

De Wet uitvoering antidopingbeleid: de gespannen relatie tussen antidopingmaatregelen en gegevensbescherming

Deel 2: legitimiteit onder het gegevensbeschermingsrecht

106

In de antidopingcontext worden er op grote schaal gegevens verwerkt en doorgevoerd naar landen buiten de EU. Veel van deze gegevens zijn aan te merken als bijzondere persoonsgegevens. Dit artikel bespreekt in hoeverre er voor de verwerking en doorvoer van al dan niet gevoelige persoonsgegevens een legitieme grondslag is in het licht van de Algemene verordening gegevensbescherming.

1 Inleiding

Zoals in het eerste deel van dit artikel werd aangegeven worden er veel persoonsgegevens verwerkt in de antidopingcontext. In Nederland geldt voor deze gegevensverwerking, in tegenstelling tot de meeste andere Europese landen, geen wettelijke basis of inkadering. Daar komt binnenkort verandering in. Op 20 september 2016 werd het langverwachte wetsvoorstel 'Regels tot uitvoering van het antidopingbeleid en tot instelling van de Dopingautoriteit (Wet uitvoering antidopingbeleid)' bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt.¹ Het voorstel ziet voor het grootste deel op het spanningsveld tussen antidopingmaatregelen en privacybescherming en tracht hierin meer helderheid te verschaffen.² Naast de reactie van de Raad van State,³ de Algemene Rekenkamer⁴ en de Autoriteit Persoonsgegevens⁵ is er op 16 januari 2017 een rondetafelbijeenkomst geweest in de Tweede Kamer,⁶ met daarbij experts uit het veld, en op 17 februari 2017 heeft de Vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport verslag uitgebracht over het oordeel van de verschillende Kamerfracties.⁷ Uit de rondetafelbijeenkomst en de reacties van de Kamerfracties wordt het spanningsveld alleen maar duidelijker; sommige personen en instanties vrezen voor de privacy van sporters, terwijl anderen juist menen dat er meer en verdergaande

maatregelen nodig zijn om de strijd tegen doping te winnen.⁸

Dit artikel bespreekt de gegevensverwerking die plaatsheeft in de antidopingcontext in het licht van de aankomende Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: de Verordening). Ten eerste wordt besproken welke legitieme verwerkingsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens kan worden ingeroepen (paragraaf 2) en vervolgens hoe dit vraagstuk moet worden beantwoord ten aanzien van de verwerking van zogenoemde bijzondere persoonsgegevens (paragraaf 3). Vervolgens wordt de legitimiteit van de gegevensdoorvoer naar derde landen, buiten de EU, besproken (paragraaf 4). Tot slot wordt een korte conclusie geboden (paragraaf 5). Het derde deel van dit artikel, dat in de volgende editie van *Privacy & Informatie* zal verschijnen, zal een nadere beschouwing geven van het wetsvoorstel Wet uitvoering antidopingbeleid, de rechten van atleten onder het gegevensbeschermingsregime, de plichten van dataverwerkende antidopingorganisaties en vraagstukken omtrent noodzakelijkheid en proportionaliteit.

2 Legitieme grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens

Veel verplichtingen die volgen uit het WADA-raamwerk zijn gestoeld op de toestemming voor de gegevensverwerking van de atleet, bijvoorbeeld door het tekenen van een overeenkomst ten aanzien van ADAMS of door toestemming te geven op het dopingformulier voor het afnemen van lichaamsmonsters en het verwerken daarvan door de laboratoria. Toestemming is een van de legitieme verwerkingsgronden voor persoonsgegevens en voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens kan de uitdrukkelijke toestemming van het datasubject worden ingeroepen. Het moet daarbij evenwel gaan om vrije,

* Bart van der Sloot, Mara Paun en Ronald Leenes zijn respectievelijk senior onderzoeker, junior onderzoeker en professor aan het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Tilburg University.

1 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 2.

2 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 3.

3 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 4.

4 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 3, bijlage.

5 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 3, bijlage.

6 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 5.

7 Kamerstukken II 2015/16, 34543, 6.

8 Zie ook de diverse position papers van partijen, die een nogal geschakeerd beeld geven: www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2016A04719.

specifieke en op informatie berustende toestemming.⁹ Artikel 7 van de Verordening geeft omtrent toestemmingsverlening nog striktere regels dan reeds onder de Richtlijn bescherming persoonsgegevens (hierna: de Richtlijn) golden. De Artikel 29-werkgroep heeft zich in het verleden meermaals kritisch uitgelaten over de toepasselijkheid van deze verwerkingsgrondslag in de antidopingcontext. Zij heeft twee opinies gegeven, één in 2008¹⁰ en één in 2009.¹¹ De evidente kritiek van de werkgroep is dat in dit geval geen sprake is van legitieme toestemming van de atleet omdat het geen vrije instemming betreft; immers, de sanctie voor sporters die niet meewerken is uitsluiting van sportbeoefening in professioneel verband. Ook twijfelt de werkgroep of de atleet wel afdoende geïnformeerd is, waarover later meer.¹²

WADA heeft in felle bewoordingen afstand genomen van deze en andere kritiekpunten, die later nog aan bod zullen komen. In een reactie op de eerste opinie van de werkgroep stelt een juridisch expert onder meer:

‘For years, German athletes have been subjected to anti-doping checks and thus to a processing of specific data on the basis of their consent. The German data protection authorities never objected to this. This can only mean that the voluntary decision of the athletes in question was considered of decisive importance. The same importance must then logically be attached to the same voluntary decision of the persons concerned for international data transfers.’¹³

Ook ten aanzien van de Verordening benadrukte het:

‘WADA supports the use of an “explicit consent”, but if regulators were to conclude that athletes and sports bodies are not in a “balanced” relationship – whatever that means – then the consequences for sport would be dire.’¹⁴

Toch lijkt WADA in latere documenten op dit punt te hebben ingebonden. Het geeft daarbij steeds aan dat andere verwerkingsgronden wel van toepassing zouden kunnen zijn.

Ten eerste wordt gewezen op de mogelijkheid van een contractuele relatie als mogelijke verwerkingsgrond.

Ook de Raad van State wees op de mogelijke toepassing van deze verwerkingsgrond als alternatief voor het publiek belang. WADA stelt hieromtrent:

‘WADA’s International Standard requires personal data to be collected and processed on the basis of consent, or another legal basis. If consent is an unacceptable basis for data collection and processing in Europe, relevant European authorities will have to identify acceptable alternative legal bases, as WADA is unable to create such bases itself. Once again, the Working Party’s focus is on identifying areas of concern rather than evolving workable solutions: By categorically excluding consent, the Working Party renders current anti-doping practices in Europe illegal, except where Member States have adopted specific laws. This requirement, however, contradicts the Lisbon Treaty, which specifically provides that the specific nature of sport, and in particular, its structure based on voluntary activity, must be taken into account; (...) the Working Party fails to consider the potential for Article 7b of Directive 95/46/EC (performance of a contract) to act as a legal basis for the collection and processing of athletes’ personal data.’¹⁵

De overeenkomst tussen partijen zou als grondslag kunnen worden ingeroepen, omdat de sporter een aantal overeenkomsten ondertekent, zoals bij het lid worden van een sportclub of -bond, waarbij de sporter aangeeft akkoord te gaan met de regels, en bij het deelnemen aan een sportevenement, waarbij hij te kennen geeft zich te onderwerpen aan onder meer de WADA-regels. Evenwel geldt ook bij het aangaan van de overeenkomst dat dit op basis van vrije, specifieke en op informatie berustende toestemming moet rusten wil de wilsuiting als legitiem gelden. De werkgroep stelt evenwel dat ook voor een contractuele relatie geldige toestemming nodig is.¹⁶ Wat in dit verband als geldige toestemming moet worden gezien volgt uit het geldende contractenrecht. In Europa geldt ook in deze context dat de totstandkoming van een overeenkomst moet zijn gebaseerd op vrije en geïnformeerde toestemming, waarbij ook geldt dat beide partijen invloed kunnen hebben op de afspraken die in het contract staan.¹⁷ Hiervan lijkt in de antidopingcontext echter geen sprake. Daarnaast geeft de Artikel 29-werkgroep nog een extra aarzeling:

9 Artikel 4.11 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

10 Artikel 29-werkgroep, ‘Advies 3/2008 over het ontwerp voor een internationale standaard inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het kader van de wereldantidopingcode’, 1576-00-00-08/NL, WP 156, Brussel, 1 augustus 2008.

11 Artikel 29-werkgroep, ‘Tweede advies 4/2009 over de Internationale Standaard van het Wereldantidopingagentschap (WADA) voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, aanverwante bepalingen van de WADA-code en andere privacyvraagstukken in de context van de bestrijding van doping in de sport door het WADA en (nationale) antidopingorganisaties’, 0746/09/NL, WP 162, Brussel, 6 april 2009.

12 Zie meer uitgebreid over toestemming: Artikel 29-werkgroep, ‘Opinion 15/2011 on the definition of consent’, 01197/11/EN, WP 187, Brussel, 13 juli 2011.

13 www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_ISPP_German_Legal_Opinion_EN.pdf.

14 Comments to the Proposed EU Data Protection Regulation, AGENDA ITEM # 5.1 ATTACHMENT 1, at the meeting of the Monitoring Group (T-DO) of the CoE Anti-Doping Convention at the 28th T-PD plenary meeting (Strasbourg, 19-22 June 2012) Item_5_1_Attach_1_WADA_Comments_to_DP_Regulation-EU_Presidency_FINAL. This position was upheld at the WADA Executive Committee and Foundation Board (Montreal, 17-18 November 2012). [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/TPD\(2012\)Inf.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/TPD(2012)Inf.pdf).

15 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Legitimacy_of_AntiDoping_20090617.pdf.

16 WP 187.

17 Zie bijv.: www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_4.

'The provision must be interpreted strictly and does not cover situations where the processing is not genuinely necessary for the performance of a contract, but rather unilaterally imposed on the data subject by the controller.'¹⁸

Het lijkt er dus op dat ook deze grond niet van toepassing is op de antidopingcontext.

Het WADA wijst in reactie op de eerste opinie van de Artikel 29-werkgroep ook op de wettelijke verplichting als mogelijke verwerkingsgrondslag. Het wees daarbij op de UNESCO Conventie en de Conventie van de Raad van Europa, die door de meeste lidstaten van de EU zijn ondertekend.¹⁹ De Artikel 29-werkgroep merkte in haar opinie op dat de internationale conventies inderdaad als wettelijke basis zouden kunnen worden gezien, in zover 'deze overeenkomsten een bindende wettelijke verplichting opleggen, waaraan de antidopingorganisaties – op grond van de tenuitvoerlegging van artikel 7, onder c), en artikel 8, lid 4, van de richtlijn gegevensbescherming in de lidstaten – als voor de verwerking verantwoordelijken onderworpen zijn'.²⁰

In hoeverre de internationale documenten inderdaad wettelijk bindende rechten en plichten met zich brengen is onduidelijk. Het lijkt erop dat tot dusver, zowel de UNESCO Conventie als de Conventie van de Raad van Europa geen directe werking is toegekend. Evenwel kunnen landen in hun nationale juridische systeem, al dan niet middels doorwerking, wel een dergelijke status aan de regels geven. Daarnaast kunnen landen uiteraard een wet aannemen waarin een National Anti-Doping Organisation (NADO) bijvoorbeeld de wettelijke plicht heeft om gegevens te verwerken over sporters in relatie tot antidopingmaatregelen. Daarbij moet evenwel een tweetal punten worden aangemerkt. Ten eerste moet worden bedacht dat er weliswaar een wettelijke plicht kan zijn voor een NADO om persoonsgegevens te verwerken in de context van antidopingmaatregelen, maar dat de invulling van deze wettelijke plicht voor een groot deel zal moeten geschieden langs de lijnen die WADA heeft uitgestippeld. Daarbij geldt dat deze principes verder kunnen gaan dan de Europese privacyregels en wellicht het vereiste van noodzakelijkheid en proportionaliteit voorschrijven. Hierbij kunnen NADO's in een catch-22-situatie belanden; ze zijn wettelijk verplicht persoonsgegevens te verzamelen in de strijd tegen doping in sport, de invulling daarvan geschiedt grotendeels door de WADA-standaarden, die evenwel niet op alle punten compatibel zullen zijn met de in Europa geldende standaarden. De wettelijke plicht kan evident niet zo worden geïnterpreteerd dat deze zaken vereist die strijdig zijn met Europese rechtsprincipes, maar dit kan met zich brengen dat NADO's in strijd handelen met de WADA-

regels. Hierbij is de vraag of er een wettelijke plicht kan zijn voor een partij om gegevens te verwerken op basis van standaarden die door een private organisatie worden ontwikkeld, zonder dat daar een vorm van democratische controle of legitimatie voor geldt. Zowel de Autoriteit Persoonsgegevens als de Raad van State zijn kritisch over de hybride situatie die hierdoor ontstaat.

Ten tweede vereist de Verordening ten aanzien van deze legitieme verwerkingsgrond dat deze duidelijk en nauwkeurig is, en de toepassing daarvan moet voorspelbaar zijn voor degenen op wie deze van toepassing is.²¹ Antidopingmaatregelen zijn nu juist niet helder en voorspelbaar in hun toepassing, althans voor atleten, omdat dit de effectiviteit van de dopingmaatregelen vergroot. Alhoewel totale rechtszekerheid niet vereist zal zijn, bestaat er nu voor de sporters vrijwel geen duidelijkheid over wie, waar en wanneer zal worden gecontroleerd. Wellicht zullen NADO's om aan deze plicht te voldoen meer openheid van zaken moeten geven over de selectiecriteria die worden gehanteerd bij de controle van atleten.

WADA verwijst tevens naar de vitale belangen van het datasubject, nu de sporter onder meer het fundamentele recht zou hebben om deel te nemen aan een schone sport. 'At the end of the day, our common goal is to protect the fundamental right of every athlete to compete in clean sport.'²² Evenwel wordt een dergelijk belang in Europa nochtans niet erkend als fundamenteel mensenrecht. Alhoewel een sporter die zijn leven opoffert voor de sport er een evident belang bij heeft dat er een level playing field bestaat en hem niet een medaille wordt ontnomen door een drugs gebruikende collega-sporter, moet het vitale belang als bedoeld in de Europese regels vermoedelijk nauwer worden uitgelegd. Overweging 31 van de Richtlijn geeft 'dat de verwerking van persoonsgegevens ook als geoorloofd moet worden beschouwd wanneer zij wordt uitgevoerd ter bescherming van een belang dat voor het leven van de betrokkene essentieel is', en de Verordening spreekt in gelijke termen.²³ Wellicht zou door WADA kunnen worden geopperd dat dopinggebruik door atleten de dood tot gevolg kan hebben en dat zodoende de antidopingmaatregelen wel degelijk een vitaal belang van de atleet dienen. Toch lijkt het erop dat deze grond met name geldt voor het geval dat het datasubject zich niet bewust is van het risico waaraan hij zich onderwerpt en voor noodsituaties, zoals rampen, waarbij het bijvoorbeeld noodzakelijk kan zijn om de NAW-gegevens van personen te verwerken om ze zodoende te kunnen lokaliseren en eventueel te redden.

Daarnaast stelt WADA dat het bij de verwerking van persoonsgegevens in de antidopingcontext met name

18 Artikel 29-werkgroep, 'Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG', 844/14/NL, WP 217, Brussel, 9 april 2014.

19 www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_Legitimacy_of_AntiDoping_20090617.pdf.

20 WP 156.

21 Overweging 31 Richtlijn bescherming persoonsgegevens.

22 www.wada-ama.org/en/media/news/2016-04/wada-and-its-partners-keep-the-spotlight-on-clean-sport-at-2016-sportaccord.

23 Overweging 46 AVG.

gaat om de bescherming van een publiek belang,²⁴ namelijk dat van een schone sport; dat WADA, onder meer door samenwerking met INTERPOL, aan misdaadbestrijding doet en dat een deel van het 'dopingprobleem' 'has changed from being a problem restricted to sports to one of public-health concern'.²⁵ De Artikel 29-werkgroep kan zich vinden in deze grond:

'De Groep is van mening dat artikel 7, onder e), van Richtlijn 95/46/EG een rechtsgrondslag voor de verwerking kan bieden, mits de antidopingorganisaties een publieke status hebben en een duidelijk gedefinieerde publieke taak die hen krachtens de nationale wetgeving toestaat de noodzakelijke gegevens te verwerken om deze taak te vervullen, met inachtneming van de voorschriften van de richtlijn, zoals die in de nationale wetgeving zijn omgezet'.²⁶

De vervulling van een taak van algemeen belang door een overheidsorgaan zou derhalve kunnen gelden als een legitieme verwerkingsgrond; het is ook met name op deze grond dat de Nederlandse regering heeft ingezet met haar thans aanhangige wetsvoorstel.

Het is echter de vraag welke vrijheid de overheid heeft om zaken tot een algemeen belang te verheffen. Enerzijds ligt hier het prerogatief bij de democratische wetgever; als hij meent dat een bepaalde taak een maatschappelijk belang heeft, dient dit in principe te worden gevolgd. Anderzijds bieden rechten, en zeker fundamentele rechten als privacy en gegevensbescherming, nu juist een beperking op de macht van de staat. Het is evident dat een democratische wetgever niet elke willekeurige zaak tot publiek belang kan verheffen, maar welke criteria hiervoor gelden is niet juridisch gespecificeerd. In het onderhavige geval gaat het om een taak die voorheen voornamelijk als particuliere taak werd gezien, namelijk van sportbonden en -federaties die de naleving van hun sportregels op dit punt hadden belegd in een stichting. Zolang het bij dopingovertredingen niet gaat om middelen die via bijvoorbeeld de Opiumwet zijn verboden, of om het produceren van beschermde medische middelen, lijkt hier niet een direct algemeen belang aan verbonden te zijn.²⁷ Anderzijds is het niet ongebruikelijk om sportovertredingen, zoals bijvoorbeeld matchfixing, ook onder het strafrecht te verbieden.²⁸

Daarbij moeten twee recente ontwikkelingen in ogenschouw worden genomen. Ten eerste heeft een flink aantal NADO's eind oktober 2016 opgeroepen tot meer onafhankelijkheid van de antidopingautoriteiten van de sportbonden.²⁹ Kern van dit voorstel is de antidopingmaatregelen in grote mate los te weken van de direct

daarmee gemoeide sportbelangen. Een dergelijke ontwikkeling zou kunnen bijdragen aan het kwalificeren van antidopingmaatregelen als zelfstandig publiek belang. Evenwel moet a contrario worden gesteld dat dit klaarblijkelijk thans nog niet of in onvoldoende mate het geval is, ook in de ogen van deze NADO's, wat betekent dat de antidopingmaatregelen in feite gaan om de naleving van betrekkelijk particuliere standaarden van private organisaties.

Een tweede ontwikkeling is dat WADA voor het eerst in zijn geschiedenis op zoek gaat naar gelden van particulieren en bedrijven.³⁰ Het feit dat zelfs WADA, naast de olympische organisaties, sportbonden en vele NADO's, een private partij is die (deels) opereert op basis van sponsoring, giften en betalingen van bedrijven, roept de vraag op of de Artikel 29-werkgroep in deze omstandigheden nog steeds meent dat het hier mogelijkserwijs gaat om het behartigen van een publieke taak. De centrale, maar lastig te beantwoorden, vraag is hier wanneer de naleving van de interne regels van een private organisatie een publiek belang wordt. Het lijkt in ieder geval dat hier een tamelijk hoge lat voor zou moeten gelden.

Daarnaast kan worden opgemerkt dat twee zaken van het Hof van Justitie van de Europese Unie enige invulling hebben gegeven aan de interpretatie van deze verwerkingsgrondslag, namelijk *Worten*³¹ en met name de zaak *Heinz Huber*. In die laatste zaak ging het om de verplichting van buitenlandse verzekeringsagenten, opererend in Duitsland, om bepaalde persoonsgegevens op te geven. Het HvJ EU stelde in deze zaak onder meer dat een van de doelen van de Richtlijn is het harmoniseren van de gegevensbeschermingsregels in Europa:

'Gelet op het doel, een gelijkwaardige bescherming te bieden in alle lidstaten, kan het begrip noodzakelijkheid zoals dit naar voren komt uit artikel 7, sub e, van richtlijn 95/46, dat een nauwkeurige afbakening wil geven voor een van de gevallen waarin de verwerking van persoonsgegevens geoorloofd is, dus niet een inhoud hebben die verschilt van lidstaat tot lidstaat. Het gaat bijgevolg om een autonoom begrip van het gemeenschapsrecht, dat moet worden uitgelegd op een wijze die volledig beantwoordt aan het doel van de richtlijn zoals omschreven in artikel 1, lid 1'.³²

Het is de vraag of hier in het onderhavige geval aan is voldaan. De beantwoording van de vraag of antidopingmaatregelen een publiek belang dienen en in hoeverre dit eventuele belang de verwerking van persoonsgegevens kan legitimeren verschilt nu juist sterk van land tot land. Zo waarschuwt de Nederlandse antidopingautoriteit ex-

24 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/ArneSymposium.pdf.

25 Het citeert daarbij uit Lancet. wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Does_AntiDopingServePublicInterest_20090617.pdf.

26 WP 162.

27 Overweging 45 AVG.

28 ec.europa.eu/sport/library/studies/study-sports-fraud-final-version_en.pdf.

29 www.reuters.com/article/us-sport-doping-idUSKCN12R0UZ.

30 www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-14/sports-anti-doping-agency-to-look-for-private-funding-for-first-time.

31 HvJ EU 30 mei 2013, C-342/12, ECLI:EU:C:2013:355 (*Worten – Equipamentos para o Lar SA/Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT)*).

32 HvJ EG 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Heinz Huber/Bundesrepublik Deutschland*).

pliciet voor het verregaand testen op amateursporters in België, waar dit klaarblijkelijk als 'noodzakelijk' wordt gekwalificeerd, terwijl dit in Nederland niet of in mindere mate het geval is.³³ Wel moet worden gesteld dat een overweging van de AVG expliciet stelt dat de doorvoer van gegevens in de antidopingcontext in het publiek belang kan zijn, maar dit heeft geen directe toepassing op de verwerking van gegevens,³⁴ waardoor het de vraag is in hoeverre dit uitsluitend biedt.

Tot slot zou eventueel kunnen worden gedacht aan grond (f) van artikel 7 van de Richtlijn en van artikel 6 van de Verordening, waarbij de belangen van het data-subject worden afgewogen tegen die van de dataverwerker. De Raad van State wijst ook op deze grond als mogelijk alternatief voor het publiek belang. In de Richtlijn is vermeld: 'de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de voor de verwerking verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, niet prevaleren.' De Verordening gebruikt grofweg dezelfde bewoording, maar voegt toe dat dit laatste met name het geval is als de betrokkene een kind is. Ook is toegevoegd: 'De eerste alinea, punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken.'³⁵ WADA lijkt evenwel geen beroep te doen op deze grondslag. Ook moet worden gesteld dat als de Dopingautoriteit inderdaad een overheidsinstantie wordt, er geen beroep kan worden gedaan op deze grond. Tot slot is de Artikel 29-werkgroep tamelijk resoluut over de toepasselijkheid van deze verwerkingsgrond:

'De Groep acht het echter zeer onwaarschijnlijk dat antidopingorganisaties hun eigen gerechtvaardigde belang zouden kunnen invoeren als enige rechtsgrondslag (artikel 7, onder f), van de richtlijn). Om een beroep te kunnen doen op deze bepaling, zouden antidopingorganisaties een "privacytest" moeten uitvoeren, waarbij de belangen van de voor de verwerking verantwoordelijke worden afgewogen tegen de fundamentele rechten en belangen van de betrokkenen. De ernst van de inbreuken op de privacy die het gevolg zouden zijn van de bestrijding van doping zoals het WADA die heeft opgezet en uitvoert, zou in dit verband zwaar moeten wegen. De Groep wijst er voorts op dat uitsluitend gegevens mogen worden verwerkt die voor de verwezenlijking van het doel noodzakelijk zijn, en dat dit doel bovendien niet op een minder ingrijpende wijze te verwezenlijken moet zijn.'³⁶

Het lijkt er derhalve op dat deze grondslag geen soelaas zal bieden.

3 Legitieme grondslag voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens

Daarnaast moet worden bedacht dat het bij de verwerking van persoonsgegevens in de antidopingcontext in veel gevallen zal gaan om bijzondere persoonsgegevens. Dit is het geval omdat uit de analyse van bloed- en urine-monsters doorgaans ook medische informatie valt af te leiden, wat in ieder geval zo is bij de Therapeutic Use Exemptions, en omdat onder de Verordening ook genetische en biometrische gegevens onder de definitie van bijzondere gegevens vallen. Onder de Verordening zijn meer legitieme verwerkingsgronden voor bijzondere gegevens vervat dan in de Richtlijn; toch is het de vraag welke legitieme verwerkingsgrond in dit geval kan worden ingeroepen. In ieder geval gaat het hier niet om uitdrukkelijke toestemming, ook zijn de gegevens doorgaans niet uitdrukkelijk openbaar gemaakt door de sporters. De verwerking is niet noodzakelijk voor een rechtsvordering of voor archivering, de bescherming van de vitale belangen van de betrokkene of voor de verwerking door een instantie op politiek, levensbeschouwelijk, godsdienstig of vakbondsgebied en is vermoedelijk ook niet noodzakelijk

'met het oog op de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke of de betrokkene op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheids- en socialebeschermingsrecht, voor zover zulks is toegestaan bij Unierecht of lidstatelijk recht of bij een collectieve overeenkomst op grond van lidstatelijk recht die passende waarborgen voor de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene biedt.'³⁷

Toch lijkt WADA parallellen te trekken met andere werkgever-werknemerverbanden, waarbij de werkgever bepaalde restricties stelt en verplichtingen oplegt:

'Even the consequences of a free decision could only give rise to legislative rules if the results of the consequences would be unethical. This is certainly not the case in the area of combating doping, as is demonstrated by the following comparable considerations: these consequences could not be considered unacceptable or even unethical, for example, in the freedom to choose an occupation or in the social sector: if one considers the effects of job loss if the employed persons would not agree to considerable restrictions of their personal freedom when those restrictions are required for a successful exercising of their occupation: breach of confidence, violations of attendance obligations, establishment, objectivity or financial rules and incompatibility regulations are prerequisites for a denial of practicing a profession. Only the surrender of considerable freedom of rights enables

33 www.dopingautoriteit.nl/dopingcontroles/controles-in-belgie.

34 Overweging 112 AVG.

35 Artikel 6 AVG.

36 WP 162.

37 Artikel 9 lid 2 sub b AVG.

the practice of a profession. Other examples: pilots must submit to a rigorous health check; bus and truck drivers must adhere to strict rest periods; the celibate is the prerequisite to bindingly work as a Catholic priest for the Catholic church. This list could be continued.³⁸

Dit is een interessante gedachte. Evenwel moeten er drie kanttekeningen bij worden geplaatst. Ten eerste gaan de meeste door WADA genoemde voorbeelden om vereisten die een publiek belang beschermen, zoals het waarborgen van de veiligheid van passagiers in bussen en vliegtuigen. Dit lijkt onvergelijkbaar met de antidopingregels, die primair ten doel hebben een level playing field voor sporters te waarborgen. Het celibaat is een betere vergelijking, omdat het hier gaat om een vereiste waaraan de priester zich moet houden wil hij in aanmerking komen voor erkenning door de katholieke kerk, net zoals de sporter zich moet houden aan de regels om in de sportwereld mee te kunnen draaien. De vergelijking gaat echter nog op een andere manier op, wat tot het tweede punt leidt. Een priester is niet in dienst van de katholieke kerk, hij valt onder de zorgplicht van de kerk. Een atleet is doorgaans niet in dienst van een sportbond; bepaalde topsporters krijgen hoogstens toelagen of subsidies. Het is dus sterk de vraag of hier inderdaad arbeidsrechtelijke, socialezekerheidsrechtelijke en/of socialebeschermingsrechtelijke verplichtingen spelen, waaraan de Verordening refereert. Ten derde en tot slot is het onwaarschijnlijk dat de antidopingmaatregelen en de verplichtingen die daaruit voortvloeien in de zin van de Verordening kunnen worden gezien als de uitvoering van verplichtingen op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheids- en socialebeschermingsrecht. Deze verplichtingen volgen uit de interne regels van de sport- en antidopingorganisaties, niet zozeer uit het recht.³⁹

Daarnaast zouden er nog drie gronden uit de aankomende Verordening van belang kunnen zijn voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens:

‘(g) de verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefte doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene; (h) de verwerking is noodzakelijk voor doeleinden van preventieve of arbeidsgeneeskunde, voor de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid van de werknemer, medische diagnoses, het verstrekken van gezondheidszorg of sociale diensten of behandelingen dan wel het beheren van gezondheidszorgstelsels en -diensten of sociale stelsels en diensten, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, of uit hoofde van een overeenkomst met

een gezondheidswerker en behoudens de in lid 3 genoemde voorwaarden en waarborgen; (i) de verwerking is noodzakelijk om redenen van algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid, zoals bescherming tegen ernstige grensoverschrijdende gevaren voor de gezondheid of het waarborgen van hoge normen inzake kwaliteit en veiligheid van de gezondheidszorg en van geneesmiddelen of medische hulpmiddelen, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht waarin passende en specifieke maatregelen zijn opgenomen ter bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene, met name van het beroepsgeheim.⁴⁰

Evenwel is het de vraag of gronden (h) en (i) opgaan.⁴¹ Alhoewel WADA zelf meent dat de volksgezondheid in gevaar komt door dopingactiviteiten in sport, lijkt deze stelling niet onderbouwd door wetenschappelijke feiten of argumenten. Hiervan zou slechts sprake zijn als grote delen van de deelnemers aan amateursporten zich zouden laven aan dopingmiddelen die een gevaar vormen voor de volksgezondheid, en niet slechts een klein aantal van de enkele duizenden topsporters die wereldwijd worden gemonitord op het punt van dopinggebruik. Een dergelijke pandemie lijkt zich voorspeld niet te voltrekken, alhoewel het gebruik van bepaalde steroïden en anabolen in fitnessruimtes wel degelijk hoog is. Eventueel zou een beroep op grond (h) opgaan, maar dit zal slechts zo zijn voor bijvoorbeeld de sportarts die sporters test als zij in dienst zijn bij een sportbond. Dit gaat echter slechts om een zeer beperkt gedeelte van de antidopingmaatregelen in de sportcontext.

Het lijkt erop dat slechts de algemene grond (g) zou kunnen opgaan. Hierbij moet evenwel worden opgemerkt dat het hier, in tegenstelling tot grond (e) van artikel 7 van de Richtlijn en artikel 6 van de Verordening, niet gaat om een ‘gerechtvaardigd belang’ van een verantwoordelijke, maar om een ‘zwaarwegend algemeen belang’. Zelfs al zou derhalve worden aanvaard dat antidopingmaatregelen een publiek belang dienen, waarmee de verwerking van gewone persoonsgegevens zou zijn gelegitimeerd, is het de vraag of het ook een zwaarwegend algemeen belang dient, zeker rekening houdend met het feit dat er over duizenden sporters vele zeer gevoelige gegevens worden verzameld, opgeslagen en vervolgens gedeeld met meerdere derde partijen. Meer in het algemeen is de Artikel 29-werkgroep dan ook sceptisch over de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in de context van antidopingmaatregelen:

‘De Groep heeft ernstige twijfels ten aanzien van de relevantie van de verwerking van gegevens van verschillende van deze categorieën, met name als deze gegevens ook in de ADAMS-database zouden worden opgenomen. De Groep verzoekt het WADA daarom meer informatie te verstrekken, dan wel de relevantie van de mogelijke verwerking van dergelijke gegevens opnieuw te bezien,

38 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_ISPP_German_Legal_Opinion_EN.pdf.

39 Zie ook overweging 52 AVG.

40 Artikel 9 AVG.

41 Overweging 52-54 AVG.

en in artikel 6.2 te specificeren welke significante gegevens in dat kader zullen worden verwerkt. De in artikel 3.2 gegeven definitie omvat bovendien ook genetische kenmerken. De Groep twijfelt aan de legitimiteit en de noodzaak van de verwerking van dergelijke gegevens en verzoekt het WADA te onderzoeken of die verwerking noodzakelijk is. In ieder geval beveelt de Groep aan dat bij de verwerking van deze gegevens een bijzonder hoog beschermingsniveau in acht wordt genomen.⁴²

4 Legitieme grondslag voor de doorvoer van persoonsgegevens

Naast de vraag naar een mogelijke verwerkingsgrondslag is uiteraard ook het principe van het toepasselijk recht en de legitimiteit van internationale gegevensdoorvoer van belang. De Verordening stelt ten aanzien van het toepasselijk recht het volgende:

‘1. Deze verordening is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker in de Unie, ongeacht of de verwerking in de Unie al dan niet plaatsvindt. 2. Deze verordening is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens van betrokkenen die zich in de Unie bevinden, door een niet in de Unie gevestigde verwerkingsverantwoordelijke of verwerker, wanneer de verwerking verband houdt met: a) het aanbieden van goederen of diensten aan deze betrokkenen in de Unie, ongeacht of een betaling door de betrokkenen is vereist; of b) het monitoren van hun gedrag, voor zover dit gedrag in de Unie plaatsvindt. 3. Deze verordening is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens door een verwerkingsverantwoordelijke die niet in de Unie is gevestigd, maar op een plaats waar krachtens het internationaal publiekrecht het lidstatelijke recht van toepassing is.’⁴³

Evident is dat een NADO, MEO of een IF die op EU-grondgebied is gevestigd zich zal moeten houden aan de gegevensbeschermingsregels zoals in de Verordening vervat. Dit geldt ook als er gegevens worden verwerkt over buitenlandse sporters. Ook als bijvoorbeeld de Nederlandse NADO een Braziliaanse NADO verzoekt om namens haar een dopingonderzoek te verrichten, zal de Nederlandse NADO als verantwoordelijke moeten worden aangemerkt en aan de gegevensbeschermingsregels voldoen. Andersom zou de Nederlandse NADO als verwerker zich ook aan vele van de in de Verordening vervatte regels moeten houden. Interessant is de vraag of WADA ook direct onder de Verordening kan vallen, ofwel omdat het goederen of diensten aanbiedt (bijvoorbeeld het ADAMS-systeem), ofwel omdat het gedrag van datasubjecten in de Europese Unie monitort. Enerzijds lijkt hier

inderdaad sprake van te zijn, nu het WADA vereist dat er constant gegevens worden verzameld over de verblijfplaatsen, slaapplekken en bloedwaarden van een select aantal sporters en direct toegang heeft tot deze gegevens. Anderzijds blijkt uit een overweging bij de Verordening dat het hier met name gaat om profileringsactiviteiten die middels het internet worden ontplooid.⁴⁴ Het is dus onduidelijk in hoeverre het WADA ook zelf onder de Verordening zal vallen.

Wellicht belangrijker is de vraag of het doorgeven van persoonsgegevens door organisaties die binnen de EU zijn gevestigd, zoals de NADO's, sportorganisaties en evenementorganisatoren, aan partijen die buiten de EU zijn gevestigd, legitiem is. Daarbij zijn twee landen met name van belang, Zwitserland en Canada, aangezien WADA in beide is gevestigd, omdat ADAMS vanuit Canada wordt beheerd en omdat veel internationale sportfederaties en het CAS gevestigd zijn in Zwitserland. Daarnaast zijn vrijwel alle andere landen ter wereld van belang, omdat de meeste landen een NADO hebben, sporters afvaardigen of er grote sportevenementen worden georganiseerd. Belangrijk is dat de in de Verordening vervatte regels omtrent doorgifte van data aan derde landen niet alleen geldt voor de doorvoer van gegevens naar derde landen buiten de EU als die gegevens worden verwerkt of zijn bestemd om na doorgifte aan een derde land of een internationale organisatie te worden verwerkt, maar dat dit ook geldt voor verdere doorgiften van persoonsgegevens vanuit het derde land of een internationale organisatie aan een ander derde land of een andere internationale organisatie.⁴⁵ Deze bepaling kan verstrekken gevolgen hebben omdat het niet op voorhand duidelijk is welke van de data die worden verstrekt door in de EU gevestigde organisaties aan WADA of die worden geüpload in het ADAMS-systeem uiteindelijk zullen worden doorgevoerd naar derde landen, en of de doorvoer van de gegevens aan een dergelijk land legitiem is. De Verordening blijft dus van toepassing op deze gegevens. Dit noodzaakt WADA wellicht om een gedifferentieerd beleid te voeren ten aanzien van doorvoer van de in ADAMS vervatte gegevens aan derde landen. Wanneer een NADO een andere partij in een ander land toegang geeft tot een profiel of de gegevens van een atleet via ADAMS, dan zal dit vermoedelijk ook als doorvoer hebben te gelden.⁴⁶

De doorvoer van gegevens aan derde landen kan allereerst legitiem zijn als er een adequaatheidsbesluit van de Europese Commissie is ten aanzien van een land. Ten aanzien van Zwitserland is dit inderdaad het geval.⁴⁷ Er bestaat weinig discussie over de vraag of de Zwitserse gegevensverwerkingsstandaarden gelijke waarborgen bieden aan de standaarden die in de EU gelden. Uiteraard moet er wel rekening mee worden gehouden dat recentelijk discussie is geweest over de *Safe Harbour*-uitspraak

42 WP 156.

43 Artikel 3 AVG.

44 Overweging 24 AVG.

45 Artikel 44 AVG.

46 HvJ EG 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Bodil Lindqvist*).

47 2000/518/EC: Commission Decision of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data provided in Switzerland (notified under document number C(2000) 2304), *PbEG* 2000, L 215.

ten aanzien van de Verenigde Staten, ten aanzien waarvan het HvJ EU tot ongeldigheid besloot. De nieuw uitonderhandelde Privacy Shield-overeenkomst zal vermoedelijk wederom worden voorgelegd aan het HvJ EU. Ook ligt het in de lijn der verwachtingen dat meerdere adequaatheidsbesluiten van de Commissie zullen worden getest. Toch lijkt het onwaarschijnlijk dat er fundamentele problemen zullen ontstaan ten aanzien van de doorvoer van gegevens van de EU naar Zwitserland.

Ingewikkelder ligt het bij de doorvoer van gegevens naar Canada. De Commissie heeft ook ten aanzien van Canada besloten dat er een passend beschermingsniveau wordt geboden.⁴⁸ Dit geldt evenwel alleen voor verwerkingen die worden gedekt door de Canadian Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPED Act of PIPEDA). Deze wet heeft slechts een beperkte reikwijdte:

‘The Canadian Act, does not apply to government organisations to which the Federal Privacy Act applies or that are subject to public sector privacy legislation at the provincial level. Similarly, it does not apply to non-profit and charitable organisations unless they engage in activities of a commercial nature such as the bartering and selling of donors lists.’⁴⁹

De Privacy Commissioner in Canada heeft hierover het volgende gesteld:

‘The WADA headquarters are in Montreal and the ADAMS tool, which is available to anti-doping organisations throughout the world, is operated by OSI Consulting under the management of WADA in Montreal. Any organisation carrying out an activity in accordance with Article 1525 of the Civil Code of Quebec is subject to the Quebec Act respecting the protection of personal information in the private sector. We are therefore able to inform you that WADA and the ADAMS database are governed by this Quebec act. The federal Personal Information Protection and Electronic Documents Act would apply to ADAMS, which is operated by OSI Consulting, when personal data are processed outside the province of Quebec.’⁵⁰

De Artikel 29-werkgroep vat dit samen als dat PIPEDA niet op het WADA, maar mogelijk wel op ADAMS van toepassing is omdat het in het laatste geval gaat om een

commerciële onderneming, terwijl het WADA zelf een non-profitorganisatie is. In de ogen van de werkgroep is zelfs de toepasselijkheid van PIPEDA op het ADAMS-systeem echter twijfelachtig.⁵¹

Ten aanzien van de toepasselijkheid van PIPEDA is de nodige discussie geweest. Zo meldde Reuters begin 2015 dat Europese landen hadden aangedrongen op een verplaatsing van WADA van Canada naar Europa.⁵² Dit is voorts nog voorkomen doordat het WADA heeft gelobbyd voor de amendering van PIPEDA, waardoor het als nog onder de wet valt.

‘Specifically, section 4 of PIPEDA (which sets out the application of the Act) is being amended to provide that the Act applies to organizations listed in Schedule 4, in respect of the personal information that is referred to in the Schedule. The amendment creates Schedule 4 and includes WADA in respect of personal information that the organization collects, uses or discloses in the course of its inter-provincial or international activities. The amendment also gives the Governor in Council the authority to amend the Schedule by Order. WADA specifically requested this amendment so that they could clearly demonstrate their commitment to privacy to governments and athletes worldwide.’⁵³

Dit amendement is inmiddels inderdaad in werking getreden, zodat WADA ook onder PIPEDA valt.⁵⁴

Het moet derhalve worden aangenomen dat het delen van persoonsgegevens met WADA, onder meer middels ADAMS, en het doorvoeren van persoonsgegevens naar Zwitserland en Canada legitiem is. Daarnaast kan gegevensdoorvoer geoorloofd zijn naar organisaties gevestigd in andere landen buiten de EU als daar een toepasselijke adequaatheidsbeslissing voor geldt; dit is thans slechts het geval voor delen van de gegevensdoorvoer naar: Andorra, Argentinië, Faeröe Eilanden, Guernsey, Israël, Isle of Man, Jersey, New Zealand, de Verenigde Staten van Amerika en Uruguay.⁵⁵ Voor het overgrote gedeelte zal er dus een andere grondslag moeten worden gevonden. Evenwel is een adequaatheidsbeslissing⁵⁶ niet de enige mogelijkheid om datadoorvoer te legitimeren.⁵⁷ Dit kan op basis van het bestaan van passende waarborgen,⁵⁸ zoals bindende bedrijfsvoorschriften.⁵⁹ Aangaande de bedrijfsvoorschriften moet worden opgemerkt dat WADA een standaard heeft uitgegeven voor het delen van infor-

48 2002/2/EC: Commission Decision of 20 December 2001 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data provided by the Canadian Personal Information Protection and Electronic Documents Act (notified under document number C(2001) 4539), *PbEG* 2002, L 002.

49 ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/third-countries-faq/index_en.htm.

50 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Letter_Federal_200904_EN.pdf.

51 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf.

52 www.reuters.com/article/us-doping-canada-headquarters-idUSKBN0NB2CJ20150420.

53 www.fin.gc.ca/pub/c59/03-eng.asp. Zie ook: www.parl.gc.ca/Content/HOC/Committee/412/FINA/WebDoc/WD7992837/412_FINA_C-59_Briefs%5COfficeOfThePrivacyCommissionerOfCanada-e.pdf.

54 laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-8.6/page-14.html#h-29.

55 ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm.

56 Artikel 45 AVG.

57 Artikel 29-werkgroep, ‘Werkdocument over een gemeenschappelijke interpretatie van artikel 26, lid 1, van Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995’, 2093-01/05/NL, WP 114, Brussel, 25 november 2005.

58 Artikel 46 AVG.

59 Artikel 47 AVG.

matie tussen verschillende partijen in de antidopingcontext⁶⁰ en zijn eigen privacystandaarden in de ISPPPI heeft vervat. Deze bieden echter niet dezelfde standaarden als in Europa gelden; het is derhalve onwaarschijnlijk dat deze als basis kunnen gelden voor een legitieme doorvoer van gegevens. Ook bestaat er geen informatie over mogelijke verdere Binding Corporate Rules die tussen de verschillende partijen zijn afgesproken. Bij de bindende bedrijfsafspraken moet het ook gaan om een gezamenlijk economisch doel, wat in dit verband niet waarschijnlijk is.

Daarnaast kan mogelijkwerwijs een beroep worden gedaan op het bestaan van passende waarborgen. Deze kunnen volgens de Verordening niet slechts bestaan als er dergelijke Binding Corporate Rules zijn afgekondigd of als gelijksoortige afspraken zijn gemaakt tussen de overheden. Dit kan ook in bepaalde omstandigheden het geval zijn als de toezichthoudende autoriteit hiermee heeft ingestemd⁶¹ of als er standaardbepalingen inzake gegevensbescherming door de Commissie zijn vastgesteld.⁶² Van geen van beide lijkt in het onderhavige geval sprake. Ook is er geen goedgekeurde gedragscode, samen met bindende en afdwingbare toezeggingen van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker in het derde land om de passende waarborgen, onder meer voor de rechten van de betrokkenen, toe te passen⁶³ of een goedgekeurd certificeringsmechanisme, samen met bindende en afdwingbare toezeggingen van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker in het derde land om de passende waarborgen, onder meer voor de rechten van de betrokkenen, toe te passen.⁶⁴

Hiermee is de kous echter nog niet af.⁶⁵ Er staat tot slot een aantal uitzonderingen in de Verordening vermeld, op basis waarvan gegevens naar derde landen mogen worden doorgevoerd.⁶⁶ Namelijk, allereerst, in het geval de betrokkene uitdrukkelijk met de voorgestelde doorgifte heeft ingestemd, na te zijn ingelicht over de risico's die dergelijke doorgiften voor hem kunnen inhouden. Hieromtrent kan een soortgelijke discussie worden gevoerd als ten aanzien van toestemming als mogelijke verwerkingsgrondslag, een discussie die ook daadwerkelijk gevoerd is door het WADA en de Artikel 29-werkgroep.⁶⁷ Hetzelfde geldt in wezen voor de overeenkomst tussen atleet en internationale organisatie als basis voor een legitieme gegevensdoorvoer, met als uitzondering de weinig voorkomende situatie dat er een werknemer-werkgeverrelatie bestaat, in welk geval de Artikel 29-werkgroep bereid is dit als legitieme verwerkingsgrondslag te accepteren. WADA lijkt deze grond dan ook te verwerpen, omdat er simpelweg te veel partijen bij de gegevensdoorvoer betrokken zijn:

'The suggestion that data transfer contracts could be applied to the thousands of data transfers, involving multiple parties, that arise in the anti-doping context lacks any grounding in reality. Personal data on individual athletes may need to be shared with anti-doping authorities in any country where the athlete trains or participates in competitions. As a result, the number of contracts between all European and non-European anti-doping authorities and laboratories would number in the thousands. Given that non-European authorities are often public authorities, there is little likelihood that they would agree to such contracts. As a result, insisting on the use of transfer contracts would completely paralyze anti-doping efforts worldwide.'⁶⁸

Ook de andere in de Verordening genoemde uitzonderingsgronden lijken in dit geval niet op te gaan, zoals dat de doorgifte noodzakelijk is voor de sluiting of de uitvoering van een in het belang van de betrokkene tussen de verwerkingsverantwoordelijke en een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon gesloten overeenkomst, dat de doorgifte noodzakelijk is voor de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering, dat de doorgifte noodzakelijk is voor de bescherming van de vitale belangen van de betrokkene of van andere personen, indien de betrokkene lichamelijk of juridisch niet in staat is zijn toestemming te geven, of als de doorgifte is verricht vanuit een register dat volgens het Unierecht of lidstatelijk recht is bedoeld om het publiek voor te lichten en dat door eenieder dan wel door iedere persoon die zich op een gerechtvaardigd belang kan beroepen, kan worden geraadpleegd.⁶⁹

Toch zijn er twee mogelijke gronden die op zouden kunnen gaan. Ten eerste vermeldt de Verordening de situatie waarin er geen adequaatheidsbesluit van toepassing is, er geen passende waarborgen zijn en er geen uitzondering kan worden ingeroepen. Dan mag de doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land of een internationale organisatie alsnog plaatshebben als

'de doorgifte niet repetitief is, een beperkt aantal betrokkenen betreft, noodzakelijk is voor dwingende gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke die niet ondergeschikt zijn aan de belangen of rechten en vrijheden van de betrokkene, en de verwerkingsverantwoordelijke alle omstandigheden in verband met de gegevensdoorgifte heeft beoordeeld en op basis van die beoordeling passende waarborgen voor de bescherming van persoonsgegevens heeft geboden. De verwerkingsverantwoordelijke informeert de toezichthoudende autori-

60 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_adams_user_agreement_ado_version_2015.pdf.

61 Artikel 46 lid 3 AVG.

62 Overeenkomstig artikel 93 lid 2 AVG.

63 Overeenkomstig artikel 40 AVG.

64 Overeenkomstig artikel 42 AVG.

65 www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_Statement_WP29_EN.pdf.

66 Artikel 49 AVG.

67 www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_AntiDopingInternationalTransfers_20090617.pdf.

68 www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf.

69 Artikel 49 AVG.

teit over de doorgifte. De verwerkingsverantwoordelijke informeert de betrokkene, behalve over de in de artikelen 13 en 14 bedoelde informatie, ook over de doorgifte en de door hem nagestreefde dwingende gerechtvaardigde belangen.⁷⁰

Het is echter om meerdere redenen de vraag of deze grond opgaat. In wezen is dit een echo van grond (f) van artikel 6 AVG, ten aanzien waarvan werd geconcludeerd dat die niet van toepassing was op de antidopingcontext. Daarnaast is het de vraag of de belangen van het WADA en de andere hiermee gemoeide organisaties inderdaad een aan het datasubject overstijgend belang hebben. Dit wordt door de Artikel 29-werkgroep in ieder geval ontkend.

Dan blijft als enige mogelijke verwerkingsgrond over dat de doorgifte noodzakelijk is wegens gewichtige redenen van algemeen belang, aangezien anders dan ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens, de wettelijke verplichting niet als grondslag geldt voor de internationale doorvoer van persoonsgegevens. Over de toepasselijkheid van dit vereiste op de context van antidoping is wederom een lange discussie gevoerd door de Artikel 29-werkgroep en het WADA. De werkgroep is wederom sceptisch ten aanzien van het inroepen van deze exceptie, toen nog onder de Richtlijn:

‘It would be very difficult to apply the derogation of article 26(1), (d) for the transfer of data on “important public interest ground”. A simple public interest justification would not suffice; it must be a question of an important public interest. This important public interest should be identified as such by the national legislation applicable to data controllers established in the EU.’⁷¹

WADA kon zich ook op dit punt niet vinden in de visie van de Artikel 29-werkgroep en stelde daarbij onder meer: ‘Article 26(1)(d) does not require the public interest to be “identified” by a national law’ en ‘we reject the insinuation that anti-doping does not serve an important public interest, and question the Working Party’s competence to decide the question’.⁷²

De Verordening vereist evenwel expliciet dat ‘bedoelde openbaar belang moet zijn erkend bij een Unierechtelijke of nationaalrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is’.⁷³ Anderzijds lijkt de Verordening zelf de strijd tegen doping als een dergelijk belang te kwalificeren in een van de overwegingen:

‘Die afwijkingen dienen met name te gelden voor gegevensdoorgiften die nodig zijn op grond van gewichtige redenen van algemeen belang, zoals internationale gege-

vensuitwisselingen tussen mededingingsautoriteiten, belasting- of douanediens ten, financiële toezichthoudende autoriteiten, diensten met bevoegdheid op het gebied van de sociale zekerheid of de volksgezondheid, bijvoorbeeld (...) met het oog op de terugdringing en/of uitbanning van doping in de sport.’⁷⁴

Of een overweging uit de Verordening zelf als Unierechtelijke bepaling heeft te gelden is onduidelijk, aangezien overwegingen geen zelfstandige juridische status hebben, maar slechts kunnen worden gebruikt voor de inkleuring van materiële bepalingen in de juridische documenten van de EU.

Daarbij moeten tot slot nog drie punten worden opgemerkt, twee die door de Artikel 29-werkgroep zijn gemaakt en een die door een WADA-adviseur is ingebracht. Ten eerste vindt de werkgroep dat grootschalige en herhaaldelijke gegevensdoorvoer beter niet op basis van uitzonderingsclausules (in plaats van een adequaatheidsbeslissing of het bestaan van passende waarborgen) kan geschieden. De uitzonderingen gelden voor ‘specifieke gevallen’, bijvoorbeeld als een NADO ten aanzien van één atleet aan een andere NADO vraagt om de verblijfplaatsgegevens voor een specifiek tijdslot door te geven, om zo de atleet te kunnen testen. Dit geldt echter niet voor structurele gegevensdoorvoer vanuit bijvoorbeeld een Europese NADO naar een in een derde land gevestigde NADO of IF. Ook lijkt de gegevensdoorvoer via ADAMS hier niet onder te vallen. Ten tweede meent de Artikel 29-werkgroep dat de uitzonderingen ‘doorgaans worden toegestaan voor gevallen waarin de risico’s voor de betrokkenen wier gegevens worden verwerkt relatief klein zijn, of waarin andere belangen prevaleren boven het recht van de betrokkenen op privacy en andere grondrechten. Deze bepalingen moeten restrictief worden geïnterpreteerd, zodat de uitzondering niet de regel wordt.’⁷⁵ Een laatste punt wordt gemaakt door een adviseur van WADA zelf, die erop wijst dat gegevensverwerking en -doorvoer in Europa aan de regels van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zal moeten voldoen. Dit geldt ook voor Zwitserland.⁷⁶ Alhoewel het EHRM over het algemeen geen strengere regels hanteert ten aanzien van de gegevensdoorvoer dan de Europese Unie, zullen de in Zwitserland opererende organisaties wel aan deze regels moeten voldoen. Dat geldt ook voor de regels uit de in 1981 door de Raad van Europa afgekondigde Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.⁷⁷ De onder het EVRM geldende principes van noodzakelijkheid en proportionaliteit moeten dus ook in deze context in acht worden genomen.

70 Artikel 49 AVG.

71 WP 162.

72 www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf.

73 Artikel 49 lid 4 AVG.

74 Overweging 112 AVG.

75 WP 162.

76 wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADC-Legal-Opinion-on-Draft-2015-Code-3.0-EN.pdf.

77 Raad van Europa, European Treaty Series, No. 108, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28 januari 1981.

5 Conclusie

In deel 1 van dit artikel, dat in een vorige editie van *Privacy & Informatie* verscheen, werd duidelijk dat er veel gegevens worden verzameld over sporters. Enkel van hen worden daarbij onderworpen aan de verplichting om gegevens op te geven over hun verblijfplaats. Ook is er van enkele atleten een biologisch paspoort vervaardigd. De meeste gegevens die worden verwerkt zijn aan te merken als persoonsgegevens en een substantieel deel daarvan zal bestaan uit gevoelige gegevens. Deze gegevens worden met een flink aantal partijen gedeeld en deze bevinden zich in feite over de hele wereld. De gegevens worden voor lange periodes bewaard en in voorkomende gevallen gedeeld met handhavingsorganisaties, zoals de politie en de douane. De organisaties die toegang hebben tot deze gegevens zijn veelal private organisaties, zoals het WADA, de sportfederaties en de organisatoren van grote sportevenementen. De antidopingregels zijn in feite te zien als interne regels en standaarden van verenigingen, clubs en stichtingen.

In dit deel van het artikel is de gegevensverwerking die plaatsheeft in de antidopingcontext besproken in het licht van de aankomende Algemene verordening gegevensbescherming. Ten eerste is bekeken welke legitieme verwerkingsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens kan worden ingeroepen, daarna hoe dit vraagstuk moet worden beantwoord ten aanzien van de verwerking van zogenoemde bijzondere persoonsgegevens en tot slot is de legitimiteit van de gegevensdoorvoer naar derde landen, buiten de EU, besproken. Duidelijk is dat het niet eenvoudig zal zijn een legitieme grondslag te vinden voor deze drie typen verwerkingen. In het derde deel van dit artikel zal dit ook worden gelegd naast de nu in de Tweede Kamer aanhangige Wet uitvoering antidopingbeleid.

Ten aanzien van gewone persoonsgegevens is het duidelijk dat de verwerking in ieder geval niet kan worden gestoeld op de toestemming van het datasubject of op een contractuele relatie. Ook het invoeren van het vitale belang van het datasubject of een beroep op de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke zal waarschijnlijk niet slagen. Dan blijven er nog twee mogelijke gronden over, namelijk het geval waarin de verwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust en het geval waarin de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen. Het valt niet uit te sluiten dat deze gronden van toepassing kunnen zijn op de antidopingcontext; wel is zeker dat er ten aanzien van beide gronden nog serieuze vragen moeten worden beantwoord. In feite worden de regels voor het verwerken van persoonsgegevens in de antidopingcontext gesteld door een internationale, privaatrechtelijke organisatie: WADA. Hoe wenselijk is het om het naleven van deze regels tot een wettelijke plicht te maken? Idem is het de vraag hoe wenselijk het is om het

naleven van interne regels van privaatrechtelijke organisaties tot een algemeen belang te verheffen. Waarom zou een overheidsorganisatie op de naleving van dergelijke regels moeten toezien? En hoe staat het met de democratische invloed en controle op de totstandkoming van de regels die door WADA worden gegeven? Is het bestrijden van doping in de sport werkelijk een algemeen belang?

Ten aanzien van de verwerking van bijzondere gegevens zal het waarschijnlijk niet eenvoudiger zijn een geschikte verwerkingsgrondslag te vinden. Er is geen uitdrukkelijke toestemming van de atleet en ook hier zal het invoeren van het vitale belang van het datasubject waarschijnlijk geen soelaas bieden. Het gaat hier niet om een vereniging of stichting die op politiek, levensbeschouwelijk, godsdienstig of vakbondsgebied werkzaam is, noch heeft de atleet de persoonsgegevens openbaar gemaakt. Het gaat hier niet om archivering van persoonsgegevens in het algemeen belang of om de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering. Het gaat niet om de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke of de betrokkene op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheids- en socialebeschermingsrecht en ook niet, of slechts in zeer beperkte mate, namelijk mogelijk slechts in zoverre atleten in dienst zijn in de zin van een arbeidsrechtelijke relatie, om doeleinden van preventieve of arbeidsgeneeskunde. Ook ten aanzien van de verwerking van bijzondere persoonsgegevens lijken slechts twee gronden voor de hand te liggen. Ten eerste wanneer de verwerking noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene. Ten tweede als het gaat om een verwerking die noodzakelijk is om redenen van algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid, zoals bescherming tegen ernstige grensoverschrijdende gevaren voor de gezondheid of het waarborgen van hoge normen inzake kwaliteit en veiligheid van de gezondheidszorg en van geneesmiddelen of medische hulpmiddelen, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht waarin passende en specifieke maatregelen zijn opgenomen ter bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene, met name van het beroepsgeheim. Ook hierbij is echter een aantal vragen te stellen. Ten aanzien van het publiek belang gelden dezelfde overwegingen die eerder zijn besproken, waarbij aanvullend moet worden opgemerkt dat het met betrekking tot bijzondere persoonsgegevens zelfs moet gaan om een zwaarwegend algemeen belang. Daarnaast is het zeer de vraag of dopinggebruik in sport over de hele linie daadwerkelijk een gevaar zal vormen voor de volksgezondheid.

Ten derde is besproken de legitimiteit van de doorvoer van persoonsgegevens. Hierbij ontstaat een divers beeld. De doorvoer naar Canada, alwaar WADA's hoofdkantoor

staat en vanwaaruit ADAMS wordt gemanaged, en naar Zwitserland, waar WADA, het CAS en veel internationale sportfederaties zijn gevestigd, moet in principe als legitiem worden gekwalificeerd, aangezien er een adequaatheidsbesluit voor deze landen geldt. Dit geldt evenzo voor een beperkt aantal andere landen in de wereld. Voor het overgrote deel van de landen geldt er echter geen adequaatheidsbesluit. Dit is van belang omdat veel partijen via ADAMS en middels andere wegen toegang kunnen krijgen tot gegevens over Europese atleten, terwijl er in de landen waar deze partijen gevestigd zijn niet altijd een adequaat gegevensbeschermingsregime geldt. Eventueel zou een dergelijke doorvoer kunnen worden gelegitimeerd op basis van passende waarborgen, zoals Binding Corporate Rules of de toepasselijkheid van Standard Data Protection Clauses, maar van beide lijkt in dit geval geen sprake te zijn. Wel kan een beroep worden gedaan op de in de Verordening genoemde uitzonderingen, in het bijzonder het publieke belang dat met de doorvoer van persoonsgegevens in de antidopingcontext kan zijn gemoeid. In een overweging van de AVG staat immers expliciet dat deze uitzonderingsgrond van toepassing kan zijn in de antidopingcontext. Of een overweging uit de Verordening zelf als Unierechtelijke bepaling heeft te gelden is onduidelijk, aangezien overwegingen geen zelfstandige juridische status hebben, maar slechts kunnen worden gebruikt voor de inkleuring van materiële bepalingen in de juridische documenten van de EU. Belangrijker is om hierbij op te merken dat de uitzonderingen alleen gelden voor ‘specifieke gevallen’, bijvoorbeeld als een NADO ten aanzien van één atleet aan een andere NADO vraagt om de verblijfplaatsgegevens voor een specifiek tijdslot door te geven, om zo de atleet te kunnen testen. Dit geldt echter niet voor structurele gegevensdoorvoer vanuit bijvoorbeeld een Europese NADO naar een in een derde land gevestigde NADO, IF of MEO. Ook lijkt de gegevensdoorvoer via ADAMS hier niet onder te vallen. De uitzondering voor het doorvoeren van persoonsgegevens in het algemeen belang lijkt derhalve slechts een klein deel van de gegevensdoorvoer te kunnen legitimeren.

Kortom, er zijn nog de nodige hobbels voor het legitimeren van de verwerking van gewone en bijzondere persoonsgegevens en de doorvoer daarvan naar landen buiten de Europese Unie. Het derde deel van dit artikel, dat in een volgende editie van *Privacy & Informatie* zal verschijnen, zal een nadere beschouwing geven van de rechten van atleten onder het gegevensbeschermingsregime, de plichten van data verwerkende antidopingorganisaties en de vraagstukken omtrent noodzakelijkheid en proportionaliteit. De punten die in dit deel en het derde deel van dit artikel zijn gevonden zullen in het derde deel ook kort worden besproken aan de hand van het wetsvoorstel Wet uitvoering antidopingbeleid.