



Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

Afdeling openbaarheid van bestuur

18 januari 2021

ADVIES 2021-10

met betrekking tot de weigering om toegang te verlenen tot het advies van het adviescomité dat de IMC Volksgezondheid ondersteunt met betrekking tot de analyse van de aankoopdossiers van vaccins en tot het afgesloten contract met Johnson & Johnson

(CTB/2020/7)

1. Een overzicht

1.1. Bij brief van 29 oktober 2020 vragen mevrouw X en de heer Y, namens Test-Aankoop vzw aan het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) om toegang te krijgen tot het advies van het adviescomité dat de Interministeriële Conferentie (IMC) Volksgezondheid ondersteunt met betrekking tot de analyse van de aankoopdossiers die betrekking hebben op het contract tussen de EU Commissie en Johnson & Johnson. Bovendien vragen zij het contract in kwestie waarover het advies gegeven werd. Test-Aankoop vzw voert aan dat er een duidelijk publiek belang is om deze documenten openbaar te maken. Volgens haar hebben burgers het recht om op de hoogte te zijn over de inhoud van de onderhandelingen en contracten die worden afgesloten met farmaceutische firma's voor de levering van vaccins tegen COVID-19. Deze afspraken worden immers in naam van de burgers gemaakt en er worden Europees miljarden euro's aan overheidsgeld uitgegeven voor de ontwikkeling en productie van vaccins. Test-Aankoop vzw stelt ook dat de geheimzinnigheid rond de onderhandelingen en afspraken het vertrouwen van de bevolking in de aanpak van de COVID-19 pandemie ondermijnen. Dit kan er zelfs toe leiden dat burgers geen vertrouwen hebben in de werkzaamheid en veiligheid van toekomstige vaccins, en zich niet zullen laten vaccineren.

1.2. Bij brief van 13 november 2020 weigert het FAGG de toegang tot de gevraagde documenten en voert volgende argumentatie aan:

“Op grond van artikel 6, § 1, 3°, (i.e. de federale internationale betrekkingen van België) van de vermelde wet van 11 april 1994, kan u echter geen afschrift van de gevraagde documenten worden bezorgd.

De Europese Unie financiert een deel van de kosten van de aankoop van de vaccins. Aldus, hebben deze aankoopcontracten, en dus ook het contract afgesloten tussen de Europese Commissie en Johnson & Johnson, een impact op de Europese Begroting. Bijgevolg geldt Verordening 2018/1046 van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie. Artikel 61 van deze Verordening stelt uitdrukkelijk dat nationale autoriteiten zich van elk belangenconflict dienen te vrijwaren.

Teneinde aan deze verplichting te voldoen, heeft elkeen betrokken bij deze aankoopdossiers een belangenconflict- en vertrouwelijkheidsverklaring, opgesteld door de Europese Commissie, ondertekend.

Gelet op bovenstaande, zal de mededeling van het contract, alsook van het door het adviescomité verleende advies, de belangen van België als lidstaat in dit kader zodanig ondermijnen en bij uitbreiding de onderhandelingspositie van de Europese Commissie bij andere nog lopende onderhandelingen. Deze documenten kunnen op grond hiervan dan ook niet worden overgemaakt.

In overeenstemming met artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1049 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, een Verordening die overigens rechtstreeks van toepassing is in de Belgische rechtsorde, maak ik uw verzoek tot inzage over aan de Europese Commissie.”

1.3. Bij brief van 24 december 2020 verzoekt meester Herman Croux, namens Test-Aankoop vzw, dat het FAGG haar weigeringsbeslissing zou heroverwegen. Het voorwerp van de vraag om toegang wordt als volgt omschreven:

- het advies van het adviescomité dat de Interministeriële Conferentie (IMC) Volksgezondheid ondersteunt aangaande het sluiten van een contract met Johnson & Johnson;
- het contract waarover het advies werd gegeven.

1.4. Bij brief van dezelfde dag vraagt hij de Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, afdeling openbaarheid van bestuur, hierna Commissie genaamd, om een advies.

2. De ontvankelijkheid van de aanvraag

De Commissie is van oordeel dat het verzoek om advies ontvankelijk is. De aanvrager heeft immers voldaan aan de wettelijke vereiste vermeld in artikel 8, § 2 van de wet van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ (hierna: wet van 11 april 1994, om tegelijkertijd zijn verzoek tot heroverweging aan FAGG en zijn verzoek om een advies aan de Commissie in te dienen.

3. De gegrondheid van de adviesaanvraag

Artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 huldigen principieel het recht van toegang tot alle bestuursdocumenten. De toegang tot bestuursdocumenten kan slechts worden geweigerd wanneer één of meer uitzonderingsgronden kunnen of moeten worden ingeroepen die zich bevinden in artikel 6 van de wet van 11 april 1994 en dit inroepen *in concreto* en op pertinente wijze kan worden gemotiveerd. Slechts uitzonderingsgronden die bij wet zijn voorzien kunnen worden ingeroepen en bovendien geldt dat ze beperkend moeten worden geïnterpreteerd (Arbitragehof, arrest nr. 17/97 van 25 maart 1997, overweging B.2.1 en 2.2 en Arbitragehof; arrest nr. 150/2004 van 15 september 2004, overweging B.3.2 en Grondwettelijk Hof, arrest nr. 169/2013 van 19 december 2013).

De Commissie stelt vast dat het FAGG artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 inroept om de openbaarmaking te weigeren. Dit artikel luidt als volgt: “Een federale of niet-federale administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument af, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen: 3° de federale internationale betrekkingen van België”. Deze uitzonderingsgrond kan niet zonder meer worden ingeroepen en is onderworpen aan twee voorwaarden. In de eerste plaats moet *in concreto* worden aangetoond dat de openbaarmaking effectief schade toebrengt aan de federale internationale betrekkingen van België. Daarnaast moet een belangenafweging plaatsvinden waarbij blijkt dat het algemeen belang dat gediend is met de openbaarmaking niet zwaarder weegt dan het beschermde belang, *in casu* de federale internationale betrekkingen van België. Zoals de Commissie al in heel wat adviezen heeft opgemerkt en nog recent door de Raad van State is bevestigd (RvS, arrest nr. 247.694 van 2 juni 2020), moet deze uitzonderingsgrond in het licht van de toekenning van het grondrecht vervat in artikel 32 van de Grondwet, beperkend worden geïnterpreteerd.

In dit kader verwijst het FAGG naar artikel 61 van Verordening 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013,

(EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en Besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van Verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 dat als titel draagt “Belangenconflict” en als volgt luidt:

“1. Financiële actoren in de zin van hoofdstuk 4 van deze titel en andere personen, daaronder begrepen nationale autoriteiten op alle niveaus, die bij de uitvoering van de begroting onder direct, indirect en gedeeld beheer, met inbegrip van voorbereidende handelingen op dit gebied, de audit of de controle betrokken zijn, verrichten geen handelingen waarbij hun eigen belangen in conflict kunnen komen met die van de Unie. Zij nemen ook passende maatregelen om te voorkomen dat een belangenconflict ontstaat in de functies onder hun verantwoordelijkheid en om situaties te verhelpen die objectief als belangenconflict kunnen worden beschouwd.

2. Indien er een risico bestaat op een belangenconflict waarbij een personeelslid van een nationale autoriteit betrokken is, brengt de betrokken persoon deze zaak ter kennis van zijn hiërarchieke meerdere. Indien een dergelijk risico bestaat voor aan het statuut onderworpen personeel brengt de betrokken persoon deze zaak ter kennis van de bevoegde gedelegeerde ordonnateur. De bevoegde hiërarchieke meerdere of de verantwoordelijk gedelegeerde ordonnateur bevestigt schriftelijk of er sprake is van een belangenconflict. Indien een belangenconflict wordt vastgesteld, zorgt het tot aanstelling bevoegde gezag of de bevoegde nationale autoriteit ervoor dat de betrokken persoon al zijn activiteiten in verband met de zaak beëindigt. De betrokken gedelegeerde ordonnateur of de betrokken nationale autoriteit zorgt ervoor dat de nodige verdere maatregelen worden genomen in overeenstemming met de toepasselijke wetgeving.

3. Voor de toepassing van lid 1 doet een belangenconflict zich voor wanneer de onpartijdige en objectieve uitoefening van de functies van de in lid 1 bedoelde financiële actor of andere persoon in gevaar wordt gebracht als gevolg van familiebanden, persoonlijke relaties, politieke gezindheid of nationaliteit, economische belangen of elk ander direct of indirect persoonlijk belang.”

Deze bepaling dient te worden gelezen in het licht van overweging 104 van de verordening die het volgende stelt:

“De verschillende situaties die doorgaans als ’belangenconflict’ worden aangeduid, moeten in kaart worden gebracht en verschillend worden behandeld. Het begrip ’belangenconflict’ mag uitsluitend worden gebruikt indien een persoon of entiteit met bevoegdheden voor de uitvoering van de begroting, of van audit- of controlewerkzaamheden, of een ambtenaar of een personeelslid van een instelling van de Unie of van nationale autoriteiten van ongeacht welk niveau, zich in die situatie bevindt. Pogingen om een gunningsprocedure onrechtmatig te beïnvloeden of vertrouwelijke informatie te verkrijgen moeten worden behandeld als ernstige beroepsfouten die kunnen leiden tot afwijzing in een gunningsprocedure en/of uitsluiting van de toegang tot middelen van de Unie. Daarnaast kunnen ondernemers zich in een situatie bevinden waarin zij wegens een conflicterend belang op beroepsvlak niet voor de uitvoering van een overeenkomst gekozen mogen worden. Zo mag een bedrijf geen project evalueren waaraan het zelf heeft deelgenomen en mag een controleur niet in de positie verkeren dat hij rekeningen controleert die hij eerder zelf heeft gecertificeerd.”

Volgens de Commissie maakt het FAGG onvoldoende *in concreto* duidelijk hoe deze bepaling die erop gericht is om belangenconflicten te vermijden op zich de geheimhouding van de gevraagde contracten kan verantwoorden.

Dat België in het kader van het vermijden van belangenconflicten ook een confidentialiteitsverklaring heeft ondertekend, is evenmin op zich een voldoende verantwoording om de (grond)wettelijk beschermde openbaarmaking af te wijzen. Er kan immers niet bij een contractuele geheimhoudingsbepaling afstand worden gedaan van de fundamentele rechten en vrijheden die de Belgische Grondwetgever aan de burgers heeft toegekend. Een confidentialiteitsverklaring kan enkel worden ingeroepen voor zover het een concreet argument kan zijn voor een bij de wet van 11 april 1994 bepaalde uitzonderingsgrond en voor zover voldoende is aangetoond dat *in casu* afbreuk zou worden gedaan aan de internationale relaties van België. Zelfs als *in concreto* wordt aangetoond dat daardoor de internationale relaties van België zouden worden geschonden, dan is dit nog niet voldoende om de openbaarmaking te weigeren. Er moet immers nog *in concreto* een belangenafweging plaats vinden tussen enerzijds het belang dat gediend is met de openbaarmaking die te dezen sterk aanwezig

is en, anderzijds, het belang dat gediend is met de bescherming met de internationale relaties van België. De Commissie wenst verder erop de wijzen dat een confidentialiteitsverklaring in het kader van de wet van 11 april 1994 niet kan worden ingeroepen wanneer ze rust op personeelsleden van het FAGG of personen die betrokken zijn bij de advisering van het FAGG als deze geen betrekking heeft op de instelling zelf waarvoor zij opdrachten vervullen. Een vraag tot openbaarmaking richt zich immers tot een federale administratieve overheid en staat los van het feit dat bepaalde personeelsleden van een federale administratieve overheid onder een (te dezen, contractuele,) geheimhoudingsplicht vallen. Geheimhoudingsverplichtingen in hoofde van personeelsleden verhinderen dat individuele personeelsleden informatie zouden vrijgeven, maar verhinderen nog niet dat een federale administratieve overheid de betrokken bestuursdocumenten openbaar maakt als zij geen uitzonderingsgronden vermeld in de wet van 11 april 1994 kan invoeren en het invoeren ervan behoorlijk *in concreto* motiveert.

Uit wat voorafgaat volgt derhalve dat artikel 6, § 1, 3°, van de wet van 11 april 1994 geen grondslag kan vormen om aan een bestuurde de inzage van documenten te weigeren tenzij het beroep op die bepaling concreet wordt verantwoord met verwijzing naar de concrete gegevens van de zaak. Dit is nu onvoldoende het geval. Het FAGG dient met concrete elementen in de gevraagde documenten duidelijk te maken dat de federale internationale betrekking van België zouden worden aangetast en dat het belang van de openbaarmaking niet zwaarder weegt.

Tot slot, wijst de Commissie het FAGG er op dat de procedure om tot een beslissing te komen niet correct tot stand is gekomen. Het FAGG blijkt zich immers te beroepen op artikel 5 van verordening 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 ‘inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie’ om het verzoek om toegang door te verwijzen aan de Europese Commissie. Het genoemde artikel 5 stelt het volgende: “Wordt van een lidstaat een document gevraagd dat hij in zijn bezit heeft en dat van een instelling afkomstig is, dan raadpleegt hij de betrokken instelling, om een besluit te kunnen nemen waardoor het doel van deze verordening niet in gevaar komt – tenzij het duidelijk is dat het document wel of niet wordt vrijgegeven. De lidstaat kan het verzoek ook doorgeleiden aan de betrokken instelling”.

Overweging 15 van deze verordening geeft bij deze bepaling volgende toelichting: “Deze verordening heeft weliswaar noch tot doel noch tot gevolg de nationale wetgevingen ter zake van toegang tot documenten te wijzigen, maar het spreekt vanzelf dat de lidstaten, gelet op het beginsel van loyale samenwerking dat hun betrekkingen met de instellingen regelt, erop zullen toezien dat aan de goede toepassing van deze verordening geen afbreuk wordt gedaan en dat de veiligheidsregels van de instellingen worden geëerbiedigd.” Hieruit blijkt dat de eerste afweging die het FAGG had moeten maken was of ze twijfels had over de openbaarmaking van de gevraagde documenten. Oordeelde het agentschap dat het duidelijk was dat de gevraagde documenten niet konden worden vrijgegeven, dan diende het te beslissen om de openbaarmaking te weigeren met een behoorlijke motivering *in concreto* van de uitzonderingsgrond(en) in het nationale recht dat de toegang tot bestuursdocumenten organiseert. Oordeelde het FAGG daarentegen dat het duidelijk was dat de gevraagde documenten konden worden vrijgegeven, dan kon het besluiten tot de openbaarmaking. Had het FAGG evenwel twijfels of de gevraagde bestuursdocumenten konden worden openbaar gemaakt, dan voorziet verordening 1049/2001 twee situaties: *ofwel* vindt er een raadpleging plaats van de betrokken Europese instelling van wie de documenten afkomstig zijn, *ofwel* kan de betrokken nationale autoriteit het verzoek doorverwijzen naar de betrokken Europese instelling. Welke van beide procedures wordt gevolgd, hangt af van het interne recht nu luidens overweging 15 van de verordening “[d]eze verordening weliswaar noch tot doel noch tot gevolg [heeft] de nationale wetgevingen ter zake van toegang tot documenten te wijzigen”. Het gebruik van de mogelijkheid om door te verwijzen naar de betrokken Europese instelling waarin de verordening voorziet, is bijgevolg afhankelijk van de mate waarin het recht van de (betrokken) lidstaten daarin voorziet. Naar Belgisch recht moet iedere federale administratieve overheid ongeacht van wie zij een document heeft verkregen, een beslissing nemen over een aanvraag om toegang tot dit bestuursdocument. Het feit dat een federale administratieve overheid over een bestuursdocument beschikt, heeft automatisch voor gevolg dat zij een beslissing dient te nemen over een verzoek om toegang tot de betrokken documenten afkomstig van een Europese instelling. Er kan enkel worden doorverwezen onder de voorwaarden van artikel 5, tweede lid van de wet van 11 april 1994, dit is het geval waarin de betrokken federale administratieve overheid niet in het bezit is van het gevraagde bestuursdocument. De in artikel 5 van verordening 1049/2001 voorziene verplichting (ingeval van twijfel over

het recht op toegang (*cf. supra*) is een door een hogere rechtsnorm voorgeschreven verplicht na te leven voorafgaande vormvereiste die moet in acht worden genomen alvorens de federale administratieve overheid uitspraak doet over het verzoek en waarvan in voorkomend geval blijkt moet kunnen worden gegeven dat het effectief is nageleefd. De raadpleging moet dus het definitieve beraadslagingsproces van de federale administratieve overheid voorafgaan die aangezien de verordening zelf niet wil raken aan het interne recht binnen de termijnen moet gebeuren die het interne recht voorziet voor de mededeling van de beslissing over een verzoek tot openbaarmaking. Daarbij kan het FAGG enkel de uitzonderingsgronden inroepen die in de wet van 11 april 1994 zijn opgenomen, niet deze die aanwezig zijn in verordening 1049/2001.

Het komt aan het FAGG toe om te onderzoeken of eventuele andere uitzonderingsgronden moeten of kunnen worden ingeroepen. De Commissie wenst erop te wijzen dat ook een andere toe te passen uitzonderingsgrond enkel kan worden ingeroepen voor zover dit inroepen *in concreto* behoorlijk wordt gemotiveerd en rekening wordt gehouden met de specifieke voorwaarden die voor het inroepen van die uitzonderingsgronden gelden. Voor zover het FAGG geen andere uitzonderingsgronden inroept of de ingeroepen uitzonderingsgrond vermeld in artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 niet behoorlijk in *concreto* motiveert, is het ertoe gehouden de gevraagde bestuursdocumenten openbaar te maken.

De Commissie wil benadrukken dat niet alle uitzonderingsgronden onderworpen zijn aan een belangenafweging. Dit geldt enkel voor de uitzonderingsgronden die aanwezig zijn in artikel 6, § 1 en § 3 van de wet van 11 april 1994. Voor zover moet worden overgegaan tot een belangenafweging stelt de Commissie te dezen vast, wat het door de (grond)wet beschermde belang van openbaarheid betreft, dat er een publiek debat is over alle maatregelen die de overheid neemt ten aanzien van COVID-19 omwille van de verregaande beperkingen op de fundamentele vrijheden, het belang van de volksgezondheid bij een brede vaccinatie, evenals omwille van de hoge kostprijs die de maatregelen met zich brengen.

De Commissie wenst het FAGG tot slot te wijzen op het principe van de gedeeltelijke openbaarmaking op grond waarvan slechts informatie die onder een uitzonderingsgrond valt aan de openbaarmaking kan worden onttrokken. Alle andere informatie in het bestuursdocument dient vooralsnog openbaar te worden gemaakt.

Brussel, 18 januari 2021.

F. SCHRAM
secretaris

K. LEUS
voorzitster