

Medisch advies in reguliere zaken

Wanneer heeft een aanvraag om een verblijfsvergunning regulier op medische gronden, meer in het bijzonder in verband met een medische nood situatie, kans van slagen? Aan welke voorwaarden moet een medisch advies voldoen? Wanneer kan feitelijke toegankelijkheid tot medische voorzieningen een rol spelen? Hoe ver gaat de vergewisplicht ten aanzien van de door het Bureau Medische Advisering (BMA) van de Immigratie- en Naturalisatie-dienst (IND) gestelde reisvoorwaarden?

Deze en andere vragen spelen wanneer het BMA een medisch advies heeft uitgebracht en aan dit advies conclusies verbonden (moeten) worden. Aan de hand van recente jurisprudentie wordt getracht een handleiding te geven voor de vreemdelingenpraktijk. Tijdens het afronden van dit artikel werd ik geconfronteerd met een ingrijpende beleidswijziging ten aanzien van medische zaken¹. De inhoud van dit artikel blijft echter relevant, niet alleen voor alle aanvragen ingediend vóór 1 juli 2010, maar ook onder het nieuwe beleid zijn de antwoorden op de door mij gestelde vragen van belang ter zake van het bijstaan van vreemdelingen met medische problemen.

1. Toepasselijke wet- en regelgeving

1.1 Relevante regelgeving

Op grond van artikel 14 Vw 2000 is de minister bevoegd de aanvraag tot het verlenen of verlenging van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd in te willigen, af te wijzen dan wel niet in behandeling te nemen. In artikel 3.46 Vb 2000 is geregeld wanneer de minister van die bevoegdheid gebruik mag maken om de verblijfsvergunning te verlenen voor verblijf verband houdend met het ondergaan van medische behandeling. In dit kader is artikel 3.4, lid 3 Vb 2000 relevant. Deze bepaling wordt toegepast indien een vreemdeling verblijf wenst voor het ondergaan van een medische behandeling, maar niet aan de in artikel 3.46 Vb 2000 gestelde voorwaarden voldoet (bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van een geldige ziektekostenverzekering²). De minister mist dan de bevoegdheid om de verblijfsvergunning te verlenen. Om veilig te stellen dat in dergelijke gevallen (schrijnende situaties) toch een verblijfsvergunning kon worden verleend, heeft de toenmalige minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Nawijn een beleidsregel gegeven voor toepassing van artikel 3.4, lid 3 Vb 2000. Dat beleid was neergelegd in B8/3 Vc 2000.³ Om in aanmerking te kunnen komen

voor een verblijfsvergunning op grond van artikel 3.4, lid 3 Vb 2000 dient sprake te zijn van een medische nood situatie. Hiermee wordt bedoeld de situatie waarbij een vreemdeling lijdt aan een stoornis, waarvan op basis van de huidig medisch-wetenschappelijke inzichten vast staat dat het achterwege blijven van behandeling op korte termijn (drie maanden) zal leiden tot overlijden, invaliditeit of een andere vorm van ernstige geestelijke of lichamelijke schade. In een dergelijk geval dient de vreemdeling zich in Nederland te bevinden, zal stopzetting van de medische behandeling een medische nood situatie (gedurende één jaar of langer) doen ontstaan en is Nederland het meest aangewezen land.

1.2 Hardheidsclausule

Om te beoordelen of een vreemdeling kan worden vrijgesteld van het mvv-vereiste is artikel 17 Vw 2000 van belang. Ingevolge artikel 17, lid 1 aanhef en onder c, Vw 2000 wordt een vreemdeling vrijgesteld van het vereiste van het beschikken over een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv), indien het gelet op diens gezondheidstoestand niet verantwoord is om te reizen. Conform artikel 3.71, lid 4 Vb 2000 kan de minister het eerste lid van dit artikel buiten toepassing laten, voor zover toepassing daarvan naar zijn oordeel tot een onbillijkheid van overwegende aard zal leiden (de zogenoemde hardheidsclausule, een rest-bepaling). Uit hoofdstuk B1/4.1.1 Vc 2000 volgt dat voor de in artikel 17 lid 1 aanhef en onder c van de Vw 2000 neergelegde vrijstelling moet worden beoordeeld of een vreemdeling in staat is naar zijn land van herkomst of bestendig verblijf te reizen en in staat kan worden geacht daar de behandeling van een door hem in te dienen mvv-aanvraag af te wachten. Omstandigheden die de feitelijke toegankelijkheid van de medische zorg in het land van herkomst of bestendig verblijf betreffen, worden niet bij de beoordeling betrokken (zie hiervoor B8/3.4 Vc 2000). Sinds 1 juli 2010 is in het beleid uitgangspunt (gebaseerd op jurisprudentie van de ABRvS) dat geen betekenis toekomt

aan de omstandigheid dat de kwaliteit van de gezondheidszorg hier in Nederland beter is, dat de behandel mogelijkheden aldaar door financiële omstandigheden worden beïnvloed, dat er sprake is van aanzienlijke geografische afstanden, dat er sprake is van asielgerelateerde aspecten of dat er sprake is van lange wachttijden. Tot slot acht de minister evenmin van belang de omstandigheid dat de vreemdeling om terug te kunnen reizen medische begeleiding nodig heeft tijdens de reis dan wel een medische overdracht aan behandelaars in het herkomstland. Het is aan de vreemdeling om de noodzakelijke begeleiding/overdracht te realiseren. De IOM kan vreemdelingen hierin ondersteunen (zie A4/5 Vc 2000). Dit is anders in geval van een uitzetting, de minister faciliteert dan de medische begeleiding c.q. overdracht. De minister is voorts van mening dat onderbrekingen in medicijnverstrekkingen zien op de feitelijke beschikbaarheid. Dit zou dus betekenen dat in dergelijke gevallen een vreemdelingen dient te worden vrijgesteld van het mvv-vereiste. Vervolgens stelt de minister echter dat het de eigen verantwoordelijkheid van de vreemdeling is om in dergelijke gevallen een voorraad medicijnen aan te houden. Van geval tot geval wordt de eigen verantwoordelijkheid van de vreemdeling en de duur en regelmaat van de onderbrekingen bezien. Bij een onderbreking van meer dan één maand wordt er door de minister van uitgegaan dat de behandeling feitelijk niet beschikbaar is en zal vrijstelling van het mvv-vereiste worden verleend.

1.3 Artikel 64 Vw

Indien het onmogelijk is de medische begeleiding dan wel de overdracht te realiseren, is sprake van de situatie bedoeld in artikel 64 Vw. Dit houdt in dat stopzetting van de medische behandeling een medische noodsituatie zal doen ontstaan, de behandeling niet kan plaatsvinden in het land van herkomst en de behandeling naar verwachting één jaar of korter zal duren. De vreemdeling kan in dat geval vanwege zijn gezondheidssituatie niet uitreizen en de uitzetting c.q. rechtsplicht Nederland te verlaten, wordt opgeschort. Het toepasselijke beleid is neergelegd in B8/11 Vc 2000 en A4/7.1 Vc 2000.

1.4 Voorwaarden uitreis

In het medisch advies kan de medisch adviseur voorwaarden met betrekking tot de uitreis stellen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om het meenemen van voorraad medicijnen tijdens en na de reis (1), het meenemen van medische gegevens (2), medische begeleiding tijdens de reis (3), directe fysieke overdracht aan een medische instelling dan wel een behandelaar direct aansluitend aan de reis (4) of een beoordeling van een arts, direct vóór de reis of inderdaad gereisd kan worden (5). De Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) is door de minister aangewezen om er op toe te zien dat aan deze voorwaarden is voldaan voordat de vreemdeling wordt uitgezet. In paragraaf 3.7 wordt nader ingegaan op deze reisvoorwaarden.

2 Medisch advies

2.1 BMA

Ten aanzien van de voorwaarden zoals genoemd in B8/3 Vc 2000 wint de minister advies in bij BMA. De medisch adviseurs die werkzaam zijn bij BMA, zijn in dienst van het Ministerie van Justitie. In deze hoedanigheid zijn zij dan ook gehouden om de aanwijzingen van de minister op te volgen.⁴ Er moet binnen de door de minister vastgestelde wetgeving en beleidsregels worden geadviseerd. Voor een BMA-arts zal dit niet altijd makkelijk zijn, nu artsen zich aan de regels van het tuchtrecht moeten

houden en binnen het tuchtrecht niet wordt aanvaard dat een BMA-arts zich verschuilt achter instructies van een instelling.⁵ In het medisch advies wordt gebruik gemaakt van een standaardvraagstelling. De format die het BMA gebruikt, is te vinden als bijlage 4 bij het rapport van de Inspectie van de Gezondheidszorg inzake Medische advisering in het kader van het vreemdelingenbeleid door BMA.⁶ Dit rapport is – hoewel gedaateerd – van belang. Niet alleen wordt in het rapport het proces van medische advisering beschreven, maar ook concludeert de Inspectie onder meer dat de medisch adviseur zich steeds zal moeten blijven afvragen of en in hoeverre bij de beantwoording van de gestelde vragen, de professionele normen in het gedrang komen. Meer in het bijzonder doelt de Inspectie op de norm dat de deskundige een eigen verantwoordelijkheid heeft ten opzichte van zijn opdrachtgever. In het vreemdelingenrecht betreft dit met name de vraag naar het ontstaan van een medische noodsituatie.

2.2 Deskundigenadvies

Naar vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) is het advies van het BMA een deskundigenadvies aan de minister ten behoeve van de uitoefening van diens bevoegdheden.⁷ Een zodanig advies dient op een onpartijdige, objectieve en inzichtelijke wijze informatie te verschaffen, onder aanduiding – voor zover mogelijk en verantwoord – van bronnen, waaraan deze is ontleend. Indien aan deze eisen is voldaan, mag de minister bij de besluitvorming van de juistheid van die informatie uitgaan, tenzij concrete uitgangspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid daarvan. De minister dient bij gebruikmaking van een medisch advies zich vooraleerst zelf te vergewissen of het advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het advies op zichzelf consistent en begrijpelijk is in relatie tot de feiten waarop het advies is gebaseerd.⁸

2.3 Vergewisplicht ten aanzien van BMA-advies

In twee recente uitspraken oordeelt de ABRvS over deze vergewisplicht van de minister. Ten aanzien van de voorwaarde dat het advies op deugdelijke, inzichtelijke en consistente wijze is opgesteld, was in de eerste uitspraak, die van de ABRvS van 10 maart 2010,⁹ in eerste aanleg gemotiveerd overwogen dat het BMA-advies op meerdere punten niet voldoende inzichtelijk maakte dat de noodzakelijk geachte behandeling daadwerkelijk in het land van herkomst aanwezig was. In het advies was immers aangegeven dat specifieke behandeling van PTSS niet beschikbaar was. Daarnaast achtte de rechtbank onvoldoende inzichtelijk waarom het BMA bij het uitblijven van de behandeling wel uitging van toename van de psychische klachten, maar geen medische noodsituatie op korte termijn verwachtte. Daarbij nam de rechtbank in aanmerking dat de behandelaars in juni 2005 hadden aangegeven dat het stopzetten van de medische behandeling tot een acute noodsituatie zou leiden en de behandelaars in maart 2006 hadden aangegeven dat hun eerdere standpunt nog steeds relevant was. Naar aanleiding van het door de minister tegen deze uitspraak ingestelde hoger beroep oordeelt de ABRvS dat er geen grond bestaat voor het oordeel dat het BMA-advies ten aanzien van het ontstaan van een medische noodsituatie, niet op een deugdelijke, inzichtelijke en volledige en consistente wijze is opgesteld. Uit het BMA-advies blijkt immers dat de opsteller gebruik heeft gemaakt van de bij het verzoek meegezonden stukken, waaronder de brief van de behandelaars van juni 2005. Daarbij heeft de opsteller de behandelaars om informatie gevraagd en de bij brief van maart 2006 verkregen informatie bij het advies betrokken. Tevens is de

- 1 Met ingang van 1 juli 2010, gepubliceerd in de Staatscourant van 30 juni 2010, nr. 10228, *WBV* 2010/10, ve10000957, is het beleid ten aanzien van verblijfsaanspraken op medische gronden gewijzigd. Met ingang van 1 juli 2010, is hoofdstuk B8/3 Vc 2000 (medische noodsituatie) vervallen. B8/4 2000 wordt vernummerd tot B8/3 Vc 2000. De inhoud van B8/3 Vc 2000 is eveneens gewijzigd ten opzichte van het beleid zoals dat gold vóór 1 juli 2010. In B8/13 Vc 2000 is het overgangrecht neergelegd.
- 2 Een ziektekostenverzekering die wordt betaald uit de Nederlandse publieke middelen, wordt evenmin als deugdelijke ziektekostenverzekering aangemerkt, zie: ABRvS 28 april 2010, nr. 200907228/1/V1, *JV* 2010/226, ve10000644.
- 3 Zie noot 1. In het nieuwe beleid is artikel 3.46, eerste lid Vb 2000 verder uitgewerkt. Eén van de cumulatieve voorwaarden om verblijf op medische gronden te krijgen, is dat Nederland het meest aangewezen land is voor de medische behandeling. Het bestaan van een medische noodsituatie is vervolgens opgenomen en uitgewerkt onder de uitleg wanneer volgens de minister Nederland het meest aangewezen land is.
- 4 Zie in dit kader: Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 20 februari 2009, Awb 09/26419, *JV* 2009/192, ve09000385, *LJN*: BH5438.
- 5 Rapport van de Inspectie van de Gezondheidszorg inzake Medische advisering in het kader van het vreemdelingenbeleid door BMA, juni 2006, zie www.igz.nl en ve06000843.
- 6 Zie noot 4.
- 7 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 augustus 2006, 200602417/1, 200602418/1, *JV* 2006/377, ve06001157, ABRvS 11 december 2008, 200803777/1, ve08002123, *LJN*: BG7950; ABRvS 8 juni 2010, nr. 200909985/1/V1, ve10000840, *LJN*: BM7425.
- 8 Zie noot van B.K. Olivier bij *JV* 2008/396 inzake ABRvS 8 september 2008, nr. 200709174/1, ve08001537.
- 9 ABRvS 10 maart 2010, nr. 200907158/1/V1, www.raadvanstate.nl naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 18 augustus 2009, Awb 07/381 (aangehecht), zie ook ve10000705.
- 10 ABRvS 6 april 2009, nr. 200807465/1/V1, *JV* 2009/211, ve09000563.
- 11 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG), nr. 2004/254, Stc. 24 januari 2006, nr 17, *JV* 2006/185, m.nt. F.H. Koers, ve06000129; CTG 4 september 2007, 2006/147, ve09000363, www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl (n.b. uitspraken vanaf 1 januari 2010 zijn te vinden op www.tuchtrecht.nl).
- 12 ABRvS 15 maart 2010, nr. 200905701/1/V1, ve10000590, www.raadvanstate.nl naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Zwolle, 6 juli 2009, Awb 08/14982 (aangehecht).
- 13 Rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en op het Protocol van het Bureau Medische Advisering van 1 februari 2007, ve04001949 (bijlage Parlementaire brief).
- 14 Met ingang van 1 juli 2010 vervallen. Zie noot nr. 1.
- 15 Zie bijv. Rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 9 juli 2010, ve10001212, *LJN*: BN3464.
- 16 Zie noot van M.A.G. Reurs bij ABRvS 19 juni 2009, nr. 200807551/1/V3, *JV* 2009/346, ve09000895; ABRvS 3 juni 2009, 200808190/1/V1, *JV* 2009/316, ve09000887 & ABRvS 8 juni 2009, nr. 200900465/1/V3, *JV* 2009/317, ve09000888.
- 17 ABRvS 12 april 2010, nr. 201002318/1/V3, www.raadvanstate.nl, verkorte uitspraak naar aanleiding van uitspraak Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 16 februari 2010, Awb 09/32763.
- 18 Richtlijn 'Omgaan met medische gegevens', KNMG, januari 2010, www.knmg.artsennet.nl, ve10000142.
- 19 ABRvS 11 december 2008, nr. 200803771/1, www.raadvanstate.nl; zie ook: ABRvS 10 maart 2010, nr. 200907158/1/V1, *JV* 2010/239, ve10000705.
- 20 ABRvS 23 juni 2006, nr. 200600517/1, *JV* 2006/322, ve06000851; ABRvS 13 maart 2009, nr. 200806817/1/V3, ve09000415; ABRvS 14 augustus 2009, 200901265/1/V1, *JV* 2009/383, ve09001178 en ABRvS 22 april 2010, nr. 200910168/1/V1, www.raadvanstate.nl. Met ingang van 1 juli 2010 zijn de uitgangspunten van het beleid ten aanzien van de feitelijke toegankelijkheid neergelegd in B8/3.4. Vc 2000.

vreemdeling gezien tijdens het spreekuur. De BMA-arts heeft op basis van de medische gegevens verstrekt door onder andere de behandelaars, de medische gegevens die hij tijdens het spreekuurcontact heeft verkregen, de door de minister gestelde vragen over het ontstaan van een medische noodsituatie bij het uitblijven een behandeling beantwoord. Overigens wordt in veel gevallen de vreemdeling niet door een BMA-arts op een spreekuur gezien. Naar het oordeel van de ABRvS is het aan de BMA-arts zelf om te beslissen of de vreemdeling in persoon moet worden gezien. Het is immers de medisch adviseur die beoordeelt of hij over voldoende medische gegevens beschikt om een deugdelijk advies te kunnen uitbrengen.¹⁰ Dit is ook de lijn van de jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege.¹¹

De tweede uitspraak, ABRvS van 15 maart 2010,¹² ziet op de vergewisplicht van de minister met betrekking tot het BMA-advies. In de aangevallen uitspraak had de vreemdeling met succes betoogd dat in de BMA-adviezen een onjuiste uitleg werd gegeven aan het begrip 'medische noodsituatie op korte termijn' en dat de minister daarom niet zonder meer van de juistheid van die adviezen mocht uitgaan. In dat verband heeft de vreemdeling gewezen op voornoemd rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en op het Protocol van het Bureau Medische Advisering van 1 februari 2007¹³ in relatie met de formulering in de Vc en de verschillende formuleringen in afzonderlijke ter nadere onderbouwing ingebrachte BMA-adviezen. De ABRvS overwoog dat in het Protocol is vermeld dat het BMA bij de beantwoording van de vraag naar de verwachting over het ontstaan van een medische noodsituatie op korte termijn, uitgaat van de omschrijving in B8/3.1 Vc.¹⁴ Aldus komt in BMA-adviezen aan het begrip 'medische noodsituatie' dezelfde betekenis toe als in de Vc. De op de minister rustende vergewisplicht strekt niet zo ver dat hij had dienen te beoordelen of in de BMA-adviezen op juiste medische gronden de conclusie is getrokken dat ten aanzien van de vreemdeling geen sprake is van een medische noodsituatie. De minister mag van de ABRvS doorslaggevende betekenis toekennen aan de conclusies van het medische advies, zodat de vergewisplicht hier stopt. In mijn ogen is het standpunt van de ABRvS te beperkt. Het komt namelijk regelmatig voor dat uit de brondocumenten duidelijk volgt dat bijvoorbeeld bepaalde medicatie niet voorhanden is,¹⁵ terwijl de BMA-arts concludeert dat dit wel het geval is. Naar mijn mening mag de minister zijn ogen niet sluiten voor een onzorgvuldigheid van een BMA-arts. Daarnaast geldt dat de minister geen medisch deskundige is. In zoverre zal op de conclusie van de BMA-arts mogen worden vertrouwd. Zij het, dat deze conclusie met kritische blik dient te worden gezien in relatie met de inhoud van de brondocumenten.

2.4 Bestrijding BMA-advies

Indien de vreemdeling het niet eens is met de inhoud van een BMA-advies, dan is het van belang om deze conclusies gemotiveerd te bestrijden.¹⁶ Ten aanzien van concrete aanknopingspunten voor de juistheid of volledigheid van een BMA-advies, geldt dat opmerkingen van gemachtigden of behandelaars vaak worden afgedaan als kritische kanttekeningen. Een kritische kanttekening is echter onvoldoende¹⁷ om niet van de conclusie van het medisch advies te mogen uitgaan. Een gemachtigde is immers over het algemeen geen medisch deskundige. Wel kan dit in het kader van de zorgvuldigheid die de IND als bestuursorgaan betaamt, leiden tot het vragen van een aanvullend advies. De meeste kans op het met objectieve wijze weerleggen (tegenbewijs) van het medisch advies, is met het overleggen van een reactie van een ter zake deskundige (meestal de behande-

laar, nu er vaak geen financiële middelen zijn om een onafhankelijk deskundige in te huren). Mijn werkwijze is dat ik aan de hand van gerichte vragen de behandelaar om een concrete weerlegging van de bevindingen van de BMA-arts verzoek. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat ook behandelaars gebonden zijn gedragsregels. In dit kader is hoofdstuk 3 inzake gegevensverstrekking aan derden van de Richtlijn 'Omgaan met medische gegevens' van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij ter bevordering der Geneeskunst (KNMG) relevant.¹⁸ Zodra echter op basis van gegevens van International SOS wordt geconcludeerd dat behandeling dan wel medicatie in het land van herkomst c.q. bestendig verblijf voorhanden is, wordt het een heel karwei om aan te tonen dat in het geval van de betreffende cliënt, hiervan geen sprake is. Zelf vragen uitzetten bij International SOS is een mogelijkheid, hoewel ik zelf nooit een bevredigende respons heb gekregen. Rechtstreeks contact opnemen met een in (de onderliggende stukken van) het BMA-advies vermeld ziekenhuis of behandelaar, wil nog wel eens succesvol zijn. Verder kunnen organisaties zoals de World Health Organisation (WHO) en UNAIDS van betekenis zijn. Hoewel de WHO geen advies geeft op individueel niveau, wordt op basis van je vraagstelling wel aangegeven waar relevante rapporten en artikelen kunnen worden gevonden. Los hiervan -maar dit grijpt terug op de eerder besproken vergewisplicht -is het zaak de onderliggende stukken kritisch te bekijken. Niet altijd komen de antwoorden van de vertrouwensarts overeen met de conclusie die de BMA-arts trekt. Verder herhaalt de ABRvS in haar zojuist vermelde uitspraak van 10 maart 2010 dat de omstandigheid dat tussen het BMA en de behandelaars mogelijk verschil van inzicht bestaat over de uit die medische gegevens te trekken conclusies, geen concreet aanknopingspunt biedt om aan de juistheid dan wel de volledigheid van het BMA-advies te twijfelen.¹⁹ Het is dan ook van groot belang om in deze situatie de behandelaar van de vreemdeling te verzoeken te concretiseren waarom het inzicht van de BMA-arts niet juist is.

2.5 Feitelijke toegankelijkheid tot medische voorzieningen

Het grootste probleem in medische zaken is de feitelijke toegankelijkheid tot medische voorzieningen. Ingevolge jurisprudentie van de ABRvS²⁰ hoeft de minister conform zijn eigen beleid, niet te treden in de vraag of de in het BMA-advies vermelde medische zorg in het land van herkomst ook daadwerkelijk toegankelijk is voor de vreemdeling. Het is echter van algemene bekendheid dat - nog daargelaten dat de medische voorzieningen in ontwikkelingslanden vaak (ver) beneden westerse maatstaven liggen - medicatie en behandeling in theorie vaak wel beschikbaar zijn, maar dat de betreffende vreemdeling daar in de praktijk geen toegang toe heeft. Dit heeft voornamelijk te maken met de hoge prijzen van medicatie, wachtlijsten en reisafstanden. Wanneer uit een medisch advies blijkt dat er bij uitblijven van behandeling een medische noodsituatie zal ontstaan, maar dat medicatie c.q. behandeling in het niet-westerse land van herkomst aanwezig is, voelt dit wrang aan. Immers, bij een chronisch gebrek aan de mogelijkheid van een ziektekostenverzekering voor min-of onvermogens is bij voorbaat al duidelijk dat terugkeer naar dat land voor de vreemdeling desastreuze gevolgen zal hebben. Kun je als gemachtigde hier nog iets tegen doen? Zoals hiervoor aangestipt hoeft de minis-

ter de feitelijke toegankelijkheid niet bij de beoordeling te betrekken en weet hij zich hierin gesterkt door de ABRvS. Dit zal alleen anders zijn indien er met betrekking tot de reisvoorwaarden door de BMA-arts in een individuele zaak wordt aangegeven dat de betreffende vreemdeling aansluitend aan de reis, aan een behandelaar dient te worden overgedragen. Daarnaast lijkt het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) *N. t. VK*, 27 mei 2008 een zeer kleine ruimte te geven, nu daaruit voortvloeit dat indien er sprake is van een ziekte waarvoor gespecialiseerde behandeling nodig is, die niet beschikbaar is in het land van herkomst of slechts beschikbaar tegen een hoge prijs.²¹ Daarbij moet vaststaan dat uitzetting een spoedige dood onder zeer erbarmelijke omstandigheden als gevolg heeft. In verband met de zeer hoge bewijsstandaard die het EHRM hanteert, zullen alle aangevoerde feiten en omstandigheden zeer goed moeten worden onderbouwd. De vraag is of, indien kan worden aangetoond dat in het land van herkomst de toegang tot de gezondheidszorg zeer beperkt is, de beschikbaarheid dan niet ook onvoldoende gegarandeerd is. Een goed voorbeeld hiervan is het gegeven van het zeer kleine percenta-

Een BMA-arts die volstaat met het zich in algemene zin uitlaten over de beschikbaarheid van medische behandeling in het land van terugkeer, geeft blijkt van een te enge opvatting van de aan de vreemdeling te verlenen zorg.

ge HIV-patiënten dat in Ghana daadwerkelijk kan worden behandeld. In 2008 oordeelde de rechtbank, zittinghoudende te Amsterdam²² dat door de vreemdeling concrete aanknopingspunten waren aangedragen om te twijfelen aan de juistheid van het BMA-advies. Er was gemotiveerd betoogd dat uit cijfers van UNAIDS bleek dat slechts een heel klein percentage van de aids-patiënten die in Ghana behandeling nodig hadden, ook echt behandeld werden. Naar de mening van de vreemdeling zag dit niet op de toegankelijkheidsfactoren, maar op de omstandigheid dat de medische voorzieningen niet voor 100% van de patiënten beschikbaar was, maar slechts voor 7% of minder. Opmerkelijk was dat het BMA deze percentages wel in eerdere adviezen had betrokken. Naar mening van de rechtbank was door de minister onvoldoende gemotiveerd waarom de cijfers van UNAIDS later niet meer bij de beoordeling werden betrokken. Hiertegen werd geen hoger beroep ingesteld. In 2009 speelden twee soortgelijke zaken bij de rechtbank, nevenzittingsplaats Haarlem.²³ Onder verwijzing naar de eerdere uitspraken van Amsterdam werd aangevoerd dat voorheen BMA-adviezen op twee pijlers waren gestoeld, te weten: de mogelijkheid van behandeling en het percentage patiënten dat werd behandeld. De rechtbank oordeelde dat de minister had dienen te motiveren waarom het behandelpercentage nu niet meer van belang werd geacht en dat het behandelpercentage wel degelijk van belang was voor de beschikbaarheid van de behandeling. Tegen deze uitspraken heeft de minister wel hoger beroep ingesteld. De ABRvS heeft inmiddels op 9 juni 2010 in deze zaken uitspraak gedaan. De minister heeft in dit kader uiteengezet dat de conclusie dat de benodigde behandeling in medisch-technische zin niet beschikbaar was, gebaseerd was op informatie van SOS International en niet op informatie van UNAIDS. De informatie van UNAIDS is slechts opgenomen ter illustratie van de slechte algemene situatie in Ghana ten aanzien van de hoeveelheid patiënten en de hoeveelheid behandelingen.

- 21 EHRM 27 mei 2008 (*N t. VK*), r.o. 45, 48 en 50, *JV* 2007/266, m.nt. Battjes, ve07000838; EHRM 22 juni 2010 (*Al-Zawatia t. Zweden*), nr. 50068/08, r.o. 60, www.echr.coe.int/echr/en/hudoc. In *Al-Zawatia* neemt het Hof de feitelijke beschikbaarheid mee in haar beoordeling, maar concludeert dat deze beschikbaar is. Vervolgens komt het Hof tot een niet-ontvankelijkverklaring.
- 22 Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 27 juli 2008, AWB 07/37044 & 07/37045, ve08001283, *LJN*:BD8296.
- 23 Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 28 december 2009, AWB 09/6941 & 09/6942, ve10000111, *LJN*: BK9814 en Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 24 september 2009, AWB 08/32178, *JV* 2009/444, ve09001330.
- 24 ABRvS 9 juni 2010, nr. 201000671/1/V2, ve10000838, *LJN*: BM7433 en nr. 200908124/1/V2, ve10000863.
- 25 CTG 22 januari 2010, nr. 2008/266, *JV* 2010/145, m.nt. M.A.G. Reurs, ve10000132.
- 26 CTG 4 september 2007, *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2008/6, m.nt. M.A.G. Reurs.
- 27 CTG 27 april 2010, nr. 2009/105, www.tuchtrecht.nl (in deze zaak oordeelde het CTG dat er voor de arts geen nadere onderzoeksplicht of motiveringsplicht bestond).
- 28 ABRvS 22 januari 2009, nr. 200805014/1, r.o. 2.4.1 en 2.4.2, *JV* 2009/147, ve09000326, zie ook nt. M.A.G. Reurs bij ABRvS 19 februari 2009, 200805577/1, *JV* 2009/17, ve08001868; Rb. 's-Gravenhage 10 juni 2010, AWB 09/45732, ve10000887, *LJN*:BM8074.
- 29 CTG 22 januari 2010, nr. 2008/266, Stc. 2010, nr. 952, *JV* 2010/145, ve10000132; CTG 19 januari 2006, nr. 2004/254, *JV* 2006/185, ve06000129; CTG nr. 2008/015, *JV* 2009/457, ve09001363 (hier oordeelde het CTG dat hetgeen door de vreemdeling was aangevoerd, onvoldoende concreet en overtuigend was dat de arts redelijkerwijs had moeten twijfelen aan de effectiviteit van de behandeling); Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Middelburg 18 maart 2010, AWB 09/18999, ve10000479 (geen hoger beroep ingesteld door de minister, er is een nieuw BMA-advies gevraagd).
- 30 CTG 12 mei 2009, nr. 2008/157, *JV* 2009/341, m.nt. K.M. Zwaan, ve09000737; CTG 12 mei 2009, nr. 2008/156, www.tuchtcolllegegezondheidszorg.nl; CTG 7 april 2009, nr. 2008/123, www.tuchtcolllegegezondheidszorg.nl.
- 31 ABRvS 4 september 2008, nr. 200708871/1, *JV* 2008/393, ve08001540; ABRvS 8 september 2008, nr. 200709174/1, *JV* 2008/396, ve08001537; ABRvS 21 november 2008, nr. 200805776/1, *JV* 2009/112, zie ook noot mr. M.A.G. Reurs bij ABRvS 19 februari 2009, nr. 200805577/1, *JV* 2009/170, ve09000360.
- 32 Zie ook Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem, 22 oktober 2009, AWB 09/9746 & 09/9748, bevestigd door de ABRvS 15 januari 2010, nr. 200909067/1/V2, www.raadvanstate.nl met verkorte afdoening hoger beroep vreemdeling.
- 33 Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 20 november 2008, AWB 08/05000 & 07/39508, ve08002093, *LJN*:BG6385.
- 34 Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 23 november 2009, AWB 09/12206 & 09/10994, ve09001774, *LJN*:BK5867.
- 35 Zie naast noot 23 ook: Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 2 december 2008, AWB 07/45189 & 07/45191, ve08002098, *LJN*:BG6371; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 14 januari 2009, AWB 08/40283, ve09000273, *LJN*:BH3524; Rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Zwolle 16 februari 2009, AWB 08/24461, ve09000218, *LJN*:BH5735; ABRvS 20 maart 2009, nr. 200807088/1, ve09000510; ABRvS 6 maart 2009, nr. 200804718/1, ve09000373; ABRvS 23 maart 2009, nr. 200806221/1, ve09000555; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Maastricht 23 december 2009, AWB 09/20640 & 09/25160, *JV* 2010/87, ve09001848, *LJN*:BK7526; Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 23 december 2009, AWB 09/35450 & 09/35452, ve10000037, *LJN*: BK8575; Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 23 februari 2010, AWB 09/47860, ve10000348;
- 36 ABRvS 6 maart 2009, 200804718/1, ve09000373; ABRvS 23 maart 2009, 200806221/1, ve09000555, zie ook Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Haarlem 28 december 2009 AWB 09/6133 t/m 09/6136, *JV* 2010/258, ve10000729.
- 37 Rb. 's-Gravenhage 2 september 2009, AWB 09/7538, met verkorte afdoening bevestigd door de ABRvS, 10 februari 2010, nr.

Daarnaast heeft de minister zich uitgelaten over de verhouding van de informatie van UNAIDS tot de informatie van International SOS of de vertrouwensartsen in de BMA adviezen. In de ogen van de minister ziet de informatie van UNAIDS niet op de feitelijke beschikbaarheid, maar op de feitelijke toegankelijkheid. De informatie van UNAIDS beschrijft immers niet specifieke medische behandelmogelijkheden voor specifieke klachten in een bepaalde kliniek zoals bij International SOS (of de vertrouwensarts) het geval is, maar de stand van de HIV-bestrijding met antiretrovirale behandeling in het gehele land. Volgens het BMA is deze informatie niet minder belangrijk, maar niet vergelijkbaar met de informatie van de vertrouwensarts of International SOS. De informatie van UNAIDS kan dan ook niet bij de beoordeling worden betrokken. In casu behoefde de minister dan ook niet te motiveren waarom het percentage van daadwerkelijk te behandelen patiënten niet meer van belang wordt geacht. De ABRvS overweegt dat, nu de minister navraag heeft gedaan bij BMA en zijn standpunt voldoende deugdelijk heeft gemotiveerd, hij juist heeft gehandeld. De ABRvS vernietigt vervolgens de uitspraken.²⁴ In mijn ogen is dit een zeer teleurstellende uitspraak en mijn hoop is dan ook gevestigd op de jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege inzake de effectiviteit van de behandeling, waarbij de BMA-arts zich zorgvuldig dient op te stellen naar de individuele vreemdeling, reden om te concluderen dat bepaalde individuele aspecten tevens verband kunnen houden met de toegankelijkheid tot de medische zorg. In dit kader vroeg mr. M.A.G. Reurs zich in zijn annotatie onder de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) van 22 januari 2010²⁵ af of de lijn van het CTG niet meebrengt of, ook wanneer zou moeten worden uitgegaan van het feit dat behandeling in algemene zin beschikbaar is, het behandelpercentage in het advies moet worden opgenomen, aangezien er reden voor twijfel is of de behandeling voor de individuele aanvrager op wie het betreffende medisch advies betrekking heeft, beschikbaar is.

2.6 Medisch tuchtrecht

Zoals gezegd, is een medisch advies van het BMA een deskundigenadvies en dient het aan bepaalde voorwaarden te voldoen om als grondslag van een besluit te kunnen dienen. Daarnaast dient een medisch advies te voldoen aan de eisen van het medisch tuchtrecht. Het CTG heeft voorwaarden²⁶ gesteld waaraan een medisch advies vanuit het oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid dient te voldoen. Zo behoort in het advies op heldere en consistente wijze te zijn uiteengezet op welke conclusie de gronden en het advies zijn gebaseerd (1). De in de uiteenzetting genoemde gronden moeten op hun beurt aantoonbaar voldoende steun vinden in de feiten, omstandigheden en bevindingen, vermeld in het advies (2). Bedoelde gronden moeten de daaruit getrokken conclusie kunnen rechtvaardigen (3). De rapportage dient zich in beginsel te beperken tot het deskundigheidsgebied van de rapporteur (4). Voorts geldt dat arts individuele aspecten in zijn afweging dient te betrekken (5). Deze zorgvuldigheid noopt tot het vermelden van gereede twijfel over de effectiviteit van de verkrijgbare behandeling of te leveren zorg in het land van herkomst, dan wel land van verwijdering. Een BMA-arts die bij de beantwoording volstaat met het zich in het algemeen uit te laten over de beschikbaarheid in het land van terugkeer, geeft blijk van een te enge opvatting van de aan de vreemdeling te verlenen zorg. Het Centraal Tuchtcollege toetst daarbij ten volle of het onderzoek uit een oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid de toets der kritiek kan doorstaan. Ten aanzien van de conclusie van de rapportage vindt

slechts een marginale toetsing plaats. In een recente uitspraak van 27 april 2010²⁷ overweegt het CTG nogmaals dat de effectiviteit van een behandeling afhankelijk is van tal van factoren en dat een BMA-arts omtrent diverse factoren geen deugdelijk onderbouwde uitspraak kan doen, reeds omdat die factoren niet zijn te objectiveren of zijn gelegen buiten zijn deskundigheidsterrein. Dat neemt niet weg dat van een BMA-arts verwacht mag worden dat hij die factoren die hij wel kan wegen, weegt. Dit heeft als consequentie dat aanwijzingen van de minister door de adviserende arts naast zich neer behoren te worden gelegd.

Zo geldt dat in het geval dat ten aanzien van PTSS concreet is aangevoerd dat het land van herkomst geen veilige omgeving is voor de behandeling, het op de weg van de BMA-arts ligt om hier nader onderzoek naar te doen (bijvoorbeeld door raadpleging van de vertrouwensarts in het betreffende land van herkomst) en de bevindingen op dit punt in het BMA-advies weer te geven.²⁸ Wanneer dit niet mogelijk is, moet de arts aangeven dat beantwoording van vragen niet mogelijk is en daarvan de reden opgeven. Of dient twijfel te worden geuit omtrent de effectiviteit voor de betreffende vreemdeling van de algemene in het land van herkomst beschikbare behandeling.²⁹ Met betrekking tot het ontstaan van een medische noodsituatie bij een vreemdeling met een HIV-besmetting oordeelt het CTG dat, ook al ontstaat er geen levensbedreigende situatie op korte termijn, dit in elk geval wel op korte termijn kan leiden (bij onderbreking van de behandeling) tot ernstige lichamelijke schade en dat er dus een medische noodsituatie zou kunnen ontstaan.³⁰ Hieruit volgt dat het CTG een andere invulling geeft dan de minister aan de beoordeling van de vraag wanneer sprake is van een medische noodsituatie. Dit roept bij mij de vraag op, of het beleid van de minister wel redelijk is. Het CTG lijkt mij bij uitstek de deskundige die bepalen kan wanneer sprake is van een medische noodsituatie. Het is afwachten welke koers de ABRvS zal gaan varen inzake de eerder vermelde HIV procedures welke thans aanhangig zijn. In ieder geval biedt de jurisprudentie van het CTG aanleiding om BMA-adviezen steeds weer kritisch te blijven bekijken.

2.7 Vergewisplicht ten aanzien van reisvoorwaarden

In paragraaf 2.3. werd al aandacht besteed aan de vergewisplicht van de minister. Zo behoeft de minister niet te beoordelen of de in het land van herkomst aanwezig geachte medische voorzieningen ook daadwerkelijk toegankelijk voor de vreemdeling zijn. Wel dient de minister zich ervan te vergewissen of aan de door het BMA gestelde reisvoorwaarden (zie paragraaf 2.3.) kan worden voldaan. Vanaf september 2008 neemt de ABRvS een vergewisplicht aan ten aanzien van reisvoorwaarden.³¹ In afwijking van het beleid (B1/4.1.1 Vc) zal de individuele toegankelijkheid van de vereiste medische behandeling wel moeten worden onderzocht door de minister. De vergewisplicht blijkt echter niet in dezelfde mate voor alle reisvoorwaarden te gelden. Zo oordeelde de ABRvS in haar uitspraak van 4 september 2008 ten aanzien van de voorwaarde dat een vreemdeling ter voorbereiding en tijdens de reis dient te worden begeleid door een sociaal-psychiatrisch verpleegkundige, dat de minister hieraan zal kunnen voldoen. Derhalve kan de minister volstaan met een toezegging dat op naleving van de voorwaarde zal worden toegezien.³² Een soortgelijk oordeel werd gegeven door vreemde-

lingenkamer Amsterdam ten aanzien van de schriftelijke overdracht van medische gegevens.³³ De ABRvS vereist voorts niet dat de minister aangeeft in welke vorm de medische voorzieningen voor de reis zullen worden getroffen.³⁴ Ten aanzien van de vraag of is gegarandeerd dat een directe fysieke overdracht aan een arts (op het vliegveld) in aansluiting op de reis en vervolgens continuering van de medische behandeling in een medische instelling dan wel door een medische behandeling ter plekke plaatsvindt, geldt dat zolang niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, de vreemdeling door het BMA niet in staat wordt geacht te reizen. De minister zal zich er dus actief van moeten vergewissen of bij de verwijdering van de vreemdeling een directe fysieke overdracht aan een arts in aansluiting op de reis en vervolgens continuering van de medische behandeling in een medische instelling dan wel door een medische behandeling ter plekke zal plaatsvinden. Niet kan worden volstaan met de mededeling door de minister dat en op welke wijze de DT&V zal toezien op de naleving van de in het BMA-advies gestelde voorwaarden, waarbij geen uitzetting zal plaatsvinden als niet aan de door de BMA-arts gestelde reisvoorwaarden is voldaan.³⁵ Hetzelfde geldt voor de zogenaamde pre-flight check. Pas nadat onderzoek naar de vliegreisgeschiktheid heeft plaatsgevonden, kan worden geconstateerd of een vreemdeling al dan niet in staat is om te reizen.³⁶ Wanneer heeft de minister in het kader van de door het BMA gestelde reisvoorwaarden nu in voldoende mate aan zijn vergewisplicht voldaan? In de meeste gevallen

De meeste zaken waarin een beroep op artikel 3 EVRM wordt gedaan, stranden op de omstandigheid dat uit het BMA-advies niet is gebleken dat de ziekte van de vreemdeling zich in een vergevorderd en levensbedreigend stadium bevindt.

wordt door een rechtbank geoordeeld dat voorafgaande aan het nemen van het besluit door de minister aan zijn vergewisplicht moet zijn voldaan. De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde echter op 2 september 2009³⁷ onder verwijzing naar voornoemde uitspraak van de ABRvS van 4 september 2008 dat de minister met het inwinnen van informatie bij de DT&V kon volstaan. Daarbij achtte de rechtbank het van belang dat uit telefonische informatie van de DT&V bleek dat meerdere verwijderingen naar Marokko van schizofrene vreemdelingen hadden plaatsgevonden die tijdens de reis behandeling nodig hadden en waarvan de medische behandeling in het land van herkomst voorgezet moest worden. Tevens bleek dat er met diverse psychiatrische ziekenhuizen in Marokko contact was en de behandeling zonder problemen kon worden overgedragen. Uit deze procedure blijkt echter niet op welke wijze de mogelijkheid van overdracht in het bestreden besluit was verwoord. In mijn visie impliceert de plicht die de minister heeft, dat duidelijk moet blijken aan welke behandelaar of welk ziekenhuis de betreffende vreemdeling kan worden overgedragen en of er vanuit de behandelaar ook de bereidheid bestaat de overdracht te aanvaarden. Het enkele feit dat in het verleden uitzettingen goed zijn gegaan, impliceert niet dat overdracht ook in deze zaak zonder problemen zal verlopen.³⁸ De onderzoeksplicht ziet immers op de toegankelijkheid in een individueel geval en de minister zal dan ook in het besluit dienen te verwoorden of, en zo ja op welke wijze aan de reisvoorwaarden is voldaan. Alleen op deze wijze kan door een rechter worden gecontroleerd of daadwerkelijk aan (alle) door een BMA-arts gestelde reisvoor-

200907566/1/V2, www.raadvanstate.nl (geen grieven waren aangedragen tegen de reisvoorwaarden minister).

- 38 Zo dacht de Rb. 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam 9 april 2010, AWB 09/43857, ve10000618, *LJNB*1703 er ook over. In deze uitspraak werd geoordeeld dat het feit dat in andere zaken een fysieke overdracht is gelukt, dit niet betekent dat dit in het geval van de betreffende vreemdeling ook zo is.
- 39 Rb. 's-Gravenhage 20 januari 2010, AWB 09/31535, hoger beroep vreemdeling werd verkort afgedaan met bevestiging van de aangevallen uitspraak op 12 april 2010, 201001761/1/V2.
- 40 Zie noot 22.
- 41 Voorheen B8/5 Vc 2000;
- 42 ABRvS 4 november 2009, nr. 200808843/1/V2, *JV* 2010/92 m.nt. S.K. van Walsum, ve09001587; AbRS 4 november 2009, nr. 200901939/1/V2, *JV* 2010/93 m.nt. S.K. van Walsum, ve09001588.
- 43 Voor wat betreft de beperking van de arbeidsmarktaantekening had ik eveneens een beleidswijziging verwacht ter zake van voortgezet verblijf. Bij de behandeling van de blauwdruk Modern Migratiebeleid is aangekondigd dat een versoepeling in werking zal treden welke inhoudt dat bij het verkrijgen van voortgezet verblijf de TWV-plicht niet langer geldt, ve08001122 en ve10000539;
- 44 EHRM 2 mei 1997 (*St. Kitts*), nr. 146/1996/767/964, *RV* 1997/70, ve98000007; EHRM 6 februari 2001 (*Bensaid t. V.K.*), nr. 44599/98, *JV* 2001/103, ve02000767; EHRM, 27 mei 2008 (*M. t. V.K.*), nr. 26565/05, *JV* 2008/266 m.nt. H. Battjes, ve08000953; EHRM 22 juni 2010 (*Al-Zawatia t. Zweden*), nr. 50068/08, www.echr.coe.int/echr/en/hudoc, zie met betrekking tot de belangenafweging ook H. Battjes 'In search of a fair balance: the absolute character of the prohibition of refoulement under article 3 ECHR reassessed' in *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009) p. 583-621.
- 45 ABRvS 13 februari 2009, nr. 200804797/1, *JV* 2009/153, ve09000261, www.raadvanstate.nl; AbRS 3 juni 2009, 200805341/1/V2, *JV* 2009/299 m.nt. M.A.G. Reurs, ve09000818; ABRvS 19 juni 2009, nr. 200807551/1/V3, *JV* 2009/346 m.nt. M.A.G. Reurs, ve09000895, www.raadvanstate.nl; ABRvS 3 augustus 2009, nr. 200808058/1/V1, *JV* 2009/380 m.; nt. M.A.G. reurs, ve09001126; ABRvS 2 april 2010 nr. 200910168/1/v1, www.raadvanstate.nl.

waarden is voldaan. Een rechter dient in deze kritisch te zijn en te blijven. Daarbij is het uiteraard van groot belang wat er namens de vreemdeling tegen de inhoud van een bestreden besluit is aangevoerd. Beroep je in dergelijke gevallen dan ook op van toepassing zijnde uitspraken. Het ging eveneens fout in een andere zaak welke ook diende bij de Rechtbank 's-Gravenhage van 20 januari 2010.³⁹ In deze zaak nam de rechtbank genoegen met de mededeling van de minister dat de betreffende vreemdeling niet zou worden uitgezet, als de medische overdracht niet geregeld kan worden. Volgens de minister zal voorafgaande aan de uitzetting DT&V in het kader van fysieke overdracht contact opnemen met een psychiater van een met naam genoemd ziekenhuis in Ankara om afspraken met betrekking tot de overdracht te maken. De rechtbank volgt de minister in het standpunt dat indien aan alle gestelde voorwaarden is voldaan, de vreemdeling wordt overgebracht naar een uitzetcentrum, waarbij tevens wordt opgemerkt dat er ervaring is met zaken waarin medische overdracht is geregeld. De rechtbank heeft in deze zaak opgemerkt dat de vreemdeling zijn stelling dat niet duidelijk is of bij zijn uitzetting aan de gestelde reisvoorwaarden zal worden voldaan, niet had onderbouwd. Het beroep werd ongegrond verklaard en een hoger beroep mocht, nog daargelaten de wijze waarop de grieven werden geformuleerd, dan ook niet meer baten.

In paragraaf 3.5. sprak ik mijn zorgen uit over de uitspraak van 9 juni 2010⁴⁰ waarin de ABRvS ook zelf recht doet. De vreemdeling heeft in deze betoogd dat de minister zich ervan had moeten vergewissen dat bij uitzetting aan de door BMA gestelde reisvoorwaarden kan worden voldaan. Onduidelijk is of in deze zaak specifiek de reisvoorwaarden van directe fysieke overdracht aan een medische instelling dan wel een behandelaar direct aansluitend aan de reis (voorwaarde 4) of een beoordeling van een arts, direct vóór de reis of inderdaad gereisd kan worden (voorwaarde 5), genoemd zijn. De lijn van de ABRvS is, dat zolang niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, de vreemdeling door het BMA niet in staat wordt geacht te reizen. De minister zal zich hiervan actief moeten vergewissen en mag niet volstaan met de mededeling dat en op welke wijze de DT&V zal toezien op de naleving van de in het BMA-advies gestelde voorwaarden. De ABRvS volgt de minister in het standpunt dat ten aanzien van de voorwaarden met betrekking tot continuering van de medicatie en controle na de reis door een arts, geen grond bestaat om aan te nemen dat het niet mogelijk moet worden geacht dat bij de daadwerkelijke verwijdering aan die voorwaarden wordt voldaan. Hierbij is in aanmerking genomen dat de minister ter zitting heeft verklaard dat de DT&V, wanneer de uitzetting ter hand wordt genomen, een afspraak regelt met een arts in Ghana, zodat de vreemdeling direct na de reis door een arts kan worden gecontroleerd. Deze overwegingen lijken geheel in strijd met de lijn die door de ABRvS tot op heden is gevoerd. Bovendien betekent dit dat de handelwijze van de minister niet te controleren is door een rechter.

3 Mantelzorg

In B8/4 Vc⁴¹ staat dat wanneer de BMA-arts aangeeft dat mantelzorg noodzakelijk is, de vreemdeling de mogelijkheid krijgt om aan te geven of er in het land van herkomst al dan niet personen aanwezig zijn die in staat moeten worden geacht om mantelzorg te verlenen. Indien niet in het medisch advies staat opgenomen dat mantelzorg nodig is, zal de vreemdeling moeten onderbouwen dat hiervan wel sprake is. In het nieuwe beleid staat aangegeven dat professionele zorg geen mantelzorg is. Naar het oordeel van de ABRvS dient te worden gezien of de

in Nederland aanwezige familieleden die alhier mantelzorg verlenen, dit niet ook (tijdelijk) in het land van herkomst zouden kunnen doen. Aan de verwachte onwil van familieleden in het land van herkomst, wordt voorbij gegaan.⁴² De vreemdeling zal derhalve goed moeten documenteren waarom de benodigde mantelzorg in het land van herkomst niet mogelijk is. Staat vast dat een medische noodsituatie ontstaat als er geen behandeling plaatsvindt en in Nederland familie- of gezinsleden (rechtmatig) verblijven die de noodzakelijke mantelzorg verlenen, dan wordt er van uit gegaan dat aan de voorwaarden zoals neergelegd in het beleid wordt voldaan. Dit laatste is eveneens nieuw. In mijn praktijk hebben mijn cliënten in dergelijke situaties steeds verblijf op grond van artikel 8 EVRM gekregen. Overigens gaat hier mijn voorkeur naar uit, nu aan deze verblijfsvergunning geen beperking op de arbeidsmarktaantekening zit.⁴³

4 Ongewenstverklaring en artikel 3 EVRM

Vreemdelingen die ongewenst zijn verklaard, hebben niet de mogelijkheid om een verblijfsvergunning op medische gronden te verkrijgen. Wat rest is een aanvraag op grond van artikel 64 Vw. Een geslaagd beroep op dit artikel zal echter enkel als gevolg hebben dat de betreffende vreemdeling tijdelijk niet wordt uitgezet. Wanneer kan een ongewenstverklarde vreemdeling dan wel verblijf krijgen vanwege zijn gezondheidssituatie? Indien sprake is van een situatie waarbij uitzetting van de zieke vreemdeling strijd met artikel 3 EVRM oplevert, kan de ongewenstverklaring op verzoek worden opgeheven en vervolgens verblijf op grond van artikel 3 EVRM worden toegekend. Naar mijn mening moet er in bepaalde gevallen wel degelijk een mogelijkheid zijn om een geslaagd beroep op artikel 3 EVRM te doen. Althans, uit de tekst van de jurisprudentie van het EHRM kan worden afgeleid dat er ruimte is om omstandigheden zoals de feitelijke toegankelijkheid mee te nemen. Het probleem is echter dat het Hof een zeer hoge bewijslast bij de vreemdeling legt en de belangenafweging tot op heden enkel in het arrest *St. Kitts* in het voordeel van de vreemdeling uit viel.⁴⁴ Volgens de ABRvS volgt uit de jurisprudentie van het EHRM dat uitzetting van een vreemdeling in verband met zijn medische toestand onder uitzonderlijke omstandigheden en wegens dwingende redenen van humanitaire aard, bij gebrek aan medische voorzieningen en sociale opvang in het land waarnaar wordt uitgezet, tot schending van artikel 3 EVRM kan leiden. Van uitzonderlijke omstandigheden kan slechts sprake zijn, als de vreemdeling lijdt aan een ziekte in een vergevorderd en levensbedreigend stadium. De meeste zaken waarin een beroep op voornoemd artikel wordt gedaan, stranden op de omstandigheid dat (uit het BMA-advies) niet gebleken is dat de ziekte van desbetreffende vreemdeling zich in een vergevorderd en levensbedreigend stadium bevindt. Dat bij stopzetting van de behandeling een levensbedreigende situatie ontstaat, doet hieraan niet af. Immers, zo lang de behandeling voortduurt, is geen sprake van een ziekte in een vergevorderd en levensbedreigende fase.⁴⁵ De vraag is of de ABRvS de jurisprudentie van het EHRM juist interpreteert. Wanneer ik de bewoordingen van het EHRM in de zojuist aangehaalde arresten nalees, dan leid ik hieruit af dat er meer bijzondere omstandigheden een rol kunnen spelen bij de vraag of er sprake is van schending van artikel 3 EVRM. Zo noemt het EHRM ook de situatie dat de kosten voor de behandeling hoog zijn. Helaas ben ik niet bekend met zaken waarin een succesvol beroep op onder meer voornoemde omstandigheid is gedaan. Wel had ik een zaak van een ongewenst verklaarde vreemdeling die leidt aan een terminale nierinsufficiëntie met daarbij ook nog hepatitis B. Er zijn voorwaarden gesteld aan de uitreis. In zijn land van herkomst is er

door DT&V één ziekenhuis gevonden dat 3 maal per week behandeling kan verzorgen. De kosten per behandeling bedragen echter 200 dollar. Vast staat dat er geen familieleden in Nederland dan wel in het land van herkomst zijn, die financieel kunnen bijspringen. Evenmin kan de betreffende vreemdeling vanwege zijn gezondheidssituatie in staat worden geacht te werken. Op verzoek van DT&V lag deze zaak voor bij de minister met als kwalificatie 'bijzonder geval' in het kader van de beoordeling op grond van artikel 3 EVRM. Inmiddels heeft deze persoon verblijf op grond van artikel 8 EVRM gekregen en is afgezien van doorprocederen, zodat ongewis blijft wat de uitkomst ten aanzien van artikel 3 EVRM zou zijn geweest.

5 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de ABRvS zich kritischer is gaan opstellen ten aanzien van de wijze waarop de minister omgaat met de in een BMA-advies vermelde reisvoorwaarden. Daarnaast is alertheid geboden in het geval dat sprake is van een medische noodsituatie op korte termijn, maar de relevante voorzieningen elders beschikbaar zijn. De bewijslast ligt immers bij de vreemdeling. Op welke wijze kan worden aangetoond dat terugkeer naar het land van herkomst ook daadwerkelijk tot een medische noodsituatie zal leiden? Het huidige beleid biedt hiervoor geen ruimte. Sterker nog, in het beleid ligt reeds besloten dat terugkeer c.q. uitzetting van de vreemdeling het gevolg heeft dat deze komt te overlijden. Binnen de beperkte mogelijkheden die gemachtigden dan wel hebben, is het zaak om de BMA-adviezen zo veel mogelijk te fileren op ongerijmd- of onjuistheden. Vraag je af of het medisch advies feitelijk wel juist is. Klopt het wel dat een nader genoemd ziekenhuis daadwerkelijk over de benodigde medische voorzieningen beschikt? Duidelijke vraagstelling aan de behandelaars, maar ook wetenschap van de toegankelijkheid en beschikbaarheid van medische voorzieningen in het land van herkomst of bestendig verblijf, is een must. Voorts kan de jurisprudentie van het CTG ten aanzien van de effectiviteit van de behandeling, maar ook ten aanzien van de zorgvuldigheid die een BMA-arts heeft te betamen, mogelijkheden bieden voor de advocatuur om waarborgen te scheppen die niet in het huidige beleid zijn neergelegd. Tot slot wil ik advocaten meegeven zich in voorkomende gevallen ook kritischer op te stellen ten aanzien van de BMA-arts en zich daarbij steeds te realiseren dat de medische inhoud van een BMA-advies moet worden bestreden met deskundige, concrete door de behandelaar (of - bij voorkeur - een onafhankelijk medisch adviseur) te leveren argumenten. Wacht hier niet mee tot na een negatief besluit, maar begin hier mee direct na de kennisname van het medisch advies. Indien dit via de minister niet tot een bevredigend resultaat leidt, dan is het tuchtrecht wellicht de aangewezen manier om uiteindelijk gelijk voor een vreemdeling te behalen. Immers, zal de eed van Hippocrates uiteindelijk niet zwaarder dienen te wegen dan de eed van de minister? •