

Arrest Paposhvili verbetert verblijfpositie ernstige zieke vreemdelingen

EHRM gooit roer om in medische zaken

Vreemdelingen die niet terminaal ziek waren op het moment van de beslissing tot toelating of verwijdering konden zich tot voor kort bijna niet op artikel 3 EVRM beroepen. Deze lijn, door velen ernstig bekritiseerd, heeft het EHRM op 13 december jl. verlaten. Barbara Wegelin analyseert de uitspraak, beschrijft de kritiek en brengt de gevolgen voor Nederland in kaart.

Op 13 december 2016 legde de Grote Kamer van het EHRM (hierna: de Grote Kamer) met haar uitspraak in *Paposhvili* een kleine bom onder de bestendige jurisprudentie met betrekking tot beslissingen inzake toelating en verwijdering van ernstig zieke vreemdelingen.¹ Deze jurisprudentie ontstond ruim tien jaar geleden naar aanleiding van twee Britse zaken over vreemdelingen met HIV/AIDS: *D. v. VK (St Kitts)* en *N. v. VK*.² Deze lijn werd zowel binnen het EHRM als daarbuiten hevig bekritiseerd. Het EVRM was verworden tot een instrument om de rechten van de doden, en niet de levenden, te beschermen, aldus rechter Power-Forde in haar dissenting opinion bij de zaak *Josef v. België*.³ Allen die ooit geprocedeerd hebben over artikel 64 VW en/of de verblijfsvergunning voor medische behandeling, zullen zich in die kritiek kunnen vinden.

De toegevoegde waarde van artikel 3 EVRM⁴ in dergelijke zaken was in de praktijk een dode letter. Hopelijk komt daarin met deze uitspraak verandering.

1. Feiten in de zaak Paposhvili

De zaak draait om de Georgische man Paposhvili. Hij, zijn vrouw en hun kind kwamen in 1998 naar België. Zij vroegen asiel aan. Die aanvraag werd niet in behandeling genomen omdat, op grond van de voorloper van de Dublin Verordening, Italië verantwoordelijk was.⁵ Een herhaalde asielaanvraag op basis van een valse identiteit werd afgewezen.

In België kreeg het echtpaar nog twee andere kinderen. Beide echtelieden pleegden diverse strafbare feiten, onder andere diefstal en lidmaatschap van een criminele organisatie, waarvoor zij beiden veroordeeld werden. Na de asielprocedures volgden verschillende reguliere aanvragen in verband met verblijfsduur en belangen van de kinderen, die werden afgewezen.

Daarna volgden twee aanvragen op grond van de medische omstandigheden van Paposhvili nadat bij hem in 2006 chronische lymfatische leukemie (een vorm van bloedkanker die ontstaat in het beenmerg) was vastgesteld. Hij werd hiervoor behandeld, onder meer met chemotherapie en later met nieuwe, experimentele en vrij kostbare medicatie. Zijn artsen verklaarden diverse malen dat behandeling door gespecialiseerde hematologen noodzakelijk was; dat het onderbreken of stopzetten van zijn behandeling de dood tot gevolg zou hebben en dat een beenmergtransplantatie eigenlijk zijn enige optie op herstel was. Die transplantatie was voor Paposhvili niet mogelijk (ondanks aanwezigheid van een donor) bij gebrek aan een geldige verblijfsvergunning in België.

De experimentele behandeling noch de beenmergtransplantatie waren mogelijk in Georgië. De Belgische autoriteiten wezen de aanvragen primair af vanwege de strafrechtelijke antecedenten. Een later door de Belgische autoriteiten aangeestelde arts die Paposhvili moest onderzoeken stelde dat zijn medische situatie niet van direct levensbedreigende aard was (geen terminale fase), dat zijn conditie stabiel was en dat een schending van artikel 3 EVRM daarom niet aan de orde was. De vrouw en drie kinderen van Paposhvili kregen in 2010 allen een permanente verblijfsstatus in België.

De tweede medische aanvraag vormt de aanleiding voor de bij het EHRM op 23 juli 2010 ingediende klacht dat verwijdering naar Georgië een schending zou opleveren van de artikelen 2,

1 EHRM, *Paposhvili v. België*, 13 december 2016, nr. 41738/10.

2 EHRM, *D. v. VK (St. Kitts)*, 2 mei 1997, *RV* 1997/70 en EHRM (Grand Chamber), *N. v. VK* 27 mei 2008, *JV* 2008/266.

3 EHRM, *Josef v. België*, 27 februari 2014, nr. 70055/10.

4 De uitspraak heeft betrekking op zowel artikel 3 als artikel 8 EVRM. In het navolgende ligt de nadruk op de gevolgen met betrekking tot artikel 3 EVRM.

5 Overeenkomst van Dublin, 97/C-254/01.

3 en 8 van het EVRM. Het EHRM wees een interim measure (rule 39) toe, hangende het hoger beroep in België.

Op 17 april 2014 oordeelde een kamer van zeven rechters van het EHRM unaniem dat de klacht ontvankelijk maar niet gegrond was. Het EHRM herhaalde zijn jurisprudentie dat een schending van artikel 3 EVRM in geval van verwijdering van ernstig zieke vreemdelingen alleen aan de orde is in zeer zeldzame gevallen wanneer er klemmende redenen van humanitaire aard spelen. Het EHRM oordeelde dat dergelijke humanitaire omstandigheden in dit geval niet aan de orde waren nu er wel enige vorm van behandeling voor leukemie in Georgië bestond en Paposhvili in Georgië een broer had, zodat hij er niet volledig alleen voor zou komen te staan.⁶

Meer aandacht besteedde het EHRM aan de mogelijke schending van artikel 8 EVRM. Ondanks het feit dat de vrouw en de drie kinderen verblijfsrecht hadden in België, en het gezin dus gescheiden zou worden, besliste het EHRM dat er, vanwege de door Paposhvili gepleegde strafbare feiten en zijn banden met Georgië, ook geen schending van artikel 8 EVRM was. Met dit laatste oordeel was rechter Pejchal het niet eens: hij stelde in een dissenting opinion dat uitzetting naar Georgië wel in strijd kwam met artikel 8 EVRM in verband met de belangenafweging die, gelet op het lange verblijf in België en zijn legaal verblijvende gezinsleden, in het voordeel van Paposhvili had moeten uitvallen.

Waarom hield het Hof tot het arrest Paposhvili vast aan jurisprudentie die zo evident indruist tegen de bescherming die het EVRM zieke vreemdelingen hoort te geven?

Op 14 juli 2014 vroeg Paposhvili om verwijzing naar de Grote Kamer. In zijn annotatie bij de uitspraak in *Paposhvili* in *JV* geeft oud-rechter bij het EHRM Myjer een aardig overzicht van welke omstandigheden aanleiding kunnen vormen tot verwijzing naar de Grote Kamer.⁷

Paposhvili overleed op 7 juni 2016 in België, voordat de Grote Kamer uitspraak had gedaan. Zijn familieleden vroegen om voortzetting van de behandeling van de klacht. De Grote Kamer zette de behandeling van de klacht voort vanwege het zaaksoverstijgende karakter van de klacht/de uitspraak.

2. Kritiek op jurisprudentie

In *D. v. VK/St. Kitts* was er volgens het EHRM sprake van zodanig bijzondere omstandigheden dat uitzetting van de man naar zijn herkomstland in strijd kwam met artikel 3 EVRM. Deze bijzondere omstandigheden waren gelegen in de terminale fase van de ziekte van de klager (AIDS) en het feit dat er geen medische voorzieningen of familieleden in het herkomstland aanwezig waren en hij daar niet waardig kon sterven.

Het arrest *N. v. VK* betrof een Ugandese vrouw met HIV. Het EHRM besliste dat haar omstandigheden niet zo schrijnend waren dat haar uitzetting uit het VK naar Uganda een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren. De vrouw was volgens het Hof 'fit to fly' en haar ziekte was op het moment van de uitspraak stabiel. Het feit dat stopzetten of het onderbreken van haar medische behandeling zou leiden tot 'achteruitgang van haar gezondheidstoestand en welzijn, pijn en de

dood binnen enige jaren' maakte dat niet anders. Behandeling voor HIV was volgens het Hof beschikbaar in Uganda.

Daarmee ging het Hof voorbij aan het feit dat die behandeling naar schatting slechts voor de helft van alle Ugandese HIV-patiënten beschikbaar was en dat de behandeling om financiële en andere redenen mogelijk niet toegankelijk zou zijn. De vrouw stierf enkele maanden na haar verwijdering uit het VK naar Uganda aan AIDS.

Men zou zeggen dat deze tragische uitkomst voldoende zou moeten zijn geweest voor het Hof om terug te komen op deze jurisprudentie die zieke vreemdelingen de dood injaagt en daarmee de absolute bescherming van artikel 3 EVRM tot een lege huls maakt.⁸ Helaas is dat (tot het arrest Paposhvili) niet het geval geweest.

Waarom hield het Hof vast aan jurisprudentie die zo evident indruist tegen de bescherming die het EVRM zieke vreemdelingen hoort te geven? De dissenting opinions van rechters bij de uitspraak in de *N.* zaak en diverse nadien gewezen arresten geven enige indicatie. Ik ga uitgebreider in op deze dissenting opinions dan op de uitspraken zelf omdat de uitspraken, in grote lijnen, de hierboven weergegeven lijn uit *N. v. VK* volgden. In hun dissenting opinion bij het *N.*-arrest schreven de rechters Tulkens, Bonello en Spielmann dat de 'real concern' van het Hof, datgene waar het daadwerkelijk om ging, het voorkomen van zogenaamd 'medisch toerisme' was. Europa mocht niet

het ziekenhuis van de wereld worden. Volgens de dissenters was er echter geen aanleiding om daarvan uit te gaan, gelet op het aantal bij het EHRM aanhangige zaken van zieke vreemdelingen. In zijn bijtende dissenting opinion bij de beslissing van het EHRM in *S.J. v. België* besteedde ook rechter Pinto de Albuquerque aandacht aan deze impliciete beleidskeuze om (niet-onderbouwde) zorgen over instandhouding van Europese zorgstelsels voorrang te verlenen boven de bescherming van de individuele rechten van ernstig zieke vreemdelingen.⁹ Uit diverse studies blijkt overigens dat maar zeer weinig mensen migreren omwille van medische redenen.¹⁰ Een in een rapport van de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa aangehaald onderzoek van Dokters van de Wereld uit 2012 wijst uit dat slechts 1,6% van de geënuquêteerden gezondheid opgaf als reden voor hun migratie.

In de *N.*-zaak maakte het Hof bovendien nadrukkelijk onderscheid tussen die vreemdelingen die zich ten tijde van de beslissing tot toelating/verwijdering in een terminale fase van hun ziekte bevonden, en diegenen die vermoedelijk na verwijdering in dat stadium zullen geraken. Rechters Tulkens, Jočienė, Popović, Karakaş, Raimondi en Pinto de Albuquerque trokken de basis voor dit onderscheid in hun dissenting opinion in de zaak *Yoh-Ekale Mwanje v. België* in twijfel.¹¹ Zij schreven dat een criterium dat eruit bestaat dat men bijna dood moet zijn

⁶ Zie ook *St. Kitts* arrest uit 1997 voor overwegingen over de aanwezigheid van familieleden in land van herkomst.

⁷ Annotatie prof. mr. B.E.P. Myjer in *JV* 2017-22, p. 154-161.

⁸ Zie voor overwegingen over de absolute bescherming van artikel 3 EVRM o.a. EHRM in *Saadi v. Italië*, 28 februari 2008, nr. 37201/06.

⁹ EHRM, *S.J. v. België*, 19 maart 2015, nr. 70055/10.

¹⁰ Rapport van mw. Doris Fiala (rapporteur), *Migrants and refugees and the fight against AIDS*, Report to the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons of the Parliamentary Assembly (PACE) of the Council of Europe, 22 January 2014, document nr. 13391, beschikbaar via <http://assembly.coe.int>

¹¹ EHRM, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, 20 december 2011, nr. 10486/10.

voordat men een beroep kan doen op de bescherming van artikel 3 EVRM, indruist tegen zowel de tekst als de geest van de absolute bescherming die artikel 3 EVRM beoogt te bieden. In zijn al aangehaalde dissenting opinion in de S.J.-zaak bekritiseerde ook rechter Pinto de Albuquerque dit onderscheid. Hij betoogde dat het ontbrak aan enig duidelijk juridisch criterium om zowel de ernst van de ziekte als de kwaliteit en (financiële) toegankelijkheid van de behandeling in het herkomstland te beoordelen.

to ignore the fact that the Grand Chamber sent N. to her death. Too much time has elapsed since N.'s unnecessary premature death and the Court has not yet remedied the wrong done. I wonder how many N.s have been sent to death all over Europe during this period of time and how many more will have to endure the same fate until the "conscience of Europe" wakes up to this brutal reality and decides to change course. Refugees, migrants and foreign nationals are the first to be singled out in a dehumanised and selfish society. Their situation is even

Doorslaggevend is of een ernstig zieke vreemdeling die niet stervende is, bij verwijdering een reëel risico loopt op een ernstige, snelle en onomkeerbare achteruitgang in zijn gezondheid en toename van lijden.

Een laatste kritiekpunt op de jurisprudentielijn uit *N. v. VK* betreft het standpunt uit dit arrest dat een oordeel over de snelheid van de achteruitgang in gezondheid van de vrouw in Uganda en de mate waarin zij toegang zou kunnen krijgen tot medische zorg en steun, speculatief van aard is, mede gelet op ontwikkelingen op het gebied van de behandeling van HIV/AIDS.¹² Met andere woorden: het zou onmogelijk zijn om exact vast te stellen wat het verloop van een (dodelijke) ziekte als HIV is en welke behandelmogelijkheden er in de toekomst mogelijk beschikbaar zullen komen, ook in ontwikkelingslanden.

In haar al aangehaalde dissenting opinion bij de zaak *Josef v. België* schreef rechter Power-Forde dat het feit dat de gezondheid van N. in Uganda zeer snel achteruit was gegaan en zij op korte termijn na verwijdering uit het VK was komen te overlijden, maakte dat men niet kon spreken van een speculatief oordeel. Zij vond dat de vrijwel-zekerheid van een vroegtijdig overlijden van doorslaggevend belang had moeten zijn bij de beoordeling van de klacht. Rechter Pinto de Albuquerque was hierover nog stilliger. In zijn dissenting opinion bij de zaak S.J. noemde hij de zogenaamde speculatie over de gezondheidsschade een 'argumentum ad ignoratiam'. Een dergelijke argumentatie druist volgens hem in tegen basale juridische logica (men mag geen conclusies trekken op basis van een tekort aan of onvolledigheid van informatie). Bovendien vond rechter Pinto de Albuquerque een uitspraak over mogelijke gezondheidsschade verre van speculatief gelet op de beschikbare wetenschappelijke informatie over behandelmogelijkheden van HIV in het herkomstland. Hij kwalificeerde dit aspect van het oordeel in de N. zaak ten slotte als een onacceptabele, verborgen omkering van de bewijslast. Deze omkering komt erop neer dat de lidstaat enerzijds geen enkele garantie hoeft te geven dat de vreemdeling die verwijderd wordt niet blootgesteld zal worden aan een verboden onmenselijke behandeling in zijn land van herkomst, terwijl de vreemdeling bewijs moet leveren dat hem/haar gegarandeerd een dergelijke behandeling of zelfs de dood te wachten staat gelet op gebrekkige gezondheidszorg aldaar.

De laatste passage van deze dissenting opinon van rechter Pinto de Albuquerque bevatte niet minder dan een dringende oproep aan zijn mederechters om terug te komen van hun 'dodelijke' jurisprudentielijn.¹³ 'Six years have passed since the N. judgment. When confronted with situations similar to that of N., the Court has reaffirmed its implacable position, feigning

worse when they are seriously ill. They become pariahs whom Governments want to get rid of as quickly as possible. It is a sad coincidence that in the present case the Grand Chamber decided, on the World Day of the Sick, to abandon these women and men to a certain, early and painful death alone and far away. I cannot desert those sons of a lesser God who, on their forced path to death, have no one to plead for them.'

3. Koerswijziging in Paposhvili

Of het inderdaad rechter Pinto de Albuquerque was die maakte dat de Grote Kamer inzag dat het tijd was voor een koerswijziging zullen we niet weten, maar feit is dat de Grote Kamer zo'n anderhalf jaar na deze hartenkreet in zijn uitspraak over Paposhvili terug is gekomen van haar zeer restrictieve lijn. De concurring opinion van rechter Lemmens, die zowel betrokken was bij de uitspraak van 17 april 2014 als bij de uitspraak van de Grote Kamer, biedt helaas weinig inzicht in de achterliggende gedachte bij deze ommekeer.

De Grote Kamer herhaalt de algemene principes uit de *D./St. Kitts* en *N.* zaken en wijst er en passant op dat het EHRM sinds de uitspraak in *N.* in geen enkele zaak gevonden heeft dat er sprake was van zodanig bijzondere omstandigheden dat een schending van artikel 3 EVRM werd aangenomen bij verwijdering van een ernstig zieke vreemdeling. Een uitzondering daarop vormt de zaak *Aswat v. VK* waarin het Hof concludeerde dat uitlevering van een terrorismeverdachte aan de VS wel een schending op zou leveren van artikel 3 EVRM omdat de Amerikaanse detentieomstandigheden de schizofrenie van de verdachte zouden (kunnen) verergeren.¹⁴ Omdat er sinds *N.* nooit een schending is aangenomen ziet de Grote Kamer aanleiding om nadere uitleg ('clarification') te geven van welke omstandigheden als zo bijzonder ('very exceptional') kunnen worden gekwalificeerd dat sprake kan zijn van een schending van artikel 3 EVRM.

In paragraaf 183 overweegt de Grote Kamer dat van zeer bijzondere omstandigheden sprake is als aannemelijk wordt gemaakt dat een ernstig zieke vreemdeling die niet stervende is, bij verwijdering een reëel risico loopt op een ernstige, snelle en onomkeerbare achteruitgang in zijn gezondheid en toename van lijden vanwege de afwezigheid van adequate medische behandeling in het herkomstland of gebrek aan toegang tot een dergelijke behandeling.

12 *N. v. VK*, 27 mei 2008, JV 2008/266, r.o. 50.

13 Ik laat deze passage onvertaald omdat een vertaling tekort zou doen aan de indringendheid van de woorden van rechter Pinto de Albuquerque.

14 EHRM, *Aswat v. VK*, 16 april 2013, nr. 17299/12.

In paragraaf 189 draagt de Grote Kamer de nationale autoriteiten op om op individuele basis te beoordelen of de medische zorg die in het algemeen beschikbaar is in het herkomstland, voldoet en geschikt is om te voorkomen dat de vreemdeling na verwijdering blootgesteld wordt aan behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. De Grote Kamer stelt daarbij nadrukkelijk dat het er niet om gaat dat de behandeling in het herkomstland equivalent is aan de behandeling in de staat van verblijf, en dat artikel 3 EVRM ook geen recht geeft op een specifieke medische behandeling die niet algemeen beschikbaar is voor de bevolking in het herkomstland.

In paragraaf 190 beschrijft de Grote Kamer welke toegankelijkheidselementen een rol spelen (onder verwijzing naar de zaak *Aswat*): het gaat erom de feitelijke toegankelijkheid te beoordelen, waaronder de kosten van de noodzakelijke behandeling en medicatie; de aanwezigheid van een sociaal/familienetwerk in het herkomstland en de afstand die de vreemdeling moet afleggen om de noodzakelijke medische behandeling te krijgen. In paragraaf 186 overweegt de Grote Kamer dat de bewijslast voor het aannemelijk maken van omstandigheden in strijd met artikel 3 EVRM in het herkomstland bij de vreemdeling ligt. De bewijslast blijft hoog: het is aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat hij niet de voor hem/haar noodzakelijke medische behandeling in het herkomstland kan krijgen en waarom. Als de vreemdeling dergelijk bewijsmateriaal produceert is het aan de nationale autoriteiten om opgeworpen twijfels over een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM weg te nemen. De nationale autoriteiten moeten daarbij de algemene situatie van de gezondheidszorg in het herkomstland en de individuele omstandigheden van de vreemdeling betrekken. Bij een beoordeling van de algemene situatie moeten rapportages van de Wereldgezondheidsorganisatie en andere NGO's met een solide reputatie worden betrokken, alsmede geneeskundige verklaringen over de vreemdeling.

Terwijl het Hof gebrek aan toegang tot een noodzakelijke medische behandeling onder artikel 3 EVRM schaarst, laat de Nederlandse praktijk deze toegang tot nu toe volledig buiten beschouwing.

Als er twijfels blijven bestaan over mogelijke risico's bij verwijdering van de vreemdeling, is het aan de nationale autoriteiten om, als voorwaarde waaraan moet worden voldaan voor verwijdering, garanties te vragen aan het ontvangende herkomstland. Die garanties hebben betrekking op de beschikbaarheid en toegankelijkheid van de medische behandeling door de vreemdeling.

In de zaak van *Paposhvili* had de Belgische Raad van State overwogen dat zijn medische situatie (pas) bij de daadwerkelijke verwijdering zou worden beoordeeld (en dus niet bij zijn aanvraag om een verblijfsstatus). In paragraaf 202 overweegt de Grote Kamer dat een dergelijke toezegging om de medische situatie bij verwijdering te beoordelen, niet gelijk te stellen is met een inhoudelijke beoordeling van de opgeworpen twijfels over de mogelijkheid van behandeling in Georgië.

Nu de Belgische autoriteiten nauwelijks c.q. onvoldoende onderzocht hadden of de medische behandeling van *Paposhvili* in Georgië mogelijk was, c.q. is, oordeelt de Grote Kamer dat er sprake is van een schending van artikel 3 EVRM. In het verlengde daarvan oordeelt de Grote Kamer tevens dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM: de Belgische autoriteiten hadden *Paposhvili's* afhankelijkheid van zijn familieleden, gezien zijn medische omstandigheden, moeten betrekken bij

de beoordeling of er op België geen positieve verplichting rust om hem verblijf toe te staan.

In paragraaf 192 concludeert de Grote Kamer ten slotte dat deze zaak niet draait om een gebrek aan medische voorzieningen in andere landen of om het overbruggen van verschillen in kwaliteit van gezondheidszorg tussen dergelijke landen en landen die partij zijn bij het EVRM, maar simpelweg om de verantwoordelijkheid van de lidstaat van verblijf om te voorkomen dat een individu door uitzetting terecht komt in een situatie die in strijd is met artikel 3 EVRM. Mijns inziens benadrukt de Grote Kamer hiermee dat de bescherming van artikel 3 EVRM voor ernstig zieke vreemdelingen toch een stuk absoluut is dan tot op heden werd aangenomen.

4. Gevolgen voor Nederlandse praktijk

Wie bekend is met de Nederlandse beslispraktijk met betrekking tot artikel 64 VW of de verblijfsvergunning voor medische behandeling, zal direct de verregaande implicaties van deze uitspraak zien.

Meest in het oog springend is het feit dat de Grote Kamer gebrek aan toegang tot een noodzakelijke medische behandeling expliciet onder artikel 3 EVRM schaarst. In de Nederlandse praktijk wordt toegankelijkheid van/tot de medische behandeling, of gebrek aan toegang, expliciet volledig buiten beschouwing gelaten.¹⁵ Er kan geen twijfel over bestaan dat dit in de toekomst aangepast zal moeten worden, temeer nu de Grote Kamer duidelijk aangeeft welke toegankelijkheidselementen een rol spelen. Deze elementen zullen door de IND beoordeeld moeten worden bij een aanvraag om toepassing van artikel 64 VW of een verblijfsvergunning voor medische behandeling. Let wel: de bewijslast ligt bij de vreemdeling.

Het is dus zaak om bij de aanvraag of in bezwaar te laten zien dat de medische behandeling of medicatie in het herkomstland niet beschikbaar of toegankelijk is op basis van objectieve en terzake kundige bronnen. Enkel de stelling innemen dat de behandeling in het herkomstland 'niet te betalen is', lijkt mij onvoldoende.

Ook van belang is het standpunt van de Grote Kamer op welke informatie acht geslagen moet worden bij de bepaling of een medische behandeling in het herkomstland aanwezig dan wel toegankelijk moet worden geacht. In de (Nederlandse) praktijk wordt het oordeel over de beschikbaarheid van de medische behandeling door BMA c.q. IND volledig gebaseerd op inlichtingen van de vertrouwensarts of organisaties zoals International SOS of Allianz. In een uitspraak van 9 juni 2010 sloot de Afdeling het in acht nemen van behandelpercentages van UNAIDS bij vreemdelingen met HIV uit omdat deze cijfers

¹⁵ Zie paragraaf B.8.9.1.7 van de *Vreemdelingen*circulaire 2000: 'De IND betreft omstandigheden die de feitelijke toegankelijkheid van de medische zorg betreffen niet bij de beoordeling van de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor medische behandeling of voor toepassing van artikel 64 Vw.'

betrekking zouden hebben op de feitelijke toegankelijkheid en niet op de beschikbaarheid van een medische behandeling.¹⁶ Deze uitspraak kan in het licht van *Paposhvili* geen stand meer houden en dat betekent mijns inziens een enorme uitbreiding van de mogelijkheden om aannemelijk te maken dat medische behandeling in het herkomstland niet mogelijk is.

In recente jurisprudentie heeft de Afdeling bovendien het begrip 'beschikbaarheid' uitgebreid tot 'bestelbaarheid'. In een uitspraak d.d. 13 december 2012 oordeelde de Afdeling dat het kunnen bestellen vanuit het buitenland van moderne medicatie (à honderden tot niet duizenden euro's per maand) gelijk stond aan beschikbaarheid in het herkomstland. Dergelijke uitspraken lijken mij niet *Paposhvili*-bestendig.¹⁷ Dit geldt temeer nu de Grote Kamer in paragraaf 204 van de uitspraak de door de Belgische regering opgeworpen mogelijkheid van import (per post) van medicatie naar Georgië afwijst, nu de regering geen specifieke informatie heeft verschaft ten aanzien van de praktische haalbaarheid van deze 'oplossing'.

De Afdeling lijkt het belang van Paposhvili te zijn ontgaan nu ze het 'bijna-dood' criterium hanteert dat door de Grote Kamer is verlaten.

Deze uitspraak heeft ook consequenties voor de jurisprudentie over gebruik van equivalente medicatie. In de praktijk komt het met enige regelmaat voor dat in een medisch advies van BMA alternatieve medicatie c.q. behandeling wordt aangehouden voor de medicatie of behandeling die de vreemdeling in Nederland ontvangt. Dat doet het BMA omdat de exacte medicatie of behandeling die in Nederland ingezet is in het herkomstland niet beschikbaar is en de alternatieve medicatie of behandeling equivalent zou zijn. Advocaten die medische adviezen waarin equivalente medicatie willen weerleggen zullen, ook na de uitspraak in *Paposhvili*, moeten aantonen dat alternatieve medicatie niet geschikt of passend is. De Grote Kamer heeft immers zeer stellig overwogen dat het er niet om gaat dat de behandeling in het herkomstland precies dezelfde is als de behandeling in de staat van verblijf. Het gaat erom de vraag te beantwoorden of met gebruik van equivalente medicatie een 3 EVRM-risico kan worden vermeden. Om deze vraag te beantwoorden is medisch-inhoudelijke kennis een must, en dus overleg met de behandelaar hier in Nederland. Het blijft dus van groot belang om aan te tonen dat er een medische contra-indicatie bestaat voor gebruik van alternatieve medicatie.¹⁸

Het is ten slotte de vraag of met de uitspraak in *Paposhvili* een eind komt aan de jurisprudentielijn over reisvoorwaarden. In haar uitspraak van 13 februari 2012 oordeelde de Afdeling dat als BMA aan reizen een 'zware' voorwaarde verbindt, zoals de noodzaak van fysieke overdracht aan een instelling in het herkomstland, de IND zich bij verwijdering ervan moet vergewissen dat aan die voorwaarden kan worden voldaan.¹⁹ Dat betekent dat de IND in het besluit inzichtelijk moet maken met welke concreet bij naam genoemde behandelaars/instellingen voor uitzetting contact zal worden opgenomen alsmede moet

toezeggen niet over te gaan tot uitzetting als de fysieke overdracht niet kon worden geregeld.

In de praktijk komt dit erop neer dat toelating en verwijdering volledig uit elkaar zijn gehaald. Immers: de IND kan de aanvraag om toepassing van artikel 64 VW afwijzen omdat de behandeling beschikbaar is met de toezegging dat alleen uitgezet zal worden als aan de reisvoorwaarden van BMA kan worden voldaan. Er zijn mij geen zaken bekend waarin de IND bij verwijdering alsnog een artikel-64 status heeft verleend omdat niet aan dergelijke voorwaarden kon worden voldaan, dan wel dat de uitzetting kon doorgaan omdat wel aan de voorwaarden kon worden voldaan.

De huidige stand van zaken, post-*Paposhvili*, is dat de IND aanstuurt op aanhouding in afwachting van een mogelijke aanpassing van regelgeving of beleid. Helaas lijkt de Afdeling vooralsnog het belang van deze uitspraak te zijn ontgaan. In een uitspraak van 9 januari 2017 in een zaak van een zieke vreemdeling verwees de Afdeling nog doodleuk naar het

criterium uit het arrest N. v. VK dat artikel 3 EVRM alleen aan uitzetting in de weg staat als de ziekte van de vreemdeling een direct levensbedreigend stadium heeft bereikt of dat stadium kort na uitzetting zal bereiken.²⁰ Het 'bijna-dood' criterium dus, dat door de Grote Kamer expliciet lijkt te zijn verlaten. Het is te hopen dat voortschrijdend inzicht op korte termijn de Kneuterdijk bereikt.

5. Conclusie

Er is veel om blij over te zijn in deze uitspraak, althans bezien vanuit de positie van rechtsbijstandsverleners en vreemdelingen. Critici van (de jurisprudentie van) het EHRM zullen deze uitspraak zien als een ongewenste bemoeienis door een niet-gekozen instelling met nationale aangelegenheden. Het Hof stuurt met deze uitspraak immers aan op uitbreiding van (socio-economische) rechten en voorzieningen van personen die daar eerder geen recht op hadden.

Wat vast staat is dat de verblijfpositie van ernstige zieke vreemdelingen met deze uitspraak sterk zal verbeteren. De Grote Kamer heeft bereikt wat in meer dan tien jaar niet kon worden bewerkstelligd door: de commissies Smeets en Klazinga (voor onder meer de KNMG en LHV) in hun rapporten van 2004 en 2007; het NJCM in haar memorandum uit 2013; de Nationale Ombudsman in zijn rapport uit 2015; een handvol dappere rechters in kritische beroepsuitspraken; en politici van diverse politieke partijen op nationaal en Europees niveau. Door de uitspraak is een reële toets voorgeschreven, inclusief toegankelijkheidsaspecten, van aanvragen om verblijfsrecht op medische gronden.²¹ Ik kan daar niet anders dan zeer verheugd over zijn.

16 ABRvS, 9 juni 2010, JV 2010/289.

17 ABRvS 13 december 2012, JV 2013/64.

18 Zie ABRvS 6 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1691 en CTG 24 maart 2015, zaak C.2014.228, ve15000609.

19 ABRvS 13 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:EV6297.

20 ABRvS, 9 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:11.

21 *Medische aspecten van het Vreemdelingenbeleid*, Rapport van de Nationale commissie medische aspecten in het vreemdelingenrecht (commissie Smeets) d.d. 1 maart 2004; *Arts en Vreemdeling*, Rapport van de commissie on medische zorg voor uitgeprocedeerde asielzoekers (commissie Klazinga) d.d. 19 december 2007; *Het Bureau Medische Advisering Nader Beschouwd. Zorgpunten en Aanbevelingen*, Memorandum van de Nederlandse afdeling van het NJCM d.d.

Toch plaats ik in deze conclusie ook een kritische kanttekening bij de wispelturigheid van de jurisprudentie van het EHRM. Toen het EHRM met zijn uitspraak in Jeunesse een enorme zwieper gaf aan de Nederlandse jurisprudentie over gezinshereniging, voelde de uitkomst van de behandeling van een klacht over 8 EVRM bij het EHRM als een loterij. Er was, mijns inziens, nauwelijks een peil te trekken op de vraag wanneer er in een zaak door het EHRM aanleiding gevoeld werd om nadere vragen te stellen of een inhoudelijke behandeling in te zetten, en wanneer niet. Het EHRM vond dat er in de zaak Jeunesse sprake was van buitengewoon bijzondere omstandigheden maar, afgezien van het oud-Nederlandschap van mevrouw Jeunesse, vond ik (en velen met mij) dat de overige door het EHRM gesignaleerde bijzondere omstandigheden (alle gezinsleden Nederlands, langdurig 'gedoogd' verblijf in Nederland, belangen van de kinderen, geen strafblad) in heel veel als ongegrond afgewezen zaken speelden en toen dus blijkbaar niet bijzonder genoeg waren geweest. Het leek er eerder op dat een griffier of rechter in Straatsburg 'zin' had in de zaak en deze daarom koos om wat harde noten te kraken over het Nederlandse gezinsherenigingsbeleid.

Die indruk van een loterij heb ik nu weer. Waarom koos de Grote Kamer deze zaak, na een ellendige jurisprudentielijn van meer dan een decennium waarbinnen alle klachten van ernstige zieke vreemdelingen als niet-ontvankelijk of (kennelijk) ongegrond werden afgedaan? Wat was er zo bijzonder aan deze zaak wat niet speelde in al die andere zaken? Afgezien van 'voortschrijdend inzicht' ben ik (nog) niet in de buurt van een antwoord op deze vraag. Het is nogal wat om zonder uitleg of toelichting een jurisprudentielijn zodanig 'nader te verklaren' dat van de oorspronkelijke jurisprudentielijn weinig overblijft. Niettemin ben ik evenals na Jeunesse gesterkt in mijn opvatting dat het loont om een klacht in te dienen in Straatsburg, ook als er sprake is van een bestendige, negatieve jurisprudentielijn, waardoor het voelt als water naar de zee dragen. Je weet immers nooit wanneer het wel 'raak' is.

Misschien kunnen wij nu gezamenlijk onze pijlen richten op het van tafel krijgen van de jurisprudentielijn die is begonnen met de uitspraak in *Maaouia v. Frankrijk*, waarin het EHRM oordeelde dat beslissingen over binnenkomst, verblijf en uitzetting van vreemdelingen buiten het bereik van de fair trial beginselen op grond van artikel 6 van het EVRM vallen.²² Werk aan de winkel dus.

23 mei 2013; *Zorg over de Grenzen*, Rapport naar aanleiding van een klacht over het Bureau Medische Advisering d.d. 19 maart 2015, nummer 2015/053.

22 EHRM, *Maaouia v. Frankrijk*, 5 oktober 2000, nr. 39652/98.