



Le texte original de cet avis de droit est en français (cependant, l'AMA a envoyé ses questions au Juge Costa en anglais). En cas de conflit d'interprétation entre les versions anglaise et française, la version française fera foi. La première partie est constituée de l'avis de droit rédigé par le Juge Costa sur la base de la deuxième version préliminaire du Standard international pour la conformité au Code des signataires (SICCS). L'addendum au bas de ce document a été rédigé par le Juge Costa suite à l'adoption de la troisième et dernière version du SICCS – qui avait pris en compte les commentaires du Juge Costa – par le Comité exécutif et le Conseil de fondation de l'AMA les 15-16 novembre 2017.

Avis pour l'Agence mondiale antidopage (AMA), septembre-octobre 2017

Version finale

Origine et objet de l'avis :

Celui-ci m'a été demandé par M. Julien Sieveking, Directeur des affaires juridiques de l'AMA-WADA, par lettre du 21 août 2017. Cet avis, que j'ai accepté de rédiger, porte sur la compatibilité du projet de Standard international pour la conformité au Code mondial antidopage des signataires du Code avec les principes acceptés du droit international et des droits de l'homme.

Auteur de l'avis de droit :

Je suis Jean-Paul Costa, ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), actuellement Président de la Fondation René Cassin-IIDH, demeurant 3, Impasse des Charpentiers à Strasbourg. J'exprime cet avis en ma capacité personnelle de consultant ; mes opinions n'engagent que moi.

Les questions posées par l'AMA le 2 septembre 2017 (en substance*)

*Les questions m'ont été posées en langue anglaise, et c'est dans cette langue que m'ont été fournis les documents pertinents. Le projet de Standard n'existe actuellement qu'en anglais.

Le régime de sanctions établi dans le projet de standard international (SICCS 2.0) pour la conformité avec le Code mondial antidopage (« le Code ») de ses signataires est-il compatible avec les principes acceptés du droit international et des droits de l'homme, en prenant en compte :

- Le fait que la conformité des signataires avec le Code est tout à fait cruciale pour les objectifs de celui-ci ;

- Le fait que le projet fournit aux signataires le soutien et l'orientation de l'AMA pour atteindre la pleine conformité avec le Code (Articles 7 et 8 du SICCS) et une information loyale, ainsi qu'une occasion de remédier à n'importe quelle non-conformité avant que toute action formelle ne soit entreprise (Articles 8 et 9), sous réserve de la procédure accélérée quand une action urgente est requise pour protéger un sport ou une manifestation (Article 9.4), et

- Le fait que, en cas de litige, l'AMA ne peut pas déclarer la non-conformité et imposer unilatéralement des sanctions, mais au contraire doit soumettre le cas à un tribunal arbitral indépendant (le Tribunal arbitral du sport - TAS) pour qu'il statue, l'AMA devant supporter la charge de prouver la non-conformité alléguée et le caractère adapté des sanctions proposées, et les autres signataires qui peuvent être affectés par les sanctions proposées ayant le droit d'intervenir et de participer à la procédure (Article 10).

L'attention du consultant a été attirée sur les caractéristiques suivantes du régime de sanctions du Standard :

- Les types potentiels des sanctions listées à l'article 11.1, y compris celles qui, en protégeant la confiance du public dans l'intégrité du sport, peuvent avoir un impact direct et négatif sur des personnes qui n'étaient pas responsables de la non-conformité de la part d'un signataire. En particulier :

. Dans les cas de grave non-conformité de la part d'une Fédération internationale, les sportifs (et leur personnel d'encadrement) de ce sport subiront un impact négatif si le sport en question est exclu des manifestations des Jeux Olympiques/Paralympiques ou d'autres événements du même ordre ;

. Dans les cas de grave non-conformité de la part d'une organisation nationale antidopage, les représentants du Comité national Olympique/Paralympique de ce pays et /ou les sportifs / le personnel d'encadrement des sportifs subiront un impact négatif si ce pays est exclu des manifestations des Jeux Olympiques/Paralympiques et/ou autres événements du même ordre (voir la jurisprudence du TAS jointe). Toutefois, une disposition prévoit que les sportifs dont le pays a été exclu d'un événement peuvent se voir permis d'y participer en tant que sportifs « neutres », s'ils peuvent démontrer qu'ils n'ont pas été entachés par la faute de l'organisation nationale antidopage (par exemple parce qu'ils ont été soumis à un programme fiable de tests), et qu'ils peuvent donc participer sans saper la confiance du public dans l'intégrité de l'événement (article 11.1.4). Voir la règle 22.1 A de l'IAAF.

- Les principes pertinents pour la détermination des sanctions à appliquer dans un cas particulier, établis à l'article 11.2, y compris :

. La catégorisation des exemples de non-conformité, en ordre de gravité décroissante, comme « critiques », « importants » et « autres »

. Le rôle établi de la faute pour déterminer la sanction. En particulier, le rôle des circonstances aggravantes qui (seulement dans les cas de non-conformité critique) devraient probablement conduire à une augmentation de la sanction, et peut-être même imposer le paiement d'une amende ;

- L'inclusion à l'annexe B du SICCS, en tant que guide et qu'aide à la cohérence et à la prévisibilité, des sanctions « de point de départ » (minimales) pour différents types de cas (critiques etc.), avec la reconnaissance expresse qu'il peut être approprié de varier ou même de s'éloigner des sanctions spécifiées à l'annexe B quand les faits du cas particulier le recommandent (article 11.2.9) ;
- Le fait que dans les cas graves, certaines des sanctions spécifiées à l'annexe B peuvent continuer après que le signataire a satisfait toutes les conditions nécessaires à son rétablissement (*reinstatement*) et a été rétabli en tant que signataire pleinement conforme, le but ayant été de punir la non-conformité précédente et d'éduquer et de dissuader ce signataire et tous les autres de commettre dans le futur une telle non-conformité grave.

Les questions complémentaires posées le 3 octobre 2017 :

- 1) Est-il compatible avec les principes acceptés du droit international et des droits de l'homme qu'en cas de litige celui-ci soit tranché par une seule instance de procédure du TAS, la seule possibilité d'appel de la sentence étant un recours devant le Tribunal fédéral (Article 190 (2) de la loi suisse sur le droit international privé) (Code, articles 23.5.6 à 23.5.8) ?
- 2) Même question pour le fait que les deux arbitres doivent choisir un tiers arbitre, appelé à présider la formation, à partir d'une liste d'arbitres spécialisés dans l'antidopage fournie par le TAS ? Si le principe de cette liste est acceptable, faut-il qu'un nombre minimum d'arbitres figure sur cette liste ?
- 3) Le critère de la balance (prépondérance) des probabilités est-il compatible avec les mêmes principes acceptés, plutôt que le critère de « satisfaction confortable » de la formation (Code art. 23.5.6 - voir aussi Code, art. 3.1) ?

Remarques formulées à l'attention du consultant :

Voir la sentence *Korneev et Gouliev c. IOC*, TAS, 4 août 1996. Ce standard de preuve est plus exigeant que celui de la balance des probabilités mais moins que celui de la preuve au-delà du doute raisonnable (voir aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et d'autres cas du TAS). Il faut noter qu'il est dans l'intérêt de l'intégrité des sportifs de ne pas demander à l'AMA un standard de preuve trop élevé ; voir par analogie ce qui se passe pour les accusations de mauvaise conduite intentées aux avocats britanniques.

Avis du consultant

I. Remarques préliminaires

Il est important de rappeler que le Code mondial antidopage comporte des centaines de signataires. Les entités signataires sont décrites à l'article 23.1.1 du Code.

Le fait d'être signataire du Code a plusieurs implications, énumérées à l'article 23 :

- L'acceptation du Code,
- L'obligation de mettre en œuvre ses dispositions,
- Pour de nombreux articles du Code, cette obligation de mise en œuvre doit s'exécuter sans changement de fond,
- L'obligation de consacrer des ressources suffisantes à la mise en œuvre de programmes antidopage conformes au Code et aux standards internationaux pertinents,
- L'obligation de *conformité* au Code ainsi qu'à la Convention de l'Unesco de 2005 (Convention internationale contre le dopage dans le sport, en date du 19 octobre 2005).

En outre, toute non-conformité comporte pour le signataire des *conséquences*, qui sont indiquées aux articles 20.1.8, 20.3.11, 20.6.6 et 23.6 du Code.

L'AMA de son côté est chargée par l'article 23.5 du Code de la surveillance de la conformité au Code et à la Convention de l'UNESCO. Autrement dit, le Standard International pour la conformité au Code de ses signataires (SICCS) doit être lu et le cas échéant critiqué à la lumière des dispositions pertinentes du Code (que les signataires ont acceptées). Des modifications du Code sont en cours, qui devraient être acceptées par les signataires en même temps que sera approuvé le projet de SICCS. Elles affectent plusieurs articles, notamment les suivants : 12.1, 12.2, 13 (abrogé), 20.3.7, 20.6.2, 20.7.2, 23.5.1 à 23.5.9. Elles entreront en vigueur en même temps que le SICSS.

II. La procédure de surveillance de la conformité et de conséquences de la non-conformité

1) L'article 9 du SICSS fournit aux signataires l'occasion de corriger les non-conformités. Du moins est-ce son titre, car son objet est plus général.

a) Les dispositions de l'article 9 :

Si ce sont les règlements du signataire qui sont identifiés comme non-conformes, l'AMA en informe le signataire par écrit et lui donne trois mois pour les corriger, ou pour fournir un projet de corrections, avec un calendrier pour leur adoption. Si les non-conformités résultent d'autres cas identifiés par l'AMA, celle-ci envoie au signataire un rapport d'action corrective ; selon la gravité des non-conformités, le délai est différent : pas plus de trois mois pour la

catégorie « critique », pas plus de six mois pour la catégorie « haute priorité », pas plus de neuf mois dans les autres cas de non-conformité.

Dans le cas d'une organisation responsable d'une manifestation majeure (*major event*), une procédure accélérée peut être suivie. Il est prévu un dialogue AMA/signataire. Celui-ci aura à établir un plan d'action corrective (non obligatoire, mais hautement recommandé).

Si le signataire ne procède pas aux corrections dans les délais, ou ne répond pas au questionnaire de l'AMA, celle-ci le notifie au signataire par écrit, et lui impose un nouveau délai de trois mois, qui ne peut être prorogé, sauf exceptionnellement en cas de force majeure.

Si le signataire soit conteste les non-conformités qui lui sont reprochées, soit ne les corrige pas, soit ne répond pas, l'AMA saisit dans le plus court délai le « CRC » (Comité de révision de la conformité, établi au sein de l'AMA en 2015) ; elle en informe le signataire et lui indique qu'il peut fournir des explications ou commentaires, que l'AMA transmet au CRC.

Ce dernier classe les non-conformités alléguées dans les trois catégories (critiques, haute priorité et autres), examine équitablement les explications et commentaires du signataire (y compris le cas échéant l'excuse de force majeure). Il peut dire à l'AMA que les non-conformités sont excusables. Toutefois, conformément à la jurisprudence du TAS, le signataire ne peut être exonéré de sa responsabilité du fait de la faute d'un tiers.

Si le CRC considère que le signataire a failli sans raison valable, il recommande au comité exécutif de l'AMA de notifier formellement au signataire ces manquements, de lui indiquer les conséquences au titre de l'article 11 de l'ISCC, ou les conditions de rétablissement (*reinstatement*) au sens de son article 12.

Au cas où dans le cadre d'un plan d'action corrective le signataire n'a pas corrigé les non-conformités dans le délai imparti (normalement de 4 mois), l'AMA pourra le lui notifier, sans besoin d'une nouvelle décision du comité exécutif (article 9.3.5 du SICCS). Inversement, si les corrections ont bien été apportées, il n'y aura pas d'action à l'encontre du signataire.

La procédure accélérée (article 9.4 du SICCS) s'applique s'il y a urgence ou si est concernée une organisation responsable d'une manifestation majeure. Dans ces cas, l'AMA peut saisir le CRC en le priant de considérer l'affaire de façon urgente, tout en donnant au signataire la possibilité de fournir au CRC explications ou commentaires.

b) Cette procédure est-elle satisfaisante ?

La réponse est oui.

En effet, des précautions sont prises au titre de l'article 9 pour donner au signataire des informations précises, pour lui impartir des délais qui ne sont pas trop brefs (sauf toutefois en cas de procédure accélérée), enfin pour lui permettre de s'expliquer. L'administration de l'AMA ne peut décider elle-même de l'existence et de la gravité des non-conformités¹, n'est donc pas « juge et partie » puisque c'est le CRC qui décide, et encore en réfère-t-il en dernière analyse au comité exécutif de l'AMA.

Du point de vue des principes de la procédure administrative *non contentieuse* – qui sont moins exigeants que ceux de la procédure juridictionnelle - on peut donc conclure que les dispositions de l'article 9 sont *compatibles*, au sens des questions posées dans la demande d'avis.

C'est ainsi que le fait que l'administration de l'AMA, le CRC et le comité exécutif de l'AMA appartiennent tous à la structure de cette même organisation peut être considéré comme ne posant pas de problème majeur. Cette conclusion tient particulièrement au caractère *indépendant* de l'organe de contrôle qu'est le CRC. Surtout, le fait qu'il y ait une procédure *juridictionnelle* ultérieure (voir l'article 10 ci-après) permet de lever les doutes qu'on pourrait éprouver du point de vue de l'impartialité, ou tout du moins de l'apparence de partialité. En effet une telle procédure est de nature à remédier, si besoin est, aux éventuels défauts de la procédure non-contentieuse, comme l'a fréquemment jugé la CEDH².

2) L'article 10 de l'ISCC :

Il concerne la confirmation de la non-conformité et l'imposition des conséquences.

a) Les dispositions de l'article 10 :

C'est là la phase contentieuse ou juridictionnelle de la procédure. Le CRC adresse au comité exécutif de l'AMA une recommandation contenant sa décision. Le comité exécutif décide de rendre publique dans les dix jours la décision du CRC. Si toutefois il n'accepte pas celle-ci, en tout ou en partie, il ne peut pas se substituer au CRC mais lui renvoie l'affaire ou la partie de l'affaire pour reconsidération. Quand le comité exécutif accepte la décision du CRC, il adresse au signataire une notification formelle de non-conformité au Code. Il est donné une publicité à cette information, y compris sur le site Web de

¹ En vérité, le délai de trois, six ou neuf mois est bien fixé par l'administration de l'AMA, en fonction de la gravité, estimée par elle, des non-conformités (article 9.2.2. du projet de SICCS) ; certes, le CRC peut en procédant au classement dans les trois catégories (Article 9.3.3. du projet de SICCS) corriger le classement de l'AMA, mais peut-il corriger aussi les délais ? Ce n'est pas dit, et devrait probablement l'être.

² Voir l'arrêt Bryan contre le Royaume- Uni, du 22 novembre 1995, confirmé plusieurs fois dans des domaines variés (voir Alatulkkila et autres c. Finlande, 28 juillet 2005, Crompton c. Royaume-Uni, 27 octobre 2009, ou Sigma Radio Television v. Cyprus, 21 février 2011).

l'AMA, ainsi qu'une information au Comité International Olympique (CIO) et au Comité International Paralympique (CIP).

Si le signataire ne conteste pas dans les dix jours la décision, il est censé l'avoir acceptée ; elle devient définitive et immédiatement exécutoire, conformément à l'article 23.5.7 nouveau du Code. L'AMA pourvoit à sa publicité.

Le signataire, s'il conteste la décision, doit saisir le TAS (avec copie à l'AMA) dans les 21 jours de la notification. Le TAS statue en formation collégiale (division ordinaire arbitrale), à Lausanne, sur la base de la loi suisse, en principe en anglais (sauf si les parties s'accordent sur une autre langue de procédure). Le traitement de l'affaire doit être rapide (dans les trois mois), sauf circonstances exceptionnelles.

L'AMA et le signataire nomment chacun un arbitre pour siéger dans la formation qui doit examiner le litige et le trancher, de préférence à partir d'une liste d'arbitres spécifiquement désignés par le TAS pour les cas d'antidopage. Et les deux arbitres doivent d'un commun accord choisir la personne qui présidera la formation (tiers arbitre), à partir de cette même liste.

On doit insister sur le fait que la charge de la preuve incombe à l'AMA. C'est à elle de prouver la non-conformité au Code du signataire en cause.

Au cas où le TAS donne satisfaction à l'AMA, il peut seul infliger au signataire des conséquences pour la non-conformité (ou lui indiquer des conditions pour le rétablissement, au sens de l'article 12 de l'ISCC).

Dans les cas d'urgence, l'AMA peut demander au TAS de prononcer des mesures provisoires, par exemple pour préserver l'intégrité d'une manifestation. Si le TAS prononce de telles mesures, le signataire ne peut pas en faire appel, mais cela lui ouvre droit à une sentence rapide sur le fond.

La décision définitive du TAS a un effet universel conformément à l'article 23.5.9 nouveau du Code ; elle doit être reconnue et appliquée par tous les signataires.

Il existe pour les décisions de rétablissement (*reinstatement*) une procédure symétrique. C'est pourquoi le consultant insistera sur les seules conséquences de non-conformité, afin de ne pas alourdir inutilement son avis.

b) Cette procédure est-elle satisfaisante ?

Elle suscite davantage d'interrogations et de réserves, précisément à cause des exigences accrues, au regard du droit international des droits de l'homme, lorsqu'est en cause la procédure juridictionnelle (on doit penser évidemment, car c'est un standard

devenu universel, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect du procès équitable).

Certes, le projet de Standard contient des dispositions qui donnent des *garanties* non négligeables aux signataires, comme :

- un délai pour contester la décision ;
- Le recours au TAS, juridiction internationale indépendante et impartiale – et qui en 18 ans d'existence a acquis un prestige peu contestable et d'ailleurs peu contesté ;
- La charge de la preuve, qui comme on vient de le voir incombe à l'AMA, alors que dans les règles habituelles du procès c'est au demandeur (en l'occurrence au signataire) que cette charge s'impose en vertu de l'adage *actori incumbit probatio* ; le projet de Standard privilégie ainsi une conception quasi-pénale des sanctions, qui implique le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense ;
- Le respect d'un délai raisonnable imparti au TAS pour statuer (normalement trois mois). Ceci permet d'ailleurs d'estimer que le délai de 21 jours exigé du signataire pour saisir le TAS n'est pas trop bref, et ne constitue donc pas un obstacle excessif au droit d'accès à un tribunal, car il s'explique par la nécessité de diligence dans le traitement de l'affaire : ces deux brefs délais se justifient mutuellement. En outre, c'est un délai habituel devant le TAS (voir l'article R. 49 du Code de l'arbitrage en matière de sport).

Mais en sens inverse d'autres dispositions sont plus problématiques :

- Ainsi de l'impossibilité de faire appel des mesures provisoires (article 10.4.3 du SICCS), dont on comprend bien le fondement (l'urgence, ou l'importance majeure de la manifestation à protéger, telle que les Jeux Olympiques ou Paralympiques, ou un championnat du monde, par exemple), mais qui peuvent être pénalisantes - et contraires par principe à la présomption d'innocence. Certes la possibilité de mesures de rétablissement existe, mais celles-ci n'ont pas d'effet rétroactif.
- Toutefois, si les mesures provisoires ne peuvent faire l'objet d'un appel, avant qu'elles ne soient imposées par le TAS, l'AMA devra démontrer, outre l'urgence, le caractère *prima facie* difficilement réparable ou réversible du manquement, et les signataires pourront contester les affirmations de l'AMA. En somme, en amont de la décision éventuelle de l'AMA, les signataires bénéficieront de garanties. En outre, en aval, ils pourront demander en contrepartie des mesures provisoires que la procédure soit accélérée.
- La procédure de choix des arbitres (article 10.4.1 du SICCS) est également délicate. D'abord parce que les arbitres désignés par chacune des deux parties doivent désigner d'un commun accord le tiers arbitre, appelé à présider la formation de jugement. Il n'est rien prévu en cas d'impossibilité de trouver un tel accord. Le mécanisme prévalant devant

le TAS (désignation par le président de la Chambre du président de la formation, après consultation - sans droit de veto- des deux arbitres), paraît plus simple et plus correct. Ensuite, le fait qu'il soit préférable pour les parties de choisir leurs arbitres (et obligatoire pour le choix du président de la formation) à partir d'une liste d'arbitres spécifiquement désignés par le TAS pour les cas de dopage est critiquable : il existe une liste large et publique des arbitres du TAS (plusieurs centaines)³, et on ne voit pas pourquoi il faudrait limiter le choix des parties, surtout quand l'une des parties est précisément l'AMA elle-même, et que celle-ci pourrait désigner des arbitres lui paraissant « convenables » . Cette disposition en définitive semble contraire à deux aspects du procès équitable : le tribunal doit être impartial et « établi par la loi ». Toutefois, le consultant suggère, pour remédier au moins en partie à ce problème, que le TAS crée une liste d'arbitres (en nombre suffisamment important) spécialement compétents en matière de dopage. Le TAS choisirait le président de la formation sur cette liste ; les parties, elles, garderaient leur liberté de choix en désignant leurs arbitres respectifs sur la liste générale.

- L'effet universel (*erga omnes*) des décisions définitives du TAS (article 10.5.1 du SICCS) peut poser aussi problème. Normalement, en matière internationale, les décisions juridictionnelles ont effet entre les parties (*inter partes*) - ici l'AMA et le signataire du Code⁴. Le consultant remarque cependant à cet égard que si les signataires acceptent les modifications du Code, et particulièrement l'article 23.5.9 nouveau, ils seront censés accepter cet effet *erga omnes*. Le doute qu'il a eu est donc levé. La cohérence du Code et du SICCS est assurée.
- Une question posée au consultant le 3 octobre 2017 est celle du recours à une juridiction, le TAS, qui est fondamentalement de premier et dernier ressort. N'est-ce pas incompatible avec un principe du droit international des droits de l'homme, celui du double degré de juridiction, rappelé par exemple à l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme⁵ ?
A son avis, la réponse est non. Il faut d'abord remarquer que ce n'est pas tout à fait vrai : le Tribunal fédéral suisse peut être saisi en vertu de l'article 190 (2) de la loi suisse sur le droit international privé. En outre,

³ Actuellement, la liste générale figurant sur le site Web du TAS comporte près de 370 arbitres. Une liste plus restreinte, la seule qui existe, concernant les arbitres pour le football, compte un peu moins de 100 arbitres. Mais elle n'est qu'indicative : les parties à un litige relatif au football peuvent choisir des arbitres figurant seulement sur la liste générale.

⁴ Voir pour les arrêts de la CEDH, l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵ D'autres instruments internationaux posent le principe du droit à l'examen du jugement par une juridiction supérieure : voir ainsi l'article 14 § 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; mais c'est en matière pénale.

plusieurs affaires pendantes devant la CEDH⁶ posent les questions non encore résolues de la compétence de la CEDH et en amont de l'étendue du contrôle juridictionnel exercé par le Tribunal fédéral. Mais surtout, et quand bien même le contrôle du Tribunal fédéral ne serait considéré que comme minimal, le double degré de juridiction ne joue qu'en matière *pénale* ; et même dans cette hypothèse la jurisprudence de la CEDH est complexe et nuancée.

- Quant à la dernière question posée au consultant le 3 octobre 2017, elle ne soulève pas à son avis de problème de compatibilité véritable, mais plutôt un autre problème. Le test en matière de preuve, ou standard de preuve (« plus probable que non », autrement dit la prépondérance des probabilités, « dépendant de la satisfaction confortable de la formation de jugement (ou instance d'audition) », enfin « preuve au-delà de tout doute raisonnable ») sont assurément des standards qui peuvent conduire concrètement à des conclusions des juges très différentes, surtout dans le cas où la charge de la preuve est clairement définie comme ici. Mais il semble raisonnable de ne pas imposer à une juridiction comme le TAS, sauf à méconnaître son indépendance, ce qui n'est certes pas acceptable, un critère plutôt qu'un autre. C'est une question de politique jurisprudentielle : ce sera au TAS de la fixer lui-même. Il ne semble pas qu'il faille que le SICCS impose des règles en la matière. Certes, on peut objecter que dans le cas de la preuve du dopage (qui incombe à l'organisation antidopage), le Code mondial antidopage, en son article 3.1, recommande le degré de preuve « moyen ». Mais il s'agit de poursuites contre des personnes, et pas normalement devant une juridiction, plutôt devant une instance d'audition non-juridictionnelle⁷ qu'il convient donc d'orienter. Le consultant, dont l'expérience professionnelle est principalement juridictionnelle, nationalement et internationalement, préférerait qu'une plus grande liberté en matière de preuve soit laissée à la juridiction qu'est le TAS.

III . La compatibilité sur le fond : la nature des non-conformités et de leurs conséquences

Outre ses importantes dispositions procédurales, le projet de SICCS contient des dispositions de fond qui ne sont pas moins importantes, puisqu'elles déterminent des manquements (les non-conformités au Code) et des sanctions (les conséquences). Certes, la compatibilité avec

⁶ Notamment Pechstein c. Suisse et Mutu c. Suisse, qui en sont encore au stade de la communication et des questions aux parties.

⁷ Ce n'est que pour les sportifs de niveau international ou national que le TAS peut être saisi directement, sous réserve d'ailleurs de l'obtention de plusieurs consentements (article 8.5 du Code).

les principes en cause du droit international et des droits de l'homme de ces dispositions de fond n'est pas aussi exigeante que si la matière était au sens strict pénale⁸. Toutefois, ces sanctions peuvent être *lourdes*, qu'elles frappent des sportifs, des personnels d'encadrement, des organisations, des Fédérations ou n'importe quelle personne physique ou entité. Il importe donc de scruter avec soin le respect des principes du droit international et des droits de l'homme.

C'est essentiellement l'article 11 du SICCS (« Détermination des conséquences pour les signataires ») qui contient ces règles. Pour les raisons indiquées plus haut, il est inutile, sauf cas particulier, d'analyser en détail l'article 12, qui concerne le *reinstatement* (rétablissement), et qui appelle *mutatis mutandis* les mêmes remarques et conclusions.

1) Les dispositions de l'article 11 :

a) C'est une longue liste.

- Les représentants d'un signataire non conforme au Code ne sont plus éligibles, pour une période donnée, à tout poste à l'AMA ou à toute position de membre d'un bureau ou d'un comité de l'AMA (sauf exceptions, mais limitées). Ils ne peuvent pas non plus participer à un programme d'« observateurs indépendants » de l'AMA, ni être éligibles à un poste ou à une position de membre d'un bureau ou d'un comité d'un autre signataire du Code. Le signataire lui-même ne peut plus accueillir un événement organisé ou co-organisé ou accueilli par l'AMA ;
- Celle-ci peut retirer son financement à des activités ou à des programmes spécifiques du signataire non conforme ;
- Les activités antidopage du signataire sont soumises à un *monitoring* (surveillance) spécial, tant que l'AMA ne considère pas que le signataire peut se livrer à ces activités de façon compatibles avec ce *monitoring* ;
- L'AMA peut confier à un tiers agréé la supervision ou la prise de contrôle de tout ou partie des activités antidopage du signataire, à la charge financière de celui-ci;
- Normalement, il est possible d'exclure des sportifs concernés par l'activité antidopage du signataire de la participation aux Jeux Olympiques ou Paralympiques ou à des événements du même ordre⁹ ;
- Le signataire peut se voir retirer sa qualité de membre du Comité International Olympique ou du Mouvement Paralympique ;
- Si le signataire est une organisation nationale antidopage (ou un comité national olympique agissant en cette qualité), le pays concerné peut être exclu de la possibilité d'accueillir une ou plusieurs éditions des J.O. ou des Jeux Paralympiques ; dans le cas où le pays a déjà obtenu ce droit, le

⁸ Le consultant renvoie à l'avis de droit qu'il avait rédigé en 2013 sur le projet de révision du Code mondial antidopage 2015, qu'il avait présenté à la conférence mondiale de Johannesburg le 13 novembre 2013, et qui se trouve sur le site Web de l'AMA. Il avait expliqué pourquoi il estimait que les sanctions prévues par le Code ne revêtent pas un caractère pénal (voir notamment la page 6).

⁹ Championnats du monde par exemple, ou championnats continentaux.

signataire doit vérifier s'il est légalement et pratiquement possible que ce droit soit retiré au profit d'un autre pays, et doit s'assurer qu'il a le droit selon ses statuts et ses règlements de satisfaire une telle exigence (y compris de s'assurer que l'accord pour l'organisation de l'événement peut être annulé sans avoir à verser de pénalités) ;

- Dans le même cas, le Comité national Olympique ou Paralympique du pays du signataire, ainsi que les représentants et/ou les sportifs et personnel d'encadrement de ce pays, et la Fédération nationale de ce pays peuvent être exclus de l'assistance ou de la participation aux J.O., Jeux Paralympiques, et autres événements spécifiés ;
 - Des sanctions analogues peuvent s'appliquer quand le signataire est une Fédération internationale ;
 - En cas de non-conformité d'un degré de non-conformité critique, avec en plus des circonstances aggravantes, le signataire peut se voir infliger une amende d'un montant suffisant pour le punir et pour dissuader les autres signataires d'avoir une conduite similaire (cette amende doit aussi permettre à l'AMA de financer de futures activités de *monitoring* de la conformité au Code) ;
 - Le signataire peut perdre, pour une période donnée, le droit de recevoir, des fonds et d'autres avantages du Comité International olympique ou Paralympique ou d'un autre signataire (sans pouvoir pour cette période les récupérer rétroactivement à la suite de son rétablissement) ;
 - Il peut être recommandé aux autorités publiques concernées de retirer au signataire, pour une période donnée, tout ou partie des fonds et autres avantages publics ;¹⁰
 - Il peut aussi perdre la reconnaissance de membre du Mouvement Olympique ou Paralympique ;
 - Enfin, si le signataire est une organisation responsable d'une manifestation majeure, l'AMA peut le soumettre à la surveillance ou à la supervision du programme antidopage de l'édition suivante de cette manifestation ; l'organisation peut perdre le droit de recevoir pour cette manifestation des fonds et autres avantages du C.I.O., du Comité international Paralympique, de l'Association des comités nationaux olympiques et de tout autre mécène ;
- b) Cette liste est assortie de principes de sanctions à appliquer dans les différents cas particuliers. En substance :
- Les sanctions doivent refléter la gravité (et donc le degré de faute) des non-conformités (classées par ordre décroissant en critiques, de haute priorité et autres) ainsi que leur impact potentiel sur l'intégrité du sport ;
 - En cas de pluralité de fautes, c'est le régime de la faute la plus grave qui s'applique ;
 - L'absence d'intention n'est pas une circonstance atténuante ;

¹⁰ Le commentaire de cette disposition dans le projet note que les Etats ne sont pas signataires du Code, mais qu'ils pourraient agir ainsi en vertu de l'article 11(c) de la Convention de l'UNESCO, ce qui est exact.

- Les circonstances aggravantes ne jouent que pour les non-conformités critiques ;
 - Il ne faut pas de discriminations dans l'infliction des sanctions, par exemple entre les Fédérations Internationales et les organisations nationales antidopage ;
 - - les sanctions doivent aller aussi loin que possible pour atteindre le but de la pleine conformité au Code ;
 - Il s'agit en effet de maintenir la confiance des sportifs, des autres acteurs, et du public, dans la volonté de l'AMA et de ses partenaires de défendre l'intégrité du sport contre le fléau du dopage¹¹ ;
 - Mais il ne faut pas aller plus loin que nécessaire, et il faut permettre aux sportifs et à leur personnel d'encadrement de montrer qu'ils n'ont pas été entachés par la non-conformité d'un signataire. A cet égard, la possibilité pour des sportifs de participer à des manifestations internationales sous une forme « neutre »¹² est envisagée car elle ne rendra pas les sanctions contre le signataire moins effectives ;
 - Sauf indications contraires, les sanctions doivent rester en vigueur jusqu'au rétablissement du signataire ; en outre, si celui-ci ne satisfait pas dans un délai donné aux conditions requises pour son rétablissement, les sanctions devront être augmentées ;
 - Les sanctions ne font pas obstacle à celles autorisées par l'article 12 du Code aux gouvernements et aux signataires à l'encontre des organisations sportives.
- c) L'annexe A du SICCS fournit une longue liste des exigences dont le non-respect par les signataires est constitutif d'une non-conformité au Code, classées dans les deux catégories : critiques et de haute priorité, la troisième catégorie, « autres », étant résiduelle (A3 : exigences considérées comme importantes pour la lutte contre le dopage dans le sport, mais n'étant ni critiques, ni de haute priorité). Il faut remarquer que, pour longues qu'elles soient, les deux listes sont indiquées (en A1 et A2) comme *non-exhaustives*, ce qui pose problème comme on le verra.
Par ailleurs, toujours en A3, il est précisé que lorsqu'une exigence n'est pas listée ci-dessus, elle devra être classée dans l'une des trois catégories en fonction de son importance pour la lutte antidopage, en utilisant comme un guide la façon dont les exigences ont été listées dans les catégories ci-dessus.
- d) Enfin l'annexe B indique les différentes conséquences (sanctions) correspondant aux trois catégories de non-conformités ci-dessus.

- 1) Ces dispositions de fond sont-elles satisfaisantes ?
a) Pour l'essentiel, la réponse est oui.

¹¹ Une jurisprudence topique du TAS est citée.

¹² Sans indication de leur nationalité. C'est en effet une mesure qui protège les sportifs « innocents ».

Tout d'abord, elles ont une base légale dans le Code lui-même, puisque les signataires sont tenus de mettre celui-ci en œuvre (Code, article 23.2) et de mettre en œuvre des programmes antidopage (article 23.3) ; et qu'ils sont tenus aussi à la conformité au Code, que la surveillance de celle-ci par l'AMA est prévue, et que les conséquences de la non-conformité dans leurs grandes lignes sont indiquées (articles 23.5.1 à 23.5.8 nouveaux).

Le Code a été approuvé à l'unanimité et donc accepté par l'ensemble des signataires. Le SICCS vise à donner des explications et des garanties aux signataires, et il est élaboré dans le cadre d'un processus de vaste consultation et dans la transparence. D'autres dispositions du Code concernent le C.I.O (article 20.1.8), les Fédérations internationales (20.3.11) et les organisations responsables de grandes manifestations (20.6.6).

Enfin, en ce qui concerne les Etats (qui ne sont pas des signataires), comme il a été dit ci-dessus, la base légale de leurs obligations vis-à-vis des signataires, en particulier en matière de conséquences de la non-conformité, se trouve à l'article 11 de la Convention de l'UNESCO de 2005.

Ensuite la plupart de ces dispositions ne dérogent pas ou n'ajoutent pas au Code. Celles qui pourraient déroger au Code version 2015 (que le consultant connaît bien et sur lequel il a essentiellement travaillé, avant que les projets d'amendements ne soient portés à sa connaissance) seront en harmonie avec les modifications de ces dispositions, qui sont en cours, comme indiqué ci-dessus ; il y aura ainsi une base légale plus sûre pour le SICCS.

Enfin, celui-ci est d'une certaine façon *self-executing* en matière de non-conformité puisque, sans attendre l'entrée en vigueur du SICCS, il y a déjà sur la base du Code une activité importante de l'AMA sur le plan de la conformité des signataires au Code antidopage.

- b) Toutefois la question posée au consultant est celle de la compatibilité du projet de SICCS aux principes acceptés du droit international et des droits de l'homme.
- c) A son avis, certaines dispositions du projet posent problème. Dans une matière qui n'est pas pénale, mais qui tout de même prévoit des infractions et des sanctions dont certaines sont lourdes, il faut rappeler ces principes :
- Base légale (on vient de voir qu'elle existe),
 - Compétence de l'entité responsable, ici l'AMA.
 - Clarté et prévisibilité des infractions (non-conformités) et des sanctions (conséquences),
 - Individualisation des sanctions,
 - Nécessité et donc proportionnalité des sanctions.

Certes, ces principes peuvent être appliqués avec une certaine flexibilité dans la mesure où la matière est quasi-pénale (et d'ailleurs traitée comme telle, semble-t-il, par l'AMA), mais pas pénale au sens strict. Mais l'esprit général reste celui-là.

Posent problème, à son avis, les dispositions suivantes :

- L'éviction des représentants des signataires, non seulement des instances de l'AMA, mais de toutes celles des autres signataires (article 11.1.1.2). Cette disposition qui n'est pas indiquée dans le Code version 2015 est peut-être opportune, mais elle semble déroger au principe d'individualisation, puisqu'elle concerne des tiers non responsables. Leur consentement est nécessaire. Mais, une fois de plus, le Code modifié comportera toutes les sanctions prévues, y compris dans le projet de SICCS. Dès lors cette réserve doit également tomber car l'acceptation du Code modifié vaudra consentement aux sanctions de la part des signataires.
- La possibilité de priver un pays d'organiser ou d'accueillir des J.O. ou des manifestations du même ordre lorsque le signataire est une organisation nationale antidopage de ce pays (ou le Comité olympique national agissant en cette qualité) ne pose pas de problème, sauf que la disposition permet l'exclusion d'une ou plusieurs éditions (article 11.1.1.5), ce qui paraît disproportionné. Il faudrait limiter l'exclusion à la prochaine édition, sauf à prévoir sa réitération dans le futur si les conditions se reproduisent.
- La possibilité d'infliger une amende (certes pour les cas les plus graves) (article 11.1.1.6) pose problème du point de vue de la clarté et de la prévisibilité. Ne faudrait-il pas indiquer un maximum ou un plafond ?
- L'exclusion du signataire du Mouvement Olympique ou Paralympique (article 11.1.1.9) pourrait apparemment poser problème du point de vue de la compétence de l'AMA en tant qu'auteur de la sanction, dans la mesure où elle concerne l'exclusion du signataire de mouvements organisés par des tiers et dont on présume toujours en apparence le consentement. Toutefois, ces mouvements sont eux-mêmes des signataires du code, qu'ils ont accepté sans réserve. La cohérence du code (qui donne aussi aux signataires des pouvoirs étendus de sanctions à l'encontre des sportifs individuels, qui ont pour effet leur exclusion de manifestations ou de mouvements organisés par d'autres signataires), implique donc une telle exclusion ; elle doit donc être considérée comme acceptable.
- Les listes des deux premières catégories de non-conformités (critiques et de haute priorité) (Annexe A.1 et A.2.) devraient être exhaustives, ou limitatives, et non indicatives. Sinon ces listes posent problème du point de vue de la clarté et de la prévisibilité.
- De même, l'Annexe A.3 pose problème car elle indique des non-conformités vagues et fait référence, pour le classement dans les trois

catégories, à un critère également vague (leur importance dans la lutte contre le dopage dans le sport).

- Peut- être une solution pourrait-elle être paradoxalement d'accentuer le caractère *d'exemples* des annexes A1 et A2, en réservant la possibilité pour le TAS de raisonner par analogie, à partir de ces exemples, et non d'être en quelque sorte lié par ces listes ; quant à l'annexe A3, elle est semble-t-il trop floue.

Conclusion :

1) Récapitulation des dispositions procédurales ou de fond du projet de SICCS qui posent problème :

- L'article 9.2.2. (voir la note de bas de page 1 ci-dessus),
- L'article 10.4.1 sur le choix des arbitres et du tiers arbitre, sous la réserve de la suggestion indiquée par le consultant, qui apporte à ce problème une solution au moins partielle,
- L'article 10.5.1 sur l'effet *erga omnes* des décisions du TAS, mais l'acceptation du code modifié fera disparaître ce problème,
- L'article 11.1.1.2 sur l'exclusion des représentants des signataires des instances des autres signataires, avec la même remarque,
- L'article 11.1.5 sur l'impossibilité pour un pays d'organiser ou d'accueillir plus d'une édition des J.O. ou d'autres grandes manifestations,
- L'article 11.1.6 sur l'infliction d'amendes indéterminées et sans plafond,
- Les annexes A1, A2 et A3 sur les listes de non-conformités, indicatives et non limitatives, et pour A3, trop vagues.

2) Vision d'ensemble

En toute objectivité, le consultant considère que le projet de SICCS est un instrument qui devrait être utile à tous les acteurs de la lutte contre le dopage dans le sport, et que dans l'ensemble le nombre et l'importance de ses dispositions qui sont compatibles avec les principes internationaux du droit et des droits de l'homme doivent être salués.

Toutefois, l'examen minutieux auquel il s'est livré lui fait penser qu'il est possible et nécessaire de remédier aux quelques problèmes qu'il a identifiés dans le présent avis de droit.

Strasbourg et Chantérac, 17-28 octobre 2017.

Jean-Paul Costa

Addendum à l'avis de droit pour l'Agence mondiale antidopage (AMA), novembre-décembre 2017

1. Dans son avis de droit en date du 28 octobre 2017 sur ce qui était alors le projet de standard (SICCS), le consultant avait indiqué que, tant en ce qui concerne les dispositions procédurales que les dispositions de fond, ce projet était pour l'essentiel compatible avec les standards internationaux en matière de droit international des droits de l'homme.
2. Il avait cependant fait plusieurs réserves et souhaitait que sur les points correspondants le projet fût amélioré.
3. Il est vrai que le consultant avait travaillé en prenant en compte une version du Code mondial antidopage (« le Code ») qui elle-même était en quelque sorte partiellement obsolète, en raison du processus de révision partielle (ou plutôt de modifications) poursuivi depuis l'entrée en vigueur du Code le 1^{er} janvier 2015¹³, et même pendant l'élaboration du SICCS.
4. Or il y a une correspondance à la fois dialectique et hiérarchique du point de vue normatif entre le contenu du Code et celui du SICCS. Selon l'article 23 du code, ses signataires sont *tenus* de le mettre en œuvre au moyen de statuts, politiques, règles ou règlements.
5. Il s'ensuit que l'absence dans le Code de dispositions servant de base pour des dispositions substantielles contenues dans le SICCS est en elle-même problématique, et explique largement les réserves exprimées par le consultant (§2 ci-dessus).
6. Or, ainsi que cela a été signalé au consultant par le directeur juridique de l'AMA, à la fin de novembre, à Séoul, le 16 novembre 2017, le conseil de fondation de l'AMA a adopté simultanément le texte définitif du SICCS et les modifications du Code qui en découlent, ou plus exactement pour être précis qui l'induisent¹⁴.
7. Ces modifications concernent principalement les articles 12.1, 12.2, 13.6, 20.1.3 et 20.1.4, 20.2.2, 20.2.3 et 20.2.4, 20.3.7, 20.6.2, 23.5.1 à 23.5.10.
8. L'examen des articles nouveaux permet de lever les réserves, précisément parce qu'ils fournissent la base légale qui avait été regardée comme manquante. Plusieurs de ces modifications avaient d'ailleurs été souhaitées explicitement par l'auteur dans l'avis de droit lui-même.
9. Certes, on pourrait imaginer que si les nouvelles dispositions du code étaient elles-mêmes en infraction par rapport aux standards internationaux communément admis en matière de droits de l'homme, cette base légale ne serait évidemment pas suffisante. Ce n'est toutefois pas le cas. Le consultant ne considère pas utile de s'appesantir sur ce point.
10. Au total, le consultant est donc satisfait que le standard adopté à Séoul ait tenu compte de la quasi-totalité des suggestions qu'il avait exprimées dans son avis de droit.

¹³ Il a été le 16 novembre 2017 décidé une nouvelle révision *d'ensemble* du Code en vue d'une entrée en vigueur en 2021, et suivant un processus lourd et interactif.

¹⁴ Voir le site Web de l'AMA.

11. Une exception concerne celle qu'il avait faite en matière de standards de preuve. Dans son avis, il avait indiqué qu'il aurait préféré que le TAS, en tant que juridiction, ait les mains libres quant au standard de preuve à appliquer. Mais il reconnaît que cette limitation par le droit écrit au pouvoir du juge ne heurte aucun grand principe procédural ou de fond.
12. Cet addendum a été rédigé à des fins de mise à jour et de complétude.

Fait à Strasbourg, le 14 décembre 2017.

Jean-Paul Costa