

from the mere failure to comply with an order of payment, but from a violation of anti-doping rules which the athlete did not succeed in excluding or excusing.

This decision is sound and welcomed, as it makes clear that it will not be easy for athletes to take advantage of the «Matuzalem» decision to challenge «normal» and justi-

fied sanctions, such as the one at stake in the case at hand. The decision clarified that after the Matuzalem case, in which the award was annulled because an open-ended ban would be incompatible with public policy, the Swiss Supreme Court will not easily admit a public policy infringement for any kind of doping bans<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> In this sense, see also NATHALIE VOSER/AILEEN TRUTTMANN, SWISS Supreme Court confirms restrictive approach towards public policy issues in sports disciplinary cases, available at: [http://www.swlegal.ch/getdoc/0076a95e-cd04-4b5b-afce-728084a3d818/2013\\_Nathalie-Voser\\_Aileen-Truttman\\_Swiss-Sup-\(1\).aspx](http://www.swlegal.ch/getdoc/0076a95e-cd04-4b5b-afce-728084a3d818/2013_Nathalie-Voser_Aileen-Truttman_Swiss-Sup-(1).aspx) (12 August 2014).

## Le passeport biologique de l'athlète et les droits fondamentaux

Rocco Taminelli, Bellinzona\*

### 1. L'origine du passeport biologique de l'athlète (ABP)

Ces deux dernières décennies, l'Union Cycliste Internationale (UCI) a toujours été à l'avant-garde dans la lutte contre le dopage. C'est elle qui la première a introduit les contrôles sanguins et les contrôles croisés urinaires et sanguins; c'est encore elle qui la première a imposé à ses athlètes de pointe la compilation des formulaires de localisation, pour faciliter les contrôles hors compétition. Pour finir, c'est elle qui est à l'origine du Passeport biologique de l'Athlète (ABP, Athlete Biological Passport).

Avant de rentrer dans les particularités techniques de l'ABP, il est opportun de rappeler que ce programme (avant d'être une méthode, c'était et c'est encore un programme), dans les intentions de l'UCI, n'était pas pensé comme étant une méthode de sanction directe, mais plutôt comme un programme de prévention qui devait permettre d'un côté de prévenir des maladies génétiques des coureurs, notamment cardiaques, et de l'autre de mieux cibler les contrôles antidopage. En 2008 encore, l'UCI n'avait pas prévu que l'application de l'ABP puisse porter à autre chose qu'une simple décision de «no start» pendant une période de 15 jours:

*«le Comité Directeur de l'UCI, qui se réunira les 12 et 13 juin prochain à Copenhague, prendra des décisions au sujet de l'intégration formelle du passeport biologique dans le règlement antidopage et l'introduction d'une nouvelle règle d'interdiction de départ («no start»). Le nouveau «no start» permettrait d'interdire le départ à un coureur pour une durée de 15 jours si une valeur sanguine présente des anomalies par rapport à ses valeurs antérieures» (all. n. 3)<sup>1</sup>.*

Ce n'est que par la suite, avec le développement d'un logiciel spécifique, que le système de l'ABP est devenu un véritable instrument de lutte contre le dopage et qu'il a été incorporé dans les normes de l'agence mondiale antidopage (AMA)<sup>2</sup>. L'évolution de l'ABP l'a amené, comme nous

le verrons par la suite, à devenir un système de sanction directe impropre – comme il peut être défini – presque à l'instar d'un résultat d'analyse positif. C'est justement cette évolution qui se heurte en quelque sorte aux principes fondamentaux qui doivent régir tout procès et toute procédure équitable.

### 2. Le système du passeport biologique de l'athlète (ABP)

L'ABP est fondé sur un profil hématologique, propre à chaque athlète<sup>3</sup>, élaboré sur la base de résultats de contrôles sanguins permettant d'établir les limites individuelles de chacun pour trois paramètres hématologiques: la concentration d'hémoglobine (exprimée en g/dL ou g/L, «HGB»), le pourcentage de réticulocytes (exprimé en valeur absolue, «RET») et l'index de stimulation ou «Off-Score» (qui exprime le rapport entre les deux valeurs précédentes).

La concentration d'HGB est en principe relativement stable pour chaque individu en absence de conditions pathologiques. Elle subit chez les sportifs, notamment les sportifs d'endurance, des variations plus importantes: elle est légèrement plus élevée dans les périodes de repos et décroît pendant les périodes d'effort intense et prolongé, en particulier si ceux-ci durent pendant plusieurs jours, notamment lors de courses par étapes ou de périodes d'entraînement intense. Ceci est dû au phénomène dit «hyper volémie» qui se manifeste lors d'un effort physique

DA-ABP-Operating-Guidelines\_v4.0-EN.pdf (30 mars 2014). Elles ont pour but d'aider les organisations antidopage à se doter d'un cadre réglementaire et technique pour poursuivre les violations des règles antidopage, conformément à l'article 2.2 du Code mondial antidopage et pour cibler efficacement les contrôles à l'aide des variables biologiques. La première partie en effet est composée de lignes directrices qui expliquent le concept de l'ABP et donnent des indications aux organisations à propos de comment l'appliquer. La deuxième partie par contre est constituée de documents techniques comprenant les protocoles obligatoires auxquels les organisations antidopage qui choisissent d'appliquer le programme du Passeport biologique de l'Athlète doivent se conformer.

<sup>3</sup> Le profil de chaque athlète est conservé électroniquement par l'autorité antidopage (TAS 2010/A/2178 Pietro Caucchioli c. CONI & UCI, par. 5).

\* L'auteur est avocat à Bellinzona.

<sup>1</sup> Communiqué de presse 6 juin 2008 de l'UCI qui était jadis à trouver sur [www.uci.ch](http://www.uci.ch).

<sup>2</sup> Notamment les «Lignes directrices opérationnelles pour le Passeport biologique de l'Athlète», à trouver sur [www.wada-ama.org/Documents/Science\\_Medicine/Athlete\\_Biological\\_Passport/WA](http://www.wada-ama.org/Documents/Science_Medicine/Athlete_Biological_Passport/WA)

prolongé et intense, ce qui engendre un volume sanguin compensatoire qui fait baisser la concentration d'HGB.

Les réticulocytes sont des jeunes globules rouges; leur taux dans le sang exprime l'activité de production de globules rouges par la moelle, celle qui est nommée l'«érythropoïèse médullaire». Les RET s'élèvent quand la moelle osseuse fait un effort de régénération, comme notamment dans le cas d'une hémorragie aiguë.

La valeur Off-Score est calculée sur la base des valeurs d'HGB et RET: un indice très haut signale que la valeur des RET est disproportionnellement basse par rapport à la valeur de HGB; au contraire, un indice bas indique que la valeur des RET est particulièrement élevée par rapport à la valeur de HGB, ce qui arrive notamment dans les cas de perte de sang importante (condition pathologique avec hémorragie ou hémolyse), mais aussi dans le cas d'une transfusion.

Le laboratoire antidopage de Lausanne, en collaboration avec l'UCI, a développé un logiciel, en fait un programme d'élaboration statistique, qui permet, sur la base des résultats des analyses, d'établir une fourchette de valeurs considérées physiologiques pour chaque athlète. Pour développer ce programme statistique, il a naturellement été nécessaire d'avoir des paramètres de référence; en effet, l'ABP est basé sur des valeurs individuelles et sur des variations intra-individuelles. Une *variation* individuelle, par rapport au propre profil de l'athlète utilisé comme référence, doit avoir à son tour un *paramètre de référence*, pour qu'on puisse conclure que cette même variation n'est pas physiologique. Ce qui manque, et ce que les promoteurs de l'ABP n'ont pas fourni jusqu'ici, ce sont justement ces paramètres de référence; comme nous le verrons par la suite, c'est seulement lors d'une audience devant le TAS qu'on a pu savoir quelle était la population de référence utilisée pour déterminer la fourchette de variation hématologique, au-delà de laquelle la variation, indiquée par le logiciel de l'ABP, est considérée comme étant anormale. À la connaissance de l'auteur de cet article, il n'y pas eu de publications qui fournissent ces données.

Dans le cas de variations significatives par rapport aux valeurs ainsi établies, ayant une probabilité de 99,9 % d'être anormales, telles que calculées par le logiciel de l'ABP, on considère ces variations comme étant vraisemblablement non physiologiques. L'autorité antidopage soumet alors le profil ABP de l'athlète à un collège d'experts, qu'elle a elle-même nommés ou désignés exprès pour les évaluations des profils ABP, afin de procéder à une première évaluation.

La formation d'experts reçoit alors le dossier complet, quoique anonyme, de l'athlète concerné et doit, en premier lieu, procéder à une évaluation de la fiabilité des analyses et par la suite à une interprétation qualitative des résultats, qui porte sur la vraisemblance des causes susceptibles de les

expliquer et sur le contexte dans lequel ils ont été obtenus. Pour ce faire, les experts doivent notamment considérer l'impact des différentes phases du programme sportif de l'athlète: phase de préparation intense, période de compétition, éventuellement course par étapes, phase de régénération, de repos, ou même vacances. Lorsqu'ils décident à l'unanimité que l'usage d'une substance ou d'une méthode interdite est la cause hautement vraisemblable de ces résultats, ils émettent un rapport en ce sens.

L'autorité antidopage soumet alors le profil ABP, avec l'avis des experts, à l'athlète, pour qu'il puisse donner des explications quant à ces variations significatives.

Les explications de l'athlète sont par la suite soumises à une sélection de trois experts de l'ABP, pour qu'ils jugent si celles-ci sont suffisantes pour justifier ces variations significatives.

Si les experts confirment que la cause la plus vraisemblable pour expliquer ces variations reste, malgré les explications de l'athlète, l'usage d'une substance ou d'une méthode interdite, l'autorité antidopage ouvre alors une procédure pour violation des règles antidopage, ou demande à l'autorité disciplinaire nationale de l'athlète de la faire, lorsque c'était une autorité internationale qui avait examiné le profil ABP de l'athlète.

C'est alors que la procédure disciplinaire commence, et c'est alors que certaines anomalies procédurales se manifestent. Mais, arrivés à ce point, il faut faire un pas en arrière, du côté du Code mondial antidopage, promulgué par l'AMA (CMA).

### 3. Une irrégularité du profil ABP est une violation de l'art. 2.2 du CMA

Les cas d'ABP sont soumis à l'application de l'art. 2.2 du CMA qui interdit l'«Usage ou tentative d'usage par un sportif d'une substance interdite ou d'une méthode interdite». En effet, cette norme est en quelque sorte une disposition subsidiaire pour les cas qui ne peuvent pas être traités conformément à l'art. 2.1 «Présence d'une substance interdite, de ses métabolites ou de ses marqueurs dans un échantillon fourni par un sportif», justement parce qu'il n'a pas été possible de détecter une substance prohibée, mais où il y a néanmoins des éléments suffisants pour conclure qu'un athlète s'est dopé.

La pratique dopante que l'ABP essaye de cerner est celle qui rentre sous le champ d'application des interdictions prévues par la section M1 de la liste des interdictions émises par l'AMA<sup>4</sup>, sous le titre «Manipulation de sang ou

<sup>4</sup> La liste des interdictions 2014 est à trouver sur le site internet de l'AMA, à l'adresse : [www.wada-ama.org/Documents/World\\_An](http://www.wada-ama.org/Documents/World_An)

de composant sanguins», et qui interdit notamment «L'administration ou réintroduction de n'importe quelle quantité de sang autologue, allogénique (homologue) ou hétérologue ou de globules rouges de toute origine dans le système circulatoire» (chiffre 1) et «L'amélioration artificielle de la consommation, du transport ou de la libération de l'oxygène incluant, sans s'y limiter, les produits chimiques perfluorés, l'éfaproxiral (RSR13) et les produits d'hémoglobine modifiée (par ex. les substituts de sang à base d'hémoglobine, les produits à base d'hémoglobines réticulées), mais excluant la supplémentation en oxygène.» (chiffre 2).

On peut observer que le chiffre 2 mentionne également les produits dopants qui améliorent artificiellement le transport d'oxygène, et donc la prise d'EPO exogène qui est déjà interdite par la section S2 de la même liste d'interdictions<sup>5</sup>.

### 4. La charge de la preuve et le degré de la preuve en matière de dopage

L'art. 3.1 CMA fixe que la charge de la preuve, quant à l'infraction aux normes antidopage, incombe à l'autorité antidopage.

Ce même art. 3.1 CMA dispose que le degré de la preuve requis dans tous les cas, devra être plus important qu'un juste équilibre de probabilités, mais moins qu'une preuve au-delà de tout doute raisonnable. En d'autres termes, le standard de certitude doit être haut, plus haut qu'en droit civil et presque aussi haut qu'en droit pénal: il s'agit en effet d'infliger des sanctions qui peuvent avoir des conséquences extrêmement graves pour les athlètes visés par la procédure<sup>6</sup>. Le respect des normes de procédure d'analyse et la non équivocabilité des résultats sont donc essentiels, voire indispensables, pour la sauvegarde du principe de l'équité<sup>7</sup>.

ti-Doping\_Program/WADP-Prohibited-list/2014/WADA-prohibited-list-2014-FR.pdf (30 mars 2014); par rapport à la liste 2013 elle ne se différencie, pour ce qui est des premiers deux points de la section M1, que par l'introduction d'un adjectif en plus, sans pour autant que le sens en soit modifié.

<sup>5</sup> MASSIMO COCCIA, *The Athlete Biological Passport: Legal And Scientific Aspects*, ISLR 2013, 9 ss.

<sup>6</sup> CAS 99/A/223; CAS 2000/A/281; CAS 98/211; TAS 98/214 et CAS 98/222; pour des cas de EPO: CAS 2001/A/343, TAS 2002/A/358 et CAS/2002/A/452; à propos de la marge de certitude pour l'EPO, différent que pour l'Aranesp CAS 2002/A/374; PHILIPPE ROCHAT/SOPHIE CUENDET, Ce que les parties devraient savoir lorsqu'elle procèdent devant le TAS, dans: Antonio Rigozzi/Michele Bernasconi (eds.), *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport*, CAS & FSA/SAV Conference Lausanne 2006, Berne 2007, p. 45 ss, p. 69).

<sup>7</sup> CAS 98/184 par. 16 ss.

Par ailleurs, ce même art. 3.1 CMA, assouplit le degré de la preuve lorsque le CMA impose à un sportif, ou à toute autre personne présumée avoir commis une violation des règles antidopage, le fardeau du renversement de cette présomption ou d'établir des circonstances ou des faits spécifiques. Dans ces cas, le degré de preuve est établi par la prépondérance des probabilités, sauf dans les cas prévus aux articles 10.4<sup>8</sup> et 10.6<sup>9</sup>, où le sportif doit satisfaire à une charge de la preuve plus élevée.

Par le principe de la responsabilité objective lors du dépistage d'une substance interdite dans un échantillon (art. 2.1.1 CMA<sup>10</sup>), les normes antidopage fixent de fait la présomption de dopage dans le cas d'un contrôle avec résultat positif ou dans les cas où l'usage d'une méthode interdite est prouvé. C'est donc l'athlète qui doit démontrer l'absence de faute ou de négligence de sa part, en démontrant aussi de quelle façon la substance interdite est entrée dans son organisme (art. 10.5 CMA<sup>11</sup>). Ce principe, cette présomption de dopage, avait suscité un large débat lors de son introduction, du moment qu'il portait de fait une atteinte au principe de la présomption d'innocence, valable dans le droit pénal, et qui par conséquent doit valoir aussi dans les procédures disciplinaires. Après être passé par le banc d'essai de plusieurs instances judiciai-

<sup>8</sup> Annulation ou réduction de la période de suspension liée à des substances spécifiées dans certaines circonstances: ce qui est possible lorsqu'un sportif ou une autre personne peut établir pour lui de quelle manière une substance spécifiée s'est retrouvée dans son organisme ou en sa possession, et que cette substance spécifiée ne visait pas à améliorer la performance du sportif, ni à masquer l'usage d'une substance améliorant la performance.

<sup>9</sup> Circonstances aggravantes pouvant augmenter la période de suspension: lorsque l'organisation antidopage établit, dans un cas particulier portant sur une violation des règles antidopage qui n'est pas prévue à l'article 2.7 (Trafic ou Tentative de Trafic) ou à l'article 2.8 (Administration ou tentative d'administration), qu'il existe des circonstances aggravantes justifiant l'imposition d'une période de suspension supérieure à la sanction standard, la période de suspension applicable sera portée à un maximum de quatre (4) ans, à moins que le sportif ou l'autre personne ne puisse prouver à la satisfaction de l'instance d'audition qu'il ou elle n'a pas violé sciemment la règle antidopage.

<sup>10</sup> Le texte de cet article est le suivant: «Il incombe à chaque sportif de faire en sorte qu'aucune substance interdite ne pénètre dans son organisme. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention, la faute, la négligence ou l'usage conscient de la part du sportif pour établir la violation des règles antidopage pour cause d'usage d'une substance interdite ou d'une méthode interdite.»

<sup>11</sup> S'il démontre une absence totale de faute ou de négligence, le sportif verra sa sanction annulée (art. 10.5.1 CMA); s'il démontre une absence de faute ou de négligence significative, sa sanction sera réduite (art. 10.5.2 CMA).

res<sup>12</sup>, il s'était finalement imposé comme étant la seule possibilité de lutter efficacement contre le dopage. Il ne reste pas moins une entorse, inévitable certes, mais toujours une entorse au principe de la présomption d'innocence.

Si la présomption en faveur de l'autorité antidopage, dans les cas de contrôles positifs, est vite établie lorsque, justement, il y a un résultat positif, dans les cas d'ABP, l'autorité antidopage reste tenue à démontrer chaque élément objectif à la charge de l'athlète<sup>13</sup>, ce qui évidemment reste bien plus complexe.

Au-delà du principe de la responsabilité objective, le CMA ne prévoit aucune présomption particulière pour l'ABP et donc, du moins théoriquement, dans les cas d'ABP, exception faite pour l'élément subjectif, la charge de la preuve reste intacte et à l'encontre de l'autorité antidopage. Nous verrons par la suite que la pratique est quelque peu différente.

## 5. L'application de l'ABP dans la jurisprudence du TAS

Dans une décision très controversée, qui avait en quelque sorte anticipé l'application de l'ABP, le TAS avait déjà eu à traiter d'un cas dans lequel l'autorité antidopage, qui procédait contre l'athlète, avait fondé son action sur des valeurs hématologiques apparemment anormales de l'athlète en question. Il s'agit de la sentence qui concernait la patineuse allemande Claudia Pechstein (décision 25 novembre 2009, CAS 2009/A/1912 P. c. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e. V. (DESG) c. International Skating Union (ISU); par la suite décision Pechstein). En considération du fait que la charge de la preuve incombait à l'autorité antidopage, la Formation du TAS avait précisé que celle-ci devait démontrer les éléments suivants:

1. les échantillons de sang qui ont servi de base pour le profil hématologique de l'athlète ont été recueillis correctement;
2. la présence d'une 'chain of custody' fiable, du lieu de prélèvement jusqu'au laboratoire;

<sup>12</sup> La décision la plus connue est probablement celle qui est communément dénommée «Meca-Medina», rendue par la Cour Européenne de Justice le 18 juillet 2006 (Case C-519/04; Recueil 2006 I-6991).

<sup>13</sup> CAS 2009/A/1912 P. c. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e. V. (DESG) c. International Skating Union (ISU), par. 113; CAS 2005/C/841, CONI, par. 84.

3. l'appareil utilisé pour les contrôles est un équipement fiable pour enregistrer correctement les valeurs hématologiques de l'athlète;
4. la fiabilité de la transmission et de la conservation de ces valeurs par l'autorité d'antidopage en question;
5. les valeurs hématologiques de l'athlète présentent une évidence suffisante quant à l'usage d'une méthode interdite de la part de l'athlète<sup>14</sup>.

Après un défilé d'experts impressionnant, pas moins d'une douzaine, appelés d'une part et d'autre, la Formation avait conclu à la culpabilité de l'athlète, en fondant sa décision sur des valeurs extrêmement hautes de RET<sup>15</sup> que celui-ci n'avait pas pu justifier à la satisfaction de la Formation du TAS<sup>16</sup>. C'était donc la première fois que le TAS admettait une preuve de dopage indirecte, c'est-à-dire que c'était la première fois que l'autorité antidopage n'avait pas eu à démontrer la présence d'une substance dopante ou, par d'autres moyens (confession, appel en cause, résultat d'une enquête pénale, ...), d'une pratique illicite, mais pouvait se contenter de démontrer les effets d'une – indéterminée – pratique dopante.

Avant l'application effective d'un cas d'ABP, le TAS avait encore une fois eu l'occasion de se pencher sur un cas de variation de valeurs hématologiques soi-disant suspects. C'est un cas intéressant, par ce qu'il nous rappelle celui qui a été à l'origine de l'ABP.

Un des premiers à avoir eu l'idée de mettre en place un système de contrôle et de suivi du profil hématologique de ses athlètes a été le Team Manager d'une équipe cycliste (Team CSC), Bjarne Riis. En 2007, il avait chargé un physicien danois de mettre en place un suivi des contrôles sanguins pour toute l'équipe. D'autres équipes, avant que ne le fasse l'UCI, avaient par la suite suivi son exemple. A un moment donné, une de celles-ci avait licencié avec

<sup>14</sup> CAS 2009/A/1912 P. c. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e. V. (DESG) c. International Skating Union (ISU), par. 113. Communément cette décision est indiquée comme étant la première décision du TAS à avoir affronté la question de l'ABP; ceci n'est que partiellement vrai. Cette décision avait reconnu la possibilité de considérer des irrégularités dans un profil hématologique comme élément à charge de l'athlète, mais techniquement les paramètres de l'ABP n'avaient pas été appliqués.

<sup>15</sup> Il s'agissait de trois valeurs de RET autour de 3.5 (3.49, 3.54 et 3.38) qui n'étaient pas justifiables ni d'un point de vue de la variabilité interindividuelle, ni encore moins du point de vue de la variabilité infra-individuelle de l'athlète en question (CAS 2009/A/1912 P. c. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e. V. (DESG) c. International Skating Union (ISU), par. 170 – 190).

<sup>16</sup> CAS 2009/A/1912 P. c. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e. V. (DESG) c. International Skating Union (ISU), par. 210.

effet immédiat un coureur, en communiquant publiquement que ce licenciement aurait été justifié par des valeurs sanguines irrégulières. Le coureur avait contesté auprès du TAS<sup>17</sup> son licenciement et avait eu gain de cause. Il s'agissait du coureur cycliste de nationalité russe Vladimir Gusev (décision du 15 juin 2009, TAS 2008/O/1643 Vladimir Gusev c/Olympus Sàrl). La Formation du TAS avait retenu que l'équipe n'avait pas démontré de manière juridiquement probante que les résultats des analyses médicales de l'athlète constituaient une violation des règles fixées par l'AMA ou l'UCI. Outre cette appréciation à propos du profil sanguin, la Formation avait aussi considéré que l'équipe n'avait pas respecté de son côté le contrat qu'elle avait signé avec le coureur. Celui-ci prévoyait en effet que si l'équipe avait une raison de suspecter qu'un coureur faisait usage de drogues ou de substances dopantes, ledit coureur pouvait être envoyé auprès d'un laboratoire d'analyse certifié pour y être soumis aux examens nécessaires. Or, tout en ayant des suspicions à propos de l'athlète, l'équipe n'avait pas procédé à des analyses de contrôle, mais avait résilié immédiatement le contrat.

Le TAS a donc eu à s'occuper des premiers cas effectifs d'application de l'ABP. A chaque fois, la Formation en charge a admis la méthode de dépistage indirecte de dopage, qui se concrétise justement par application de l'ABP, c'est-à-dire qu'il a été admis que l'autorité antidopage pouvait se contenter de démontrer les effets du dopage, sans besoin de démontrer une pratique dopante spécifique<sup>18</sup>.

Déjà lors de la première affaire effective d'ABP, qui concernait le coureur cycliste italien Pietro Caucchioli, le TAS avait, par décision du 8 mars 2011, estimé en effet que l'application rigoureuse de l'ABP mis en place par l'UCI pouvait être considérée comme un moyen fiable pour le dépistage indirect d'actes de dopage<sup>19</sup>.

Ceci avait été confirmé par une décision du TAS d'un mois plus tard, le 21 avril 2011<sup>20</sup>. Dans ce cas l'athlète avait été acquitté par l'instance nationale (slovène), qui avait retenu comme convaincants les arguments de l'athlète, lequel, en soutien à ses arguments, avait aussi man-

daté une statisticienne pour mettre en doute les calculs du logiciel de l'ABP. L'UCI avait donc interjeté recours au TAS. Devant le TAS, tant l'UCI, en tant qu'autorité antidopage, que l'athlète avaient fait comparaître plusieurs experts pour soutenir leurs thèses respectives. La Formation du TAS avait décidé de ne pas s'appuyer sur l'avis d'experts indépendants et d'évaluer elle-même les avis de ceux mandatés par les parties. Tout en reconnaissant de ne pas avoir de compétences scientifiques particulières et tout en rappelant le principe de droit romain selon lequel c'est au juge d'apprécier les expertises versées au dossier (*iudex peritus peritorum*), la Formation, comme cela avait déjà été le cas dans l'affaire précédente, n'avait donc pas considéré nécessaire de requérir l'expertise d'un scientifique indépendant. Elle était de l'avis que, tout en respectant les dispositions de charge et degré de la preuve, elle pouvait se rallier à l'avis du panel d'experts de l'UCI, du moment que celui-ci se basait de manière conséquente sur les faits et qu'il lui semblait tout à fait convaincant. De plus, la Formation avait rejeté les arguments de la défense, selon lesquels la formation d'experts porté par l'UCI agissait en quelque sorte en tant qu'avocats ou accusateurs («advocates, or even accusers»); elle était de l'opinion que l'UCI elle-même n'avait rien à gagner en exagérant l'extension du fléau du dopage dans son sport. Ni elle, ni ses experts n'avaient donc quelque chose à gagner de la condamnation des athlètes<sup>21</sup>.

Le 15 juin 2011, le TAS avait émis une autre décision de culpabilité sur la base de l'ABP, en confirmant encore une fois qu'une application rigoureuse du système antidopage de l'ABP mis en place par l'UCI pouvait être considérée comme un moyen fiable pour le dépistage indirect d'actes de dopage. Il s'agissait du coureur cycliste italien Francesco De Bonis, qui avait recouru au TAS contre une sentence de culpabilité du Tribunale Nazionale Antidoping (TNA)<sup>22</sup>. À la charge de M. De Bonis, l'UCI disposait aussi d'un échantillon sanguin qui présentait la substance interdite CERA<sup>23</sup>; du moment qu'il n'existait pas d'échantillon B, l'accusa-

<sup>21</sup> CAS 2010/A/2235 UCI c. Tadei Valjavec & Olympic Committee of Slovenia, par. 79 s.

<sup>22</sup> CAS/2010/A/2174 Francesco De Bonis c. CONI & UCI, par. 9.8

<sup>23</sup> Continuous erythropoietin receptor activator, dit aussi EPO de 3ème génération. Il s'agit d'une solution pour injection qui comprend un principe actif proche de l'EPO qui contient en fait du Méthoxy polyéthylène glycol-Epoétine bêta. Ce médicament est disponible en flacon et en seringue pré-remplie, à différents dosages, pour utilisation stricte médicale. À différence de l'EPO classique, qui nécessitait d'être injecté tous les deux ou trois jours, avec le CERA une injection toutes les mois ou deux semaines suffisent. La molécule de la CERA est suffisamment grosse pour qu'elle ne puisse pas passer dans les urines, et au début peu de tests étaient en état de détecter.

tion de l'UCI ne se fondait toutefois pas sur ce résultat anormal, qui était indiqué seulement comme étant un élément de plus à charge du coureur. La défense du coureur s'était opposée à l'utilisation de ce résultat et, de manière correcte, la Formation du TAS n'avait par conséquent pas retenu cet élément comme étant décisif, tout en fondant la culpabilité de l'athlète sur la variabilité de son profil ABP seulement.

Le jour avant la sentence De Bonis, le 14 juin 2011, le TAS avait émis une autre sentence d'ABP à l'encontre du coureur cycliste italien, Franco Pellizzotti. Ce cas mérite une attention particulière par le fait qu'il a été porté jusqu'au Tribunal fédéral, où plusieurs griefs ayant trait aux droits fondamentaux avaient été soulevés.

Sur la base de l'avis de trois de ses experts de l'ABP, confirmé après la prise de position de l'athlète, en mai 2010, l'UCI avait demandé au bureau du procureur antidopage du Comité Olympique italien (CONI) d'ouvrir une procédure à son encontre. Devant le Tribunale Nazionale Antidoping (TNA), le Bureau du Procureur antidopage et l'UCI avaient présenté quatre expertises, signées par les trois experts qui avaient déclaré le profil de l'athlète comme étant anormal. De son côté, la défense de M. Pellizzotti, avec son expert qui était un professeur en hématologie de renom, avait d'un côté contesté le fait que les variations du profil ABP ne fussent pas physiologiques, et de l'autre côté avait mis en évidence toute une série d'irrégularités analytiques et pré-analytiques. Le TNA avait alors chargé son propre expert, lui aussi professeur en hématologie de renom, de fournir un avis indépendant. Celui-ci avait admis les explications de M. Pellizzotti et de sa défense, et avait conclu que les variations du profil ABP pouvaient être considérées comme étant physiologiques. Au terme d'une audience très animée, dans laquelle un des trois experts (celui de langue italienne) et le médecin chef de l'UCI participaient pour l'UCI et le bureau du procureur antidopage, alors que l'athlète était accompagné de son expert, le TNA avait finalement acquitté le coureur en suivant les indications de son expert indépendant<sup>24</sup>.

L'UCI n'avait pas accepté le verdict du TNA et avait donc recouru au TAS. Elle y avait déployé les gros moyens: outre les expertises de ses trois experts de l'ABP, elle en avait produite deux autres qui confirmaient les conclusions des trois experts de l'ABP. Tous ce beau monde<sup>25</sup> avait donc

fait le déplacement pour participer à l'audience, à laquelle l'athlète avait amené le même professeur en hématologie ainsi qu'un expert supplémentaire, déjà directeur d'un laboratoire antidopage accrédité, pour mettre en évidence les (nombreuses) erreurs analytiques et pré-analytiques déjà signalées dans les expertises.

Sans le recours à une expertise indépendante, la Formation du TAS s'était laissé convaincre par la pléthore d'experts de l'UCI et avait renversé la décision du TNA en condamnant M. Pellizzotti.

Les critiques circonstanciées quant à la fiabilité des résultats avait été balayée avec une application erronée de l'art. 3.2 du CMA, qui prévoit que les laboratoires accrédités par l'AMA sont présumés avoir effectué l'analyse des échantillons et respecté les procédures de la chaîne de sécurité conformément au standard international pour les laboratoires<sup>26</sup>. La Formation avait simplement indiqué qu'après avoir évalué les avis des experts, elle était de l'opinion que l'athlète n'était pas parvenu à prouver que d'éventuelles irrégularités secondaires auraient pu raisonnablement causer l'anormalité de son ABP<sup>27</sup>. En effet, cette présomption, prévue par l'art. 3.2 du CMA, ne vaut que dans les cas d'un résultat d'analyse anormal<sup>28</sup>, et donc de ce que l'on définit communément comme résultat positif. Du moment que, dans les cas d'ABP, il n'y a pas de résultat positif, l'UCI, en tant qu'autorité antidopage, aurait dû supporter une charge de la preuve intacte, et aurait dû par conséquent prouver tous les éléments déjà indiqués par le TAS comme étant des conditions essentielles pour que l'on puisse parler d'une violation des règles antidopage sur la base de variations d'un profil hématologique<sup>29</sup>.

Par la suite, la Formation du TAS avait examiné les résultats du profil ABP de l'athlète et, en s'appuyant sur les conclusions des experts de l'UCI, avait conclu que le

<sup>26</sup> L'athlète peut renverser cette présomption en démontrant qu'un écart par rapport aux standards applicables a pu raisonnablement avoir causé un résultat d'analyse anormal; l'organisation antidopage a alors le devoir de prouver que cet écart n'est pas à l'origine du résultat anormal en cause.

<sup>27</sup> TAS 2010/A/2308 et TAS 2011/A/2335 UCI c. Pellizzotti, FCI, CONI, par. 56.

<sup>28</sup> À l'annexe 1 «Définitions», le CMA définit de la sorte un résultat d'analyse anormal: «Résultat d'analyse anormal: Rapport d'un laboratoire ou d'une autre entité reconnue par l'AMA qui, en conformité avec le Standard international pour les laboratoires et les documents techniques connexes, révèle la présence dans un échantillon d'une substance interdite ou d'un de ses métabolites ou marqueurs (y compris des quantités élevées de substances endogènes) ou l'usage d'une méthode interdite.»

<sup>29</sup> CAS 2009/A/1912 P. c. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e. V. (DESG) c. International Skating Union (ISU), par. 113.

profil présentait des variations qui ne pouvaient pas être considérées comme étant physiologiques. La Formation avait donc conclu que l'athlète aurait commis une violation des normes applicables qui interdisent l'usage d'une méthode interdite<sup>30</sup> et, en particulier, de la méthode M.1 «amélioration du transport d'oxygène» de la liste des interdictions AMA<sup>31</sup>.

La défense de Pellizzotti avait aussi critiqué le manque d'indépendance des experts ABP de l'UCI, qui étaient rémunérés par ses soins et qui, tant quand ils doivent évaluer la deuxième fois le profil de l'athlète sur la base de ses explications, qu'au moment où ils interviennent à l'audience, sont en fait appelés à juger leur propre travail. La Formation du TAS avait écarté ce grief en indiquant que le premier avis des experts était donné sur la base d'un profil anonyme, et que le deuxième ne porterait pas sur le même objet du premier. Le premier avis porterait en effet sur un examen quantitatif et statistique des données et donc sur la probabilité d'anormalité, alors que le deuxième porterait sur un examen qualitatif et contextuel, et donc sur l'évaluation des causes vraisemblables de l'anormalité. Ce qui au demeurant reste inexpliqué, c'est le critère qui fait qu'un profil ABP plutôt qu'un autre soit soumis pour examen aux experts; ce manque de transparence spécifique a déjà été objet de critiques dans plusieurs débats à propos de l'ABP.

Un autre grief de la défense de Pellizzotti, qui est resté complètement ignoré par la Formation, était le fait que, dans les affaires d'ABP, l'accusation reste tout à fait générique: dans le cas d'espèce, elle avait formulé des hypothèses – autotransfusion, apport de micro-doses d'EPO – sans s'être déterminée de façon définitive pour l'une ou pour l'autre, ou même pour les deux hypothèses. Néanmoins, la Formation a conclu que l'athlète avait commis une violation des normes applicables qui interdisent l'usage d'une méthode interdite et en particulier de la méthode M.1 («amélioration du transport d'oxygène» de la liste des interdictions de l'AMA).

Pour terminer, la défense de Pellizzotti avait critiqué le fait que, dans cette procédure, tout comme dans les autres de l'ABP par ailleurs, l'UCI, en tant qu'autorité antidopage, usurpait en quelque sorte la présomption de dopage, une fois qu'elle avait émis une notification de violation potentielle des normes antidopage sur la base de l'interprétation de l'ABP. Il y avait en effet en quelque sorte un renversement de la charge de la preuve, dans le sens que c'était

l'athlète qui devait fournir des explications pour justifier comme étant physiologiques les variations de son profil sanguin. L'avis de trois experts de l'autorité antidopage, à la solde de l'autorité antidopage, s'élève à présomption de dopage, au même niveau d'un résultat d'analyse anormal, d'un cas de positivité. Dans ces cas, pour être blanchi de l'accusation de dopage, l'athlète doit démontrer l'absence de faute ou de négligence de sa part, en expliquant aussi de quelle manière la substance interdite est entrée dans son organisme (art. 10.5 CMA), dans le cas d'ABP, l'athlète doit également démontrer avant tout que les variations de son profil sont physiologiques. Dans le cas Pellizzotti, il a été possible de vérifier que le degré de certitude que l'athlète devait apporter était si élevé qu'il était quasiment impossible à atteindre, tout au moins sans que la Formation du TAS ne se dote d'un expert indépendant pour la guider dans l'interprétation des nombreuses expertises. Un tel degré de certitude ne devrait par ailleurs pas être requis à un athlète: en effet, comme nous l'avons vu, le CMA, à l'art. 3.1, assouplit le degré de la preuve lorsque il impose à un sportif, ou à toute autre personne présumée avoir commis une violation des règles antidopage, la charge de renverser la présomption ou d'établir des circonstances ou des faits spécifiques. Dans ces cas, le degré de preuve est établi par la prépondérance des probabilités<sup>32</sup>.

## 6. Certains principes de droit fondamentaux dans l'application de l'ABP

À titre préliminaire, il faut noter que l'application des principes fondamentaux qui garantissent également les droits fondamentaux des athlètes est donnée, en premier lieu, par la Convention du Conseil de l'Europe contre le dopage du 16 novembre 1989<sup>33</sup>, ratifiée par un grand nombre d'Etats européens. L'art. 7 all. 2 lit. d de cette dernière dispose en effet que les Etats parties à la Convention s'engagent à encourager «leurs organisations sportives à clarifier et à harmoniser leurs droits, obligations et devoirs respectifs, en particulier en harmonisant leurs pro-

<sup>32</sup> Sauf dans les cas prévus aux articles 10.4 et 10.6, où le sportif doit satisfaire à une charge de la preuve plus élevée.

<sup>33</sup> Cette Convention a été ratifiée aussi par la Suisse (RS 0.812.122.1). Par conséquent, le fait qu'elle soit appliquée pour ce qui est du respect des droits fondamentaux des parties dans les procédures sportives disciplinaires, notamment en matière de dopage, devrait être garanti, au moins d'un point de vue théorique, par le fait que les décisions du TAS sont sujettes à recours devant le Tribunal fédéral helvétique, et que celui-ci devrait, toujours d'un point de vue théorique, vérifier que ces droits ne soient pas violés.

cédures en appliquant les principes internationalement reconnus de la justice naturelle et en garantissant le respect des droits fondamentaux des sportifs.» De manière encore plus significative, il est à relever que la Convention internationale [de l'UNESCO] contre le dopage dans le sport du 19 octobre 2005<sup>34</sup> – par laquelle les Etats ont adopté le Code mondial antidopage élaboré par l'Agence mondiale antidopage – précise de façon très claire que cette adoption est faite «se référant aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme.»

Parmi les principes fondamentaux à examiner dans le contexte de l'ABP il y a sans doute le principe *in dubio pro reo*, garanti par l'art. 6 § 2 CEDU<sup>35</sup>. Ce principe est en effet violé dans les cas d'une répartition erronée de la charge de la preuve. Dans une décision de principe, le Tribunal fédéral helvétique<sup>36</sup> (par la suite TF) avait constaté que le principe *in dubio pro reo* concernait aussi la répartition de la charge de la preuve, et non seulement l'appréciation de la preuve<sup>37</sup>. Pour le TF, c'est l'autorité chargée de l'instruction de l'affaire qui doit prouver la culpabilité de l'accusé, et non pas celui-ci qui doit prouver son innocence. Le principe est donc violé lorsque le juge condamne un accusé pour le seul fait qu'il n'est pas parvenu à prouver son innocence. En connaissant bien les juges, le TF a précisé que c'est rare que ceux-ci motivent expressément une condamnation par la seule motivation selon laquelle l'accusé n'est pas parvenu à prouver son innocence. Pour cette raison, le TF a rappelé que la présomption d'innocence est aussi violée quand il apparaît, au vu de l'ensemble des circonstances de la décision, que le juge est parti de l'opinion erronée que l'accusé aurait dû prouver son innocence et qu'il l'a donc condamné par le seul fait qu'il n'était pas parvenu à le faire. Le TF a ainsi rejoint la Cour des Droits de l'Homme qui, en poussant néanmoins un peu plus loin ce même concept, affirme que la présomption d'innocence est déjà violée lorsque dans son raisonnement le juge indique que l'accusé devait prouver un fait dans un cas dans lequel il n'avait pas la charge de la preuve<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Ratifiée par la Suisse le 23 octobre 2008 (RS 0.812.122.2).

<sup>35</sup> Garanti aussi par l'art. 32 al. 1 Const. (RS 101).

<sup>36</sup> Comme nous l'avons déjà indiqué, ce Tribunal est en quelque sorte le garde des sceaux du TAS, du moment que sa première Cour de droit civile est l'instance attitrée pour les recours contre les sentences du TAS justement.

<sup>37</sup> ATF 120 la 31, 36. Cette décision se référerait à une affaire pénale; néanmoins, pour ce que nous avons affirmé quant aux conséquences des condamnations disciplinaires pour dopage, il se justifie sans autre de transposer ces conclusions aussi dans celles-ci.

<sup>38</sup> PIERRE CORNU, *Présomption d'innocence et charge de la preuve*, RJ 2004, p. 44 s; BERNARD CORBOZ, *In dubio pro reo*, RIB 1993, p. 417.

Il est vrai que les fondements et les garanties qui valent dans le procès pénal ne peuvent pas être traduits tels quels dans le droit du sport; toutefois, le TF, en décidant sur recours contre des sentences disciplinaires en matière de dopage, a déjà eu à affirmer qu'il faut considérer que ces procédures ont un caractère de sanction extrêmement affligeant, d'un niveau similaire et parfois même plus lourd que celui que peuvent avoir les procédures pénales:

«La recevabilité du recours de droit public suppose, en outre, que le tribunal arbitral ait statué sur des points de droit et non pas uniquement sur l'application de règles du jeu, lesquelles ne se prêtent pas en principe à un contrôle juridique (ATF 118 II 15 ss consid. 2, ATF 108 II 19 ss consid. 3, 103 la 412 consid. 3b). Tel est bien le cas en l'occurrence. Le retrait de prix en espèces atteignant le total non négligeable de 40.000 marks environ, lié à la disqualification avec effet rétroactif de toutes les épreuves au cours desquelles ces prix ont été gagnés, de même que la suspension de compétitions équestres internationales – mesure qui affecte indubitablement la sphère personnelle et économique d'un cavalier professionnel – vont bien au-delà de simples sanctions destinées à assurer le déroulement correct d'un jeu et constituent de véritables peines statutaires qui portent atteinte aux intérêts juridiques de celui qu'elles touchent et qui peuvent, de ce fait, être soumises à un contrôle judiciaire (ATF 108 II 21 consid. 3; KUMMER, *op.cit.*, p. 48 ss; JOLIDON, *FS Kummer*, p. 651 ss; le même, *Le droit du sport en Suisse*, in: RS. 86/1990, p. 389 ss; le même, *Ordre sportif et ordre juridique*, in: RJB 127/1991, p. 213 ss, 231; OSWALD, *op.cit.*, p. 71 ss).»<sup>39</sup>

En effet, il ne faut pas oublier que si le droit du sport bénéficie d'une compétence presque exclusive pour la discipline du sport en soi, ce qui vaut aussi pour la lutte contre le dopage, toutefois, quand il s'agit des limitations des droits de la personne, nous sommes d'avis que des limites s'imposent. Notamment quand les limitations du droit de la personne atteignent une intensité particulière, il faut considérer les principes généraux de droit public et écarter les règles sportives qui violent la personnalité.

L'application de l'ABP en tant que moyen de détection de dopage, et notamment dans la jurisprudence du TAS, telle que nous l'avons expérimenté jusqu'ici, est susceptible de violer plusieurs droits fondamentaux, notamment celui du droit d'être entendu et celui de la charge de la preuve, et par conséquent du principe *in dubio pro reo*.

En premier lieu, il y a le fait que la gestion du système de l'ABP est faite directement et de façon exclusive par l'autorité antidopage, sans que la défense de l'athlète puisse en quelque sorte y avoir accès, ou même seulement connaître

<sup>39</sup> ATF 119 II 271, consid. 3 c), 280 s.

les paramètres qui y sont employés, du moment que ceux-ci n'ont jamais été rendus publics.

En effet, le logiciel de l'ABP, celui qui en premier, une fois que les données hématologiques de l'athlète y sont insérées, détermine le pourcentage de probabilité que les variations ne soient pas physiologiques, n'est pas accessible. Il n'est pas mis à disposition ni de la défense, ni encore moins du monde scientifique qui s'était jusqu'ici penché à examiner les variations des paramètres hématologiques des sportifs en général, en s'exprimant, de façon plus ou moins élogieuse ou critique, sur l'ABP. La seule fois où il a été possible de savoir quelque chose à propos des paramètres de ce logiciel, notamment de la population de référence qui est à été utilisée pour déterminer la fourchette des variations tolérables, ce fut au cours de l'audience devant le TAS du cas Pellizzotti, le 2 mars 2011<sup>40</sup>. À cette occasion, les quelques privilégiés présents ont pu apprendre que la population de référence était composée de quelque 1'500 sportifs, tous sports et niveaux confondus, qui pratiquaient ou non des sports d'endurance, et qu'elle était composée en grande partie de joueurs de football. Il n'y avait aucun coureur cycliste<sup>41</sup>, car dans le groupe qui avait été considéré au début, et qui effectivement présentait une fourchette de variations hématologiques bien plus importantes que la moyenne des autres, il y avait eu des cas de dopage. Tous le groupe avait donc été écarté<sup>42</sup>.

Les experts qui sont appelés à interpréter le profil de l'athlète, une fois que le logiciel de l'ABP a émis la première «sentence» d'irrégularité à propos de ce même profil, sont nommés et sont à la solde de la même autorité antidopage qui a décidé de mettre sur la sellette un profil plutôt qu'un autre<sup>43</sup>. Il est donc évident que ceux-ci ne sont pas tout à fait indépendants quant à leur jugement. Cette situation devient, d'un point de vue des droits de la défense, par-

ticulièrement lourde par le fait que, tout au moins jusqu'aujourd'hui, les Formations du TAS qui ont eu à trancher des cas d'ABP ne se sont pas appuyées sur l'avis d'experts indépendants<sup>44</sup>.

Il est incontestable que ce manque d'accessibilité et de transparence du système de l'ABP et de la gestion de ce système en tant que preuve de dopage, constitue une violation du droit d'être entendu, qui est à même de compromettre de manière très lourde les droits de défense des athlètes.

Une autre violation des principes fondamentaux dans l'actuelle application du système de l'ABP, notamment du droit d'être entendu, réside dans le fait que l'accusation reste tout à fait indéterminée, voir générique. L'autorité antidopage peut se contenter d'affirmer qu'il y eu usage d'une méthode ou d'une substance interdite, sans besoin de dire quelle seraient ces méthodes ou substances, et même sans besoin de déterminer s'il s'agit d'une substance ou d'une méthode. Ce serait un peu comme si une autorité pénale était libre d'examiner les comptes en banque de tout le monde et qu'il lui suffirait de trouver des variations inexplicables pour condamner quelqu'un pour délit contre le patrimoine, sans besoin de prouver les circonstances de ce délit, et sans même besoin de dire de quel délit il s'agirait. La seule différence est que, pour quelqu'un qui n'aurait rien à se reprocher, il ne serait pas difficile de prouver la provenance de l'argent, alors que, nous l'avons vu, il n'est souvent pas aisé de prouver à satisfaction d'une Formation l'origine de variations hématologiques.

La violation plus flagrante des principes fondamentaux, qui se concrétise *de facto* dans l'actuelle application procédurale et jurisprudentielle de l'ABP, est celle relative au principe *in dubio pro reo*, qui se manifeste avec le renversement de la charge de la preuve. En effet, comme nous l'avons vu, une fois que le logiciel de l'ABP a émis son verdict d'anormalité des variations hématologiques à environ 98 % ou 99 % et que les experts ABP ont donné leur avis et l'ont confirmé après les explications de l'athlète, c'est ce dernier qui doit prouver que ces variations hématologiques sont physiologiques. Le cas Pellizzotti est emblématique quant à la difficulté d'apporter cette preuve devant une Formation du TAS. Alors que l'athlète était parvenu à le faire en première instance devant le TNA<sup>45</sup> –

<sup>40</sup> TAS 2011/A/2335 UCI c. Pellizzotti, FCI, COMI.

<sup>41</sup> C'est pourtant eux qui pour le moment ont été les seuls concernés par des procédures d'ABP déferées au TAS.

<sup>42</sup> Il est par contre notoire que les coureurs cyclistes, plus encore que les autres sportifs d'endurance, en raison des périodes d'entraînement intense, des périodes de repos complet, des compétitions d'un jour, des courses par étapes, des variations climatiques auxquelles il sont confrontés lors de leurs efforts intenses et prolongés, présentent des variations des données hématologiques beaucoup plus significatives que les autres sportifs, qui pratiquent leur sport, aux cours de saisons beaucoup plus régulières et dans des conditions beaucoup moins variables.

<sup>43</sup> Comme nous l'avons déjà dit, ce manque de transparence par rapport au processus qui fait en sorte qu'un profil plutôt qu'un autre soit soumis à contrôle et donc à procédure, a déjà été objet de nombreuses critiques, et n'est pas étranger à des démissions médiatisées d'experts de l'ABP de l'UCI.

<sup>44</sup> Le cas Pellizzotti est emblématique quant au fait que dans la plupart des cas, les athlètes ne disposent pas des mêmes moyens que l'autorité antidopage, et ne peuvent donc pas se permettre le même niveau d'experts, ou mieux la même quantité, en soutien de leurs thèses.

<sup>45</sup> Ce Tribunal n'a pourtant pas la réputation d'être très tendre envers les athlètes concernés par des procédures de dopage.

ce tribunal s'étant fait assister par un hématologue indépendant – il n'est pas parvenu à le faire devant le TAS. Ici, la Formation, qui pourtant n'était composée que de juristes, n'avait pas retenu opportun de s'appuyer sur l'avis d'un expert indépendant et s'était donc en fait contentée des avis des (nombreux) experts mandatés par l'UCI en tant qu'autorité antidopage.

Il est bien vrai que le CMA antidopage prévoit déjà un renversement de la charge de la preuve: lorsqu'une analyse d'un laboratoire donne un résultat positif. Si ce renversement avait finalement fini par s'imposer dans le système de la lutte au dopage, il faut néanmoins observer qu'elle a en amont une donnée certaine, irréfutable et vérifiable par l'athlète<sup>46</sup>: la présence d'une substance interdite dans l'organisme de l'athlète lui-même. Ceci n'est de loin pas le cas pour le système de l'ABP.

Dans ces procédures, en amont, il y les données d'un logiciel géré de façon non transparente par l'autorité antidopage elle-même, et il y a l'avis d'experts nommés et rétribués toujours par l'autorité antidopage elle-même. Cette situation de départ rends tout à fait inacceptable ce renversement de la charge de la preuve.

## 7. Conclusions

Il est sans doute vrai que le système de l'ABP est nécessaire pour lutter de façon plus efficace contre le fléau du dopage dans le sport. De toute évidence, les intentions initiales de ce système, à savoir de permettre de mieux cibler les contrôles, hors compétition notamment, peuvent encore être suivies aujourd'hui. Le fait de s'en servir en tant que système de sanction directe, de preuve de dopage par ces effets, est plus problématique. L'avis du rédacteur de cet article est que il est insatisfaisant, voire insuffisant, de considérer une preuve de dopage sans en déterminer les causes et l'origine. L'accusation serait trop indéterminée pour ne pas violer le principe du droit d'être entendu. Néanmoins, compte tenu du fait que, comme nous l'avons vu, la récente jurisprudence a admis cette application de l'ABP, c'est plutôt du côté des correctifs à ce système qu'il faut s'orienter.

Une question qu'il faudrait résoudre, et qui pourrait l'être sans trop de difficultés, est celle de l'indépendance des

personnes en charge de gérer l'ABP par rapport aux autorités antidopage. La gestion des résultats et l'évaluation des profils devraient être confiées à des instances indépendantes, à l'instar de ce que sont les laboratoires antidopage accrédités. Ces instances pourraient être financées et contrôlées directement par le CIO, sans besoin de passer par les instances antidopage, que ce soit l'AMA ou les instances antidopage nationales, ou encore celles des fédérations internationales, comme c'est actuellement le cas avec l'UCI notamment. Cette solution permettrait aux instances judiciaires sportives de pouvoir s'appuyer sur des évaluations techniques indépendantes, sans devoir se fier à celles des autorités antidopage, qui par définition ne sont pas neutres, et même sans devoir forcément interpellé des experts indépendants. Ceci aurait aussi comme effet, de rétablir une certaine confiance par rapport aux instances sportives, confiance qui est inévitablement ébranlée lorsque celles-ci s'appuient exclusivement sur les avis des autorités antidopage et de leurs experts. Il ne faut pas perdre de vue que les affaires d'ABP revêtent une certaine complexité technique, soit par l'interprétation des profils hématologiques, soit souvent par l'examen des qualités analytiques et pré-analytiques de plusieurs échantillons<sup>47</sup>.

Un autre ajustement qu'il faudrait prévoir apporter concerne la transparence, tant par rapport à la gestion des profils hématologiques, que par rapport aux choix des profils à soumettre à l'évaluation du logiciel et des experts, que par rapport au logiciel lui-même et à son application. L'athlète et sa défense doivent pouvoir avoir un accès complet à toutes les phases de la procédure et doivent pouvoir en comprendre tous les mécanismes. Il ne faut pas par ailleurs oublier que dans les cas de résultats d'analyse positive, l'athlète peut accéder à toute la procédure analytique, et non seulement parce qu'il peut recevoir la documentation complète de l'analyse de l'échantillon A, mais aussi parce qu'il peut assister sans restriction aucune à toute la procédure d'analyse de l'échantillon B.

Sans avoir la prétention de vouloir proposer des directives à suivre, l'auteur de cet article est de l'opinion que la mise en place de ces correctifs permettra de rendre quelque peu moins choquante le (nouveau) renversement de la charge de la preuve qui de fait s'est concrétisée avec les procédures antidopage de l'ABP.

<sup>47</sup> Dans les cas « traditionnels » de résultats positifs, c'est à chaque fois seulement un échantillon qui est en discussion. Pour se défendre convenablement dans une telle procédure n'est pas donné à tout le monde, il faut pouvoir disposer de moyens financiers plutôt importants.

## Fangewalt als Leistungsstörung bei Sportsponsoringverträgen?

Dr. iur. Carolin Spindler, Bonn, und Anne-Sophie Morand, MLaw, Luzern\*

### 1. Einleitung

«100 Straftaten bei Arminia-Spiel gegen Dynamo Dresden» – «In Rapperswil-Jona beschädigten Eishockeyfans aus Lugano das Fan-Lokal» – «Wegen randalierender Fussballfans musste die Gotthard-Autobahn für kurze Zeit gesperrt werden»<sup>1</sup> – Derartige Schlagzeilen sind heutzutage keine Seltenheit in der deutschen und schweizerischen Medienlandschaft. In vielen Fällen wird bei Ausschreitungen und gewalttätigen Akten dieser Art der Verein sanktioniert. Ebenso gehören Polizei, friedliche Fans sowie unbeteiligte Dritte zu den Leidtragenden. In Vergessenheit geraten hingegen die Sponsoren: Können nicht auch sie einen Nachteil erleiden, wenn sie im Zusammenhang mit Fangewalt in den Medien erscheinen? Der japanische Sponsor des brasilianischen Traditionsclub Vasco da Gama empfand die gewalttätigen Ausschreitungen der Fans im Dezember 2013 jedenfalls als negativ für sein Image und beendete die Zusammenarbeit mit dem Fussballklub umgehend<sup>2</sup>.

Im Normalfall zählt sich das grosse mediale Interesse am Sport für ein sponserndes Unternehmen aus. Ein Einzelsportler, ein Verein, Verband oder auch ein Event sollen positive Aspekte wie etwa Leistungsfähigkeit, Disziplin, Dynamik, Erfolg und Teamgeist, welche mit dem Sport assoziiert werden, auf den Sponsor übertragen und damit

dessen Image aufwerten. Die Hauptziele eines engagierten Sportsponsors sind regelmässig eine Steigerung des Bekanntheitsgrades sowie ein positiver Imagetransfer<sup>3</sup>. Erscheint aber bspw. das Logo eines Sponsors in einer Berichterstattung über Ausschreitungen durch gewalttätige Fans, so kann von einem positiven Imagetransfer keine Rede sein. Ganz im Gegenteil riskiert der betroffene Sponsor, einen unerwünschten negativen Imagetransfer zu erleiden<sup>4</sup>.

Das Phänomen Hooliganismus, insbesondere beim Fussball und Eishockey, stellt somit ein Risiko für Sponsoren dar. Ein Sponsor nimmt diese Gefahr heutzutage in den allermeisten Fällen in Kauf, da die Möglichkeit eines negativen Imagetransfers momentan noch als sehr gering eingeschätzt zu werden scheint. Dabei könnten Sponsoren einen wichtigen Stellenwert in der Bekämpfung von Hooliganismus im Sport einnehmen. Einem sponsernden Unternehmen stehen – in der Schweiz wie in Deutschland – etwa vertragsrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung, um aktiv gegen die aktuelle Hooliganismus-Problematik vorzugehen. Der vorliegende Beitrag soll diese Möglichkeiten darstellen und damit aufzeigen, wie als Sponsor auf vertragsrechtlicher Ebene am effektivsten ein Beitrag zur Hooliganismus-Bekämpfung geleistet werden kann. Hierzu ist zunächst die aktuelle Lage der Hooliganismus-Problematik zu erörtern, um diese anschliessend im Lichte des Sponsoringvertrages zu betrachten.

## 2. Aktuelle Situation im Bereich des Hooliganismus in der Schweiz und in Deutschland

### 2.1 Hooliganismus im Fussball und Eishockey

Fussball und Eishockey gehören in der Schweiz und in Deutschland zu den populärsten Sportarten und locken zahlreiche Menschen unabhängig von Alter, Geschlecht und Bildungsstand in ihre Stadien. Die eindrücklichen Zuschauerzahlen sind einerseits finanziell lukrativ für die

\* Dr. iur. Carolin Spindler arbeitet als Rechtsanwältin bei einem deutschen Grosskonzern und ist u. a. auf Sponsoring spezialisiert. Anne-Sophie Morand, MLaw, ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Regina Aebi-Müller an der Universität Luzern tätig und dissertiert zu einem sportsrechtsbezogenen Thema.

<sup>1</sup> Vgl. die Beiträge «100 Straftaten bei Arminia-Spiel gegen Dynamo Dresden», nw-news.de, 9. Januar 2014, www.nw-news.de/sport/dsc\_arminia/10121205\_100\_Straftaten\_bei\_Arminia-Spiel\_gegen\_Dynamo\_Dresden.html (18. August 2014); «Lugano-Fans beschädigen Lakers-Lokal», Tages-Anzeiger Online vom 24. Februar 2013, www.tagesanzeiger.ch/panorama/vermischtes/LuganoFans-beschaedigen-LakersLokal/story/13813141 (18. August 2014); «Hooligan-Randale am Gotthard: Autobahn gesperrt», 24. Februar 2014, www.srf.ch/news/schweiz/hooligan-randale-am-gotthard-autobahn-gesperrt (18. August 2014).

<sup>2</sup> Vgl. den Beitrag «Nach Fan-Krawallen: Hauptsponsor kehrt Vasco den Rücken», Handelsblatt Online, 17. Dezember 2013, www.handelsblatt.com/fussball-international-nach-fan-krawallen-hauptsponsor-kehrt-vasco-den-ruecken/9228206.html (18. August 2014).

<sup>3</sup> PHILIPP ENGEL, Sponsoring im Sport, Zürich 2009, 12 f.

<sup>4</sup> MANFRED BRUHN, Sponsoring – Unternehmen als Mäzene und Sponsoren, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1991, 73 ff.; KONSTANTIN WEGNER, Der Sportsponsoringvertrag, Baden-Baden 2002, 39.