

Toezicht- en Handhaafbaarheidstoets tweede Nota van Wijziging Wet verplichte GGZ en Wet zorg en dwang

1 Aanleiding voor deze nota

Sinds 2015 voert de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) een Toezicht- en Handhaafbaarheidstoets (T&H-toets) uit op nieuwe wetgeving en wijzigingen van bestaande wetgeving die consequenties hebben voor het toezicht door de IGZ. In dat kader heeft u mij verzocht een T&H-toets uit te voeren op de door u opgestelde tweede Nota van Wijziging van het verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz). Deze Nota van wijziging wijzigt ook het wetsvoorstel zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijke gehandicapte cliënten (Wzd) en het wetsvoorstel forensische zorg (Wfz).

2 Samenvatting en conclusies

De IGZ komt op basis van de uitgevoerde T&H-toets tot de conclusie dat de voorgestelde wetswijzigingen vanuit het perspectief van toezicht en handhaafbaarheid bezwaren oplevert. Ik verneem graag uw reactie op de hieronder genoemde punten.

A. Reikwijdte van de Wvggz en de Wzd

De reikwijdte van de Wvggz en de Wzd is op een aantal punten dermate breed dat toezicht onuitvoerbaar is. Dit betreft de volgende punten:

De definitie van zorg in de Wvggz en in de Wzd

De opsomming van de zorgvormen in de definities van beide wetsvoorstellen (bejegening, verzorging, verpleging, behandeling, begeleiding, bescherming, beveiliging en verplichte zorg) is niet begrensd door de definitie van zorg in de Wlz of Zorgverzekeringswet. Onder deze brede reikwijdte vallen in ieder geval ook vormen van ondersteuning op grond van de Wmo 2015. De IGZ heeft echter geen toezichthoudende taak meer in de Wmo 2015 (op de meldpunten na), dit is bij de gemeenten belegd. Door een brede reikwijdte van de Wzd en de Wvggz te hanteren, en daarmee het toezicht op vrijheidsbeperking voor mensen die onder het Wmo-regime vallen weer bij de inspectie te plaatsen, is het onduidelijk waar de rol van de gemeente eindigt en waar de rol van de inspectie begint.

Weliswaar gaat het in de in de Wzd gehanteerde definitie van cliënt steeds om een persoon van wie is vastgesteld dat deze een psychogeriatrische aandoening of een verstandelijke handicap heeft, maar bij de opsomming van de diverse vormen van zorg in de definitie wordt niet aangesloten bij wetten waarin die zorgvormen beschreven worden. Voorheen werd in de definitie van zorg verwezen naar de AWBZ en daarmee werd de omvang van zorg afgekaderd. In de Wzd beschreven definitie van zorg zijn de Wlz of de Wmo 2015 niet genoemd als de begrenzing van die reikwijdte. Ook andere vormen van zorg, die niet aan een zorgwet gekoppeld zijn vallen onder de reikwijdte. Daardoor is elke vorm van bejegening en beveiliging van cliënten met een psychogeriatrische beperking/ verstandelijke handicap onder zorg geschaard. Bijvoorbeeld de bejegening door een caissière of de beveiliging door een beveiligiger.

Bij de WvGGZ ontbreekt deze begrenzing eveneens.

Dit betekent dat de reikwijdte zich in ieder geval ook tot bepaalde vormen van Wmo 2015-ondersteuning uitstrekt. Het (gemeentelijk) toezicht op de ondersteuning binnen de Wmo 2015 en het toezicht op vrijheidsbeperkende maatregelen is niet strikt te scheiden: het bieden van ondersteuning en de daaruit voortvloeiende interventies hangen onlosmakelijk met elkaar samen. Bij het toezicht op de toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen wordt ook altijd de feitelijke uitvoering van de ondersteuning en de kwaliteit daarvan beoordeeld.

Dit probleem speelt bijvoorbeeld ook bij de bepaling in artikel 50, lid 5, van de Wzd, waarbij betrokkenheid van de IGZ niet mogelijk is wanneer het een instelling onder Wmo 2015 regime betreft.

Daarbij is het zo dat een zorgaanbieder in de zin van de Wzd een instelling kan zijn en een solistisch werkende zorgverlener in de zin van de Wvkgz. Dit betekent een nog bredere reikwijdte (namelijk niet alleen instellingen, zoals in de Wvkgz, maar ook solistisch werkende zorgverleners).

In het licht van de gekozen systematiek in de Wmo 2015, ligt het voor de hand dat het toezicht op decentraal belegde zorg/ ondersteuning ook decentraal plaatsvindt. Alleen dan kan tot een geheel beeld van de kwaliteit van het geleverde aan een cliënt, inclusief de toepassing van verplichte/onzijwillige zorg plaatsvinden.

Naar de mening van de IGZ past het toezicht op de toepassing van hiervan wat betreft de Wmo 2015-ondersteuning bij de taak van de gemeenten het toezicht op de verplichte/onzijwillige zorg voor wat betreft de Wlz- en Zvw-zorg bij de IGZ.

Het doel van verplichte zorg artikel 3:4 onder e Wvkgz is niet duidelijk; toepasselijkheid Wgbo

De memorie van toelichting bij artikel 3:4, onder e, van de Wvkgz vermeldt dat een zorgmachtiging niet primair mag dienen om de fysieke gezondheid te herstellen. In de tekst van artikel 3:4 komt dit echter niet duidelijk naar voren. Hierdoor zijn verschillende interpretaties mogelijk, waardoor verplichte zorg zou kunnen worden verleend die alleen de verbetering van de fysieke gezondheid tot doel heeft, hetgeen volgens de memorie van toelichting juist niet de bedoeling is. Als de Wvkgz het doel van de verplichte zorg op dit punt duidelijker regelt, wordt de afbakening met de Wgbo (die uitzonderingsgronden stelt onder welke voorwaarden zorg zonder toestemming mag worden verleend). De Wzd regelt overigens wel expliciet de relatie met de Wgbo zodat hier duidelijk is welk regime van toepassing is en dus onder welke voorwaarden verplichte zorg om de fysieke gezondheid te herstellen, geleverd mag worden. De IGZ zou deze expliciete afbakening ook voor de Wvkgz willen zien.

B. Toezicht door IGZ, toezichtsbevoegdheden en handhavinginstrumenten

Onduidelijkheid in toepasselijkheid Awb op WvGGZ en Wzd

In de Wvkgz en de Wzd wordt de al dan niet toepasselijkheid van de Awb niet goed/niet consequent uitgewerkt.

In de Wzd wordt bijvoorbeeld in artikel 60, tweede en derde lid, uitgegaan van de toepasselijkheid van de Awb, maar in het vierde lid van artikel 60 is dat niet het geval. Artikel 74 van de Wzd regelt vervolgens dat de Wzd in de bijlage bij de Awb wordt opgenomen.

In de Wvvgz wordt in artikel 13:1, tweede, derde en vierde lid, uitgegaan van de niet-toepasselijkheid van de Awb, terwijl de Wvvgz zelf niet de algemene procedureregels van het opleggen van bijvoorbeeld een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom regelt.

De IGZ pleit voor eenduidige regeling in beide wetsvoorstellen van de toepasselijkheid van de Awb en alleen die delen niet van toepassing op de Awb te doen zijn, die een van de Awb afwijkend regime bevatten. De IGZ moet in ieder geval beschikken over de toezichtsbevoegdheden uit de Awb, hetgeen nu niet geborgd is. Uiteraard moeten de extra bevoegdheden, zoals het inzagerecht in medische dossiers en de registratie die zorgaanbieders voor toezicht bijhouden, geregeld blijven/worden in beide wetsvoorstellen.

De IGZ heeft enige tijd terug in de knelpunteninventarisatie wetgeving bepleit om de niet-medewerking aan de uitoefening van Awb-toezichtsbevoegdheden bestuursrechtelijk af te kunnen dwingen. De wettelijke regeling hiervan in de Wvvgz en de Wzd vindt via het traject van de bestuurlijke ruggensteun plaats.

Handhavingsinstrumenten in Wzd en Wvvgz niet adequaat geregeld

De toekenning van handhavingsinstrumenten is niet adequaat geregeld. Dit betreft met name de volgende belangrijkste redenen:

- De wetsbepaling voorziet in een rechterlijke toets van de overtreding, naast het handhavingsinstrument dat de IGZ tot haar beschikking heeft. Bijvoorbeeld artikel 8:18 van de Wvvgz.
- De wetsbepaling is onvoldoende duidelijk omdat het bepaalde op twee plaatsen in de wet verschillend is geregeld. Bijvoorbeeld artikel 8:8 van de Wvvgz (in relatie tot 5:12, vijfde lid, van de Wvvgz)
- Beboetbaarheid kan niet aan de orde zijn omdat er sprake is van een 'kan', 'in principe' of 'indien' bepaling in de wetsvoorstellen, waardoor het genoemde niet per definitie uitgevoerd hoeft te worden. Dit is bijvoorbeeld aan de orde in de artikelen 8:15, eerste lid en 8:17, vijfde, achtste en negende lid, van de Wvvgz.
- Een aantal bepalingen moet nog uitgewerkt worden in een amvb. Alleen als deze bepalingen voldoende concreet worden geformuleerd is een bestuurlijke boete op overtreding daarvan mogelijk. Bijvoorbeeld artikel 8:3 Wzd.
- De zorgaanbieder kan niet beboet worden als hij voor de uitvoering van een verplichting afhankelijk is van een andere partij die niet onder het toezicht van de IGZ valt. Bijvoorbeeld artikel 5:13, derde lid, van de Wvvgz.
- Er kan geen beboetbaarheid zijn op partijen waar de IGZ geen toezicht op heeft. Bijvoorbeeld de artikelen 8:29 en 10:2 van de Wvvgz.

De IGZ heeft met WJZ en CZ in 2014 gekeken of de handhavinginstrumenten die in het wetsvoorstel WvGGZ op overtreding van de verschillende bepalingen adequaat zijn. Daarbij keek zij of er meer en andere handhavinginstrumenten noodzakelijk zijn om naleving van de wet effectief te kunnen afdwingen. De IGZ heeft een voorstel gedaan aan WJZ en CZ. In september 2015 is dit ook voor de Wzd bekeken. De handhavinginstrumenten in de Wzd zijn zoveel mogelijk gelijk getrokken met die in de WvGGZ en vice versa, toch ziet de IGZ dat niet alle genoemde punten overgenomen zijn. De IGZ kan pas een definitief oordeel over de toegekende handhavinginstrumenten vellen, als de uitkomsten van de T en H-toets en de internetconsultatie zijn verwerkt en de amvb's in concept zijn opgesteld.

Eisen aan en toezicht op ambulante verplichte/onvrijwillige zorg

In de WvGGZ is in artikel 2:4 bepaald dat verplichte zorg anders dan die in een accommodatie aan een betrokkene wordt verleend alleen bepaalde vormen van verplichte zorg mogen betreffen en dat een amvb de voorwaarden waaronder die verplichte zorg mag worden verleend moet regelen. Eenzelfde bepaling is opgenomen in de Wzd (artikel 2a). De Wzd verbiedt bovendien om een cliënt die niet in een accommodatie is opgenomen onvrijwillige zorg te verlenen. Tevens kunnen op grond van de Wzd in de amvb "eisen gesteld worden aangaande wie die bepaalde vormen van zorg mag verlenen".

De IGZ benadrukt dat genoemde zorg niet eerder toegepast mag worden voordat de amvb tot stand is gekomen **en** de voorwaarden voor ambulante verplichte/onvrijwillige zorg door het veld in een richtlijn zijn uitgewerkt. Daarbij stelt de IGZ dat het in de WvGGZ ook mogelijk moet zijn om bij amvb kwaliteitseisen te stellen aan de zorgaanbieders *buiten* een accommodatie.

De IGZ kan pas toezicht houden op ambulante verplichte/onvrijwillige zorg, wanneer deze zaken gerealiseerd zijn.

Onduidelijkheid of deskundigheid/eisen aan solistisch werkende zorgverleners onder de Wzd voldoende geborgd zijn

De Wzd richt zich tot zorgaanbieders. Dit zijn zowel instellingen als solistisch werkende zorgverleners als bedoeld in de Wkkgz. Er is geen aparte definitie van zorgverlener meer, maar enkele artikelen spreken nog wel van "zorgverlener" (bijvoorbeeld artikel 60a van de Wzd). De IGZ maakt zich zorgen over de borging van de deskundigheid van een solist. Het is onduidelijk of een dergelijke solistisch werkende zorgverlener dan ook meteen ook zorgverantwoordelijke is of moet zijn, met de daaraan behorende kwaliteitseisen. De Wzd regelt immers dat een zorgaanbieder voor elke cliënt een zorgverantwoordelijke moet aanwijzen. Een zorgverantwoordelijke is op grond van de Wzd een arts **of** een bij ministeriele regeling nader aan te wijzen categorie van deskundigen. Ook vindt de IGZ het van groot belang dat bij amvb op grond van artikel 2a, derde lid, van de Wzd eisen gesteld kunnen en gaan worden aan wie de onvrijwillige zorg buiten een accommodatie mogen verlenen.

De aanscherping van bovenstaande punten is noodzakelijk om toezicht op de deskundigheid van zorgaanbieders te kunnen realiseren.

Geen overgangsrecht vanuit perspectief van toezicht bezien

De Wzd noch de Wvvggz bevat in de overgangsbepalingen afdoende overgangsrecht vanuit het perspectief van de IGZ bezien. Bijvoorbeeld in artikel 76, tweede lid, van de Wzd is geregeld dat een deel van de Wet BOPZ van toepassing blijft totdat aan de Wzd is voldaan. De hoofdstukken van de Wet BOPZ die de IGZ aanwijst als toezichthouder en die de handhavinginstrumenten regelen blijven echter niet van toepassing. Ditzelfde geldt ook voor de Wvvggz. Zo kan zich de vraag voordoen hoe er moet worden omgegaan met een voornemen tot oplegging van een bestuurlijke boete, vlak voordat een bepaling uit een van de wetsvoorstellen van toepassing is.

C. Overig

Aan informatie ten behoeve van toezicht door IGZ moeten eisen gesteld worden.

In artikel 8:26 van de WvGGZ is de verplichting opgenomen voor zorgaanbieders om ten minste halfjaarlijks een overzicht te verstrekken aan de IGZ met daarin de verleende verplichte zorg (aard en frequentie) met daarbij een analyse van de verleende verplichte zorg.

In de Wzd is in artikel 18 een vergelijkbare verplichting opgenomen.

De IGZ vindt dat de wetsvoorstellen moeten regelen dat regels gesteld kunnen worden aan de inhoud van de analyse zodat de analyse voor het toezicht door de IGZ bruikbare (en ook uniforme) informatie bevat.

Voor de Wvvggz geldt daarnaast dat aanlevering via een derde partij mogelijk gemaakt moet worden. De IGZ adviseert dan ook om in artikel 8:26 WvGGZ respectievelijk 18 Wzd op te nemen dat bij amvb eisen gesteld worden aan de analyse van de zorgaanbieder en dat aanlevering ook via een derde partij (een TTP) mag geschieden.

Voor wat de verplichting om een registratie bij te houden, als bedoeld in artikel 8:25 van de Wvvggz, adviseert de IGZ om net als in artikel 17, tweede lid, van de Wzd op te nemen dat een amvb moet worden opgesteld waarin uitgewerkt is welke gegevens op welke wijze geregistreerd worden.

De IGZ kan geen bestuurlijke boete opleggen aan een accommodatie

De wetsvoorstellen spreken in een aantal artikelen (bijvoorbeeld artikel 34 van de Wzd) over 'de accommodatie'. De IGZ kan aan een accommodatie geen bestuurlijke boete opleggen. De betreffende bepalingen moeten zich richten tot de zorgaanbieder in plaats van de accommodatie.

Toetsing vooraf van zorgaanbieders die onvrijwillige/verplichte zorg verlenen ontbreekt

Onder het huidige regime van de Wet BOPZ mogen onvrijwillige opnemingen alleen plaatsvinden in instellingen met een BOPZ-aanmerking. De IGZ toetst ten behoeve van de al dan niet verlening hiervan of de instelling aan bepaalde eisen voldoet. Dit systeem wordt verlaten met de WvGGZ. De Wzd kent ook geen toetsing vooraf. Ook voor de gesloten jeugdzorg is er onder de nieuwe wetgeving geen inhoudelijke toets vooraf of de instelling wel in staat is kinderen op een verantwoorde wijze tegen hun wil op te sluiten en te behandelen.

Voor zorgaanbieders die gebruik maken van een accommodatie geldt alleen een registratieverplichting. Bij amvb kunnen wel bouwkundige eisen worden gesteld aan de

accommodatie, maar een toets vooraf door de IGZ zoals deze nu plaatsvindt, is niet meer aan de orde.

De IGZ staat de volgende uitgangspunten voor, voor het stellen van eisen aan zorgaanbieders die onvrijwillige/verplichte zorg verlenen:

1. Voor zowel zorgaanbieders met een accommodatie, maar ook zorgaanbieders zonder accommodatie (als dit bij amvb mogelijk is gemaakt) geldt de eis voor opname in een register;
2. Minimaal is vooraf een melding van zorgaanbieders en daarna toetsing door het CIBG nodig zoals deze na inwerkingtreding van de voorgenomen wijziging van de WTZi moet gaan plaatsvinden;
- 3a. De IGZ vindt dat aanvullend toetsing vooraf ter plaatse door de betreffende toezichthouder (IGZ dan wel de gemeente) op kwaliteitscriteria noodzakelijk is (zorgaanbieders met of zonder accommodatie), een vergelijkbaar systeem zou ook voor de gesloten jeugdzorg moeten gelden.
- 3b. Indien het een accommodatie betreft, vindt ook toetsing op de bouwkundige eisen zoals opgenomen in de amvb onder beide wetsvoorstellen plaats.

Eisen aan ruimten waarin insluiting kan plaatsvinden

Met de WvGGZ wordt het mogelijk dat betrokkenen in elke willekeurige ruimte ingesloten kunnen worden. Nu wordt toegewerkt naar het gebruik van extra beveiligde kamers (EBK's, in plaats van de klassieke separeerruimten) en het streven is zelfs om deze zo min mogelijk te gebruiken. Vanuit de zorg voor kwetsbare groepen vindt de IGZ het van groot belang dat via een amvb op grond van artikel 8:6 van de WvGGZ eisen gesteld worden aan de ruimten waarin ingesloten mag worden. Ook ten aanzien van insluiting op grond van de Wzd acht de IGZ het van belang dat op grond van artikel 20, tweede lid, expliciet wordt bepaald dat bij amvb nadere eisen gesteld kunnen worden en dat deze ook daadwerkelijk tot stand gebracht worden.

Huisregels moeten verplicht zijn

Op dit moment is in beide wetsvoorstellen het hebben van huisregels niet verplicht gesteld, maar het verstrekken (indien er huisregels zijn) aan betrokkene/de cliënt/vertegenwoordiger is wel verplicht. Dit is een vreemde constructie. Wanneer de regels niet verstrekt worden aan de betrokkene/cliënt/vertegenwoordiger kan de IGZ optreden, maar wanneer er geen regels opgesteld zijn (hetgeen wellicht een nog slechtere situatie is), kan de IGZ geen maatregelen nemen. Dit moet aangepast worden, zodat ook het hebben van huisregels een verplichting is.

Daarnaast is de regeling in artikel 8.15 lid 2 van de WvGGZ over de huisregels uitgebreid ten opzichte van die in de Wet BOPZ. Het gaat in de WvGGZ niet alleen om regels die nodig zijn om een ordelijke gang van zaken in de accommodatie te regelen, maar ook regels ten behoeve van het pedagogisch klimaat. Door het toevoegen van de verder ongedefinieerde term 'pedagogisch klimaat' zou een zorgaanbieder op basis van de huisregels verplichte zorg kunnen toepassen, die buiten de wettelijke mogelijkheden valt. Dit is een onwenselijke situatie, die volgens de IGZ verholpen kan worden door het pedagogisch klimaat niet als term op te nemen in dit lid, zoals ook in de Wzd beschreven.

IGZ kent geen ambtsgebieden meer

In een aantal bepalingen (zie bijvoorbeeld artikel 42, sub e, van de Wzd) wordt vermeld: 'de inspecteur in wier ambtsgebied...'. Omdat de IGZ een landelijk werkende organisatie is geworden moet deze formulering gewijzigd worden.

Nog op te stellen AMVB's en ministeriele regelingen met betrokkenheid van IGZ

Beide wetsvoorstellen regelen dat ten aanzien van diverse onderdelen amvb's en regelingen kunnen of moeten worden opgesteld. De IGZ doet het verzoek bij de (eventuele) totstandkoming betrokken te worden en vervolgens overeenkomstig artikel 5, eerste lid, van het Besluit taakuitoefening IGZ een TenH-toets te doen op de ontwerp-amvb's en - regelingen.

Inconsistenties in en tussen wetsvoorstellen Wzd en Wvvgz

- Bij het bestuderen van de wetsvoorstellen stuitte de IGZ op bepalingen die onderling verschillend zijn, ogenschijnlijk niet logisch, consequent, verklaarbaar of mogelijke verschrijvingen zijn. Daarnaast zijn sommige definities onduidelijk of heel breed. Enkele voorbeelden (niet uitputtend): Artikel 1:2 van de Wvvgz verschilt ten opzichte van artikel 20 van de Wzd: "die gebruik maakt van een accommodatie", versus "die in een accommodatie opname en verblijft aanbiedt".
- Het regime voor verzet verschilt tussen beide wetten. In artikel 2 van de Wzd wordt alleen verzet van de cliënt gehonoreerd, terwijl in artikel 1:4, lid 5, sub b van de Wvvgz ook verzet van de vertegenwoordiger wordt geregeld.
- In artikel 9:5 van de Wvvgz wordt nog gesproken over 'patiënt' terwijl de wet verder steeds spreekt over "betrokkene".
- In artikel 1:1, tweede lid, sub c, van de Wvvgz zijn "hinderlijk gedrag" en "agressie" niet gedefinieerd. Dit kan té breed worden uitgelegd, wat gevolgen heeft voor de invulling van de essentiële term 'ernstig nadeel'.
- In artikel 2:1, zesde lid, van de Wvvgz wordt het wils(on)bekwaam verzet onduidelijk geregeld waardoor toetsing op correcte uitvoering van deze bepaling niet mogelijk is. Daarnaast wordt in artikel 3:4, sub c en d, van de Wvvgz geen link gelegd naar sub a en/of b van dat artikel waardoor ook die definitie te breed kan worden uitgelegd.

3 Financiële consequenties en consequenties voor de taakbelasting van IGZ

De tweede nota van wijziging zoals deze voorligt zal de werklust van IGZ vergroten, onder meer door de verbreding van de reikwijdte van de wetsvoorstellen. Ook de uitwerking van diverse onderdelen van de wetsvoorstellen kan ertoe leiden dat de werklust van de IGZ vergroot wordt. Omdat de mate van wijziging van de wetsvoorstellen na de uitkomsten van de TenH-toets en de internetconsultatie niet duidelijk is, kan de IGZ nog geen precieze inschatting maken van de consequenties van de wetsvoorstellen voor de taakbelasting van de IGZ. De IGZ zal zo nodig (her)prioriteren. De IGZ kan pas een definitief oordeel over de consequenties voor de taakbelasting van de IGZ vellen als in de wetsteksten de uitkomsten uit de TenH-toets en de internetconsultatie zijn verwerkt en de amvb's in concept zijn opgesteld. Het bovenstaande geldt ook voor de financiële consequenties.

4 Belangrijkste punten van informatie

Met de T&H-toets wordt op uniforme en gestructureerde wijze getoetst wat de gevolgen van de wetgeving voor het toezicht en de handhaafbaarheid zijn. De T&H-toets is het formele sluitstuk van de afstemming tussen IGZ en beleid over de gevolgen van nieuwe wetgeving voor IGZ.

De IGZ ziet echter voor haar toezicht nog een groot aantal knelpunten die naar haar mening eerst opgelost moeten worden.

dr. J.A.A.M. van Diemen-Steenvoorde

Inspecteur-generaal