

Vergaderjaar 2021–2022

36 179

Wijziging van de Wet uitvoering antidopingbeleid ter instelling van de Beoordelingscommissie dopingzaken

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 mei 2022 en het nader rapport d.d. 18 juli 2022, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Langdurige Zorg en Sport. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 10 februari 2022, no. 2022000250, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 25 mei 2022, no. W13.22.0015/III, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft U hieronder cursief weergegeven aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetssmissive van 10 februari 2022, no. 2022000250, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Langdurige Zorg en Sport, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende de wijziging van de Wet uitvoering antidopingbeleid ter instelling van de Beoordelingscommissie dopingzaken (Wet Beoordelingscommissie dopingzaken), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot instelling van een Beoordelingscommissie dopingzaken als zelfstandig bestuursorgaan (zbo). Deze commissie krijgt als taak om bezwaren tegen beslissingen van de Dopingautoriteit te behandelen. Daarnaast bevat het wetsvoorstel procedurele regels voor deze beoordelingscommissie. Ook beoogt de toelichting van het wetsvoorstel te verduidelijken dat de doping-gerelateerde beslissingen

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

van de Dopingautoriteit geen besluiten zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt allereerst op dat de doping-gerelateerde beslissingen van de Dopingautoriteit geen privaatrechtelijk karakter hebben, zoals de regering betoogt, maar besluiten zijn in de zin van de Awb. Daarmee vormt de Awb het kader waarbinnen dit wetsvoorstel moet worden beoordeeld.

De regering wenst te bevorderen dat voldaan wordt aan de Wereld Anti Doping-code (WAD-code) en wil in dat verband de behandeling van bezwaren neerleggen bij een instantie die onafhankelijk is van de Dopingautoriteit. De voorgestelde opzet komt feitelijk neer op een vorm van administratief beroep. Dit is echter niet verenigbaar met de hoofdsystematiek van de Awb, die uitgaat van bezwaar bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, en daarna eventueel beroep bij de onafhankelijke bestuursrechter. Daarvan uitgaande beschrijft de Afdeling drie alternatieven die kunnen worden verkend en die in alle gevallen nopen tot fundamentele herziening van het wetsvoorstel.

Indien de regering niettemin vasthoudt aan een oplossingsrichting waarbij een zbo wordt ingesteld, dient de noodzaak van het instellen van een zbo dragend te worden gemotiveerd. Daarbij dient een grondige verkenning van alternatieven te worden gegeven.

In verband met deze opmerkingen kan over het wetsvoorstel niet positief worden geadviseerd.

De regering heeft met instemming kennisgenomen van het feit dat de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: Afdeling) de voorgestelde opzet in het wetsvoorstel kwalificeert als een vorm van administratief beroep. De regering is het met de Afdeling eens dat deze keuze in beginsel niet in overeenstemming is met de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is, die toegepast op besluiten van de Dopingautoriteit zou leiden tot van bezwaar bij de Dopingautoriteit en eventueel beroep bij de onafhankelijke bestuursrechter. De door de Afdeling aangedragen alternatieven bieden naar de mening van de regering echter geen sluitende oplossing waarbij zowel voldaan wordt aan de eisen die WAD-code stelt alsook een uitvoerbare situatie wordt gecreëerd. De regering is daarom van mening dat de mogelijkheid die de Awb biedt om administratief beroep tegen besluiten van de Dopingautoriteit mogelijk te maken, de meest aangewezen weg is. Dit wordt hieronder toegelicht aan de hand van een reactie op elk aangedragen alternatief (zie punt 3 van onderhavig advies, onderdelen a tot en met c).

1. Achtergrond en inhoud wetsvoorstel

a. Achtergrond: hybride karakter antidopingbeleid

Het Nederlandse antidopingbeleid is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de georganiseerde sport en de overheid. De inhoudelijke antidopingregels zijn eigen regels van de sport, vastgelegd in het Nationaal Dopingreglement. Sporters zijn hieraan gebonden door hun lidmaatschap van een sportvereniging. Het Nationaal Dopingreglement is gebaseerd op de WAD-code.

In 2019 is de Dopingautoriteit omgevormd van particuliere stichting (de stichting Anti-Doping Autoriteit) naar een zbo. Daarbij werd zij wettelijk belast met de taak om doping in de sport te bestrijden en dopingcontroles

te verrichten.² De taken en bevoegdheden van de Dopingautoriteit zijn sindsdien geregeld in de Wet uitvoering antidopingbeleid (Wuab). Het antidopingbeleid kreeg daarmee een hybride karakter: het is grotendeels privaatrechtelijk, maar met een publiekrechtelijk kader.

De reden om van de stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland een zbo in te maken, was het creëren van een grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. De stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland verwerkte persoonsgegevens op grond van toestemming. Dit zou geen geschikte grondslag zijn, omdat sporters hun toestemming mogelijk niet geheel in vrijheid kunnen geven. Door de Dopingautoriteit als zbo in te stellen, werd de uitvoering van in een formele wet vastgelegde taken en bevoegdheden de grondslag voor de gegevensverwerking.³

b. Aanleiding: non-compliance met de WAD-code

Op 1 januari 2021 is een herziene versie van de WAD-code in werking getreden. De WAD-code bevat bepalingen over het antidopingbeleid, met als doel het mondiale antidopingbeleid te harmoniseren. De WAD-code is bindend voor de ondertekenaars ervan: in Nederland zijn dat de Dopingautoriteit en de sportkoepel NOC*NSF. Deze partijen zijn gehouden om uitvoering te geven aan de voor hen verplichte elementen uit de WAD-code.⁴

Het Wereld Anti-Doping Agentschap (WADA) houdt toezicht op de naleving van de WAD-code en heeft in dit kader in 2020 een audit uitgevoerd in Nederland. In de nasleep van deze audit kwam aan het licht dat het WADA zich niet kan vinden in de wijze waarop de bezwaarprocedure is ingericht tegen doping-gerelateerde beslissingen die op grond van de WAD-code appellabel zijn.

Volgens de Awb behelst de bezwaarprocedure een heroverweging van een besluit door het bestuursorgaan dat het oorspronkelijke besluit heeft genomen. Tegen de uitkomst in de bezwaarprocedure staat beroep open bij de bestuursrechter.⁵ De bezwaarmogelijkheid tegen besluiten van de Dopingautoriteit is ondergebracht bij de interne Bezwaarcommissie Nationaal Dopingreglement (BND). Deze maakt onderdeel uit van de Dopingautoriteit.

Volgens het WADA is de BND daardoor niet institutioneel onafhankelijk van de Dopingautoriteit, en voldoet de Dopingautoriteit niet aan de WAD-code. Deze bepaalt namelijk dat appellabele besluiten beoordeeld moeten worden door een instantie die «institutioneel en operationeel onafhankelijk» is van de antidopingorganisatie die met de afhandeling van dopingcontrole- en onderzoeksresultaten is belast.⁶ Het WADA heeft laten weten aan deze tekortkoming sancties te zullen verbinden als deze niet wordt opgelost. Daarmee kan deelname van Nederlandse topsporters aan internationale wedstrijden en de organisatie van sportevenementen in Nederland in gevaar komen.

² Artikel 5 en 6 van de Wuab.

³ Kamerstukken II 2015/16, 34 543, nr. 3, paragraaf 4.1.

⁴ Artikel 23.2 van de WAD-code.

⁵ Hoofdstuk 6. «Algemene bepalingen over bezwaar en beroep» van de Awb.

⁶ Artikel 13.2.2 van de WAD-code.

c. Inhoud wetsvoorstel

Tegen deze achtergrond voorziet het wetsvoorstel in de instelling van een Beoordelingscommissie dopingzaken als nieuw publiekrechtelijk zbo, onafhankelijk van de Dopingautoriteit. Deze beoordelingscommissie krijgt als taak om op verzoek beslissingen van de Dopingautoriteit te beoordelen die ingevolge de WAD-code appellabel zijn. Het wetsvoorstel regelt daarnaast procedurele aspecten in verband met deze beoordelingscommissie. Zo neemt het wetsvoorstel procesregels over die ook zijn opgenomen in de afdelingen 6.2 en 7.2 van de Awb. Hiertoe is besloten omdat de regering meent dat de doping-gerelateerde beslissingen van de Dopingautoriteit geen besluiten zijn in de zin van de Awb en dat daarmee de Awb zelf niet van toepassing is. Tot nu toe is aangenomen dat het hier om Awb-besluiten gaat en de Awb dus wel van toepassing is.⁷

d. Opbouw advies

De Afdeling gaat eerst in op de vraag tegen welk juridisch kader het wetsvoorstel moet worden beschouwd (zie punt 2). Vervolgens wordt geanalyseerd hoe de door het WADA geconstateerde tekortkoming zich verhoudt tot het toepasselijke kader (zie punt 3). Tot slot gaat de Afdeling in op de specifieke vormgeving van de voorgestelde beoordelingscommissie als zbo (zie punt 4).

2. Toepasselijk juridisch kader

De regering stelt zich op het standpunt dat de doping-gerelateerde beslissingen van de Dopingautoriteit een privaatrechtelijk karakter hebben en geen Awb-besluiten zijn. Daarmee zouden ook de bezwaar- en beroepsmogelijkheden zoals geregeld in de Awb niet van toepassing zijn. Dit is in afwijking van de tot nu door de regering zelf gehuldigde lijn, die zij nu een «onjuiste aanname» noemt. De aanleiding voor dit nieuwe inzicht is dat volgens de regering hierover verwarring bestond.⁸ Overigens sluit de regering niet uit dat in de toekomst de doping-beslissingen alsnog het karakter van een Awb-besluit krijgen als herziening van de WAD-code daartoe noopt.⁹

De regering onderkent dat het bij de doping-gerelateerde beslissingen van de Dopingautoriteit gaat om een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, die een rechtshandeling inhoudt. De reden dat deze beslissingen toch geen Awb-besluiten zijn, is volgens de toelichting dat die beslissingen privaatrechtelijke rechtsgevolgen hebben.¹⁰ De binding aan die beslissingen vindt namelijk hoofdzakelijk plaats via het verenigingsrecht, en in sommige gevallen via het overeenkomstenrecht. Door het ontbreken van een publiekrechtelijk rechtsgevolg, kwalificeren deze beslissingen niet als Awb-besluit, aldus de regering.

De Afdeling is niet overtuigd van het standpunt van de regering en merkt hierover het volgende op. De definitie van een besluit is gegeven in artikel 1:3 van de Awb:

⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 543, nr. 3, p. 12–13.

⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2, «Het privaatrechtelijke karakter van beslissingen van de Dopingautoriteit».

⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 6, «Rechtvaardiging oprichting nieuwe publiekrechtelijke zbo».

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2, «Het privaatrechtelijke karakter van beslissingen van de Dopingautoriteit».

«Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.»

De Afdeling merkt op dat buiten discussie staat dat de Dopingautoriteit een bestuursorgaan is dat schriftelijke beslissingen neemt, zoals overigens de regering ook zelf constateert.¹¹ Evenmin betwist de regering dat deze beslissingen een rechtshandeling inhouden, in de zin van een op rechtsgevolg gerichte handeling. Een beslissing heeft rechtsgevolg als daarmee een bevoegdheid, recht of verplichting voor een persoon ontstaat of teniet wordt gedaan, dan wel als daarmee de juridische status van een persoon of een zaak wordt vastgesteld.¹²

Dan spitst de vraag zich toe op de juridische aard van de rechtshandeling: is deze publiekrechtelijk of privaatrechtelijk? Het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen wordt gemaakt op grond van de bevoegdheid die ten grondslag ligt aan de rechtshandeling.¹³ Bij een privaatrechtelijke rechtshandeling gaat het om een bevoegdheid die eenieder toekomt. Bij een publiekrechtelijke rechtshandeling ligt een publiekrechtelijke bevoegdheid ten grondslag aan de uitoefening van wettelijk omschreven taken.¹⁴ Dit laatste is het geval bij de Dopingautoriteit, die in de wet omschreven taken en bevoegdheden heeft.¹⁵ Deze publiekrechtelijke taken en bevoegdheden zijn exclusief aan de Dopingautoriteit toegekend en vormen aldus de publiekrechtelijke grondslag voor de besluiten van deze instantie.

Daarmee kan de Afdeling niet anders dan concluderen dat de doping-gerelateerde beslissingen van de Dopingautoriteit voldoen aan de definitie van een besluit in de zin van de Awb. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een Awb-besluit doet daarbij niet ter zake of het rechtsgevolg privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk van aard is.

Op grond van het voorgaande komt de Afdeling tot de conclusie dat de Awb van toepassing is op deze besluiten van de Dopingautoriteit.

Bovenvermeld advies van de Afdeling is opgevolgd, zoals toegelicht in paragraaf 3.3.1 van de memorie van toelichting. Het wetsvoorstel en de onderbouwing daarvan in de toelichting is integraal herzien, waarbij ook aansluiting is gezocht bij de Awb-begrippen zoals «besluit», «beroep» en «belanghebbende».

Vanuit het belang van eenheid van wetgeving is het onwenselijk om bepalingen uit algemene wetten (zoals de Awb) in bijzondere wetgeving over te nemen.¹⁶ De Afdeling adviseert daarom de procesregels uit het wetsvoorstel te schrappen nu de Awb in de afdelingen 6.2 en 7.2 reeds voorziet in deze procesregels.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2, «Het privaatrechtelijke karakter van beslissingen van de Dopingautoriteit».

¹² ABRvS, 23 juli 2014, uitspraak 201400270/1/A4, ECLI:NL:RVS:2014:2787, paragraaf 5.2.

¹³ Zie uitgebreider: «Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht», onder redactie van: mr. T.C. Borman en prof. mr. J.C.A. de Poorter, twaalfde druk, 2022; en «Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving», onder redactie van: prof. mr. dr. H.E. Bröring en prof. mr. dr. K.J. de Graaf, zevende druk, 2022, p. 185 en 189.

¹⁴ ABRvS, 3 februari 2021, uitspraak 201900918/1/A3, ECLI:NL:RVS:2021:205, paragraaf 5: «Een rechtshandeling is publiekrechtelijk als zij is gebaseerd op een publiekrechtelijke grondslag. In de regel is daarvoor nodig dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het verrichten van die handeling ontleent aan een specifiek wettelijk voorschrift».

¹⁵ Artikel 5 en 6 van de Wuab.

¹⁶ Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 2.46 «Afwijking van algemene wetten».

In lijn met bovenvermelde advies van de Afdeling zijn de procesbepalingen in het wetsvoorstel geschrapt voor zover de Awb al voldoende voorziet in de bepalingen die in de ogen van de regering van toepassing moeten zijn. Paragraaf 8.3.1 in het algemeen deel van de memorie van toelichting is hierop aangepast. In die paragraaf is tevens toegelicht welke bepalingen in de Awb, tenzij onderhavig wetsvoorstel uitdrukkelijk anders bepaalt, van toepassing zijn op de procesvoering bij de Beoordelingscommissie. Zie hiervoor ook de aangepaste artikelen 20, 21, 22, 24 en 27 van het wetsvoorstel.

3. Verenigbaarheid onafhankelijke bezwaarinstantie met de Awb

De Afdeling begrijpt dat de regering wenst te bevorderen dat voldaan wordt aan de WAD-code. Tegelijkertijd dienen daarbij de nationale juridische kaders in acht te worden genomen. Concreet ligt de vraag voor of de instelling van een onafhankelijk orgaan dat bezwaar tegen besluiten van de Dopingautoriteit moet beoordelen verenigbaar is met de Awb.

Zoals hiervoor uiteengezet, is de Awb van toepassing op doping-gerelateerde beslissingen van de Dopingautoriteit. Een onafhankelijke bezwaarinstantie, of deze nu als zbo wordt ingericht of anderszins, is niet in lijn met het hoofdsysteem van de Awb. Volgens dat hoofdsysteem vindt de bezwaarprocedure plaats bij hetzelfde bestuursorgaan dat het oorspronkelijke besluit nam.

Door een ander bestuursorgaan te laten oordelen in bezwaar, wordt in feite een vorm van administratief beroep ingevoerd. Het verschil tussen bezwaar en administratief beroep is weergegeven in artikel 1:5 Awb: bij bezwaar wordt opnieuw besloten door hetzelfde bestuursorgaan, terwijl bij administratief beroep opnieuw wordt besloten door een ander – veelal «hoger» – bestuursorgaan dan het bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen.¹⁷ Vanuit het beginsel van eenheid van het bestuurs(proces)recht, een belangrijke grondslag van de Awb,¹⁸ is het invoeren van nieuwe vormen van administratief beroep in beginsel onwenselijk.¹⁹

Gelet op deze problematiek beschrijft de Afdeling de volgende alternatieven. Het eerste alternatief ziet op het in stand laten van de huidige situatie, nu de huidige situatie naar het oordeel van de Afdeling voldoet aan de vereisten van de WAD-code. Het tweede en derde alternatief zien op wijzigingen van het huidige stelsel.

a. Bestaande institutionele vormgeving

Het wetsvoorstel gaat uit van de premisse dat het huidige stelsel niet voldoet aan een operationeel en institutioneel onafhankelijk «hearing panel» zoals vereist in de WAD-code. Aangezien de bezwaarschriftcommissie BND niet institutioneel onafhankelijk is van de Dopingautoriteit, wordt geconcludeerd dat de bestaande situatie niet verenigbaar is met de WAD-code.²⁰

¹⁷ R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens en S.E. Zijlstra, «Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 2. Rechtsbescherming, Overheidsaansprakelijkheid (Handboeken staats- en bestuursrecht)», Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 247.

¹⁸ Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 3, p. 4.

¹⁹ Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 5.48 «Rechtsbescherming», eerste onderdeel en Aanwijzing 5.54 «Administratief beroep». Daarnaast is ook wel gepleit voor afschaffing van deze nog slechts sporadisch voorkomende en «verouderde» rechtsfiguur, zie: N. Verheij, «Afscheid van het administratief beroep», in: Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2007, p. 307–308.

²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 1.1, «Aanleiding».

De Afdeling merkt op dat het op zichzelf juist is dat de bezwaarprocedure zoals nu ingericht niet aan de genoemde onafhankelijkheidseisen voldoet. Bezwaar is immers in essentie een bestuurlijke heroverweging. De vervolgstap in de Awb-systematiek voorziet echter in beroep bij de bestuursrechter. Deze is in alle opzichten onafhankelijk van het bestuursorgaan dat het oorspronkelijke besluit heeft genomen. De vraag is dan ook gerechtvaardigd waarom de institutionele vormgeving van bezwaar én beroep in Nederland niet zou voldoen aan de vereisten van de WAD-code. De toelichting is zeer summier op dit punt. Een nadere toelichting is hier te meer van belang omdat het wetsvoorstel hier niet alleen afwijkt van de Awb, maar ook van het door de regering beleden uitgangspunt om terughoudend te zijn met de instelling van nieuwe zbo's (zie hierna punt 4).

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in paragraaf 1.1 in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel duidelijker uiteengezet dat de huidige procedure van eerst bezwaar bij de Dopingautoriteit en vervolgens beroep bij de bestuursrechter in lijn is met de Awb-systematiek en volgens de regering zou moeten voldoen aan de vereisten in de WAD-code. Eveneens is verduidelijkt dat ondanks de uitleg die het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport hierover meermalen aan WADA heeft gegeven, WADA in de zomer van 2021 heeft geoordeeld dat deze systematiek niet in lijn is met de WAD-code²¹. Nu WADA meermalen heeft aangegeven dat zij de huidige procedure niet in overeenstemming acht met de Code, is het in stand laten van die procedure, gelet op de impact van de door WADA in het vooruitzicht gestelde sancties (zie paragraaf 1.1 van de memorie van toelichting), naar het oordeel van de regering geen begaanbare weg. De eventuele gevolgen voor de sportwereld zouden te groot zijn.

b. Herbezinning hybride stelsel

De spanning tussen de toepasselijke privaatrechtelijke en publiekrechtelijke kaders kan worden opgelost door te kiezen voor een volledig privaatrechtelijke regeling. Hoewel de terugkeer naar een volledig privaatrechtelijke regeling organisatorisch complex is,²² wordt op deze wijze wel aangesloten bij het privaatrechtelijke karakter van de dopingregels en van het «sportrecht» in den brede. Deze situatie bestond ook al voor de invoering van de Wuab in 2019.²³

In reactie op een eerder advies van de Afdeling om een duidelijke keuze te maken tussen een privaatrechtelijke of een publiekrechtelijke regeling, wees de regering een volledig privaatrechtelijke regeling van de hand.²⁴ Als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens achtte zij een wettelijke regeling van taken en bevoegdheden noodzakelijk. Andersom achtte de regering een volwaardig publiek stelsel evenmin opportuun. Dat zou betekenen dat het huidige privaatrechtelijke dopingregime volledig in het publiekrecht wordt getrokken en ook het tuchtrechtsysteem zou komen te vervallen. Dit was volgens de regering niet in lijn met het uitgangspunt dat de sportwereld «primair verantwoordelijk» is voor de dopingaankpak en de overheid faciliterend optreedt.²⁵

²¹ Stcrt. 2020, 58986.

²² Memorie van toelichting, paragraaf 5, «Rechtvaardiging overheidsinterventie».

²³ Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 2.5 «Zelfregulering».

²⁴ Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 mei 2016 (W13.15.0408/III), paragraaf 4.

²⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34 543, nr. 4.

Indien de regering aan deze lijn vasthoudt, blijft het systeem hinken op twee gedachten. Betwijfeld mag worden of met marginale aanpassingen aan dit hybride systeem een einde kan worden gemaakt aan de in de toelichting genoemde «verwarring» en «onduidelijkheid».

De regering licht nar aanleiding van het advies van de Afdeling graag het volgende toe. Door te kiezen voor een volledig privaatrechtelijke regeling, wordt het aan alle betrokken sportorganisaties overgelaten een partij aan te wijzen als commissie die beroep tegen beslissingen van de Dopingautoriteit behandelt. In die situatie ontbreekt de noodzakelijke publiekrechtelijke grondslag voor het verwerken van de persoonsgegevens waar hieronder bij punt 4 nog nader op in wordt gegaan. Bovendien vergt dit van de sport een te complexe verandering in de huidige uitvoeringspraktijk. Alle statuten, reglementen en ledencontracten van iedere betrokken sportorganisatie moeten dan worden gewijzigd. Deze theoretische mogelijkheid acht de regering praktisch niet haalbaar, aangezien dit een uiterst complexe en zeer tijdrovende afstemming vereist, waarbij een werkbare uitkomst ontbreekt. Het geringe aantal zaken waarin een sporter opkomt tegen een besluit van de Dopingautoriteit sterkt de regering in haar oordeel dat een dergelijke operatie buitenproportioneel zou zijn. Voorts merkt de regering op dat WAD-code steeds verder juridificeert. De sportwereld heeft herhaaldelijk aangegeven zich hier niet tijdig op aan te kunnen passen, waardoor een volledig privaatrechtelijke regeling ook vanuit dat perspectief niet haalbaar en niet toekomstbestendig is. Om deze redenen, zoals reeds benoemd in de hoofdstukken 5 en 6 van de memorie van toelichting, wordt afgezien van een volledig privaatrechtelijke regeling.

c. Aanpassing binnen bestaande stelsel

Indien een meer fundamentele herbezinning van het stelsel niet haalbaar blijkt, moet binnen de huidige regeling naar een juridisch passende oplossing worden gezocht. De Afdeling wijst er in dit verband op dat de toelichting geen aandacht besteedt aan de mogelijkheid om de dopinggerelateerde besluiten op de «negatieve lijst» van de Awb te plaatsen.²⁶ Op die wijze staat tegen deze besluiten geen beroep open bij de bestuursrechter. Dit impliceert ook dat er geen bestuursrechtelijk bezwaar tegen kan worden gemaakt. Dit betekent dat de bezwaarprocedure van de Awb niet van toepassing is en beoordeling van een bezwaar kan worden neergelegd bij een instantie die operationeel en institutioneel onafhankelijk is van de Dopingautoriteit, zoals de WAD-code vereist.²⁷ Overigens laat dit onverlet dat vervolgens de weg open staat naar de burgerlijke rechter als «restrechter».

De negatieve lijst kan in voorkomend geval een uitkomst bieden bij besluiten die zijn ingebed in niet-bestuursrechtelijke verhoudingen, dan wel lijken op beslissingen of handelingen waarover gewoonlijk een andere rechter dan de bestuursrechter oordeelt.²⁸ Vanuit het oogpunt van eenheid van wetgeving dient terughoudend te worden omgegaan met een dergelijke afwijking. Tegelijkertijd voorziet de Awb in deze mogelijkheid

²⁶ Artikel 8:5, eerste lid van de Awb. Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 5.49 «Afwijkende rechtsbescherming in bijlagen Awb». Zie voorts T&C Awb, commentaar op artikel 8:5 Awb.

²⁷ Zie artikel 13.2.2 van de WAD-code.

²⁸ Zie ook S. Zijlstra, «De negatieve lijst bij de Awb: het rariteitenkabinet van het bestuursprocesrecht», in: Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2015, afl. 8, p. 251; en R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens en S.E. Zijlstra, «Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 2. Rechtsbescherming, Overheidsaansprakelijkheid (Handboeken staats- en bestuursrecht)», Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 262.

waar in bijzondere gevallen, en met redenen omkleed, gebruik van kan worden gemaakt.

Over het door de Afdeling aangedragen alternatief merkt de regering het volgende op. Het plaatsen van besluiten van de Dopingautoriteit op de negatieve lijst van de Awb, zou, zoals de Afdeling ook al benoemt, de ondertekenaars van de WAD-code niet ontslaan van de verplichting van artikel 13.2 van de WAD-code. Kortgezegd: tegen besluiten van de Dopingautoriteit moet beroep openstaan bij een van de Dopingautoriteit onafhankelijke instantie die (ingevolge artikel 10.2, onder a, in samenhang gelezen met artikel 8.2, van de International Standard for Results Management) bovendien beschikt over zowel kennis over antidoping-beleid als juridische kennis. Hiertoe dient de Beoordelingscommissie dopingzaken. Aangezien die commissie bij het in beroep beoordelen van de Awb-besluiten van de Dopingautoriteit voorts persoonsgegevens (eveneens bijzondere, waaronder medische gegevens) zal moeten kunnen verwerken, zal deze commissie moeten worden gepositioneerd als een bestuursorgaan. De noodzaak voor het instellen van een zelfstandig bestuursorgaan wordt hieronder bij punt 4 nog nader toegelicht. Omdat het instellen van een zelfstandig bestuursorgaan onvermijdelijk is, is – zoals de Afdeling in onderhavig advies ook stelt – in feite sprake van administratief beroep. Doordat sprake is van administratief beroep is het opnemen van de besluiten van de Dopingautoriteit op de negatieve lijst overbodig. De regering ziet daar daarom af van en is overigens met de Raad van State van mening dat gebruik kan worden gemaakt van de beperkte ruimte die de Awb biedt om het wetsvoorstel zo aan te passen dat tegen besluiten van de Dopingautoriteit administratief beroep kan worden ingesteld. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn hierop integraal herzien.

Uit het voorgaande volgt dat de Afdeling geen noodzaak ziet om een zbo in te stellen. Desalniettemin merkt de Afdeling het volgende op ten aanzien van het voorstel van de regering om een zbo in te stellen.

4. Instelling zbo

Het wetsvoorstel voorziet in de instelling van een Beoordelingscommissie dopingzaken als publiekrechtelijk zbo.²⁹ Zbo's hebben als belangrijkste kenmerk dat zij niet onder volledige politieke verantwoordelijkheid werkzaam zijn. Daarmee vormen zij onderdelen van het openbaar bestuur waarop geen volledige democratische controle bestaat.³⁰ Het is regerings-beleid om terughoudend te zijn met de wettelijke instelling van nieuwe onafhankelijke instanties.³¹ Het gebruik van zbo's behoeft daarom afzonderlijke motivering. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Alternatieven

In het licht van de inperking van de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee van de democratische controle acht de Afdeling het geboden dat de regering zich houdt aan de beleden terughoudendheid tot het instellen van nieuwe zbo's. Dit betekent dat een grondige afweging en een zorgvuldige motivering van de voors en tegens van de instelling van een

²⁹ Voorgesteld artikel 14.

³⁰ Zie ook S.E. Zijlstra (red.), «Bestuurlijk organisatierecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)», Deventer: Wolters Kluwer 2019, paragraaf 12.1.

³¹ Kamerstukken II 2014/15, 25 268, nr. 83. Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 3.2 en 4.3.

nieuw zbo noodzakelijk zijn. Daarbij dienen ook nadrukkelijk andere opties te worden afgewogen.

De toelichting beschrijft dat is overwogen om de betreffende wettelijke taken toe te kennen aan een rechtspersoon niet zijnde een zbo (zoals een stichting, vereniging of bedrijf).³² Daarvoor is niet gekozen, omdat er niet zonder meer een bestaande rechtspersoon zou zijn waarbij de betreffende taken snel en logisch kunnen worden neergelegd.

De Afdeling acht deze afweging van alternatieven – onverminderd hetgeen onder punt 3 is betoogd inzake de toepasselijkheid van de Awb – te summier. Zonder dat diverse opties grondig zijn uitgewerkt, luidt de slotsom dat een zbo moet worden ingesteld. De toelichting besteedt bijvoorbeeld geen aandacht aan bestaande arrangementen op het terrein van tuchtrechtspraak en arbitrage in de sport. Evenmin is uiteengezet of deze taak bij een bestaand bestuursorgaan kan worden ondergebracht.

Onder verwijzing naar hoofdstuk 6 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, licht de regering naar aanleiding van het advies van de Afdeling graag het volgende toe. De besluiten van de Dopingautoriteit bevatten (bijzondere, waaronder medische) persoonsgegevens. Denk hierbij onder andere aan contactgegevens van de sporter, geslacht, de sport die wordt uitgeoefend, wedstrijdgegevens, medicijngebruik en medische diagnoses. De Beoordelingscommissie kan geen goed oordeel vellen en dus haar taak niet uitvoeren als zij deze gegevens niet mag verwerken (in de gewijzigde paragraaf 8.4 van de memorie van toelichting komt uitvoerig aan bod om welke gegevens het gaat). De Algemene verordening gegevensbescherming vereist een publiekrechtelijke wettelijke grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens, indien het verwerken van gegevens niet plaatsvindt op grond van vrijelijk gegeven toestemming of een vrijelijk afgesloten overeenkomst. Aangezien de besluiten van de Dopingautoriteit en de Beoordelingscommissie dopingzaken invloed hebben op deelname van sporters aan sportwedstrijden en voor topsporters dus invloed hebben op de uitoefening van hun beroep, zijn de belangen voor de sporter groot. In zulke situaties kan geen sprake zijn van vrijelijk gegeven toestemming of een vrijelijk gesloten overeenkomst.³³ Dientengevolge is een wettelijke grondslag voor gegevensverwerking vereist. Voorts is het volgende van belang. De regering heeft – in lijn met onderhavig advies van de Afdeling – het wetsvoorstel zo aangepast dat de beslissingen die de Dopingautoriteit neemt, besluiten zijn in de zin van de Awb. Het nemen van Awb-besluiten gaat gepaard met het uitoefenen van openbaar gezag. Enkel een zelfstandig bestuursorgaan beschikt over openbaar gezag en er is geen bestaand bestuursorgaan beschikbaar waar deze taak bij past en makkelijk kan worden ingeregeld. De regering is daarom van mening dat de taak dient te worden belegd bij een nieuw zbo. Indien deze taak wordt belegd bij bestaande arrangementen op het terrein van de tuchtrechtspraak en arbitrage in de sport, of andere privaatrechtelijke organen zullen dergelijke instanties voor zover het zou gaan om de bij dit wetsvoorstel toebedeelde wettelijke taak, eveneens met openbaar gezag worden bekleed. De keuze om van de Beoordelingscommissie dopingzaken een zbo te maken, is daarmee naar de mening van de regering een gegeven.

Hoofdstuk 6 van de memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

³² Memorie van toelichting, paragraaf 6, «Rechtvaardiging oprichting nieuwe publiekrechtelijke zbo».

³³ Zie ook Kamerstukken II 2015/16, 34 543, nr. 3, p. 2, 17 en 18.

b. Verwerking persoonsgegevens

Het instellen van een zbo is volgens de toelichting voorts noodzakelijk om een grondslag te creëren voor de verwerking van persoonsgegevens die gepaard gaat met de taken van de beoordelingscommissie.³⁴ Volgens de toelichting kunnen sporters in dit kader niet vrijelijk toestemming geven voor hun gegevensverwerking, of daarvoor vrijelijk een overeenkomst afsluiten. Daarvoor zouden de beslissingen van de Beoordelingscommissie dopingzaken teveel invloed hebben op de belangen van de sporters. De toelichting verwijst hierbij ook naar de reden om de Dopingautoriteit in te stellen als zbo: daar bestond om dezelfde redenen de noodzaak om een grondslag voor de gegevensverwerking te creëren.

In haar advies over de Wuab merkte de Afdeling op dat er andere grondslagen voor gegevensverwerking bestaan dan toestemming of de uitoefening van een publiekrechtelijke taak.³⁵ Zo mogen persoonsgegevens ook worden verwerkt indien dit noodzakelijk is ter behartiging van een gerechtvaardigd belang.³⁶ De toelichting noemt deze grondslag niet. Zonder nadere motivering is het de Afdeling niet duidelijk waarom de regering de uitoefening van een publiekrechtelijke taak als enig mogelijke grondslag voor gegevensverwerking ziet.

De grondslag genoemd in artikel 6, eerste lid, onder f, van de Algemene Verordening Gegevensverwerking (behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verwerkingsverantwoordelijke), is, net als bij de totstandkoming van de Wuab, niet passend voor de onderhavige situatie, omdat dit voor elke verwerking van persoonsgegevens een belangenafweging vereist van enerzijds het recht van de verwerkingsverantwoordelijke om doping in de sport te kunnen bestrijden en anderzijds het grondrecht van de betrokken sporter op bescherming van zijn of haar persoonsgegevens. Dit vergt van de verwerkingsverantwoordelijke een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets, waarbij telkens opnieuw zal moeten worden bekeken of het doel niet op een andere manier te bereiken is, die minder nadelig is voor de sporter. Een dergelijke afweging staat op gespannen voet met de WAD-code die ervan uitgaat dat er altijd gegevensverwerkingen plaatsvinden ten behoeve van het bestrijden van doping in de sport. Bovendien komt de betrokkene bij de verwerking van persoonsgegevens op grond van een gerechtvaardigd belang, het recht op bezwaar toe tegen de verwerking. Dat bezwaar mag vervolgens enkel afgewezen worden op basis van een heel zwaarwegende grond (artikel 21, eerste lid, AVG). De regering is van mening dat zaken over doping in de sport, waarbij het beroep en dus het inkomen en leven van de sporter op het spel staat, deze toets niet kan doorstaan. Daar komt bij dat deze grondslag ingevolge artikel 9 van de AVG niet bruikbaar is voor verwerking van bijzondere persoonsgegevens, hetgeen in de onderhavige situatie juist veelvuldig aan de orde is.

Paragraaf 8.4.2 (vernummerd van 8.5.2 naar 8.4.2) van de memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

c. Conclusie

Indien de regering ervoor zou blijven kiezen om een zbo in te stellen ondanks de eerder genoemde bezwaren van de Afdeling tegen dit wetsvoorstel als zodanig (zie punt 3), adviseert de Afdeling om de

³⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 6, «Rechtvaardiging oprichting nieuwe publiekrechtelijke zbo».

³⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 mei 2016 (W13.15.0408/III).

³⁶ Zie artikel 6, eerste lid, sub f van de Algemene Verordening Gegevensverwerking.

noodzaak hiervan in de toelichting grondig en expliciet af te wegen. Deze afweging dient alsnog te worden voorzien van een dragende motivering. In dat kader zou dan ook nader moeten worden ingegaan op de argumenten voor en tegen alternatieve arrangementen, als eerder onder punt 3 genoemd.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft ernstige bezwaren tegen het voorstel en adviseert het niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen.

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,
S.F.M. Wortmann*

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in hoofdstuk 7 van de memorie van toelichting de verhouding tussen het lid van de Beoordelingscommissie dopingzaken en het panel van experts scherper te omschrijven.

Voorts zijn – als gevolg van het advies van de Afdeling dat in het geval van de Dopingautoriteit sprake is van een Awb-besluiten – de gevolgen die dit wetsvoorstel heeft op sporters en de rechtspraak herschreven en toegespitst op de situatie dat, mocht het wetsvoorstel tot wet verheven worden, er administratief beroep mogelijk is. Paragraaf 8.4 van de memorie van toelichting is in dat kader ook geschrapt en paragraaf 8.5 is vernummerd tot 8.4.

Tot slot zijn als gevolg van de heroverweging na het advies van de Afdeling de artikelen 21 en 22 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen buiten toepassing verklaard op besluiten van de Beoordelingscommissie dopingzaken. Deze artikelen geven de Minister de mogelijkheid om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening van de Beoordelingscommissie dopingzaken en om besluiten van de Beoordelingscommissie dopingzaken te vernietigen. Gelet op de onafhankelijke positie die de Beoordelingscommissie op grond van de WAD-code zou moeten toekomen, is de toepassing van deze bevoegdheden door de Minister onwenselijk. Deze keuze is overigens nader toegelicht in paragraaf 10.1 van de memorie van toelichting.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Langdurige Zorg en Sport,
C. Helder