

Inleiding

Deze artikel 64 Vw uitspraak van de Afdeling geeft aan dat er nog lang geen consensus is als het gaat over de verantwoordelijkheden van een zorgvuldig handelend bestuursorgaan, meer in het bijzonder het zorgvuldig handelen van de door het bestuursorgaan ingeschakelde medisch adviseur. Dit geldt ook voor de eisen die aan een vreemdeling mogen worden gesteld als het gaat om het aanleveren van gegevens van de behandelaar aan de medisch adviseur. De staatssecretaris hanteert een zeer strikte lijn en de Afdeling volgt deze in veel gevallen, waardoor een zieke vreemdeling voor grote processuele uitdagingen staat. Het is echter de vraag, of deze strikte lijn te verenigen valt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Feiten en omstandigheden

Wat speelt er in deze uitspraak?

Allereerst een korte casusbeschrijving. Het betreft een 24-jarige vreemdeling met de Nigeriaanse nationaliteit met een ernstig chronisch psychiatrisch ziektebeeld (schizofrenie, psychotische klachten, drugsgebruik, initiatiefverlies en een vermoeden van zwakbegaafdheid). In het kader van dit ziektebeeld hebben er in het verleden dwangopnames plaatsgevonden. De vreemdeling is voor het laatst in de GGZ opgenomen geweest in juni 2018. Vanwege het goede psychiatrische functioneren is de ambulante begeleiding daarna beëindigd. Het 'vinger aan de pols' contact bij de GGZ praktijkondersteuner van de huisarts is op verzoek van betrokkene gestopt, omdat het goed met hem ging. De zus van de vreemdeling verleent mantelzorg aan hem.

De vreemdeling vraagt de staatssecretaris toepassing te geven aan artikel 64 Vw. De staatssecretaris vraagt het BMA om een medisch advies uit te brengen. Uit het in dit kader opgestelde BMA-advies van 14 mei 2019 volgt dat er weliswaar een medische noodsituatie wordt aangenomen bij het staken van de behandeling, maar dat de vreemdeling kan reizen en de noodzakelijke medische behandeling beschikbaar is in Nigeria. De staatssecretaris wijst de aanvraag af en de vreemdeling gaat tevergeefs hiertegen in bezwaar.

Relevant in deze zaak is het geschil over het belang van de mantelzorg die de vreemdeling krijgt. Aanvankelijk heeft de behandelende huisarts gemeld dat de zus mantelzorg verricht, maar dat hij niet kan vertellen welke specifieke mantelzorgtaken zij verricht. Het BMA heeft gemeld aan de staatssecretaris dat de medische informatie onvolledig is. De huisarts heeft vervolgens op verzoek aanvullende informatie verstrekt. Daarin geeft de huisarts aan dat de vraag of mantelzorg voor de vreemdeling noodzakelijk is, voor hem niet objectief te beantwoorden is en hij er dus geen goed antwoord op kan geven. In bezwaar heeft de advocaat een reactie van de huisarts op de inhoud van het BMA-advies overlegd. De huisarts meldt dat de zus mantelzorg doet en dat dit goed verloopt. Tevens vermeldt hij dat het niet zijn taak is om de hele mantelzorg van eiser in kaart te brengen of aan waarheidsvinding te doen. De huisarts adviseert dat een onafhankelijk arts dit beoordeelt door in gesprek te gaan met de zus en eiser. In het BMA-advies vermeldt de medisch adviseur dat op basis van de verstrekte medische informatie niet blijkt dat mantelzorg essentieel is voor het welslagen van de medische behandeling van de vreemdeling.

In beroep bij de rechtbank klaagt de vreemdeling onder meer over het feit dat de BMA-arts geen onderzoek heeft gedaan naar de mantelzorg die hij van zijn zus krijgt. Volgens de vreemdeling is die mantelzorg essentieel voor het welslagen van de medische behandeling. De rechtbank oordeelt vervolgens dat het BMA-advies op het punt van de mantelzorg niet op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. De redenering daarin is niet begrijpelijk en de getrokken conclusies sluiten daar niet op aan. De rechtbank meent dat het BMA zijn advies heeft gebaseerd op informatie van de huisarts, die heeft verklaard dat hij niet weet welke taken de zus van de vreemdeling verricht en de vraag naar de noodzaak van mantelzorg niet goed kan beantwoorden. Volgens de rechtbank is deze informatie, gelet op de overige diagnoses en symptomen die de brieven van de huisarts beschrijven, onvoldoende om de conclusie dat mantelzorg niet essentieel is voor het welslagen van de medische behandeling te kunnen dragen. De staatssecretaris kon zijn besluitvorming dan ook niet zonder meer op het BMA-advies baseren en had nader onderzoek moeten doen en de vreemdeling moeten horen. In hoger beroep klaagt de staatssecretaris dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij nader onderzoek moet doen. De rechtbank heeft daarmee niet onderkend dat het in eerste instantie aan de vreemdeling is om zijn aanvraag met relevante medische stukken te onderbouwen. De Afdeling oordeelt vervolgens dat de medisch adviseur zich voor zijn antwoord op de vraag of mantelzorg essentieel is voor het welslagen van de medische behandeling heeft gebaseerd op de overgelegde medische stukken van de huisarts. Dat de huisarts in de medische stukken aangeeft dat hij niet kan beantwoorden welke mantelzorg wordt verleend en of de mantelzorg essentieel is, betekent niet dat daarom nader onderzoek had moeten worden gedaan. De BMA-arts heeft uit het antwoord van de huisarts immers afgeleid dat er geen aanwijzingen zijn dat mantelzorg essentieel is voor het welslagen van de behandeling. Onder

verwijzing naar een eerdere uitspraak overweegt de Afdeling dat het tot de deskundigheid van het BMA behoort om te beoordelen of aanvullende informatie van de behandelaar voor de beantwoording van de door de staatssecretaris gestelde vragen over de mantelzorg noodzakelijk is.

Vragen naar aanleiding van deze uitspraak

In deze uitspraak komen een aantal zogenoemde 'leerstukken' samen waarover de Afdeling zich in het verleden heeft uitgelaten. De vraag komt op of de Afdeling gelet op deze 'leerstukken' wel een juiste beslissing heeft genomen.

Het eerste 'leerstuk' ziet op inhoud van een deskundigenadvies. Een BMA-advies (= een medisch advies) wordt aangemerkt als een deskundigenadvies. Een deskundigenadvies moet aan een aantal voorwaarden voldoen. De staatssecretaris mag zich enkel op een deskundigenadvies baseren als dit advies zorgvuldig tot stand is gekomen (procedureel), inzichtelijk en concludent is. Oftewel, is het duidelijk hoe de deskundige tot zijn oordeel is gekomen en het oordeel van de deskundige volgt logisch uit zijn argumentatie. In casu overweegt de rechtbank dat het medisch advies van 14 mei 2019 niet aan deze eisen voldoet. Derhalve had de staatssecretaris zich niet op dit advies mogen baseren. In de fase voorafgaand aan het voornoemde advies heeft de medisch adviseur via de staatssecretaris contact met de huisarts gezocht om nadere informatie te krijgen. Kennelijk was de overgelegde informatie onvoldoende duidelijk. Deze informatie heeft niet tot een nader inzicht geleid, omdat de huisarts heeft aangegeven dat hij geen objectief antwoord kan geven en dus de vraag over de mantelzorg niet goed kan beantwoorden. Desondanks besluit de medisch adviseur dat uit de onderliggende stukken niet is gebleken dat er sprake is van medisch noodzakelijke mantelzorg. Dit is een vreemde gang van zaken, gezien vanuit de eisen die het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg aan een medisch adviseur stelt.

In dit kader maken wij een kort uitstapje naar een ander 'leerstuk', namelijk de vaste jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg met betrekking tot de criteria die aan BMA-adviezen worden gesteld (CTG, 12 februari 2015, C2014.194, JV 2015/104, ve15000330) welke jurisprudentie de Afdeling zich ook eigen heeft gemaakt¹. Hieruit volgt dat het BMA-advies de feiten, omstandigheden en bevindingen vermeldt waarop het berust. Het advies geeft blijk van een geschikte onderzoeksmethode om de vraagstelling te beantwoorden en het advies zet op inzichtelijke en consistente wijze uiteen op welke gronden de conclusies van het rapport steunen. Voorts worden de bronnen waarop het advies berust vermeld en dient de medisch adviseur binnen de grenzen van zijn deskundigheid te blijven. Het uitgangspunt is dat de medisch adviseur geacht wordt de kennis en kunde te bezitten om aan de hand van de beschikbare medische gegevens de door de staatssecretaris gestelde vragen van een deskundig antwoord te voorzien (CTG, 5 november 2019, C2018.215). Het behoort voorts tot de professionele standaard van de medisch adviseur om in de rapportage onder ogen te zien of er gerede twijfel kan bestaan over de effectiviteit van de behandeling (CTG, 8 maart 2016, C2015.152, JV 2016/131, ve16000492).

In de zaak van deze vreemdeling heeft de medisch adviseur zich in eerste instantie van zijn beste kant laten zien door nadere informatie te vragen². Vervolgens blijkt uit het antwoord dat de behandelaar niet in staat is om antwoord te geven. Hoewel de medisch adviseur weliswaar gezien zijn deskundigheid in beginsel mag varen op zijn eigen oordeel, dat onder meer gevormd is door bevindingen bij eigen onderzoek en de in het dossier aanwezige medische informatie, laat dit onverlet dat in een individueel geval de zorgvuldigheid kan vereisen dat raadpleging van de behandelend arts toch is aangewezen (CRvB van 23 maart 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:1073, ve20003470). Uit de gang van zaken blijkt dat de medisch adviseur van mening was dat hij over onvoldoende informatie beschikte om een zorgvuldig advies te kunnen opstellen, echter daar waar hij zou moeten overgaan tot deze conclusie ten aanzien van de mantelzorg, stelt hij dat niet is gebleken dat er sprake is van mantelzorg die essentieel is voor het welslagen van de behandeling. Dit volgt echter niet uit hetgeen de huisarts heeft verklaard. Daarbij is ook relevant de vraag in hoeverre van de huisarts mag worden verwacht bepaalde informatie te verstrekken. Hierover zo meteen meer.

Terecht constateert de rechtbank dan ook dat het medisch advies niet inzichtelijk en concludent is. Dit mede gezien in het licht van de overige beschikbare medische informatie. Logischerwijze oordeelt de rechtbank vervolgens dat de medisch adviseur evenmin aan de staatssecretaris heeft teruggekoppeld dat de informatie incompleet was en er dus niets over de mantelzorg kon worden gezegd. Gelet op vorenstaande is het dan ook niet begrijpelijk dat de Afdeling overweegt dat de BMA-arts uit het antwoord van de huisarts *immers* heeft afgeleid dat er geen aanwijzingen zijn dat mantelzorg essentieel

¹ ABRvS 28 november 2015, 201605356/1/V3, ECLI:NL:RVS:2016:3215, ve16002407.

² Wij beschikken enkel over de uitspraak van de rechtbank en de uitspraak van de ABRvS en weten helaas niet wat de medisch adviseur aan de staatssecretaris als vraag heeft gesteld.

is voor het welslagen van de behandeling. De Afdeling lijkt hier te miskennen dat de medisch adviseur aanvankelijk om nadere informatie heeft gevraagd, kennelijk omdat er onvoldoende informatie was overgelegd om te kunnen adviseren. Toen de huisarts daarna volhield geen uitspraak te kunnen doen over de mantelzorg, veranderde het oordeel van de medisch adviseur dat de mantelzorg niet essentieel was. Dit bevreemdt. Al ben je nog zo deskundig, hoe kun je een zorgvuldig advies opstellen als je te weinig informatie hebt?

Bovendien ogen de overwegingen van de Afdeling tegenstrijdig. In het hoger beroep bij de Afdeling brengt de staatssecretaris in dat het aan de vreemdeling is om zijn aanvraag met relevante medische stukken te onderbouwen (zie artikel 3.102b en 6.1c, lid 2 Vb). Niet wordt betwist dat de vreemdeling dit niet heeft gedaan. In zoverre zou je zeggen dat de grief niet kan slagen. De Afdeling stelt vervolgens dat het BMA het antwoord op de vraag of mantelzorg essentieel is voor het welslagen van de medische behandeling heeft gebaseerd op de overlegde medische stukken van de huisarts (r.o. 3.2). In de daarop volgende zin spreekt de Afdeling zichzelf tegen als zij zegt: *Dat de huisarts in de medische stukken aangeeft dat hij niet kan beantwoorden welke mantelzorg wordt verleend en of de mantelzorg essentieel is, betekent niet dat het BMA daarom nader onderzoek had moeten doen.* Hoe kan het zijn dat de Afdeling instemt met een BMA-advies dat zich baseert op een behandelaar die een vraag om informatie niet kan beantwoorden? Daarbij komt dat de Afdeling niet in gaat op de overweging van de rechtbank dat de medisch adviseur gelet op de overige overgelegde medische informatie anders had moeten adviseren.

In deze zaak is het goed om terug te gaan naar de instructie die de behandelaar krijgt van de IND over de te verstrekken informatie over mantelzorg in geval van GGZ problematiek. Deze instructie luidt aldus: *Alleen in het geval dat bij u bekend is dat mantelzorg aan de orde is (zorg door niet professionals, zoals familie of vrienden) en dat dit ook een essentieel onderdeel is van de medische behandeling, kunt u dan aangeven wie deze mantelzorg geeft, op welke wijze precies en de frequentie? (Er wordt bijvoorbeeld dus niet naar hulp bij financiën of huishoudelijke hulp gevraagd, maar wel naar bijvoorbeeld toezicht op inname van medicatie bij schizofrene patiënten).* (Bron: Formulier Aanvraag voor uitstel van vertrek op grond van artikel 64 Vreemdelingenwet, <https://ind.nl/formulieren/7041.pdf>). Deze formulering betekent dat de behandelaar alleen iets over mantelzorg dient te zeggen als het aan de orde is en als het een essentieel onderdeel is van de medische behandeling. Dus als een behandelaar iets zegt over mantelzorg dan betekent dit per definitie dat die mantelzorg essentieel is voor de medische behandeling. De gekozen formulering van de instructie maakt feitelijk dat aparte en expliciete benoeming hiervan verder niet nodig zou moeten zijn. Dit maakt het des te bevreemdingwekkender dat het BMA-advies melding maakt dat mantelzorg niet essentieel is voor het welslagen van eisers medische behandeling. Een interessante vraag die ook opdoemt, is of de informatie of mantelzorg noodzakelijk is voor de behandeling, medisch gezien eigenlijk wel door een behandelaar kan worden gegeven. Kan van een behandelaar verwacht worden dat hij precies weet hoe de zus van betrokkene haar mantel invult wanneer zij hem herinnert aan de pillen of die uitdeelt, wat de frequentie is van de noodzakelijke dagelijkse wandelingen? Onzes inziens is dit te veel gevraagd van de arts. Bovendien; is het antwoord op de vraag of de mantelzorg noodzakelijk is, niet het waardeoordeel waar een behandelaar terughoudend in moet zijn? In het protocol BMA (2016) staat hierover op pagina 3: *De KNMG hanteert als standpunt dat een behandelaar geen verklaringen afgeeft over een eigen patiënt, waarbij hij/zij een waardeoordeel geeft over de patiënt en zijn/haar gezondheidstoestand. Dergelijke verklaringen mogen alleen worden afgegeven door een onafhankelijke arts. Deze arts kan een eigen beoordeling maken van de situatie.* In die zin heeft de behandelend huisarts in deze zaak een punt als hij oproept dat een onafhankelijk arts dit moet beoordelen. Deze huisarts heeft waarschijnlijk niet door gehad dat de BMA-arts in deze als een onafhankelijke arts fungeert. Echter, de BMA-arts heeft geen verder eigen onderzoek gedaan naar aanleiding van het gebrek aan informatie. Gegeven het feit dat het BMA-advies moet zijn gebaseerd op verstrekte informatie belanden we in een patstelling als de behandelaar deze informatie niet kan of wil verstrekken. Dit moet dan in het BMA-advies zichtbaar zijn. In deze zaak heeft de Rechtbank dit onderkend. De Afdeling lijkt het ontstane spanningsveld te hebben miskend. Artsen kijken eigenlijk nooit naar mantelzorg in oordelende zin als zijnde wel of niet essentieel voor een behandeling. Mantelzorg draagt altijd bij aan het welzijn en de zorg voor iemand die hulpbehoevend is. Dit zie je ook in de definitie die het Sociaal Cultureel Planbureau hanteert: *Mantelzorg is alle hulp aan een hulpbehoevende door iemand uit diens directe sociale omgeving. Ook minder intensieve hulp, de hulp aan huisgenoten en de hulp aan instellingsbewoners zijn meegenomen. Mantelzorg is hulp die verder gaat dan de zogenoemde 'gebruikelijke hulp.* Geen enkele arts zal zeggen: "Doet u die mantelzorg maar niet, want die is niet essentieel." Als in deze zaak de huisarts had geschreven dat deze mantelzorg noodzakelijk is als verlengstuk van de behandeling, dan was dit duidelijk geweest voor de medisch adviseur.

Tot slot

De verantwoordelijkheid voor het aanleveren van informatie (bewijslast) in dit soort zaken ligt nu bij de vreemdeling. Het is vanuit de principes van samenwerking en het beginsel van equality of arms vreemd dat deze verantwoordelijkheid geheel ligt bij de 'zwakste' van beide partijen. In feite verkeert de vreemdeling hier in bewijsnood. De huisarts geeft gemotiveerd aan waarom hij niet nader kan informeren. De Afdeling meent dat het dan aan de medisch adviseur is om zelf een weging aan de stukken te geven. Feit is dat er onvoldoende informatie is om te wegen. Hoe verhoudt zich dit tot artikel 4:2, lid 2 Awb waarin is bepaald dat de aanvrager de gegevens en bescheiden verschaft die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. De vreemdeling heeft verzocht in persoon een toelichting op zijn situatie te geven, maar de Afdeling vindt horen niet aan de orde. De behandelaar geeft aan geen nadere informatie te kunnen verschaffen en de vreemdeling wordt belet om in persoon een nadere toelichting te geven, in hoeverre is hier dan sprake van een gelijkwaardige situatie? Zou de zaak anders zijn geweest als de vreemdeling in bezwaar een gespecificeerd en door zijn zus opgesteld overzicht ten behoeve van de medisch adviseur had verstrekt? Hoe verhoudt de opstelling van de Afdeling zich met haar uitspraak van 5 oktober 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2707, r.o. 5.1, JV 2017/246 m.nt. M.J.M. Peeters en E. Bloemen, ve17002154) waarin de Afdeling wel ruimte openlaat in de situatie waarin de vreemdeling staft dat een behandelaar weigert informatie aan te leveren? Zou deze zaak gelet op de samenwerkingsverplichting tussen de vreemdeling en de staatssecretaris dan niet tot een andere uitkomst moeten leiden?

**Evert Bloemen, arts, adviseur en trainer bij Pharos, Expertisecentrum Gezondheidsverschillen
Marjon Peeters, advocaat te Amsterdam**