



Rapport

Datum: 31 januari 2011

Rapportnummer: 2011/030

Klacht

Verzoekers advocaat klaagt erover dat de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) in de reactie op verzoekers klacht van 26 juni 2009 de beslistermijn van het bezwaarschrift van 13 december 2007 opschortte, omdat het Bureau Medische Advisering weigerde een nader medisch advies uit te brengen zolang er een klacht in behandeling was bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg met betrekking tot het eerste BMA advies.

Beoordeling

I. Bevindingen

Algemeen

1. Verzoeker is afkomstig uit Siërra Leone en vluchtte op zijn 17e jaar naar Nederland. Sinds 2001 verblijft hij in Nederland. Van 2001 tot 2004 was hij in het bezit van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd. Nadat zijn verblijfsvergunning was verlopen en de aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd was afgewezen, diende hij in 2007 een aanvraag in om verlening van een verblijfsvergunning regulier met als doel "voortgezet verblijf". Bij beschikking van 20 november 2007 werd de aanvraag afgewezen vanwege het ontbreken van een machtiging tot voorlopig verblijf. Op grond van de regels van het vreemdelingenrecht is het een vereiste dat, voorafgaand aan een verblijfsaanvraag voor een reguliere verblijfsvergunning, vanuit het land van herkomst bij de Nederlandse vertegenwoordiging aldaar een machtiging tot voorlopig verblijf wordt aangevraagd. Verzoekers beroep op vrijstelling van dit vereiste werd in de beslissing niet gehonoreerd.

2. Op 13 december 2007 diende verzoekers advocaat een bezwaarschrift in tegen de beschikking van 20 november 2007 en voerde hierbij medische redenen aan. Bij verzoeker was een Post traumatische stressstoornis (PTSS) vastgesteld en hij werd daarvoor in Nederland behandeld. Zijn advocaat voerde namens hem aan dat het medisch gezien niet verantwoord was als verzoeker terug zou keren naar Siërra Leone in verband met de aanvraag van een machtiging tot voorlopig verblijf.

3. In het kader van de behandeling van het bezwaarschrift verzocht de IND het Bureau Medische Advisering (BMA) op 21 maart 2008 om advies. Het BMA is een onderdeel van het Ministerie van Justitie en adviseert de IND desgevraagd over medische aspecten in een verblijfsprocedure. Uit het advies van 29 april 2008 kwam naar voren dat verzoeker sinds september 2006 toenemende klachten had die hem in zijn functioneren belemmerden. Volgens verzoekers behandelaar waren die klachten toe te schrijven aan een depressieve periode en aan PTSS. Verzoeker werd daarvoor behandeld en ontving medicatie. In Siërra Leone waren volgens het advies onvoldoende behandelmogelijkheden

aanwezig. Er was echter geen sprake van een medische noodsituatie op korte termijn bij uitblijven van psychiatrische behandeling en medicatie. Verzoeker werd in staat geacht te reizen onder de voorwaarde dat hij gedurende de reis begeleid zou worden door een psychiatrisch verpleegkundige en hij de beschikking zou hebben over zijn medicatie.

Samenloop behandeling bezwaarschrift met klacht bij het Tuchtcollege

4. Verzoeker was het niet eens met dit advies. Zijn psycholoog zond op verzoek van zijn advocaat aanvullende informatie aan de IND en reageerde op het advies. Hij gaf aan dat een gedwongen terugkeer naar Siërra Leone voor verzoeker zou leiden tot een kans op toenemende PTSS verschijnselen, gepaard gaande met gevoelens van hopeloosheid en suïcidaliteit. Juist het verblijf in Nederland, de door opleiding en werk geboden structuur en sociale steun, waren factoren geweest die, naast de behandeling, in de afgelopen jaren verder afglijden van verzoeker hadden kunnen voorkomen. Verzoekers advocaat verzocht daarnaast een psychiater om een contra-expertise. In het kader hiervan liet ook de psychiater, na onderzoek te hebben ingesteld, bij brief van 8 september 2008 weten dat het beeld van de geestelijke gezondheid van verzoeker zeer ernstig was en er een groot risico was dat verzoeker bij gedwongen terugkeer een einde aan zijn leven zou maken.

Op 10 september 2008 vond in het kader van de behandeling van het bezwaarschrift een hoorzitting plaats. Tijdens de zitting zegde de IND toe dat een nieuw medisch advies bij het BMA zou worden ingewonnen.

Daarnaast diende verzoekers advocaat op 3 oktober 2008 een klacht in bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg tegen de arts van het BMA die het advies van 29 april 2008 had opgesteld. De klacht betrof de conclusie van het advies dat er geen sprake zou zijn van een medische noodsituatie bij het uitblijven van behandeling en medicatie. Verder klaagde zij erover dat de arts niet zorgvuldig te werk was gegaan en geen expertise had op het terrein waarop hij had geadviseerd.

5. Op 23 maart 2009 informeerde verzoekers advocaat naar de stand van zaken in de bezwaarprocedure. In reactie daarop liet de IND bij brief van 6 april 2009 weten dat het BMA op 17 oktober 2008 was verzocht om een nieuw medisch advies uit te brengen. Op 11 november had het BMA te kennen gegeven dat deze adviesaanvraag niet in behandeling kon worden genomen omdat er een klacht tegen het eerdere advies was ingediend. Pas als deze klacht door het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg zou zijn afgehandeld, zou het BMA een nieuw advies uitbrengen. De IND verzocht verzoekers advocaat na te gaan of de klacht tegen het eerste BMA advies kon worden ingetrokken, zodat het BMA een nieuw advies zou kunnen uitbrengen. Indien de klacht niet zou worden ingetrokken, zou de IND niets anders resten dan de klachtbehandeling bij het tuchtcollege af te wachten.

Klacht bij de IND

6. Op 8 mei 2009 diende verzoekers advocaat een klacht in over de gang van zaken bij de IND. Zij concludeerde dat de IND het noodzakelijk achtte om nader advies te vragen nadat de contra-expertise was uitgebracht en dat dit nu kennelijk geweigerd werd. De advocaat meende dat de IND misbruik van haar bevoegdheden maakte en dat zelfs sprake leek te zijn van chantage, nu de IND verzoeker voor de keuze stelde om de klacht bij het tuchtcollege in te trekken, of nog tot in het oneindige te wachten tot er een beslissing van het tuchtcollege zou zijn. Hiermee werd de beslistermijn door de IND ruimschoots overschreden en er werd geen rekening gehouden met de belangen van verzoeker. De advocaat voerde aan dat er vele artsen aangesloten zijn bij het BMA en het dan ook mogelijk zou moeten zijn om een andere arts in te schakelen die nog niet bij deze zaak betrokken is geweest. Het betrof immers een klacht tegen een individuele arts en niet tegen het BMA als geheel. De advocaat verzocht om duidelijkheid over het beleid van het BMA om de zaak stil te leggen zodra er een klacht aanhangig is. Tenslotte verzocht de advocaat de IND namens verzoeker om alsnog advies uit te brengen.

7. Bij brief van 26 juni 2009 reageerde de staatssecretaris van Justitie op de klacht. Zij achtte de klacht kennelijk ongegrond hoewel zij daarbij opmerkte dat de klacht op het eerste gezicht redelijk overkwam. Nu het BMA vasthield aan het standpunt geen nader advies te kunnen verstrekken zolang het tuchtcollege nog geen uitspraak had gedaan over de klacht over het eerste advies, had de IND het voorstel gedaan om de klacht in te trekken om zo spoedig mogelijk op grond van een nieuw advies op het bezwaarschrift te kunnen beslissen. Dit achtte de IND in het belang van verzoeker. Daarbij kwam dat het op grond van de aanvullende medische gegevens niet denkbeeldig leek dat verzoeker in aanmerking zou komen voor een verblijfsvergunning. De IND merkte op dat het blijkbaar boven haar macht lag om in deze situatie verandering aan te brengen; het BMA had immers laten weten dat het vaststaand beleid betrof. Tenslotte liet de staatssecretaris weten dat de beslistermijn inzake het bezwaarschrift opnieuw opgeschort werd.

8. Bij brief van 29 juli 2009 liet verzoekers advocaat aan het tuchtcollege weten dat verzoeker zich helaas genoodzaakt zag om de klacht tegen het BMA advies in te trekken, maar dat hij de klacht over de IND daarentegen zou doorzetten en deze ter behandeling zou voorleggen aan de Nationale ombudsman. Bij beschikking van 20 augustus 2009 werd verzoekers bezwaarschrift van 13 december 2007 gegrond verklaard en werd verzoeker in het bezit gesteld van een verblijfsvergunning.

Reactie van de minister van Justitie

9. De minister van Justitie herhaalde (als opvolger van de staatssecretaris van Justitie) in het kader van dit onderzoek het standpunt dat de klacht niet gegrond was. Er was geen sprake van uitoefening van oneigenlijke druk op verzoeker om de klacht tegen de individuele arts in te trekken. Verzoeker kon een eigen afweging maken ten aanzien van de klacht bij het Medische Tuchtcollege. De IND en het BMA hebben in deze situatie geen afweegruimte. Zo kan van een BMA- arts niet worden verwacht dat deze doelbewust een

klachtprocedure negeert met persoonlijke en vergaande consequenties, en gaan de wijze en tijdsbemoediging van de klachtafhandeling bij het tuchtcollege geheel buiten de IND om. De minister concludeerde dat het in de rede lag dat de IND de klachtafhandeling afwacht alvorens het BMA opnieuw te benaderen.

10. Desgevraagd liet de minister van Justitie weten dat een dergelijke situatie zich eerder had voorgedaan. De IND is zich dus bewust van de dilemma's en problemen die zich hierbij voordoen en zoekt in de praktijk steeds naar werkbare oplossingen. Daarbij is de IND in beginsel gebonden aan bepaalde kaders van het toelatingsbeleid in Nederland. De artsen van het BMA zijn weliswaar in dienst van het Ministerie van Justitie, maar zijn voor wat betreft hun werkwijze en medisch oordeelsvorming autonoom. De IND treedt dan ook nooit in het oordeel van de artsen van het BMA. Zij dienen in hun werkzaamheden te handelen volgens de daartoe gestelde wettelijke vereisten, zoals de Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Daarnaast is er ter bevordering en bewaking van de kwaliteit van het werk van de BMA- artsen en hun onafhankelijkheid, een protocol opgesteld, waarin zorgvuldigheidsmaatstaven zijn neergelegd, welke de BMA- artsen bij hun functioneren voortdurend in acht moeten nemen (zie Achtergrond). Het is niet de bedoeling dat niet-medisch gekwalificeerde IND- medewerkers zich een eigen medisch oordeel vormen.

11. Indien de IND in een zaak een BMA- advies nodig heeft wordt dit schriftelijk bij het BMA aangevraagd. De IND informeert de vreemdeling over de voortgang van de aanvraag van het advies. In het geval het BMA aangeeft dat het uitbrengen van een (nieuw) advies niet mogelijk is vóór de afhandeling van de tuchtklacht, zal in de toelatingsprocedure - indien er sprake is van nieuwe of gewijzigde omstandigheden - in verband met het nemen van een zorgvuldige beslissing toch gewacht moeten worden op een (nieuw) door het BMA afgegeven advies. Er kan dan geen termijn worden gegeven waarbinnen het nieuwe advies kan worden verwacht omdat niet duidelijk is wanneer de tuchtrechtelijke procedure zal zijn afgerond.

12. Het BMA- advies wordt volgens vaste jurisprudentie aangemerkt als een deskundigenadvies aan de minister van Justitie ten behoeve van de uitoefening van zijn bevoegdheden. Het BMA wordt geacht een bijzondere deskundigheid en ervaring te hebben op het gebied waarover het adviseert. Indien een zodanig advies op onpartijdige, objectieve en inzichtelijke wijze is opgesteld en er geen concrete met bewijsstukken onderbouwde aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid van het advies, gaat de IND uit van de juistheid van het advies. Dit brengt met zich mee dat een klachtprocedure bij het tuchtcollege geen rol speelt in zaken waar geen nieuw advies nodig is. In dat geval kan op grond van het eerder afgegeven advies worden beslist.

13. Over het beleid van het BMA merkt de minister op dat het niet mogelijk is dat een BMA- arts hangende de procedure bij het tuchtcollege opnieuw in dezelfde zaak een medisch advies uitbrengt omdat de arts later hierover een verwijt kan worden gemaakt.

Om die reden kan het BMA pas opnieuw advies uitbrengen, als de klacht is afgehandeld en de arts weet of een bepaald onderdeel tuchtrechtelijk verwijtbaar is of niet, en of er medisch tuchtrechtelijke maatregelen jegens hem of haar volgen. De minister uitte overigens zijn zorg dat veel van de klachten bij het tuchtcollege niet zo zeer betrekking hebben op onzorgvuldigheden in de medische advisering zelf, maar wordt gebruikt om de medisch adviseur het geldende vreemdelingenbeleid in persoon te verwijten.

14. De minister benadrukt dat toetsing van de beslissing tot toelating plaats vindt in de bestuursrechtelijke procedure. Het tuchtcollege formuleert noch toetst het geldende vreemdelingenbeleid. Het tuchtcollege beoordeelt slechts de vraag of advisering door de arts voldoet aan tuchtrechtelijke standaarden. De minister constateert dat in zaken als die van verzoeker, het vreemdelingrechtelijke traject en het medisch tuchtrechtelijke traject qua tijdsverloop door elkaar gaan lopen, terwijl deze trajecten in principe gescheiden dienen te worden gehouden. De wijze en tijdsbemoeyenis van de klachtafhandeling door het tuchtcollege valt geheel buiten de invloedssfeer van de IND. Deze procedure duurt in het algemeen zeer lang.

Reactie van verzoekers advocaat

15. Verzoekers advocaat merkt op dat het BMA over veel artsen beschikt en dat om die reden niet kan worden ingezien waarom er geen andere arts een advies kan uitbrengen. Eveneens is er de mogelijkheid voor de IND om andere artsen buiten het BMA te raadplegen. Het belang van de vreemdeling dient immers voorop te staan. Dat de klachtenprocedure bij het tuchtcollege misbruikt zou worden is volgens de advocaat onjuist. Wel bestaat er veel ongenoegen over de wijze waarop wordt geadviseerd en veel advocaten van mening zijn dat dit vaak onzorgvuldig gebeurt.

16. Voorts merkt verzoekers advocaat op dat het de verantwoordelijkheid van de IND is om tijdig en zorgvuldig te beslissen op de aanvraag of op het bezwaarschrift. Ook is het de verantwoordelijkheid van de IND om ervoor te zorgen dat er op een zorgvuldige wijze een gemotiveerd standpunt kan worden ingenomen over de medische situatie van de vreemdeling. De vreemdeling heeft echter het recht om te kunnen klagen bij het tuchtcollege wanneer dit nodig is. Dit recht wordt ingeperkt indien het er op neer komt dat de vreemdeling dient te kiezen tussen twee opties: of lang wachten op de beslissing van IND of de klacht intrekken. Hoe dan ook wordt de vreemdeling hierdoor volgens verzoekers advocaat geschaad in zijn belangen. Hierbij speelt ook een rol dat vreemdelingen in dergelijke procedures vaak erg ziek zijn en het lange wachten dan onverantwoord is. Dit speelde ook in verzoekers zaak. De belangen van deze zeer kwetsbare groep vreemdelingen zijn dan ook extra groot.

17. Verzoekers advocaat is het niet eens met de stelling van de minister van Justitie dat de vreemdeling een keus heeft en de IND niet. Hoewel nog wel kan worden begrepen dat dezelfde arts niet opnieuw kan adviseren, is het volgens haar niet zo dat de IND geen

andere keuze heeft. De IND dient de beslistermijnen en de vereiste zorgvuldigheid in acht te nemen en kan dit op andere manieren dan via het BMA organiseren.

II. Beoordeling

18. Het vereiste van goede samenwerking houdt in dat overheidsinstanties bij het vervullen van hun taken niet primair kijken naar de organisatiebelangen en doelen van de eigen organisatie, maar in het belang van burgers, bedrijven en instellingen goed samenwerken, zelfs als die samenwerking nadelen oplevert voor een bepaalde overheidsinstantie. Dit brengt met zich mee dat van onderdelen van een organisatie, ook in het geval er bewust een scheiding tussen de verantwoordelijkheden van de verschillende onderdelen is aangebracht, kan worden verwacht dat zij in het belang van de burger samenwerken.

19. Verzoeker heeft uiteindelijk na één jaar en acht maanden een beslissing op zijn bezwaarschrift ontvangen. Hiermee is de wettelijke beslistermijn voor de behandeling van een bezwaarschrift van 13 december 2007 ruimschoots overschreden. Zijn bezwaar tegen de opschorting van de beslistermijn werd niet gehonoreerd. De IND voerde aan niet anders te kunnen dan afwachten tot het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg op de klacht over de arts van het BMA zou hebben beslist. Het was aan verzoeker om te beslissen wat hij wilde: voor onbekende duur in onzekerheid verkeren over de afloop van zijn verblijfsprocedure of zijn klacht over het eerste BMA- advies intrekken zodat de behandeling van het bezwaarschrift kon worden voortgezet nadat een nieuw BMA- advies zou zijn ingewonnen.

20. Verzoeker en zijn advocaat werden in deze zaak voor een onmogelijke keuze gesteld. Zij achtten het van principieel belang dat de klacht over de arts van het BMA zou worden behandeld door het tuchtcollege, maar tegelijkertijd was verzoeker erbij gebaat om op korte termijn een beslissing te ontvangen op het bezwaarschrift. Zijn advocaat maakte zich ernstige zorgen over verzoekers psychische toestand. Ook de IND leek, gezien de reactie op de klacht, met de kwestie in de maag te zitten, al werd de klacht formeel kennelijk ongegrond verklaard. De minister van Justitie geeft aan dat in deze zaak het vreemdelingrechtelijke traject en het medisch tuchtrechtelijke traject qua tijdsverloop door elkaar zijn gaan lopen, en vindt dit niet gewenst. De minister geeft bovendien aan geen invloed te kunnen uitoefenen op de duur van de klachtprocedure bij het tuchtcollege. Al deze betrokken partijen lijken er belang te hebben om een dergelijke patstelling te voorkomen.

21. De Nationale ombudsman acht het niet juist dat de verantwoordelijkheid voor de oplossing van deze situatie bij verzoeker wordt gelegd. Het is immers aan de IND om werkprocessen zo in te richten dat behandeling van verblijfsaanvragen en bezwaarschriften binnen de wettelijke termijnen plaats kan vinden. Het had in de rede gelegen dat de IND en het BMA om tafel waren gegaan om te zoeken naar een manier om de behandeling van het bezwaarschrift te kunnen voortzetten en ook recht te doen aan

verzoekers klachtrecht. Daarbij is het van belang om buiten de bestaande kaders te denken. Was het wellicht mogelijk geweest dat de klacht over de onzorgvuldigheid en het gebrek aan expertise van de BMA- arts door het tuchtcollege werd behandeld, terwijl de medisch inhoudelijke kant van de klacht werd opgepakt door een andere arts van het BMA een nieuw advies uit te laten brengen? Een dergelijke praktische benadering, waarbij ook overleg met verzoeker en zijn advocaat plaats vindt, had meer recht gedaan aan de belangen van verzoeker. Uit de reactie van de minister blijkt niet dat de IND en het BMA op deze wijze naar oplossingen hebben gezocht. Hierdoor zijn de belangen van verzoeker geschaad.

De onderzochte gedraging is daarmee niet behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Immigratie- en Naturalisatiedienst, is gegrond wegens schending van het vereiste van goede samenwerking.

Onderzoek

Op 15 oktober 2009 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift met een klacht over een gedraging van de Immigratie- en Naturalisatiedienst.

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van minister voor Immigratie en Asiel (voorheen staatssecretaris van Justitie), werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd minister voor Immigratie en Asiel (voorheen staatssecretaris van Justitie) verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

In het kader van het onderzoek werd betrokkenen verzocht op de bevindingen te reageren.

Vervolgens werd verzoeker in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen. De minister voor Immigratie en Asiel deelde mee zich met de inhoud van het verslag te kunnen verenigen. De reactie van de intermediair gaf geen aanleiding het verslag aan te vullen.

Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

Reactie van verzoekers advocaat van 23 april 2010;

Reactie van de minister van Justitie van 24 maart 2010;

Verzoekschrift aan de Nationale ombudsman van 17 augustus 2009;

Brief van Tuchtcollege over intrekking klacht van 29 juli 2009;

Reactie van de IND op de klacht van 26 juni 2009;

Klacht bij de IND van 8 mei 2009;

Brief van de IND van 6 april 2009;

Klacht bij het Tuchtcollege van 3 oktober 2008;

Contra-expertise van psychiater van 8 september 2008;

Brief van psycholoog van 15 juli 2008.

Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

Achtergrond

Protocol Bureau Medische Advisering

Algemeen

1. Doel protocol

Dit protocol beoogt een bijdrage te bieden aan de totstandkoming van zorgvuldige medische adviezen door de hoofdlijnen van de werkwijze van het Bureau Medische Advisering (BMA) te beschrijven, die reeds eerder werden beschreven in eerdere versies van het protocol en waarvan herordering en actualisering noodzakelijk waren.

Bureau Medische Advisering

Het Bureau Medische Advisering (BMA) is een onderdeel van het Ministerie van Justitie en adviseert zijn opdrachtgevers, de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) en de minister van Buitenlandse Zaken (Visadienst), desgevraagd over medische aspecten verband houdend met het nemen van een besluit op grond van de Vreemdelingenwet 2000, de Rijkswet op het Nederlanderschap dan wel het Soeverein Besluit van 12 december 1813. Tevens adviseert BMA (gevraagd of

ongevraagd) de minister over medische aspecten verband houdend met het vreemdelingenbeleid dan wel de hervestiging van uitgenodigde vluchtelingen.

Artsen

Het Bureau Medische Advisering laat zich in zijn taakuitoefening bijstaan door artsen die al dan niet in dienst zijn van het ministerie van Justitie en aan wie zodanige eisen worden gesteld dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat kwalitatief goede adviezen tot stand worden gebracht (zie hoofdstuk 6).

Onafhankelijkheid

De medisch adviseur brengt op basis van professioneel autonome beantwoording van de voorgelegde vraagstelling onafhankelijk medisch advies uit aan de IND, D T&V dan wel de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

Wettelijke kaders

De taken van het BMA worden uitgeoefend met inachtneming van de toepasselijke wettelijke kaders, waarvan de belangrijkste worden gevormd door de bepalingen van boek 7, titel 7, afd. 5 van het Burgerlijk Wetboek (de wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst, wgbo), de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en de Wet bescherming persoonsgegevens. De taakuitoefening vindt met name plaats binnen de kaders van de Vreemdelingenwet 2000 en de daarop gebaseerde regelgeving, alsmede de Algemene wet bestuursrecht.

Medische gegevens

BMA verstaat onder 'medische gegevens':

gegevens die direct afkomstig zijn van dan wel rechtstreeks en kenbaar herleidbaar zijn tot stukken opgesteld door BIG- en/of NIP-geregistreerde beroepsbeoefenaars, al dan niet zijnde de behandelaar(s) van de vreemdeling (...).