

Vergaderjaar 2020–2021

35 771

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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Jeugdzorg, zorg en ondersteuning zijn sectoren waarin ten behoeve van de kwaliteit open en transparant werken en verantwoording afleggen over incidenten voorop dienen te staan.¹ Een open cultuur is essentieel voor goede en veilige zorg. Alleen dan is het mogelijk om met elkaar in gesprek te gaan over wat er niet goed is gegaan. Daarvan kan geleerd worden, waardoor voorkomen kan worden dat een dergelijk incident zich nog eens voordoet. Zwijgbedingen over incidenten staan hier haaks op.

Dit wetsvoorstel bepaalt dat een zwijgbeding in de domeinen jeugdzorg, zorg en ondersteuning nietig is. Met de term «zwijgbeding» wordt bedoeld een afspraak tussen aanbieder en cliënt² dat geen informatie over een incident openbaar wordt gemaakt of aan derden wordt verstrekt. Zwijgbedingen zijn ongewenste geheimhoudingsbepalingen. Bij een incident is iets mis gegaan waardoor de kwaliteit van jeugdzorg, zorg of ondersteuning in het geding is met (mogelijke) schade voor de cliënt. Het wetsvoorstel verduidelijkt dat afspraken om over incidenten te zwijgen, ontoelaatbaar zijn. Met het expliciet nietig verklaren heeft een zwijgbeding geen werking. Dit betekent dat geen van de partijen een beroep op het zwijgbeding kan doen.

Hieronder worden eerst de hoofdlijnen van het wetsvoorstel toegelicht. Vervolgens wordt in de hoofdstukken 3 en 4 ingegaan op de verhouding tot hoger recht en nationale regelgeving. Daarna worden in de hoofdstukken 5 tot en met 7 de gevolgen van het wetsvoorstel, de uitvoering,

¹ Voor de leesbaarheid worden de in het wetsvoorstel opgenomen domeinen kortweg aangeduid als jeugdzorg, zorg en ondersteuning. In hoofdstuk 2.3 en de artikelsgewijze toelichting worden de domeinen gespecificeerd.

² Voor de leesbaarheid worden de in het wetsvoorstel bedoelde partijen bij een overeenkomst waarin een zwijgbeding is opgenomen in de memorie van toelichting kortweg aangeduid als aanbieder en cliënt. Deze aanduiding heeft mede betrekking op Veilig Thuis en degenen die bij een melding van (een vermoeden van) huiselijk geweld of kindermishandeling betrokken zijn.

het toezicht en de handhaving in kaart gebracht. De resultaten van de internetconsultatie staan in hoofdstuk 8. In hoofdstuk 9 wordt het overgangsrecht toegelicht. Afgesloten wordt met een artikelsgewijze toelichting.

In verband met de wijziging van de Jeugdwet wordt deze memorie van toelichting mede namens de Minister voor Rechtsbescherming gegeven.

2. Hoofdpijnen van het voorstel

2.1 Aanleiding

De afgelopen jaren is regelmatig bericht over het bestaan van zogenoemde «zwijgcontracten» in de zorg. Met de Tweede Kamer is meermalen hierover gesproken. Gewezen wordt op onder andere de Kamerbrieven van 18 april 2017 en 19 maart 2019³, de antwoorden op Kamervragen van 1 februari 2017 en 10 september 2019⁴ en de Algemeen Overleggen van 15 december 2016, 25 april 2018 en 17 april 2019⁵.

De meeste aanbieders omarmen de zienswijze van de regering dat zwijgbedingen over incidenten onaanvaardbaar zijn. Zo heeft Brancheorganisaties in de Zorg (BoZ)⁶ per 1 januari 2017 de Governancecode Zorg herzien. Hierin is expliciet vermeld dat de maatschappelijke positie van zorgorganisaties vraagt om een open aanspreekcultuur, waarin open en eerlijk over dilemma's wordt gecommuniceerd om er van te leren.⁷ Ook de partijen die bij de herziening van de «Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid» (GOMA) betrokken zijn, benadrukken dat zwijgbedingen in de zorg ongewenst zijn.

Voorts hebben de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) in het gezamenlijke (herziene) kader «Toezicht op Goed Bestuur» benadrukt dat het bestuur open en integer moet zijn: «Het bestuur weegt conflicterende doelen en belangen zorgvuldig, is daar transparant over en bespreekt dilemma's met interne belanghebbenden. Besluitvorming vindt altijd plaats met het oog op patiënten en cliënten, interne betrokkenen en het publieke belang. Bestuurders stellen zich toetsbaar op in hun handelen. Van vaststellingsovereenkomsten die daaraan afbreuk doen of hierop qua openheid en transparantie een belemmering beogen (de zogenoemde zwijgcontracten) kan dan ook geen sprake zijn.»⁸

Het is van belang dat duidelijk wordt wat zwijgbedingen over incidenten zijn en dat deze onwenselijk zijn. Hoe vaak zwijgbedingen voorkomen, is moeilijk in te schatten. De aard van zwijgbedingen brengt met zich dat er geen overzicht te geven is van het aantal bedingen en de inhoud ervan. De IGJ heeft in de periode april 2016 tot april 2017 onderzoek gedaan naar vaststellingsovereenkomsten met ongewenste afspraken in de zorg⁹. De IGJ ontving in deze periode 55 meldingen van vaststellingsovereenkomsten met mogelijk ongewenste inhoud. Van acht vaststellingsovereenkomsten heeft de inspectie geoordeeld dat er inderdaad ongewenste

³ Kamerstukken II 2016/17, 31 016, nr. 101, en Kamerstukken II 2018/19, 31 839, nr. 633.

⁴ Aangangsel Handelingen II 2016/17, nr. 1103 en Aangangsel Handelingen II 2018/19, nr. 3916.

⁵ Kamerstukken II 2016/17, 31 016, nrs. 98 en 101, Kamerstukken II 2017/18, 31 016, nr. 108, en Kamerstukken II 2018/19, 31 839, nr. 655.

⁶ ActiZ, GGZ Nederland, NFU, NVZ en VGN werken samen in de vereniging Brancheorganisaties Zorg.

⁷ <https://www.governancecodezorg.nl>

⁸ Herziene kader goed bestuur IGJ – NZA, juli 2020: Kader Goed Bestuur | Publicatie | Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (igj.nl)

⁹ Kamerstukken II 2016/17, 33 149, nrs. 46 en 51.

geheimhoudingsbepalingen in stonden die een belemmering vormden voor openheid en transparantie over incidenten in de zorg. Dit wetsvoorstel is in de Kamerbrief van 19 maart 2019 aangekondigd. Aanleiding was een incident in het jeugddomein. In die brief is aangegeven dat afspraken die een belemmering vormen voor de openheid en transparantie in de zorg, verboden zullen worden. Hierbij werd in ieder geval bedoeld op afspraken die ertoe leiden dat de cliënt niet mag spreken over het aan een minnelijke schikking ten grondslag liggende incident met familieleden, vrienden of lotgenoten, dat partijen zich moeten onthouden van contacten met de media over het aan een minnelijke schikking ten grondslag liggende incident, dat geen informatie mag worden verstrekt over het aan de minnelijke schikking ten grondslag liggende incident aan de IGJ, dan wel dat de cliënt dient af te zien van het indienen van een tuchtklacht en het doen van aangifte.

2.2 Doel

Een zwijgbeding wordt overeengekomen tussen aanbieders en cliënten. Overeenkomsten zijn geregeld in het Burgerlijk Wetboek (BW). In een overeenkomst kan, gelet op het uitgangspunt van contractsvrijheid, veel worden afgesproken. In allerlei sectoren komen overeenkomsten met geheimhoudingsbepalingen voor. Een geheimhoudingsbepaling is in algemene zin geoorloofd. Denk bijvoorbeeld aan een geheimhoudingsbepaling in een arbeidsovereenkomst om geen bedrijfsgevoelige informatie met anderen te delen. Ook in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning kunnen er goede redenen zijn om geheimhouding af te spreken. Zo kunnen partijen overeenkomen dat geen mededelingen worden gedaan over de hoogte van een financiële tegemoetkoming bij een minnelijke schikking.

Het BW stelt wel grenzen aan de contractsvrijheid, onder meer door algemene regels over de vernietigbaarheid of nietigheid van rechtshandelingen, waaronder het sluiten van overeenkomsten.¹⁰ Een vernietigbare rechtshandeling is geldig en heeft rechtsgevolgen totdat één van de partijen een geslaagd beroep doet op de vernietigbaarheid. De rechtsgevolgen vervallen dan met terugwerkende kracht. Een nietige rechtshandeling heeft nooit bestaan en nooit rechtsgevolgen gehad.

Volgens de artikelen 3:40 en 3:41 BW zijn er twee algemene gronden voor de nietigheid van een overigens correct tot stand gekomen rechtshandeling.¹¹

Ten eerste kan het maken van een beding op zichzelf in strijd zijn met een dwingende bepaling in een formele wet. Dan is het beding in beginsel nietig.¹² De Jeugdwet, de Wkkgz en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) bevatten geen bepalingen die het maken van zwijgbedingen verbieden.

Ten tweede kan een beding nietig zijn doordat de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Of de inhoud of strekking van een beding in strijd is met de goede zeden of de openbare orde dient per geval beoordeeld te worden. Bij de toetsing aan de goede zeden en met name de openbare orde wordt acht geslagen op voor onze samenleving fundamentele beginselen, die vaak ook zijn neergelegd in regelgeving. Grofweg zijn er met betrekking tot zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning twee categorieën te onderscheiden:

¹⁰ Artikelen 3:40 en 3:41 BW. Hier blijven buiten beschouwing de bepalingen in Boek 3, Titel 2, en Boek 6, Titel 5, BW over de totstandkoming van overeenkomsten.

¹¹ Artikel 7:904, eerste lid, BW bevat een bepaling voor vaststellingsovereenkomsten, maar dat strekt slechts tot vernietigbaarheid.

¹² Artikel 3:40, leden 2 en 3, BW.

- een zwijgbeding is uit hoofde van de goede zeden of de openbare orde nietig als de overeengekomen afspraak om te zwijgen niet kan worden verricht zonder in strijd met een wettelijk voorschrift te handelen. Zo kan een aanbieder van jeugdzorg, zorg of ondersteuning bijvoorbeeld niet afspreken de verplichte melding aan de toezichthouder van een calamiteit of geweld in de zorgrelatie achterwege te laten.¹³ Ook kan niemand zich ertoe verplichten geen informatie te verstrekken aan een toezichthouder waartoe men op grond van Titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehouden is.
- Ook waar een dergelijke expliciete wettelijke norm ontbreekt, kan een zwijgbeding nietig zijn. Zo kan de kwaliteit en het goed bestuur van jeugdzorg, zorg of ondersteuning in het geding komen door het maken van een zwijgbeding. Dit beding heeft immers als strekking te voorkomen dat incidenten naar buiten komen. Hierdoor kunnen misstanden langer in stand blijven en wordt de kans vergroot dat andere aanbieders dezelfde fouten maken. De afweging of een zwijgbeding uit het oogpunt van kwaliteit en goed bestuur nietig is wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde, wordt per concreet geval door de rechter gemaakt.

Met dit wetsvoorstel beoogt de regering te verduidelijken en wettelijk te verankeren dat een zwijgbeding met betrekking tot het verstrekken van informatie over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning van rechtswege nietig is. Er hoeft dan niet meer, in geval van een geschil door tussenkomst van de rechter, beoordeeld te worden of er sprake is van nietigheid omdat de inhoud of strekking van het zwijgbeding is strijd met de goede zeden of de openbare orde. Het wetsvoorstel regelt direct de wettelijke nietigheid van een zwijgbeding. Dit is nodig, omdat zwijgbedingen ondanks de Governancecode Zorg en de lopende herziening van de GOMA toch nog blijken voor te komen. Met een wettelijke regeling van de nietigheid kunnen de ongewenste zwijgbedingen verder worden teruggedrongen.

De regering acht dergelijke bedingen ongewenst omdat:

- de kwaliteit van jeugdzorg, zorg en ondersteuning in het geding komt. Doordat gezwegen wordt over fouten, kan hiervan niet worden geleerd;
- essentiële waarden in jeugdzorg, zorg en ondersteuning, zoals goed bestuur en openheid en transparantie omtrent kwaliteit, geschonden worden, hetgeen het maatschappelijk vertrouwen in deze domeinen ondermijnt;
- de positie van de cliënt in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning onder druk kan komen te staan.

Deze punten worden hieronder toegelicht.

Overeenkomsten met afspraken om over incidenten te zwijgen staan haaks op een open cultuur die nodig is voor een goede kwaliteit van jeugdzorg, zorg en ondersteuning. Alleen een open cultuur maakt bespreekbaar wat niet goed is gegaan, zodat daarvan geleerd kan worden waardoor voorkomen wordt dat zoiets nog eens gebeurt. Daarvoor is het essentieel dat partijen in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning open en transparant zijn over incidenten die zich hebben voorgedaan. Bedingen waarbij aan cliënten of aanbieders geheimhouding met betrekking tot een incident wordt opgelegd zijn om deze reden onwenselijk; dergelijke bedingen staan immers in de weg aan een open cultuur. Uiteraard moeten aanbieders zich wel houden aan de geheimhoudingsverplichtingen die uit de wet voortvloeien.

¹³ Artikel 4.2.8, eerste lid, Jeugdwet, artikel 11, eerste lid, Wkkgz en artikel 3.4, eerste lid, Wmo.

Bovendien geven zwijgbedingen geen blijk van goed en integer bestuur. Aanbieders van jeugdzorg, zorg en ondersteuning behoren waarden uit te dragen die passen bij hun maatschappelijke positie. Het gaat om essentiële waarden ten aanzien van integriteit, aanspreekbaarheid, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, professionaliteit, openheid en transparantie. Juist in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning zijn openheid en transparantie met het oog op de kwaliteit hiervan van groot belang. Deze waarden moeten zichtbaar worden in cultuur en gedrag. Goed bestuur raakt de interne organisatie en vertaalt zich in een goede verhouding tussen de aanbieder en zijn cliënten waarbij de aanbieder inzicht geeft in het handelen van zijn organisatie en zorgvuldig, open en transparant omgaat met incidenten. Een aanbieder zou een cliënt naar aanleiding van een incident nooit mogen confronteren met een zwijgbeding dat een belemmering opwerpt om informatie over het incident openbaar te maken of aan derden te verstrekken.

Daarnaast is het nietig verklaren van zwijgbedingen in lijn met het op 26 november 2019 aangekondigde wetsvoorstel Integere bedrijfsvoering zorgaanbieders. Dit wetsvoorstel zal de inspecties en de NZa extra handvatten geven om aanbieders van jeugdzorg, zorg en ondersteuning aan te spreken op de wijze waarop zij hun bedrijfsvoering hebben ingericht.¹⁴

Tot slot moeten aanbieders van jeugdzorg, zorg en ondersteuning zich er altijd rekenschap van geven dat cliënten zich in een kwetsbare positie kunnen bevinden, in het bijzonder wanneer zich een incident heeft voorgedaan. Onderdeel van kwalitatief hoogwaardige jeugdzorg, zorg en ondersteuning is juist dat cliënten moeten kunnen spreken over incidenten; zwijgbedingen staan hier haaks op. De aard van de zwijgbedingen is immers dat zij tot zwijgen aanzetten en daarom niet zonder meer kenbaar zullen zijn voor (onder andere) toezichthouders. Door dergelijk gebrek aan transparantie kunnen misstanden langer in stand blijven. Cliënten kunnen afhankelijk zijn van hun zorgaanbieder of om andere redenen een minder sterke onderhandelingspositie hebben, waardoor zij mogelijk een zwijgbeding gemakkelijker accepteren, ook als dit niet in hun belang is. 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. De cliënt wordt door een zwijgbeding gehinderd om over vaak zeer ingrijpende en traumatische gebeurtenissen met derden te spreken, waaronder vrienden, familie of lotgenoten. Dit kan leiden tot een emotionele belasting voor de cliënt die zijn verhaal niet kwijt kan. Ook kan de cliënt door het zwijgbeding belemmerd worden om melding te doen bij een toezichthouder. Hoewel er toezichtnormen zijn waarin zwijgbedingen als niet toelaatbaar worden gekwalificeerd, zoals bovengenoemd (herziene) kader goed bestuur van de IGJ en de NZa, is dat niet altijd afdoende om de drempel te slechten die wordt opgeworpen door een verbod voor de cliënt om over een incident te zwijgen. Immers, de toezichtnorm kan alleen worden ingezet indien de toezichthouder in zijn toezicht op een vaststellingsovereenkomst stuit. In die situaties is handhaving mogelijk. Echter, uit de aard der zaak zal de cliënt niet snel naar de toezichthouder stappen. De drempel die opgeworpen wordt door een zwijgbeding blijft daarmee ondanks toezichtnormen grotendeels in stand. Daar komt bij dat de bestaande veldnormen – hoewel zeer waardevol – in algemene termen van transparantie en openheid zijn geformuleerd en geen expliciet verbod bevatten op zwijgbedingen. Daarnaast kan de cliënt vanwege het zwijgbeding het moeilijk vinden toch nog naar de civiele rechter te stappen om het beding te laten toetsen. Bij een incident met strafrechtelijke implicaties wordt de cliënt door een

¹⁴ Kamerstukken II 2019/20, 31 839, nr. 699.

zwijgbeding gehinderd aangifte te doen. Dat een zwijgbeding contact over het incident met vrienden, familie of verbiedt, maakt dat de cliënt er alleen voorstaat, hetgeen het nog moeilijker maakt ondanks het zwijgbeding de stap naar de toezichthouder of de rechter te zetten.

Verder kan een zwijgbeding leiden tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Het opleggen van een zwijgbeding aan een cliënt in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning vindt de regering dan ook onaanvaardbaar. Ook wanneer de cliënt goed is geïnformeerd over de betekenis van het zwijgbeding, deskundige bijstand heeft gekregen bij het aangaan van de overeenkomst of de overeenkomst tot stand is gekomen via professionele bemiddeling.

2.3 Vormgeving

Aanvullende wetgeving is wenselijk om wettelijk te expliciteren dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning ontoelaatbaar zijn. Het wetsvoorstel bepaalt dat een beding dat het recht van de cliënt of de aanbieder beperkt of ontnemt om informatie over een incident openbaar te maken of aan een derde te verstrekken, nietig is. Door dit zo te regelen, hoeft een zwijgbeding dat is overeengekomen tussen aanbieder en cliënt niet meer door de rechter getoetst te worden aan artikel 3:40 van het BW.¹⁵ De nietigheid van dergelijke bedingen staat op voorhand vast.

Overigens is hiermee een gang naar de burgerlijke rechter niet geheel uitgesloten. Er kan immers een geschil rijzen over de vraag of sprake is van een zwijgbeding over een incident. Over het rechtsgevolg van zo'n beding hoeft als gevolg van het wetsvoorstel het oordeel van de burgerlijke rechter niet meer te worden ingeroepen aangezien uitdrukkelijk wordt bepaald dat een zwijgbeding over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning nietig is. 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 van de normering en de duidelijkheid van het rechtsgevolg, te weten nietigheid. Onder een zwijgbeding wordt immers verstaan elk beding dat het recht beperkt of ontnemt om informatie over een incident openbaar te maken of aan een derde te verstrekken. Het rechtsgevolg is nietigheid van het beding. Daarmee is voor iedereen duidelijk dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning nietig zijn.

Het wetsvoorstel ziet op incidenten in de volgende sectoren:

- zorg als bedoeld in de Wkkgz,
- jeugdzorg, dat wil zeggen jeugdhulp, jeugdreclassering en kinderschermingsmaatregelen als bedoeld in de Jeugdwet,
- ondersteuning, dat wil zeggen voorzieningen gericht op maatschappelijke ondersteuning als bedoeld in de Wmo 2015, inclusief
- Veilig Thuis (het advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling).¹⁶

¹⁵ Ook kan achterwege blijven toetsing aan artikel 6:248, tweede lid, BW op grond waarvan een zwijgbeding buiten toepassing gelaten wordt voor zover het beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze bepaling dient terughoudend te worden gehanteerd. Bovendien moet degene die een beroep doet op deze bepaling zal moeten aantonen dat sprake is van zodanige omstandigheden. Dat is een forse last voor een cliënt.

¹⁶ Met de Verzamelwet VWS 2020 is het Advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling (AMHK) per 1 juli 2020 vervangen door Veilig Thuis (Stb. 2020, 67).

Voor deze sectoren zijn regels gesteld ten aanzien van kwaliteit en goed bestuur. Het wetsvoorstel sluit aan bij die regels, aangezien zwijgbedingen in strijd zijn met de eisen aan kwaliteit en goed bestuur. Onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen derhalve de aanbieders van jeugdzorg, zorg en ondersteuning met inbegrip van Veilig Thuis, waarop de kwaliteitseisen in de Jeugdwet, Wkkgz en Wmo 2015 van toepassing zijn. De voorgestelde reikwijdte ondervangt sowieso de tot dusverre bekende gevallen.

Met het oog op een uniforme regeling voor alle genoemde sectoren, wordt in de Jeugdwet, de Wkkgz en de Wmo 2015 de nietigheid van zwijgbedingen geregeld voor incidenten. Bij de definitie van het begrip incident is aangesloten bij het Uitvoeringsbesluit Wkkgz. Onder incident wordt verstaan een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit en heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt. Uiteraard zijn calamiteiten als ernstige vormen van een incident, evenals geweld in de zorgrelatie hierin begrepen. Informatie over een incident omvat een beschrijving van de gebeurtenis, de kwaliteitsaspecten daarvan en de (eventuele) schadelijke gevolgen voor de cliënt. Dit dient breed opgevat te worden. Het betreft een omschrijving van de gebeurtenis zelf, de context waarin deze heeft plaatsgevonden en de gevolgen ervan. De kwaliteitsaspecten gaan ook over de omgang door de aanbieder met het incident.

Het wetsvoorstel houdt er rekening mee dat aanbieders van jeugdzorg, zorg en ondersteuning in verschillende soorten overeenkomsten met cliënten zwijgbedingen over incidenten kunnen opnemen. Voor zover de regering bekend, gaat het in de praktijk om zwijgbedingen in vaststellings-overeenkomsten. Zekerheidshalve heeft het wetsvoorstel betrekking op alle denkbare overeenkomsten tussen aanbieders en cliënten, waaronder eventuele zwijgbedingen in behandelingsovereenkomsten.

Duidelijkheidshalve zij opgemerkt dat het wetsvoorstel niet ziet op eventuele andere afspraken over geheimhouding dan met betrekking tot het incident. Een voorbeeld is een afspraak over geheimhouding van de financiële details van een minnelijke schikking. Dergelijke afspraken vallen niet onder de werking van dit wetsvoorstel.

Wanneer een beding in een overeenkomst wel onder de werking van dit wetsvoorstel valt, zal dat overigens over het algemeen geen gevolgen hebben voor de andere afspraken in de overeenkomst. Een «onverbrekelijk verband» in de zin van artikel 3:41 BW zal in de regel niet kunnen worden aangenomen. De andere afspraken in de overeenkomst blijven dus gelden.

3. Verhouding tot hoger recht

Het wettelijk regelen dat een zwijgbeding nietig is, is een inbreuk op de contractsvrijheid. Contractsvrijheid is een beginsel dat niet gecodificeerd is, maar wel ten grondslag ligt aan diverse internationale en nationale regelingen. Het komt erop neer dat eenieder vrij is al dan niet een overeenkomst te sluiten wanneer, waarover en met wie men wenst. Het beginsel van contractsvrijheid kent evenwel uitzonderingen. Voor tal van overeenkomsten heeft de wetgever om diverse redenen regels gesteld die de contractsvrijheid inperken.

Met betrekking tot zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning prevaleert het maatschappelijk belang van de kwaliteit in het algemeen en ten aanzien van de cliënt, voor wie het belangrijk kan zijn om te kunnen spreken over een incident om dit te kunnen verwerken.

Dit belang is hierboven reeds uiteengezet.

4. Verhouding tot nationale regelgeving

4.1. Kwaliteit

In de Jeugdwet, Wkkgz en Wmo 2015 wordt expliciet vastgelegd dat een zwijgbeding met betrekking tot incidenten nietig is. Zoals hierboven toegelicht, is dit een uitvloeisel van de kwaliteit van jeugdzorg, zorg en ondersteuning alsmede – voor zover genoemde wetten daar regels over stellen – goed bestuur.

Goede zorg in de zin van de Wkkgz betekent onder meer dat de zorg gericht is op de cliënt en afgestemd op zijn reële behoefte, waarbij zijn rechten zorgvuldig in acht worden genomen en hij met respect wordt behandeld.¹⁷ De zorgaanbieder heeft het bestuur zo in te richten dat een en ander redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg.¹⁸ Voor jeugdzorg gelden vergelijkbare eisen. De jeugdhulpaanbieder en de gecertificeerde instelling dienen verantwoorde hulp te verlenen, die onder meer cliëntgericht is en afgestemd op de reële behoefte van de jeugdige of ouder.¹⁹ Ook zij worden geacht hun bestuur daarop in te richten. Voor maatschappelijke ondersteuning is bepaald dat de gemeente zorgt draagt voor de kwaliteit van de voorzieningen.²⁰ Dat doet zij onder andere door kwaliteitseisen te stellen in de verordening²¹ en in de contractering met de aanbieder. De aanbieder is ervoor verantwoordelijk dat de voorziening van goede kwaliteit is. De inhoudelijke invulling van dit begrip komt overeen met de in de Wkkgz opgenomen norm, namelijk dat de voorziening cliëntgericht wordt verstrekt, is afgestemd op de reële behoefte van de cliënt en wordt verstrekt met respect voor en inachtneming van de rechten van de cliënt.²² Ook voor Veilig Thuis geldt een vergelijkbare norm.²³ Bij het verlenen van zorg in de zin van de Wkkgz en van jeugdzorg alsmede bij het verstrekken van voorzieningen van maatschappelijke ondersteuning en de uitvoering van de taken van Veilig Thuis dient gehandeld te worden naar de professionele standaarden.²⁴

Het wetsvoorstel verduidelijkt dat het maken van een zwijgbeding niet voldoet aan de bovengenoemde kwaliteitseisen. In het geval dat in strijd met de kwaliteitseisen toch een zwijgbeding wordt gemaakt, wordt uitdrukkelijk bepaald dat het beding nietig is. Daarmee is duidelijk dat partijen nooit gebonden zijn aan een dergelijke afspraak tot geheimhouding. Vanwege het verband met de kwaliteitseisen kan bij het toezicht op de naleving en de handhaving van de Jeugdwet, Wkkgz en Wmo 2015 acht geslagen worden op zwijgbedingen.

4.2 Gronden (ver)nietig(baar)heid BW

Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de geldigheid van een zwijgbeding in een overeenkomst tussen aanbieder en cliënt met betrekking tot incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning niet meer hoeft te worden getoetst aan artikel 3:40 BW. In de Jeugdwet, Wkkgz en Wmo 2015 zelf

¹⁷ Artikel 2 Wkkgz. In vergelijkbare zin artikel 3.1 Wmo 2015.

¹⁸ Artikel 3 Wkkgz.

¹⁹ Artikel 4.1.1 Jeugdwet.

²⁰ Artikel 2.1.1, tweede lid, Wmo 2015.

²¹ Artikel 2.1.3, tweede lid, onderdeel c, Wmo 2015.

²² Artikel 3.1 Wmo 2015.

²³ Artikel 4.2.1 Wmo 2015.

²⁴ Artikelen 2, tweede lid, onderdeel b, Wkkgz, 4.1.1, derde lid, Jeugdwet, en 3.1, tweede lid, onderdeel c, Wmo 2015 en 4.2.1, derde lid, Wmo 2015.

wordt immers opgenomen dat zo'n zwijgbeding nietig is. Dat een zwijgbeding nietig is, neemt voor de cliënt eventuele belemmeringen weg om een civiele procedure te starten, een tuchtklacht als bedoeld in de Wet op de individuele beroepen in de gezondheidszorg (Wet BIG) in te dienen of aangifte te doen van strafbare feiten. Wat de civiele procedure betreft, wordt duidelijkheidshalve nog opgemerkt dat de voorgestelde nietigheidsbepalingen niet in de weg staan aan een minnelijke schikking met finale kwijting in geval van een incident dat tot schade bij de cliënt heeft geleid. Finale kwijting betekent niet dat een gang naar de civiele rechter uitgesloten wordt. Het betreft de afspraak dat partijen over en weer niets meer van elkaar te vorderen hebben.

Het wetsvoorstel regelt niet alleen de nietigheid van zwijgbedingen tussen aanbieders en cliënten. Er is voor gekozen om de reikwijdte te verruimen met degenen die in nauwe relatie staan tot aanbieders en cliënten. Het gaat daarmee ook om personen die werkzaam zijn voor de aanbieder. Wat cliënten betreft, heeft het wetsvoorstel tevens betrekking op hun naasten, vertegenwoordigers en nabestaanden. Zij worden eveneens aangemerkt als partijen, zodat ook met henzelf – dus niet ten behoeve van de aanbieder of de cliënt – overeengekomen zwijgbedingen nietig zijn. Artikel 3:40 BW blijft van belang voor overeenkomsten tussen andere partijen dan genoemd in het wetsvoorstel. Er kunnen bijvoorbeeld geheimhoudingsbepalingen over incidenten worden opgenomen in overeenkomsten waarbij alleen een (vertegenwoordiger van een) aanbieder of cliënt partij is. De geldigheid van een geheimhoudingsbepaling in dergelijke overeenkomsten wordt nog wel getoetst aan artikel 3:40 BW. Het ligt in de rede dat de voorgestelde wetswijziging ertoe leidt dat geheimhoudingsbepalingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning in die overeenkomsten eerder als nietig worden aangemerkt. Waar het ontoelaatbaar is dat een bepaalde partij zelf een zwijgbeding over een incident maakt, is dat evenzeer ongepast in situaties waarin voor rekening van of ten behoeve van die partij wordt gehandeld. Voor situaties waarin een geheimhoudingsbepaling is opgenomen in een overeenkomst met een derde, is de ontoelaatbaarheid van zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning dus een belangrijke indicatie van strijdigheid met goede zeden of openbare orde.

Met een pgb kunnen cliënten de jeugdhulp, zorg of ondersteuning zelf regelen en bekostigen. Daarvoor kunnen zij ook anderen inschakelen dan aanbieders waarop de kwaliteitseisen van de Jeugdwet, Wkkgz of Wmo 2015 rechtstreeks van toepassing zijn en derhalve onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen. Voor die anderen zijn de kwaliteitseisen indirect wel van belang omdat elke wet als volgt voorwaarden stelt aan de met het pgb te leveren jeugdhulp, zorg of ondersteuning:

- op grond van de Jeugdwet wordt een pgb slechts verstrekt indien naar het oordeel van het college van burgemeester en wethouders is gewaarborgd dat de jeugdhulp die tot de individuele voorziening behoort en die de jeugdige of zijn ouders van het budget willen betrekken, van goede kwaliteit is;²⁵
- een Wlz-rgb of Zvw-rgb wordt alleen verstrekt indien naar het oordeel van het zorgkantoor respectievelijk de zorgverzekeraar met het pgb op doelmatige wijze zal worden voorzien in toereikende zorg van goede kwaliteit;²⁶
- op grond van de Wmo 2015 wordt een pgb slechts verstrekt indien naar het oordeel van het college van burgemeester en wethouders is

²⁵ Artikel 8.1.1, tweede lid, onderdeel c, Jeugdwet.

²⁶ Artikel 3.3.3, vierde lid, onderdeel a, Wlz en artikel 2.15c, eerste lid, onderdeel a, Besluit zorgverzekering.

gewaarborgd dat de ondersteuning veilig, doeltreffend en cliëntgericht kan worden verstrekt.²⁷

Op deze manier wordt invulling gegeven aan de kwaliteit van zorg die met een pgb wordt bekostigd.²⁸ Daarbij wordt rekening gehouden met de verantwoordelijkheid die de budgethouder als werkgever of opdrachtgever zelf geacht wordt te dragen voor het verkrijgen van goede zorg. Wanneer met een pgb jeugdhulp, zorg en ondersteuning wordt bekostigd die wordt verleend door anderen dan een aanbieder in de zin van dit wetsvoorstel, is daarop artikel 3:40 BW van toepassing. Gelet op het belang van openheid en transparantie in het kader van de jeugdhulp, zorg en ondersteuning, is goed mogelijk dat ook in dat geval een zwijgbeding in een concrete situatie in strijd is met de goede zeden of openbare orde.

4.3 Vaststellingsovereenkomsten en arbitrage

Zoals hierboven al opgemerkt, gelden de voorgestelde nietigheidsbepalingen voor alle overeenkomsten tussen aanbieder en cliënt, met inbegrip van vaststellingsovereenkomsten. Weliswaar is in artikel 7:902 BW bepaald dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, maar dat gaat niet op als de vaststelling tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. In een vaststellingsovereenkomst kan dus niet bewust een regel van dwingend recht buiten toepassing gelaten worden of onjuist toegepast worden. Dat zou er namelijk toe leiden dat de vaststelling in strijd is met de openbare orde of goede zeden. Als partijen het oogmerk hebben om af te doen aan de werking van dwingend recht, zal de vaststellingsovereenkomst lijden aan nietigheid op grond van artikel 3:40 BW.²⁹ Toepassing van artikel 7:902 BW is bovendien slechts aan de orde indien partijen door een vaststelling een einde maken aan onzekerheid of geschil.³⁰ Over de toepassing van de voorgestelde nietigheidsbepalingen zal over het algemeen geen verschil van mening bestaan. Derhalve biedt artikel 7:902 BW geen grondslag om in een vaststellingsovereenkomst af te wijken van de expliciete bepalingen in de voorgestelde artikelen 4.1.8a Jeugdwet, 11a Wkkgz en 3.4a en 4.2.5a Wmo 2015.

Het wetsvoorstel maakt duidelijk dat omwille van de kwaliteit van jeugdzorg, zorg en ondersteuning ook een eventueel zwijgbeding in het kader van arbitrage en mediation nietig is. Mediation mag niet plaatsvinden onder voorwaarde van een zwijgbeding en mag evenmin resulteren in een vaststellingsovereenkomst met daarin een zwijgbeding. Uiteraard kunnen partijen wel andere afspraken maken over de wijze waarop ze met elkaar omgaan gedurende de mediation. Het wetsvoorstel heeft immers uitsluitend betrekking op de daarin gespecificeerde partijen en informatie over incidenten. Het is dus wel mogelijk om ten aanzien van andere aspecten afspraken te maken over de vertrouwelijkheid, zoals ten aanzien van het verloop van de mediation.

²⁷ Artikel 2.3.6, tweede lid, onderdeel c, Wmo 2015.

²⁸ Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 104, en vergelijk artikel 3.1, tweede lid, onderdeel a, Wmo 2015.

²⁹ Dit volgt uit de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 39). Zie ook het arrest Blue Taxi van 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, r.o. 3.3.4.

³⁰ Zie Toelichting Meijers, Vierde gedeelte, Boek 7, p. 1141; Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 39.

4.4. Geheimhoudingsverplichtingen, privacy en overige bescherming

Het is niet de bedoeling een inbreuk te maken op wettelijke voorschriften ter waarborging van geheimhouding. Een belangrijk voorbeeld hiervan is het beroepsgeheim van de hulpverlener dat deel uitmaakt van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.³¹ Dit betekent dat de aanbieder geen inlichtingen over de cliënt dan wel inzage in of afschrift van de gegevens uit het dossier zonder toestemming van de cliënt mag verstrekken.³² Dergelijke restricties blijven onverkort van kracht. Een ander voorbeeld is de geheimhoudingsverplichting voor militaire ambtenaren.³³ Het werk- en het leefklimaat van militairen vallen vaak samen, ook wat betreft de zorgverlening. Een militair komt tijdens de uitoefening van zijn functie in aanraking met feiten en omstandigheden, die bij openbaarmaking of verstrekking aan derden schade kunnen toebrengen aan veiligheidsbelangen van de staat of zijn bondgenoten. Voor zover dat aan de orde is, kan dat de mogelijkheden van militairen tot het openbaren of verstrekken van informatie over incidenten in de zorg beperken. Daarom bevatten de voorgestelde nietigheidsbepalingen een uitzondering voor dit soort geheimhoudingsverplichtingen.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de voorgestelde nietigheidsbepalingen evenmin inbreuk maken op andere wettelijke voorschriften ter bescherming van betrokkenen. Er is geen sprake van dat partijen als gevolg van het wetsvoorstel bevoegd of verplicht worden informatie over incidenten openbaar te maken of aan derden te verstrekken. Het wetsvoorstel strekt er slechts toe dat zij niet kunnen afspreken dat niet te doen. Het wetsvoorstel laat onverlet bestaande grenzen aan openbaarmaking en verstrekking. Hier wordt bijvoorbeeld gewezen op mogelijke schending van de privacy. Betrokkenen kunnen ook te ver gaan door zich smadelijk, lasterlijk of anderszins onrechtmatig te uiten.³⁴ Het is evident dat deze bescherming intact blijft.

5. Financiële gevolgen, regeldruk en fraudetoets

Het wetsvoorstel heeft geen financiële gevolgen voor de Rijksbegroting.

Het wetsvoorstel heeft geen noemenswaardige gevolgen voor de regeldruk. Het wetsvoorstel verduidelijkt dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning niet passen binnen de kwaliteitseisen die binnen deze domeinen gelden. Het wetsvoorstel bevat buiten verwaarloosbare eenmalige kennisnemingskosten geen verplichtingen voor aanbieders die leiden tot administratieve lasten dan wel nalevingskosten volgens het Handboek Meting Regeldrukkosten.³⁵

De verduidelijking die dit wetsvoorstel biedt, creëert of reduceert geen mogelijkheden tot het maken van fouten en plegen van fraude. De regering acht (aanvullende) fraudemaatregelen daarom niet noodzakelijk.

³¹ Boek 7, Titel 7, Afdeling 5, BW.

³² Artikel 7:457 e.v. BW.

³³ Artikel 12a, derde lid, Wet ambtenaren defensie.

³⁴ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 17 oktober 2016 (ECLI:NL:RBGEL:2016:5780).

³⁵ Handboek Meting Regeldrukkosten, versie 1.0, 1-1-2018.

6. Uitvoering

De inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal met voorlichting gepaard gaan om de ongewenstheid van zwijgbedingen over incidenten in de sectoren jeugdzorg, zorg en ondersteuning onder de aandacht te brengen. De voorlichting is gericht op aanbieders en cliënten. Zo wordt voor iedereen helder dat bedingen waarmee cliënten het zwijgen over incidenten opgelegd wordt, ongewenst zijn. Wanneer onverhoopt toch dergelijke zwijgbedingen afgesproken worden, is hiermee kenbaar dat deze nietig zijn. Cliënten weten dan dat zij daar niet aan gebonden zijn. In de voorlichting wordt benadrukt dat het wetsvoorstel niet impliceert dat informatie over incidenten altijd openbaar gemaakt of aan derden verstrekt mag of moet worden. De grenzen aan die openbaarmaking en verstrekking zullen worden belicht. Koepels van cliënten en van aanbieders zullen worden betrokken bij de totstandkoming van de voorlichting.

Bij deze voorlichting zal ook aandacht gegeven worden aan de noodzaak om in de uitvoeringspraktijk en goede balans te vinden tussen de belangen van alle personen die bij een incident betrokkenen zijn, in het bijzonder met betrekking tot de openbaarmaking van informatie. De cliënt mag – binnen de grenzen van rechtmatige uitingen – niet belemmerd worden in het delen van informatie over een incident, maar zou tegelijk oog moeten hebben voor eventuele nadelige gevolgen daarvan voor zichzelf en voor andere betrokkenen. Dat is in het bijzonder van belang wanneer het kinderen of andere kwetsbare personen betreft. Wanneer uit de geopenbaarde informatie herleid kan worden om wie het gaat of indien hun namen zelfs genoemd worden, zullen betrokkenen nog lange tijd in verband gebracht kunnen worden met het incident. Dat kan nadelige gevolgen hebben. De publieke opinie in de (sociale) media kan stigmatiserend werken. Ook professionele of andere relaties kunnen gekleurd worden door een blijvende associatie met het incident. Dit geldt voor zowel de cliënt, als andere betrokken personen, waaronder medewerkers van de aanbieder. Daar komt bij dat aanbieders vanwege hun geheimhoudingsplicht en de bescherming van persoonsgegevens van cliënten en medewerkers beperkt zijn in hun mogelijkheden zelf informatie over een incident met anderen te delen in reactie op uitingen in (sociale) media. Het wetsvoorstel mag er echter evenmin toe leiden dat aanbieders terughoudend worden in het verstrekken van informatie over incidenten aan cliënten. Aanbieders kunnen als gevolg van het wetsvoorstel aan het informeren van de cliënt geen voorwaarden verbinden over de openbaarmaking of verstrekking van die informatie. Zij hebben er rekening mee te houden dat informatie over incidenten door de cliënt openbaar gemaakt wordt. Om de balans te bewaken tussen de belangen van alle betrokkenen is het van belang dat partijen met elkaar in gesprek blijven.

7. Toezicht en handhaving

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2.2 is de norm dat aanbieders in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning geen zwijgbedingen over incidenten in hun contracten opnemen een nadere specificatie van de in hoofdstuk 4.1 vermelde kwaliteitseisen die zijn opgenomen in de Jeugdwet, Wkkgz en Wmo 2015. De kwaliteitseisen zijn publiekrechtelijke normen op de naleving waarvan reeds bestuursrechtelijk toezicht wordt gehouden. Met betrekking tot de Jeugdwet zijn de IGJ en de Inspectie Justitie en Veiligheid belast met toezicht op naleving en de handhaving.³⁶ Ook toezicht en handhaving in het kader van de Wkkgz is een taak van de

³⁶ Artikel 9.2 Jeugdwet en het Aanwijzingsbesluit toezichthoudende ambtenaren Jeugdwet en Wmo 2015.

IGJ.³⁷ Gemeenten wijzen toezichthoudende ambtenaren aan voor de Wmo 2015.³⁸ De IGJ en het Kenniscentrum Handhaving en naleving van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) geeft gemeenten desgevraagd advies over toezicht en handhaving.³⁹ De IGJ is eveneens belast met het toezicht op Veilig Thuis.⁴⁰

Voor alle wettelijke kaders geldt dat indien nodig handhavend kan worden opgetreden. De Minister kan een schriftelijke aanwijzing geven aan bijvoorbeeld de jeugdhulpaanbieder en de gecertificeerde instelling en in spoedeisende gevallen kan de toezichthouder een bevel geven.⁴¹ Aanwijzingen en bevelen kunnen door de Minister kracht bijgezet worden met een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.⁴² Ingevolge de Wkkgz en voor Veilig Thuis is er een vergelijkbaar systeem van handhaving, zij het dat de Wkkgz niet de mogelijkheid van een bestuurlijke boete kent.⁴³ Gemeenten kunnen bij de uitvoering van de Wmo 2015 contractuele instrumenten inzetten en daarnaast hebben zij de bevoegdheid om een last onder bestuursdwang en daarmee ook een last onder dwangsom op te leggen.⁴⁴ Indien de Minister ernstige tekortkomingen vaststelt in de rechtmatige uitvoering van de Wmo 2015, kan hij aan het college een aanwijzing geven.⁴⁵

Het wetsvoorstel verduidelijkt dat zwijgbedingen over incidenten in strijd zijn met de kwaliteitseisen in de sectoren jeugdzorg, zorg en ondersteuning. In deze sectoren kan daarop toezicht worden gehouden. Wanneer blijkt dat zwijgbedingen over incidenten worden gemaakt, kan handhavend worden opgetreden. Indien bijvoorbeeld zwijgbedingen over incidenten zijn opgenomen in standaardcontracten, kan de aanwijzing gegeven worden om die standaardcontracten aan te passen. Mochten ondanks de wetwijziging zwijgbedingen over incidenten zijn gemaakt, dan kan gewezen worden op de nietigheid daarvan en zo nodig een aanwijzing gegeven worden de wederpartij daarvan op de hoogte te stellen. Voor de aanbieder levert dit een reëel risico op dat de cliënt alsnog de openbaarheid zoekt over het incident en daarbij bovendien de aanbieder bekritiseert wegens het maken van het zwijgbeding. De aanbieder had immers moeten weten dat een zwijgbeding nietig is en zou zelfs het verwijt gemaakt kunnen worden van het inrichten van een doofpot. Daarnaast mogen handhavingsbesluiten en daaraan ten grondslag liggende inspectierapporten op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) in beginsel gepubliceerd worden⁴⁶; in de Jeugdwet is openbaarmaking van informatie over toezicht en handhaving zelfs voorgeschreven.⁴⁷ Daar komt bij dat het aantreffen van een zwijgbeding aanleiding kan zijn voor de toezichthouder om nader onderzoek te doen naar het incident zelf en mogelijk naar andere tekortkomingen in de kwaliteit van de jeugdzorg, zorg en ondersteuning. Het streven is echter om te voorkomen dat zwijgbedingen over incidenten tot stand gebracht worden. De IGJ en de Inspectie Justitie en Veiligheid zullen daarom aandacht vragen voor dit onderwerp, onder andere in de reguliere overleggen die zij voeren met bestuurders.

³⁷ Artikel 24 Wkkgz.

³⁸ Artikel 6.1 Wmo 2015.

³⁹ Artikel 6.2 Wmo 2015.

⁴⁰ Artikel 4.3.1 Wmo 2015.

⁴¹ Artikel 9.3 Jeugdwet.

⁴² Artikelen 9.5 en 9.6 Jeugdwet.

⁴³ Artikelen 27 en 28 Wkkgz en de artikelen 4.3.2 – 4.3.4 Wmo 2015.

⁴⁴ Artikel 125, eerste lid, Gemeentewet en artikel 5:32 Algemene wet bestuursrecht (Awb).

⁴⁵ Artikel 2.6.8 Wmo 2015.

⁴⁶ Zie de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 september 2018 (ECLI:NL:RBROT:2018:7481).

⁴⁷ Artikel 9.7 en 9.8 Jeugdwet.

Zwijgbedingen kunnen aanleiding zijn voor het treffen van een tuchtmaatregel. Bepaalde categorieën personen die werkzaam zijn in de sectoren jeugdzorg en zorg zijn onderworpen aan tuchtrecht. Organisaties van beroepsbeoefenaren op het terrein van de jeugdzorg hebben een systeem van tuchtrecht ingesteld. De Stichting Kwaliteitsregister Jeugd (SKJ) zorgt ervoor dat jeugdprofessionals die zijn ingeschreven in het kwaliteitsregister zich onderwerpen aan haar Tuchtreglement.⁴⁸ Niet alleen cliënten, ook de IGJ en de Inspectie Justitie en Veiligheid zijn bevoegd een tuchtklacht in te dienen bij de SKJ.⁴⁹

Verder is publiekrechtelijk tuchtrecht van toepassing op beroepsbeoefenaren die als arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorgpsycholoog, psychotherapeut, fysiotherapeut, verloskundige, verpleegkundige, physician assistant of orthopedagoog-generalist zijn ingeschreven in een register als bedoeld in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Handelen of nalaten in strijd met de zorg die een beroepsbeoefenaar behoort te betrachten jegens een cliënt of met hetgeen een behoorlijk beroepsbeoefenaar betaamt, kan tuchtrechtelijk worden gesanctioneerd.⁵⁰ Een tuchtklacht kan onder meer worden ingediend door cliënten en de IGJ.⁵¹ Zwijgbedingen kunnen aanleiding geven tot het treffen van een tuchtmaatregel. Het onder dreiging van niet opereren opleggen van de verplichting met betrekking tot de voorafgaande behandeling af te zien van juridische stappen en zich te onthouden van negatieve publiciteit, acht het Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven een handelwijze die niet strookt met hetgeen van verweerder als zorgverlener mag worden verwacht.⁵²

Ten slotte maakt het wetsvoorstel duidelijk wat de privaatrechtelijke gevolgen zijn van handelen in strijd met de norm om geen zwijgbedingen te maken. Een beding dat het recht beperkt of ontnemt om informatie over een incident openbaar te maken of aan een derde te verstrekken, is steeds nietig. Toezicht en handhaving vindt daarom ook civielrechtelijk plaats. Het is aan partijen bij de overeenkomst over en weer waakzaam te zijn op het voorkomen van een zwijgbeding. Juist dankzij de concretisering voor jeugdzorg, zorg en ondersteuning lenen de voorgestelde nietigheidsbepalingen zich daar goed voor. Indien toch een verschil van inzicht over de toepassing daarvan zou rijzen, kunnen partijen dat voorleggen aan de civiele rechter. Naar verwachting zal dat niet zo ver hoeven komen. Door voorlichting zal men zich in de jeugdzorg, zorg en ondersteuning bewust zijn van de ontoelaatbaarheid van zwijgbedingen. Dat wordt versterkt doordat het voorkomen van en optreden tegen zwijgbedingen als gezegd ook een rol speelt bij de bestuursrechtelijke en tuchtrechtelijke handhaving van de kwaliteit van de jeugdzorg, zorg en ondersteuning.

8. Consultatie en advies

8.1 Internetconsultatie

Het wetsvoorstel is van 11 maart tot 1 juni 2020 in internetconsultatie geweest. Deze consultatie heeft 21 reacties opgeleverd, waarvan bij 18 reacties toestemming is gegeven voor openbaarmaking. De reacties zijn van burgers, van bedrijven en van organisaties waaronder Patiëntenfederatie Nederland, GGZ Nederland gezamenlijk met Vereniging Gehandicap-

⁴⁸ <https://skjeugd.nl>

⁴⁹ Artikel 4 Aanwijzingsbesluit toezichthoudende ambtenaren Jeugdwet en Wmo 2015.

⁵⁰ Hoofdstuk VII Wet BIG.

⁵¹ Artikel 65, eerste lid, Wet BIG.

⁵² Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Eindhoven, 3 mei 2010 (ECLI:NL:TGZREIN:2010:YG0256).

tenzorg Nederland (VGN), leder(in) gezamenlijk met KansPlus, Sien en Het Landelijk Steunpunt (mede)zeggenschap (LSR), Fonds Slachtofferhulp, Jeugdzorg Nederland, Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG), Huis voor Klokkenluiders, stichting Patiëntenstem.nu, de gemeente Utrecht, Medirisk en VvAA. De reacties op de internetconsultatie worden hieronder op hoofdlijnen besproken. Daarbij wordt tevens aangeduid op welke wijze deze reacties van invloed zijn geweest op het wetsvoorstel.

Noodzaak en mogelijk nadelige effecten

In een groot deel van de reacties spreekt men zich uit over de noodzakelijkheid van het wetsvoorstel. Daarbij valt op dat particulieren en organisaties die opkomen voor de belangen van cliënten positief zijn over de noodzaak. Zo vindt Patiëntenfederatie Nederland het wenselijk dat wettelijk wordt vastgelegd dat zwijgbedingen over incidenten in de zorg ontoelaatbaar zijn, en noemen leder(in), KansPlus, Sien en LSR het een noodzakelijk wetsvoorstel. Ook het Fonds Slachtofferhulp, het Huis voor Klokkenluiders en de gemeente Utrecht zijn positief over de wenselijkheid van het wetsvoorstel. Tegelijkertijd wordt in een aantal reacties, met name van de zijde van zorgaanbieders, de noodzaak van het wetsvoorstel ter discussie gesteld. KNMG, GGZ Nederland, Jeugdzorg Nederland en VvAA zijn het er wel mee eens dat zwijgcontracten niet thuishoren in de zorg, maar menen tevens dat het niet nodig is dit specifiek te regelen omdat het BW, de te herziene GOMA en de Governancecode Zorg afdoende zijn. Daarbij geven zij aan een aantal nadelige effecten te zien van het wetsvoorstel, vooral in verband met de aandacht die in de (sociale) media gegenereerd kan worden als de openbaarheid door cliënten wordt opgezocht. Zij wijzen daarbij op de mogelijke gevolgen voor de privacy van cliënten en medewerkers, op de eventuele terughoudendheid om open te zijn over het incident, op de vanwege het beroepsgeheim beperkte mogelijkheden voor zorgaanbieders om zich te verdedigen, op juridisering, en op de mogelijke toename van laster en smaad. KNMG, GGZ Nederland en VGN menen dat met het wetsvoorstel een signaal wordt afgegeven dat het delen van informatie over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning via de media is toegestaan. Ook VvAA geeft aan dat mogelijk meer patiënten dan wel hun nabestaanden actief informatie zullen delen in de media.

Dat zwijgbedingen bij incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning ongewenst zijn, wordt breed gedragen, zowel van zorgaanbiederszijde als van patiëntenzijde, zo blijkt uit de reacties. Toch komen zwijgbedingen in de praktijk soms nog voor. Om de redenen die in paragraaf 2.2. van deze memorie uitgebreid zijn toegelicht, wordt met dit wetsvoorstel expliciet wettelijk vastgelegd dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning nietig zijn. De nadelige effecten van het wetsvoorstel die in de internetconsultatie naar voren zijn gebracht, zijn divers. Zij hangen echter allemaal samen met openbaarmaking en de gevolgen die daar mogelijk aan kunnen kleven. De regering beoogt met dit wetsvoorstel het signaal af te geven dat zwijgbedingen in jeugdzorg, zorg en ondersteuning ontoelaatbaar zijn. Inderdaad betekent dit dat een cliënt ook in de media informatie over een incident kan openbaren. Het wetsvoorstel is echter geen uitnodiging tot het openbaar maken van informatie over incidenten. De cliënt heeft ook andere manieren om een incident aan de orde te stellen, zoals een gesprek met de aanbieder, de klachtenprocedure, de ombudsman of de inspectie. Openbaarmaking kent bovendien grenzen. Bij openbaarmaking moeten partijen rekening houden met de privacy van anderen, bijvoorbeeld van medewerkers van de aanbieder of – ingeval ouders de openbaarheid zoeken – minderjarige cliënten. Voor de rechtmatige verwerking van persoonsgegevens, anders

dan voor persoonlijk of huishoudelijk gebruik, gelden strikte regels uit hoofde van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). De KNMG wijst er bovendien terecht op dat een zorgaanbieder is gebonden aan het medisch beroepsgeheim. Daarnaast kunnen onrechtmatige publicaties of uitlatingen een strafbaar feit opleveren, zoals bedreiging, smaad of laster. Het wetsvoorstel verandert niets aan de grenzen voor het op rechtmatige wijze delen en openbaren van (privacygevoelige) informatie en biedt geen ruimte voor grensoverschrijdend gedrag zoals bij sommige agressieve uitingen van ouders via (social) media jegens medewerkers van jeugdzorginstellingen.

Een aantal organisaties vraagt om publieksvoorlichting teneinde de door hen naar voren gebrachte negatieve effecten te voorkomen. Publieksvoorlichting kan er onder meer voor zorgen dat cliënten bekend zijn met het verbod op zwijgbedingen over incidenten (Patiëntenfederatie Nederland), dat er aandacht is voor de privacy van derden bij openbaarmaking (KNMG) en voor de (ongewenste) effecten van social media voor zorgverleners (GGZ Nederland, VGN). In de memorie van toelichting die ter internetconsultatie is voorgelegd, was het belang van publieksvoorlichting reeds onderkend. Daar is nu aan toegevoegd dat koepels van cliënten en van aanbieders bij de totstandkoming van de publieksvoorlichting zullen worden betrokken. Daarmee wordt gewaarborgd dat alle perspectieven aan bod komen.

De KNMG meent dat terughoudendheid bij zorgaanbieders om open te zijn over incidenten en jurisdisering als gevolg van mogelijk lagere bereidheid tot treffen van een minnelijke schikking, nadelige effecten van het wetsvoorstel kunnen zijn. Zoals in de paragrafen 2 en 4.1 uiteengezet, worden aanbieders geacht in het kader van de kwaliteit openheid te betrachten. Dit is ook onderdeel van goed bestuur. Verder is er brede consensus onder aanbieders dat zwijgbedingen niet horen voor te komen in jeugdzorg, zorg en ondersteuning. Voor zover bekend, worden ze in de praktijk nu al niet vaak toegepast. Het is dan ook niet aannemelijk dat dit wetsvoorstel zou leiden tot een afname van de transparantie die aanbieders bieden. Om diezelfde redenen wordt geen toename van jurisdisering verwacht. Gezien de consensus en de vermoedelijke praktijk is het afspreken van een zwijgbeding over het incident geen voorwaarde voor het treffen van een minnelijke schikking, althans zou het dat niet mogen zijn.

Reikwijdte

Jeugdzorg Nederland verwacht dat discussie zal ontstaan over de reikwijdte van de wet. In dat kader wijst Jeugdzorg Nederland op het rapport van de Nationale ombudsman van 20 mei 2020 over geluidsopnames in de jeugdzorg. Uit één van de spelregels in het rapport volgt dat zowel de burger als overheidsinstanties niet zonder toestemming van de andere partij geluidsopnames openbaar maakt of aan derden verstrekt. Het wetsvoorstel ziet op bedingen die het recht beperken of ontnemen om informatie over een incident openbaar te maken of aan een derden te verstrekken. Voor zover de afspraak om een geluidsopname niet zonder toestemming openbaar te maken of te delen, een belemmering oplevert om informatie over een incident openbaar te maken of te delen, is deze afspraak in strijd met het wetsvoorstel. Het uitgangspunt dat over en weer transparantie geboden wordt over geluidsopnames blijft evenwel overeind. Overigens dienen partijen er rekening mee te houden dat stemgeluid tot biometrische gegevens behoort aan de verwerking waarvan de AVG zwaardere eisen stelt.

Jeugdzorg Nederland meent dat de omschrijving van «incident» te ruim is. Daarbij leest Jeugdzorg Nederland de definitie van «incident» aldus dat alle gebeurtenissen waar een cliënt het niet mee eens is als incident zou kunnen worden opgevat. Deze uitleg is onjuist en te ruim. De definitie van «incident» die in het wetsvoorstel is opgenomen, is gelijklopend aan de definitie die nu reeds is opgenomen in het huidige Uitvoeringsbesluit Wkkgz. Het gaat om een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van jeugdzorg, zorg en ondersteuning en heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt.

De Patiëntenfederatie wenst meer duidelijkheid over een in de memorie opgenomen passage over «bijna-incidenten», die niet aan de patiënt behoeven te worden gemeld. Jeugdzorg Nederland meent dat de omschrijving van incident in het wetsvoorstel verder gaat dan beoogd, omdat de definitie van incident ook incidenten betreft die hadden kunnen gebeuren, maar niet zijn gebeurd. Dit is ruimer dan de incidenten die op grond van artikel 10 Wkkgz aan de cliënt gemeld moeten worden. Het omvat tevens de incidenten die vallen onder de interne meldingsprocedure, inclusief registratie, die de zorgaanbieder op grond van artikel 9 Wkkgz heeft in te richten. Dit zijn ook incidenten die tot schade hadden kunnen leiden maar waarbij dat niet is gebeurd. Het geeft geen pas dat een cliënt die kennis heeft van een dergelijk incident daarover zou moeten zwijgen. De betreffende passage in de artikelsgewijze toelichting over «bijna-incidenten» is naar aanleiding van opmerkingen over onduidelijkheid van dit begrip aangepast. Hierbij is het begrip «bijna-incident» geschrapt.

Jeugdzorg Nederland stelt ook voor de implicaties van het wetsvoorstel te beperken, bijvoorbeeld door alleen geheimhoudingsbepalingen nietig te verklaren, zodat afspraken over openbaarmaking van informatie over een incident niet bij voorbaat onmogelijk zijn. Zoals hierboven reeds toege-licht, betekent het wetsvoorstel niet dat alle informatie over incidenten zonder meer openbaar gemaakt mag worden. Voor zover dat wel mag, is het onwenselijk dat cliënten die mogelijkheid door middel van een zwijgbeding wordt ontnomen. Deze suggestie is daarom niet overge-nomen.

Sommige cliëntenorganisaties en het Huis voor Klokkenluiders vragen of het wetsvoorstel ook de in het verleden tot stand gebrachte zwijgbe-dingen kan omvatten. Dat is niet het geval. Dan zou met terugwerkende kracht worden ingegrepen in alle reeds bestaande contractuele relaties. In verband met de rechtszekerheid kan slechts met de grootste terughou-dendheid terugwerkende kracht verleend worden aan een wet.⁵³ Dat het wetsvoorstel uitsluitend toekomstige zwijgbedingen nietig verklaart, betekent niet dat eerder tot stand gebrachte zwijgbedingen wél geldig zijn. Partijen kunnen nietigheid ingevolge artikel 3:40 BW inroepen. De rechter kan dan per geval de toelaatbaarheid van het zwijgbeding beoordelen, rekening houdend met alle relevante omstandigheden.

De Onderlinge Waarborgmaatschappij MediRisk B.A. brengt onder de aandacht dat geheimhouding met betrekking tot het proces bij mediation van belang is en uit zorgen over de zin in de memorie waarin staat «dat omwille van de kwaliteit een eventueel zwijgbeding in het kader van arbitrage en mediation nietig is». Medirisk stelt voor om tijdens mediation een voorbehoud te kunnen blijven maken, omdat mediation anders in de praktijk minder gebruikt zou kunnen gaan worden. Het wetsvoorstel regelt dat zwijgbedingen over incidenten in jeugdzorg, zorg en ondersteuning

⁵³ Dit is ook in lijn met het uitgangspunt van artikel 79 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

van rechtswege nietig zijn. Dit wetsvoorstel ziet er uiteraard niet op het proces van mediation als zodanig te belemmeren. De aangehaalde zin is zo ook niet bedoeld. Partijen kunnen afspraken maken over de wijze waarop zij met elkaar omgaan gedurende mediation. Wel geldt dat partijen – ook gedurende de mediation – niet verplicht kunnen worden om te zwijgen over het incident zelf. Mediation zal ook nooit mogen resulteren in een vaststellingsovereenkomst met een zwijgbeding met betrekking tot het delen van informatie over een incident. Het nut van het maken van een uitzondering gedurende mediation is daarom gering. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel uitsluitend betrekking heeft op informatie over het incident. Het is dus wel mogelijk om ten aanzien van andere aspecten van mediation afspraken te maken over de vertrouwelijkheid. Bovendien heeft het wetsvoorstel ook alleen betrekking op partijen, niet op de mediator. Dat de mediator vertrouwelijkheid heeft te betrachten, blijft één van de uitgangspunten voor mediation (Kamerstukken II 2019/20, 35 300-VI nr. 102; zie ook artikel 7 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken). Om te voorkomen dat de aangehaalde zin onduidelijkheid oproept, is de memorie iets aangepast.

Enkele organisaties brengen onder de aandacht dat zwijgcontracten ook in verband met werknemers kunnen spelen. Het Huis voor Klokkenluiders bepleit de reikwijdte te verbreden naar werknemers in alle sectoren. De Patiëntenfederatie geeft aan dat het belangrijk is dat duidelijk is tussen welke partijen zwijgbedingen verboden worden. De FNV vraagt wat de verhouding is van dit wetsvoorstel met artikel 24 van richtlijn 2019/1937 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.

Naar aanleiding hiervan wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel het tegengaan van zwijgbedingen tussen aanbieders en cliënten over incidenten verbindt aan de wettelijke eisen omtrent de kwaliteit die aanbieders ten aanzien van hun cliënten in acht hebben te nemen. Wie precies de contractspartijen zijn wordt benoemd bij de definities van «contractspartij» in de wettekst (artikel 4.1.8a, eerste lid, Jeugdwet, artikel 11a, eerste lid, Wkkgz en de artikelen 3.4a, eerste lid, en 4.2.5a, eerste lid, Wmo 2015; kortweg zijn dit de aanbieder en de cliënt. Bij een incident is er iets misgegaan waardoor de kwaliteit van de door de aanbieder verleende jeugdzorg, zorg of ondersteuning in het geding is met (mogelijke) schade voor de cliënt. Het geeft dan geen pas dezelfde cliënt ook nog eens het zwijgen op te leggen over het incident. Openheid over incidenten dient bovendien niet alleen het belang van de individuele cliënt, maar is daarnaast ook van belang voor de kwaliteit van de jeugdzorg, zorg en ondersteuning. Alleen in een open cultuur waarin bespreekbaar is wat niet goed is gegaan, kan van fouten geleerd worden. Overeenkomsten met afspraken om te zwijgen, bijvoorbeeld tegenover de IGJ of de tuchtrechter, staan haaks op de transparantie die van belang is voor het bewaken en bevorderen van de kwaliteit van de jeugdzorg, zorg en ondersteuning. Hoewel mogelijk betrokken bij een incident, neemt een werknemer toch een andere (rechts)positie in. Een verbreding naar werknemers en alle sectoren zou het bestek van dit wetsvoorstel te buiten gaan. Anders dan ten aanzien van cliënten, kan niet op voorhand voor alle situaties gesteld worden, dat elk geheimhoudingsbeding voor werknemers als ontoelaatbaar te kwalificeren is. Niet in ieder arbeidsconflict spelen omstandigheden bij de werkgever, waarbij er een maatschappelijk belang aanwezig is dat deze aan het licht komen. Een geheimhoudingsbeding heeft dan ook niet steeds als strekking om een misstand toe te dekken, maar kan bijvoorbeeld ook worden overeengekomen omdat partijen – ook de werknemer – graag rust willen creëren en een geschil af willen sluiten. Uiteraard heeft de rechter ook in het arbeidsrecht de

mogelijkheid om aan de hand van artikel 3:40 BW te toetsen of een specifiek beding een ongeoorloofde strekking heeft en daarom nietig is. Nu niet op voorhand gezegd kan worden dat ieder beding ongeoorloofd is, volstaat deze algemene nietigheidsgrond. Bovendien kent het algemene burgerlijke recht mechanismen om te voorkomen dat een partij een beding tegen zijn wil opgedrongen krijgt, zoals de regeling van de wilsgebreken. Voor zover het geheimhoudingsbeding is opgenomen in een overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, heeft de werknemer op grond van artikel 7:670b, tweede lid, BW een bedenktijd van veertien dagen. Ook deze bedenktijd helpt voorkomen dat een werknemer tegen zijn wil gebonden raakt aan een beëindigingsovereenkomst met daarin een geheimhoudingsbeding.

De Patiëntenfederatie maakt haar opmerking naar aanleiding van een onduidelijkheid in de toelichting; deze onduidelijkheid is nu weggenomen. De suggestie van het Huis voor Klokkenluiders is ingegeven door de praktijk waarin klokkenluiders ondanks hun wettelijke bescherming geconfronteerd worden met maatregelen van hun werkgevers. Het ligt dan ook meer in de rede te bezien hoe de uitvoeringspraktijk verbeterd kan worden in plaats van aanvullende wettelijke maatregelen te treffen in dit wetsvoorstel. In antwoord op de vraag van de FNV over de verhouding tot artikel 24 van richtlijn 2019/1937, wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel betrekking heeft op cliënten en niet op melders in de zin van genoemde richtlijn.

8.2 Toezicht- en Handhaafbaarheidstoets IGJ

De IGJ heeft op verzoek bij dit wetsvoorstel een Toezicht- en Handhaafbaarheidstoets (T&H-toets) uitgevoerd. De toets is op 2 juni 2020 uitgebracht. De IGJ komt tot de conclusie dat de voorgestelde wet vanuit het perspectief van toezicht en handhaafbaarheid geen onoverkomelijke bezwaren oplevert. Wel vraagt de IGJ uit oogpunt van handhaafbaarheid aandacht voor een aantal punten.

Zo vraagt de IGJ om duidelijker explicitering van de handhavingsgrondslag in de memorie van toelichting. Op dit onderdeel is de memorie van toelichting aangepast.

Ook wenst de IGJ meer duidelijkheid over de term «bijna-incident» dat in de artikelsgewijze toelichting wordt gehanteerd. De IGJ verzoekt daarbij om definiëring ervan in de wettekst dan wel schrappen van dit onderdeel in de artikelsgewijze toelichting, aangezien deze term niet wordt gebezigd in de Wkkgz en de Jeugdwet. De term «bijna-incident» komt inderdaad niet letterlijk voor in de Jeugdwet, Wkkgz of Wmo 2015 en evenmin in dit wetsvoorstel. De definitie van «incident» in dit wetsvoorstel is overgenomen uit het Uitvoeringsbesluit Wkkgz. Hieronder vallen niet alleen niet-beoogde of onverwachte gebeurtenissen die hebben geleid tot schade bij de cliënt, maar ook dergelijke gebeurtenissen die hadden kunnen leiden of zouden kunnen leiden tot schade. Op dit laatste is de term «bijna-incident» gericht.⁵⁴ De betreffende passage over «bijna-incidenten» in de artikelsgewijze toelichting is naar aanleiding van opmerkingen over de onduidelijkheid van dit begrip aangepast. Hierbij is het begrip «bijna-incident» geschrapt.

Daarnaast verzoekt de IGJ wat meer recht te doen aan de inhoud en de conclusies van het rapport van de IGJ, getiteld: «*Vaststellingsovereenkomsten in de zorg*». De door de IGJ daarvoor voorgestelde passage is daarbij overgenomen in de memorie van toelichting.

⁵⁴ Kamerstukken I 2013/14, 32 402, nr. F.

Tot slot verzoekt de IGJ om aan te sluiten bij de terminologie van de Wmo 2015 en de term Veilig Thuis te vervangen door Advies- en meldpunt huiselijke geweld en kindermishandeling (AMHK). Op 1 juli 2020 is echter de Wet van 5 februari 2020 tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Verzamelwet VWS 2020) in werking getreden.⁵⁵ Hiermee is AMHK vervangen door Veilig Thuis.

8.3 Advies ATR

Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) heeft dit wetsvoorstel bekeken ter beoordeling van de regeldruk. Het adviescollege heeft aangegeven dat er geen structurele gevolgen zijn voor de regeldruk als gevolg van dit wetsvoorstel. Wel zijn er eenmalige gevolgen voor de regeldruk, in de vorm van kennisnemingskosten, maar die zijn volgens het ATR in omvang verwaarloosbaar.

9. Overgangsrecht en inwerkingtreding

De wetswijziging treedt op een nader te bepalen datum in werking. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de Jeugdwet, Wkkgz en Wmo 2015.

Een zwijgbeding over incidenten in jeugdzorg, zorg of ondersteuning dat gemaakt wordt nadat de wetswijziging in werking is getreden, is nietig. De beoordeling van de rechtskracht van eerder tot stand gebrachte zwijgbedingen geschiedt langs de lijnen van de artikelen 3:40 en 3:41 BW.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel 1

Zwijgbedingen over incidenten zijn ongewenst uit het oogpunt van de kwaliteit van jeugdzorg. Dat zwijgbedingen over incidenten nietig zijn, is daarom opgenomen in paragraaf 4.1 van de Jeugdwet. In die paragraaf staan de bepalingen over de kwaliteit die van jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen verlangd wordt.

De definitie van incident in artikel 4.1.8a, eerste lid, Jeugdwet sluit aan op die in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz. Het omvat meer dan calamiteiten waarvoor artikel 4.1.8 Jeugdwet een meldingsplicht oplegt aan jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen. Gemeenschappelijk is dat het niet-beoogde of onverwachte gebeurtenissen zijn die betrekking hebben op de kwaliteit van de jeugdzorg. Bij een calamiteit is sprake van een ernstig schadelijk gevolg voor of de dood van een jeugdige of een ouder.⁵⁶ Bij een incident kunnen de gevolgen ook minder ingrijpend zijn. Schade of toekomstige schade bij de jeugdige of de ouder volstaat om sprake te doen zijn van een incident. Ook gebeurtenissen die tot schade bij de jeugdige of de ouder hadden kunnen leiden, maar dat niet hebben gedaan of zullen doen, zijn incidenten.

Zwijgbedingen over incidenten kunnen niet alleen voorkomen in vaststellingsovereenkomsten, maar ook in andere contracten die in welke vorm dan ook worden gesloten. Artikel 4.1.8a, eerste lid, Jeugdwet bevat een uitgebreide opsomming van mogelijke contractspartijen. De ene partij is de jeugdhulpaanbieder of de gecertificeerde instelling die onderworpen is aan de kwaliteitsvoorschriften in paragraaf 4.1 van de Jeugdwet, met

⁵⁵ Stb. 2020, 93.

⁵⁶ Artikel 1.1 Jeugdwet.

inbegrip van degenen die voor hen werken. Bij degene die voor hen werken kan ook gedacht worden aan gekwalificeerde gedragswetenschappers die onder meer adviseren over het opleggen van vrijheidsbeperkende maatregelen en wiens instemming vereist is voor schorsing van gesloten jeugdhulp. Daarnaast valt de solistisch werkende jeugdhulpverlener onder de omschrijving van contractspartij omdat deze een jeugdhulpaanbieder is. Ook onderaannemers van een jeugdhulpaanbieder vallen onder het begrip contractspartij. Zij zijn namelijk ook zelf te zien als jeugdhulpaanbieders.⁵⁷ Ten slotte vallen pleegouders onder het begrip contractspartij.

De andere partij komt uit een ruime kring van personen. Hierbinnen valt iedereen tot wie de jeugdzorg zich richt, hun vertegenwoordigers en andere betrokkenen alsmede hun nabestaanden. Wie dit zijn, volgt uit de hen betreffende bepalingen in de Jeugdwet. Zo wordt het begrip nabestaande in artikel 4.2.1 Jeugdwet breed uitgelegd voor wat betreft de mogelijkheid tot het indienen van klachten.⁵⁸ Hier heeft dat begrip dezelfde betekenis.

In hoofdstuk 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is reeds ingegaan op eventuele vertegenwoordiging van partijen. Voor de duidelijkheid zijn in het voorgestelde artikel 4.1.8a, eerste lid, Jeugdwet zelf de vertegenwoordigers vermeld waaraan ingevolge andere bepalingen in de Jeugdwet een rol is toebedeeld. Zo is boven elke twijfel verheven dat zwijgbedingen over incidenten die met deze vertegenwoordigers zijn overeengekomen, nietig zijn.

Het tweede lid van artikel 4.1.8a Jeugdwet bepaalt dat zwijgbedingen over incidenten nietig zijn. Een zwijgbeding is de afspraak dat er geen of geen volledige informatie over een incident naar buiten gebracht wordt. Het gaat daarbij ten eerste om openbaarmaking. Dat kan op allerlei manieren. Gedacht kan worden aan traditionele media zoals kranten, tijdschriften, radio en televisie. Daarnaast is het mogelijk om via internet een publiek te bereiken, onder andere door gebruik te maken van sociale media. Ten tweede kan informatie over een incident naar buiten gebracht worden door verstrekking aan derden. Hiermee worden alle anderen bedoeld dan de partijen bij de overeenkomst. Dit zijn zowel mensen in de sociale omgeving, als personen in een meer formele verhouding. Dat laatste omvat eveneens degenen die betrokken zijn in (juridische) procedures zoals bij de uitoefening van het klachtrecht, het indienen van een tuchtklacht, het doen van aangifte of het aanspannen van een civiele procedure.

Voor de toelichting op de uitzondering in het derde lid van artikel 4.1.8a Jeugdwet wordt verwezen naar de hoofdstukken 4.4 en 9 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel II

Onderdeel A

De definitie van incident in artikel 1 Wkkgz is gelijklopend aan die in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz.⁵⁹ Het omvat meer dan calamiteiten waarvoor artikel 11 Wkkgz een meldingsplicht oplegt aan zorgaanbieders. Gemeenschappelijk is dat het niet-beoogde of onverwachte gebeurtenissen zijn die betrekking hebben op de kwaliteit van de zorg. Bij een calamiteit is

⁵⁷ Kamerstukken II 2012/13, 33 684, nr. 3, p. 121.

⁵⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33 684, nr. 3, p. 171.

⁵⁹ Wanneer de definitie van incident in de wet is opgenomen, wordt de desbetreffende begripsbepaling in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz geschrapt.

sprake van een ernstig schadelijk gevolg voor of de dood van de cliënt.⁶⁰ Bij een incident kunnen de gevolgen ook minder ingrijpend zijn. Schade of toekomstige schade bij de cliënt volstaat om sprake te doen zijn van een incident. Er is ook sprake van een incident wanneer bij de cliënt schade had kunnen ontstaan, maar deze niet is opgetreden of zal optreden. Overigens geldt de omschrijving van incident niet alleen voor het voorgestelde artikel 11a Wkkgz, maar ook voor de huidige artikelen 9 en 10 Wkkgz. Laatstgenoemde bepalingen hebben betrekking op de procedure en het register voor incidenten respectievelijk het informeren van de cliënt over incidenten met (mogelijke) schade voor de cliënt. Het opnemen van deze omschrijving van incident heeft voor deze bepalingen materieel geen gevolgen.

Opgemerkt wordt dat zorg in de zin van de Wkkgz door diverse aanbieders wordt verleend. Een deel van deze aanbieders houdt zich niet uitsluitend bezig met zorgverlening. Artikel 11a Wkkgz heeft alleen betrekking op incidenten in de zorg. Indien er buiten het terrein van de zorg iets gebeurt met mogelijke schade voor de cliënt, vallen bedingen over het openbaren of verstrekken van informatie over dergelijke gebeurtenissen niet onder de werking van artikel 11a Wkkgz. Bijvoorbeeld in penitentiaire inrichtingen worden vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen ten uitvoer gelegd. Aan gedetineerden wordt ook zorg verleend. In de praktijk is goed af te bakenen welke handelingen aangemerkt worden als zorg in de zin van de Wkkgz en wat onder de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen valt. Zo mag, indien noodzakelijk en ook overigens is voldaan aan alle eisen, jegens een gedetineerde geweld worden gebruikt.⁶¹ Dat is geen incident in de zin van artikel 1 Wkkgz. Wanneer na de toepassing van het geweld tekort wordt geschoten in het signaleren van gezondheidsschade en daaropvolgende verlening van zorg, kan er wel sprake zijn van een incident in de zin van artikel 1 Wkkgz.

Verder zijn in artikel 1 Wkkgz de bepalingen aangepast die de reikwijdte van de Wkkgz afbakenen. Op grond van het derde lid kan de Wkkgz bij algemene maatregel van bestuur niet van toepassing worden verklaard op bepaalde vormen van zorg. Voor zover van deze grondslag gebruik is of wordt gemaakt, geldt dat niet voor het voorgestelde artikel 11a Wkkgz dat de nietigheid van zwijgbedingen over incidenten regelt. De wijziging van het derde lid bewerkstelligt dat.

Onderdeel B

Zwijgbedingen over incidenten zijn ongewenst uit het oogpunt van de kwaliteit van zorg. In hoofdstuk 2 van de Wkkgz staan de bepalingen over de kwaliteit die van zorgaanbieders verlangd wordt. Om die reden is in hoofdstuk 2 van de Wkkgz opgenomen dat zwijgbedingen over incidenten nietig zijn.

Zwijgbedingen kunnen voorkomen in allerlei contracten. Artikel 11a, eerste lid, Wkkgz bevat een opsomming van mogelijke contractspartijen. De ene partij is de zorgaanbieder of degene die voor hem werkt. Een zorgaanbieder is een instelling dan wel een solistisch werkende zorgverlener. Zij verlenen Wlz-zorg, Zvw-zorg of andere zorg. Ingevolge artikel 1, zesde lid, Wkkgz wordt een instelling die binnen het kader van de binnen een andere instelling verleende zorg een deel van die zorg verleent, niet aangemerkt als instelling in de zin van de Wkkgz. Deze instellingen worden ook wel «onderaannemer» respectievelijk «hoofdaannemer» genoemd. De ratio hierachter is dat de hoofdaannemer de Wkkgz heeft na

⁶⁰ Artikel 1, eerste lid, Wkkgz.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld artikel 35 Penitentiaire beginselenwet.

te leven, ook wanneer hij een onderaannemer inschakelt. De hoofdaannemer moet er dus voor zorgen dat de onderaannemer voldoet aan de Wkkgz. Daartoe sluit de hoofdaannemer een contract met de onderaannemer. Op die manier kan de hoofdaannemer er echter niet voor zorgen dat een zwijgbeding over incidenten die de onderaannemer maakt, van rechtswege nietig is. Daarom zijn ook onderaannemers opgenomen in het eerste lid, onderdeel a.

De andere partij is de cliënt, zijn vertegenwoordiger of zijn nabestaande. Wie dat zijn, volgt uit de begripsbepalingen in de Wkkgz.⁶²

In hoofdstuk 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is reeds ingegaan op eventuele vertegenwoordiging van partijen. Voor de duidelijkheid is in het voorgestelde artikel 11a Wkkgz de vertegenwoordiger van de cliënt vermeld waaraan ingevolge andere bepalingen in de Wkkgz een rol is toebedeeld. Zo is boven elke twijfel verheven dat een zwijgbeding over een incident dat met een vertegenwoordiger is gemaakt, nietig is.

Het tweede lid van artikel 11a Wkkgz bepaalt dat zwijgbedingen over incidenten nietig zijn. Voor een toelichting op deze bepaling wordt verwezen naar bovenstaande uiteenzetting in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting over artikel 4.1.8a, tweede lid, Jeugdwet (artikel I). Daar is reeds benadrukt dat de nietigheidsbepaling geldt voor incidenten. In het kader van de Wkkgz is nog van belang te vermelden dat incidenten die voor de cliënt tot merkbare gevolgen hadden kunnen leiden, maar waarbij dat niet is gebeurd, op grond van artikel 10, derde lid, Wkkgz niet door de aanbieder gemeld hoeven te worden aan de cliënt.⁶³ Eventuele zwijgbedingen over dergelijke incidenten zijn evenwel ook nietig.

Voor de toelichting op de uitzondering in het derde lid van artikel 11a Wkkgz wordt verwezen naar de hoofdstukken 4.4 en 9 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel III

Onderdeel A

In artikel 1.1.1, tweede lid, Wmo 2015 wordt de kring van personen die de cliënt kunnen vertegenwoordigen uitgebreid met «grootouder» en «kleinkind». Met deze wijziging wordt aangesloten bij de wet van 5 juni 2019⁶⁴, waarin eenzelfde wijziging is aangebracht in artikel 7:465, derde lid, BW met betrekking tot de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Bij de totstandkoming van deze bepaling in de Wmo 2015 is indertijd uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de omschrijving van artikel 7:465, derde lid, BW. Met dit wetsvoorstel wordt de recente wijziging van artikel 7:465, derde lid, BW overgenomen in de Wmo 2015.

Onderdeel B

Zwijgbedingen over incidenten zijn ongewenst uit het oogpunt van de vereiste kwaliteit van voorzieningen gericht op maatschappelijke ondersteuning. Dat zwijgbedingen over incidenten in deze sectoren nietig zijn, is opgenomen in hoofdstuk 3 van de Wmo 2015. In dat hoofdstuk staan de bepalingen over kwaliteit die van aanbieders van een voorziening verlangd wordt. Het betreft zowel algemene voorzieningen, als maatwerkvoorzieningen.

⁶² Zie artikel 1, eerste lid, Wkkgz.

⁶³ Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr. 7, blz. 40.

⁶⁴ Stb. 2019, 224.

Bij de definitie van incident in artikel 3.4a, eerste lid, Wmo 2015 is aangesloten bij het Uitvoeringsbesluit Wkkgz. Het zijn niet-beoogde of onverwachte gebeurtenissen die betrekking hebben op de kwaliteit van een voorziening. Uiteraard vallen eronder calamiteiten die de aanbieder ingevolge artikel 3.4 Wmo 2015 moet melden aan de toezichthouder. Bij een calamiteit is sprake van een ernstig schadelijk gevolg voor of de dood van een cliënt.⁶⁵ Het begrip incident is echter breder. Het is een gebeurtenis die heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt. Bij een incident kunnen de gevolgen ook minder ingrijpend zijn. Schade of toekomstige schade bij de cliënt volstaat om sprake te doen zijn van een incident. Ook gebeurtenissen die tot schade bij de cliënt hadden kunnen leiden, maar dat niet hebben gedaan of zullen doen, zijn incidenten.

Overeenkomsten zouden ongewenste zwijgbedingen kunnen bevatten. Mogelijke contractspartijen worden opgesomd in artikel 3.4a, eerste lid, Wmo 2015. De ene partij is de aanbieder of degene die voor hem werkt, inclusief de onderaannemer. De andere partij is de cliënt, zijn vertegenwoordiger of zijn nabestaande. Wie cliënt of vertegenwoordiger is, volgt uit de begripsbepalingen in de Wmo 2015. Het begrip nabestaande van de cliënt wordt niet omschreven en kan naar gebruikelijke opvattingen in het maatschappelijk verkeer worden ingevuld.

In hoofdstuk 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is reeds ingegaan op eventuele vertegenwoordiging van partijen. Doordat in het voorgestelde artikel 3.4a Wmo 2015 de vertegenwoordigers vermeld zijn waaraan ingevolge andere bepalingen in de Wkkgz een rol is toebedeeld, is boven elke twijfel verheven dat ook een zwijgbeding over een incident dat met een vertegenwoordiger is gemaakt, nietig is.

Het tweede lid van artikel 3.4a Wmo 2015 bepaalt dat zwijgbedingen over incidenten nietig zijn. Voor een toelichting op deze bepaling wordt verwezen naar bovenstaande uiteenzetting in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting over artikel 4.1.8a, tweede lid, Jeugdwet (artikel I).

Voor de toelichting op de uitzondering in het derde lid van artikel 3.4a Wmo 2015 wordt verwezen naar de hoofdstukken 4.4 en 9 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Onderdeel C

Dit onderdeel voorziet met artikel 4.2.5a Wmo 2015 voor Veilig Thuis in een soortgelijke bepaling als het in onderdeel B voorgestelde artikel 3.4a Wmo 2015. Bij de uitvoering van de taken van Veilig Thuis kunnen zich incidenten voordoen, hetgeen ook hier meeromvattend is dan calamiteiten waarvoor reeds een meldplicht geldt.⁶⁶ Een zwijgbeding over een incident in een overeenkomst tussen een betrokkene, diens vertegenwoordiger of nabestaande enerzijds en Veilig Thuis of daarbij werkzame personen anderzijds, is nietig.

Artikel IV

Dit artikel bevat de samenloopbepaling van dit wetsvoorstel met het bij koninklijke boodschap van 21 januari 2019 ingediende voorstel van wet tot wijziging van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg in verband met het creëren van een bevoegdheid voor Onze Minister om een voorgedragen kwaliteitsstandaard vanwege financiële gevolgen niet in het

⁶⁵ Artikel 1.1.1, eerste lid, Wmo 2015.

⁶⁶ Artikel 4.2.5 Wmo 2015.

openbaar register op te nemen (financiële toetsing voorgedragen kwaliteitsstandaarden).⁶⁷ Met dat wetsvoorstel wordt in de Wkkgz een nieuwe paragraaf ingevoegd, beginnend met artikel 11a. Wanneer dat voorstel wet wordt, wordt het met dit wetsvoorstel nog in te voegen of reeds ingevoegde artikel 11a Wkkgz vernummerd tot artikel 11.0a Wkkgz.

Artikel V

Het tijdstip van inwerkingtreding van de wetswijziging zal bepaald worden overeenkomstig de vaste verandermomenten en de minimuminvoeringstermijn als bedoeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving.⁶⁸ Dit wil zeggen dat de wet ten minste twee maanden voor het tijdstip van inwerkingtreding wordt gepubliceerd en dat de wet per 1 januari of 1 juli in werking treedt.

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

⁶⁷ Kamerstukken I 2019/20, 35 124, A.

⁶⁸ Aanwijzing 4.17.