

# SPORT EN RECHT

*deel 16*

2009

Vereniging voor Sport en Recht

## De WADA-Code: Overschrijding van grenzen van recht en ethiek?

Door:

mr. H. Ram

mr. J. Loorbach

**Speciale bijdrage:**

**Sport en Mededingingsrecht, oppositie promotie Marjan Olfers**

Door:

dr.mr. M. Olfers

Onder redactie van:

prof. mr. H.T. van Staveren

2009

Arko Sports Media

© 2009

mr. H. Ram

mr. J. Loorbach

dr.mr. M. Olfers

prof. mr. H.T. van Staverer

Uitgever:

Arko Sports Media

Postbus 393

3430 AJ Nieuwegein

ISBN 978-90-5472-102-4

NUR 488

Behoudens de uitzondering door de wet gesteld mag, zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, c.q. de uitgever van deze uitgave door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgever is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor kopiëren, als bedoeld in art. 17 lid 2. Auteurswet 1912 en in het KB van 20 juni 1974 (Stb. 351) ex artikel 16b., te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

# SPORT EN RECHT

Ten geleide	7
World Anti-Doping Code en De Wet: Botsing of versterking?	11
De WAD code: “Guilty unless proven innocent?”	25
Sport en mededingingsrecht, wetenschappelijke bespiegelingen	35



# Ten geleide

Het bestuur biedt u hierbij de zestiende editie aan van het wetenschappelijk deel van haar jaarvergadering. Deze op 13 november 2008 gehouden vergadering stond in het teken van de wijzigingen in de WAD Code die per 1 januari 2009 zijn ingegaan.

De inleidingen werden gehouden door onze leden mr. Herman Ram, directeur van de Dopingautoriteit Nederland en mr. Jan Loorbach, lid van het bestuur van Nauta Dutilh, in de sport bekend door zijn basketbalverleden en Olympisch verleden (chef de mission O.S. Sydney 2000). Herman Ram nam in zijn inleiding met de titel "World Anti-Doping Code en De Wet: botsing of versterking?" het spanningsveld tussen de Code en de Wet op de korrel en Jan Loorbach zorgde onder de titel "De WAD Code: 'Guilty unless proven innocent?'" voor een kritisch betoog gericht tegen de strafbaarstelling van dopingovertredingen. Als vanouds zijn beide inleidingen in dit boekje opgenomen met veel dank aan Herman en Jan.

De beide inleidingen zorgden voor de nodige vragen en discussie, die eveneens als vanouds in dit boekje weergegeven zouden worden ... maar helaas! Bij de eerste poging tot uitwerking bleek de opname mislukt te zijn. Er was vrijwel niets te horen op de bandjes en ook een professioneel bedrijf kon daar geen chocola meer van maken. Op onze oproep eind november aan degenen die vragen gesteld hebben die nog eens via de mail te zenden naar het secretariaat of de voorzitter hebben drie mensen gereageerd, maar het was al gauw duidelijk dat de discussie van de vergadering daarmee niet weergegeven kon worden. Wij verschuilen ons als goed opgeleide juristen naar analogie van artikel 6:77 BW niet achter de mislukte werking van de apparatuur en bieden onze welgemeende excuses aan dat het zo gelopen is.

Het is natuurlijk jammer dat in ons jaarlijkse wetenschappelijke verslag de wetenschappelijke discussie ontbreekt. Een alternatief is gewoonlijk niet direct voor handen, maar in dit geval heeft het bestuur steun ondervonden van Marjan Olfers, die op 29 januari 2009 promoveerde op haar onderzoek "Sport en Mededingingsrecht". Een juridische promotie op een sportonderwerp is helaas geen veelvoorkomend verschijnsel en wij zijn dan ook erg dankbaar dat de kersverse doctor bereid was om in dit boekje de vragen van de oppositie en haar antwoorden te publiceren als vervanging van onze wetenschappelijke discussie.

Ten slotte wil ik dit Ten Geleide niet afsluiten zonder hieronder de vragen te publiceren van de drie leden die zo alert gereageerd hebben op ons verzoek.

**Mr. André Brantjes** schreef dat hij nog een vraag gesteld had aan Jan Loorbach en die betrof de (on)mogelijkheid om beslissingen van het CAS aan te vechten al dan niet via de weg van het verenigingsrecht.

Hoewel de vraag aan Loorbach was gericht werd hij vooral beantwoord door **mr. Paul Scholten**, die ons dat met nog enige andere opmerkingen en vragen in zijn mail berichtte, waarin hij zijn volledige bijdrage aan de vergadering als volgt weergaf.

Voorzitter,

Veroorloof mij twee opmerkingen en twee vragen.

De eerste opmerking bevestigt de mening van Loorbach inzake de zgn. 'chain of custody'. In het Armstrong rapport, waar ik medeauteur van ben geweest, was dat één van de belangrijkste conclusies, op grond waarvan aangetoond is dat de werkwijze van het laboratorium in kwestie, Chatenay Malabry, onzorgvuldig is geweest. Overigens is dat hetzelfde laboratorium dat de zaak Flandis heeft gedaan.

De tweede opmerking is een antwoord op de vraag van Mr Brantjes. In mijn herinnering is er één keer een uitspraak van het CAS door een lokale rechtbank overruled, te weten in het geval van de Duitse wilrenner Hondo, die op een Zwitserse licentie reed en derhalve bij de rechtbank te Zurich terecht kwam.

Dan de twee vragen:

de eerste is aan Loorbach:

een atleet wordt voor twee jaar geschorst, maar wordt na het verstrijken van die straf geweigerd deel te mogen nemen aan een speciaal evenement, zoals de Griekse Thanou met betrekking tot de wereldkampioenschappen atletiek in Birmingham in 2008 is overkomen. Zo wordt de maximale straf door organisatoren 'opgerekt'. Gaarne uw mening daarover.

De tweede vraag is gericht aan H. Ram:

Hoe verklaart u het volgende. Een lid van een vereniging in Rotterdam is zowel in het voetbal als het cricket actief in het eerste team.

Hij wordt in het voetbalseizoen (= voorbereiding cricketseizoen) door de cricketbond 'out of competition' gecontroleerd op doping en men vindt gebruik van een partydrug. Vervolgens wordt hij voor het cricket voor 12 maanden geschorst, maar voetbalt rustig door. Hier is sprake van meten met twee maten.

Terzake het antwoord op de vraag van André Brantjes wil ik bij deze nog graag verwijzen naar de inleiding van Herman Ram waarin hij de vernietiging van de CAS-uitspraak inzake Guillermo Cañas noemt. Het antwoord op de vraag aan Jan Loorbach is weliswaar niet met zoveel woorden in zijn inleiding te vinden maar gemakkelijk te herleiden uit zijn opvatting dat de WAD Code in overeenstemming moet zijn met fundamentele regels van strafrecht en mensenrechten. Daarin past niet de oprekking van de straf door sportorganisatoren. Het antwoord op de vraag over de uitsluiting bij cricket terwijl er verder rustig doorgevoetbald kan worden is ook niet direct in de bijdrage van Herman Ram te vinden maar zijn antwoord moet geweest zijn dat deze situatie ook door het WADA is erkend en al in 2007 de regel is voorgesteld om de uitsluiting voor alle sportbeoefening te laten gelden.

**Mr. dr. Rob Siekmann** is de derde geweest die zijn bijdrage aan de vergadering heeft gemaaild. Zijn vraag, zo schrijft hij, kwam op het volgende neer.

Out-of-competition dopingcontroles raken de privacy van sporters en eens te meer is dat het geval wanneer die onverwacht aan huis plaatsvinden. Controles tijdens de training zijn tenminste nog wedstrijdgerelateerd. Bij zulke controles zijn hoe dan ook fundamentele burgerlijke grondrechten in het geding zoals, behalve privacy, de integriteit van het lichaam. Dergelijke mensenrechten zijn erkend in mensenrechtenverdragen zoals het EVRM. De WAD Code is geen internationaal verdrag, maar een NGO-tekst. De betrokkenheid van de statengemeenschap bij de oprichting en het bestuur van WADA verandert daaraan niets in principiële zin.

De UNESCO anti-doping conventie - en dat is wel een volkenrechtelijke overeenkomst - lijkt weliswaar out-of competition controles te legitimeren, zij het langs indirecte weg. Men kan echter nadrukkelijk vraagtekens zetten of een dergelijke aanpak in juridische zin voldoende of zelfs mogelijk is. In Nederland is de UNESCO conventie zonder debat door het parlement aanvaard. Had er niet gediscussieerd moeten worden over de vraag naar de verhouding tussen deze conventie en het EVRM. Er moeten toch wel bijzondere redenen kunnen worden aangevoerd, zo zou men denken, om fundamentele mensenrechten zo ingrijpend te beperken ten faveure van dopingcontroles in de sport. Rechtvaardigt het belang van eerlijke competitie en een "schone" sport een afweging die zozeer ten nadele van respect voor de privacy van de sporter uitvalt?

Juist bij deze vraag van Rob Siekmann wordt de discussie gemist, want op zich waren de antwoorden eenvoudig. Natuurlijk had er door het parlement gediscussieerd moeten worden over de verhouding tussen UNESCO en EVRM. En natuurlijk kan een dopingcode de privacy-wet niet zomaar opzij zetten. Maar waar liggen de grenzen. Goede stof voor nader onderzoek en eventueel een volgende vergadering.

Namens het bestuur van de vereniging

April 2009

Prof. mr. Heiko T. van Staveren

Voorzitter van de Vereniging voor Sport en Recht



# World Anti-Doping Code en De Wet: Botsing of versterking?

Mr. H. Ram<sup>1</sup>

## Vooraf

Het is zowel begrijpelijk als plezierig dat het bestuur van de Vereniging voor Sport en Recht dit jaar als onderwerp voor de wetenschappelijke vergadering heeft gekozen voor ‘De WADA-Code: Overschrijding van grenzen van recht en ethiek?’. Begrijpelijk omdat dit vraagstuk volop in de belangstelling staat, zowel bij juristen als bij ‘het grote publiek’. En plezierig omdat het bestuur zo vriendelijk is geweest om de Dopingautoriteit te vragen een bijdrage aan het debat te leveren.

Het afgelopen jaar zijn in verschillende kranten en tijdschriften artikelen verschenen over dit onderwerp. Er zijn discussiebijeenkomsten en internetfora aan gewijd. Zelfs de staatssecretaris voor sport heeft tijdens haar bezoek aan de Olympische Spelen in Peking enkele uitspraken gedaan die aan het onderwerp van vandaag raken. Er is dus sprake van een levendige publieke discussie, en ik wil graag proberen daaraan het mijne bij te dragen. Een discussie overigens die weliswaar met veel verve en emotie gevoerd wordt, maar die naar mijn mening jammer genoeg vaak te weinig op feiten gebaseerd is, en die bovendien vaak tekortschiet in de analyse daarvan.

Het grootste deel van mijn verhaal zal dan ook bestaan uit een poging om de meest relevante (juridische) feiten op een rijtje te zetten. En aan het einde van mijn verhaal hoop ik een korte analyse te geven, om af te sluiten met een antwoord op de vraag die de titel van dit verhaal vormt.

## Korte geschiedenis van het mondiale antidopingbeleid

De effectiviteit van het antidopingbeleid wordt in hoge mate bepaald door het feit dat (internationale) sportorganisaties en (nationale) overheden op dit gebied de handen ineen hebben geslagen. Dat was absoluut noodzakelijk om de progressie te kunnen boeken waarvan de laatste jaren sprake is geweest. Maar van deze eensgezinde aanpak is niet van meet af aan sprake geweest.

De eerste aanzet tot mondiaal antidopingbeleid werd in 1967 gegeven door het IOC, dat toen het Medical Committee oprichtte, met als directe aanleiding het overlijden van wielrenner Tommy Simpson.<sup>2</sup> Daar kwam geen nationale overheid aan te pas (en overigens ook geen enkele niet-olympische sport).

Maar met de totstandkoming van de Anti-doping Conventie van de Raad van Europa in 1989 gingen in ieder geval ook de Europese staten een rol spelen. Nederland ratificeerde de Conventie in 1995.<sup>3</sup>

Een volgende stap werd gezet in 1999, met de oprichting van het Wereld Anti-Doping Agentschap WADA. Dit agentschap werd opgericht door het IOC, waarbij er bewust voor gekozen werd om sportorganisaties en overheden gezamenlijk de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor

de organisatie te geven.<sup>4</sup>

Aldus gedragen door sport én overheden, stelde WADA in 2003 de eerste Wereld Anti-Doping Code ('Code 2003') vast, waarmee mondiale harmonisatie van het antidopingbeleid werd nagestreefd. Maar terwijl sportorganisaties (en antidopingorganisaties) gebonden zijn aan deze Code, zijn nationale overheden dat niet, omdat soevereine staten zich nu eenmaal niet laten binden aan de regels van een particuliere organisatie als WADA (een naar Zwitsers recht opgerichte en in Canada residerende stichting).

Het gevaar dat overheden de mondiale harmonisatie zouden verstoren of zelfs tegenwerken is echter voor een belangrijk deel ondervangen door de vaststelling (in 2005) van de Internationale Conventie tegen Doping in Sport van UNESCO ('de UNESCO Conventie'), waarin de deelnemende staten zich onder andere verplichten om de principes van de Code als uitgangspunt te nemen bij het treffen van maatregelen tegen het gebruik van doping in de sport. Nederland ratificeerde deze Conventie in 2006.<sup>5</sup>

Aldus is de tweede Wereld Anti-Doping Code ('Code 2009') - door WADA vastgesteld in 2007 en van kracht vanaf 1 januari 2009 - gebouwd op een stevig fundament van sportorganisaties en overheden. Of die samenwerking er ook toe leidt dat de Code en de door overheden uitgevaardigde wetgeving onderling niet strijdig zijn, zal hierna onderzocht worden.

## **WADA en de Wereld Anti-Doping Code**

Dat WADA gedragen wordt door sportorganisaties én overheden komt goed tot uiting in de samenstelling van het bestuur. De Foundation Board bestaat uit 38 leden, waarvan negentien uit 'de sport' komen, en de andere negentien een overheid vertegenwoordigen. Evenzo bestaat het Executive Committee uit zes 'sportmensen' en zes overheidsdienaren.

De Foundation Board is het hoogste orgaan van WADA, dat onder andere de Code vaststelt. De Code is op het moment van schrijven<sup>6</sup> geaccepteerd door het overgrote deel van de (relevante) sportorganisaties, namelijk alle 35 Olympische Internationale Sportfederaties, 52 andere Internationale Federaties (waarvan 31 IOC-erkend), alle 205 Nationale Olympische Comités, alle 161 Nationale Paralympische Comités, 115 Nationale Anti-Doping Organisaties en 62 andere (sport)organisaties<sup>7</sup>. Daarmee heeft in feite de hele mondiale sport – met uitzondering van een aantal Professional Leagues en een aantal (mondiaal gezien) zeer kleine niet-olympische sporten – zich aan de Code gebonden.

De Code is eerst en vooral geschreven om alle sporters mondiaal dezelfde rechten en dezelfde plichten te geven, met speciale nadruk op dezelfde sanctie voor eenzelfde vergrijp. De Code zelf heeft geen rechtstreekse werking, maar moet 'vertaald' worden in (nationale) dopingreglementen. Daarbij wordt de Code altijd beoordeeld en gehanteerd in samenhang met de bijbehorende International Standards waarvan er inmiddels vijf zijn, namelijk de IS for Testing, de IS for Laboratories, de IS for Therapeutic Use Exemptions, de IS for the Protection of Privacy and Personal Information, alsmede de Prohibited List. Of de op de Code gebaseerde (nationale) dopingreglementen daadwerkelijk voldoen aan de daarin gestelde eisen wordt door WADA getoetst, en eventuele afwijkingen van de Code kunnen tot het oordeel 'non-compliant' leiden, met (in potentie) verstrekken gevolgen voor het betrokken land of de betrokken organisatie. Daarbij moet worden gedacht aan uitsluiting van deelname aan internationale evenementen (in het

bijzonder Wereldkampioenschappen en Olympische en Paralympische Spelen) en het niet meer in Nederland mogen organiseren van dergelijke evenementen.<sup>8</sup>

## Van Code 2003 naar Code 2009

Hoewel de publiciteit rondom de vaststelling van de 'nieuwe' Code 2009 (in november 2007 in Madrid) misschien anders doet vermoeden, bouwt Code 2009 grotendeels voort op de 'oude' Code 2003. De grondprincipes en de globale opzet zijn volledig gehandhaafd, en iedereen die Code 2003 kent, zal de overstap naar Code 2009 probleemloos kunnen maken. Maar hoewel Code 2003 in feite naar inhoud én vorm dus in zeer grote mate bepalend is geweest voor Code 2009, zijn er toch ettelijke honderden wijzigingen doorgevoerd. Wijzigingen waarvan de complexiteit en ingrijpendheid sterk uiteen lopen.

Allereerst zijn er natuurlijk de wijzigingen die kunnen gelden als correcties van onvolkomenheden in Code 2003, inclusief taalkundige foutjes en onjuiste verwijzingen.

Verder geeft Code 2009 op bepaalde gebieden nadere invulling aan regelingen die in Code 2003 nog slechts globaal omschreven waren.

Voor het overige is in Code 2009 goeddeels de relevante jurisprudentie verwerkt, die sinds 2003 en op basis van Code 2003 tot stand is gebracht. Principes en interpretaties die de afgelopen jaren in de jurisprudentie zijn ontwikkeld hebben voor een deel nu een plek in de Code zelf gevonden, dan wel in de bijbehorende International Standards.

Ten slotte zijn er wijzigingen in de Code (en de Standards) aangebracht die terug te voeren zijn tot wat ik gemakshalve maar 'praktijkervaring' zal noemen: voorzieningen in Code 2003 die in de praktijk voor problemen of onduidelijkheden bleken te zorgen, zijn in Code 2009 scherper of uitgebreider omschreven.

Tussen al deze wijzigingen is amper of geen verandering te vinden die echt als een principiële ontwikkeling (laat staan als een aardverschuiving) te duiden is.<sup>9</sup> Code 2003 heeft (blijkbaar) in de praktijk goed gewerkt, wat als een levensgroot compliment voor de oorspronkelijke opstellers van die Code mag gelden. Code 2003 heeft voor grote stappen in de richting van de mondiale harmonisatie gezorgd, waarbij bedacht moet worden dat het eerst en vooral de sporters waren die zich uitspraken voor mondiale gelijkstelling van het brede scala aan antidopingregels dat in de voorgaande decennia van kracht was geweest.

Het is opvallend dat de naleving van Code 2003 in de afgelopen jaren vooral is nagestreefd langs wegen van geleidelijkheid. Er was zeker sprake van een soort internationaal harmoniemodel, want WADA heeft gekozen voor consultatie en overreding als belangrijkste hulpmiddelen, terwijl echte dwang in de praktijk amper een rol heeft gespeeld. Een verstandige aanpak, als we in aanmerking nemen dat WADA natuurlijk nog geen enkele traditie kent en de organisatie zichzelf in feite nog moet bewijzen.

Daarenboven speelt dan ook nog het feit dat de machtsverhoudingen in de internationale sportwereld toch wel van dien aard zijn dat WADA haar wil niet kan opleggen aan internationale federaties. Er zijn dan ook gebieden waarop Code 2003 nog niet tot de gewenste harmonisatie geleid heeft, veelal omdat IFs geen invulling wensten te geven aan bepaalde uit de Code voortvloeiende verplichtingen. De verwachting is overigens dat de Code Compliancy van de internationale federaties in de komende jaren sterk zal toenemen.

Code 2003 was – het zij nogmaals gezegd – een succes. Niet alleen omdat de Code een bruikbaar instrument bleek te zijn voor antidopingorganisaties, maar ook omdat onderdelen uit Code 2003 juridisch getoetst zijn, en de Code deze juridische toetsing goed bleek te doorstaan. De robuustheid (in juridische termen gedacht) van Code 2003 was een extra argument om de principes en opbouw ervan te handhaven in Code 2009, maar dan waar nodig verfijnd en gecorrigeerd.

## **Probleemgebieden en casuïstiek**

In de Code (zowel ‘Code 2003’ als ‘Code 2009’) zijn verschillende voorzieningen aan te wijzen die welhaast uitnodigen tot juridische toetsing omdat die voorzieningen mogelijk op min of meer gespannen voet staan met belangrijke rechtsprincipes. Vijf van die principes worden hier wat nader bekeken, namelijk:

1. het recht op bescherming van de privacy;
2. het recht op een eerlijk proces;
3. het legaliteitsbeginsel;
4. het proportionaliteitsbeginsel;
5. het gelijkheidsbeginsel.

Voor zover er uitspraken gedaan zijn die betrekking hebben op deze aspecten, zijn dat veelal (maar niet uitsluitend) uitspraken van het Court of Arbitration for Sport (CAS) geweest. De uitspraken en oordelen van het CAS worden alom als gezaghebbend gezien en het CAS heeft dan ook veel bijgedragen aan de acceptatie en interpretatie van de Code. Het CAS heeft nooit strijd van voorzieningen in de Code met een van deze genoemde rechtsprincipes vastgesteld. Nu is dat ook niet direct de taak van het CAS, maar in een klein aantal gevallen is daarnaast getracht om via de civielrechtelijke weg een uitspraak te krijgen over (eventuele) schending van de genoemde rechtsprincipes door de Code. En er zijn ook geen civielrechtelijke uitspraken gedaan die tot aantasting van en/of tot aanpassingen in de Code hebben geleid. In de navolgende paragrafen zullen de meest in het oog springende uitspraken de revue passeren.

Maar voordat ik overga tot behandeling van de relatie tussen de WAD Code en de genoemde rechtsprincipes wil ik er volledigheidshalve nog op wijzen dat bij de uitvoering van het antidopingbeleid sowieso rekening gehouden moet worden met de juridische omgeving, ook als het niet om eventuele botsing met fundamentele rechtsprincipes gaat. Dat klinkt evidentier dan het is, want de mate waarin Europese regelgeving relevant is voor het antidopingbeleid is bijvoorbeeld lang onduidelijk geweest. Bepalend in dit verband is de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak Meca-Medina/Majcen tegen de Europese Commissie.<sup>10</sup> Deze twee langeafstandswimmers hadden in eerste instantie van FINA een schorsing van vier jaar gekregen wegens de aanwezigheid van (afbraakproducten van) nandrolon in hun lichaam, welke sanctie door het CAS werd teruggebracht tot twee jaar. In hun zoektocht naar vrijspraak kwam ook de vraag aan de orde of antidopingregelgeving onderhevig is aan de Europese mededingingswetgeving, of dat deze regelgeving onder de zogenoemde ‘sporting exception’

viel. Het Hof oordeelde dat antidopingregelgeving niet (geheel) onder de ‘sporting exception’ valt, en dat bepaalde regels met betrekking tot de uitvoering van dopingcontroles onverenigbaar waren met de mededingingswetgeving. De twee zwemmers schoten hier overigens weinig mee op, want de sanctie van twee jaar bleef gehandhaafd. Toch heeft deze uitspraak de deur op een kier gezet voor toetsing van dopingsancties door het Europese Hof van Justitie. Het IOC en enkele internationale federaties hebben al laten merken dit een ongewenste ontwikkeling te vinden, maar daarmee kan ik het – alvast maar even vooruitlopend op mijn eindconclusies – niet eens zijn. De sportwereld moet toetsing door het EHJ en andere rechters niet schuwen. Het te beschermen belang (de rechten van de sporter) is er in ieder geval groot genoeg voor.

### *Het recht op bescherming van de privacy*

Mogelijke spanningen tussen de voorzieningen in de Code en het wettelijk recht op bescherming van de privacy hebben – voor zover bekend - nog niet geleid tot rechterlijke uitspraken. Dit mag verbazingwekkend heten, aangezien er zeker probleemgebieden aangewezen kunnen worden.

Voor Europese landen is relevant dat de Europese Commissie op dit gebied een richtlijn<sup>11</sup> heeft uitgevaardigd, en dat de Raad van Europa een conventie<sup>12</sup> gewijd heeft aan de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. Richtlijn en conventie zijn verwerkt in de nationale wetgeving van de lidstaten, in Nederland met name in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).<sup>13</sup> Antidopingorganisaties beheren en verwerken grote hoeveelheden gevoelige gegevens, waaronder gegevens over de verblijfplaatsen van sporters (de ‘whereabouts’), medische gegevens (vooral in verband met het toekennen van medische dispensaties) en testresultaten. Bovendien maken antidopingorganisaties bij geconstateerde dopingovertredingen sommige van deze gegevens openbaar, waaronder vaak de stof waarop een sporter positief getest is. En sporters worden in hun privéomgeving bezocht door dopingcontroleurs.<sup>14</sup>

Om internationale uitwisseling van deze gegevens mogelijk te maken, heeft WADA bovendien het administratie- en managementsysteem ADAMS ontwikkeld. Deze database is in hoog tempo de standaard voor antidopingorganisaties aan het worden. Gezien het gevoelige karakter van de erin verwerkte gegevens en de internationale context waarin deze worden uitgewisseld, kunnen zich hier problemen gaan voordoen. Van Explicit Consent<sup>15</sup> en van het verstrekken van de benodigde informatie aan de betrokkene<sup>16</sup> is mogelijk niet altijd sprake.

In Code 2003 was nog in het geheel niets geregeld met betrekking tot privacybescherming. In Code 2009 is wel een passage aan dit onderwerp gewijd, met daarbij een verwijzing naar een door WADA op te stellen International Standard for the protection of privacy.<sup>17</sup> Inmiddels is deze International Standard onder een iets andere naam vastgesteld.<sup>18</sup>

In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat Europa een hogere privacybescherming kent dan in Code 2009 (inclusief de genoemde International Standard) voorzien is. Dat is op zichzelf geen groot probleem. Ernstiger is het feit dat bepaalde verplichtingen uit de Code op gespannen voet (lijken te) staan met de Wbp. Op Europees niveau dreigt dit probleem inmiddels tot een politieke patstelling te leiden, waarvan slechts gehoopt kan worden dat die zal worden vermeden. Het laat zich voorspellen dat in de komende jaren jurisprudentie op dit gebied zal worden ontwikkeld.

### *Het recht op een eerlijk proces*

Uitspraken op dit gebied zijn er relatief veel en die zijn in de afgelopen jaren vooral gedaan rondom (de verdeling van) de bewijslast in dopingzaken. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen zaken die gebaseerd zijn op een 'positieve' laboratoriumbevinding en zaken die (ook) op ander bewijs rusten.

### **Adverse Analytical Findings**

Als een laboratoriumanalyse leidt tot een positieve bevinding geldt het principe van Strict Liability in volle omvang: de betrokken sporter is verantwoordelijk voor de aanwezigheid van (afbraakproducten van) de verboden stof, en disculpatie is in principe niet mogelijk.

Een standaarduitspraak over het Strict Liability principe in zijn algemeenheid is de Edwards-uitspraak.<sup>19</sup> De verdediging van de Amerikaanse atlete Torri Edwards stelde dat dit principe *overly wrong* is en dat *it violates fairness*. Toepassing van het principe zou in casu leiden tot *a determination no reasonable body could reach*. Alles tevergeefs: het principe bleef overeind en Edwards kreeg de standaardsanctie van twee jaar.

Een nog bredere aanval werd ingezet door de verdediging van de Amerikaanse wielrenner Floyd Landis.<sup>20</sup> In deze zaak (met voor zover bekend de hoogste advocatenkosten ooit in een dopingzaak) was sprake van *extensive pre-hearing procedures, many complex procedural applications en a nine day hearing*. De verdediging beschuldigde het betrokken dopinglaboratorium van *bias, inconsistent and false statements and fraudulent documents*, en buiten de rechtszaal werd aangegeven dat de strategie erop gericht was *to take down the lab in an embarrassing way*. Dat was te hoog geschoten: het panel concludeerde dat er sprake was van *less than ideal laboratory practices*,<sup>21</sup> *but not lies, fraud, forgery or cover-ups*. En Landis kreeg de standaardsanctie van twee jaar, en moest 100.000 dollar bijdragen in de kosten van de verdediging van de tegenpartij. De zaak heeft overigens wel geleid tot aanpassingen in de International Standard for Laboratories.<sup>22</sup>

Onder welke omstandigheden het Strict Liability principe moet wijken voor *exceptional circumstances*, is verder getoetst in de zaak van de Amerikaanse atleet Justin Gatlin, die voor een tweede dopingovertreding vier jaar schorsing kreeg.<sup>23</sup> Gatlin voerde verschillende *exceptional circumstances* aan die verlaging van de sanctie zouden rechtvaardigen. Het panel betrok ook mogelijke *exceptional circumstances* met betrekking tot de eerste, uit 2001 stammende overtreding bij haar oordeelsvorming.<sup>24</sup> Maar het eind van het liedje was dat de schorsing van vier jaar volledig gehandhaafd werd. Aspecten van deze zaak zijn overigens verwerkt in de International Standard for Therapeutic Use Exemptions.<sup>25</sup>

In dezelfde lijn ligt de Knauss-uitspraak.<sup>26</sup> De Oostenrijkse skiër Hans Knauss wist het panel er wel van te overtuigen dat de aangetroffen stof onopzettelijk (via een voedingssupplement) in zijn lichaam terechtgekomen was, maar tot strafverlaging leidde dit niet: *he clearly acted negligently* oordeelde het panel en de uitsluiting van achttien maanden werd gehandhaafd.

Een bijzondere uitspraak werd gedaan in de zaak van de Belgische triatleet Rutger Beke die

door de Disciplinaire Raad van de Vlaamse Gemeenschap werd vrijgesproken.<sup>27</sup> De Raad oordeelde dat de EPO-test die tot de positieve bevinding geleid had, niet betrouwbaar was (zich daarbij basierend op het oordeel van een Leuvense hematoloog). WADA kon geen beroep aantekenen tegen deze uitspraak omdat de Disciplinaire Raad een door de Vlaamse overheid ingesteld orgaan is. Omdat er in België geen beroep werd aangetekend tegen de uitspraak, werd de vrijspraak onherroepelijk. Er kan mijns inziens niet aan getwijfeld worden dat WADA beroep had aangetekend als die mogelijkheid wel bestaan had, en in dat geval was door het CAS een uitspraak gedaan over de EPO-test.<sup>28</sup> Nu dat niet mogelijk was, heeft dit specifieke geval amper of geen betekenis voor het oordeel van sporttribunalen over de EPO-test. De zaak heeft overigens wel geleid tot aanpassingen in de (interpretatie van de) EPO-test.<sup>29</sup>

Een andere relatief nieuwe test, namelijk die naar het gebruik van homologe bloedddoping (dat wil zeggen: het in de bloedbaan brengen van bloed van een andere persoon) werd wel door het CAS getoetst, in de Hamilton-zaak.<sup>30</sup> Het dopinglaboratorium in Lausanne rapporteerde dat de Amerikaanse wielrenner Tyler Hamilton positief bevonden was op de aanwezigheid van via transfusie ingebracht bloed. Zijn verdediging richtte zich vrijwel volledig op de betrouwbaarheid van de test die gebruikt was. Onder andere inconsistente verklaringen van getuigen, problemen met de uitvoering van de test, de kans op vals positieven, meningsverschillen tussen experts en het negeren van een bepaalde drempelwaarde werden ter verdediging aangevoerd. Alles was tevergeefs: het panel aanvaardde de conclusies van het laboratorium en veroordeelde Hamilton tot twee jaar schorsing.

Als laatste uitspraak in deze paragraaf wil ik wijzen op de zaak tegen de Argentijnse tennisser Guillermo Cañas.<sup>31</sup> In de uitspraak wordt betrekkelijk uitgebreid ingegaan op de factoren die bepalend zijn voor het *level of fault or negligence*. Het verwijt is onder andere dat Cañas medicatie had genomen zonder zich behoorlijk op de hoogte te stellen van de inhoud, met daarbij de expliciete toevoeging dat dit voor een professionele en ervaren speler als Cañas zwaar weegt. De sanctie kwam uit op vijftien maanden.

Bij wijze van uitzondering is deze zaak getoetst door een Zwitserse civiele rechtbank.<sup>32</sup> Het Federal Tribunal vernietigde de CAS-uitspraak wegens schending van het recht op een eerlijk proces: de arbiters hadden verzuimd om expliciet aan te geven waarom het beroep van Cañas op bepaalde rechtsregels niet toepasselijk was, zodat er rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat toepassing van die regels tot een andere uitspraak had geleid. Het Federal Tribunal vond dit punt zo zwaar wegen dat het tot vernietiging van de uitspraak en terugverwijzing kwam. Met het Strict Liability principe had deze uitspraak echter weinig of niets te maken.

Het Federal Tribunal legde de zaak terug bij het CAS, zodat het CAS zich opnieuw een oordeel over de zaak kon vormen, met medeneming van het oordeel van het Federal Tribunal. Het CAS kwam vervolgens tot hetzelfde inhoudelijke oordeel als in de eerste ronde.

### **Non Analytical Findings**

Bij overtredingen waarvoor het bewijs niet de vorm heeft van een positieve bevinding verschuift het Strict Liability principe enigszins in de richting van 'gewoon' bewijsrecht, met als norm *the comfortable satisfaction of the hearing body*.<sup>33</sup> Deze norm leidt in de praktijk tot grotere

bewijsproblemen, vooral waar het (verdenking van) bezit, handel, verstrekking of toediening betreft. Desalniettemin blijkt uit de jurisprudentie dat het oordeel van Nationale Anti-Doping Organisaties in dit soort zaken zwaar weegt. Toonaangevende uitspraken werden gedaan in de zaken tegen de Amerikaanse atleet Tim Montgomery en de Amerikaanse atlete Chryste Gaines.<sup>34</sup> Deze zaken hangen sterk samen, en vloeiden beide voort uit de BALCO-affaire.<sup>35</sup> In de uitspraken wordt expliciet gesteld dat bewijsproblemen de verantwoordelijke organisaties er niet van mogen weerhouden om zaken *with utmost earnestness and eagerness* te vervolgen. In de Gaines-uitspraak overweegt het panel dat het weinig verschil maakt of in die zaak het criterium *beyond reasonable doubt of comfortable satisfaction* wordt gebruikt. Het panel kwam in beide zaken tot een sanctie van twee jaar, waar overigens vier jaar geëist was. Uitspraken van de sporters zelf (vooral in de Montgomery-zaak) strekten mede tot het bewijs.<sup>36</sup>

Het North American Court of Arbitration for Sport NACAS<sup>37</sup> verrijkte de jurisprudentie met de uitspraak in de zaak tegen de Amerikaanse atlete Michelle Collins.<sup>38</sup> Collins weigerde in deze zaak te getuigen, maar een veelheid aan ander bewijs droeg bij aan de veroordeling wegens langdurig gebruik. USADA overlegde twee ordners met e-mails, resultaten van bloed- en urinetesten, expertanalyses van die testresultaten, memoranda van FBI-verhoren, handgeschreven agenda's, FedEx Airbills en documenten uit de BALCO-archieven. Daarnaast werden er verklaringen afgelegd door vier getuigen. De sanctie bedroeg acht jaar.

### *Het legaliteitsbeginsel*

Het legaliteitsbeginsel speelt vooral een rol omdat de Prohibited List tot op zekere hoogte een 'open' karakter heeft. Niet alle verboden stoffen worden er met naam en toenaam op vermeld. Een aantal rubrieken wordt afgesloten met de formulering *and other substances with a similar chemical structure or similar biological effect(s)* en in een aantal gevallen wordt een enumeratie van een aantal stoffen voorafgegaan door de woorden *including, but not limited to*. De vraag of een sporter veroordeeld kan worden als (een afbraakproduct van) een niet expliciet op de lijst vermelde stof in zijn of haar lichaam wordt aangetroffen dringt zich dan ook op. Een beroep op het legaliteitsbeginsel blijkt vruchtbaar te kunnen zijn.

Allereerst de zaak tegen de Colombiaanse wielrenster Maria-Luisa Calle Williams bij wie tijdens de Olympische Spelen in Athene het niet op de lijst vermelde Heptaminol werd gevonden.<sup>39</sup> In deze (overigens niet onomstreden) uitspraak oordeelde het panel allereerst dat een oordeel van WADA over *similarity* van een stof ter beoordeling aan een panel kan worden voorgelegd. Om te beoordelen of er al dan niet sprake is van vereiste *similarity* moet vervolgens het panel dezelfde criteria toepassen die voor de samenstelling van de lijst als zodanig gelden, namelijk:

1. potential performance enhancement;
2. health risk;
3. violation of the spirit of sport.

Aan twee van deze drie criteria moet zijn voldaan om een stof als Prohibited te kenmerken. In casu slaagde

het IOC er onvoldoende in om aan te tonen dat aan de criteria voldaan was, en vrijspraak volgde.

Een andere interessante uitspraak is die in de zaak tegen de Oostenrijkse Paralympische kogelstoter Wolfgang Dubin.<sup>40</sup> De aangetroffen stof Propylhexedrine is een stimulantium dat echter 'per ongeluk' niet op de Prohibited List vermeld was. WADA voerde weliswaar aan dat *'the substance is clearly indicated as prohibited substance by several anti-doping agencies and international federations'*, maar het ontbreken van de stof op de Prohibited List droeg zeker bij tot de vrijspraak waartoe het panel (overigens na weging van alle aspecten van het geval) uiteindelijk besloot.

Als derde voorbeeld wil ik de Harrison-zaak noemen.<sup>41</sup> In deze zaak was de omstreden stof Modafinil aangetroffen bij de Amerikaanse atleet Calvin Harrison, en de centrale (en enig resterende) vraag voor het NACAS was of dit een verboden stof was volgens de in 2003 geldende dopinglijst van de IAAF. Harrison kwam niet naar de rechtzaal, maar het panel nam in deze zaak toch de moeite om door middel van een betrekkelijk lang citaat uit te leggen waarom het onwenselijk en onmogelijk is om uitsluitend expliciet benoemde stoffen als verboden te beschouwen:

*It would be impracticable to identify all forms of steroids in the list of prohibited substances, and it is always possible for new substances to be synthesized. It would be unfair for some athletes, and detrimental to the health of others, to permit athletes to experiment with novel forms of derivations of steroids until such time as the rule makers detected the new compounds and moved to add them to the list of identified substances. To restrict the prohibition to certain named substances would be both unfair and detrimental to the interests of the sport and athletes.*

De sanctie bedroeg twee jaar.<sup>42</sup>

### *Het proportionaliteitsbeginsel*

Verschillende aspecten van het antidopingbeleid doen vragen rondom het proportionaliteitsbeginsel rijzen. Het systeem als geheel is een strikt, consequent en in zijn consequenties vaak betrekkelijk 'streng' systeem en de strikte toepassing van de regels roept regelmatig de vraag op of de gevolgen wel in overstemming zijn met de mate van schuld en/of de ernst van de overtreding. Overigens doen deze vragen zich ook voor met betrekking tot het opleggen van bepaalde verplichtingen aan sporters. De verplichte beschikbaarheid voor controles buiten wedstrijdverband en de hiermee verbonden verplichting tot het aanleveren van whereabouts-gegevens wordt door sommigen als disproportioneel bestempeld. Ook het Biomedisch paspoort is een onderwerp dat dit soort discussies voedt.

De meest beroemde en aansprekende zaak op dit gebied is de Mariano Puerta-zaak.<sup>43</sup> Deze Argentijnse tennisser werd positief bevonden op Etilefrine, maar wist overtuigend aan te tonen dat hij deze stof had binnen gekregen door het drinken uit een glas dat zijn echtgenote eerder had gebruikt om een premenstrueel medicijn tot zich te nemen. Omdat het Puerta's tweede dopingzaak

betrof werd in eerste aanleg een straf van acht jaar opgelegd. Het CAS-panel stelde vast dat het hier niet om *exceptional circumstances* ging, en het Strict Liability principe liet dus geen ruimte om tot de gewenste veel lagere sanctie te komen. Maar het panel oordeelde vervolgens dat het wel om *unique circumstances* ging, en dat hier sprake was van *minimal negligence*. Het panel zocht op die basis zijn toevlucht tot een beroep op het proportionaliteitsbeginsel en wist via die creatieve weg de sanctie terug te brengen tot twee jaar.

### *Het gelijkheidsbeginsel*

Omdat mondiale harmonisatie van de regels, procedures en sancties juist het wezenlijke doel van de Code is, ligt het niet in de lijn der verwachting dat er snel problemen zullen ontstaan in verband met de ongelijke behandeling van sporters. Relevante jurisprudentie laat zich dan ook niet aanwijzen. Weliswaar werd in de al eerder opgevoerde Edwards-zaak<sup>44</sup> wel als grief opgevoerd dat *not all athletes are subject to the same sanction*, maar het panel maakt daar maar weinig woorden aan vuil, en – zoals we al gezien hebben – het vomis luidde twee jaar uitsluiting.

Toch kan op het gelijkheidsbeginsel nog wel iets worden afgedongen. Het is en blijft immers de (principiële) vraag of een bepaalde sanctie voor een beroepssporter even zwaar weegt als voor een amateursporter. En bovendien kan de aard van de sport een rol spelen bij deze beoordeling, want in sommige sporten kan slechts enkele jaren aan de top gepresteerd worden, terwijl dat in andere sporten tientallen jaren kunnen zijn: een sanctie van twee jaar heeft dan onweerlegbaar een verschillende impact.

Ondanks deze vraagpunten is het principe van ‘gelijke sanctie bij gelijke overtreding’ een erkend en aanvaard principe van de Code, en is er nog maar weinig discussie over dit punt. De enige grote Olympische Internationale federatie die zich tot voor kort op een aantal punten aan de Code heeft weten te onttrekken is de FIFA, die een eigen Disciplinary Code aanhield. Het CAS toetste beide systemen aan het Zwitserse recht, en concludeerde dat beide systemen *in compliance with Swiss law* waren, met als enige probleempunt de ongelimiteerde periode waarbinnen een nieuwe overtreding als tweede overtreding gold.<sup>45</sup>

## **Anti-doping wetgeving**

De zojuist genoemde Advisory Opinion over de relatie tussen wet en antidopingregelgeving brengt me bij mijn laatste onderwerpje, namelijk de positie van nationale antidopingwetgeving. WADA neemt een neutraal standpunt in ten aanzien van de (on)wenselijkheid van nationale antidopingwetgeving, omdat de juridische situatie op dit punt wereldwijd nu eenmaal fundamenteel verschilt. Een duidelijke keuze vóór of tegen nationale antidopingwetgeving als middel in de strijd tegen doping zou WADA in directe botsing brengen met alle landen die daar net wat anders over denken.

Een aantal landen kent antidopingwetgeving.<sup>46</sup> De aard van die wetgeving is erg divers. Enerzijds is er sprake van kaderwetgeving, waarbij de feitelijke uitvoering van het dopingbeleid geheel aan

de sport wordt overgelaten. Anderzijds zijn er landen die zelf ook volledig voor de uitvoering van het beleid zorgdragen, en waar de wetgeving om die reden veel gedetailleerder is. Tussen beide uitersten bevindt zich uiteraard een veelheid aan varianten.

Het al dan niet hebben van antidopingwetgeving zegt overigens op zichzelf niet veel over de mate van betrokkenheid van een land bij actief antidopingbeleid. Het zegt veelal meer over de waarde die een land hecht aan wetgeving als middel om een doel te bereiken. Ook landen die al jaren zeer actief zijn in het antidopingbeleid stellen het zonder specifieke wetgeving, en er zijn geen aanwijzingen dat dat als zodanig tot minder effectief beleid leidt.

Nederland kent geen antidopingwet o.i.d. Maar dat wil uiteraard niet zeggen dat er geen wettelijke voorzieningen bestaan die (mede) bepalend zijn voor bepaalde aspecten van het antidopingbeleid. De Opiumwet 1928, de Geneesmiddelenwet, het Wetboek van Strafrecht en de Wet BIG bevatten allemaal voorzieningen die betrekking hebben op (een deel van de) dopinggeduide middelen, en meer in het bijzonder op de productie van en handel in dergelijke middelen.

Bescherming van de volksgezondheid en de bestrijding van illegale handel en productie (inclusief hiermee samenhangende andere vormen van criminaliteit) zijn in Nederland de belangrijkste taken die de overheid op dit gebied wil uitvoeren. De overheid ziet voor zichzelf ook een taak weggelegd in de bestrijding van dopinggebruik buiten de georganiseerde sport, maar wetgeving wordt daarbij niet als middel ingezet.<sup>47</sup> Ook ziet de overheid voor zichzelf een taak weggelegd in het ondersteunen van de bestrijding in de georganiseerde sport, om welke reden de overheid actief (ook financieel) bijdraagt een WADA en de controleprogramma's van de Dopingautoriteit.

## **Conclusies en afronding**

In de voorgaande tekst heb ik getracht om een actueel beeld te schetsen van de relatie tussen het antidopingbeleid en het omringende wettelijk kader. De meeste aandacht ging daarbij uit naar de jurisprudentie, zonder dat overigens in de verste verte naar volledigheid gestreefd is.

De hoofdconclusie luidt dat de WAD Code opvallend goed bestand is gebleken tegen (tucht)rechterlijke toetsing aan algemene rechtsprincipes. Code 2003 heeft goed standgehouden, en ik spreek de verwachting uit dat hetzelfde voor Code 2009 gaat gelden. Tuchtrechtelijke toetsing van belangrijke zaken vindt voornamelijk door het CAS plaats, en het CAS is in de praktijk dan ook de belangrijkste 'hoeder' van de Code geworden. Een positie die de organisatie overigens ook op kritiek is komen te staan van de zijde van (de advocaten van) de sporters, die immers vaak hebben moeten vaststellen dat hun verdediging stuk liep op de consequente en stringente interpretatie van de Code die het CAS voorstaat.

Vastgesteld kan worden dat de bestaande situatie, waarin een sporttribunaal als hoogste rechter fungeert, de steun heeft van de overheden. Er bestaat klaarblijkelijk een brede consensus onder overheden dat de tuchtrechtspraak in dopingzaken aan 'de sport' kan worden overgelaten, en is geen enkele neiging te bespeuren om in dit opzicht iets te veranderen. Ik wil betogen dat de

nauwe samenwerking tussen sportorganisaties en overheden hiervoor de basis heeft gelegd.

Gegeven deze situatie is het opvallend dat in de praktijk slechts bij hoge uitzondering aan een civiele rechter gevraagd is om een oordeel te vellen over aspecten van het antidopingbeleid die aanleiding zijn tot het levendige publieke debat waarover ik aan het begin van mijn verhaal al sprak. Zeer opvallend zelfs, want het gaat om belangrijke (rechts)principes.

Regelmatige rechterlijke toetsing, ook door de civiele rechter, blijft naar mijn mening van essentieel belang voor de doorontwikkeling van het vak en de daarvoor onmisbare mondiale harmonisatie. Maar (meestal via de welwillende pen van een journalist) aangekondigde rechtszaken blijken tot nu toe niet van de grond te komen. En dat is misschien maar beter ook, als ik zie met welke argumenten men soms meent tegen aspecten van het antidopingbeleid in verweer te moeten komen.<sup>48</sup> Alleen goed voorbereide en doordachte procedures kunnen bijdragen aan de verdere opbouw van een effectief en rechtvaardig antidopingbeleid, wat overigens ook het geval kan zijn als de procedure zelf verloren wordt.

Naast die rechterlijke toetsing moet minstens zoveel belang gehecht blijven worden aan het bestaande systeem van consultatie, waarbinnen regelgeving wordt doorontwikkeld en aangescherpt. Veel problemen worden en zijn langs deze weg voorkomen, en dat lijkt mij in zijn algemeenheid te prefereren boven rechtszaken.

Als antwoord op de titel van dit verhaal kan geconcludeerd worden dat antidopingbeleid slechts zelden in botsing komt met wetgeving, dat de burgerlijke rechter hier een marginale maar toch onmisbare rol speelt, en dat specifieke antidopingwetgeving een mogelijk maar niet noodzakelijk middel is ter versterking van dat beleid.

## Noten

- 1 De indertijd via de televisie verspreide beelden gelden tot op de dag van vandaag als illustratie van de noodzaak om dopinggebruik te bestrijden.
- 2 Zie voor meer informatie en de volledige tekst: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Doping/convention\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Doping/convention_en.asp).
- 3 Zie voor meer informatie: [www.wada-ama.org](http://www.wada-ama.org).
- 4 Zie voor meer informatie en de volledige tekst: [http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL\\_ID=9682&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL_ID=9682&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).
- 5 23 december 2008.
- 6 Een breed scala van organisaties, variërend van de Commonwealth Games Council for Wales tot The Islamic Solidarity Sports Federation.
- 7 Het niet ratificeren of accepteren van de UNESCO Conventie kan overigens dezelfde gevolgen hebben: zie artikel 22.6 van Code 2009.
- 8 Zie voor een uitgebreide behandeling van de wijzigingen: John Marshall en Amy Catherine Hale. Will The New WADA Code Plug All The Gaps? Will There Be By-Catch?, in

- combinatie met: Steven Teitler en Herman Ram. Analyzing the New World Anti-Doping Code: A Different Perspective. In: *The International Sports Law Journal*, 2008/1-2, p. 37-42 en 42-49.
- 9 Zaak C-519/04 P: Arrest van het Europese Hof van Justitie (Derde Kamer) van 18 juli 2006.
  - 10 Richtlijn 95/46/EC.
  - 11 Conventie ETS 108, met bijbehorend Additional protocol.
  - 12 Van kracht sinds 1 september 2001.
  - 13 Zie voor een uitgebreide behandeling van dit onderwerp: Janwillem Soek. The Athlete's Right to Respect for his Private Life and his Home. In: *The International Sports Law Journal*, 2008/3-4, p. 3-13.
  - 14 Artikel 8.2.a van de Richtlijn.
  - 15 Artikel 10(c) van de Richtlijn.
  - 16 Artikel 14.6 WAD Code 2009.
  - 17 De International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information werd op 30 september 2008 vastgesteld en treedt op 1 januari 2009 in werking.
  - 18 CAS OG 04/003 Torri Edwards/IAAF&USATF.
  - 19 CAS 2007/A/1394 Floyd Landis/USADA.
  - 20 Welke omschrijving overigens als een understatement kan gelden.
  - 21 Een typisch en vaker waar te nemen voorbeeld van een door de sportorganisatie gewonnen zaak die voor WADA toch aanleiding is om tot (verdere) verbetering van procedures of regelgeving te komen.
  - 22 CAS 2008/A/146 Justin Gatlin/USADA.
  - 23 Het in het oordeel betrekken van aspecten van de eerste zaak zonder deze zaak zelf te heropenen kostte overigens nogal wat juridische acrobatiek en kan ik in die zin niet erg geslaagd vinden.
  - 24 Zie voetnoot 19.
  - 25 CAS 2005/A/847 Hans Knauss/FIS.
  - 26 Disciplinaire Raad van de Vlaamse Gemeenschap, 9 augustus 2005; deze Disciplinaire Raad spreekt recht op basis van het Decreet inzake medisch en ethisch verantwoorde sportbeoefening dat de Vlaamse overheid heeft vastgesteld.
  - 27 Het feit dat een Belgisch panel een Belgische sporter vrijspreekt zonder dat een niet-Belgisch panel zich daarover kan buigen staat uiteraard op gespannen voet met de mondiale harmonisatie waarnaar WADA streeft.
  - 28 Zie voetnoot 19.
  - 29 CAS 2005/A/884 Tyler Hamilton/USADA&UCI.
  - 30 CAS 2005/A/951 Guillermo Cañas/ATP.
  - 31 Federal Tribunal 4P.172/2006 Cañas/ATP.
  - 32 Artikel 3.1 WAD Code 2009.
  - 33 CAS 2004/O/645 USADA/Tim Montgomery, en CAS 2004/O/649 Chryste Gaines.
  - 34 Het bedrijf Bay Area Laboratory Cooperative (BALCO) bleek een omvangrijk dopingprogramma te kennen, waarbij vele tientallen sporters betrokken waren.
  - 35 De zaken hangen overigens ook weer sterk samen met de Marion Jones-zaak, welke Amerikaanse atlete nooit positief bevonden werd, maar uiteindelijk wegens meened een

- gevangenisstraf van 6 maanden uitzat.
- 36 Het NACAS is een decentraliseerd kantoor van het CAS, waar de Noord-Amerikaanse zaken worden afgehandeld.
  - 37 NACAS AAA 30 190 00658 04 USADA/Michelle Collins.
  - 38 CAS 2005/A/726 Maria-Luisa Calle Williams/IOC.
  - 39 CAS 2005/A/834 Wolfgang Dubin et al./IPC; in deze uitspraak speelt overigens het Strict Liability principe ook een rol.
  - 40 NACAS AAA 30 190 000981 04.
  - 41 Een andere Modafinil-zaak was die van de Amerikaanse atlete Kelly White, die eveneens tot een veroordeling leidde; later bleek dat Kelly White ook betrokken was bij de BALCO-zaak.
  - 42 CAS 2006/A/1025 Mariano Puerta/ITF.
  - 43 Zie paragraaf 4.2.1.
  - 44 CAS 2005/C/976 & 986, Advisory Opinion FIFA & WADA.
  - 45 Australië, België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Verenigde Staten en Zweden zijn hier voorbeelden van.
  - 46 De Dopingautoriteit ontvangt van de overheid financiële middelen om voor deze doelgroep preventieprogramma's te ontwikkelen en uit te voeren.
  - 47 Zo vind ik een beroep op het recht op een ongestoorde vakantie zoals geregeld in de Working Time Directive van de Europese Unie (Richtlijn 93/104/EC, geamendeerd in Richtlijn 2000/34/EC) een weliswaar creatief, maar wel vergezocht argument tegen de Whereabouts-verplichting.

# De WAD code: “Guilty unless proven innocent?”

Mr. J. Loorbach

## Inleiding

In dit opstel zal ik onderzoeken of de regelgeving die is neergelegd in de WAD Code - zoals die per 1 januari 2009 in werking zal treden - op onderdelen niet op gespannen voet staat met algemeen geldende (rechts-)principes, zoals het schuldvereiste en zijn pendant, de onschuldpresumptie. Dat leidt onder meer ook tot vragen ten aanzien van bewijslastverdeling. Om die gespannen voet aan te nemen is ten eerste noodzakelijk dat de WAD Code en de receptie daarvan in de regelgeving van federaties en bonden kunnen worden getoetst aan deze algemene principes. Dat is dus een vóórvraag.

Ik zal voorts de vraag aan de orde stellen welke grenzen er gesteld behoren worden aan het gebied waarbinnen de antidopingregelgeving en de toepassing daarvan gelegitimeerd zijn. Anders gezegd: is denkbaar dat de WADA met haar regelgeving buiten de grenzen van haar bevoegdheden treedt en, handelende zonder bevoegdheden, tegengeworpen kan krijgen dat regelgeving rechtskracht mist? En dat daardoor geen bevoegdheid tot vervolging bestaat? En dat de toepassing in dat geval onrechtmatig is? Ik meen dat dat het geval is bij het verbod op niet prestatie bevorderende - maar in de Code toch verboden - middelen. Ik spreek dus over recreatieve verdovende middelen.

## Plaats van de Code

In het verband van beide onderwerpen is het nuttig stil te staan bij de plaats van de WAD Code.

Ik kwalificeer het als onderdeel van verenigingsrecht. Het is immers steeds binnen de structuur en het legislation systeem van het verenigingsrecht en dus binnen een lidmaatschapsverhouding - of een andere privaatrechtelijke gebondenheid zoals bij deelname aan de Olympische Spelen - dat dit tuchtrechtelijke systeem toepassing vindt op het handelen van een sporter en hem aan gedragsinstructies opsporing en sancties onderwerpt.

Wij komen dan, om te beginnen, uit bij de nog altijd veel aangehaalde indeling die Prof. de Doelder heeft gemaakt in zijn proefschrift uit 1981<sup>1</sup>.

In essentie gaat het hem erom dat, naarmate het lidmaatschap van de groep waarbinnen disciplinaire regels gelden, onvrijwilliger is, er steeds hogere eisen dienen te worden gesteld aan zowel het formele tuchtrecht (de procedurele regels) als het materiële tuchtrecht (de definitie van de normen en de aard en omvang van de sancties).

Wat betekent dat voor een sporter die in verenigingsverband, en daardoor in bondsverband, en daardoor in federatieverband, en op de Olympische Spelen (en andere federatie-overstijgende evenementen) zijn sport wil uitoefenen?

Nu het vooral ook gaat om beroepssporters die voor hun broodwinning van die sportbeoefening volledig afhankelijk zijn en voor wie deze activiteit ook de wezenlijke ontplooiing is van vaak

uitzonderlijke talenten, kun je wellicht formeel nog wel spreken van vrijwilligheid, doch materieel niet meer; als je uitgaat van een fundamenteel recht van vrijheid van beroepskeuze en van een fundamenteel persoonlijk recht op de ontplooiing van je talenten, met daartegenover het monopolie van de nationale en vooral de internationale sportorganisaties, dan kan naar mijn oordeel van vrijwilligheid niet worden gesproken; in ieder geval rust onder deze omstandigheden op de organisatie in mijn opvatting een even zware verplichting ter zake van formele en materiële zorgvuldigheid en legitimering van regelgeving en uitvoering als in een “dwangorganisatie”.

Dat brengt mij tot een eerste conclusie die tegelijkertijd de toetssteen is voor wat gaat volgen: de dopingregelgeving waaraan amateur-sporters en vooral beroepssporters onderworpen zijn, dient geheel de toets te kunnen doorstaan die ook overheidsregelgeving en de toepassing daarvan met betrekking tot het strafrecht moet kunnen doorstaan.

Wanneer dat al niet om de hiervoor gegeven reden zou gelden, dan toch wel wanneer wij de mogelijke sancties in aanmerking nemen: de eenvoudigste eerste sanctie is het door de tuchtrechter niet te matigen minimum van twee jaar ineligibility, en vandaar kan het alleen maar verder oplopen op grond van recidive en andere verzwarende omstandigheden. Dat betekent de bedreiging met uitsluiting van broodwinning en de blokkade van persoonlijke talentontplooiing. Deze aantasting van vermogensrechten en van de persoonlijke levenssfeer zijn straffen waarbij die in het commune strafrecht verbleken. Ik dien hierbij aan te tekenen dat het rigide sanctiesysteem slechts geldt voor een minderheid van de middelen die op de verboden lijst staan. Voor meer “onschuldige” recreational drugs geldt dat minimum bijvoorbeeld niet.

Voor het publieke tuchtrecht zoals het medisch tuchtrecht en het advocatentuchtrecht - die dus wettelijk zijn vastgelegd - is al lang en breed uitgemaakt dat het EVRM van toepassing is, ondermeer omdat er sancties kunnen worden opgelegd met een vermogensrechtelijk effect. Dan valt dus in deze context allereerst aan artikel 6, het fair trial beginsel, te denken. Welnu, bij beroepsuitsluiting is van dergelijke sancties zeker sprake. Dr. J.W. Soek heeft laten zien dat het EVRM de directe en horizontale werking van de mensenrechten heeft aanvaard<sup>2</sup> en dat dat ook van toepassing is op de WAD Code. Een sporter kan er een beroep op de EVRM-normen doen in zijn tuchtrechtelijke procedure met zijn bond/federatie, en de tuchtrechter zal aan die normen moeten toetsen. Het CAS denkt daar voorlopig nog anders over. Daar kom ik hierna op terug.

Die directe werking in de privaatrechtelijke verhouding tussen sportorganisatie en sporter betekent niet alleen in abstracto dat de WAD Code in overeenstemming moet zijn met fundamentele regels zoals met name die uit het EVRM voortvloeien doch ook in concreto dat de weg naar de gewone rechter open ligt om te laten toetsen of regelgeving en met name de toepassing daarvan jegens de sporter mogelijk onrechtmatig is wegens strijd met die beginselen. Er van die gedachte van een gang naar de gewone rechter wordt gegruid in de introverte kringen rond WADA.

## **De constructie van de “violation”, de strafbaarstelling en het bewijsconcept**

Ik beperk mij in dit betoog tot de belangrijkste *violation* en dat is het schenden van de *personal duty to ensure that no prohibited substance enters his or her body*. Dit is, in alle eenvoud, de omschrijving van het strafbare feit. De rest van artikel 2.1.1. is, althans op het eerste gezicht, niet

meer dan relevante toelichting.

Ten eerste:

*Athletes are responsible for any prohibited substance (...) found to be present in their samples.* Is dat een toelichting of staat hier dat handelen in strijd met deze responsibility een violation is?

En vervolgens:

*Accordingly, it is not necessary that intent, fault, negligence or knowing use on the athlete's part be demonstrated (...).*

Ik signaleer: de verplichting van de atleet is om zeker te stellen dat een verboden stof *does not enter the body* en dat voorval van enterling komt vervolgens niet terug. Ik zou menen dat de "responsibility paragraaf" eerder een bewijsinstructie is dan een delictomschrijving. Het verbindingswoord "accordingly" wijst daar ook op. Maar de praktijk en de rechtspraak gaan daar anders mee om.

### *Burden and Standards of Proof*

In artikel 3.1 wordt om te beginnen vastgesteld dat de antidopingorganisatie belast is met het bewijs dat een violation is begaan. Het artikel gaat dan verder met:

*The standard of proof shall be whether the Anti-Doping Organisation has established an anti-doping rule violation to the comfortable satisfaction of the hearing panel bearing in mind the seriousness of the allegation which is made. This standard of proof in all cases is greater than a mere balance of probability but less than proof beyond reasonable doubt.*

*Where the Code places the burden of proof upon the Athlete or other person alleged to have committed an anti-doping rule violation to rebut a presumption or establish specified facts or circumstances, the standard of proof shall be by a balance of probability, except as provided in articles 10.4 and 10.6 where the athlete must satisfy a higher burden of proof.*

In artikel 10.4 gaat het om een verkorting van de periode van ineligibility door het bewijs van *the absence of an intent to enhance sport performance or mask the use of a performance-enhancing substance.*

En *the absence of an intent* kan natuurlijk alleen worden bewezen door aan te tonen hoe de verboden substantie onopzettelijk/onbewust in het lichaam is gekomen.

Artikel 10.6 gaat over *aggravating circumstances which may increase the period of ineligibility.* Ook hier is dan weer tegenbewijs tegen *aggravating circumstances* toegelaten; daartoe dient de atleet te *prove to the comfortable satisfaction of the hearing panel that he or she did not knowingly commit the anti-doping rule violation.*

Opvallend is dat die verzwaarde bewijzeis niet geldt voor het bewijs door de atleet van no

*fault of van no significant fault* (art. 10.5.1. en 10.5.2).

Ik zoom nu eerst in op de bepaling dat voor het bewijs van het begaan van een violation de standard of proof is: *less than proof beyond a reasonable doubt*. Zo luidt dus de bewijswaarderingsinstructie aan een panel dat *comfortably satisfied* moet zijn ten aanzien van het bewijs.

Ik heb hiervoor verdedigd dat aan de strafrechtpleging jegens atleten, in de context van de WAD-regelgeving geen lagere eisen dienen te worden gesteld dan aan het publieke strafrecht (“wettig en overtuigend bewijs”) of het publiek tuchtrecht. Is een middenpositie van een standard of proof tussen *a mere balance of probability* aan de ene kant en *proof beyond a reasonable doubt* aan de andere kant dan voldoende? Ik vind in ieder geval deze bewijseis te mager en niet fair jegens de vervolgte sporter. En hoe groot is eigenlijk de bandbreedte tussen deze criteria? En waar op die bandbreedte gaat WADA dan precies zitten? Wanneer men genoeg neemt met *less than proof beyond reasonable doubt* dan is bij de bewezenverklaring van een violation en dus het accepteren van een veroordeling welbewust het risico aanvaard van veroordeling in gevallen waarin er reasonable doubt bestaat. Dat ziet er toch niet fraai uit!

Ik zou dat nog aanvaardbaar kunnen vinden voor de ordenende ingreep van het ontnemen van een wedstrijdresultaat gelet op het belang van de andere mededingers maar niet voor de oplegging van een sanctie, zeker niet nu die sancties zeer aanzienlijk zijn en vastgezet zijn op minima waar de tuchtrechter niet neerwaarts van mag afwijken. Sancties die kraters slaan in een mensenleven.

### **Terug naar artikel 2.1.1.**

Zoals gezegd is de violation de schending van *the duty to ensure that no prohibited substance entered his or her body*.

Het is dus de schending van deze verplichting die moet vaststaan om van violation te kunnen spreken.

Deze duty legt the sporter op om zeker te stellen dat het binnenkomen van een verboden stof in het lichaam niet plaatsvindt.

Je zou dan zeggen dat de ADO (antidoping organisatie) dat binnenkomen als zodanig dan zal moeten aantonen. Het is immers een element van de ten laste gelegde overtreding.

Maar vervolgens wordt gesteld dat de atleet verantwoordelijk is voor de afwezigheid van een prohibited substance in zijn sample. Daaruit valt dan de presumptie af te lezen dat een prohibited substance, aangetoond in een sample, zich in het lichaam bevindt ten gevolge van *entering*. Dat zal over het algemeen ook wel zo aangenomen kunnen worden, doch in het geval van de discussie lichaamseigen- lichaamsvreemd materiaal lijkt mij het *violation element* van *entering* toch van belang. Wanneer een sporter aannemelijk kan maken dat een prohibited substance lichaamseigen zou kunnen zijn dan hoeft hij in mijn visie niet aan te tonen dat de verboden substantie werkelijk lichaamseigen is; dan vervalt de presumptie van *entering* en kantelt de bewijslast naar de ADO die immers de violation moet aantonen en zijn presumptie van “entering” kwijt is. ADO zal in dat geval de “entering” moeten bewijzen.

Samengevat: “entering” is een bestanddeel van het delict en moet dus bewezen worden. Het is verdedigbaar dat de enkele aanwezigheid zelve van de verboden stof in het lichaam in het algemeen daar reeds voldoende bewijs voor is. Echter, wanneer een sporter aantoon dat een prohibited substance lichaamseigen zou kunnen zijn, zal de ADO de “entering” moeten aantonen.

### *De strafbaarheid; strict liability*

Voor het bewijs van de overtreding is dus de enkele “entering in the body” van de prohibited substance voldoende. Het is niet vereist om enige vorm van verwijtbaarheid aan te tonen (“intent, fault, negligence or knowing use”).

Dat is de strict liability.

Zoals CAS dit observeert: *Under a doping offence based on strict liability, any exculpatory evidence that an athlete may offer to explain why he or she was not responsible for the presence of a prohibited substance in his or her bodily fluids is irrelevant.*

Het strafrechtelijk systeem gaat uit van onschuld als de vooronderstelling: *presumptio innocentiae*. Schuld zal dus bewezen moeten worden; en zonder schuld geen strafbaarheid; *innocent until proven guilty*.

De “strict liability” die in artikel 2.1.1 wordt toegepast door op de ADO geen enkele bewijslast te leggen ten aanzien van enig verwijtbaar gedrag wordt verdedigd door het belang van de opsporing en de onmogelijkheid van het schuldbewijs. Zo wordt de verantwoordelijkheid om het lichaam dopingvrij te houden een zo abstracte norm dat kennelijk de enkele aanwezigheid in het lichaam van een verboden stof niet alleen “entering” maar ook de benodigde verwijtbaarheid impliceert. Of zijn het mijn grondrechtreflexen die mij verleiden om dat schuldelement persé een plaats te willen geven en heeft WADA daar lak aan?

Ook in het gewone strafrecht ziet men overigens wel voorbeelden van tot het nauwelijks waarneembare gereduceerde verwijtbaarheid, vooral in de heel technische, economische delicten. Gelet op de bijzondere feitelijke context van dopinggebruik en dopingcontrole acht ik deze “strict liability” als zodanig wel aanvaardbaar. Mijn oplossing zou dan dus wèl zijn dat de aanwezigheid van de verboden stof een - weerlegbaar - vermoeden van schuld (verwijtbaarheid) oplevert, en niet om als systeem te kiezen dat de overtreding begaan kan zijn zonder schuld.

Artikel 10.4 draagt als opschrift: *Elimination or reduction of period of ineligibility based on exceptional circumstances.*

Die bijzondere omstandigheden zijn dan *no fault or negligence*, hetgeen ertoe kan leiden dat de uitsluiting (ineligibility) tot nul wordt gereduceerd of *no significant fault or negligence* hetgeen ertoe kan leiden dat de periode van uitsluiting wordt bekort.

We zien hier dat het volledig geslaagde tegenbewijs van de sporter niet leidt tot het afwezig zijn van de violation als zodanig; het leidt slechts tot de eliminatie van the *period of ineligibility*. Voorts zal in dat geval de violation niet meetellen als recidive-evenement in het geval van

volgende violations. Dus zonder schuld nog steeds een violation maar geen strafbaarheid.

Materieel zal dit verschil in finesse de sporter om het even zijn; principieel acht ik het gekozen systeem echter onjuist: hiervoor heb ik willen aannemen dat de enkele aanwezigheid van een verboden stof in het lichaam de presumptie rechtvaardigt van een “schuldige” schending van de verplichting om het lichaam dopingvrij te houden, maar daarmee is het vereiste van schuld wat mij betreft niet beperkt tot alleen de strafbaarheid. Waar aangetoond is dat er in het geheel geen schuld is - bijvoorbeeld in het geval van “spiking” - moet worden geconcludeerd dat er niet alleen geen strafbaarheid, maar ook geen violation is.

Hoe rechtvaardig het systeem werkt hangt natuurlijk sterk af van de interpretatie in de praktijk van het verweer van de atleet op grond van *no fault or negligence* of *no significant fault or negligence*.

Het verschil tussen - totaal - geen *fault or negligence* en *no significant fault or negligence* is op zichzelf al bijna letterlijk dramatisch: voor het eerste geval bepaalt artikel 10.5.1 dat de *period of ineligibility shall be eliminated*. The sporter kan zijn beroep ononderbroken blijven uitoefenen. Wanneer de *fault or negligence* not significant is, maar als zodanig wel wordt aangenomen, dan zal de sporter nog altijd tenminste de helft van de minimumstraf moeten ondergaan, en dat is dan nog altijd tenminste één jaar, en bij recidive nog altijd het dubbele. Maar over proportionaliteit zal ik het in dit verband niet hebben.

Uit de toelichting op deze bepalingen blijkt dat de eisen aan *no fault or negligence* zeer hoog worden gesteld. Het gaat dan om de feiten zelf waaruit *no fault or negligence* moet worden afgeleid, eerder nog dan aan de eisen die aan het bewijs van die feiten worden gesteld. Aan die mildere standard of proof heeft een sporter op die manier niet zo veel.

De zaak Puerta is daar een voorbeeld van. Puerta werd na zijn verloren finale tegen Nadal op Roland Garros in 2005 schuldig bevonden aan een dopingovertreding. In zijn monster werden sporen aangetroffen van een verboden stof. Die stof had zijn lichaam slechts weten binnen te komen doordat zijn vrouw een premenstruatiegeneesmiddel gebruikte; dat had zij ingenomen door het vermengd met water te drinken; zij dronk het glas geheel leeg. Puerta kwam later aan tafel, schonk Evian in dat slechts schijnbaar ongebruikt glas en leste zijn dorst in volledige onschuld - zou je zeggen.

De stof was in een volstrekt niet werkzame dosis aangetroffen. Dat alles was feitelijk onbetwist. Maar dit was niet genoeg om *no fault or negligence* aan te nemen. Puerta wist hoe riskant het was om te leven met een vrouw die een dergelijk geneesmiddel gebruikt en had daarom nog meer op zijn tellen moeten letten dan hij waarschijnlijk toch al wel deed.

In een voetnoot bij artikel 10.5.1 wordt als voorbeeld voor volledige afwezigheid van verwijtbaarheid genoemd “sabotage door een rivaal”. Dat leidt in de praktijk dunkt mij tot volstrekt unfaire uitkomsten. Veel voorbeelden van volledig geslaagd tegenbewijs zijn er naar mijn weten dan ook niet.

De Puerta-zaak is op het niveau van beroep bij de CAS wel enigszins gecorrigeerd. Daar hadden de arbiters dan wel een kunstgreep voor nodig. Die bestond uit de overweging dat in dit geval de

uitkomst van onverkorte reglementstoepassing zó kennelijk onredelijk was dat bij het opstellen van het reglement met zo'n geval kennelijk ten onrechte geen rekening was gehouden hetgeen de arbiters de ruimte bood zichzelf de bevoegdheid toe te kennen het reglement voor dit geval aan te passen/uit te breiden om vervolgens met een zelf bedachte regel de straf te matigen tot ver onder het reglementair minimum. Deze zelf promotie tot wetgever is natuurlijk bedenkelijk, maar de uitkomst vergoedt veel!

Het adagium dat de goeden maar onder de kwaden moeten lijden dat we ook terug hebben gezien bij de onvoldoende strenge norm van bewijsvoering voor de vervolging deed dus ook hier van zich spreken. De arbiters van de CAS hebben zich ongezoeten uitgesproken tegen de aanvaardbaarheid van onschuldige slachtoffers ter wille van een doeltreffend dopingbestrijdingsbeleid. Dat bevalt me wel.

## **CAS-opinion op WADA-verzoek**

WADA is zo slim geweest om een *extensive legal opinion* te verzoeken van de CAS over *the conformity of certain provisions of the (draft) world anti-doping Code with commonly accepted principles of international law*.

Dat is slim omdat over die issues uitspraken zijn verkregen op eenzijdig verzoek en dus buiten het debat met een partij met tegengestelde belangen en dus ook tegengestelde argumenten. In de vorm van deze opinie ligt er nu dus wel een precedent waar sporters tegen moeten opboksen; in de opinie wordt de code op alle onderdelen immers in conformity verklaard met de grote internationale rechtsprincipes.

De gestelde vragen hadden betrekking op:

- het systeem van strict liability, ofwel het systeem dat de enkele aanwezigheid van een prohibited substance in een monster een overtreding oplevert “without regard to fault”;
- de automatische ongeldigheid van wedstrijdresultaten in het geval van een positieve test;
- de uitbreiding van het vervallen van die resultaten voor het gehele evenement waarin de atleet positief is getest;
- de regeling van sancties voor overtredingen.

In al deze gevallen wordt dus als opinie gegeven dat de regelingen overeenstemmen met *human rights standards and internationale law principles*.

Enkele kernpunten zijn:

- Human rights and general principles of law, en met name EVRM werken niet tussen private partijen en missen dus toepassing op dopingrechtspraak binnen privaatrechtelijke

rechtspersonen; er wordt gesignaleerd dat de roep om die rechtstreekse werking aan te nemen luider wordt. Ik sluit mij hier dus aan bij Soek: van die rechtstreekse werking moet wel worden uitgegaan.

- Strict liability mag en is niet in strijd met de lex certa en de onschuldpresumptie.
- De strafmaat en het strafminimum zijn oké, omdat het bewijs openstaat van afwezigheid van fault or negligence.

Het is een doorwrocht stuk dat ik met deze samenvatting ernstig tekort doe. Ik beveel lezing aan!

## **Doelomschrijving; overschrijding**

Tenslotte nog een geheel ander onderwerp: mijn betwisting van de competentie van WADA en consorten om de dopingjager uit te hangen waar het andere prestatiebevorderende middelen betreft.

De WADA is een Zwitserse stichting.

Ik heb geen onderzoek gedaan naar Zwitsers recht; ik baseer mijn betoog op algemeen geldende principes van doelomschrijving en doeloverschrijding; die principes zullen internationaal elkaar niet zo geweldig ontlopen.

Boek 2:285 BW schrijft voor een stichting voor dat er een in de statuten vermeld doel moet zijn dat de stichting beoogt te verwezenlijken.

Artikel 2: 7 BW bepaalt:

“Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten; slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen.”

Het doel van WADA en ook, meer specifiek, het doel van de WAD Code zijn door de WADA zelve als volgt vastgelegd.

Het doel van de stichting WADA is *to promote and coordinate at international level the fight against doping in sport (onderstreping JDJ) in all its forms including through in- and out-of-competition; (...).*

Dit wordt nader gespecificeerd door aan te geven dat dit doel zou moeten worden bereikt door *to establish, adapt, modify and update (...) the list of substances and methods prohibited in the practice of sport (...).*

In de Code zelf worden als de “purposes” van die code en van het World Anti Doping Program beschreven:

- *To protect the Athletes' fundamental right to participate in doping-free sport and thus promote health, fairness and equality for Athletes worldwide, and*
- *To ensure harmonized, coordinated and effective anti-doping programs at the international and national level with regard to detection, deterrence and prevention of doping.*

Bij dat alles gaat het om oneerlijkheid, *performance enhancing* en om het "schoon en fair imago van de sport".

WADA is een instelling van een bijzonder karakter en met een bijzondere positie. WADA is een stichting; er zijn natuurlijk wel stakeholders/belanghebbenden die sturend zijn met betrekking tot het beleid van WADA; maar de meest direct belanghebbenden, de atleten, nemen hooguit op betrekkelijk symbolisch niveau aan die processen deel. Toch ondervinden zij en zij alleen de gevolgen van regelgeving en uitvoering door WADA. De invloed en betrokkenheid van de (rechts) subjecten van de regelgeving zijn dus zeer beperkt en dat maakt het democratisch gehalte van de gegeven regels bescheiden.

WADA is voorts, net zoals de federaties en de bonden, monopolist. Als je van voetbal, basketbal of atletiek je beroep wil maken, kun je niet om bonden, federaties, WADA en het IOC heen.

Dat brengt WADA in een positie dat de belanghebbende sporters die afhankelijk zijn van WADA (en bonden en federaties) zijn veroordeeld tot gedwongen winkelnering. Onder die omstandigheden mogen zij eisen dat WADA zich strikt blijft bevinden binnen de grenzen van het zelf opgelegde doel. Enige belasting/aantasting van rechten van belanghebbenden, met name atleten, buiten dat doel vindt geen rechtvaardiging en kan daarvoor onrechtmatig zijn.

Meer dan in het algemeen is er dus in het geval van WADA reden om een heel kritische toepassing van het ultra vires-beginsel aan te nemen.

Wanneer WADA dus regels uitvaardigt en via federaties en bonden laat toepassen die niet hun legitimatie vinden binnen de grenzen van de hiervoor gegeven doelomschrijving, dan kunnen sporters stellen dat die regels zonder rechtskracht zijn, en/of onrechtmatig.

De theoretische grondslag daarvoor vraagt enige creativiteit. Uit de wettelijke regeling blijkt immers dat alleen de rechtspersoon zelf een beroep op doeloverschrijding kan doen en dan nog alleen in het geval een wederpartij van die doeloverschrijding op de hoogte was. In directe zin hebben sporters aan dit vernietigingsinstrument dat ons BW aanreikt dus niets.

We moeten dus onze toevlucht zoeken tot een onrechtmatige daad constructie: WADA regelgeving heeft, voorzienbaar voor WADA, directe substantiële gevolgen voor de positie van sporters in maatschappelijke, economische, sociale en emotionele zin. Het uitvaardigen en toepassen van regelgeving buiten de doelomschrijving die schade veroorzakend is voor de sporters is onrechtmatig want zonder legitimatie.

Onrechtmatige regelgeving (mogelijk ook te duiden als "misbruik van bevoegdheid") moet ertoe leiden dat daar op gebaseerde vervolging moet stranden in niet-ontvankelijkheid.

Mijn stelling, afgeleid uit het voorgaande, is dat WADA geen bevoegdheid heeft met betrekking tot het geven van voorschriften ten aanzien van verbod en sanctionering van substanties die niet kunnen worden beschouwd als middelen die "performance enhancing" zijn en daarmee buiten de

missie van WADA vallen.

Het plaatsen van stoffen op de lijst van prohibited substances die niet die eigenschap hebben moet dus gekwalificeerd worden als een gedraging buiten de doelomschrijving en dus als een gedraging waarvan belanghebbenden de rechtmatigheid kunnen betwisten.

In dit verband valt ook nog op te merken dat ook degenen die aan WADA “funding” geven om haar doelen te bereiken zich eigenlijk op het standpunt zouden moeten stellen dat het jagen op cannabis- en heroïnegebruikers misbruik van middelen is want immers de besteding van dat geld aan bezigheden die buiten de doelomschrijving vallen.

Dit onrechtmatig gedrag leidt ook tot een aansprakelijkheidsrisico van bonden, federaties, IOC en WADA: wanneer een atleet wegens fundrugs in zijn systeem langdurig wordt geschorst, en na een lange strijd bij de burgerlijke rechter blijkt dat die schorsing berust op nietige voorschriften, waarvan de uitvaardiging en toepassing onrechtmatig wordt bevonden, dan kan de rekening voor de schade die wordt geleden door de onrechtmatige vervolging hoog oplopen.

En dan is er, tenslotte, nog het aspect van de onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Ook dat onderwerp heeft Soek - in een andere context - besproken in zijn meergenoemd artikel.

## **Noten**

- 1 Mr H. de Doelder, *Terrein en beginselen van Tuchtrecht* (Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn 1981).
- 2 Dr J.W. Soek, *Recht van de atleet op eerbiediging van zijn privéleven* (Uitgeverij Paris, 2008, Jonge Balie Congresbundel).