

Position Paper: Vaste Commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Rondetafelgesprek: 16 maart 2017 15.00-18.00. Onderwerp: Wetsvoorstel Regels tot Uitvoering van het antidopingbeleid en tot instelling van de Dopingautoriteit (Wet uitvoering antidopingbeleid, Kamerstukken 34 543), Schriftelijke bijdrage Prof. mr. Marjan Olfers: Hoogleraar Sport en Recht, Vrije Universiteit, Amsterdam

Uitgangspunt

1. Het gaat om het belang van de dopingbestrijding. Aangenomen wordt dat het gaat om het eerlijk verloop van de sportcompetitie en daarnaast om de noodzaak dat de gelijke kansen van de sporters, hun gezondheid, de integriteit en de objectiviteit van de competitie alsook de ethische waarden in de sport worden gewaarborgd.ⁱ
2. Aangezien wordt aangenomen dat dopingcontroles noodzakelijk zijn om te verzekeren dat het dopingverbod wordt nageleefd, moet de negatieve invloed die zij hebben op de handelingsvrijheid en de privacy van de sporters, worden geacht in beginsel noodzakelijk te zijn voor de bestrijding van doping. Daarbij dient het altijd te gaan om een beperking die niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is voor de dopingbestrijding (proportionaliteit).

Samenvatting

Naast het zeer kritische advies van de Raad van State plaats ik –aanvullend- een aantal kanttekeningen bij het wetsvoorstel en probeer antwoord te geven op uw vragen:

- Welke bijdrage levert het wetsvoorstel aan effectievere dopingbestrijding in Nederland?;
 - Het wetsvoorstel levert nauwelijks een effectievere bestrijding op. Het wetsvoorstel draagt slechts op het punt van de mogelijkheid van samenwerking met bijvoorbeeld de douane of inspectie voor de Gezondheidszorg bij aan een effectievere dopingbestrijding.
- Welke knelpunten zitten er nog in het wetsvoorstel en hoe lossen we die op. En Regelt deze wet nu alles wat geregeld moet worden?
 - Er is sprake van een overschatting van wat door middel van het wetsvoorstel uiteindelijk kan worden bereikt en verbeterd, zeker op het gebied van de bescherming van de privacy. Sporters krijgen bijvoorbeeld nog steeds te maken met “informal consent” als juridische grondslag en krijgen met andere anti-doping organisaties te maken dan de Nederlandse Dopingautoriteit.
 - Bovendien ontstaat een veelheid aan (nieuwe) knelpunten, waarvoor deze wet geen oplossing biedt -en in veel gevallen ook geen oplossing kan bieden- vanwege het geldende wereldwijde civielrechtelijk systeem (waaronder de WAD-code) dat via Verdragen een publiekrechtelijke borging heeft gekregen. De oplossing van de meeste problemen ligt op internationaal niveau.

Er blijven veel vragen onbeantwoord. Ik beveel aan het wetsvoorstel te heroverwegen en niet te besluiten tot de inrichting van een Zbo. Er is geen sprake van het uitvoeren van een overheidstaak, maar van een –zeer beperkte- (privaatrechtelijke) taak gericht op –een deel van- de topsport. Voor het oplossen van bestaande knelpunten, bijvoorbeeld op het gebied van de uitwisseling van

(gevoelige) gegevens kan gekeken worden naar de bestrijding van voetbalvandalisme, als het gaat om publiek-private samenwerking. Een onderbouwing treft u hieronder aan:

Reden voor het wetsvoorstel

1. Het dragende element van het wetsvoorstel zou moeten zijn het tegemoet komen aan de bezwaren van het College bescherming persoonsgegevens, dat zich daarbij baseert op een advies van de Artikel 29 Werkgroep (hierna: Werkgroep), dat bijvoorbeeld stelt dat:
 - a. de toestemming van de sporters –via lidmaatschap- geen wettelijke grondslag mag zijn voor de verwerking van hun persoonsgegevens. Immers van de vrijwillige toestemming van de sporter (het beginsel van “free and informed consent”ⁱⁱ) kan niet altijd kan worden uitgegaan, gezien de sancties die verbonden zijn aan weigering van de deelnemers om zich aan de verplichtingen van de code (mededeling van lokalisatiegegevens, dopingcontroles) te onderwerpen.ⁱⁱⁱ De Werkgroep heeft dit statement in een opinie (5/3/2013) naar aanleiding van de nieuwe WAD-code (2015) herhaald.^{iv} Immers, atleten geen keus. Zij moeten zich onderwerpen aan de regels, waaronder de anti-dopingregels, of de georganiseerde wedstrijdsport verlaten.
 - b. slechts relevante en noodzakelijke informatie (proportionaliteit) mag worden opgevraagd.
2. In de Kamerbrief van 1 december 2014 schrijft de minister “Ik onderschrijf ... dat toestemming door sporters in vrijheid gegeven moet worden alvorens zij als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens kan dienen. Het is mijn voornemen om de privacy van sporters die worden onderworpen aan dopingcontroles te waarborgen conform het standpunt van de Groep en daarom heb ik het reeds aangekondigde wetsvoorstel in voorbereiding”. In de Memorie van Toelichting geeft de huidige Minister aan dat wordt “onderkend dat de basis voor gegevensverwerking bij dopingcontroles een risico vormt en daarom versterking behoeft”.
3. Of de Werkgroep gelijk heeft? Op de vraag uit de Tweede Kamer of het huidig kader –waarbij geen wettelijke grondslag bestaat voor het uitvoeren van dopingcontroles en daaraan verbonden andere activiteiten- nu in strijd is met het recht, antwoordde de toenmalig Minister Klink, dat dit geenszins het geval is.^v
4. Het is –vanzelfsprekend- aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om de Europees rechtelijke bepalingen op het gebied van privacy te interpreteren. Ik merk daarbij op dat het Hof van Justitie EU het belang van dopingbestrijding al eerder bij de toepassing van het mededingingsrecht heeft erkend en daarnaast heeft aangegeven dat een beperking van de handelingsvrijheid hiertoe noodzakelijk is.^{vi} Een feit is dat de privacyregelgeving in al die jaren dat controles op ‘vrijwillige’ basis worden uitgevoerd nog nooit door het Hof van Justitie EU is getoetst. Hiermee zeg ik niet dat er in het geheel geen risico bestaat, maar dat er in de praktijk nog niemand is geweest die deze strijd is aangegaan.
5. Ofwel, de wet beoogd een eventueel risico op te lossen, dat door de overheid jarenlang niet als risico is gezien noch gevoeld, in al die jaren niet door het Hof van Justitie EU is getoetst, de uitkomst van een juridische procedure onzeker is, en ook niet in alle gevallen ‘een oplossing’ biedt.

Als het gebrek aan vrije wil het probleem is, dan lost dit wetsvoorstel het probleem niet althans onvolledig op

6. Daarbij merk ik op dat de WAD-code wereldwijd uniforme gelding heeft. Dit betekent dat volgens het regelgevend kader de vrije wil nog altijd wordt geacht te zijn gelegen in de onderwerping aan de civielrechtelijke dopingregels via een verenigingsrechtelijke binding. De Werkgroep richt –niet voor niets- dan ook de pijlen op de WAD-code. Deze Code heeft Nederland -langs publiekrechtelijke weg via het UNESCO Verdrag- overigens door ratificatie omarmd.^{vii}
7. We kunnen verder heel lang praten over de vraag of de sporter nu wel of niet specifieke toestemming heeft gegeven voor, onder meer, de verwerking van zijn persoonsgegevens.

Een feit is dat wanneer de sporter niet meewerkt aan controles, of anderszins in overtreding handelt met de WAD-code, uiteindelijk –altijd- (nationale wet of niet) het gevolg kan zijn dat de sporter wordt uitgesloten. De WAD-code en de WADA houden geen rekening met het nationale recht.

8. Bovendien wordt via de wet weliswaar een juridische grondslag gecreëerd voor de Dopingautoriteit maar niet voor de sportorganisaties. De sportorganisaties dienen het risico –van een onvoldoende juridische basis- voor bijvoorbeeld de verwerking van privacygevoelige gegevens (denk aan database tuchtzaken), wel ten volle te dragen. Deze basis ligt ‘gewoon’ in de toestemming via lidmaatschap.
9. Kortom: (Gevoelige) Persoonsgegevens van Nederlandse sporters zullen nog steeds op basis van toestemming worden verkregen, daarmee is de reden voor het wetsvoorstel niet overtuigend.

De Dopingautoriteit is niet de enige antidopingorganisatie in Nederland: er is geen monopolie

10. In de Memorie van Toelichting (par. 4) wordt ervan uitgegaan dat de Dopingautoriteit, de enige nationale antidoping-organisatie betreft. Dit is een onjuiste voorstelling van zaken. Nederlandse sporters kunnen in Nederland worden gecontroleerd door een andere organisatie dan de Nationale Dopingautoriteit, en dit gebeurt ook. Dergelijke organisaties vallen niet onder het bereik van het wetsvoorstel.
11. Nederlandse sporters kunnen ook in het buitenland ook worden gecontroleerd door een andere organisatie dan de Nederlandse Dopingautoriteit. Het behoeft geen betoog dat dit ook in landen kan geschieden waar niet zo nauw met de privacy wordt omgesprongen. Daarvoor biedt de Nederlandse wet –vanzelfsprekend- ook geen enkele bescherming.
12. Dit punt –de enige nationale anti-dopingorganisatie- gaat (ook) voorbij aan het feit dat ook sporten bestaan waarbij dieren zijn betrokken en de Dopingautoriteit daar thans geen bevoegdheden toekomt.

Werkelijke problemen?

13. De problemen liggen niet in eerste instantie in gebreken in het Nederlandse rechtssysteem maar in de WAD-code zelf. De problemen op het gebied van doping, liggen ook niet zozeer aan de eventuele onderkenning dat de basis voor gegevensverwerking bij dopingcontroles een risico vormt, maar:
 - a. de spanning met fundamentele rechtsbeginselen zoals het beginsel van proportionaliteit –ook op het terrein van privacy-, zie Werkgroep,
 - b. Sporters hebben in het systeem een achtergestelde positie als het komt tot besluitvorming op het gebied van de anti-dopingregels en het anti-dopingbeleid. Dit wordt met deze wet bestendigd.
 - c. de (niet-democratisch georganiseerde) WADA-organisatie die de regels ontwerpt;
 - d. de (on)betrouwbaarheid van (laboratoria in een) aantal landen, e.d. om te komen tot effectief antidopingbeleid,
 - e. en (opnieuw) bezwaren van de Werkgroep 29, nu ten aanzien van de nieuwe WAD-code, enz.
 - f. de zucht van autoriteiten om steeds groter te worden, steeds meer bevoegdheden naar zich toe te trekken. Tot het moment dat iedereen zich afvraagt, wie controleert de autoriteit?
14. Kortom: De aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende analyse van knelpunten en mogelijke oplossingen is onvolledig. De Nederlandse wet kan aan veel punten ook niet

tegemoet komen.

15. De behoefte aan samenwerking met publiekrechtelijke organisaties kan ook langs een andere weg worden gerealiseerd. Ook op het gebied van bijvoorbeeld de bestrijding van voetbalvandalisme wordt samengewerkt tussen overheidsorganisaties en sportorganisaties.

Nog een aantal opmerkingen

Hybride organisatie

16. Een hybride organisatie (publiek/privaat) gaat onlosmakelijk spanning opleveren op het gebied van legitimiteit en gezag, omdat ze zowel te maken krijgt met de overheid aan de ene kant en de sportorganisaties aan de andere kant.
17. Het publiek/private karakter leidt juridisch gezien tot een onduidelijke maar ook verwarrende situatie: naast elkaar bestaan immers twee systemen, met twee totaal verschillende invalshoeken en benaderingen. Dit leidt tot onduidelijkheid. Voorbeeld: Wordt een sporter aangewezen als een sporter behorend tot de topsportgroep, of geselecteerd of aangewezen voor een dopingcontrole, dan is dit een besluit in de zin van 1:3 Awb en daar staat dan ook de publiekrechtelijke bescherming tegenover. Een overtreding van de dopingregels wordt daarentegen geheel afgehandeld in het civiele recht. De publiek/private mengelmoes zorgt voor ruis.

Inhoudelijk valt er (zeer) veel op het wetsvoorstel af te dingen. Ik raak slechts enkele zaken.

18. Of doping voorbehouden is aan de sport is ook maar de vraag. Denk aan ballet- of dansscholen, of andere instanties die zich bezig houden met beweegactiviteiten. De overheid bemoeit zich dus met doping op een zeer, zeer beperkt terrein.^{viii}
19. Fitness-centra, aerobic centra, sportscholen, vallen buiten het bereik. Het behoeft geen betoog dat gebruik van doping ook bij deze sporters tot gezondheidsproblemen kan leiden. De bestrijding van doping is dus geen publiekrechtelijke taak, maar een privaatrechtelijke taak gericht eerst en vooral op –een deel van- de topsporters binnen de (wereldwijd) georganiseerde wedstrijdsport.
20. Ratio personae: Er bestaat onduidelijkheid over het gehanteerde begrippenkader in het voorstel. Over het begrip sport zijn al verschillende boeken verschenen, er bestaat geen eensluidend begrip sport. Het begrip topsportgroep is eveneens niet eenvoudig definieerbaar, en geen juridisch begrip met een vastomlijnd kader. Het huidige begrip is onjuist. Of topsporters vanwege het niveau van sportbeoefening een verhoogd risico lopen op overtreding van een dopingreglement, waag ik te betwijfelen. Recreatiesporters gebruiken doping, maar worden niet gecontroleerd.
21. Sommige van de huidige wettelijke regelingen geven de Dopingautoriteit veel speelruimte. Hoe ver de dopingautoriteit kan gaan op het gebied van intelligence & investigation-activiteiten blijft onduidelijk.

Waarschuwing

22. Autoriteiten hebben de neiging steeds groter te worden. Dit komt enerzijds door de autoriteit zelf, maar ook door de veelheid aan politieke wensen, waardoor taken en bevoegdheden alleen maar zullen toenemen. Ik waarschuw hiervoor. Uit lopend onderzoek blijkt dat het onverstandig is Dopingautoriteiten andere taken dan de nu bestaande taken toe te bedelen en zeker niet uit te breiden met zaken van een totaal andere aard, omvang, stakeholders, en de noodzaak tot het inrichten van een totaal ander systeem zoals match-

fixing of seksuele intimidatie. Het is goed dat het wetsvoorstel –op dit moment- deze ruimte niet biedt.

ⁱ Vergelijk de zaak Meca Medina HvJEU 18 juli 2006, Zaak C-519/04 P

ⁱⁱ Interessant in dit verband is Opinion 15/2011 on the definition of consent:

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf

ⁱⁱⁱ Opinion 3/2008 http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp156_en.pdf

^{iv} http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130305_letter-to-wada_annex_en.pdf

^v Dat betekent echter niet dat de huidige praktijk strijdig is met het geldend recht, integendeel. De verwerking van persoonsgegevens voor anti-doping doeleinden vindt plaats op basis van een in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vastgelegde grondslag, namelijk met toestemming van de betrokkene (artikel 8 sub a en artikel 16 lid 1 sub a). In een aantal gerechtelijke procedures is expliciet de vraag getoetst of de huidige anti-doping regels en de uitvoering daarvan in strijd zijn met privacywetgeving of essentiële rechtsbeginselen. Zowel de voorzieningen-rechter in kort geding in Haarlem (uitspraak 24 juli 2009, rolnummer 159578) als de kort geding rechter in Rotterdam (uitspraak 9 juni 2009, zaak/rolnummer 330122/KG ZA 09-467) hebben de vorderingen van eisers die uitdrukkelijk waren gebaseerd op die mogelijke strijdigheid, afgewezen”

^{vi} Meca Medina HvJEU 18 juli 2006, Zaak C-519/04 P

^{vii} International Convention against doping in sport, UNESCO, 2015, te downloaden via:

<http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/anti-doping/international-convention-against-doping-in-sport/>

^{viii} Zie H.T. van Staveren in Justitiele Verkenningen, jrg 28, nr. 3, 2002.