geen onderzoeksbevoegdheid moeten hebben die het nationale niveau niet ook heeft. Anders zou het Hof een instantie van eerste aanleg worden. Spijkerboer besluit a contrario dat indien het Hof een zekere onderzoeksbevoegdheid uitoefent, eenzelfde onderzoeksbevoegdheid reeds uitgeoefend zou moeten zijn op nationaal niveau. Het nationale niveau moet namelijk **minstens dezelfde beschermingsgraad** bieden als het Hof⁵².

De vraag is en blijft echter hoe in de praktijk, een pertinent *prima facie* onderzoek door de Raad gevoerd kan worden binnen de huidige wetgeving waar de rol van de rechter beperkt is zowel in zijn taken als in zijn middelen.

2.2.3. Een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel

Als op eerste zicht besloten wordt door RvV dat risico schending art. 3 dan is de voorwaarde van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel automatisch vervuld. We kunnen vermoeden dat dit een tegemoetkoming is aan de klacht van het EHRM in paragraaf 394 in het M.S.S.-arrest dat het feit dat een verzoeker *in concreto* onherstelbare schade door een mogelijke schending van artikel 3 EVRM moet aantonen een onoverkomelijk obstakel uitmaakt om van daadwerkelijke toegang tot een effectief rechtsmiddel te spreken.

⁵¹ Pahladsingh, A. 2011. ‘Feitenvaststelling in asielzaken in de context van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden’, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 2, pp.87-88.

⁵² Spijkerboer, T. 2009. “Subsidiarity and ‘ Arguability’: the European Court of Human Rights ’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases”, p.51.

3. Toepassing *in concreto* van artikel 3 EVRM in het *prima facie* onderzoek van de RvV

In deze sectie zal besproken worden hoe de RvV de vereisten voor het *prima facie* onderzoek concreet invult, op basis van een selectie van zijn UDN-rechtspraak na het M.S.S.-arrest.

Eerst bespreken we het belang en de beoordeling van het tijdstip waarop de grief wordt aangevoerd - dit wil zeggen dat voor de beoordeling of de grief al dan niet 'verdedigbaar' is, moet nagegaan worden of de feiten die aanleiding geven tot die claim 'ten gepasten tijde' aangevoerd werden, geregistreerd zijn en dus deel uitmaken van het administratief dossier. Daarna bespreken we wat het belang is van de onderzoeksplicht die op DVZ rust in de rechtspraak van de RvV. En ten slotte onderwerpen we de drempel voor de verdedigbaarheid van de grief aan een nader onderzoek - wat uiteenvalt in een bespreking van het toekomstige karakter van de feiten, de kwalificatie van rapporten als bewijs, en wat onder een concreet risico moet verstaan worden.

3.1. Tijdstip aanvoering en beoordeling feiten

Geregeld komt in de post-M.S.S.- rechtspraak van de RvV terug dat wanneer het risico op een onmenselijke behandeling door de verzoekende partij voor het eerst wordt aangevoerd in het verzoekschrift, *i.e.* na de betekening van de bijlage 26quater, het dan niet aan de overheid kan verweten worden dat ze dat risico niet heeft onderzocht. Het 'betoog' mist dan op dat punt 'feitelijke grondslag' volgens de Raad.⁵³ In een arrest van 2 maart 2012, bijvoorbeeld, weigert de Raad verder in te gaan op de objectieve informatie – nochtans gepubliceerd door internationale instellingen – toegevoegd aan het verzoekschrift door te stellen dat die **informatie vroeger vermeld hadden kunnen worden**. Deze verplichting rust nog steeds op de asielzoeker terwijl, volgens het arrest NS, men ervan mag uitgaan dat de overheid hiervan kennis moest hebben.

"3.3.2.2. (...) Het komt toe aan de verzoekende partij om het risico dat uit een terugkeer naar Letland zou kunnen voortvloeien op een concrete op haar betrokken manier aannemelijk te

⁵³ Zie bijvoorbeeld RvV arrest nr. 56208 van 17 februari 2011, RvV nr.57177 van 2 maart 2011, RvV nr.58611 van 25 maart 2011, RvV nr.57492 van 7 maart 2011, ...

maken. Zij blijft daartoe in gebreke. Evenmin zijn er enige gegevens of indicaties voorhanden waaruit blijkt dat de overheid bij het nemen van haar beslissing op de hoogte was of moest zijn van de thans door de verzoekende partij aangevoerde problematiek, zodat haar betoog op dit punt feitelijke grondslag mist.”⁵⁴

In de Franstalige rechtspraak wordt dit :

*“le Conseil rappelle qu’il ne peut être reproché à la partie défenderesse de ne pas avoir tenu compte d’éléments qui ne lui ont pas été présentés en temps utile, la légalité d’un acte administratif s’appréciant en fonction des éléments dont l’autorité a connaissance au moment où elle statue”.*⁵⁵

Zelfs als de concrete situatie in het land van herkomst intussen merkkelijk gewijzigd is, houdt de Raad vast aan dezelfde redenering. In die zin beoordeelt de Raad in een vernietigingsarrest van 29 maart 2012 de beschikbaarheid van medische zorgen in Syrië als volgt:⁵⁶

“2.3.2. 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.

In de bestreden beslissing die onder meer steunt op het advies van de ambtenaar-geneesheer, wordt aanvaard dat verzoeker lijdt aan een aandoening die een risico inhoudt in de zin van artikel 9ter van de vreemdelingenwet maar wordt erop gewezen dat er in casu geen reëel risico is op onmenselijke of vernederende behandeling omdat de behandeling beschikbaar is in Syrië.”

Het is erg belangrijk op te merken dat deze redenering de RvV natuurlijk niet ontslaat van haar eigen **onderzoeksverplichting** onder artikel 13 EVRM, een verplichting die een **ex nunc**-kwalificatie vergt, zoals we hierboven hebben gezien. Artikel 13 *juncto* artikel 3 EVRM vergt niet zozeer een formalistisch onderzoek naar het voldoen van de motiveringsplicht als wel een effectief rechtsmiddel tegen de mogelijke schending van een fundamenteel en absoluut recht.

⁵⁴ RvV arrest nr. 76 434 van 2 maart 2012.

⁵⁵ CCE Arrest nr. 58650 van 28 maart 2011.

⁵⁶ RvV arrest nr. 78 315 van 29 maart 2012. De beslissing werd uiteindelijk vernietigd omdat de door DVZ gebruikte objectieve informatie dateerde van 2008.

De plicht tot een grondig onderzoek rust dus ook op de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Deze problematiek vloeit voort uit het soort toetsing dat de Raad uitvoert, namelijk die van de wettigheid van de bestreden beslissing. Hij mag daarvoor immers enkel de informatie in overweging nemen waarover de betrokken administratie op het moment van haar beslissing beschikte.⁵⁷

In België betreft een groot deel van de UDN-vorderingen zogenaamde Dublindossiers. Maar eigen aan **de Dublinprocedure** is dat er **geen onderzoek** verricht wordt zoals in de asielprocedure ten gronde. Het verschil is cruciaal aangezien in de Dublinfase dus geen onderzoek naar artikel 3 EVRM-schendingen plaatsvindt. Nochtans is het precies die procedure waarin het intracommunautair vertrouwen⁵⁸ een eventuele institutionele scepsis volledig of grotendeels ondergraaft, waarbij men vaak te maken heeft met risico's voortkomend uit algemene structurele situaties (die daarom nog niet louter '*conjunctureel*' zijn⁵⁹) waarvan dan weer niet verwacht kan worden dat de verzoeker er een even persoonlijke kennis van heeft om het risico te kunnen staven. Het risico op schending van artikel 3 EVRM komt dan ook vaak pas voor de eerste maal aan bod komt voor de RvV.

⁵⁷ Niettegenstaande een wettigheidstoetsing *in abstracto* niet noodzakelijk strijdig met artikel 13 EVRM moet zijn (zie de arresten Vilvarajah en Bensaid), dient er opgemerkt te worden dat het EHRM zich als dusdanig enkel in concreto uitsprak in zaken die het Verenigd Koninkrijk betroffen, waar, zoals Spijkerboer (op cit.) aantoonde, de Britse controlerechter een grondiger onderzoek voert dan een loutere wettelijkheidstoetsing. Het EHRM aanvaardt de Britse '*irrationality and perverseness*'-test als in overeenstemming met artikel 13 EVRM, maar louter omdat het een erg rigoureuus en grondig onderzoek inhoudt van het volledige feitenrelaas wanneer het om mogelijke schendingen van artikel 3 EVRM gaat. Bovendien beoordeelde Straatsburg in die zin de Britse *judicial review* als een effectief rechtsmiddel in situaties waarin het beroepsprocedures tegen asielbeslissingen betrof, wat natuurlijk een voorafgaandelijk onderzoek ten gronde impliceert.

⁵⁸ Zo stelt de RvV in arrest no.68979 van 21 oktober 2011: "*Waar verweerder op grond van het intracommunautaire vertrouwensbeginsel terecht lijkt te kunnen zijn uitgegaan van het vermoeden dat een beslissing die tot gevolg heeft dat een vreemdeling naar Italië kan worden teruggeleid, geen aanleiding geeft tot inbreuken op fundamentele rechten, komt het de verzoeker toe om met concrete, pertinente en actuele gegevens aan te tonen dat, indien de aangevochten maatregel zou worden uitgevoerd, hij zou worden blootgesteld aan een behandeling die gelijkstaat aan een schending van artikel 3 van het EVRM.*"

⁵⁹ Zoals we eerder al hebben gezien stelt de RvV standaard: "*het EHRM heeft eveneens geoordeeld dat een eventualiteit van slechte behandelingen wegens een instabiele conjunctuur in een land op zich niet leidt tot een inbreuk op artikel 3 van het EVRM (zie: EHRM 30 oktober 1991, Vilvarajah en cons./Verenigd Koninkrijk, § 111) en dat, wanneer de bronnen waarover het beschikt, een algemene situatie beschrijven, de specifieke beweringen van een verzoekende partij in een geval moeten worden gestaafd door andere bewijselementen (zie: EHRM 4 december 2008, Y./Rusland, § 9; EHRM 28 februari 2008, Saadi/Italië, § 131; EHRM 4 februari 2005, Mamatkulov en Askarov/Turkije, § 73; EHRM 26 april 2005, Müslim/Turkije, § 68).*" RvV arrest nr. 65359 van 3 augustus 2011.

Er zijn echter ook (schaarse) gevallen waar de Raad uit die institutionele starheid lijkt te ontwaken en even richting Straatsburg opschuift. Zo stelt hij in arrest nr. 57595 van 8 maart 2011:

“3.3.2.4. Het “Dublin-verhoor” van verzoekende partij dateert van 23 september 2010 zodat zij geen melding kon maken van de evenementen die zich sindsdien hebben voorgedaan in Noord-Afrika, te dezen in Tunesië, Egypte en Libië. Niettegenstaande algemene rapporten op zich niet volstaan om aan te nemen dat er een schending is van artikel 3 EVRM, lijkt het in casu dat de verwerende partij bij het nemen van haar beslissing van 15 februari 2011 en waarin zij verwijst naar de verantwoordelijkheid van Italië inzake de behandeling van de asielaanvraag, geen rekening heeft gehouden met de precaire situatie van de asielzoekers sinds de gebeurtenissen in Noord-Afrika en die dateren van na het “Dublin-verhoor” van de verzoekende partij. Gelet op het bijgebrachte persbericht van Amnesty International van februari 2011, waarin tevens vermelding wordt gemaakt van de beoordeling van de situatie van vluchtelingen door Italiaanse autoriteiten op 12 februari 2011, dient op het eerste gezicht aangenomen te worden dat de DVZ op de datum van het nemen van de bestreden beslissing hieromtrent ingelicht was of diende te zijn. Uit het administratief dossier blijkt niet dat de verzoekende partij over de materiële mogelijkheid beschikte om te gepasten tijde deze omstandigheden te doen gelden. De Raad treedt verzoekende partij bij waar die stelt dat het een exceptionele situatie betreft. Hieruit volgt dat de verzoekende partij een verdedigbare grief gegrond op artikel 3 EVRM lijkt te hebben. Het middel lijkt in de mate dat het de schending van artikel 3 EVRM aanvoert, in deze stand van het geding ernstig.”

Positief aan deze uitspraak is dat het ‘administratief dossier’, *i.e.* wat DVZ geregistreerd heeft, niet meer het enige kader is waarbinnen informatie ingang kan vinden in de procedure maar dat **gebeurtenissen die zich na het DVZ-interview hebben afgespeeld** mee in rekening dienen te worden gebracht. Het gaat hier evenwel om gebeurtenissen die - gezien hun internationale belang en alomtegenwoordigheid in de media – kunnen geacht worden zich aan DVZ te hebben opgedrongen, zodat het moeilijk kan opgevat worden als een aansporing door de Raad aan DVZ om een actiever onderzoek te verrichten. Daarenboven gaat het volgens de Raad om een ‘exceptionele situatie’, wat weinig goeds doet vermoeden voor de veralgemening van deze uitspraak. Ten slotte dient er op gewezen te worden dat het hier informatie betreft die beschikbaar is geworden na het Dublin interview maar vóór de eigenlijke beslissing tot verwijdering (de zogenaamde bijlage 26quater in Dublin gevallen), en dat hiermee geen uitspraak gedaan wordt over de andere voorwaarden uit de vaste rechtspraak van het Hof, namelijk dat men de situatie in rekening dient te brengen zoals die op het ogenblik van de uitwijzing gekend is, of zou moeten zijn.

De aangehaalde tekortkomingen zijn deels te wijten aan een structureel probleem dat zich in de zogenaamde Dublingegevallen stelt, namelijk **de aard van het interview met DVZ** zelf - dat trouwens eveneens bekritiseerd werd in het M.S.S.-arrest. Tijdens dit zogenaamde Dublin interview, dat overigens zonder advocaat verloopt, proberen veel asielzoekers vol te houden dat ze nooit door een andere EU-lidstaat zijn gepasseerd, waardoor ze in de ogen van de RvV meteen hun aanspraken op een verdedigbare grief op basis van artikel 3 EVRM lijken op te hebben gegeven⁶⁰. De vraag is of het DVZ-interview wel het ultimatum moet zijn voor die personen om hun klachten te laten gelden. Niet alleen kunnen kwetsbaarheid of trauma tot terughoudendheid tegenover een overheid leiden, maar een leugen volhouden om toch maar niet teruggestuurd te worden naar de verantwoordelijke lidstaat, kan net een indicatie uitmaken dat de daar ondergane behandeling voor de betrokkene onmenselijk was.

In een opmerkelijk arrest, nr. 72.824 van 6 januari 2012, (dat volgde op het arrest NS van het Hof van Justitie) over het Maltese asielbeleid, aanvaardt de Raad dat het stilzwijgen van de asielzoeker over zijn vorige asielaanvragen en verblijfplaatsen de overheid niet toelaat **een objectief bestaande toestand** te negeren.

“3.3.2.2.5.2. (...) Daargelaten de vaststelling dat de verwerende partij, na op 12 december 2011 in kennis te zijn gesteld door de Nederlandse autoriteiten dat Malta bevoegd is inzake de behandeling van de asielaanvraag, de verzoekende partij niet hoorde omtrent haar situatie in Malta, evenals de vaststelling dat de verzoekende partij op manifeste wijze de verwerende partij beloog door haar verblijf aldaar niet te melden, dient aldus te worden opgemerkt dat de

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld RvV arrest nr. 66176 van 2 september 2011: *“Vooreerst stelt verzoeker dat hem niet verweten kan worden geen kritiek te hebben geuit op het asielsysteem in Italië op het moment van het Dublin-verhoor. Hij verwijst hiervoor naar een onderdeel uit het arrest MSS tegen Griekenland en België van 21 januari 2011. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt echter vast dat, anders dan in het concrete geval in de zaak MSS, in casu verzoeker niet kan voorhouden dat hij niet wist dat hij zou worden teruggeleid naar Italië. Zo werd uitdrukkelijk aan verzoeker gevraagd: “Hebt u redenen, met betrekking tot de omstandigheden van opvang of van behandeling, die uw verzet om uw overdracht naar de lidstaat die verantwoordelijk is voor uw asielaanvraag (volgens artikel 3, § 1 van het Dublinreglement) zouden rechtvaardigen?”. Verzoeker verklaarde enkel dat hij niet naar Italië wou gaan omdat hij naar eigen zeggen nooit in dat land is geweest. De Raad dient aldus vast te stellen dat verzoeker, niettegenstaande het resultaat van zijn vingerafdrukken en een schrijven van de Nederlandse autoriteiten waaruit blijkt dat verzoeker op 15 maart 2011 aan Italië werd overgedragen, nog steeds ontkent dat hij in Italië is geweest (dit wordt overigens ter terechtzitting bevestigd door zijn advocaat) en hoe dan ook, niettegenstaande hij de kans had om zijn concrete situatie in Italië toe te lichten, nagelaten heeft om melding te maken van eventuele problemen die hij zou ondervonden hebben in Italië.*

Pas in zijn verzoekschrift geeft verzoeker op een zeer algemene wijze weer dat er problemen zijn in Italië en dat het arrest in de zaak MSS niet enkel van belang is voor een overdracht naar Griekenland, maar ook voor een overdracht naar andere lidstaten van de Europese Unie, zoals Italië. Aangezien verzoeker nog steeds ontkent dat hij Italië is geweest, baseert hij zijn argumenten enkel op een verwijzing naar verschillende rapporten”.

verwerende partij (...) niet onkundig had kunnen zijn van deze tekortkomingen in het systeem van de asielpcedure en de opvangvoorzieningen en deze diensvolgens in aanmerking te nemen bij haar oordeelsvorming.”

3.2. Onderzoeksplicht van DVZ

Een tweede punt van belang in de recente UDN-rechtspraak van de RvV is de reeds aan bod gekomen onduidelijkheid over wat precies tot de onderzoeksplicht van DVZ behoort – en die haar grond vindt in de (nationale) beginselen van behoorlijk bestuur⁶¹ - en wat tot de onderzoeksplicht van de Raad – onder artikel 13 EVRM. DVZ heeft volgens de Raad namelijk de plicht om verklaringen “zo nauwkeurig mogelijk” te onderzoeken, terwijl de Raad zelf enkel een *prima facie* onderzoek naar het verdedigbaar karakter van de grief voert. In principe rust de grondige onderzoeksplicht die erop volgt ook op de RvV, maar in het geval hij tot een verdedigbare grief besluit, lijkt hij die retroactief en exclusief bij DVZ te leggen.

- de eisen door de RvV opgelegd aan DVZ

De vragen die zich opdringen zijn bijgevolg: wat lokt er volgens de Raad die onderzoeksplicht van DVZ uit en is die dan vergelijkbaar met wat in beroep voor de RvV een verdedigbare grief uitmaakt? In één van de principearresten van 17 februari 2011⁶² besliste de Raad dat waar verzoekende partij bij haar Dublininterview “**minstens een indicatie**” geeft van de problemen die zij ondervond, dit aanleiding geeft tot een verplichting tot onderzoek van DVZ. De ‘indicatie’ bleek in casu wel *expressis verbis* uit het administratief dossier: dit wil dus zeggen dat ze **geregistreerd** was door DVZ. Hierboven bespraken we al een arrest dat bepaalt dat een ‘exceptionele situatie’ waarvan DVZ **geacht kon worden op de hoogte te zijn**, ook zo’n indicatie uitmaakt, en dat die indicatie die niet weerlegd werd door DVZ gelijk gesteld kan worden met een verdedigbare grief⁶³. Uit deze twee arresten kunnen we dus opmaken dat een indicatie die aanleiding geeft tot de onderzoeksplicht van DVZ gelijk te stellen is aan een verdedigbare grief waarvan de vaststelling leidt tot het **omkeren van de bewijslast**. Dit lijkt dan op het eerste gezicht ook tegemoet te komen aan wat in het M.S.S.-arrest volgens het EHRM volstaat om van een verdedigbare grief (*arguable claim*) te spreken, namelijk betrouwbare rapporten en een zekere context.

⁶¹ Het gaat voornamelijk om de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

⁶² RvV arrest nr. 56203 van 17 februari 2011.

⁶³ RvV Arrest nr. 57595 van 8 maart 2011.

Er dient wel op gewezen te worden dat DVZ in de twee aangehaalde arresten verzuimd had zich uit te spreken over de gegeven 'indicatie'. Daardoor kunnen we uit deze rechtspraak niet afleiden of de Raad ook tot deze beslissing was gekomen indien DVZ deze indicaties wel mee in rekening had gebracht maar tot hetzelfde oordeel was gekomen. Enerzijds vinden we rechtspraak van de RvV terug (over Dublin-Italië bijvoorbeeld) waar met dezelfde uitzonderlijke omstandigheden wel rekening werd gehouden door DVZ, zonder dat er sprake is van een echte omkering van de bewijslast zoals vereist door het M.S.S.-arrest.⁶⁴ Het lijkt er dan ook op dat het hier om een louter **formalistische vereiste** van de Raad aangaande de onderzoeksplicht van DVZ lijkt te gaan, namelijk die van de voldoende motivering, die bovendien niet de onderzoeksplicht van de RvV zelf omvat en geen weerslag lijkt te hebben voor de vereisten van het inhoudelijk onderzoek. DVZ's reactie op artikel 3 EVRM-bezwaren tegen een terugname naar Italië, is dat er niet automatisch een onmenselijke behandeling voortvloeit. De verzoeker stelt vervolgens dat deze summieze motivering inhoudelijk verkeerd is, dat DVZ de actuele situatie in Italië miskent en dat dit een manifeste beoordelingsfout is. De RvV oordeelt dat het haar niet toekomt feitelijke gegevens te evalueren aangezien dit een opportuniteitsonderzoek zou uitmaken en hij slechts de wettelijkheid toetst. De Raad stelt evenwel daarna dat het hem wel toekomt de kennelijke onredelijkheid van een beslissing te toetsen en *in casu* de **summieze motivering van DVZ niet voldoende** is. De Raad besluit:

“[n]iettegenstaande algemene rapporten op zich niet volstaan om aan te nemen dat er een schending is van artikel 3 van het EVRM, is de Raad van oordeel dat deze in casu wel een indicatie inhouden van de problemen waar Italië momenteel mee geconfronteerd wordt en dat in deze rapporten duidelijk is dat het terugwijzen van een kandidaat-vluchteling op heden naar

⁶⁴ In RvV arrest nr.61307 van 11 mei 2011: “Verzoeker poneert stellingen aangaande de toestand van het “gezondheidsstelsel” in Italië en inzake de toename van de schending van “de mensenrechten” in Italië door de huidige toestroom van asielzoekers vanuit Libië, Tunesië en “andere landen” naar Italië, maar ondersteunt dit enkel met een algemene verwijzing naar een vonnis van een Duitse rechtbank van 9 november 2010, waaruit hij in zijn verzoekschrift één paragraaf citeert en een algemene verwijzing naar het rapport van Artsen zonder Grenzen van januari 2010 dat handelt over de centra voor migranten in Italië, waarvan hij de relevantie voor zijn geval nalaat verder toe te lichten in zijn verzoekschrift. Verzoeker toont hiermee onvoldoende in concreto aan dat de toestand van “het gezondheidssysteem” in Italië op het ogenblik van het treffen van de bestreden beslissing dermate desastreus is dat de behandeling met betrekking tot zijn geamputeerd been aldaar strijdig zou zijn met artikel 3 EVRM”. In RvV arrest nr. 69 939 van 16 november 2011, DVZ verklaart “Het gegeven dat Italië momenteel het voorwerp is van een uitzonderlijke immense toestroom van kandidaat-vluchtelingen en economische migranten door de politieke gebeurtenissen die plaatsgrepen in het Noord-Afrika en het Midden-Oosten [...] betekenen echter nog niet automatisch dat betrokkene blootgesteld zal worden aan een onmenselijke of vernederende behandelingen en/of dat zijn asielaanvraag niet met de nodige aandacht en objectiviteit zal worden behandeld. Betrokkene brengt ook geen enkel element aan waaruit blijkt dat Italië momenteel de asielaanvragen van vreemdelingen die in toepassing van de Dublin II Verordening terug- of overgenomen worden van een andere lidstaat niet met de nodige zorg en conform de ter zake geldende internationale regelgeving zou onderzoeken. Betrokkene toont op geen enkel moment aan op welke wijze de situatie in Italië ertoe zal leiden dat hij gerepatriëerd zal worden [...]”

Italië wel een schending van artikel 3 van het EVRM kan inhouden, zodat de verwerende partij zich niet kan beperken tot de eenvoudige vaststelling dat dit niet aantoon dat de overname van verzoeker door Italië automatisch zal leiden tot een schending van artikel 3 van het EVRM doch in dit geval dient weer te geven waarom zij van oordeel is dat de situatie van verzoeker niet vergelijkbaar is met deze van de kandidaat-vluchtelingen die geciteerd worden in deze rapporten en aanbevelingen."⁶⁵

Het eerste deel van deze passage is in overeenstemming met het M.S.S.-arrest: algemene rapporten kunnen aanleiding geven tot het wegvallen van het intracommunautair vertrouwen en objectieve situaties kunnen zo individuele risico's op schendingen van artikel 3 EVRM uitmaken. Een verdedigbare grief is dan slechts gelijk aan een indicatie indien die indicatie niet door DVZ geadresseerd wordt. Het laatste deel van de passage zet de poort dan echter weer open voor een restrictievere toepassing door DVZ die zich van zijn onderzoeksplicht zou kunnen kwijten door, zoals in eerdere arresten, louter te stellen dat de rapporten bijvoorbeeld niet over Dublin-gevallen gaan of zich slechts over bepaalde delen van het over- of terugnameland uitlaten en dus niet in concreto van toepassing zijn.

In een arrest van 7 maart 2011, weigert de Raad echter zelf om de aangevoerde informatie als pertinent te beschouwen zonder verder aan te dringen op zelfs maar een formele voldoening door DVZ aan haar onderzoeksplicht.

"Voorts blijkt het verslag een aantal onzekerheden weer te geven en zich grotendeels toe te spitsen op de specifieke problemen die asielzoekers die via het eiland Lampedusa in Italië aankomen, ondervinden. Aangezien de verzoekende partij door de Belgische autoriteiten zal worden overgedragen aan de Italiaanse overheid, toont zij op geen enkele wijze aan dat deze informatie erop wijst dat een schending van artikel 3 van het EVRM dreigt. Hetzelfde kan worden gesteld met betrekking tot het door haar bijgevoegde internetartikel met als titel "Le HCR mène des entretiens avec des demandeurs d'asile refoulés en Libye" dat ook specifiek betrekking heeft op de bootvluchtelingen die voor het eiland toekomen."⁶⁶

De diverse uitspraken naar aanleiding van het onderzoek van het Italiaanse asielbeleid geven ook een goed beeld van die **spanning tussen de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese rechtspraak en het interne administratieve rechtssysteem** in België. Het meest verregaande voorbeeld, waarbij er onredelijk hoge verwachtingen inzake bewijslast op de

⁶⁵ RvV arrest nr. 70 391 van 22 november 2011.

⁶⁶ RvV arrest nr. 57.492 van 7 maart 2011.

schouders van de asielzoeker gelegd worden, is een arrest van 2 september 2011 waarin de Raad stelt dat het aangevoerde rapport te algemeen is omdat het geen specifieke informatie over Eritreeërs in een Dublin-Italië situatie bevat.

“De documentatie waarnaar verzoeker verwijst om aan te tonen dat zijn overdracht naar Italië mogelijks een schending inhoudt van artikel 3 van het EVRM, is te algemeen van aard en deels gedateerd. Ze bevat geen specifieke informatie met betrekking tot Eritrese asielzoekers die worden overgedragen in het kader van de Dublin-II-verordening nadat zij reeds een asielaanvraag hebben ingediend, maar louter algemene informatie. Tevens dient te worden opgemerkt dat een groot deel van de informatie betrekking heeft op de situatie van asielzoekers die zich over zee een toegang tot Italië willen verschaffen en dus niet op vreemdelingen die in het kader van de Dublin-II-Verordening aan Italië worden overgedragen.”⁶⁷

In een arrest van 16 mei 2011⁶⁸ besloot de Raad echter dat DVZ geen grondig onderzoek had verricht. Volgens de Raad bleek immers uit overvloedige documentatie en aangebrachte stukken dat DVZ wist had van de gezondheidstoestand van de verzoeker en van de opvangomstandigheden in Malta. Toch informeerde DVZ de Maltese overheden niet over de gezondheidproblemen van de verzoeker in haar verzoek tot terugname en werd er door DVZ geen onderzoek verricht naar een risico op schending van artikel 3 EVRM.

In een arrest van 26 mei 2011 bevestigt de RvV nogmaals de onderzoeksplicht van DVZ wanneer ze aanmerkt dat verwerende partij *“zich niet de minste moeite getroost heeft”* om de *“vele en recente rapporten die verzoeker toevoegt aan zijn verzoekschrift en die overigens ook terug te vinden zijn in het administratief dossier [...] te onderzoeken en in de motivering van haar beslissing te betrekken”*⁶⁹. Het gebrekkige onderzoek wordt meestal vastgesteld door de RvV wanneer er door DVZ geen **antwoord geformuleerd wordt op grondige bezwaren** aangebracht door de asielzoeker. In een arrest van 6 februari 2012, herhaalt de Raad deze verplichting.

“In de mate in de bestreden beslissing wordt gesteld dat Italië momenteel het voorwerp is van een uitzonderlijke toestroom van kandidaat-vluchtelingen en economische migranten door de politieke gebeurtenissen die plaatsgrepen in Noord-Afrika en Midden-Oosten, meer bepaald in Tunesie, Libië en Egypte en dit niet automatisch betekent dat de betrokkene blootgesteld zal worden aan een onmenselijke of vernederende behandeling en/of dat diens asielaanvraag niet

⁶⁷ RvV arrest nr. 62181 van 2 september 2011.

⁶⁸ RvV arrest nr. 61582 van 16 mei 2011.

⁶⁹ Let ook in deze uitspraak op het onbetwiste primaat van het ‘administratief dossier’. Deze doorgedreven focus op het administratief dossier verraadt het rigide formalisme van de UDN-procedure.

*met de nodige aandacht en objectiviteit zal worden behandeld, dient de Raad vast te stellen dat de verwerende partij zich niet de minste moeite heeft getroost om te onderzoeken wat de concrete invloed is voor de situatie van de asielzoekers in Italië door de 'uitzonderlijke toestroom van kandidaat-vluchtelingen en economische migranten door de politieke gebeurtenissen die plaatsgrepen in Noord-Afrika en het Midden-Oosten'. Uit de lezing van de algemene informatie die verzoekende partij bij het verzoekschrift heeft gevoegd blijkt dat, wat betreft de omstandigheden waarin zij mogelijk zal terechtkomen bij haar terugkeer naar Italië, zij haar stelling in deze stand van geding, waarbij geen andere objectieve en actuele informatie in het administratief dossier is toegevoegd waaruit blijkt dat verwerende partij een **'zo nauwkeurig mogelijk onderzoek'** heeft gepleegd, aannemelijk maakt.»⁷⁰*

Twee opmerkingen kunnen hierbij gemaakt worden. Ten eerste spreekt de RvV zich ook hier niet uit over zijn eigen onderzoeksplicht onder artikel 13 EVRM. Ten tweede lijkt de vereiste onderzoeksplicht van DVZ weer eerder een formalistische motiveringsplicht te zijn, dan dat het een fundamentele bescherming tegen de inbreuk op een absoluut recht uitmaakt. Het blijft met andere woorden ook hier nog onduidelijk of de RvV een mogelijke schending ook aannemelijk zou vinden als DVZ niet aan haar louter formele onderzoeksplicht verzaakt zou hebben. Dit blijkt ook uit het M.S.S.-arrest zelf, wanneer het Hof erop wijst dat de enkele gevallen waarin een uitvoerbare beslissing geschorst werd door de RvV nog geen bewijs vormen van een grondig onderzoek door de DVZ.

« 391. La circonstance que quelques arrêts ont, contrairement à la jurisprudence établie à l'époque, suspendu les transferts vers la Grèce (paragraphe 150 ci-dessus) ne change rien à ce constat car ces suspensions faisaient suite, non pas à un examen au fond du risque de violation de l'article 3 mais au constat, par le conseil du contentieux des étrangers, que l'Office des étrangers n'avait pas suffisamment motivé ses décisions. »⁷¹

We kunnen dus beter die UDN-rechtspraak bekijken waarin de RvV meent dat DVZ haar onderzoeksplicht wel vervuld heeft om na te gaan of er iets meer dan een louter formele invulling aan gegeven wordt.

Een arrest van 15 april 2011⁷² over een Dublin-Italië-dossier werpt een licht op wat we onder 'prima facie onderzoek' dienen te verstaan. De verzoekster voert al tijdens het Dublin interview aan dat ze slecht behandeld is geweest in Italië en er in onmenselijke toestanden

⁷⁰ RvV arrest nr. 74.623 van 6 februari 2012.

⁷¹ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §391.

⁷² RvV arrest nr. 59842 van 15 april 2011.

vertoefde – het primaat van het administratief dossier komt dus niet in het gedrang. Verzoekster staft bovendien haar vrees voor een behandeling *contra* artikel 3 EVRM met internationale rapporten - de vereiste ‘indicaties’ zijn dus gegeven. Volgens de Raad blijkt echter uit de bestreden beslissing dat DVZ “rekening heeft gehouden” met verzoeksters afgelegde verklaringen. **‘Rekening houden met’** is dus de ondergrens voor wat een correcte uitoefening van de onderzoeksplicht door DVZ betreft. DVZ hoeft dus niets meer te doen dan aangeven dat niet blijkt dat verzoeksters bewering correct is. Zonder de mogelijkheid helemaal uit te sluiten dat verzoeksters beweringen toch met de werkelijkheid zouden overeenstemmen, stelt DVZ dan dat verzoekster **niet aannemelijk maakt dat** haar verblijf op straat voortvloeit uit de gebrekkige implementatie van de opvangrichtlijn door de Italiaanse autoriteiten. De Raad vindt deze stelling niet kennelijk onredelijk. Nochtans kan hier, volgens ons niet van een volwaardig, laat staan grondig onderzoek gesproken worden. Voor wat betreft het risico op een schending van artikel 3 EVRM, is de redenering bovendien naast de kwestie. De Raad wijst op het feit dat het erop lijkt dat verzoekster in de eerste plaats niet in Italië wou blijven en dat de verantwoordelijkheid voor haar verblijf op straat dus bij haar lag. Nochtans stelt het EHRM in het M.S.S.- arrest met betrekking tot de Opvangrichtlijn dat hetgeen verzoeker Griekenland ten laste legt geen probleem van wettigheid is, maar van praktische obstructies in de toegang tot zijn rechten die uit die richtlijn voortvloeien. Het feit dat Italië zeven dagen op voorhand verwittigd zou worden van de transfer, en dat, ondanks een tekort aan opvangplaatsen, Italië toch ‘ernstige inspanningen’ levert, ontslaat Italië trouwens niet van haar internationale verplichtingen (noch België). Bovendien stelt de Raad dat, indien verzoekster toch geen opvangplaats zou kunnen krijgen, het dan nog niet aannemelijk is dat ze een risico op schending artikel 3 EVRM loopt aangezien ze over financiële middelen beschikt (wat zou blijken uit de prijs die ze betaald heeft voor de tocht van Afghanistan naar Griekenland en van Griekenland via Italië naar België). De ‘loutere beweringen’ lijken dit maal de overwegingen van de Raad te zijn in plaats van de argumentatie van verzoekster.

Uit het reeds hoger besproken arrest van 28 maart 2011⁷³ blijkt dat niet enkel dat de feiten niet in het administratief dossier (ten gepaste tijde), zijn geregistreerd maar ook dat het

⁷³ RvV arrest nr. 58650 van 28 maart 2011 “*Enfin, quant à l’affirmation, au demeurant non étayée, du requérant selon laquelle lors de son premier passage en Hongrie, il aurait été brutalisé pendant son arrestation puis jeté dans une cellule sans suivi ni explications, le Conseil rappelle qu’il ne peut être reproché à la partie défenderesse de ne pas avoir tenu compte d’éléments qui ne lui ont pas été présentés en temps utile, la légalité d’un acte administratif s’appréciant en fonction des éléments dont l’autorité a connaissance au moment où elle statue. Or, à aucun moment dans le dossier administratif n’apparaît l’expression d’une crainte vis-à-vis du sort qui pourrait être réservé au requérant, à sa demande d’asile*”

antwoord op de vraag in het **Dublininterview** waarom de betrokkene België als de ‘indicatie’-meter bij uitstek dient. Indien de betrokkene die bewuste vraag niet aangrijpt om zijn bezwaren over het terug- of overnameland te laten gelden, lijkt dit voor de RvV tot een verminderde onderzoeksplicht te leiden. De keuze voor België⁷⁴ heeft geen inherent causale relatie met objectieve of subjectieve risico’s op artikel 3 EVRM-schendingen in het land van overname of terugname. Dit zou enkel het geval zijn als België, met absolute exclusie van alle andere landen, een unieke beschermingsfunctie zou hebben; slechts dan zou het antwoord op deze vraag het moment bij uitstek zijn om grieven op basis van artikel 3 EVRM te doen gelden.

Het Dublininterview lijkt dus nog altijd ontoereikend als onderdeel van een grondig onderzoek conform artikel 13 EVRM te gelden. In een arrest van 18 maart 2011⁷⁵ voert verzoekster aan dat ze niet over de mogelijkheid heeft kunnen beschikken om haar bezwaren met betrekking tot de terugname te laten gelden. Er was volgens haar een gepersonaliseerd interview nodig dat haar toeliet om uiteen te zetten waarom ze niet terug wou naar Polen. Het Dublin-interview volstond hier volgens haar niet voor. Volgens de Raad is deze stelling echter ongegrond en zou immers blijken uit het administratief dossier dat de klacht van verzoekster, dat ze niet over de materiële mogelijkheid zou beschikt hebben om haar bezwaren te laten gelden, ongegrond is. De verzoekster heeft immers “*eu l’occasion de répondre à diverses questions portant sur sa procédure d’asile et son séjour en Pologne, que lui a posées la partie défenderesse*”. De Raad baseert zich hier op wat geregistreerd is tijdens het interview, dat volgens verzoekster juist tekort schiet, om aan te tonen dat het niet tekort schiet. Bij afwezigheid van een derde (advocaat of andere) is het onmogelijk om het verloop van het interview na te gaan. Het BCHV heeft nochtans al vastgesteld dat er ernstige indicaties bestonden om er vanuit te gaan dat het Dublininterview niet altijd correct verliep.⁷⁶

ou à sa volonté d’introduire au besoin un recours, en cas de transfert vers la Hongrie, alors que celui-ci a été mis en mesure de s’exprimer à cet égard. Il apparaît ainsi dans le formulaire intitulé « Demande de reprise en charge » figurant au dossier administratif, daté du 11 octobre 2010, que le requérant a exposé, notamment, « Je ne suis jamais allé dans un autre pays que la Belgique. Je n’ai jamais introduit de demande d’asile dans un autre pays que la Belgique ». A la question : « Y a-t-il des raisons spécifiques pour l’introduction de la demande d’asile spécifiquement en Belgique ? », le requérant a répondu: « C’était le choix du passeur » »

⁷⁴, al bij al contingente, (een keuze die inderdaad door banaal logistiek ‘toeval’ kan gedreven zijn zoals door de “*choix du passeur*” of “*,car mon frère M.M. se trouve ici et d’autre part j’espère y recevoir les soins nécessaires car ma santé se dégrade* »

RvV Arrest nr. 63101 van 14 juni 2011.

⁷⁵ CCE arrest nr. 58114 van 18 maart 2011.

⁷⁶ CBAR-BCHV, L’Accès à la Procédure d’Asile en Belgique, juin 2010 ; op cit ; pp. 24-28.

In een arrest van 21 februari 2011⁷⁷ maakt verzoeker wel melding van “een slechte behandeling” in het terugnameland maar wordt dit niet verder onderzocht door DVZ (hoewel we hierboven hebben gezien dat dit een indicatie kan zijn van een artikel 3 EVRM schending die de onderzoeksplicht activeert van DVZ). In het verzoekschrift, stelt de Raad, laat verzoeker echter geheel na om “*met concrete gegevens uiteen te zetten in welk opzicht hij een behandeling vreest in Roemenië die zou inhouden dat hij het risico loopt*”.

In een arrest van 11 maart 2011 stelt verzoekster dat ze “*tijdens haar interview met de Dienst Vreemdelingenzaken aangaf dat zij zich niet veilig voelde in Hongarije en ook duidelijk had vermeld dat zij werd mishandeld door de Hongaarse autoriteiten en dat geen reden wordt gegeven waarom deze beweringen niet onderzocht werden, noch waarom zij geen concrete basis zijn om haar asielaanvraag in België te behandelen*”⁷⁸. Volgens de Raad vindt dit echter geen steun in het administratief dossier. Het is met andere woorden niet geregistreerd.

- **de invulling van de positieve onderzoeksplicht**

Na het M.S.S.- arrest werd de vragenlijst van DVZ aangepast om de asielzoeker meer ruimte te bieden voor het uiten van zijn bezwaren tegen een overdracht. Het lijkt echter om een formele aanpassing te gaan en de inoverwegingneming door DVZ van de geuite bezwaren is nog steeds niet evident. Naar aanleiding van een beslissing tot overdracht aan Hongarije, brengt de Raad in een arrest van 29 maart 2012 de verklaringen van de asielzoeker in rekening, maar stelt de Raad uiteindelijk vast dat de verklaringen **niet voldoende gestaafd** werden en dat DVZ voldaan heeft aan haar motivatieplicht. Nochtans was het Hongaars detentiebeleid op dat ogenblik reeds algemeen bekend.

“Overigens heeft de verzoekende partij de gelegenheid gehad om haar vrees voor behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM bij een terugkeer naar Hongarije kenbaar te maken tijdens dit gehoor. Er werd haar uitdrukkelijk gevraagd als volgt: “Hebt u redenen, met betrekking tot de omstandigheden van opvang of van behandeling, die uw verzet om uw overdracht naar de lidstaat die verantwoordelijk is voor uw asielaanvraag (volgens artikel 3, §1 van het Dublinreglement) zouden rechtvaardigen?” De verzoekende partij antwoordde hierop als volgt: “Ik raak het risico om opgesloten te worden en te worden gerespatieerd vanuit Hongarije naar Syrië” (rubriek 21). De verwerende partij betrok deze vrees in haar motivering (...).”⁷⁹

⁷⁷ RvV arrest nr. 56352 van 21 februari 2011.

⁷⁸ RvV arrest nr. 57792 van 11 maart 2011.

⁷⁹ RvV arrest nr. 78 428 van 29 maart 2012.

Het is duidelijk dat het onderscheid tussen de onderzoeksplicht van DVZ en die van de RvV niet eenduidig is. DVZ moet alert en proactief reageren op 'indicaties' omdat ze anders verondersteld kan worden op de hoogte te zijn geweest. De onderzoeksplicht van de RvV dient niet enkel om deze van DVZ te evalueren en eventueel *ex tunc* over te doen, maar ook om een effectief rechtsmiddel te bieden tegen schendingen van de bepalingen van het EVRM.

De Raad neemt, sinds de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak NS, steeds meer een geheel eigen standpunt in bij het beoordelen van de wettigheid van het onderzoek van DVZ. Zo geeft hij in zijn arrest van 17 februari 2012 (uitgesproken door drie rechters) bijvoorbeeld, zijn eigen mening over de verschillende rapporten die het falend Italiaans opvangsysteem beschrijven. Na een samenvatting van de informatie uit de rapporten die geciteerd was door de asielzoeker, concludeert de RvV dat de **asielzoeker in staat geacht kan worden om het risico te vermijden.**

“Meteen is duidelijk dat er wel degelijk opvangmogelijkheden bestaan in Italië, dat weliswaar er problemen zijn zeker bij asielzoekers die niet goed geïnformeerd zijn, wat in casu niet het geval is nu de raadsman het verslag kent dat verschillende organisaties vermeldt waartoe de verzoekende partij zich kan richten.

Evenwel blijkt ook uit het verslag dat, om een nog meer gedetailleerde analyse te verrichten het onontbeerlijk is dat de verzoekende partij alle concrete gegevens over haar asielprocedure bijbrengt, minstens verhaalt indien zij van de verwerende partij verwacht dat haar onderzoek nog diepgaander zou zijn. Ook op de verzoekende partij rust een gedeelte van de bewijslast en van haar mag verwacht worden dat zij de waarheid spreekt en op gedetailleerde wijze concrete gegevens bijbrengt over de plaatsen waar zij geweest is in Italië en in welke stadium haar asielprocedure is. De redenering van de verzoekende partij die éézijdig de bewijslast legt op de verwerende partij of op de Raad, kan niet gevolgd worden. Het gegeven dat er nog geen formeel akkoord is vanwege de Italiaanse autoriteiten betreffende de terugname, doet aan het voorgaande geen afbreuk.”⁸⁰

Zonder hier in te willen gaan op de vraag of de lezing van de objectieve informatie door de Raad pertinent is, kan vastgesteld worden dat zijn onderzoek eerder een poging is om vermoedens, die door die informatie ontstaan, te versterken, dan een beslissing over de concrete (diplomatieke) waarborgen die aan asielzoekers geboden moeten worden of over de onderzoeksmethodes die DVZ moet hanteren. Sinds dit arrest stellen we vast dat deze

⁸⁰ RvV arrest nr. 76471 van 17 februari 2012.

redenering door DVZ gebruikt wordt als standaardmotivatie in gelijkaardige dossiers terwijl het M.S.S.- arrest net individuele waarborgen vereist.⁸¹ De uitspraak van 17 februari 2012 werd door de Raad meermaals bevestigd⁸².

De vraag kan gesteld worden of de Raad hier zijn eigen bevoegdheid niet overschrijdt. De Raad heeft immers geen middelen om effectief de opvangcapaciteit van Italië te onderzoeken. DVZ zou na de overdracht de toestand kunnen evalueren en nagaan of de mensen op straat belanden of niet. Het zou een verkeerde lezing van het M.S.S.-arrest vormen om een feitelijke beoordeling te aanvaarden van een rechter die over geen enkele onderzoeksmethode beschikt en op basis van veronderstellingen zich uitspreekt.

3.3. De drempel van de verdedigbare grief voor de RvV

In dit deel zullen we nagaan wat de RvV in haar rechtspraak concreet als een verdedigbare grief beschouwt en wat niet. Eens die drempel van ‘verdedigbaarheid’ is overschreden, moet de overheid een actief onderzoek voeren als ze de verklaringen van een verzoeker wil weerleggen, wat een hoge graad van zekerheid vergt inzake bewijslast. De drempel van de verdedigbare grief is, zoals we hoger bespraken, volgens het EHRM bereikt wanneer de verzoeker bewijs aandraagt dat de **mogelijkheid heeft aan te tonen dat er substantiële gronden zijn om te geloven dat hij zou blootgesteld worden aan een reëel risico**, indien de aangevochten maatregel zou uitgevoerd worden. ‘Verdedigbaar’ wil dus niet zeggen dat de schending moet bewezen zijn.

3.3.1. Een grief met betrekking tot een risico uit het verleden

Laten we terugkomen op het eerder vermelde (principe) arrest nr. 56203 van 17 februari 2011 waarin het feit dat verzoekende partij aangaf geslagen geweest te zijn in Polen een indicatie uitmaakte voor de RvV die tot DVZ’s onderzoeksplicht diende te leiden. In datzelfde arrest lezen we over de bewijswaarde van rapporten en over wat volgens de RvV een verdedigbare grief uitmaakt:

“[n]iettegenstaande algemene rapporten op zich niet volstaan om aan te nemen dat er een schending is van artikel 3 van het EVRM, lijkt het in casu dat de verzoekende partij op het eerste

⁸¹ Zie M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; §354.

⁸² zoals bijvoorbeeld in het arrest nr. 79615 van 19 april 2012.

gezicht ook wel concrete gegevens betrokken op haar zaak heeft aangebracht waaraan de verwerende partij geen aandacht heeft besteed. Zo werd op het eerste gezicht geen onderzoek gevoerd naar de bescherming die Polen kan bieden aan de verzoekende partij.”

In eerste instantie loopt dit parallel met een arrest van 22 november 2011⁸³ waarin werd gesteld dat algemene rapporten niet volstaan om een verdedigbare grief aan te geven, maar de RvV voegt eraan toe dat in dit geval de verzoekende partij concrete gegevens bij haar zaak heeft betrokken waardoor de argumentatie plots wel het niveau van een verdedigbare grief bereikt. De RvV gaat er hier dus vanuit dat enerzijds het risico niet alleen nog steeds concreet moet zijn maar anderzijds ook dat dit inhoudt dat het **op aantoonbare wijze reeds ondergaan** is. De verdedigbare grief mag dus volgens de RvV geen risico betreffen dat ‘louter hypothetisch’ is: het mag niet om een louter potentieel in de toekomst gelegen risico gaan, maar moet op reeds ondergane behandelingen berusten. Zo kunnen we in een arrest van 2 september 2011 lezen:

“De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen herhaalt vooreerst dat verzoeker geen melding heeft gemaakt over zijn wederwaardigheden in Italië. Verzoeker heeft geen concrete, op zijn individuele zaak betrekking hebbende feiten en omstandigheden naar voren gebracht op basis waarvan zijn asielverzoek met toepassing van artikel 3, tweede lid van de Dublin-II-verordening in behandeling zou moeten worden genomen.”⁸⁴

Hieruit kunnen we afleiden dat de RvV van oordeel is dat wanneer verzoeker geen ondergedane ervaringen of ‘wederwaardigheden’ laat gelden, er geen sprake is van concrete op de individuele zaak betrekking hebbende feiten. In navolging van Maiani en Néraudau kunnen we dus stellen dat voor de RvV “[l’]evaluation des risques de mauvais traitements ou de refoulement encourus dans l’Etat responsable, en principe prospective (Saadi v Italy §130) devenait ainsi largement **rétrospective**”⁸⁵. Dit wil zeggen dat de mogelijkheid om de veiligheidsrisico’s in te schatten in de door Dublin bevoegde lidstaat enkel zou voorbehouden zijn aan zij die al in contact gekomen zijn met deze autoriteiten van het land⁸⁶ én ze dit ook kunnen aantonen (én op het gepaste moment aandragen). Deze bewijslast rust volledig op de

⁸³ RvV arrest nr. 77138 van 22 november 2012.

⁸⁴ RvV arrest nr. 66176 van 2 september 2011. De Raad gebruikt hier de taal van artikel 3 EVRM voor de soevereiniteitsclausule van de Dublin II Verordening, dit laat toe aan te nemen dat de voorwaarden die ze stelt wel degelijk op artikel 3 EVRM betrekking hebben.

⁸⁵ Maiani, F. et Néraudau, E. 2011. Revue du droit des étrangers ‘L’arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011 : De la détermination de l’Etat responsable selon Dublin a la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux’ vol.162 p.9.

⁸⁶ *Ibid.* 9-10.

schouder van de verzoeker. Zoals al eerder vermeld is het echter niet altijd even vanzelfsprekend om concrete gegevens te laten gelden. Betrokkenen zijn misschien effectief nog nooit in het overnameland geweest, of ze houden uit angst vol nooit in het terugnameland geweest te zijn, ze bevinden zich vaker wel dan niet in detentie (wat vaak hun informatievergaring zowel temporeel als praktisch bemoeilijkt) en hebben sowieso weinig toegang tot informatie over het terug- of overnameland.

Uit een arrest van 2 september 2011⁸⁷ bijvoorbeeld blijkt dat, aangezien de betrokkene bleef ontkennen in Italië geweest te zijn en dan ook geen concrete bezwaren gebaseerd op persoonlijk ervaring kon inroepen, de later aangevoerde rapporten over de objectieve situatie en de concrete toekomstige gevolgen niet volstonden om het intracommunautair vertrouwen te weerleggen. Dit staat, volgens ons, alweer op gespannen voet met het M.S.S.-arrest.

3.3.2. Rapporten

Hier bespreken we het soort rapporten dat volgens het Hof in het M.S.S.- arrest het verdedigbare karakter van de grief aantoonde. We willen nagaan hoe deze rapporten zich in de rechtspraak van de RvV verhouden tot de drempel van de verdedigbare grief.

In een arrest van 2 maart 2011⁸⁸ eist de Raad van rapporten dat ze **niet verouderd en leesbaar** zijn. In dit arrest stelt de Raad dat hij uit algemene rapporten niet kan afleiden dat het terugnameland dermate aan haar internationale verplichtingen zou verzaken dat er een reëel risico op *refoulement* is. De drempel van de verdedigbare grief wordt hier volgens de RvV dus niet bereikt. Het komt inderdaad vaak voor in de rechtspraak van de RvV dat “*eenvoudige verwijzingen*” naar “*algemene rapporten*”⁸⁹, zelfs al zijn deze afkomstig uit internationale en betrouwbare bron⁹⁰, niet als voldoende worden beschouwd om van een voldoende geconcretiseerd risico te spreken. De vraag wordt dan wel (zeker na het M.S.S.-arrest waarin we het belang van algemene rapporten voor directe concretiseerbaarheid hebben gezien) wat

⁸⁷ RvV arrest nr. 66176 van 2 september 2011.

⁸⁸ RvV arrest nr. 57226 van 2 maart 2011.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld RvV arresten nrs. 63101 van 14 juni 2011, 64536 van 8 juli 2011; 57792 van 11 maart 2003; 57695 van 10 maart 2011; 57177 van 2 maart 2011; 57224 van 2 maart 2011.

⁹⁰ RvV Arrest nr. 57177 van 2 maart 2011: “*Een eenvoudige verwijzing naar algemene verslagen over de situatie in Irak, zonder deze op haar eigen situatie te betrekken, volstaat niet om het voorgehouden risico aannemelijk te maken. De omstandigheid dat de door verzoekende partij aangehaalde rapporten afkomstig zijn van gezaghebbende bronnen, waarvan de ernst en betrouwbaarheid ruim erkend zijn, doet geen afbreuk aan deze vaststelling. Het komt aan de verzoekende partij toe om in concreto aan te tonen op welke manier zij een reëel risico loopt in het geval van een eventuele terugkeer naar Irak*”

er van rapporten verwacht wordt om ze voldoende concreet te maken? De lat wordt door de RvV erg hoog gelegd, zo blijkt.

In een arrest van 16 september 2011 vindt de Raad enkele rapporten **ontoereikend omdat** ze ofwel **ongepubliceerd en voorlopig** zijn – terwijl ze daardoor net des te actueler en niet per definitie onjuist zijn; hun provisoir karakter doet immers niets af van hun betrouwbaarheid – ofwel **gedateerd** – terwijl het in casu om rapporten ging die gepubliceerd waren in 2011 over de situatie in 2010 of 2009⁹¹.

Hier moet bij opgemerkt worden dat het erg moeilijk is om rapporten in het onderzochte jaar zelf nog te publiceren, zeker als deze niet voorlopig of ongepubliceerd mogen zijn. In dezelfde zaak werden verschillende verontrustende documenten, waaronder een rapport van het Hongaarse Helsinki Comité over het detentiebeleid in Hongarije dat gepubliceerd werd in april 2011, als niet actueel beschouwd, zonder dat er enige aanwijzing was dat de toestand ondertussen verbeterd was. De RvV lijkt hier de lat voor *arguability* onnoemelijk veel hoger te leggen dan het EHRM in het M.S.S.-arrest waarin rapporten valabel en overtuigend geacht werden zonder dat ze daarom minder dan een jaar oud moesten zijn.

In ditzelfde arrest achtte de RvV het rapport van het Hongaarse Helsinki Comité eveneens **te algemeen**, terwijl het handelt over negen verschillende gesloten centra in Hongarije, wat een verdere uitholling van de vereiste van *arguability* uitmaakt. We hebben eerder al opgemerkt dat de RvV soms wel **erg specifieke informatie in de rapporten** verwacht. Niet alleen zijn rapporten te algemeen bevonden door de RvV omdat ze handelen over asielzoekers ‘in het algemeen’ in plaats van exclusief over **Dublingevalen**⁹², maar ook omdat ze niet voldoende specifiek de Dublingevolgen voor asielzoekers met **bepaalde nationaliteit** beslaat⁹³ of zich beperkt tot de situatie in een bepaald **deel van het land**⁹⁴.

Ondertussen heeft UNHCR inzake het Hongaarse asielbeleid in april 2012 eenzelfde uitgesproken standpunt ingenomen.⁹⁵ Dit rapport krijgt dan weer wel de nodige weerklink bij de toetsing door de Raad:

⁹¹ RvV arrest nr. 66734 van 16 september 2011.

⁹² RvV Arrest nr. 63103 van 15 juni 2011.

⁹³ RvV Arrest nr. 66176 van 2 september 2011.

⁹⁴ RvV Arrest nr. 57492 van 7 maart 2011.

⁹⁵ UNHCR, Hungary as a country of asylum - Observations on the situation of asylum-seekers and refugees in Hungary, April 2012.

“Deze landeninformatie, inzonderheid van het UNHCR die dateert van april 2012, was beschikbaar voor de verwerende partij op het tijdstip van het nemen van de bestreden beslissing. Op basis van deze voorhanden zijnde informatie kon de verwerende partij de werking van het asielstelsel in Hongarije, de verantwoordelijke lidstaat, beoordelen zodat de risico’s kunnen worden ingeschat (Hof van Justitie, [N.S.] overweging 91).”⁹⁶

Ook uit het reeds aangehaalde arrest van 2 september 2011(nr. 66176) meende de Raad dat *“de beschikbare informatie over Italië niet van dezelfde **aard en intensiteit** is als de informatie die over de Griekse asielprocedure voorhanden was.”* Die aard en intensiteit van de Griekse tekortkomingen werden destijds nooit door de Raad zelf vastgesteld.

Hieruit blijkt opnieuw, na wat eerder het geval was met Griekenland, hoe moeilijk het is om de effectiviteit van een risico aan te tonen en de Belgische overheid ervan te overtuigen. Pas na jaren van verontrustende verhalen en verscheidene rapporten, wordt een gebrekkig asielbeleid ernstig genoeg geacht om een overdracht in het kader van de Dublin II-Verordening tegen te houden.

In een arrest van 7 maart 2011⁹⁷ stelt de Raad dat een aangebracht artikel te algemeen is omdat het enkel over de situatie in Lampedusa gaat. De Raad gaat er wel aan voorbij dat de situatie in een deel van het land niet geïsoleerd kan blijven van de rest van het land en, eerder integendeel, de reeds bestaande druk op het asielsysteem verder zal opvoeren. Talloze rapporten getuigen ook van deze algemene druk op het Italiaanse systeem als gevolg van de Arabische lente en meer bepaald de oorlog in Libië.

Wanneer een algemeen rapport op een specifieke situatie wordt toegepast om een risico in de toekomst in te schatten, meent de Raad vaak dat het gaat om een louter **hypothetisch risico**⁹⁸. Het hypothetische karakter komt evenwel voort uit de kloof tussen de objectieve en de subjectieve situatie, die evenwel moeilijk, zo niet onmogelijk, te vermijden is. Net in het M.S.S.-arrest heeft het EHRM⁹⁹ geprobeerd om deze kloof te dichten door te stellen dat het niet de asielzoeker is die moet aantonen dat het risico voldoende individueel is, maar de Belgische **overheid** die niet zomaar conformiteit met de Conventie mag veronderstellen en

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld het arrest nr. 81368 van 15 mei 2012.

⁹⁷ RvV arrest nr. 57492 van 7 maart 2011.

⁹⁸ RvV Arrest nr. 58611 van 25 maart 2011.

⁹⁹ M.S.S. v. Belgium and Greece, §359.

daarentegen eerst moet **verifiëren hoe de autoriteiten in het overnameland hun asielwetgeving in praktijk brengen**. Het onderzoek naar de algemene praktijk kan toelaten te besluiten tot het bestaan van een reëel en voldoende geïndividualiseerd risico om aan de artikel 3 EVRM-vereisten te voldoen. Zoals Carlier en Sarolea stellen: *“Chaque Etat doit, in concreto, justifier des vérifications faites pour s’assurer que le transfert d’un demandeur d’asile conforme aux critères du règlement Dublin ne comporte pas, en outre, un risque de traitement inhumain ou dégradant, auquel cas il doit utiliser la clause de souveraineté”*.¹⁰⁰

Een arrest van 28 maart 2011¹⁰¹ betreft een situatie van waarin verzoekster talrijke rapporten aan waar ze verscheidene geweldsdaden ten opzichte van gedetineerde asielzoekers in Hongarije uit afleidt, een onwettige duur van detentie, het ontbreken van psychosociale steun, en een algemeen gebrek aan informatie en omkadering. Voor de RvV is de drempel van *een* verdedigbare grief echter niet bereikt. De Raad stelt in dit arrest namelijk een dubbele voorwaarde inzake te leveren bewijs: dat er ernstige redenen zijn om te geloven dat er een ernstig risico is op behandeling *contra* artikel 3 EVRM enerzijds, en dat er geen **bescherming tegen refoulement** naar land van oorsprong zou zijn, anderzijds. Nochtans volstaat volgens EHRM de eerste reden om iemand niet te verwijderen.

In een ander arrest van 2 maart 2011¹⁰², stelt de Raad daarenboven dat het risico op *refoulement* op zich ook nog niet volstaat, maar dat moet aangetoond worden dat er een risico op *refoulement* is **“zonder voorafgaande vaststelling van de beschermingsnood.”**

In een arrest van 20 mei 2011¹⁰³ lezen we dat een rapport van 2009 over de toegankelijkheid en de kwaliteit van de gezondheidszorg, de informatie uit 2010 waarop de ambtenaar-geneesheer steunt, niet kan weerleggen. Uit het arrest blijkt niet waarom dat niet het geval is. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk of de informatie waarop de ambtenaar-geneesheer zich steunt vergelijkbare informatie uit een vergelijkbare bron is. De RvV stelt dat er van een reëel risico sprake is wanneer er geen adequate behandeling en opvolging voorhanden is, maar de vraag blijft of er geen onderzoek nodig is naar de reële, concrete beschikbaarheid ervan in casu uit internationale rapporten blijkt dat er in Italië tal van

¹⁰⁰ J.-Y. Carlier en S. Sarolea. ‘Le droit d’asile dans l’Union européenne contrôlé par la Cour européenne de droits de l’homme. A propos de l’arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce’. *Journal des Tribunaux* 7 mai 2011 130^e jaargang, p.357.

¹⁰¹ RvV arrest nr. 58650 van 28 maart 2011.

¹⁰² RvV arrest nr. 57224 van 2 maart 2011.

¹⁰³ RvV Arrest nr. 61867 van 20 mei 2011.

praktische obstakels zijn om daadwerkelijk van medische zorgen te kunnen genieten. Uit arrest van 4 juli 2011¹⁰⁴ blijkt dan weer dat de verzoeker aannemelijk dient te maken dat medische zorgen in het land van terugname niet beschikbaar zijn.

In een arrest van 26 mei 2011 beoordeelt de Raad de specifieke situatie van een staatloze uit Palestina die het voorwerp uitmaakt van een overdracht naar Bulgarije. In die zaak deelt de Raad de ongerustheid van de verzoeker die gebaseerd is op gebrek aan bescherming voor staatlozen in Bulgarije gestaafd door een rapport van het UNHCR.¹⁰⁵

3.3.3. Een concreet risico

Wat niet volstaat voor de Raad om van een concreet risico te spreken is *“des allégations d’ordre général et n’apporte aucun élément précis et consistant de nature à indiquer qu’elle encourt un risque réel de subir la torture ou des traitements inhumains ou dégradants”¹⁰⁶*. *“Een eenvoudige verwijzing naar algemene verslagen en rapporten [...] zonder deze op haar eigen situatie te betrekken”¹⁰⁷* volstaat ook niet. In arrest van 9 maart 2011¹⁰⁸, bijvoorbeeld, oordeelt de RvV dat de rapporten die verzoeker aanhaalt te algemeen zijn en dat *“[d]e gevaren die de verzoekende partij aanhaalt voor haar veiligheid bestaan uit niet onderbouwde hypothesen en [...] dermate algemeen [zijn] dat ze niet kunnen leiden tot een schending van artikel 3 EVRM.”* Ook in een van de principe-arresten van 17 februari 2011¹⁰⁹ hebben we te maken met een geval waar de drempel van een verdedigbare grief niet bereikt wordt omdat de verzoeker slechts algemene en niet-precieze beweringen over een onmenselijke behandeling aanvoert.

In een arrest van 7 maart 2011 stelt de Raad, nadat hij gesteld heeft dat de aangedragen rapporten te algemeen zijn, dat de ‘algemene bewering’ van verzoekster dat ze door haar

¹⁰⁴ RvV arrest nr. 64399 van 4 juli 2011.

¹⁰⁵ RvV arrest nr. 62182 van 26 mei 2011.

¹⁰⁶ CCE Arrest nr. 63101 van 14 juni 2011.

¹⁰⁷ RvV Arrest nr. 57695 van 10 maart 2011.

¹⁰⁸ RvV arrest nr. 57641 van 9 maart 2011.

¹⁰⁹ RvV arrest nr. 56205 van 17 februari 2011: « 3.3.2.2.1.4. En l’espèce, la partie requérante se limite, dans le développement de son moyen, à de simples allégations d’ordre général, qui, d’une part, sont dénuées de toute précision quant à la nature et à la gravité des mauvais traitements redoutés et de l’état de santé invoqué et qui, d’autre part, ne sont étayées par aucun commencement de preuve quelconque susceptible d’en corroborer la réalité. Elle ne fournit pas davantage d’informations en la matière dans le reste de sa requête, dont l’exposé des faits se limite à mentionner, sans autres formes de commentaire, que « le traitement à Tarifa était [affreux] », qu’il était « grièvement malade » et n’a pas été soigné, et qu’il « a souffert de la faim ».

medische problemen behoort tot een kwetsbare groep geenszins volstaat om een schending van artikel 3 EVRM aannemelijk te maken. Daarop volgt:

*“Reeds in de bestreden beslissing werd geoordeeld dat er geen indicaties zijn om aan te nemen dat de verzoekende partij, mocht dat noodzakelijk zijn, niet zou kunnen worden behandeld in Italië. De door haar bijgebrachte medische attesten doen daaraan geen afbreuk, en voor het overige brengt zij **geen begin van bewijs** bij dat de motieven van de bestreden beslissing dienaangaande in een ander daglicht zouden stellen.”¹¹⁰*

Het feit dat iemand medische problemen inroept, zou, ons inziens, niet geïsoleerd moeten beoordeeld worden als al dan niet voldoende op zich om een schending van artikel 3 EVRM aannemelijk te maken, maar eerder als één van de elementen die in samenhang met verzoeksters bredere situatie in het licht van artikel 3 EVRM moet beoordeeld worden. De kwetsbaarheid van verzoekster omwille van haar medische situatie zou namelijk een ander licht moeten werpen op de voorgelegde rapporten.

In een arrest van 11 mei 2011 vinden we een gelijkaardige redenering terug. Verzoeker had al tijdens het Dublin interview zijn vrees laten gelden met betrekking tot artikel 3 EVRM-schendingen bij een transfer naar Italië omwille van zijn gezondheid en zijn geamputeerd been. De Raad stelt echter:

“Verzoeker poneert stellingen aangaande de toestand van het “gezondheidssysteem” in Italië en inzake de toename van de schending van “de mensenrechten” in Italië door de huidige toestromen van asielzoekers vanuit Libië, Tunesië en “andere landen” naar Italië, maar ondersteunt dit enkel met een algemene verwijzing naar een vonnis van een Duitse rechtbank van 9 november 2010, waaruit hij in zijn verzoekschrift één paragraaf citeert en een algemene verwijzing naar het rapport van Artsen zonder Grenzen van januari 2010 dat handelt over de centra voor migranten in Italië, waarvan hij de relevantie voor zijn geval nalaat verder toe te lichten in zijn verzoekschrift. Verzoeker toont hiermee onvoldoende in concreto aan dat de toestand van “het gezondheidssysteem” in Italië op het ogenblik van het treffen van de bestreden beslissing dermate desastreus is dat de behandeling met betrekking tot zijn geamputeerd been aldaar strijdig zou zijn met artikel 3 EVRM. [...] Verzoeker toont op geen enkele wijze in concreto aan dat “het gezondheidssysteem” in Italië voor zijn medische problematiek van een geamputeerd been, waarbij uit niets blijkt dat dit dringende medische verzorging behoeft die enkel in België kan verstrekt worden, geen soelaas kan bieden of dat de aangeboden zorgen aldaar voor zijn medisch probleem strijdig zijn met artikel 3 EVRM. Artikel 3

¹¹⁰ RvV arrest nr. 57492 van 7 maart 2011.

van het EVRM verzekert niet het recht op de verderzetting van de kwalitatief meest hoogstaande medische behandeling. [...] Waar verzoeker nog poneert dat zijn prothese vernield werd in Italië en dat er sprake is van een “vernederende situatie van asielzoekers in Italië” en poneert dat hij van Italië “vervolgens naar Irak” zou worden teruggeleid, dient de Raad op te merken dat dergelijke blote beweringen die dan ook nog niet in concreto uitgewerkt worden en die op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt worden, geen schending kunnen aantonen van artikel 3 EVRM”.¹¹¹

In volgend arrest wordt nog duidelijker dat de RvV de medische problematiek op een geïsoleerde manier in overweging neemt door rechtstreeks te verwijzen naar de vereisten gesteld door het EHRM in de zaak N.

« Waar verzoeker tot slot meent dat hij een ernstige medische aandoening heeft die in Italië niet of gebrekkig zal worden behandeld, zodat de bestreden beslissing door verzoeker naar Italië te verwijderen artikel 3 EVRM schendt, verwijst de Raad naar de zaak N/Verenigd Koninkrijk van 27 mei 2008 Grote Kamer, nr. 26565/05 dat de principes aangeeft die zij aanwendt met betrekking tot de verwijdering hetzij uitzetting van zieke personen. Uit dit arrest blijkt dat slechts zeer uitzonderlijk een schending van artikel 3 EVRM voorhanden is, met name onder meer bij personen die zich in kritieke toestand bevinden, wat niet geval is of minstens niet aangetoond is voor verzoeker. Het voorhanden zijn van eventuele “betere” hetzij meer kwaliteitsvolle behandelingen in België dan in andere landen, voor zover dit het geval zou zijn, quod non, legt aan het land met de meest kwaliteitsvolle behandelingen niet de verplichting op de asielaanvraag van de zieke persoon te aanvaarden.»¹¹²

De Raad vergeet hier dat er een essentieel verschil bestaat tussen de context van de zaak N en die in Dublinzaken. Dit verschil wordt ook duidelijk onderstreept door het M.S.S.-arrest en betreft de verantwoordelijkheid van de Staten van bestemming. In het N.-arrest, wordt de verantwoordelijkheid beperkt tot uitzonderlijke gevallen omdat de schade niet het gevolg is van opzettelijke handelingen of het niet handelen van de overheid in het land van bestemming.¹¹³ In het M.S.S.-arrest stelt het Hof echter dat de Griekse Staat verplichtingen

¹¹¹ RvV arrest nr. 61307 van 11 mei 2011.

¹¹² RvV arrest nr. 72862 van 9 januari 2012.

¹¹³ “43. The Court does not exclude that there may be other very exceptional cases where the humanitarian considerations are equally compelling. However, it considers that it should maintain the high threshold set in *D. v. the United Kingdom* and applied in its subsequent case-law, which it regards as correct in principle, given that in such cases the alleged future harm would emanate not from the intentional acts or omissions of public authorities or non-State bodies, but instead from a naturally occurring illness and the lack of sufficient resources to deal with it in the receiving country.”
N. v. U.K. (Application no. 26565/05) - 27 May 2008; §43.

heeft in de zin van de Opvangrichtlijn en dat asielzoekers afhankelijk van dit beleid zijn, wat een zwaardere verantwoordelijkheid met zich meebrengt.

« 253. La Cour rappelle qu'elle n'a pas exclu « la possibilité que la responsabilité de l'Etat soit engagée [sous l'angle de l'article 3] par un traitement dans le cadre duquel un requérant totalement dépendant de l'aide publique serait confronté à l'indifférence des autorités alors qu'il se trouverait dans une situation de privation ou de manque à ce point grave qu'elle serait incompatible avec la dignité humaine » (Budina c. Russie, déc., no45603/05, CEDH 2009 - ...). »¹¹⁴

In beginsel stelt de RvV hier te strenge vereisten en wordt er niet voldoende aandacht besteed aan de context en de verplichtingen van staten volgens het gemeenschappelijk Europees asielbeleid.

De internationale rapporten waaruit blijkt dat er tal van praktische obstakels zijn om in Italië ook daadwerkelijk medische hulp te krijgen worden ook hier niet bij de beslissing betrokken. Nochtans werd in het M.S.S.-arrest gesteld dat die niet noodzakelijk door de verzoeker aangevoerd moeten zijn om te mogen **veronderstellen dat de RvV ervan op de hoogte** is, als dergelijke rapporten meermaals voor haar zijn aangevoerd. Ook opmerkelijk is dat de medische problematiek van de verzoeker opnieuw geïsoleerd wordt beoordeeld in plaats van als één van de elementen – naast andere, zoals bijvoorbeeld het feit dat hij asielzoeker in een Dublinsituatie is – die bijdraagt tot de kwetsbaarheid van verzoeker, en dus als één van de factoren die het risico op een schending van artikel 3 EVRM bepalen.

Het gebrek aan een globaal begrip van de context, wordt ook vastgesteld inzake andere problemen dan deze van medische aard.

In een arrest van 11 maart 2011¹¹⁵ stelt de Raad dat uit de door verzoeker aangedragen rapporten blijkt dat in theorie asielzoekers niet worden opgesloten in Hongarije, hoewel dit in de praktijk in een aantal geval gebeurt. Het M.S.S.-arrest was nochtans duidelijk in haar eis om onderzoek te verrichten naar de praktijk. De Raad lijkt in dit arrest echter meer zekerheid te willen dan mogelijk te bewijzen.

¹¹⁴ M.S.S. c. Belgique et Grèce, op cit. ; § 253.

¹¹⁵ Rvv arrest nr. 57792 van 11 maart 2011.

Ook in een arrest van 15 juni 2011¹¹⁶ stelt de Raad dat de ‘**loutere**’ vrees voor een toestroom van vluchtelingen uit Noord-Afrika niet toelaat daaruit af te leiden dat verzoekers asielaanvraag niet naar behoren zal behandeld worden of dat verzoeker niet van de nodige waarborgen zal kunnen genieten. De RvV stelt verder dat het feit dat Italië de mogelijke toestroom aan vluchtelingen al aan Europa heeft gesignaleerd en om hulp heeft gevraagd een degelijke toekomstige behandeling suggereert. Dit is op zijn minst een bizarre veronderstelling: om hulp vragen lijkt eerder te duiden op problemen. De vraag wat er aan gedaan wordt om deze aan te pakken is een andere kwestie die afzonderlijk onderzoek vergt. De Raad stelt ook nog dat het niet is omdat *refoulement* in het verleden voorkwam dat dit nu nog waarschijnlijk is en dat uit het feit dat er in Italië een asielcrisis is **niet automatisch kan worden afgeleid** dat er een risico op schending artikel 3 EVRM is. Van verzoeker lijkt dus verwacht te worden dat hij kan aantonen dat hij en zijn moeder ‘automatisch’ in een situatie die een schending van artikel 3 EVRM uitmaakt zouden terecht komen indien er geen opvang is. Nogmaals: het EHRM vraagt nochtans geen zekerheid om over een verdedigbare grief te spreken. Voor de Raad lijkt **zekerheid** in dit arrest niettemin de gehanteerde drempel van *arguability*. De Raad stelt ook dat de verzoeker deze drempel niet bereikt aangezien hij over een toeristisch visum beschikte voor Italië en dus niet aantoont minvermogend te zijn. Het M.S.S.- arrest nochtans nochtans dat asielzoekers een kwetsbare groep uitmaken. Wederom wordt het feit dat de verzoeker medische problemen heeft door de RvV niet in rekening gebracht als bijdragend tot haar kwetsbare positie in Italië, maar wordt het enkel geëvalueerd als al dan niet voldoende grond voor regularisatie op grond van artikel 9ter.

In een arrest van 30 augustus 2011 neemt de Raad daarentegen het risico dat verbonden is aan de rampzalige omstandigheden van detentie in Hongarije wel in aanmerking voor een asielzoeker die er effectief al een langdurige detentie heeft opzitten met zware gevolgen voor zijn mentale toestand – en dus retrospectief een ondergane schending kan aantonen:

“Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij op 18 augustus een schrijven heeft gericht aan de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid waarbij ze de Belgische autoriteiten verzoekt om toepassing te maken van de soevereiniteitsclausule en dit omwille van haar medische toestand die volgens haar verklaringen te wijten is aan haar detentieomstandigheden in Hongarije. Verder wijst ze op de medische behandeling die ze in België in het ziekenhuis volgt.”

¹¹⁶ RvV arrest nr. 63103 van 15 juni 2011.

*De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt vast dat in de bestreden beslissing nergens verwezen wordt naar het voormelde schrijven van 18 augustus 2011. Evenmin gaat de bestreden beslissing in op de concrete elementen die de verzoekende partij in haar schrijven van 18 augustus 2011 heeft aangebracht. De enige verwijzing die terug te vinden is in de bestreden beslissing is de verwijzing naar de verklaringen van de verzoekende partij tijdens haar Dublinverhoor. In tegenstelling tot wat de verwerende partij voorhoudt in haar nota met opmerkingen kan niet worden gesteld dat het schrijven van 18 augustus 2011 enkel de elementen die de verzoekende partij heeft aangehaald naar aanleiding van haar verhoor, bevestigt. Zo wordt bij dit schrijven onder meer een attest van een dokter toegevoegd waaruit blijkt dat de verzoekende partij ondertussen een medische behandeling in het ziekenhuis volgt voor een periode van 4 weken en waarbij wordt aangegeven dat het niet aan te raden is om deze behandeling te stoppen. Uit de vage motivering van de bestreden beslissing dat de medische motieven niet in overweging worden genomen, kan prima facie niet worden afgeleid of de verwerende partij rekening heeft gehouden met alle informatie die ze ter beschikking had.*¹¹⁷

In tegenstelling tot de beslissingen waar een risico van langdurige detentie in Hongarije als *louter hypothetisch* werd beschouwd, aanvaardt dit arrest het idee dat de detentie in Hongarije een onmenselijke en vernederende behandeling uitmaakt door de verklaringen van de verzoeker ernstig te nemen en DVZ te verplichten erop te antwoorden. Dit arrest is een uitzonderingsgeval waar een reeds ondergane mishandeling de schorsing van beslissing tot overdracht met zich meebrengt. Het onderzoek heeft als doel het vermijden van mishandeling. Hoe concreet moet een risico dan zijn? Er is altijd speculatie in het spel bij een onderzoek naar toekomstige gebeurtenissen.

¹¹⁷ RvV arrest nr. 65884 van 30 augustus 2011.

Conclusie

Drie jaar na de oprichting van de RvV en de instelling van een specifieke UDN-procedure in het vreemdelingenrecht, was het M.S.S.- arrest een pijnlijke oproep tot het invoeren van procedurele waarborgen met betrekking tot de toepassing van artikel 3 EVRM. Hoewel de overdrachten naar Griekenland een Europees knelpunt vormden, werd de blinde toepassing van de overdrachtmogelijkheden uit de Dublin II-Verordening door de Belgische instanties onderworpen aan hevige kritiek vanwege het EHRM. De kritiek richtte zich zowel op de formele aspecten van de procedure als op het inhoudelijk werk van de rechters.

De Raad heeft op de geuite kritiek snel gereageerd door in algemene vergadering praktische maatregelen te treffen. Hoewel deze aanpak tot een beter bewustzijn heeft geleid en meer schorsingen heeft teweeg gebracht dan in het verleden, moeten we vaststellen dat deze rechtspraak in grote mate onvoorspelbaar blijft.

De onderzochte rechtspraak is sterk gebonden aan concrete gevallen, zonder dat we echt in staat zijn om er algemene normen voor de concrete uitoefening van de onderzoeksplicht van de overheid uit af te leiden. Binnen verschillende thema's hebben we tevens tegenstrijdige rechtspraak gevonden. Met uitzondering van de arresten uitgesproken in Algemene Vergadering, hebben we niet vastgesteld dat de rechtspraak van de RvV de administratieve praktijken van DVZ probeert te verbeteren om zo een betere toepassing van artikel 3 EVRM te garanderen. Dit wordt verhinderd door het feit dat de RvV weigert om precedentenwerking te geven aan zijn eigen rechtspraak.¹¹⁸ Het beroepstoezicht blijft zich hoofdzakelijk concentreren op de schriftelijke motivatie van beslissingen en voert te weinig controle uit op de kwaliteit van het onderzoek of het procedureel kader waarbinnen bijvoorbeeld het Dublininterview en de informatie-uitwisseling met andere lidstaten zich afspelen.

Te vaak wordt er geschorst louter omdat DVZ geen antwoord heeft gegeven op de bezwaren van de asielzoeker. Arresten waar ook de kwaliteit van het antwoord zelf wordt onderzocht zijn uiterst zelden. In die zin voert de Raad een minimale wettigheidscontrole uit zonder toe te zien op de feitelijke werkmethode van de administratie. Wat betreft Dublin en

¹¹⁸ « De verzoekende partij maakt overigens op geen enkele concrete wijze aannemelijk dat in de arresten van de Raad waarnaar zij in haar verzoekschrift verwijst identieke gevallen als het geval in casu worden behandeld. Een loutere verwijzing volstaat niet, en bovendien heeft de rechtspraak van de Raad geen precedentenwerking.

RvV arrest nr. 81 545 van 23 mei 2012.

het M.S.S.-arrest zouden we kunnen verwachten dat de RvV in concreto bepaalt welke garanties moeten verkregen worden door DVZ voor de toepassing van de Dublin-II-Verordening wanneer er objectieve informatie voorhanden is die mogelijke zware tekortkomingen in het beleid van de staat van bestemming vaststelt.

De M.S.S.-veroordeling van een puur formalistisch beroepsprocedure is een stap in de goede richting. Het voeren van een grondig onderzoek door een rechter die niet de capaciteit heeft om dit concreet te realiseren houdt een risico op willekeur in. Hier heeft het M.S.S.- arrest voor een stuk onzekerheid gezorgd in wat er van de Raad verwacht kan worden.

De inhoud en de aard van het effectief rechtsmiddel is een essentieel thema binnen het vreemdelingen- en asielrecht. Het staat centraal in verschillende Europese normen en is een essentiële waarborg tegen de verleiding om versnelde procedures in te voeren zonder veel verdere verplichtingen. Via het M.S.S.- arrest heeft het EHRM duidelijk gewezen op de onmogelijkheid om een Europees asielbeleid te voeren zonder fundamentele rechten te beschermen.