

Vergaderjaar 2020–2021

35 771

Wijziging van diverse wetten in verband met zwijgbedingen in jeugdzorg, zorg en ondersteuning

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 18 november 2020 en het nader rapport d.d. 15 maart 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 22 september 2020, no. 2020001924, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 november 2020, no. W13.20.0336/III, bied ik U hierbij aan.

Naar aanleiding van het advies, dat hieronder cursief is opgenomen, wordt het volgende opgemerkt.

Bij Kabinetsmissive van 22 september 2020, no. 202001924, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van diverse wetten in verband met zwijgbedingen in jeugdzorg, zorg en ondersteuning, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel verduidelijkt dat afspraken om te zwijgen over incidenten in de sectoren waar de Jeugdwet, Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (WMO 2015) op zien, nietig zijn. Het regelt tevens wie als contractspartij wordt beschouwd bij een zwijgbeding waarvoor de nietigheid geldt.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het belang om te voorkomen dat zwijgbedingen worden opgenomen in overeenkomsten, maar plaatst kanttekeningen bij de noodzaak van het wetsvoorstel. Zij wijst erop dat zwijgbedingen zich nu reeds niet verdragen met de geldende normen, gelet op de eisen die aan kwaliteit en goed bestuur in de zorg worden gesteld, en er voldoende mogelijkheden zijn om deze te handhaven.

Gegeven deze normen en de cultuurverandering in de sectoren, gericht op openheid en transparantie bij incidenten, worden geen argumenten aangedragen voor de noodzaak om thans een wettelijke regeling voor te stellen. Eerder is ook uitgegaan van het zelfregulerende vermogen van de sectoren en werd geen aanleiding gezien tot aanvullende wetgeving. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van de toelichting.

1. Achtergrond

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) constateerde in 2016 dat er sprake was van een cultuurverandering in het veld.² De Inspectie Gezondheidszorg (IGZ)³ vereist van zorgaanbieders sinds 2013 om de patiënt of diens familie te betrekken bij een onderzoek naar een calamiteit, ter bevordering van een open cultuur. In 2016 en de eerste helft van 2017 is in 80 procent, respectievelijk 82 procent van de gevallen hieraan voldaan.⁴ In 2015 is een initiatief gestart vanuit het zorgveld «OPEN in de zorg» dat openheid stimuleert na incidenten en aanmoedigt hieruit lering te trekken.⁵

Van april 2016 tot april 2017 deed de IGZ onderzoek naar geheimhoudingsbepalingen (zwijgbedingen) in vaststellingsovereenkomsten in de zorg.⁶ Dergelijke bepalingen beperken of ontnemen de betrokken partijen het recht om informatie over een incident in de zorg openbaar te maken of aan een derde te verstrekken en belemmeren daarmee de openheid en transparantie met betrekking tot zulke incidenten. De IGZ constateerde dat 8 van de 55 ontvangen vaststellingsovereenkomsten ongewenste geheimhoudingsbepalingen bevatten. Op grond van gesprekken met de zorgaanbieders en andere signalen uit het veld concludeerde de IGZ ook dat er overeenstemming lijkt te bestaan over de onwenselijkheid om afspraken te maken die de openheid en transparantie kunnen belemmeren.

Voorts kondigde de IGZ aan te zullen handhaven, als blijkt dat toch dergelijke ongewenste afspraken worden gemaakt. Het bestaande handhavingsinstrumentarium werd door de IGZ daartoe als toereikend beoordeeld.

Naar aanleiding van het IGZ-onderzoek stelde de Staatssecretaris van VWS dat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de sectoren zelf is om ervoor te zorgen dat geheimhoudingsbepalingen niet meer voorkomen, mede gezien de consensus in het veld over de ontoelaatbaarheid van contracten die openheid en transparantie belemmeren.⁷ De Staatssecretaris zag geen aanleiding voor aanvullende wetgeving, nu naar het oordeel van de IGZ de bestaande mogelijkheden tot handhaving toereikend zijn.

² Kamerstukken II 2016/17, 31 016, nr. 98, p. 9–13.

³ Thans de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ).

⁴ IGJ (2018), «In openheid leren van meldingen 2016–2017», p. 10.

⁵ <https://openindezorg.nl/>.

⁶ Kamerstukken II 2015/16, 33 149, nr. 46 en Kamerstukken II 2016/17, 33 149, nr. 51.

⁷ Kamerstukken II 2016/17, 33 149, nr. 51.

Niettemin kondigde de Minister van VWS in maart 2019 alsnog aan overeenkomsten te zullen verbieden waarin afspraken zijn opgenomen die een belemmering vormen voor openheid en transparantie in de zorg.⁸ Weliswaar stelt de Minister dat een aantal zaken die in het verleden in zwijgcontracten waren opgenomen niet meer rechtsgeldig waren, maar dat hij toch een wettelijk verbod op zwijgcontracten wil vanwege het normstellende karakter daarvan.⁹

De aanleiding voor het wetsvoorstel was een situatie in het jeugddomein, waarbij eind 2017 in een vaststellingsovereenkomst kennelijk een afspraak zou zijn opgenomen dat het slachtoffer niet met de pers zou spreken.¹⁰ Tegelijkertijd werd door de Minister gesteld dat de IGJ¹¹ in de periode na het eerdere onderzoek in 2016 en 2017 nog 11 meldingen heeft ontvangen, waaronder voornoemd geval, en bij géén van deze meldingen sprake bleek te zijn van een vaststellingsovereenkomst met ongewenste afspraken.¹² Overigens was geen noodzaak gezien om een onderzoek te starten naar een mogelijke zwijgcultuur binnen de jeugdbescherming naar aanleiding van de betreffende situatie, omdat de IGJ hiervoor geen aanwijzingen had.¹³

2. Huidige stand

Op dit moment zijn openheid en transparantie reeds onderdeel van publiekrechtelijke regels die worden gesteld ten aanzien van kwaliteit en goed bestuur in de betreffende sectoren.¹⁴ Deze regels worden verder ingevuld met richtlijnen en gedragscodes van de sector. In de «Gedragscode Openheid bij medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid» van de Letselschade Raad (2013) die momenteel wordt herzien, de «Governancecode Zorg» van brancheorganisaties in de zorg (2017) en het in 2020 door de IGJ en Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) aangescherpte »Kader Goed Bestuur«, zijn dergelijke gedragsnormen omtrent openheid en transparantie vervat.¹⁵ In het »Kader Goed bestuur« is expliciet opgenomen dat geen sprake kan zijn van vaststellingsovereenkomsten die afbreuk doen aan open en integer handelen van het bestuur of hierop qua openheid en transparantie een belemmering beogen, de zogenoemde zwijgcontracten.¹⁶ Zwijgbedingen worden in strijd met deze regels geacht.

Het gaat hier om dwingende regels. De verantwoordelijke toezichthouders zien toe op naleving en handhaving hiervan. De gemeente kan daarnaast contractuele instrumenten inzetten om zorg te dragen voor naleving van de regels. Burgers kunnen zich wenden tot de toezichthouder, zodat een nader onderzoek kan worden ingesteld op grond waarvan handhavend kan worden opgetreden.

⁸ Kamerstukken II 2018/19, 31 839, nr. 633.

⁹ Kamerstukken II 2018/19, 31 839, nr. 655, p. 39.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1, Kamerstukken II 2018/19, 31 839, nr. 633, Aanhangsel Handelingen II 2018/19, nr. 1912 en <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2269642-inspectie-tikt-jeugdbescherming-op-de-vingers-om-zwijgcontract.html>.

¹¹ Voorheen de Inspectie Gezondheidszorg (IGZ).

¹² Aanhangsel Handelingen II 2019/20, nr. 1891.

¹³ Aanhangsel Handelingen II 2018/19, nr. 1912.

¹⁴ Zie onder meer artikel 2, eerste en tweede lid, van de Wkkgz, artikel 4.1.1, eerste lid, van de Jeugdwet en artikel 3.1, eerste en tweede lid, van de Wmo 2015.

¹⁵ <https://deletselschaderaad.nl/stichting-letselschade-raad/gedragscodes/gedragscode-medischeincidenten/>, <https://www.Governancecodezorg.nl> en IGJ en NZa (2020), «Kader Goed bestuur».

¹⁶ IGJ en NZa (2020), «Kader Goed Bestuur», p. 9.

Zwijgbedingen kunnen tevens grond zijn voor het treffen van een tuchtmaatregel.¹⁷ Patiënten en de IGJ zijn onder meer bevoegd een tuchtklacht in te dienen bij de Stichting Kwaliteitsregister Jeugd.¹⁸ Daarnaast is publiekrechtelijk tuchtrecht van toepassing op beroepsbeoefenaren die ingeschreven zijn in een register als bedoeld in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Een tuchtklacht kan onder meer worden ingediend door cliënten en een inspecteur van de IGJ.¹⁹ Ten slotte kan op grond van artikel 3:40, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) in concrete gevallen door de burgerlijke rechter worden getoetst of een rechtshandeling nietig is, omdat de inhoud of strekking strijdig is met de goede zeden of openbare orde.

3. Inhoud en doel van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel verduidelijkt dat afspraken om over incidenten te zwijgen in de sectoren waar de Jeugdwet, Wkkgz en WMO 2015 op zien, nietig zijn. Een incident is een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de taken in de betreffende sectoren, en die heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij belanghebbende.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd de maatschappelijke norm dat zwijgbedingen nietig zijn wettelijk vast te leggen en een zelfstandige nietigheidsgrond te creëren. Een zwijgbeding hoeft dan niet meer inhoudelijk door een rechter te worden getoetst aan artikel 3:40 van het BW. Het wetsvoorstel regelt direct de wettelijke nietigheid van een zwijgbeding, aldus de toelichting.²⁰

Het wetsvoorstel regelt tevens wie als contractspartij wordt beschouwd ten behoeve waarvan de nietigheid van dergelijke zwijgbedingen wordt vastgelegd. Dit is enerzijds de zorgaanbieder, instelling of beroepskracht en de voor hen werkzame personen. Anderzijds betreft dit de cliënt, vertegenwoordiger van de cliënt of nabestaande van de cliënt. In de Jeugdwet wordt als contractspartij ook verstaan de ouder, ouder zonder gezag, voogd, degene die anders dan als ouder samen met de ouder het gezag over de jeugdige uitoefent, pleegouder, wettelijke vertegenwoordiger, curator of mentor van betrokkenen.

4. Noodzaak van het wetsvoorstel

De Afdeling onderschrijft het belang van openheid en transparantie in de betreffende sectoren. Afspraken in overeenkomsten die personen weerhouden om over incidenten te praten, gaan hiertegen in. Dat neemt niet weg dat regelgeving alleen noodzakelijk is als aannemelijk is dat het concrete voorstel een effectieve, efficiënte en evenredige reactie vormt op het maatschappelijk probleem dat aanleiding geeft voor die regelgeving.²¹ Daarvoor is ook vereist dat voldoende zekerheid bestaat dat de voorgestelde regeling werkelijk zal leiden tot het oplossen of verminderen van dat probleem. Bovendien wordt bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doel te bereiken zoveel mogelijk aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de maatschappij.²²

¹⁷ Artikel 3.1 van het Tuchtreglement van de Stichting Kwaliteitsregister Jeugd (SKJ) en artikel 47 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

¹⁸ Artikel 3.2 en artikel 6.2 van het Tuchtreglement SKJ.

¹⁹ Artikel 65, eerste lid, van de Wet BIG.

²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

²¹ Zie aanwijzing 2.2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²² Zie aanwijzing 2.5 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Zoals hiervoor uiteengezet, zijn de eisen aan kwaliteit en goed bestuur in de betrokken sectoren wettelijk vastgelegd en in gedragsnormen nader uitgewerkt. Branche- en belangenorganisaties maken duidelijk dat een open cultuur nodig is om te leren van incidenten en dat afspraken die de openheid en transparantie belemmeren geen plaats hebben in de zorg. De IGJ en NZa benadrukken in het «Kader Goed bestuur» dat geen sprake kan zijn van vaststellingsovereenkomsten die afbreuk doen aan open en integer handelen van het bestuur of hierop qua openheid en transparantie een belemmering beogen.

Bovendien wordt het handhavingsinstrumentarium door de toezichthouders toereikend geacht om op de betreffende norm effectief te kunnen toezien en te handhaven. Ook kunnen via het tuchtrecht maatregelen worden getroffen wanneer een zwijgbeding onderdeel uitmaakt van een overeenkomst. Ten slotte kunnen partijen op grond van de huidige regeling bij de burgerlijke rechter reeds opkomen tegen bedingen in overeenkomsten die hen ervan weerhouden om over incidenten te praten. Gelet op de bestaande wettelijke normen, de sectorale uitwerking van de gedragsnormen en de maatschappelijke consensus dat zwijgbedingen niet thuis horen in de zorg, is te verwachten dat een zwijgbeding nietig zal worden geacht op grond van artikel 3:40, eerste lid, van het BW.

Daarbij komt dat de cultuur in de sectoren voor wat betreft openheid en transparantie bij incidenten is gewijzigd. Dit blijkt onder meer uit herziening van gedragsnormen en het feit dat een patiënt of diens familie nadrukkelijk worden betrokken bij een onderzoek naar een calamiteit. Ook werd geen noodzaak gezien om een onderzoek te starten naar een mogelijke zwijgcultuur binnen de jeugdbescherming, omdat de IGJ hiervoor geen aanwijzingen had.

Gegeven de heldere veldnormen en de cultuurverandering in de sectoren, gericht op openheid en transparantie bij incidenten, en de bestaande juridische sanctie-instrumenten, worden geen feiten en omstandigheden aangedragen die thans de noodzaak van de voorgestelde wettelijke regeling onderbouwen. De Afdeling adviseert in de toelichting de noodzakelijkheid van het wetsvoorstel nader te motiveren.

Ook de Afdeling is van oordeel dat zwijgbedingen ingaan tegen de eisen van kwaliteit en goed bestuur die voor jeugdzorg, zorg en ondersteuning wettelijk zijn vastgelegd en in gedragsnormen nader zijn uitgewerkt. Terecht wijst de Afdeling op een aantal – reeds in de memorie van toelichting beschreven – bestaande handhavingsmogelijkheden en (juridische) routes om tegen een zwijgbeding in het geweer te komen. Zo verwacht de Afdeling dat een zwijgbeding nietig zal worden geacht op grond van artikel 3:40, eerste lid, BW. In dit verband wijst de Afdeling tevens op de cultuurverandering, op de reeds bestaande veldnormen binnen de betrokken sectoren en op het ontbreken van nieuwe signalen dat zwijgbedingen voorkomen. Om deze redenen ziet de Afdeling onvoldoende onderbouwing van de noodzaak van het wetsvoorstel.

Een beding om te zwijgen over een incident heeft uit de aard der zaak tot gevolg dat er een drempel wordt opgeworpen voor cliënten om informatie over een incident openbaar te maken of aan een derde te verstrekken. Dit betekent dat de cliënt geremd wordt om met vrienden, familie of lotgenoten over het incident te praten, wat niet alleen emotioneel belastend is, maar ook impliceert dat hij er alleen voor staat. De cliënt wordt door de vaststellingsovereenkomst belemmerd om melding te doen bij een toezichthouder. Ook kan de cliënt het moeilijk vinden na het afsluiten van een vaststellingsovereenkomst toch nog naar de civiele rechter te gaan om het zwijgbeding te laten toetsen. Bij een incident met

strafrechtelijke implicaties wordt de cliënt door een zwijgbeding gehinderd aangifte te doen.

Inderdaad zijn er – zoals de Afdeling aangeeft – veldnormen en toezichtnormen. Deze zijn echter in geval van zwijgbedingen uit de aard der zaak – er wordt een zwijgverplichting op de cliënt gelegd – niet afdoende. De veldnormen, zoals de Governancecode zorg, zijn zeker waardevol omdat zij openheid en transparantie benoemen als waarden van goed bestuur. Tegelijkertijd worden deze waarden in de code zeer algemeen beschreven; er is in de code geen expliciete norm opgenomen dat zwijgcontracten verboden zijn. In het (herziene) Kader Goed Bestuur van de IGJ en de NZa²³ is wel expliciet benoemd dat vaststellingsovereenkomsten over incidenten afbreuk doen aan transparantie en daarom niet toelaatbaar zijn. Hoewel deze toezichtnorm zeer zeker nuttig is, is hij tegelijkertijd niet afdoende om de drempel, opgeworpen door een verbod voor de cliënt om over een incident te zwijgen, te slechten. Immers, de toezichtnorm kan alleen worden ingezet indien de toezichthouder in zijn toezicht op een vaststellingsovereenkomst stuit. Uit de aard der zaak zal de cliënt niet snel naar de toezichthouder stappen. De drempel die opgeworpen wordt door een zwijgbeding blijft daarmee toch – ondanks de tot stand gekomen (algemene) veld- en toezichtnormen – (grotendeels) in stand.

Het ligt in de aard der zaak dat een zwijgbeding voorkomt zonder dat het bestaan daarvan voor anderen kenbaar is of in het kader van een onderzoek gemeld wordt, laat staan via één van de geschetste routers bestreden wordt. De aard van de zwijgbedingen is immers dat zij tot zwijgen aanzetten en daarom niet zonder meer kenbaar zullen zijn voor (onder andere) toezichthouders. Daardoor kunnen misstanden langer in stand blijven. Tegen deze achtergrond is het niet alleen uit het oogpunt van kwaliteit en goed bestuur, maar ook ten behoeve van de positie van de cliënt van belang dat boven elke twijfel is verheven dat zwijgbedingen over incidenten in genoemde sectoren nietig zijn. De Jeugdwet, de Wkkgz en de Wmo 2015 bevatten op dit moment geen bepalingen die de nietigheid van zwijgbedingen over incidenten expliciteren. Het wetsvoorstel is daarom nodig. Door wettelijk te verankeren dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning van rechtswege nietig zijn is duidelijk dat partijen nooit gebonden zijn aan een afspraak tot geheimhouding over een incident.

In de paragraaf over het doel van het wetsvoorstel is de memorie van toelichting naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangevuld om de noodzaak van wettelijke verankering van de nietigheid van zwijgbedingen bij incidenten langs bovenstaande lijn nader te onderbouwen.

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling een aantal opmerkingen over het voorstel.

5. Overige opmerkingen

a. Inroepen nietigheid bij burgerlijke rechter

Het wetsvoorstel regelt de wettelijke nietigheid van een zwijgbeding. Volgens de toelichting staat de nietigheid van dergelijke bedingen op voorhand vast en hoeft een zwijgbeding dat is overeengekomen tussen contractspartijen niet meer door de rechter te worden getoetst.²⁴ Hoewel de norm op zichzelf duidelijk is, zal in voorkomende gevallen de nietigheid

²³ Herziene kader goed bestuur IGJ – NZA, juli 2020: Kader Goed Bestuur | Publicatie | Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (igj.nl)

²⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2 en paragraaf 2.3.

van een zwijgbeding toch moeten worden ingeroepen bij de burgerlijke rechter. Dit is het geval wanneer tussen contractspartijen in geschil is of sprake is van een zwijgbeding als bedoeld in het wetsvoorstel en voor de burgerlijke rechter nakoming gevraagd wordt. De Afdeling

adviseert in de toelichting hierop nader in te gaan.

De Afdeling merkt terecht op dat een gang naar de burgerlijke rechter niet geheel uitgesloten is, namelijk wanneer in geschil is of er in een concreet geval sprake is van een zwijgbeding over een incident in jeugdzorg, zorg of ondersteuning. Onder het zwijgbeding wordt elk beding verstaan dat het recht beperkt of ontnemt om informatie over een incident openbaar te maken of aan een derde te verstekken. Door de nietigheid van zwijgbedingen formeel in de wet te regelen heeft de cliënt het voordeel van een ruim toepassingsbereik van de norm en van een duidelijk rechtsgevolg, te weten nietigheid. Indien duidelijk is dat sprake is van een dergelijk zwijgbeding, hoeft het oordeel van de burgerlijke rechter niet meer te worden ingeroepen. In het incidentele geval dat er twijfel is of er in een specifiek geval sprake is van een zwijgbeding en de zaak om die reden toch bij de burgerlijke rechter komt voor een oordeel hierover, heeft de cliënt het voordeel van het ruime toepassingsbereik en de heldere normering.

Het rechtsgevolg is in alle gevallen nietigheid van het beding. Daarmee is voor iedereen duidelijk dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning nietig zijn. Overeenkomstig het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld in de paragraaf over de vormgeving van het wetsvoorstel.

b. Definitie «bijna-incidenten»

In de artikelsgewijze toelichting wordt uiteengezet dat het voorstel ook ziet op zwijgbedingen over «bijna-incidenten». De regering doelt met een «bijna-incident» op een gebeurtenis die wel had kunnen leiden tot schade of zou kunnen leiden tot schade, maar dat feitelijk niet heeft geleid tot schade. Zulke «bijna-incidenten» vallen onder de definitie van «incident»²⁵ en die term wekt derhalve verwarring.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop nader in te gaan en het gebruik van de term «bijna-incident» te vermijden.

Conform het advies van de Afdeling wordt in de memorie van toelichting de term «bijna-incident» niet meer gebruikt, zodat er geen verwarring kan ontstaan over de reikwijdte van de definitie van «incident».

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
H.M. de Jonge

²⁵ Aldus ook de memorie van toelichting, paragraaf 8.2.