

Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport

Aan: 5.1.2e

Betreft: Archivering LCH

memo

Context – uit memo 'Vormgeving LCH' dd 11 mei 2020.

De status van LCH is op z'n minst onduidelijk. Hoewel heel wat externe partijen menen dat het LCH hulpmiddelen inkoop en distribueert en aan het LCH opdrachten of zelfs subsidies kunnen worden verleend, is het LCH geen rechtspersoon en in feite een vrij ongeregeld samenwerkingsverband van vele betrokken partijen, die uiteindelijk direct of indirect voor rekening en risico van VWS handelen. Afgezien van de genoemde door een groot aantal individuen ondertekende bijlage bij het convenant, is er geen overkoepelende contractuele afspraak tussen alle partijen. Een flink deel van de contracten wordt formeel aangegaan door Mediq – een groot Nederlands bedrijf dat medische hulpmiddelen levert aan instellingen en particulieren, waar VWS een overeenkomst mee heeft. Mediq heeft een volmacht om dergelijke overeenkomsten namens VWS/de Staat aan te gaan. Mediq is daarmee een 'vooruitgeschoven post' vanuit het LCH. Sommige overeenkomsten die in het kader van of met behulp van het LCH tot stand komen, worden echter uiteindelijk door VWS zelf ondertekend, met name als de hulpmiddelen geleverd worden aan instellingen waar Mediq normaliter geen cliëntrelatie mee heeft.

De huidige constructie kan het beste getypeerd worden als publiek-private samenwerking (PPS), hoewel dit nog niet formeel uitgewerkt is.

Vraag

Valt de informatie die het LCH ontvangt, maakt en verstuurd onder de reikwijdte van de Archiefwet of niet?

Redeneerlijn

Het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft een Landelijk Consortium Hulpmiddelen (LCH) opgericht. In het consortium werken partijen zonder winstoogmerk samen onder regie van het Ministerie van VWS. **Als deze redeneerlijn klopt, dan geldt naar mening van Doxis onderstaande. Mocht de redeneerlijn anders worden, dan moet onderstaande opnieuw tegen het licht gehouden worden.**

Theoretisch

Bestuurlijk verantwoordelijk = zorgdragerschap

VWS is bestuurlijk verantwoordelijk voor het handelen van het LCH (zie memo Vormgeving LCH). Bestuurlijk verantwoordelijk zijn betekent dat alle informatie onder de reikwijdte van de Archiefwet 1995 valt. Immers bestuurlijk verantwoordelijk betekent zorgdragerschap.

Achtergrond

Artikel 1. Archiefwet:

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

Sub b. overheidsorgaan:

- 1°. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- 2°. een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed;

De Archiefwet 1995 geldt voor alle organen van de Nederlandse overheid. Het begrip 'overheidsorgaan' uit de wet is ontleend aan het begrip 'bestuursorgaan' in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Toch is het begrip 'overheidsorgaan' ruimer dan het begrip 'bestuursorgaan'. Er zijn twee categorieën overheidsorganen:

1. Organen van een rechtspersoon, die ingesteld zijn volgens het publiekrecht. Hiertoe behoren de organen van het Rijk (ministeries, Hoge Colleges van Staat, Kabinet der Koning), de provincies, de gemeenten, de waterschappen, zelfstandige bestuursorganen met een publiekrechtelijke rechtsvorm (ZBO's) en organen van publiekrechtelijke bedrijfs- en beroepsorganisaties (PBO-organen).
2. Een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. Het gaat hier om privaatrechtelijke rechtspersonen en natuurlijke personen die bekleed zijn met enig openbaar gezag. Het begrip enig openbaar gezag houdt in dat men volgens wettelijk voorschrift eenzijdig kan ingrijpen in de rechtspositie van natuurlijke personen of rechtspersonen. Onder deze tweede categorie vallen onder meer particuliere instellingen zoals bv's, nv's en stichtingen. Zij hebben bij wet bepaalde bevoegdheden gekregen, zoals het verrichten van keuringen, het verstrekken van vergunningen of uitkeringen. Deze categorie valt alleen onder de Archiefwet 1995 voor hun archieven die gaan over de taak van 'openbaar gezag'.

Sub d. zorgdrager:

degene die bij of krachtens de wet belast is met de zorg voor de archiefbescheiden;

Algemeen aanvaard is dat offertes, facturen etc. van een door of in naam van een overheidsorgaan gedane betalingen/ontvangen betalingen archiefstukken zijn. Onderliggende stukken aan deze betalingen (e-mails, concept offertes en correspondentie over betalingen) dienen tevens onderdeel uit te maken van een inkoopdossier als bewijs voor gedane of ontvangen betalingen. Voor alle betalingen die in naam van VWS gedaan worden, valt de informatie van het LCH derhalve zeker onder de reikwijdte van de Archiefwet.

Mogelijk zijn op het LCH de Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten (ARVODI) van toepassing. Deze stellen dat bij uitbesteding van taken door het Rijk het archief na afloop van de werkzaamheden moet worden overgedragen aan het ministerie.

Art 13.4 ARVODI

Na beëindiging van de Overeenkomst stelt Opdrachtnemer gegevens die hij in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst onder zich heeft op eerste verzoek van Opdrachtgever onverwijld aan Opdrachtgever ter beschikking, met uitzondering van die gegevens die Opdrachtnemer op grond van wet- en/of regelgeving en/of de op Opdrachtnemer toepasselijke en algemeen aanvaarde beroepsregels onder zich dient te houden.

Inlichtingen bij

5.1.2e

5.1.2e

corona VWS

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

corona VWS

5.1.2e

Datum

15 mei 2020

Aantal pagina's

3

Praktisch

PPS zijn bekend bij bijvoorbeeld Rijkswaterstaat (RWS). RWS stelde zich op het standpunt dat alle informatie die een aannemer op grond van een DBFM¹ contract maakt niet onder de reikwijdte van de Archiefwet valt. Hier waren geen juridische afspraken over gemaakt. Toen RWS van een aannemer tekeningen wilde van een constructie moest hiervoor betaald worden door RWS.

RWS heeft nu de lijn dat in PPS contracten is opgenomen dat alle informatie gemaakt /ontvangen/ verzonden door de private partij in kopie ter beschikking gesteld moet worden aan RWS (en daar gearchiveerd wordt). Een dergelijke lijn lijkt voor VWS zeer aan te raden gezien het politieke risico.

Politiek

Het is onzeker of VWS voldoende informatie heeft om aan zijn verantwoordingsplicht te voldoen (zie memo Vormgeving LCH). Zeker is dat aan het LCH verbonden partijen deze informatie wel bezitten en deze informatie voor een deel ook actief delen in/ met de media (denk aan het artikel in de Volkskrant van 2 mei 2020). Voor VWS is het politiek beter om alle informatie zelf inzichtelijk te hebben en zo te verantwoorden dat de door haar gemaakte keuzes in de context van de tijd legitiem waren, in plaats van een informatie achterstand te hebben ten opzichte van media en aan LCH verbonden partijen en individuen.

Advies

Theoretisch gezien lijkt er sprake van te zijn dat LCH een overheidsorgaan is en VWS bestuurlijk verantwoordelijk is voor het handelen van het LCH. Derhalve dient de informatie van het LCH beschouwd te worden als vallend onder de reikwijdte van de Archiefwet. Hiervoor dienen passende maatregelen genomen te worden. De stand van zaken bij het LCH en de genoemde risico's versterken de noodzaak tot archiveren.

Inlichtingen bij

5.1.2e

5.1.2e

corona VWS

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

corona VWS

5.1.2e

Datum

15 mei 2020

Aantal pagina's

3

¹ De contractvorm DBFM is een bijzondere vorm van een PPS (publieke/ private samenwerking) waarbij de opdrachtnemer geen product oplevert, maar een dienst. <https://www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/zakendoen-met-rijkswaterstaat/werkwijzen/werkwijze-in-gww/contracten-gww/dbfm.aspx>