

Commissie van beroep van de KNSB

Beslissing van 25 mei 2018 in de zaak van:

de **Koninklijke Nederlandsche Schaatsenrijders Bond**,
gevestigd te Amersfoort,
hierna: de Bond,
klager,
gemachtigde: mr. M.I. van Dijk

en

de **Stichting Anti-Dopingautoriteit Nederland**,
gevestigd te Capelle aan de IJssel
hierna: de Dopingautoriteit
klager,
gemachtigde: mr. S. Teitler

appellanten in het principaal hoger beroep,
verweerders in het incidenteel hoger beroep,

tegen

[A.],
wonende te [...],
hierna: [A.],
aangeklaagde,
gemachtigden: mrs. R.H.B. Wortel en L. Westhoff

appellant in het incidenteel hoger beroep

Partijen worden hierna de Bond, de DA en [A.] genoemd.

1. Verloop van het geding in hoger beroep

Bij brieven van 26 april 2017, respectievelijk 2 mei 2017 hebben de DA en de Bond beroep ingesteld tegen de beslissingen van de Tuchtcommissie van 20 december 2016, 16 februari 2017 en 21 april 2017.

Bij aanvullende beroepschriften van 1 juni 2017, beide met negen producties, heeft ieder van hen het beroep nader toegelicht, de Bond onder aanvoering van zes grieven, de DA onder aanvoering van zes beroepsgronden.

Bij verweerschrift van 14 augustus 2017, met producties, heeft [A.] op voornoemde beroepschriften gereageerd en zijnerzijds incidenteel beroep ingesteld.

Bij gezamenlijke conclusie van 23 oktober 2017 hebben de Bond en de DA hun standpunt nader toegelicht.

Bij brief van 2 november 2017 heeft [A.] bezwaar gemaakt tegen de aan de Bond en de DA geboden gelegenheid nog een nadere/tweede conclusie te nemen.

Vervolgens heeft op 7 november 2017 een mondelinge behandeling van de zaak plaatsgevonden, waarbij partijen hun standpunten door hun raadslieden nader hebben doen toelichten. Zijdens de Bond en [A.] zijn pleitnotities overgelegd, en door [A.] zijn ook nog twee nieuwe producties in het geding gebracht. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt dat deel uitmaakt van de processtukken tezamen met de brief namens [A.] d.d. 20 november 2017 waarin een kanttekening/aanvulling is gemaakt bij/op het proces-verbaal.

Ingevolge hetgeen bij de mondelinge behandeling is besproken, hebben de Bond en de DA op 19 december 2017 een gezamenlijke akte genomen waarbij als bijlage een reactie van prof. dr ir Van Eenoo (hierna: prof. Van Eenoo) is overgelegd naar aanleiding van het rapport van drs P. Kootstra (hierna: drs Kootstra) van 6 november 2017, dat als bijlage 2 bij de pleitnotities van 7 november 2017 door [A.] in het geding was gebracht.

Onder overlegging van een commentaar van drs Kootstra van 26 januari 2018 op de reactie van prof. Van Eenoo heeft [A.] bij akte van 30 januari 2018 op voornoemde akte van de DA en de Bond gereageerd, waarna laatstgenoemden op 20 maart 2018 andermaal een gezamenlijke akte hebben genomen, wederom onder overlegging van een reactie van prof. Van Eenoo, ditmaal op voornoemd commentaar van drs Kootstra.

Bij aanvullende conclusie van 20 april 2018 heeft [A.] gebruik gemaakt van de hem geboden gelegenheid nog in te gaan op de laatstgenoemde reactie van prof. Van Eenoo.

Hierna heeft de Commissie van Beroep partijen laten weten dat zo spoedig mogelijk een beslissing zou volgen.

2. De beoordeling

2.1. Geen grieven zijn gericht tegen de onderdelen 2 (toepasselijke regelgeving), 3 (vaststaande feiten), 4 (klacht van de KNSB), 5 (het verweer van [A.]) en 6 (conclusie van de KNSB en de Dopingautoriteit) van de (eerste) tussenbeslissing van 20 december 2016, zodat ook de Commissie van Beroep uitgaat van de juistheid van hetgeen in die onderdelen is opgenomen.

2.2. Tevens wordt bij de beoordeling van de beroepen in verband met de onderhavige klacht (overtreding van artikel 3 van het Dopingreglement, hierna DR) het volgende vooropgesteld:

- i) Artikel 34 lid 2, eerste zin DR bepaalt dat de door WADA geaccrediteerde of goed gekeurde laboratoria worden verondersteld de analyse van monsters en bewaarprocedures in overeenstemming met de ISL (International Standard for Laboratories) te hebben uitgevoerd. Dit uitgangspunt brengt mee dat bij bedoelde laboratoria verkregen analyseresultaten (als genoemd in lid 1 van artikel 34) in beginsel voor juist dienen te worden gehouden. Het gaat hierbij om bewijs behoudens tegenbewijs. Dit bewijsvermoeden wordt ook wel de "laboratorium presumptie" genoemd en hangt samen met het uitgangspunt van "strict liability" zoals dat in artikel 3 DR is neergelegd. In de tweede zin van artikel 34 lid 2 wordt vervolgens bepaald hoe bedoeld vermoeden (van juiste uitvoering en daarmee juiste resultaten) door de betrokkene (zoals in dit geval [A.]) kan worden weerlegd, te weten door aan te tonen dat i) een afwijking van de ISL ("deze International Standard") heeft plaatsgevonden, die ii) redelijkerwijs het belastend analyseresultaat of de feitelijke basis voor de dopingovertreding kan hebben veroorzaakt. Laatstebedoelde afweging wordt wel met de "balance of probability" aangeduid.
- ii) Ingevolge artikel 17 DR dienen laboratoria "de monsters te analyseren en de resultaten te rapporteren in wezenlijke overeenstemming met de ISL". Artikel 5.2.6.1. van de in deze toepasselijke ISL (versie 5.0 van januari 2015) bepaalt onder meer het volgende:

In the case of an Adverse Analytical Finding or Atypical Finding, the record shall include the data necessary to support the conclusions reported as set forth in and limited by the Technical Document on Laboratory Documentation Packages.

Ten tijde van de onderhavige dopingcontrole was inzake bedoelde Laboratory Documentation Packages (hierna: LDP's) het WADA Technical Document TD2009LDOC van toepassing. Dat document wordt geacht deel uit te maken van de ISL en bepaalt onder meer het volgende ten aanzien van de informatie die WADA-

geaccrediteerde laboratoria dienen te verschaffen in geval van een belastend analyseresultaat:

The items listed below shall be the only information the Laboratory is required to include in the Documentation Package. Therefore, the Laboratory is not required to support an Adverse Analytical Finding by providing standard operating procedures, general quality management documents (e.g., ISO compliance documents) or any other data or documents (...) not specifically required below.

- iii) De methode waarmee het A-deel en het B-deel van het urinemonster door het WADA-geaccrediteerde dopinglaboratorium in Zwijnaarde (België) zijn geanalyseerd, is "state of the art". In de urine is lichaamsvreemd, exogeen EPO aangetroffen. Dit is gebeurd door middel van twee verschillende detectiemethoden, die beide speciaal zijn ontwikkeld om lichaamsvreemd (recombinant) EPO op te sporen in urine en lichaamsvreemd EPO van lichaamseigen EPO te onderscheiden. Daarbij wordt gebruik gemaakt van twee verschillende analysetechnieken. De eerste techniek kijkt naar het verschil in iso-elektrisch punt tussen exogeen en endogeen EPO, wat zich uit in een verschil in elektrische lading. De tweede techniek kijkt naar het verschil in molecuulgrootte tussen exogeen en endogeen EPO. Recombinant EPO is een verboden stof die alleen door toediening van buitenaf, normaliter via een injectie, in het lichaam terecht kan komen. De op de dopinglijst voorkomende verboden stoffen zijn onderverdeeld in zware en lichtere stoffen. De zware stoffen duidt de dopinglijst aan als "niet-specifieke-stoffen". De in de onderzochte urine aangetroffen stof (rhEPO) is volgens de dopinglijst een niet-specifieke stof, die te allen tijde is verboden.

2.3. De grieven van partijen beogen het geding in volle omvang aan de Commissie van Beroep voor te leggen. Kort gezegd keren de grieven van [A.] zich tegen r.ovv. 8.5. tot en met 8.9. van de eerste tussenbeslissing (20 december 2016) van de Tuchtcommissie. De grieven/beroepsgronden van de Bond/DA richten zich tegen de r.ovv. 8.10. e.v. van die beslissing, alsmede tegen de daarop voortbordurende tweede tussenbeslissing van 16 februari 2017 en de eindbeslissing van 21 april 2017.

3. In het principaal hoger beroep voorts

3.1. Gelet op de hiervoor in 2.2. weergegeven vooropstellingen en met name de in ii) weergegeven passage uit het TD2009LDOC betogen de Bond en de DA op goede grond dat in de gegeven omstandigheden [A.] de juistheid van de tegen hem verkregen positieve analyseresultaten had dienen te weerleggen door aan te tonen dat een relevante (voor verkrijging van die resultaten causale) afwijking van de ISL heeft plaatsgevonden en dat van hen in beginsel niet kan worden verlangd [A.] [A.] naast de hem verstrekte LDP's ook nog de SOP's (Standard Operating Procedures) of andere documenten uit het onderzoeksdossier van het laboratorium ter beschikking te stellen, nog daargelaten in hoeverre dat in dit geval tot de mogelijkheden zou hebben behoord.

3.2. De door [A.] gesignaleerde slordigheden in de LDP's betreffen met name i) een aantal onjuistheden in data, start- en eindtijden, ii) doorhalingen en iii) toevoegingen. Hoewel deze – kennelijke - slordigheden en correcties niet professioneel ogen kunnen deze zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, afzonderlijk noch gezamenlijk als causaal voor de verkregen analyseresultaten worden aangemerkt. Dit geldt evenzeer voor de elf artikelen uit de ISL waarvan [A.] [A.] in zijn akte van 30 januari 2018 in nr 15. stelt dat deze zijn geschonden; zonder toelichting van de beweerdelijke schendingen betreft de enkele verwijzing naar bedoelde bepalingen niet meer dan een onvoldoende gemotiveerd verwijt waaraan voorbij gegaan dient te worden.

3.3. Bij de inbreng van de commentaren van drs Kootstra kan [A.] evenmin baat vinden, nu daarin voor de beoordeling van deze zaak de toepasselijkheid van diverse criteria van de ISO/IEC 17025 normen tot uitgangspunt - als "altijd leidend" - wordt genomen en uit meergenoemde, hiervoor weergegeven passage uit het TD2009LDOC kan worden afgeleid dat *ISO compliance* geen criterium vormt bij de beoordeling of een belastend analyseresultaat voldoende wordt ondersteund. Ook drs Kootstra presenteert geen afwijkingen van de ISL en daarmee missen zijn observaties voor de beoordeling van deze zaak relevantie.

3.4. Waar [A.] met een beroep op artikel 6 EVRM en het *fair trial* beginsel verlangt dat hem het volledige onderzoeks dossier, althans meer stukken (zoals de SOP's), ter hand wordt/worden gesteld, ziet hij eraan voorbij dat het hiervoor in 2.2. in ii) beschreven stramien niet toelaat dat het gesloten karakter daarvan wordt opengebroken met toepassing van artikel 6 EVRM buiten de drie door het CAS reeds geformuleerde uitzonderingen op het TD2009LDOC (als weergegeven door de DA in zijn aanvullend beroepschrift in 7.4.8.). Dit gesloten stramien - waarvan [A.] betoogt dat het zich evenmin verdraagt met het beginsel van *equality of arms* - wordt gerechtvaardigd door de legitieme intentie van de DA om *fishing expeditions* te voorkomen; zou men die wel toestaan, dan wordt daarmee het doel van dopingcontrole ondergraven. Naar reeds hiervoor aangetekend, hangt dit stramien ook nauw samen met het gekozen uitgangspunt van risicoaansprakelijkheid in dopingzaken, dat tot uitdrukking komt in artikel 3 DR. In dit verband wijst de DA er terecht op dat de redactie van het DR de neerslag vormt van een breed consultatieproces waarbij de WADA alle betrokken partijen om input heeft gevraagd alvorens de World Anti-Doping Code vast te stellen: (internationale) sportorganisaties, sporters, nationale anti-doping organisaties, overheden, organisaties als de Raad van Europa en UNESCO, alsmede dopinglaboratoria. [A.] heeft zich als wedstrijddrijver vrijwillig aan het aldus tot stand gekomen DR onderworpen.

3.5. Het voorgaande betekent niet dat artikel 6 EVRM bij de beoordeling van een zaak als de onderhavige geen rol speelt. Met name bij de beoordeling of de procedure eerlijk is verlopen speelt deze bepaling een leidende rol door toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor dat daarin ligt besloten. Uit de procesgang in hoger beroep zoals die hiervoor in 1. is weergegeven kan worden afgeleid dat ieder van partijen voldoende gelegenheid heeft gekregen zijn standpunt naar voren te brengen en op de toelichtingen/stukken van de wederpartij te reageren. De klacht van [A.] dat de Bond en de DA ten onrechte een tweede conclusie hebben mogen nemen stuit af op i) artikel 31.3. DR en ii) op het gegeven dat [A.] incidenteel hoger beroep heeft ingesteld waarop zij sowieso voor de mondelinge behandeling schriftelijk mochten reageren.

3.6. [A.] heeft voorts nog betoogd dat (ook) de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat hij in de gegeven omstandigheden kan verlangen dat hem meer stukken uit het onderzoeks dossier worden verstrekt met de mogelijkheid die aan een deskundige voor te leggen. Dit betoog berust evenwel op de onjuiste aanname die voor [A.] – en overigens ook voor de Tuchtcommissie – klaarblijkelijk uitgangspunt heeft gevormd bij de behandeling van deze zaak, te weten dat een aantal door hem gesignaleerde slordigheden in de LDP's, waaraan voor de toepassing van artikel 34 lid 2 DR géén gevolg wordt verbonden, wél meebrengt dat het stramien van artikel 34 DR zou moeten worden verlaten door van de Bond en de DA te vergen meer stukken te verstrekken dan zij krachtens het TD2009LDOC gehouden zijn te doen.

3.7. De eerst in het laatste stadium van de procedure door [A.] opgevoerde klachten met betrekking tot de gang van zaken bij de B-analyse zijn door de DA en de Bond uitvoerig en afdoende weerlegd in nr 25 van hun tweede gezamenlijke akte.

3.8. Het voorgaande voert in het principaal hoger beroep tot de slotsom dat het beroep terecht is voorgedragen en dat r.ovv. 8.10. e.v. van de eerste tussenbeslissing van de Tuchtcommissie niet in stand kunnen blijven evenmin als de tweede tussenbeslissing en de eindbeslissing. [A.] heeft niet aangetoond dat een afwijking van de ISL heeft plaatsgevonden, die redelijkerwijs het voor hem belastende analyseresultaat kan hebben veroorzaakt. Daarmee is vast komen te staan dat hij een overtreding van artikel 3 DR heeft begaan. Ingevolge het bepaalde in artikel 37 DR dient hem een uitsluiting te worden opgelegd voor een periode van vier jaar, te rekenen vanaf 11 februari 2016 (de datum waarop [A.] door de Bond een ordemaatregel in de zin van artikel 26 lid 3 DR is opgelegd, die bij brief van 25 april 2017 door de Bond is gehandhaafd).

3.9. De kosten van het beroep zullen worden gecompenseerd als na te melden.

4. In het incidenteel hoger beroep voorts

4.1. [A.] stelt dat de oorzaak van de positieve testuitslag moet zijn gelegen in een andere oorzaak dan doping. De door hem genoemde alternatieve oorzaken betreffen het lekken van eiwitten in de urine na extreme inspanningen en afwijkingen in het lichaamseigen EPO. Deze door hem genoemde oorzaken zijn echter speculatief. De resultaten van het door [A.] aangekondigde nader onderzoek van dr D. de Boer naar genetische afwijkingen zijn in hoger beroep niet overgelegd.

De grieven van [A.] tegen de r.ovv. 8.5. tot en met 8.9. van de eerste tussenbeslissing zijn dan ook wegens gebrek aan toereikende onderbouwing vergeefs voorgedragen. In zoverre zal de eerste tussenbeslissing dan ook worden bekrachtigd.

4.2. Ook de kosten van dit beroep zullen worden gecompenseerd als na te melden.

5. **Beslissing**

De Commissie van Beroep:

In het principaal hoger beroep

5.1. vernietigt de eerste tussenbeslissing van 20 december 2016 vanaf r.ovv. 8.10 e.v., de tweede tussenbeslissing van 16 februari 2017 geheel en de eindbeslissing van 21 april 2017 eveneens geheel;

en opnieuw rechtdoende:

5.2. legt [A.] een uitsluiting op voor een periode van vier jaar, te rekenen vanaf 11 februari 2016;

In het incidenteel hoger beroep

5.3. verklaart het beroep ongegrond;

5.4. bekrachtigt de eerste tussenbeslissing van 20 december 2016 voor wat betreft de r.ovv. 1.1. tot en met 8.9.

In het principaal en incidenteel hoger beroep tot slot

5.5. compenseert de proceskosten tussen partijen aldus dat ieder van hen de eigen kosten draagt.

Deze beslissing is gegeven op 25 mei 2018 door mrs. D.P. Ruitinga, P.A. Charbon en A.G.J. van Wassenaer in tegenwoordigheid van de heer P.J. de Jong Schouwenburg, secretaris en getekend door de voorzitter en de secretaris.

w.g.
D.P. Ruitinga
voorzitter

w.g.
P.J. de Jong Schouwenburg,
secretaris

de secretaris verklaart dat dit afschrift overeenstemt met het origineel.



P.J. de Jong Schouwenburg