

# ECLI:NL:RBDHA:2013:14640

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	24-10-2013
Datum publicatie	07-02-2014
Zaaknummer	AWB 12/36705 en AWB 12/36706
Rechtsgebieden	Vreemdelingenrecht
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie	BMA bewijslast vreemdeling tussenuitspraak BMA bewijslast tussenuitspraak Samenvatting: Eiseres moet aannemelijk maken dat haar medische situatie aanleiding geeft tot vergunningverlening. De brief van de huisarts is niet door het BMA ontvangen. Eiseres is degene die contact met haar arts heeft, terwijl de stappen tussen het BMA en verweerder buiten haar om verlopen. Nu eiseres afhankelijk is van de door de behandelaar gegeven informatie ligt het op de weg van verweerder om eiseres op de hoogte te stellen van de omstandigheid dat haar behandelend(e) arts(en) niet reageren op het door het BMA gedane verzoek om informatie, zodat zij in de gelegenheid wordt gesteld dit gebrek te repareren. Eiseres heeft de rechtbank gemotiveerd verzocht om een kale vernietiging van het bestreden besluit in plaats van een bestuurlijke lus. In het door eiseres aangevoerde ziet de rechtbank geen aanleiding om van het uitgangspunt van finale geschilbeslechting af te wijken.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### RECHTBANK DEN HAAG

Zittingsplaats Utrecht

Bestuursrecht

zaaknummers: AWB 12/36705 en AWB 12/36706

### **tussenuitspraak van de enkelvoudige kamer en uitspraak van de voorzieningenrechter van 24 oktober 2013 in de zaak tussen**

**[eiseres], geboren op [1987], van Togolese nationaliteit, eiseres**

(gemachtigde: mr. L.M. Straver),

en

**de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, thans de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie**, verweerder

(gemachtigde: mr. G. Gulpinar).

## Procesverloop

Bij besluit van 4 oktober 2011 (het primaire besluit) heeft verweerder de aanvraag van eiseres van 5 januari 2011 tot het verlengen van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in de zin van artikel 14 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw), met als doel "medische behandeling", afgewezen.

Bij besluit van 24 oktober 2012 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. Zij heeft verder de voorzieningenrechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 29 augustus 2013. Eiseres is verschenen, bijgestaan door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

## Overwegingen

1. Op deze zaak is gelet op het overgangsrecht van deel C, artikel 1, van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht nog het recht van toepassing zoals dat gold tot en met 31 december 2012. Het besluit waarop het verzoek en het beroep betrekking hebben is namelijk bekendgemaakt voor 1 januari 2013.

### Over het beroep

2. Bij besluit van 16 augustus 2010 heeft verweerder aan eiseres een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in de zin van artikel 14 van de Vw met als doel "medische behandeling", verleend. Deze vergunning was geldig van 19 april 2010 tot 19 april 2011.  
Op 5 januari 2011 heeft eiseres de nu aan de orde zijnde aanvraag ingediend om deze verblijfsvergunning te verlengen.
3. Verweerder heeft aan het primaire besluit het advies van het Bureau Medische Advisering (BMA) van 21 september 2011 ten grondslag gelegd. Uit dit advies volgt dat er geen sprake meer is van een medische noodsituatie op korte termijn bij het uitblijven van een behandeling. Verweerder heeft naar aanleiding van de bezwaren van eiseres tegen het primaire besluit op 30 juli 2012 een nieuw advies gevraagd aan het BMA. Op 10 oktober 2012 heeft het BMA aan verweerder bericht dat op verschillende verzoeken om informatie geen reactie is ontvangen van [A], huisarts. Het BMA concludeert dat er onvoldoende medische informatie aanwezig is om tot een zorgvuldig medisch advies

te komen. Gelet hierop heeft verweerder het advies van het BMA van 21 september 2011 aan het bestreden besluit ten grondslag gelegd en zich op het standpunt gesteld dat niet (meer) wordt voldaan aan de voorwaarden voor de gevraagde vergunning.

4. Eiseres voert onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 6 juni 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BQ7866) aan dat zij ten onrechte niet in de bezwaarfase is gehoord.
5. In de hiervoor genoemde uitspraak heeft de ABRvS geoordeeld dat alleen al omdat verweerder naar aanleiding van wat betrokkene in bezwaar heeft aangevoerd een aanvullend advies bij het BMA heeft ingewonnen, niet op voorhand buiten twijfel was dat de bezwaren niet konden leiden tot een andersluidend besluit. De rechtbank overweegt dat, hoewel in de regel geldt dat wanneer verweerder in de bezwaarfase meent dat aanleiding bestaat om het BMA opnieuw in te schakelen, geen sprake meer kan zijn van een kennelijk ongegrond bezwaar, het zo kan zijn dat mét het advies van een deskundige de zaak in de bezwaarfase alsnog "kennelijk" blijkt te zijn. Hoewel het BMA in dit geval niet inhoudelijk heeft gereageerd, is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een situatie waarin mocht worden afgeweken van de beginselplicht te horen in bezwaar zoals die voortvloeit uit artikel 7:2 van de Awb. Het ingewonnen advies is van doorslaggevend belang geweest voor het bestreden besluit en dus had eiseres, gelet ook op de omstandigheid dat verweerder zo'n tweede advies op grond van de bezwaren nodig achtte, moeten worden gehoord, zodat ze zich daarover had kunnen uitlaten. De beroepsgrond slaagt. Of de artikelen 7:2 en 7:3 van de Awb zijn geschonden, concludeert de rechtbank hierna, in samenhang met het oordeel over de zorgvuldigheid van het bestreden besluit.
6. Eiseres voert verder aan dat de huisarts op de verzoeken om informatie van het BMA wel heeft gereageerd, namelijk bij brief van 24 september 2012. Ook voert eiseres aan dat zij ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld om op het niet-inhoudelijke BMA-advies van 10 oktober 2012 te reageren. Uit een door haar overgelegde brief blijkt dat verweerder dit in andere zaken wel doet.
7. Verweerder erkent dat de huisarts van eiseres bij brief van 24 september 2012 heeft gereageerd en dat de besluitvorming op dit punt over moet. Ter zitting heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat het bestreden besluit op zich juist is genomen, maar in bestuursrechtelijke termen betekent erkenning dat een besluit over moet nu eenmaal dat moet worden geoordeeld dat aan het bestreden besluit een gebrek kleeft, ook al is verweerder pas later tot de ontdekking gekomen dat de huisarts wel heeft gereageerd. In dit geval oordeelt de rechtbank het bestreden besluit daarom in strijd met de vereiste zorgvuldigheid zoals neergelegd in artikel 3:2 van de Awb.
8. De rechtbank overweegt verder dat eiseres met een brief heeft geconcretiseerd dat verweerder in andere gevallen wel betrokkene in de gelegenheid stelt om binnen twee weken te reageren op de omstandigheid dat de behandelend arts niet op de verzoeken van het BMA reageert en dat het BMA daarom geen inhoudelijk advies kan uitbrengen. Verweerder heeft ter zitting desgevraagd verklaard dat het inderdaad voorkomt dat de reactie van betrokkene in dit soort gevallen wordt gevraagd, maar dat niet kan worden gezegd wanneer en hoe vaak dit gebeurt. Naar het oordeel van de rechtbank bergt dit een risico van willekeur in zich. Mede in het licht hiervan beoordeelt de rechtbank of verweerder verplicht was eiseres in de gelegenheid te stellen te reageren voordat het bestreden besluit werd genomen. Volgens vaste rechtspraak van de ABRvS moet betrokkene aannemelijk maken dat zijn aanvraag is gegrond op feiten en omstandigheden die, hetzij op zichzelf, hetzij in verband met andere feiten, een rechtsgrond voor verlening vormen. Met deze standaardoverweging wordt tot uitdrukking gebracht dat de bewijslast op betrokkene rust. De rechtbank verwijst naar de uitspraak van 7 juli 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ7521). Dit betekent voor dit geval dat eiseres aannemelijk moet maken dat haar medische situatie aanleiding geeft tot de gevraagde vergunning. Bij een gemotiveerde claim ligt vervolgens bij verweerder de onderzoeksplicht om te verifiëren of de medische situatie van betrokkene tot vergunningverlening leidt. Verweerder wint hiervoor, indien de aanvraag, het bezwaar of het beroep

daartoe aanleiding geeft, een deskundigenadvies in bij het BMA. Het BMA is voor het uitbrengen van een advies afhankelijk van een toestemmingsverklaring van betrokkene en de informatie die door de behandelend(e) arts(en) op verzoek wordt gegeven. Tussen partijen is als zodanig niet in geding dat indien geen informatie wordt ontvangen, het BMA niet inhoudelijk kan adviseren. De rechtbank geeft daarom in deze zaak geen oordeel over het beleid, zoals het BMA dat in deze zaak heeft toegepast, om bij het ontbreken van de informatie van één van de behandelende artsen, terwijl een andere arts wel inhoudelijke informatie heeft verschaft, te concluderen dat niet inhoudelijk kan worden geadviseerd. Eiseres is degene die contact met haar behandelend(e) arts(en) kan opnemen. Nu de beschreven voorgaande stappen tussen verweerder en het BMA echter buiten haar om verlopen en zij afhankelijk is van de door de behandelaar gegeven informatie, ligt het naar het oordeel van de rechtbank op de weg van verweerder om in ieder geval zeker te stellen dat eiseres op de hoogte is van de omstandigheid dat haar behandelend(e) arts(en) niet reageren op het door het BMA gedane verzoek om informatie, zodat zij in de gelegenheid wordt gesteld om dit gebrek te repareren. Eiseres is tenslotte, gelet op de bewijslast die op haar rust om aannemelijk te maken dat haar medische situatie tot vergunningverlening leidt, uiteindelijk degene bij wie de processuele en materiële gevolgen terechtkomen. Als verweerder dat had gedaan, had eiseres de behandelende arts, in dit geval de huisarts, kunnen bewegen dat alsnog te doen of concreter in dit geval: had zij nog voor het nemen van de beslissing op bezwaar aan verweerder kunnen melden dat de huisarts juist wel had gereageerd. De beroepsgrond slaagt. Het bestreden besluit is op dit punt in strijd met de artikelen 7:2 en 7:3 van de Awb, omdat verweerder ten onrechte heeft afgezien van horen, en artikel 3:2 van die wet, omdat verweerder het besluit onvoldoende zorgvuldig heeft voorbereid.

9. Eiseres voert verder onder verwijzing naar de uitspraak van de ABRvS van 22 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP5930) aan dat verweerder ten onrechte het BMA-advies van 28 september 2011 aan het bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd, terwijl dit advies meer dan zes maanden oud is.
10. De rechtbank overweegt dat indien naar aanleiding van het bezwaar, zoals in dit geval, is gekozen de kwestie opnieuw aan het BMA voor te leggen, wat eiseres op dit punt aanvoert, betekent dat als het BMA in de situatie komt dat na een aantal maal rappelleren de behandeld arts niet reageert en inmiddels meer dan zes maanden zijn verstreken sinds het vorige BMA-advies, het BMA gedwongen zou zijn eindeloos door te rappelleren. Het moet daarom wel zo zijn, dat onder omstandigheden verweerder zich toch mag baseren op meer dan zes maanden oude BMA-adviezen. In de door eiseres ingebrachte uitspraak heeft de ABRvS geoordeeld dat ten tijde van de uitspraak van de rechtbank het betreffende advies bijna twintig maanden oud was en de rechtbank daarom ten onrechte in het BMA-advies aanleiding heeft gezien om de rechtsgevolgen van de bij haar bestreden besluiten in stand te laten. Dat ging dus niet over de situatie dat in bezwaar een nieuw medisch onderzoek is gestart, maar dit onderzoek heeft gefaald vanwege niet binnengekomen informatie. Deze beroepsgrond slaagt niet.
11. Eiseres voert tot slot aan dat verweerder in het bestreden besluit ten onrechte niet is ingegaan op de door haar aangevoerde bezwaren over het BMA-advies van 28 oktober 2011. Dit klemmt vooral omdat verweerder dit medisch advies aan zijn besluitvorming in het bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd, aldus eiseres.
12. Verweerder heeft zich hierover ter zitting op het standpunt gesteld dat slechts een BMA-arts op de aangedragen bezwaren kon reageren en dat met het advies van 11 oktober 2012 juist is gebleken dat geen nieuw inhoudelijk advies kon worden uitgebracht.
13. Eiseres heeft ter zitting uiteengezet dat verweerder met name heeft nagelaten gemotiveerd in te gaan op de reactie van de behandelend arts op het BMA-advies van 28 oktober 2011 dat als bijlage bij de gronden van bezwaar van 27 december 2011 is gevoegd. Op deze door de behandelend arts aangedragen bezwaren kan evenwel alleen een medicus reageren. Als, zoals hiervoor is overwogen, het in principe mogelijk is dat verweerder genoeg neemt met het tweede niet-inhoudelijke BMA-advies en zich voor zijn besluitvorming baseert op het tweede advies, dan kan hij ook door hierop te

wijzen motiveren waarom de medische bezwaren niet inhoudelijk kunnen worden besproken, terwijl deze toch niet leiden tot een andersluidend besluit dan het primaire besluit. In het bestreden besluit heeft verweerder echter niet uiteengezet waarom hij het eerste BMA-advies meent te mogen hanteren. In het verlengde daarvan heeft hij ook niet gemotiveerd waarom hij niet ingaat op de aangevoerde bezwaren. Het gaat te ver om die ter zitting genoemde bedoeling geheel in te lezen in het bestreden besluit. Het bestreden besluit is daarom onvoldoende gemotiveerd en in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb.

14. Veel van wat hiervoor is besproken, zal in het vervolg van de procedure naar alle waarschijnlijkheid geen rol meer spelen, nu de brief van de huisarts boven tafel is gekomen en partijen beide streven naar een inhoudelijke beoordeling van de medische aspecten. Nu er aan het besluit gebreken kleven, zal de rechtbank verweerder op grond van artikel 8:51a van de Awb in de gelegenheid stellen de gebreken te herstellen met inachtneming van wat in deze uitspraak is overwogen, voor zover nog relevant in het vervolg van de procedure, en met inachtneming van de volgende aanwijzingen:
  - Zoals ter zitting is besproken, zal verweerder nadat het BMA een nieuw advies heeft uitgebracht in ieder geval eiseres uitnodigen voor een hoorzitting.
  - Het BMA zal zijn medisch advies moeten baseren op de op het moment van onderzoek/advisering zich voordoende medische situatie van eiseres. Dat betekent dat alle zich in het dossier bevindende medische stukken zullen moeten voorgelegd en dat door middel van zo nodig een nieuwe toestemmingsverklaring de behandelend(e) arts(en) van eiseres wordt verzocht recente medische informatie te geven. Indien een behandelend arts niet reageert na een herhaald verzoek om informatie, stelt verweerder eiseres in de gelegenheid om daarop te reageren.
  - Als na herhaaldelijk rappelleren en nadat eiseres in de gelegenheid is gesteld om daarop te reageren, van de behandeld arts geen reactie komt, mag het BMA afzien van verder rappelleren en mag verweerder zonder inhoudelijke bespreking, dus op formele gronden, beslissen op het bezwaar, waarbij het BMA uitlegt waarom het niet inhoudelijk op de medische bezwaren ingaat.
15. Verweerder dient, gelet op artikel 8:51b, eerste lid, van de Awb, zo spoedig mogelijk, uiterlijk binnen twee weken na verzending van deze tussenuitspraak, kenbaar te maken of hij van de gelegenheid tot herstel gebruik zal maken. In de omstandigheid dat, zoals eiseres ter zitting heeft gesteld, het voor bepaalde instanties (zoals het college van burgemeester en wethouders in verband met bijstand en de Belastingdienst/toeslagen in verband met toeslagen) helderder is wanneer een besluit "kaal" wordt vernietigd bij een einduitspraak en eiseres (opnieuw) in afwachting zal zijn van de beslissing op bezwaar, ziet de rechtbank geen aanleiding om van het uitgangspunt van finale geschilbeslechting af te wijken. Instanties zullen immers deze vorm van nieuw recht in acht moeten nemen, ook al is dat mogelijk onwennig. Over de omstandigheid dat met een "kale" vernietiging van het bestreden besluit met terugwerkende kracht rechtmatig verblijf ontstaat, overweegt de rechtbank dat met een latere in deze procedure volgende einduitspraak zal komen vast te staan of eiseres al die tijd rechtmatig verblijf had, omdat dan met de vernietiging van het bestreden besluit dat besluit op grond van artikel 8:72, tweede lid, van de Awb moet worden geacht nooit te hebben bestaan. De rechtbank begrijpt dat dat van belang is voor eiseres, maar dat is geen aanleiding om nu een einduitspraak te doen die geen finale geschilbeslechting inhoudt. Met de - hierna te bespreken - voorlopige voorziening wordt de zekerheid van eiseres over de rechtmatigheid van haar verblijf tot aan de einduitspraak "gedekt" en haar belang bij het verkrijgen van zekerheid over de voorafgaande periode is onvoldoende en ook onvoldoende acuut om daarom af te zien van een inspanning van de rechtbank om het geschil finaler te kunnen beslechten. In dit geval, waarin de rechtbank enerzijds in een einduitspraak een besluit kan vernietigen en anderzijds de bestuurlijke lus kan toepassen, acht de rechtbank het nodig dat als verweerder in het kader van de bestuurlijke lus ervoor kiest het besluit in te trekken, deze intrekking geldt als met gehele terugwerkende kracht tot de datum van het oorspronkelijke besluit. Op die manier lopen de rechtsgevolgen uiteindelijk parallel met de rechtsgevolgen wanneer de rechtbank het bestreden besluit zou vernietigen, zoals bedoeld in artikel 8:72, tweede lid, van de Awb. In het geval verweerder ertoe mocht besluiten de geconstateerde gebreken te herstellen, bepaalt de rechtbank met toepassing van artikel 8:51a, tweede lid, van de Awb dat verweerder binnen drie maanden na het verzenden van deze uitspraak tot herstel zal moeten zijn

overgegaan. Op grond van artikel 8:51b, derde lid, van de Awb kan eiseres binnen vier weken nadat verweerder heeft bericht op welke wijze de gebreken zijn hersteld, schriftelijk haar zienswijze naar voren brengen over de wijze waarop de gebreken zijn hersteld. Verlenging van de hiervoor genoemde termijnen is slechts mogelijk in bijzondere gevallen. Een gemotiveerd verzoek om verlenging van een termijn moet worden ingediend binnen de in deze tussenuitspraak bepaalde termijn.

16. Indien verweerder geen gebruik maakt van de gelegenheid tot herstel, dan wel na het ongebruikt verstrijken van de termijn van drie maanden voor het herstellen van de gebreken, zal de rechtbank binnen zes weken na het verstrijken van de gestelde termijn of het ontvangen van het bericht van verweerder einduitspraak doen.
17. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan tot de einduitspraak op het beroep. Dat laatste betekent ook dat zij over de proceskosten en het griffierecht wat het beroep betreft nu nog geen beslissing neemt.

#### Over de voorlopige voorziening

18. De voorzieningenrechter ziet aanleiding om de gevraagde voorlopige voorziening toe te wijzen in die zin dat de uitzetting van eiseres achterwege dient te blijven totdat op het beroep is beslist.
19. Omdat het verzoek wordt toegewezen, bepaalt de voorzieningenrechter dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht vergoedt.
20. De voorzieningenrechter veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten in het kader van de voorlopige-voorzieningprocedure. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor een door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 944,-  
(1 punt voor het verzoekschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 472,- en een wegingsfactor 1).

## **Beslissing**

### Over het beroep

De rechtbank:

- stelt verweerder, indien hij gebruik maakt van de mogelijkheid, in de gelegenheid om binnen drie maanden na verzending van deze tussenuitspraak de gebreken te herstellen, met inachtneming van wat de rechtbank in deze tussenuitspraak heeft overwogen;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

### Over de gevraagde voorlopige voorziening

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek toe;
- bepaalt dat uitzetting van eiseres achterwege blijft totdat op het beroep is beslist;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van 156,- aan eiseres te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van 944,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. D.A. Verburg, rechter, in aanwezigheid van mr. R.D.A. van Veghel, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 24 oktober 2013.

griffier rechter

Afschrift verzonden aan partijen op:

## **Rechtsmiddel**

Tegen de tussenuitspraak over het beroep staat nog geen hoger beroep open. Tegen de tussenuitspraak kan hoger beroep worden ingesteld tegelijkertijd met hoger beroep tegen de (eventuele) einduitspraak in deze zaak. Tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter over de voorlopige voorziening staat geen hoger beroep open. .