

ANNOTATIE

# Éloignement – Cannabis thérapeutique (HvJ EU, C-69/21) – Pijnbestrijding kent grenzen: uitzetting en cannabis als medische behandeling

**B. Aarrass**

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, , ECLI:EU:C:2022:913 (EHRC-2022-0315)*

1. In dit arrest, dat een antwoord vormt op prejudiciële vragen van de rechtbank Den Bosch, bespreekt het Hof van Justitie (hierna: HvJEU) de vraag wanneer uitzetting van een ernstige zieke vreemdeling in strijd is met het verbod op een onmenselijke en vernederende behandeling. Bijzonder is dat de vreemdeling in dit geval in Nederland medicinale cannabis als pijnbestrijding ontving en dat voor hem in het land van herkomst geen medische behandeling beschikbaar is. De vraag wanneer uitzetting van (ernstig) zieke vreemdelingen in strijd is met mensenrechten houdt de rechtspraak al enkele decennia bezig. Zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) als het HvJEU zijn meerdere malen gevraagd om zich hierover uit te spreken. Het HvJEU leunt in deze uitspraak sterk op eerdere jurisprudentie van het EHRM maar geeft hier en daar ook blijk van een genuanceerdere aanpak. De benaderingen van beide hoven worden daarom in deze noot besproken (punt 4 en 5). Eerst zal ik de feiten bespreken (punt 2) en de context van de Nederlandse regelgeving, waarin dit alles zich heeft afgespeeld, kort weergeven (3).

2. De betrokkene in deze zaak (X.) is een in 1988 geboren Russisch staatsburger, die vanaf zijn zestiende lijdt aan een zeldzame vorm van bloedkanker. In 2013 heeft hij voor het eerst een asielaanvraag ingediend in Nederland. Deze werd afgewezen, evenals een tweede asielaanvraag in 2016. Ter ondersteuning van deze aanvraag had X aangevoerd dat de

pijnbestrijding die hij in Rusland had gekregen bijwerkingen had en dat hij had ontdekt dat het gebruik van medicinale cannabis beter bij hem paste, gelet op zijn gezondheidssituatie. Omdat het gebruik van medicinale cannabis in Rusland echter niet is toegestaan, teelde hij zelf cannabisplanten voor medicinaal gebruik, waardoor hij in dat land zodanige problemen ondervond dat hij internationale bescherming moest aanvragen. Samen met deze asielaanvraag heeft X ook verzocht om uitstel van vertrek in de zin van artikel 64 Vreemdelingenwet (hierna: Vw, zie hierover meer onder punt 3). De afwijzing van de asielaanvraag werd tot in hoogste instantie bevestigd: hij kon geen aanspraak maken op de vluchtelingenstatus of subsidiaire bescherming. De staatssecretaris werd echter wel gelast opnieuw te beslissen op het verzoek op basis van artikel 64 Vw, alsmede op het door X aangevoerde argument dat hem een verblijfsvergunning moest worden verleend op grond van artikel 8 EVRM (in wezen een restcategorie voor verblijfsaanvragen). Op 19 februari 2020 heeft de staatssecretaris opnieuw geweigerd om X op grond van artikel 8 EVRM een verblijfsrecht voor bepaalde tijd toe te kennen en heeft hij tevens uitstel van vertrek afgewezen. Bovendien werd een terugkeerbesluit genomen, wat inhield dat X het Nederlandse grondgebied binnen vier weken diende te verlaten. X is tegen dit terugkeerbesluit opgekomen bij de verwijzende rechter. In dit verband heeft hij betoogd dat de behandeling op basis van medicinale cannabis die hij in Nederland ontving voor hem dermate essentieel was dat hij bij stopzetting ervan niet langer op een menswaardige manier zou kunnen leven. De pijn zou bij stopzetting van die behandeling een dusdanig niveau bereiken dat hij niet zou kunnen slapen en eten, wat aanzienlijke gevolgen zou hebben voor, niet alleen zijn fysieke, maar ook zijn psychische toestand, waardoor hij depressief en suïcidaal zou worden.

3. De rechtbank wenste met zijn vragen enkele principiële punten helder te krijgen die samenhangen met de wijze waarop in het Nederlandse beleid uitvoering wordt gegeven aan het zogenoemde uitstel van vertrek vanwege medische redenen (artikel 64 Vw).[1] In Nederland kunnen ernstig zieke vreemdelingen in aanmerking komen voor uitstel van vertrek op basis van deze bepaling.[2] Uitstel wordt blijkens het vastgestelde beleid verleend indien de vreemdeling medisch gezien niet in staat is om te reizen of indien een reëel risico bestaat op schending van artikel 3 EVRM om medische redenen.[3] Volgens hetzelfde beleid doet het laatste zich voor in een drietal gevallen: 1. als uit het advies van de medisch deskundige (Bureau Medisch Advies, hierna: BMA) blijkt dat het achterwege blijven van de medische behandeling naar alle waarschijnlijkheid zal leiden tot een medische noodsituatie; 2. als de noodzakelijke medische behandeling in het land van herkomst of bestendig verblijf niet beschikbaar is; of 3. als gebleken is dat de noodzakelijke medische behandeling aantoonbaar niet toegankelijk is.[4] In het beleid wordt verder geëxpliciteerd dat een medische noodsituatie aan de orde is wanneer het achterwege blijven van medische behandeling binnen een termijn van *drie maanden* zal leiden tot het overlijden of de invaliditeit van de

vreemdeling of tot een andere vorm van ernstige geestelijke of lichamelijke schade. Dit beleid is zo geformuleerd mede naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Paposhvili* (waarop ik in punt 4 inga).[5] De grootste aanpassing was dat de Nederlandse Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: IND) zou beoordelen of medische zorg voor de vreemdeling in het land van herkomst daadwerkelijk (feitelijk) beschikbaar is. Ondanks dat uit onderzoek van de IND zelf is gebleken dat het in de praktijk vrijwel nooit lukt om aannemelijk te maken dat medische zorg voor vreemdelingen toegankelijk is,[6] heeft de Afdeling dit beleid toch goedgekeurd.[7] Daarom is de vraag gerezen of de jurisprudentielijn die gebaseerd is op *Paposhvili* past binnen het kader van de Terugkeerrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJEU met betrekking tot medische zaken in het licht van het EU Grondrechtenhandvest (hierna: Handvest). Dat is in essentie waar de prejudiciële vragen van de Bossche rechtbank over gaan. In dit geval kon volgens het BMA niet worden gesteld dat het gebruik van medicinale cannabis het op korte termijn ontstaan van een ‘medische noodsituatie’ kon voorkomen. Bovendien zouden er op de markt voldoende alternatieve pijnbestrijdingsmiddelen bestaan die aan X zouden kunnen worden toegediend. De behandelend artsen van X zagen het gebruik van medicinale cannabis echter als de enige adequate behandeling voor zijn pijn, nu andere methoden voor pijnbestrijding als ineffectief, en contra-indicatief werden beschouwd. De Bossche rechter achtte het aldus nodig om vast te stellen in hoeverre de intensivering van de pijn die X riskeerde als gevolg van de stopzetting van de behandeling met medicinale cannabis een rol speelt onder artikel 4 Handvest (en het daarmee corresponderende artikel 3 EVRM). Daarmee samenhangend was de tweede vraag of een periode van drie maanden als voorwaarde gesteld mag worden om het intreden van dat risico te bepalen. De derde vraag luidde of volstaan kan worden met een beoordeling of de medische gevolgen van de verwijdering tot het reizen beperkt mogen worden. Tot slot vroeg de rechtbank of een dergelijke situatie beschermenswaardig privéleven kan opleveren op grond van artikel 7 van het Handvest en artikel 8 EVRM.[8]

4. Terug naar de EHRM-rechtspraak: de zaak *Paposhvili t. België* is een standaardzaak geworden als het gaat om de bescherming van ernstige zieke vreemdelingen onder artikel 3 EVRM. Het EHRM oordeelde daarin dat een zieke vreemdeling niet mag worden uitgezet wanneer er, vanwege een gebrek aan adequate medische behandeling in het land van herkomst, een reëel risico is dat de vreemdeling na terugkeer wordt blootgesteld aan een ernstige, snelle en onomkeerbare verslechtering van zijn of haar gezondheidstoestand, resulterend in een intens lijden of een significante vermindering van de levensverwachting (de *Paposhvili*-test).[9] Het EHRM overwoog tevens dat zowel het ontbreken van een passende behandeling in het ontvangende land als de toegang daartoe dienen te worden meegewogen. Dit criterium is recentelijk bevestigd in het door de Grote kamer van het EHRM gewezen arrest in de zaak *Savran t. Denemarken*.<sup>[10]</sup> Daarin heeft de Grote Kamer van het

EHRM de *Paposhvili*-test bevestigt en de daarmee gepaard gaande zeer hoge drempel, waarin slechts in uitzonderlijke omstandigheden aan deze test wordt voldaan. Niettemin heeft de Grote Kamer ook geoordeeld dat de *Paposhvili*-test niet beperkt is tot een specifieke categorie (fysieke) ziektes en dat mentale ziektes daar evenzeer onder kunnen vallen. Verder heeft het EHRM overwogen dat het gastland de gevolgen van de uitzetting dient te beoordelen aan de hand van de gezondheidssituatie van de vreemdeling voorafgaande aan de uitzetting alsmede eventuele gevolgen na uitzetting. Het EHRM noemde reisafstand, kosten en taalproblemen als belemmerende factoren voor de feitelijke toegankelijkheid. Hoewel *Savran* dus een uitbreiding leek te betekenen met betrekking tot de mate van ernst die werd vereist onder artikel 3 EVRM doordat ook niet-terminaal zieke personen bescherming zouden kunnen ontlenen aan dit artikel, blijft *Paposhvili* één van de weinige medische uitzettingszaken waarin een schending van artikel 3 EVRM werd geconstateerd.[11]

5. De vraag was dus of deze onverminderd strenge benadering van het EHRM en de interpretatie daarvan in het Nederlandse beleid de toets aan het EU-recht kon doorstaan. Het HvJEU stelt allereerst vast dat bij een terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn aan de vereisten van artikel 4 Handvest moet worden voldaan: “wanneer er zwaarwegende en gegronde redenen zijn om aan te nemen dat een illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende derdelander in geval van terugkeer naar een derde land wordt blootgesteld aan een reëel risico van onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest (...) jegens die derdelander geen besluit tot terugkeer naar dat land kan worden uitgevaardigd zolang dat risico blijft bestaan”. [12]

Het HvJEU ondersteunt dit door te verwijzen naar rechtspraak van het EHRM en samenhang te zoeken met zijn eigen rechtspraak.[13] In de zaak *Abdida*[14] had het HvJEU onder verwijzing naar het arrest van het EHRM in de zaak *N. t. Verenigd Koninkrijk*[15] geoordeeld dat er in zeer uitzonderlijke gevallen sprake is van schending van artikel 4 van het Handvest, wanneer een terugkeerbesluit als gevolg heeft dat een ernstig zieke derdelander verwijderd naar een land waar geen adequate behandeling voorhanden is. In de zaak *C.K. e.a. t. Slovenië* was aan het HvJEU de vraag voorgelegd of de overdracht naar Kroatië, in het kader van het Dublinsysteem, van een asielzoekster die aan een bijzonder ernstige psychische aandoening leed (een postnatale depressie en terugkerende suïcidale neigingen), een onmenselijke of vernederende behandeling vormde. Ook hier overwoog het HvJEU dat de overdracht van een asielzoeker met een ernstige mentale of lichamelijke aandoening in omstandigheden waarin die overdracht een reëel en bewezen risico zou inhouden op een aanzienlijke en onomkeerbare achteruitgang van de gezondheidstoestand van de betrokkene, een onmenselijke en vernederende behandeling in de zin van artikel 4 Handvest zou vormen.[16] Hieruit volgt volgens het HvJEU dat de ernst onder de noemer van artikel 4 Handvest gelijk is

aan de krachtens artikel 3 EVRM in dezelfde omstandigheden vereiste minimale ernst. Interessant is dat de Advocaat-Generaal juist iets anders had betoogd. Hij stelde dat uit de HvJEU-jurisprudentie volgt dat de bescherming onder artikel 4 Handvest ten aanzien van ernstig zieke vreemdelingen ruimer is dan de lijn van het EHRM in *Paposhvili*. Hij bepleitte met name dat niet is vereist dat de achteruitgang van de gezondheidstoestand van betrokkene gepaard gaat met „intens lijden” of een „significante daling van de levensverwachting”, en ook niet dat deze achteruitgang „snel” verloopt.[17] Het HvJEU stemt de jurisprudentie niettemin uitdrukkelijk af op die van het EHRM, met dien verstande dat enkele nuancering wordt aangebracht. Het HvJEU stelt namelijk vast dat niet elk risico van een toename van pijn als gevolg van de terugkeer van een derdelander ertoe leidt dat hij wordt blootgesteld aan een met artikel 4 van het Handvest strijdige behandeling. Daarvoor zijn zwaarwegende en gegronde redenen nodig, vergelijkbaar met de *Paposhvili*-test. Ten tweede overweegt het in reactie op de tweede prejudiciële vraag dat de term ‘snel’ niet zo strikt moet worden uitgelegd. Een temporele voorwaarde mag niet zo beperkt worden uitgelegd dat alleen extreme gevallen waarin de betrokkene bij aankomst op het grondgebied van het land van bestemming of in de periode onmiddellijk erna een aanzienlijke en onomkeerbare toename van zijn pijn ondervindt, worden geaccepteerd. De termijn beperken tot drie maanden is dus niet in lijn hiermee. Het HvJEU is tot slot kort over de beantwoording van de derde vraag: dat de IND de gevolgen van de verwijderingsmaatregel voor de gezondheidstoestand alleen in aanmerking zou nemen om te beoordelen of de vreemdeling in staat is om te reizen (en niet voor de gevolgen erna in het land van herkomst), wordt eveneens afgewezen. In de nationale procedure had de IND overigens al beweerd niet deze opvatting aan te wenden. Dat zou in het licht van artikel 64 Vw (zie hierboven) en het EU-recht inderdaad moeilijk te rijmen zijn.

6. De laatste vraag gaat over een andere kwestie, namelijk of bij de beoordeling of de vreemdeling een verblijfsrecht moet worden toegekend op grond van het recht op respect voor privéleven, de gezondheidstoestand van betrokkene en de zorg die deze derdelander wegens een ernstige ziekte op dat grondgebied ontvangt in aanmerking moeten worden genomen. Het HvJEU beantwoordt deze vraag in beginsel ontkennend. Geen enkele bepaling in de Terugkeerrichtlijn kan zo worden uitgelegd dat zij vereist dat een lidstaat een verblijfsvergunning toekent aan een onrechtmatig op zijn grondgebied verblijvende derdelander. Dat is en blijft een bevoegdheid van de lidstaten, zo oordeelt het HvJEU. Wel is het zo dat een terugkeerbesluit alleen kan worden uitgevaardigd indien daarmee geen inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van betrokkenen. Dat betekent dat bij een beroep op het privéleven, het terugkeerbesluit in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel. Met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM over onrechtmatig verblijf en het recht op respect voor privéleven komt het HvJEU echter tot de overweging dat alleen uitzonderlijke redenen in de weg staan aan een terugkeerprocedure, wanneer een

vreemdeling niet een gevestigde vreemdeling is.[18] Welke criteria wel van belang zijn om te bepalen wanneer sprake is van een dergelijke inbreuk, noemt het HvJEU niet. Nog teleurstellender is dat het HvJEU dat ook niet doet met betrekking tot de vereiste ernst om aan artikel 4 Handvest te voldoen en de daarmee gepaard gaande vraag hoe zoiets subjectiefs als pijnbeleving geobjectiveerd vast te stellen. Dat is misschien ook de reden dat de staatssecretaris nog steeds worstelt met hoe deze uitspraak in het beleid te verwerken en dat het beleid hieromtrent nog steeds niet is aangepast.[19] Inmiddels heeft de rechtbank wel einduitspraak gedaan en de staatssecretaris gelast om een nieuw besluit te nemen waarin de vraag of aan eiser verblijf moet worden toegestaan vanwege zijn privéleven en zijn medische problematiek beoordeeld moet worden en waarbij de door X ingebrachte adviezen van zijn behandelend artsen niet zomaar terzijde mogen worden gelegd.[20]

Dr. B. Aarrass

Universitair docent Vrije Universiteit Amsterdam

[1] VK Rb Den Haag zp 's-Hertogenbosch 4 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:800, *JV* 2021/63 (Prejudiciële vragen).

[2] Artikel 64 Vw luidt: “Uitzetting blijft achterwege zolang het gelet op de gezondheidstoestand van de vreemdeling of die van een van zijn gezinsleden niet verantwoord is om te reizen”.

[3] Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 augustus 2017, nummer WBV 2017/8, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000 (Stscrt 2017, nr. 50078).

[4] WBV 2017/8, reeds aangehaald in voetnoot 3, p. 2.

[5] *Paposhvili t. België*, EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, *EHRC* 2017/63 m.nt. M. den Heijer.

[6] IND, Rapport 'Evaluatie medisch beleid', 2020 blg-1031152.pdf (officielebekendmakingen.nl)

[7] ABRvS 27 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3102, *JV* 2022/225 m.nt G.J. Dijkman.

[8] VK Rb Den Haag zp 's-Hertogenbosch 4 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:800, *JV* 2021/63 (Prejudiciële vragen).

[9] *Paposhvili t. België*, par. 134.

[10] *Savran t. Denemarken*, EHRM (GK) 7 december 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD005746715, *EHRC* 2022/19 m.nt. B. Aarrass.

[11] Naast *Paposhvili* gaat het om *D. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, ECLI:CE:ECHR:1997:0502JUD003024096. In beide zaken trad overigens uiteindelijk de dood op als resultaat van de ziekte van de vreemdeling.

[12] *Éloignement – Cannabis thérapeutique*, p. 58.

[13] *Éloignement – Cannabis thérapeutique*, p. 61-67.

[14] *Moussa Abdida t. Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, HvJEU 18 december 2014, C|562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

[15] *N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 27 mei 2008, nr. 26565/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0527JUD002656505, *EHRC* 2008/91 m.nt. A. Woltjer

[16] *C.K. e.a. t. Slovenië*, HvJEU 16 februari 2017, C|578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

[17] *Éloignement – Cannabis thérapeutique*, Conclusie A-G, p. 68.

[18] *Pormes t. Nederland*, EHRM 28 juli 2020, nr. 25402/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0728JUD002540214, *JV* 2020/153 m. nt B. Aarrass.

[19] In het beleid was een instructie voor de toets van artikel 64 Vw opgenomen in Werkinstructie 2022/19, maar deze is op 'niet geldig' gezet. Zie VK Rb. Den Haag zp Amsterdam 8 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4562.

[20] Rb. Den Haag, zp. 's Hertogenbosch 27 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14223, *JV* 2023/32 (Einduitspraak).