

AVIS DE DROIT

donné par Claude Rouiller

*docteur en droit et avocat
Juge au Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail (TAOIT/ILOAT)
Président du Tribunal arbitral de la Bourse suisse (SWx)
ancien Président du Tribunal fédéral suisse
Professeur associé à l'Université de Neuchâtel*

25 octobre 2005

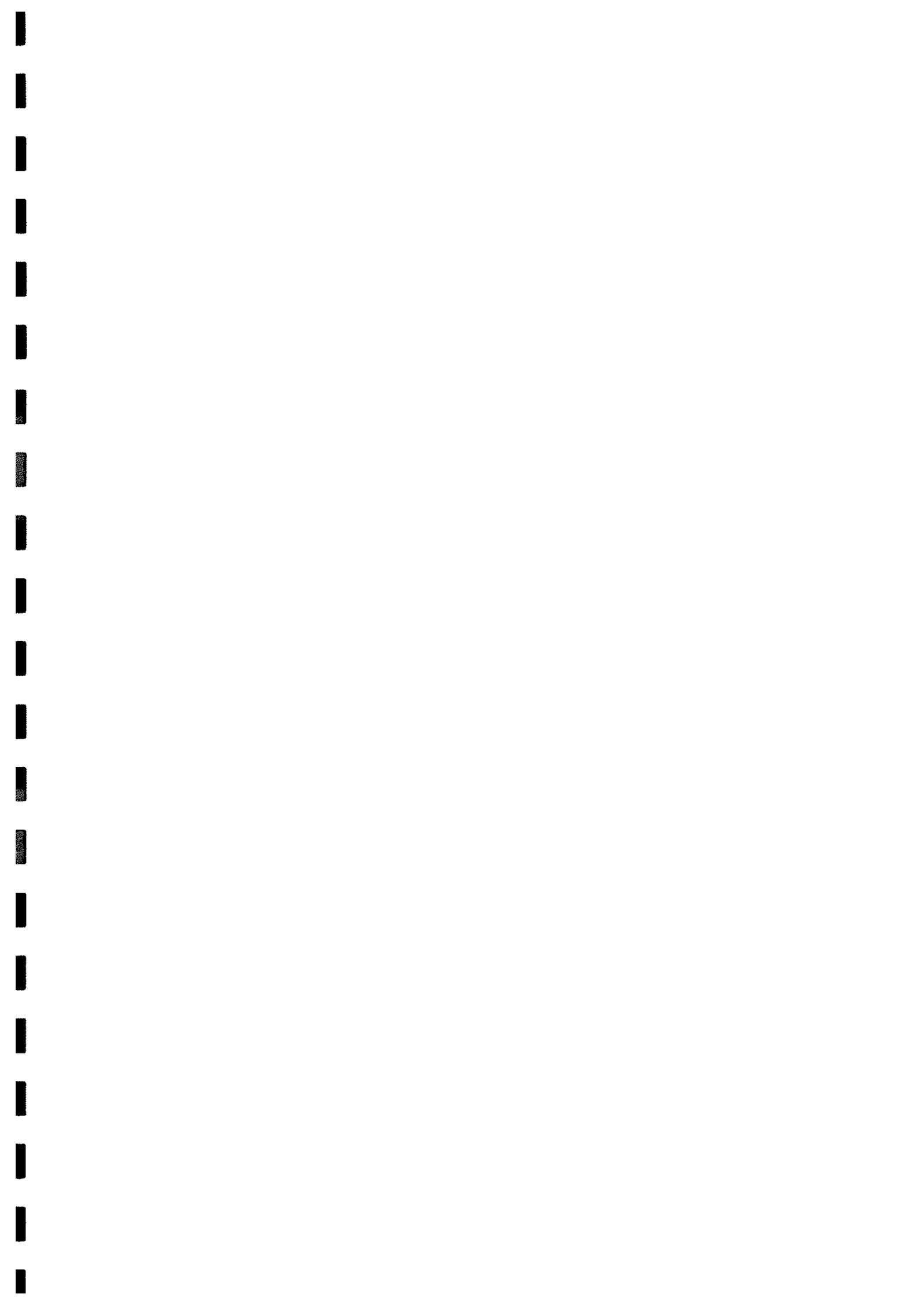


TABLE DES MATIERES

I.	L'IDENTITE DE L'EXPERT	4
II.	LE CADRE DU MANDAT	4
	1. Le mandat	4
	2. Les pièces présentées	6
	3. Les réserves d'usage	6
III.	LE CONTEXTE JURIDIQUE GLOBAL DE LA CONSULTATION	7
	1. Préambule	7
	2. La convention européenne du 16 novembre 1989	8
	3. L'Agence mondiale antidopage et le Code mondial antidopage	9
	a) <i>L'Agence mondiale antidopage</i>	
	b) <i>Le Code mondial antidopage</i>	
	4. La convention de l'UNESCO du 19 octobre 2005	15
	a) <i>L'adoption de la convention et son préambule</i>	
	b) <i>La convention et le Code mondial antidopage</i>	
IV.	DISCUSSION	16
	1. Préambule	
	a) <i>La réglementation discutée</i>	
	b) <i>Le status quaestionis</i>	
	2. L'interprétation de l'article 10.2 du code et la nature juridique des sanctions qu'il prévoit	19
	a) <i>L'interprétation de l'article 10.2 du code</i>	
	b) <i>La nature juridique des sanctions qu'il prévoit</i>	
	c) <i>Remarques finales</i>	
	3. Le contenu des droits fondamentaux et des principes généraux	27
	du droit suisse autonome qui pourraient être appliqués par des arbitres vérifiant l'application de l'article 10.2 du Code et qui pourraient entrer en ligne de compte dans le contrôle restreint du Tribunal fédéral	
	a) <i>Remarque liminaire</i>	
	b) <i>La liberté personnelle</i>	

- c) *La liberté économique*
- d) *Brefrappel de la pratique des droits fondamentaux*
- e) *Les similitudes pratiques relatives entre les modalités d'application de l'article 36 Cst. et celles de l'application de l'article 27 CCS*
- f) *La conformité de l'article 10.2 du Code aux droits fondamentaux et à la norme de concrétisation de l'article 27 alinéa 2 Cst. sous l'angle d'un libre examen*

4. L'étendue des moyens de défense à la disposition des personnes 38
 dont une sanction fondée sur l'article 10.2. du Code et sa confirmation par des arbitres lèseraient les intérêts juridiquement protégés par ces droits et principes du droit suisse autonome, et la définition en droit suisse des concepts de l'ordre public et de l'arbitraire
- a) *Le recours (appellatoire) à un tribunal arbitral*
 - aa) *L'appel ordinaire au Tribunal arbitral du sport (TAS)*
 - bb) *Le recours à des tribunaux arbitraux institués ad hoc selon l'article 13.2.2 du Code ou au TAS agissant comme arbitre « national »*
 - b) *Le recours ultérieur (cassatoire) au Tribunal fédéral suisse (recours de droit public)*
 - aa) *Remarque liminaire sur le recours de droit public en matière d'arbitrage*
 - bb) *La contestation d'une sentence rendue par un arbitre « national »*
 - cc) *La contestation d'une sentence arbitrale « internationale »*
 - dd) *La qualité pour attaquer une sentence arbitrale devant le Tribunal fédéral*
 - ee) *Le concept de l'arbitraire au sens de l'article 36 lettre f CIA*
 - ff) *Le concept de l'ordre public au sens de l'article 190 alinéa 2 lettre e LDIP*
 - c) *La conséquence en l'espèce des limites du contrôle matériel des sentences arbitrales par le Tribunal fédéral suisse*

I. L'IDENTITE DE L'EXPERT

Le juriste soussigné, né le 22 juin 1941, est titulaire d'un doctorat en droit de l'Université de Genève ainsi que d'un brevet d'avocat et d'un diplôme de notaire du canton du Valais. Il a pratiqué ces professions dès 1965/1966 et a exercé diverses charges publiques. Il a en outre siégé notamment au sein de l'autorité de surveillance en matière de tutelle (art 361 et 422 CCS) et pendant de longues années au sein d'une commission d'experts pour l'obtention du brevet d'avocat et du diplôme de notaire. Il a présidé durant douze ans l'Office fédéral de conciliation et d'arbitrage compétent pour trancher les conflits de travail d'importance nationale au sens d'un règlement du 2 septembre 1949 (RS 821.421).

L'Assemblée fédérale suisse l'a élu juge suppléant ordinaire au Tribunal fédéral en 1975, puis membre permanent de ce corps en 1979. Il en a présidé la Première Cour de droit public. De 1992 à 1996 il a été successivement vice-président et président du Tribunal fédéral. Il a quitté le Tribunal fédéral à l'expiration de son mandat présidentiel légalement non renouvelable.

Il pratique depuis lors la consultation juridique et l'arbitrage national et international. Il a siégé au sein de la Commission fédérale d'experts pour la révision des lois sur l'entraide judiciaire et sur le traité y relatif avec les Etats-Unis d'Amérique. Expert du Conseil de l'Europe au moment de la démocratisation des pays d'Europe centrale et orientale, il est membre effectif de l'Académie des privatistes européens qui élabore un nouveau projet de code européen des contrats (projet Gandolfi).

Il préside le Tribunal arbitral de la bourse suisse, charge à laquelle il a été nommé par le Président du Tribunal fédéral suisse. En juin 2004, la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail (OIT) l'a élu, au sein de son Tribunal administratif (TAOIT/ILOAT) composé de sept membres, juridiction dont la compétence a été reconnue par la majorité des organisations et agences des Nations Unies.

Auteur de nombreuses publications dans les domaines du droit constitutionnel, du droit administratif, du droit international et du droit de procédure, il est professeur associé à la Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Neuchâtel.

II. LE CADRE DU MANDAT

1. Le mandat

Le 7 octobre 2005, l'Agence mondiale antidopage, dont le siège est à Lausanne (34 avenue du Tribunal fédéral) et dont le contact en ses bureaux de Montréal est Me Olivier Niggli, CFO and Legal Director, s'est adressée au soussigné pour s'enquérir de sa disponibilité à examiner si l'article 10.2 du *Code mondial antidopage* est compatible avec les principes fondamentaux du droit national suisse dans la mesure où, sous le titre général « *sanctions à l'encontre des individus* », cette disposition punit d'une peine de deux années de suspension toute première violation des règles du Code mondial antidopage prohibant *l'usage de substances et les méthodes interdites*. Après que nous eûmes donné notre accord, l'Agence mondiale antidopage (en abrégé : **AMA**, **l'Agence** ou

L'Agence antidopage) confirma le mandat par un courriel du 8 octobre 2005. Elle y précisait que le problème posé était celui de savoir si, sur le vu de sa fixité relative, cette règle associative serait « *contraire au droit suisse au point qu'une autorité judiciaire suisse saisie ne pourrait pas l'appliquer même dans un litige opposant deux parties qui ont expressément accepté de se soumettre au code* » ou si « *au contraire [elle est compatible] avec le droit suisse* ». L'Agence soulignait que cette règle « *s'applique à des substances dites « interdites » dont il a été établi scientifiquement qu'elles constituent des agents dopants* ».

Dans un second courriel du 11 octobre 2005, la mandante attira notre attention « *sur le fait que les sportifs affiliés à une fédération sportive nationale, elle-même incorporée dans la fédération internationale du sport concernée, ont accepté de se soumettre au Code mondial antidopage au travers de l'octroi de leur licence de sportif* ». Elle y rappelait que les fédérations¹ sportives internationales ont choisi de soumettre les décisions qu'elles prennent en matière de dopage, à l'arbitrage du *Tribunal arbitral du sport (TAS)* dont le siège est à Lausanne ; en vertu de la règle (R) 58 du *Code de l'arbitrage en matière de sport du TAS*, cette juridiction associative « *pourrait être amenée à appliquer le droit suisse, notamment lorsque la fédération internationale concernée a son siège en Suisse, ce qui est fréquemment le cas* ». Elle relevait que les mécanismes de l'article 10 du Code mondial antidopage donnent aux sportifs la possibilité d'« *invoquer des circonstances exceptionnelles pour expliquer le contrôle positif et bénéficier ainsi d'une réduction de la sanction de deux ans à un an au minimum* ».

L'étendue et le cadre du mandat ont été de surcroît confirmés par une télécopie du 18 octobre 2005 dont la teneur *in parte qua* est la suivante:

... *En particulier, l'AMA souhaiterait recueillir votre avis sur le caractère fixe des sanctions minimum prévues à l'art. 10.2 du Code et sa compatibilité avec les principes fondamentaux du droit suisse, compte tenu notamment des réductions possibles en application des art. 10.5.1 et 10.5.2 du*

¹ On parlera indifféremment, tout au long de la consultation de « *fédérations* » ou d' « *associations* » sportives.

Code. Je précise encore que les décisions sur le dopage prises en application du Code ... le sont principalement dans le cadre d'arbitrages internationaux et/ou d'arbitrages internes devant le ... [TAS] appliquant toutefois fréquemment le droit suisse ... La question se pose donc également de savoir si le TAS pourrait refuser d'appliquer l'art. 10.2 du Code antidopage au motif que cette disposition serait contraire à des principes du droit matériel suisse.

Certains intervenants dans le monde sportif tentent en effet de soutenir actuellement que l'imposition d'une sanction minimum (deux ans ou une année en cas de circonstances exceptionnelles), en cas de faute du sportif, violerait des principes fondamentaux du droit suisse.

J'attire encore votre attention sur le fait que l'UNESCO adoptera, en principe le 19 octobre prochain, une convention internationale contre le dopage dans le sport sur la base du projet final ... que je vous ai transmis. Seules quelques modifications mineures sont attendues, notamment concernant le financement.

... »

2. Les pièces présentées

La mandante nous a remis les pièces suivantes :

- *extrait du Code mondial antidopage comprenant les articles 9 à 13.2 (p. 26 à 39) ;*
- *extrait d'une note de l'Agence mondiale antidopage « sur la genèse de l'Agence et du Code » ;*
- *extrait d'une analyse faite par l'Etude Carrard Paschoud Heim & associés à Lausanne « dans un mémoire sur la conformité de l'article 10.2 au droit suisse ».*

Elle a en outre attiré notre attention sur un avis de droit établi le 26 février 2003 par les juristes suisses *Gabrielle Kaufmann – Kohler, Antonio Rigozzi et Giorgio Malinverni* au sujet de la conformité de certaines dispositions du Code mondial antidopage, *alors en projet*, aux principes généraux du droit des gens.

3. Les réserves d'usage

La présente consultation se fonde sur les pièces que la mandante nous a remises ainsi que sur la documentation strictement juridique que nous avons recueillie parce qu'elle s'est avérée pertinente au regard des faits exposés.

L'avis de droit mentionné plus haut a été publié par ses auteurs. C'est à cette publication que la présente consultation se référera le cas échéant².

Demeurent réservés tous éléments de fait pertinents qui, par inadvertance, n'auraient pas été portés à la connaissance de l'expert.

III. LE CONTEXTE JURIDIQUE GLOBAL DE LA CONSULTATION

1. Préambule

Les organisations sportives ont depuis longtemps cherché à obtenir un *consensus* général des associations, fédérations et organismes sportifs nationaux et internationaux pour combattre le dopage, et à recevoir dans cette lutte l'appui des pouvoirs publics nationaux, d'institutions interétatiques et d'organismes intergouvernementaux.

En 1967 déjà, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptait une résolution sur le *doping* des athlètes, qui fut suivie en 1979, 1984 et 1988 de trois recommandations sur le même objet dont la dernière prévoyait l'institution de contrôles antidopage *hors compétition et sans préavis*. Sur le plan universel, l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture (UNESCO), dont le siège est à Paris, a également émis de 1988 à 2004 diverses résolutions ou recommandations à l'issue des conférences internationales des ministres et hauts fonctionnaires responsables de l'éducation physique et du sport qu'elle organise périodiquement.

²

dans la revue « *Sweet & Maxwell's International Sports Law Review* » (volume de l'année 2003) et cela sous le titre « *Doping and Fundamental Rights of Athletes : comments in the wake of the adoption of the World anti-doping code* » (p. 39 – 67).

2. La convention européenne du 16 novembre 1989³

■ Le 16 novembre 1989, une convention contre le dopage a été conclue à Strasbourg, qui fut ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, des autres Etats parties à la Convention culturelle européenne et des Etats non membres ayant participé à son élaboration. Cette convention a pour but la réduction et, à terme, l'élimination du dopage dans le sport ; les Etats signataires s'engagent à prendre, *dans les limites de leurs dispositions constitutionnelles respectives*, les mesures d'application nécessaires. Elle définit le dopage dans le sport comme *l'administration aux sportifs – personnes des deux sexes qui participent habituellement à des activités sportives organisées – ou l'usage par ces derniers de classes pharmacologiques d'agents de dopage ou de méthodes de dopage*.

Sous le titre « *collaboration avec les organisations sportives concernant les mesures qu'[elles] doivent prendre* », l'article 7 de la convention prescrit que les signataires de celle-ci s'engagent à encourager leurs organisations sportives, et, à travers ces dernières, les organisations sportives internationales, à élaborer et appliquer toutes les mesures appropriées relevant de leur compétence pour lutter contre le dopage dans le sport. Cette disposition encourage ces organisations à clarifier et à harmoniser leurs droits, obligations et devoirs respectifs. Elle les encourage notamment, de façon plus précise, à harmoniser les méthodes de contrôle anti-dopage, les procédures disciplinaires et les procédures d'application de sanctions effectives. La **lettre d** de l'article 7 alinéa 2 prescrit que les procédures disciplinaires doivent être conduites « *en appliquant les principes internationalement reconnus de la justice naturelle et en garantissant le respect des droits fondamentaux des sportifs sur lesquels pèse un soupçon* ». Elle rappelle qu'au nombre de ces principes figure notamment la séparation entre l'organe d'instruction et l'organe disciplinaire, le droit à un procès équitable et le droit d'être assisté ou représenté, ainsi que la

³ RS (Recueil systématique des lois fédérales de la Confédération suisse) [N°] 0.812.122.1

clarté et l'applicabilité pratique des textes répressifs incluant l'ouverture d'un appel des décisions rendues auprès d'une juridiction indépendante.

■ Le 5 novembre 1992 la Confédération Suisse a ratifié cette convention qui est entrée en vigueur pour elle le 1^{er} janvier 1993. Elle n'a formulé ni réserves ni déclarations interprétatives.

Le préambule de la Convention de l'UNESCO contre le dopage dans le sport, adoptée par cette organisation le 19 octobre 2005 et dont il sera question plus bas, relève que la Convention européenne contre le dopage et son protocole additionnel « *sont les instruments de droit international public qui sont à l'origine des politiques nationales antidopage et de la coopération intergouvernementale en la matière* ».

3. L'Agence mondiale antidopage et le Code mondial antidopage

a) L'Agence mondiale antidopage

aa) L'Agence mondiale antidopage (WADA/AMA) est une fondation de droit suisse, régie par les articles 80 et suivants du Code Civil Suisse du 10 décembre 1907⁴. Elle a été créée à Lausanne (Suisse) le 10 novembre 1999 à l'issue d'une conférence internationale (*la conférence de Lausanne*). Elle est indépendante du mouvement olympique, notamment du Comité international olympique (CIO) et des Etats qui ont contribué à son institution ou qui participent à ses activités.

Son siège est à Lausanne mais son bureau principal est à Montréal (Canada). Elle est dirigée par un *conseil de fondation* qui se compose prioritairement de 18 représentants des Etats et de 18 représentants du Mouvement olympique. Sa direction permanente est assurée par un *comité exécutif* de 12 membres. Elle est financée à parts égales par le CIO et par les Etats membres.

bb) La mission de l'Agence est de promouvoir et de coordonner la lutte internationale contre le dopage dans le sport sous toutes ses formes. Elle tend à renforcer les principes éthiques qui doivent régir l'activité sportive, à protéger la santé des sportifs, à coordonner les contrôles antidopage hors compétition et sans préavis, à établir une liste commune des substances et des méthodes interdites, à harmoniser et à unifier les normes scientifiques et techniques relatives au prélèvement et à l'accréditation des laboratoires, à harmoniser les règles de la procédure disciplinaire et de l'appel des sanctions et à développer des programmes d'éducation et de prévention.

cc) L'intérêt public que cette mission revêt aux yeux des autorités de la Confédération Suisse est souligné par l'accord conclu le 5 mars 2001 entre son gouvernement (le Conseil fédéral) et l'Agence, aux termes duquel celle-ci est exonérée des impôts directs et indirects fédéraux, cantonaux et communaux de même que de toute taxe fédérale, cantonale et communale à l'exception de celles perçues en rémunération de services particuliers⁵.

dd) L'article 2 de la Convention internationale de l'UNESCO contre le dopage dans le sport, sur lequel nous reviendrons, définit l'Agence comme une « *organisation antidopage* », c'est-à-dire « *une instance responsable de l'adoption des règles à suivre pour mettre en route, appliquer, ou faire respecter tous les volets du processus de contrôle du dopage* ».

ee) La conférence de Lausanne et l'Agence ont jeté les bases d'un *programme mondial antidopage* qui vise essentiellement à protéger le droit fondamental des sportifs de participer à des activités sportives exemptes de dopage, à promouvoir la santé et à garantir ainsi aux sportifs du monde entier l'équité et l'égalité dans le sport. Ce programme, de même que le Code mondial

⁴ CCS ; RS 210

⁵ RS 0.192.120.240

antidopage dont il va être question ci-après, tendent plus concrètement, à harmoniser, à coordonner et à rendre efficaces les programmes antidopage aux niveaux international et national en matière de détection, de dissuasion et de prévention du dopage.

Hormis le Code mondial antidopage, les instruments juridiques servant le programme mondial antidopage sont *les standards internationaux* et *les modèles de bonne pratique*.

Les *standards internationaux* sont approuvés par l'Agence après consultation des gouvernements qui participent au programme antidopage et des organisations signataires du Code Mondial Antidopage. Le comité exécutif de l'Agence peut les réviser en tout temps après une consultation analogue. Ces standards visent à assurer une harmonisation entre les organisations antidopage responsables de parties techniques et opérationnelles spécifiques des programmes antidopage. Leur respect est obligatoire pour l'observance du Code mondial antidopage.

Tel n'est pas le cas des *modèles de bonne pratique* que l'Agence se borne à recommander aux signataires du Code mondial antidopage. Ces modèles doivent être développés pour fournir les solutions les plus adaptées dans les différents secteurs de la lutte antidopage⁶.

b) Le Code mondial antidopage

aa) Le Code mondial antidopage (en abrégé : **le Code** ou **le Code antidopage**) a été adopté par l'Agence à Copenhague le 5 mars 2003 au cours d'une conférence mondiale sur le dopage dans le sport. Il est l'instrument juridique le plus fort au service du programme mondial antidopage.

⁶ voir l'Introduction du Code mondial antidopage, dans l'édition 2003 où chaque disposition du Code est commentée.

Le Code a été adopté, avant l'ouverture des Jeux olympiques d'Athènes de 2004, par le Comité international olympique (CIO), par les 202 comités nationaux olympiques et par les 35 fédérations internationales olympiques. Les autres fédérations internationales reconnues par le CIO ont adapté leurs règlements internes aux exigences du Code.

bb) Le Code a son fondement dans *l'esprit sportif* considéré comme l'essence même de l'olympisme. L'esprit sportif peut être défini comme la ferme volonté de participer loyalement aux compétitions sportives en pratiquant *le franc jeu*. Il est le reflet des idéaux qui sont à la base de l'exercice du sport et de son organisation, qu'il s'agisse du sport professionnel ou du sport amateur.

Les besoins de la présente consultation n'exigent pas de l'expert qu'il s'attarde sur la structure et les détails du Code. Il lui suffit de constater à cet endroit que le Code définit le dopage comme une ou plusieurs violations des règles antidopage et qu'il énumère ces violations à son article 2.

cc) L'article 2 du Code pose le principe de la responsabilité objective (*strict liability*) qui est à la base de la plupart des règlements fédératifs antidopage préexistants.

En vertu de la responsabilité objective, il y a violation des règles antidopage dès qu'une substance interdite est trouvée dans un prélèvement corporel du sportif qui, intentionnellement ou non, a fait usage d'une substance interdite, que ce soit par négligence ou à la suite d'un autre manquement. La responsabilité objective du sportif a pour conséquence automatique le prononcé à son encontre des sanctions énumérées à l'article 10 du Code. Lorsque c'est *en compétition* qu'un échantillon positif a été décelé, les résultats que le sportif a obtenus dans cette compétition sont automatiquement annulés.

dd) La responsabilité objective du sportif impliqué est cependant atténuée dans la mesure où il a la possibilité de demander l'annulation ou l'allègement des sanctions prises contre lui. Il lui faut pour cela démontrer qu'il n'a pas commis de faute ou de faute *significantive*. Il se peut en effet que la présence d'une substance interdite dans un prélèvement fourni par un sportif résulte de circonstances extraordinaires excluant toute négligence ou manquement de sa part.

ee) Cet aménagement de la responsabilité objective a conduit le commentateur du Code à considérer que « *la règle de la responsabilité objective lors du dépistage d'une substance interdite dans un prélèvement fourni par un sportif, assortie de la possibilité de modifications des sanctions en fonction des critères énoncés, assure un juste équilibre entre l'application effective des règles antidopage dans l'intérêt de tous les sportifs* » en conformité avec l'équité et les objectifs essentiels du Code. Il s'est fortement appuyé pour émettre cette opinion sur une sentence très substantielle du Tribunal arbitral du sport (TAS), dont il a cité intégralement le considérant déterminant⁷. Dans cette sentence, le TAS soulignait d'autre part, du point de vue formel, que la lutte contre le dopage est difficile (*arduous*) et qu'elle exige des règles strictes. Mais les fédérations sportives doivent elles-mêmes faire preuve de rigueur en adoptant « démocratiquement » (*in constitutionnaly proper ways*) des normes claires et prévisibles (*predictable*) pour fixer les sanctions applicables aux athlètes.

ff) Au terme de ce bref examen descriptif, l'expert constate tout d'abord que, dans la mesure où il réprime les infractions à la prohibition du dopage, le Code est dominé par l'application primordiale du principe d'*efficience* dans une lutte qui doit aboutir à l'éradication d'un fléau collectif de nature à compromettre définitivement toute fiabilité au déroulement des compétitions sportives de tout niveau.

⁷ Sentence du 23 mai 1995 rendue dans la cause *Q. [uingley] contre Union internationale de tir (UIT)* (affaire CAS 94/129), reproduit dans *Recueil des sentences du TAS I*, pp. 187 et suivantes.

L'expert constate ensuite *en premier lieu* que, du point de vue *formel*, le régime répressif du code s'efforce, en dépit de la rigueur de l'objectif, de garantir les droits procéduraux des contrevenants ; il constate *en second lieu* que, du point de vue *matériel*, ce régime tient compte de la nécessité de sauvegarder les droits fondamentaux des contrevenants *par la clarté et la prévisibilité* ainsi que par l'aménagement rationnel des sanctions qui individualise *relativement* celles-ci dans toute la mesure où il est possible de le faire sans vider le code de sa substance et compromettre la haute mission de l'Agence.

Ce régime particulier n'est pas parfait au regard de diverses exigences du droit constitutionnel des Etats démocratiques et du droit conventionnel que ces Etats ont établi ensemble ; mais il répond bien, nous semble-t-il, aux divers objectifs impérieux, parfois contradictoires, de la lutte contre le dopage tels qu'ils apparaissent à la lecture de la Convention européenne contre le dopage, dont l'article 7 alinéa 2 *lettre d /III* pose certaines limites à la mise en oeuvre. Il saute aux yeux que l'efficacité et la clarté sont des conditions indispensables pour parvenir à l'élimination du dopage dans le monde des compétitions sportives, objectif qui relève manifestement d'un intérêt public désormais universellement reconnu. C'est du reste, *en substance*, la conclusion à laquelle sont aussi parvenus les auteurs de l'avis de droit déjà cité⁸.

⁸ en pages 51-55 de sa version imprimée

4. La convention de l'UNESCO du 19 octobre 2005

a) L'adoption de la convention et son préambule

L'UNESCO a adopté le 19 octobre 2005 une convention internationale contre le dopage dans le sport.

Le préambule de cette convention souligne que l'UNESCO a une responsabilité importante dans ce domaine et qu'elle est résolue à poursuivre et à renforcer la coopération *en vue d'éliminer le dopage dans le sport dont les conséquences sur la santé des sportifs, le principe du franc jeu, l'élimination de la fraude et l'avenir du sport sont hautement préoccupants*. Le préambule reconnaît le rôle joué par le Conseil de l'Europe dans la lutte légitime contre le dopage dans le sport. Il met l'accent sur le Code mondial antidopage adopté par l'Agence mondiale antidopage dont il dit que les signataires de la convention doivent le « garder à l'esprit ».

b) La convention et le Code mondial antidopage

La convention de l'UNESCO reprend dans une mesure importante les dispositions du Code mondial antidopage notamment en ce qui concerne la violation des règles antidopage. Il traite en revanche peu du domaine des sanctions, comme s'il avait suffi aux Etats contractants de se référer implicitement à cet instrument associatif. Son article 16 *lettre g* souligne cependant l'importance du principe d'efficience qui présuppose la possibilité de contrôler inopinément les sportifs et d'analyser techniquement les prélèvements alors opérés. Selon cette disposition, les Etats signataires s'engagent en tant « *que de besoin et conformément à leurs législation et procédure nationales* » à reconnaître mutuellement les procédures de contrôle du dopage et les méthodes de gestion des résultats de toute organisation antidopage qui sont conformes au

Code mondial antidopage « *y compris les sanctions sportives qui en découlent* ».

Dans son ensemble la Convention de l'UNESCO nous apparaît, pour ainsi dire, comme une *traduction* - dans le droit positif des traités - de la *soft law* que demeure le Code antidopage. On peut y voir l'acte juridique de reconnaissance interétatique de l'Agence, ou plus précisément un acte de reconnaissance juridique de la légitimité de son action et de ses objectifs, ainsi que des moyens dont elle s'est dotée pour atteindre ceux-ci. La désignation de l'Agence comme *organisation consultative* et la reproduction du Code en annexe au texte officiel de la Convention (*appendice 1*) ne sont, de ce point de vue, ni anodins ni dépourvus de portée juridique, même si l'article 4 paragraphe 2 de la Convention précise que le texte du Code ne fait pas partie intégrante de celle-ci et qu'il n'est reproduit à sa suite qu'au titre d'une information ne créant aucune obligation contraignante en droit international pour les Etats parties à la Convention.

IV. DISCUSSION

1. Préambule

a) La réglementation discutée

L'article 10.2 du Code, qui se rapporte à la violation des règles antidopage énoncées aux articles 2.1, 2.2 et 2.6 du Code, a la teneur suivante :

Article 10 Sanctions à l'encontre des individus

....

10.2 Suspensions imposées en cas d'usage de substances ou méthodes interdites

A l'exception des substances mentionnées à l'article 10.3 la période de suspension imposée pour une violation des articles 2.1 (présence d'une substance interdite, de ses métabolites ou de ses marqueurs), 2.2 (usage ou tentative d'usage d'une substance ou méthodes interdites) et 2.6 (possession de substances ou méthodes interdites) sera la suivante :

- **première violation : deux (2) années de suspension**
- *seconde violation : suspension à vie*

Avant qu'une période de suspension ne lui soit imposée, un sportif ou toute autre personne aura la possibilité, dans tous les cas, d'argumenter aux fins d'obtenir l'annulation ou l'allègement de la sanction conformément à l'article 10.5.

L'article 10.5 a la teneur suivante :

10.5 Annulation ou réduction de la période de suspension basée sur des circonstances exceptionnelles :

10.5.1 Pas de faute ou de négligence

Lorsque le sportif établit, dans un cas particulier de violation des règles antidopage en vertu de l'article 2.1..., de l'article 2.2 ... que la violation n'est due à aucune faute ou négligence de sa part, la période de suspension applicable sera annulée. Lorsqu'une substance interdite, ses métabolites ou ses marqueurs sont décelés dans les prélèvements d'un sportif en contravention de l'article 2.1 ..., le sportif devra également démontrer comment la substance interdite s'est retrouvée dans son organisme pour que la période de suspension soit levée. En cas d'application du présent article et de la levée de la période de suspension applicable, la violation des règles antidopage ne sera prise en considération comme une violation dans la détermination de la période de suspension s'appliquant au cas de violations multiples conformément aux articles 10.2, 10.3 et 10.6.

10.5.2 Pas de faute ou de négligence significative

*L'article 10.5.2 ne s'applique qu'aux violations des règles antidopage se rapportant aux articles 2.1... 2.2. ... ou 2.8. Si un sportif parvient à établir, dans un cas particulier lié à de telles violations, qu'il n'a commis aucune faute significative ou négligence, la période de suspension pourra alors être réduite. **Cependant, la période de suspension réduite ne pourra être inférieure à la moitié de la période de suspension qui aurait dû normalement s'appliquer.** Lorsque la période de suspension qui aurait dû s'appliquer est une suspension à vie, la période de suspension allégée appliquée en vertu de cet article devra être d'au moins 8 ans. Lorsqu'une substance interdite, ses marqueurs ou métabolites sont dépistés dans l'échantillon d'un sportif en contravention de l'article 2.1... le sportif devra également établir comment cette substance a pénétré dans son organisme afin de pouvoir bénéficier d'une période de suspension allégée.*

.....

b) Le status quaestionis

La question qui se pose est celle de savoir si cette réglementation - **replacée dans le contexte juridique global décrit plus haut sous chiffre III** - est compatible avec les droits fondamentaux et les principes généraux reconnus dans l'ordre juridique suisse dont le Tribunal fédéral suisse pourrait être appelé à revoir de manière limitée l'application s'il était saisi d'un recours de droit public dirigé contre une sentence arbitrale contestée *matériellement* soit sous l'angle de l'article 36 lettre f du Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969⁹, soit sous l'angle de l'article 190 alinéa 2 lettre e de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé¹⁰

La réponse à cette question commande d'examiner successivement le sens de l'article 10.2 du Code et la nature juridique des sanctions qu'il prévoit (2) le contenu des droits fondamentaux et des principes généraux qui pourraient être applicables et entrer en ligne de compte dans le contrôle restreint du Tribunal fédéral (3), l'étendue des moyens de défense à la disposition des personnes dont une sanction et sa confirmation par des arbitres lèseraient les intérêts juridiquement protégés par ces droits et principes, ce qui nous commandera de rappeler la définition en droit suisse des concepts de l'ordre public et de l'arbitraire (4).

⁹ CIA ; RS 279

¹⁰ LDIP ; RS 291

2. L'interprétation de l'article 10.2 du code et la nature juridique des sanctions qu'il prévoit

a) L'interprétation de l'article 10.2 du Code

Bien que l'article 10.2 du Code soit, comme on le verra, une norme de droit privé adoptée par une personne juridique de droit privé, il convient d'en découvrir le sens en recourant aux méthodes d'interprétation constitutionnellement admises en droit suisse pour l'interprétation des textes légaux étatiques.

aa) Un texte légal s'interprète en premier lieu selon sa lettre (*méthode littérale ou grammaticale*). Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair que si des raisons objectives laissent à penser que ce texte ne traduit pas le sens véritable de la disposition en cause. Ces raisons peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition étudiée, voire de sa place dans la loi. La véritable portée et l'esprit d'un texte légal qui souffre plusieurs interprétations, doivent donc être notamment recherchés sur la base des travaux préparatoires qui ont conduit à son adoption (*méthode historique*), du but que la norme poursuit et des valeurs sur lesquelles elle repose (*méthode téléologique*) ou encore sur la base de ses relations avec d'autres dispositions légales (*méthode systématique*). Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la méthode historique d'interprétation n'est pas fondamentale et les travaux préparatoires ne lient pas l'interprète. Il n'y a lieu d'en tenir compte que si les conceptions discutées au cours des discussions qui ont conduit à l'adoption du texte ont trouvé leur expression dans celui-ci. L'importance analytique des travaux préparatoires est de toute façon inversement proportionnelle à l'éloignement dans le temps. Enfin, il faut souligner que toutes ces méthodes

d'interprétation sont coordonnées entre elles et non subordonnées les unes aux autres.¹¹

Après avoir découvert le sens d'un texte, il se peut que, dans un cas déterminé, le résultat des méthodes téléologique et systématique nécessite l'application d'une des méthodes complémentaires qu'un auteur appelle les pseudo-méthodes¹². Ces sont principalement l'interprétation restrictive, l'interprétation extensive, le recours aux maximes *a pari* (application par analogie), *a contrario*, ou *a fortiori* (*a majore ad minus*).

bb) L'application combinée de ces méthodes ne laisse en l'occurrence aucun doute sur le sens de la disposition étudiée, qui résulte déjà de son interprétation littérale ou, mieux, d'une simple lecture attentive de son texte et des dispositions qu'il mentionne. S'il subsistait quelque doute sur un point quelconque, il serait dissipé par le recours aux méthodes systématique et téléologique c'est-à-dire à la détermination du sens d'une norme en fonction de son rapport avec d'autres normes, de son but et de l'économie générale du texte dans lequel elle est incorporée. L'expert peut donc s'abstenir de toute référence aux travaux préparatoires contrairement aux auteurs de l'avis de droit qui s'exprimaient dans un autre contexte. Il ne s'y référera - et de manière toute générale - qu'en un endroit : là où il traite du souhait exprimé par les sportifs eux-mêmes de voir adopté le régime le plus sévère possible de répression du dopage.

L'article 10.2 signifie que le compétiteur sportif, amateur ou professionnel, qui fait usage ou tente de faire usage d'une substance interdite, de ses métabolites ou de ses marqueurs, qui emploie une méthode interdite, ou qui fait usage ou tente de faire usage d'une telle substance ou méthode, viole les règles

¹¹ cf ATF 109 Ia 303 ; 119 Ia 248 consid. 7 a ; 119 II 186 consid. 4 b/bb, 355 consid. 5 ; 119 V 126 consid. 4 et arrêts cités ; 121 V 60/61 consid. 3b ; 122 III 310 consid. 2 b ; 123 III 92 consid. 3 c ; 127 V 488 consid. 3b/bb ; 128 I 41 consid. 3b, 330 consid. 2.1 ; 129 III 658 consid. 4.1.

¹² André Grisel, Traité de droit administratif, volume I, pp. 138 et suivantes.

antidopage sans qu'il importe que sa démarche ait échoué ou ait été couronnée de succès. En vertu de la règle de *responsabilité objective*, cette personne encourt, *ipso facto* et d'emblée la peine de deux années de suspension. Si elle récidive, la peine prononcée contre elle sera la suspension à vie. Les organes compétents ne jouissent d'aucune liberté d'aggraver l'une ou l'autre de ces sanctions ou de les atténuer en dehors des deux cas que nous allons maintenant évoquer (*fixité relative de la peine*).

■ L'article 10.2 atténue cette responsabilité purement objective en offrant au sportif visé ou à tout autre personne (par exemple à l'organisation à laquelle appartient le contrevenant) la faculté de se libérer en démontrant que la violation des règles antidopage n'est due à aucune faute ou négligence du sportif ; il appartient également au sportif, dans les prélèvements duquel sont décelés une substance interdite, ses métabolites ou ses marqueurs, de démontrer comment ces éléments se sont retrouvés dans son organisme (*preuve libératoire*).

■ Le sportif peut en outre obtenir une suppression de toute suspension lorsqu'il parvient à établir concrètement qu'il n'a commis aucune faute ; il peut obtenir une réduction de la durée de la suspension s'il établit l'absence de négligence *significative*. Le concept de négligence *significative* est manifestement une notion juridique imprécise dont la pratique des organes compétents devra définir la portée. En cas d'absence de faute significative, les organes compétents n'ont qu'une *liberté d'appréciation limitée* : la réduction de la sanction ne pourra excéder la moitié de la période prévue à l'article 10.2 ; la période de suspension ne sera donc jamais inférieure à une année pour une première violation et à huit ans pour une seconde violation, sauf bien entendu en l'absence de toute faute. Le sportif visé ne pourra, de toute façon bénéficier d'un allègement - « *lorsqu'une substance interdite, ses marqueurs ou ses métabolites sont dépistés dans l'échantillon* » - que s'il établit comment cette substance a pénétré dans son organisme.

cc) Le régime de responsabilité objective et de sanction fixe institué à l'article 10.2 du Code laisse peu de place aux éléments subjectifs de l'infraction ; il ne laisse aucune place ■ aux circonstances personnelles qui ont pu conduire l'auteur à contrevenir sciemment ou par une négligence coupable à l'interdiction de se doper. Les conséquences pratiques rigoureuses de l'application de ce régime ressortent d'un récent arrêt fort bien motivé du TAS auquel nous nous permettons de renvoyer intégralement ici¹³.

b) La nature juridique des sanctions qu'il prévoit

aa) Le Code antidopage n'est pas du droit étatique, mais un ensemble de règles du droit associatif. Celui qui adhère à une association de droit privé se soumet *ipso facto* et *ipso jure* aux statuts et autres textes qui en régissent le fonctionnement. Il s'engage du seul fait de cette adhésion, *implicitement ou non*, à respecter les normes de comportement que ces textes contiennent et, le cas échéant, à se soumettre aux sanctions statutaires qui en répriment la violation, cela dans toute la mesure où ces sanctions sont justifiées.

En adhérant à une fédération sportive et en participant à des compétitions sportives soumises aux règles des fédérations sportives internationales, les athlètes se placent *de facto* dans cette situation juridique. Ils acceptent aussitôt d'assumer une responsabilité spécifique à l'égard de leur fédération et de se comporter de manière à contribuer à la réalisation des buts idéaux de celle-ci. Il leur appartient, le cas échéant, de démontrer, sans équivoque et par des moyens sérieux et objectifs, qu'ils ont été délibérément trompés sur la teneur ou sur le contenu véritable d'une norme de comportement qu'on les accuse d'avoir violée.

¹³ Arrêt du « skieur autrichien » du 20 juillet 2005.

bb) La compétence, ou le pouvoir, d'une association d'imposer à ses membres des normes de comportement nécessaires à son bon fonctionnement va de soi. Tel est le cas des *règles du jeu* nécessaires au bon déroulement des compétitions sportives, dont l'application ne se prête en principe pas à un contrôle juridique.

La question a longtemps été discutée de savoir si une association sportive a aussi la compétence, ou le pouvoir, d'édicter des normes de comportement qui revêtent le caractère de *règles de droit* dont la violation est parfois sanctionnée par de lourdes peines restrictives de la liberté personnelle.

α) Ce sont les circonstances qui permettent de dire si l'on se trouve en présence d'une règle du jeu ou d'une règle de droit. Des règles associatives qui frappent de lourdes sanctions des comportements spéciaux liés à l'activité sportive ou la violation grave ou répétée (*krass oder wiederholt*) des normes de comportement applicables en ce domaine, sont en tout cas des règles de droit. Tel est le cas des règles qui frappent ces comportements ou violations par des mesures rigoureuses comme la disqualification avec effet rétroactif, l'annulation de résultats importants ou la suspension pour une période relativement longue. Ces règles ne sont de toute évidence pas destinées à assurer simplement le déroulement correct d'un jeu, mais visent des objectifs plus généraux et plus élevés. Les sanctions qu'elles prévoient sont de véritables *peines statutaires* qui portent atteinte aux intérêts juridiques de celui qu'elles touchent¹⁴.

β) Le droit de *punir* et partant la compétence de codifier et d'appliquer *de telles règles de droit* sont en principe l'apanage de l'Etat.

Il est cependant admis qu'une association a la compétence, ou le pouvoir, d'adopter des règles de droit répressives, aux conditions *d'une part* que les

¹⁴ cf ATF (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral) 103 I a p. 410 ; 108 II p. 15 ; 119 II p. 271 ; voir aussi l'arrêt des « footballeurs turcs » du 25 mars 2004, consid. 4 et 5.

textes statutaires pertinents les formulent de façon suffisamment claire pour que les membres qui y sont assujettis puissent en prévoir sans équivoque les conséquences et *d'autre part* que leur application puisse être contrôlée par un juge indépendant et impartial.

La jurisprudence justifie parfois cette solution par les considérations suivantes. Les statuts d'une association seraient, en quelque sorte, une constitution de nature privée. C'est pour cela qu'ils pourraient octroyer aux organes associatifs un certain pouvoir disciplinaire. Les sanctions prises sur cette base seraient ainsi des institutions *sui generis* du droit privé. Mais l'association ne pourrait s'arroger une compétence exclusive et autonome d'adopter des règles de droit répressives et de les appliquer sans que la faculté soit donnée au membre touché de recourir à un juge. Des clauses conventionnelles ou statutaires excluant ce droit de recours seraient nulles et incompatibles avec la protection de la personnalité dont on parlera plus loin¹⁵.

L'expert adhère pleinement aux conclusions de ce raisonnement même si les prémisses pourraient en être discutées.

γ) Il est constant que le juge de recours peut être un arbitre *aux conditions d'une part que sa juridiction ait été clairement acceptée et d'autre part qu'il jouisse manifestement d'une indépendance et d'une impartialité à l'égard de toutes les parties, comparables à celles requises du juge étatique ; tel sera le*

¹⁵ On citera à cet endroit deux décisions cantonales qu'il faut placer dans le contexte étroit précis du droit au contrôle judiciaire. La première a été rendue le 22 décembre 1987 par le *Richteramt III du canton de Berne* (autorité de première instance) ; elle reconnaît le droit d'une athlète d'obtenir des mesures provisionnelles contre une sanction réprimant un acte de dopage (SJZ/RSJ [Revue suisse de jurisprudence] 1988 (84), pages 85-88. La seconde a été rendue les 2 novembre 1989 et 13 février 1990 par la *Première Cour civile du Tribunal cantonal du Valais* (dernière instance cantonale) ; elle reconnaît à l'athlète coupable de voies de fait contre un arbitre de recourir à un juge contre la mesure de suspension prise contre lui. **On y reviendra lorsqu'on traitera de la compatibilité d'une mesure de suspension avec l'article 27 CCS.**

*cas s'il n'y a pas lieu de craindre sa prévention contre l'une ou l'autre des parties et cela in concreto sur le vu de l'objet du litige*¹⁶.

cc) Les normes de comportement du Code antidopage et les sanctions qui en répriment la violation sont des règles de droit¹⁷. Elles n'ont plus rien à voir avec des règles du jeu proprement dites sans qu'il importe, pour ce constat, que nombre d'actes de dopage soient commis dans le cadre d'une compétition sportive ou du moins en relation immédiate avec le déroulement d'une compétition sportive. Les normes antidopage ont en effet pour but de contribuer à garantir, *de manière générale et universelle pour le présent et pour l'avenir*, le franc jeu c'est-à-dire le déroulement correct et équitable de toutes les compétitions sportives (*das sportliche Wohlverhalten*).

Les sanctions des actes de dopage sont de véritables *peines* statutaires susceptibles de porter une atteinte particulièrement grave aux intérêts juridiques personnels des contrevenants. Nous le disons pour insister – par référence tacite au contrôle constitutionnel de la légalité des restrictions aux droits fondamentaux¹⁸ - sur le fait qu'une norme associative répressive doit être d'autant plus claire (*klipp und klar*) que la sanction qu'elle prévoit est *grave*.

dd) Sur le vu de la rigueur des sanctions prévues dans le Code antidopage ou dans des règlements fédératifs préexistants et similaires de ce point de vue, on peut comprendre que des sportifs, auxquels de telles sanctions avaient été infligées, se soient adressés au Tribunal fédéral en soutenant qu'on leur avait appliqué des mesures *quasi-pénales*¹⁹. Cette assertion, qui pourrait sous-

¹⁶ selon ce que prescrivent fondamentalement les articles 30 alinéa 1 Cst, 6 paragraphe 1 de la Convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 14 paragraphe 1 deuxième phrase du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ; ces deux instruments. ts ont été ratifiés par la Suisse et incorporés à son droit national (RS 0.101 et 0.103.2).

¹⁷ Arrêt non publié du 31 octobre 2003, consid. 1.1.

¹⁸ Article 36 alinéa 1 Cst. ; cf notamment ATF 128 II 269.

entendre que ces sanctions seraient exorbitantes de la compétence associative et qui fait appel à un concept étranger au droit positif suisse, incite l'expert à examiner sommairement si les sanctions prévues à l'article 10.2. du Code ont ou non un caractère pénal. Dans l'affirmative, on pourrait douter de leur validité formelle compte tenu de ce qui a été dit plus haut sur la compétence pénale exclusive de l'Etat ; il ne suffirait alors peut-être pas de dire – comme on le fait toujours²⁰ - que ces normes pénales seraient applicables pour autant que leur application respecte intégralement les règles propres au droit pénal, telles que la présomption d'innocence et la maxime « *in dubio pro reo* », et toutes les garanties offertes notamment par les articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et par les dispositions correspondantes du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques²¹ !

On répondra sans débat à cette question : le Code antidopage n'est pas un *corpus* de droit pénal mais un pur ensemble de normes associatives incluant un système répressif. Il ne relève pas du droit public mais du droit privé qu'une association est légitimée à édicter aux conditions énoncées plus haut.

ee) A considérer néanmoins, par une analogie un peu grossière, les distinctions traditionnelles que le droit *public* suisse fait entre droit pénal et droit disciplinaire selon l'économie fondamentale de chacun d'eux, on devrait admettre que les dispositions répressives du Code (*et en particulier son article 10.2*) relèvent du droit disciplinaire. Leur seul but est en effet de prévenir ou de faire cesser des comportements de nature à compromettre les buts pour lesquels l'association a été créée et pour la réalisation desquels le contrevenant éventuel a adhéré à l'association.

²⁰ notamment dans l'avis de droit cité

²¹ arrêt non publié des « nageurs chinois » / FINA du 31 mars 1999, reproduit dans Recueil des sentences du TAS II 1998- 2000, pp. 767 et suivantes.

Eu égard à la gravité des sanctions *disciplinaires* prévues à l'article 10.2, cette conclusion ne dispense pas l'association de reconnaître au sportif visé des garanties comparables aux garanties minimales offertes à un accusé. *Du point de vue formel*, il faut donc entendre de manière satisfaisante le contrevenant avant de lui infliger la sanction et respecter à son endroit les règles fondamentales du procès équitable, ce que rappelle d'ailleurs l'article 7 alinéa 2 *lettre d*, déjà cité, de la Convention européenne contre le dopage. *Du point de vue matériel*, ces sanctions ne doivent pas porter indûment atteinte aux droits fondamentaux et aux principes généralement reconnus dans le droit des gens et les droits nationaux des Etats régis par le droit.

3. Le contenu des droits fondamentaux et des principes généraux du droit suisse autonome qui pourraient être appliqués par des arbitres vérifiant l'application de l'article 10.2 du Code et qui pourraient entrer en ligne de compte dans le contrôle restreint du Tribunal fédéral

a) Remarque liminaire

La qualité des droits de défense reconnus en tant que tels au sportif visé par l'article 10 du Code n'est en l'occurrence pas contestée. La seule question à résoudre est donc celle de savoir si le régime institué par cette disposition statutaire est *matériellement* compatible avec les droits fondamentaux et les principes généraux du droit suisse.

La question de la compatibilité matérielle du régime discuté avec les principes généraux du droit des gens, consacrés notamment dans un certain nombre de traités multilatéraux, a été examinée de manière approfondie dans l'avis de droit mentionné plus haut. Bien que - en vertu du système moniste qui prévoit l'incorporation immédiate des traités ratifiés par la Suisse dans la législation de ce pays - ces traités multilatéraux (*self executing*) soient une partie intégrante du

droit suisse, l'expert ne renouvellera pas cet examen. Il n'a en effet aucune raison de fond de s'écarter des conclusions générales de cet avis.

Il se limitera donc à examiner si la combinaison entre la responsabilité objective et la fixité relative des sanctions, aménagée à l'article 10.2 du Code, est conforme, matériellement, au *droit suisse autonome* à l'exclusion du droit des traités ratifiés par la Suisse et entrés en vigueur pour elle. Cet examen présuppose la connaissance tant du contenu des droits de rang constitutionnel susceptibles d'entrer en considération, qui sont la liberté personnelle et la liberté économique, que de leur concrétisation par une norme de rang législatif : l'article 27 CCS.

b) La liberté personnelle

aa) La liberté personnelle est expressément garantie par l'article 10 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999²². En vertu de cette disposition, tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement. Cette liberté est à ce point inhérente à la société démocratique suisse que, sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 abrogée le 1^{er} janvier 2000, qui n'en parlait pas, le juge constitutionnel y voyait un *droit constitutionnel non écrit ou implicite*.

Sont titulaires de la liberté personnelle toutes les personnes physiques et étrangères qui, pour une raison ou pour une autre, entrent dans la sphère d'action d'une autorité suisse. Elle protège non seulement l'intégrité physique et psychique et la vie privée de la personne humaine mais aussi sa liberté de mouvement, appelée plus trivialement *la liberté d'aller et de venir* ; elle assure *le respect de la personnalité*.

²² Cst. ; RS 101

bb) Se rapportant aux droits qui sont inséparables des conditions naturelles de la personne humaine, la protection de la personnalité (ou le droit au respect de la personnalité) est un aspect de la liberté personnelle constitutionnellement garantie. Les articles 27 et 28 CCS qui protègent la personnalité d'une part contre des engagements excessifs et d'autre part contre des atteintes illicites, tendent donc à concrétiser cette liberté fondamentale dans le droit de rang inférieur à la constitution.

Dans la mesure où il punit la première violation des règles antidopage d'une peine fixe de deux années de suspension, l'article 10.2 du Code antidopage concerne *au premier chef* la liberté personnelle sous cet aspect du respect de la personnalité.

cc) Parmi les diverses dispositions des articles 27 et 28 CCS, l'alinéa 2 de l'article 27 est seule pertinent en l'espèce, qui protège la personnalité contre elle-même en prohibant l'aliénation de sa liberté ou de son usage dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs.

L'article 27 alinéa 2 CCS garantit notamment la liberté de décision à l'encontre des atteintes excessives et contraires aux mœurs qui résultent d'un contrat, nul ne pouvant aliéner sa liberté par convention en se livrant à l'arbitraire de l'autre partie²³. Cela vaut naturellement aussi pour des clauses statutaires qui restreignent à l'excès la liberté personnelle des membres d'une association et portent une atteinte injustifiée à leur sphère privée.

De manière générale, un engagement n'est pas contraire à l'article 27 alinéa 2 CCS au seul motif qu'il est de nature à compromettre l'existence économique du débiteur²⁴ ou qu'il résulte manifestement de son inexpérience ou de sa légèreté, ce qui doit se résoudre sous un autre angle, celui de l'article 21 CO. Ce

²³ H. Deschenaux/P. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, quatrième édition, Berne 2001, n. 311

²⁴ ATF 95 II p. 57

n'est en effet qu'au regard de son contenu qu'un contrat peut être considéré comme contraire aux mœurs et non pas d'après les moyens qui restent à la disposition du débiteur pour accomplir ce contrat²⁵.

Les prétentions de droit privé qui résultent de l'atteinte aux intérêts personnels protégés par l'article 27 alinéa 2 CCS, sont incessibles, à l'exception des droits patrimoniaux.

dd) « Une clause pénale statutaire de nature à exercer une contrainte sur les membres d'une association et à les empêcher directement d'exercer un droit légitime devrait être déclarée nulle au regard de l'article 27 alinéa 2 CCS »²⁶. Mais ce cas de nullité ne saurait être facilement admis eu égard notamment aux exigences de la bonne foi, ce que démontre assez la solution quelque peu archaïque de l'arrêt dans lequel cet *obiter dictum* a été émis. De manière générale, une clause statutaire restreignant la liberté des membres d'une association ne viole les bonnes mœurs, au sens de l'article 27 CCS, que si elle restreint la liberté personnelle dans son essence même (*wenn sie betrifft den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person*)²⁷.

A titre d'exemple, la décision d'une association médicale de renoncer à dispenser les médicaments dans une région déterminée ne porte pas atteinte aux droits de la personnalité de ses membres²⁸. De même, une convention faisant aux employeurs affiliés à une fondation collective pour la prévoyance professionnelle, ^{d'interdiction} de résilier cette convention pendant dix ans ne franchit pas les limites de l'article 27 CCS²⁹.

En matière sportive, des dispositions statutaires permettant à un club de football, qui a résilié le contrat de travail d'un joueur, de refuser de lui délivrer

²⁵ ATF 84 II p. 27

²⁶ ATF 44 II 77 consid. 2.

²⁷ cf ATF 129 III p. 209, consid. 2.2

²⁸ ATF 104 II p. 6, spécialement consid. 3

la lettre de sortie sans laquelle il ne peut obtenir son transfert dans un autre club pour une durée de deux ans n'est en revanche pas compatible avec l'article 27 CCS puisqu'elle remet à la discrétion du club la décision concernant le transfert de ses joueurs dans une autre équipe³⁰. L'engagement d'un sportif de se soumettre d'emblée à toute sanction prononcée en dehors du cours du jeu par l'association à laquelle il appartient, n'a en tout cas pas, comme tel, été jugé négativement dans la jurisprudence citée, que ce soit celle du Tribunal fédéral³¹ ou celle des tribunaux des cantons³². Une lecture approfondie de cette dernière montre au contraire que seule la renonciation préalable à toute protection juridique a préoccupé les juges cantonaux sous l'angle de l'article 27 CCS.

c) La liberté économique

L'article 27 Cst. garantit la liberté économique, droit fondamental entendu comme le corollaire subjectif de la norme de comportement qui découle du principe général de la liberté économique inscrit dans l'article 94 Cst. C'est en d'autres termes l'instrument dont disposent les particuliers pour obtenir que l'action de l'État en matière économique respecte *in concreto* le régime du marché libre.

La garantie individuelle de la liberté économique - qui fut, jusqu'à une date récente, une particularité du droit constitutionnel suisse³³ - comporte notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et le libre exercice de celle-ci.

L'article 27 alinéa 2 CCS, dont on a vu qu'il concrétise au premier chef la liberté personnelle, tend aussi à concrétiser la liberté économique.

²⁹ ATF 120 V p. 209

³⁰ ATF 102 II p. 211, consid. 6

³¹ *passim* tout au long de la présente consultation

³² sous note 15 plus haut

d) Bref rappel de la pratique des droits fondamentaux

aa) En vertu des articles 35 et 36 Cst, les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique par toute personne qui assume une tâche de l'Etat. Les autorités doivent aussi veiller à ce que, dans la mesure où ils s'y prêtent, les droits fondamentaux soient aussi réalisés dans les relations privées. Les droits fondamentaux ne peuvent être limités par l'action de l'Etat, comme cela a déjà été dit plus haut, que sur la base d'une loi qui doit être d'autant plus claire et nette que la restriction étatique envisagée est grave. Cette restriction doit en outre se justifier par un intérêt public suffisant ou par la protection des droits fondamentaux d'autrui. En conformité du principe de la proportionnalité, une restriction des droits fondamentaux ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt public poursuivi.

bb) L'article 36 alinéa 4 Cst., qui déclare inviolable l'essence des droits fondamentaux (*ou leur noyau intangible*), est la limite absolue à l'action de l'Etat intervenant dans la sphère privée de la personne humaine ; passé cette limite, la liberté individuelle est intangible et l'action de l'Etat est par principe illicite quels que soient les motifs d'intérêt public sur lesquels elle prétend se fonder. Cette norme est sans doute plus une norme théorique d'identification de l'Etat fondé sur le droit qu'une borne effective aux interventions de la puissance publique dans un domaine déterminé. On ne peut néanmoins exclure que le concept qu'elle exprime ait une certaine portée dans le cadre de la présente consultation ; on le verra au chapitre de la protection de l'ordre public.

cc) L'article 5 Cst a élevé *expressis verbis* les principes de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité, modalités cardinales de la mise en œuvre des droits fondamentaux, au rang de principes de bases de l'activité de l'Etat régi par le droit.

Pour les besoins de la présente consultation, il suffit de rappeler sommairement le contenu du principe de la proportionnalité, généralement défini par les maximes d'aptitude (*ou d'adéquation*), de nécessité et de proportionnalité au sens étroit. En vertu de ces maximes qui s'appliquent cumulativement, une mesure restrictive des droits fondamentaux n'est admissible que si elle est propre à atteindre le but d'intérêt public recherché (aptitude ou adéquation), si aucune autre mesure moins incisive n'est propre à atteindre ce résultat (nécessité) et si elle ne va pas concrètement au-delà de ce qu'il faut pour cela (proportionnalité au sens étroit).

e) *Les similitudes pratiques, relatives, entre les modalités d'application de l'article 36 Cst. et celles de l'application de l'article 27 CCS*

aa) Les articles 10 et 27 Cst. sont là pour protéger les particuliers contre les atteintes que l'activité de l'État peut porter notamment à leur liberté d'aller et de venir et à leur liberté d'exercer une profession (*effet vertical des droits fondamentaux*). En l'occurrence, ce n'est pas à l'État qu'il est reproché de menacer ou de violer cette liberté par un acte législatif ou par une décision concrète. C'est à une association de droit privé que ce reproche est adressé.

Faute, dans le domaine traité, d'un *effet horizontal direct* des droits fondamentaux évoqués, les questions qui nous sont posées ne peuvent être utilement résolues que sous l'angle de l'article 27 alinéa 2 CCS.

bb) Mais cela n'est pas de nature à affaiblir en quoique ce soit les conclusions auxquelles nous parviendrons. Selon notre expérience personnelle, l'article 27 alinéa 2 CCS met en effet, à la disposition du juge de droit privé des mécanismes d'appréciation dont le fonctionnement est en pratique le même que celui que le droit constitutionnel met à la disposition du juge constitutionnel ou administratif statuant sous l'angle de la proportionnalité.

De la même manière que l'Etat ne peut restreindre les droits fondamentaux que par des mesures pondérées et seules propres à atteindre le but d'intérêt public recherché, les particuliers ne peuvent aliéner leur liberté par voie contractuelle que dans la mesure où l'économie du contrat l'exige et où cette restriction est proportionnée à ce besoin.

La similitude pratique va encore plus loin. De la même manière que l'article 36 alinéa 4 Cst interdit à l'Etat de toucher pour des raisons d'intérêt public plus ou moins légitime à l'essence des droits fondamentaux (noyau intangible), les particuliers ne peuvent aliéner leur liberté par voie contractuelle ou par voie statutaire de manière contraire aux mœurs, ou, si l'on veut parler de manière quelque peu insolite, de façon intolérable pour tout sujet de droit raisonnable.

f) *La conformité de l'article 10.2 du Code aux droits fondamentaux et à la norme de concrétisation de l'article 27 alinéa 2 Cst. sous l'angle d'un libre examen*

La seule question qui se pose sous ce titre est au fond celle de savoir si le régime de sanction pour première violation, institué à l'article 10.2 du Code, respecte le principe de la proportionnalité appliqué, selon les conceptions suisses, dans l'un des contextes juridiques qui viennent d'être décrits.

aa) Il est évident que ce régime est particulièrement rigoureux et nous avons de la peine à suivre l'appréciation nuancée qu'en a donnée le Tribunal fédéral dans son arrêt du 31 mars 1999 déjà cité³⁴. Une peine de deux ans de suspension appliquée à un sportif *amateur* est peut-être bénigne dans la mesure d'une part où il lui demeure loisible de pratiquer son sport individuellement ou en groupes librement constitués, et d'autre part où la suspension ne le prive pas de la possibilité de conserver son niveau ou de l'améliorer de la sorte. Il en va bien autrement pour un sportif *professionnel*. Une suspension de deux ans signifiera très souvent - en tout cas dans les sports où les performances nationales et

³⁴ consid. 3 c avant-dernière phrase.

internationales progressent régulièrement - la fin de sa carrière ou tout du moins un recul dans les classements qu'il lui sera difficile de rattraper faute d'avoir pu se mesurer véritablement à ses compétiteurs les plus doués pendant toute la période de suspension. Elle se résout concrètement en un « *Berufsverbot* » et c'est toujours – dans de telles circonstances - une atteinte grave ou sérieuse, voire irréparable, à la liberté économique.

La sanction intervient dès qu'une substance interdite est découverte dans l'organisme du sportif concerné. Cette responsabilité objective est assortie de la possibilité d'apporter *une preuve libératoire*.

La sanction est fixe (2 ans en cas de première violation), qui est infligée au sportif se trouvant dans l'incapacité de démontrer qu'il n'a pas commis de faute ou que sa faute n'est pas significative; la sanction minimale en cas de faute non significative est également fixe quelles que soient la situation personnelle de l'athlète et les circonstances personnelles qui ont entouré la commission de son acte.

C'est inhabituel. L'introduction de « *plus ou moins de rigueur* » dans l'application des peines (i.e. *la mesure de la peine*) au regard des éléments subjectifs des infractions, n'est certes pas allée de soi dans les premières codifications du droit pénal ; *Beccaria* lui-même n'y voyait pas un point décisif des réformes qu'il préconisait³⁵. Mais, depuis ce temps lointain, l'individualisation de la peine est devenue l'un des champs d'application « classiques » du principe de la proportionnalité. On a vu plus haut que cela vaut tant pour des sanctions disciplinaires, du genre de celles que nous examinons, que pour les sanctions pénales³⁶.

³⁵ Voir ses réflexions sur la pure objectivité de la fixation des peines au § XXIV de son fameux traité *Dei delitti e delle pene* ; on sait que le premier code pénal français adopté en septembre/octobre 1791, qui reprenait intégralement le modèle de *Beccaria*, s'est avéré inapplicable notamment à cause de cette imperfection.

³⁶ Puisqu'on évoque les fondements théoriques du droit contemporain, disons d'emblée ici que la proportionnalité est devenue un concept universel applicable à tous les domaines du droit ; son contenu

bb) Il sied toutefois de souligner que ce régime qui, s'il résultait d'une réglementation étatique, devrait être tenu pour susceptible de porter une atteinte grave aux droits fondamentaux, a été adopté dans un contexte universel où sa mise en place s'est avérée indispensable, non seulement aux yeux des organismes collectifs ou dirigeants des divers sports de compétition mais aussi aux yeux des sportifs eux-mêmes, soucieux de préserver leur profession. Or, le fait que les sanctions figurent dans un document associatif qui a fait l'objet d'un large consensus et qui est annexé à une convention interétatique mondiale, n'est pas insignifiant. Il veut dire que le sportif qui adhère à une fédération signataire, sait avec précision à quoi il s'engage et qu'il accepte délibérément l'éventualité d'une sanction abrupte, cela à l'instar d'une multitude de ses collègues. Il signifie aussi que le « monde sportif », dont la longue expérience *globale* ne saurait être ignorée ou mise au second plan par une formation arbitrale ou par une autorité judiciaire de contrôle, est arrivé à la conclusion que le régime discuté était apte et nécessaire à l'éradication du dopage. L'aptitude et la nécessité de la règle évaluée ne sont donc guère contestables.

La question de *la proportionnalité proprement dite* est plus délicate sous l'angle du libre examen que nous opérons présentement. Ne serait-il pas possible dans certains cas exceptionnels d'atténuer la sanction en deçà de la limite ultime d'une année pour tenir compte de la situation personnelle du contrevenant comme devrait le faire un juge pénal ?

Cette perspective est séduisante. Mais elle ne tient pas compte de plusieurs facteurs. Le but du Code est l'éradication totale du dopage dont il est dit qu'il pourrait être fatal pour l'avenir des grandes compétitions sportives. Même si la dissuasion ne justifie pas tous les moyens, le régime répressif, qui assume aussi

essentiel est partout le même dans la mesure où ce principe gouverne la pratique des droits fondamentaux, voir par exemple les arrêts de la Cour européenne de justice rendus dans les affaires de Peijper de 1976 ou Olzabal de 2002, dans Recueil p.613 points 16 à 18 ; p. I-10981, point 43.

un rôle de prévention générale, doit être à la mesure des enjeux³⁷. Si les sportifs eux-mêmes estiment avec raison ce régime adéquat et nécessaire il n'y a plus guère de place pour sa critique sous l'angle de la proportionnalité proprement dite concrétisée en définitive par l'article 27 CCS. L'adhésion des sportifs s'explique parce qu'une solution plus personnalisée aboutirait, selon le cours ordinaire des choses, à créer des disparités de traitement entre les coupables disposant de moyens de défense puissants et ceux qui n'en disposent pas, et aussi parce qu'une mesure disciplinaire lourde du type de celle prévue à l'article 10 alinéa 2 du Code n'emporte pas la réprobation sociale qu'emporte une condamnation pénale. Au demeurant, rien n'exclut que la marginalisation du phénomène du dopage, qui est le but recherché, ne conduise un jour les organes sportifs à modifier le régime des sanctions de l'article 10.2.

cc) L'acceptation préalable et raisonnée du sportif est ainsi primordiale dans notre appréciation. Certes, nous ne saurions ignorer que l'athlète professionnel n'a guère de liberté de choix au moment où, pour entrer dans la carrière, il requiert une licence et demande son adhésion à une fédération. Mais le consentement qu'il donne à ce moment-là doit être tenu pour un *consentement éclairé* si l'on veut utiliser ici une terminologie propre au droit des actes médicaux³⁸, auquel il ne serait guère concevable de se référer pour le surplus même par analogie. Si l'on peut qualifier, en ce sens, de consentement éclairé l'acceptation préalable par l'athlète des sanctions de l'article 10.2 du Code, c'est parce que cette personne accepte de devenir un athlète professionnel et que, pour accéder à cette haute qualité publique, il accepte naturellement les « règles du jeu » du monde dans lequel il entre, dont l'une des plus essentielles est le franc-jeu – expression pratique des principes de la *fairness* et de l'égalité de traitement - qui postule de façon impérieuse l'abstention du recours à des substances propres à fausser les résultats. Les intérêts d'un athlète loyal ne peuvent que coïncider dès ce moment-là avec ceux de l'association qui va lui

³⁷ On se référera à nouveau à l'excellent arrêt du TAS rendu le 20 juillet 2005 dans l'affaire du « skieur autrichien » et tout particulièrement à sa motivation du consid. 7.5 (spéc.7.5.4)

³⁸ cf ATF 114 Ia 355 consid. 4-7 ; 117 Ib 200 consid. 2a ; 119 II 458 consid. 2.

offrir les moyens de faire valoir son talent ... et finalement d'en vivre. C'est une règle d'éthique qui s'impose à lui dans un monde dont la solidarité professionnelle ne saurait être absente. Dans ce contexte associatif, il n'y a donc pas de place pour une exigence identique à celle que l'ordre constitutionnel impose à l'Etat pour restreindre la liberté personnelle ou la liberté économique.

Ne seraient évidemment pas admissibles, en revanche, malgré l'acceptation préalable de l'athlète, des normes associatives qui pourraient se comparer à des mesures étatiques portant atteinte à *l'essence* de ces droits fondamentaux, telles des sanctions revêtant un caractère afflictif ou infamant selon la perception de l'ensemble de la société. Mais l'expérience montre que ce n'est pas le cas des mesures de suspension infligées à des sportifs professionnels pour des raisons du type de celles à la base de Code.

dd) Notre attention a été attirée par un point *apparemment* équivoque de l'avis de droit cité plus haut. Il y est dit que le régime des articles 10.2 et 10.5 du Code pourrait être incompatible avec les droits fondamentaux dans des circonstances de fait particulières, par exemple lorsqu'un sportif a absorbé un produit dopant en se fiant à l'étiquette erronée d'un produit parfaitement licite (chiffres 168 et 169). Cette crainte est infondée. En obtenant sa licence et en entrant dans une fédération ou association, un sportif sait qu'il doit constamment faire preuve d'une attention extrême pour éviter d'être « piégé » de la sorte. S'il démontre que cette attention requise et acceptée a été prise en défaut et si de surcroît la nature du produit permet de penser de manière sérieuse que les effets de l'absorption n'étaient pas perceptibles pour lui en cours de compétition, il bénéficiera - par le biais procédural de l'article 10.2 alinéa 2 - des solutions libératoires ou modératrices de l'article 10.5.

ee) Du point de vue des droits fondamentaux et des principes généraux du droit suisse autonome, c'est en définitive - dans le contexte que nous venons de décrire - l'aménagement pratique des droits de défense du sportif mis en cause

qui est déterminant³⁹. Nous avons dit que cet aménagement n'est pas en cause ; il ne semble pas que l'article 10 du Code « pose problème » à cet égard car il est au moins susceptible d'être appliqué conformément aux exigences que nous avons rappelées.

ff) Sous l'angle d'un libre examen, l'expert arrive à la conclusion que le régime des sanctions institué à l'article 10.2 du Code n'est ni disproportionné au regard soit de la liberté personnelle soit de la liberté économique ni contraire aux droits de la personnalité protégés par l'article 27 CCS.

4. L'étendue des moyens de défense à la disposition des personnes dont une sanction fondée sur l'article 10.2. du Code et sa confirmation par des arbitres lèseraient les intérêts juridiquement protégés par ces droits et principes du droit suisse autonome, et la définition en droit suisse des concepts de l'arbitraire et de l'ordre public

- a) *Le recours (appellatoire) à un tribunal arbitral*

aa) L'appel ordinaire au Tribunal arbitral du sport (TAS)

Les fédérations sportives internationales ont choisi de soumettre à l'arbitrage du *Tribunal arbitral du sport* (TAS) les décisions qu'elles prennent en matière de dopage.

Le TAS, dont le siège est à Lausanne a été institué le 30 juin 1984 pour résoudre les litiges relatifs au sport. Il n'a pas de personnalité juridique. Son organisation a fait l'objet d'une importante réforme en 1994, dans le but essentiel de garantir au mieux son indépendance. A cette date a été créé le

³⁹ voir notamment le contrôle des sentences arbitrales internationales du TAS par le Tribunal fédéral sous l'angle des griefs procéduraux admissibles selon l'article 190 LDIP et sous l'angle l'ordre public *procédural* dans les arrêts non publiés « des cyclistes italiens » du 20 juin 2000, du « footballeur portugais » du 11 juin 2001 consid. 2 d.

Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS), qui est une fondation suisse de droit privé au sens des articles 80 et suivants CCS et est partant doté de la personnalité juridique. Cette institution, qui a également son siège à Lausanne, a pour mission de favoriser les règlements des litiges en matière de sport par la voie de l'arbitrage ou de la médiation et de sauvegarder l'indépendance du TAS et les droits des parties. Elle assure l'administration et le financement du TAS.

Le TAS met en œuvre des *formations*, composées de ses membres, qui sont chargées de trancher les litiges survenant dans le domaine du sport. Le Tribunal fédéral a admis que ces formations pouvaient être considérées comme de véritables tribunaux arbitraux lorsque le TAS est institué par une association sportive internationale comme instance de recours chargée d'examiner la validité des sanctions prononcées par les organes de celle-ci⁴⁰.

Le 22 novembre 1994 est entré en vigueur un statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport, élaboré par le CIAS conjointement à un règlement de procédure qui fait partie intégrante du statut. Son texte est généralement connu sous l'appellation de *Code de l'arbitrage en matière de sport* (ci-après : **le Code de l'arbitrage**). En vertu de l'article R 59 alinéa 4 du Code de l'arbitrage, les sentences du TAS ne sont susceptibles d'aucun recours dans la mesure où les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse et ont expressément renoncé au recours dans la convention d'arbitrage ou dans un accord écrit conclu ultérieurement, notamment en début de procédure.

Lorsque tel n'est pas le cas, les sentences du TAS peuvent être déférées au Tribunal fédéral suisse par la voie du recours de droit public, à la double condition que ce prononcé soit effectivement une sentence arbitrale internationale, au sens des articles 176 et suivants LDIP, et qu'il porte sur des

⁴⁰ ATF 119 II p. 271 consid. 3b ; 129 III p. 445 consid. 3.2.

points de droit, en d'autres termes qu'il n'ait pas pour unique objet des règles du jeu dont on a vu que l'application échappe en principe à tout contrôle juridique⁴¹. On rappellera que l'article 176 LDIP qui définit le champ d'application de cette loi sur la base de critères déterminés d'extranéité, stipule que ses dispositions s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.

En vertu de l'article R 58 du Code de l'arbitrage, la formation d'arbitres saisie d'un recours contre une sanction adoptée à l'encontre d'un sportif par une fédération qui en reconnaît la juridiction, statue selon les règlements applicables et selon les règles de droit choisies par les parties. Lorsque les parties n'ont pas choisi les règles de droit applicables, les arbitres statuent selon le droit du pays dans lequel l'organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit dont les arbitres estiment l'application appropriée. Cela signifie qu'à défaut d'une élection de droit par les parties, les arbitres statuent dans de nombreux cas selon le droit suisse puisque, comme la mandante le souligne, un grand nombre de fédérations sportives internationales ont leur siège en Suisse.

bb) Le recours à des tribunaux arbitraux institués ad hoc selon l'article 13.2.2 du Code ou au TAS agissant comme arbitre « national »

Il n'est pas exclu que, dans des circonstances données, des associations sportives recourent à des arbitrages *ad hoc* dont la procédure serait régie par le Concordat sur l'arbitrage cité plus haut, ou que ce concordat doive être appliqué par le TAS lui-même agissant comme arbitre « national ».

⁴¹ ATF 103 I a p. 410 ; 108 II p. 15 ; 118 II p. 15 consid. 2 ; 119 II p. 271, consid. 3.

L'article 1 alinéa 1 CIA s'applique à toute procédure par devant un tribunal arbitral dont le siège se trouve sur le territoire de l'un des cantons concordataires. L'article 31 alinéa 3 CIA stipule que le tribunal arbitral statue selon les règles du droit applicable, à moins que les parties ne l'aient autorisé dans la convention d'arbitrage à statuer selon l'équité. Pour les besoins de la présente consultation il serait vain de s'attarder sur le concept de l'équité. Il suffit de constater que la légalité des sanctions rendues par les fédérations sportives en application de l'article 10.2 du Code antidopage pourraient être, le cas échéant, examinée à la lumière du droit suisse et des principes généraux qui sont à sa base.

b) *Le recours ultérieur (cassatoire) au Tribunal fédéral suisse (recours de droit public)*

Les sentences du TAS ou des tribunaux arbitraux *ad hoc* saisis de recours contre des sanctions disciplinaires associatives prononcées sur la base de l'article 10.2 du Code antidopage, peuvent elles-mêmes être déférées au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public.

aa) Remarque liminaire sur le recours de droit public en matière d'arbitrage

Cette voie de droit n'est examinée ci-après que dans la mesure où elle permet le contrôle *matériel* de la sentence par le Tribunal fédéral.

Le recours de droit public contre une sentence arbitrale est un recours *sui generis* dans toute la mesure où les griefs invoqués sont strictement limités soit par le CIA pour les sentences concordataires (contrôle de sentences « nationales »), soit par la loi sur le droit international privé (contrôle de sentences « internationales »).

Pour le surplus ce recours de droit public doit répondre aux conditions de recevabilité posées pour *les recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des citoyens* au sens des articles 84 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943⁴². L'expert n'évoquera à ce propos, *in fine*, que la question de la qualité pour recourir (la légitimation active).

bb) La contestation d'une sentence rendue par un arbitre « national »

α) La sentence « nationale » qui émane d'un tribunal arbitral *ad hoc* peut être attaquée en nullité devant le tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire du canton où se trouve le siège de l'arbitrage (généralement appelé *Tribunal cantonal*). Cette autorité de recours ne peut contrôler la validité matérielle de la sentence que sous l'angle de l'article 36 *lettre f* CIA, c'est à dire sous l'angle de l'arbitraire⁴³. Elle n'intervient donc que si la sentence critiquée repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou si elle constitue une violation évidente du droit et de l'équité. Hormis les questions de fait et d'équité qui n'entrent pas en ligne de compte dans la présente consultation, le recours cantonal fondé sur l'article 36 *lettre f* CIA contre la sentence d'un tribunal arbitral *ad hoc* saisi lui-même d'un recours appellatoire contre une décision de suspension rendue sur la base de l'article 10.2 du Code antidopage, ne peut donc porter sur la validité matérielle de cette sentence mais seulement sur la question de savoir si elle est arbitraire. S'agissant de l'application du droit, elle ne sera donc annulée que pour violation grossière du droit ou pour interprétation manifestement insoutenable d'une norme. Le concept de l'arbitraire au sens de l'article 36 *lettre f* CIA est en effet le même que celui de l'article 4 de l'ancienne Constitution fédérale et de l'article 9 de la Constitution actuelle⁴⁴.

⁴² OJ ; RS 173.110

⁴³ voir entre autres à ce propos l'ouvrage général de P. Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, pages 506 et suivantes

⁴⁴ ATF 115 II p. 103 consid 2.

β) L'arrêt de l'autorité cantonale supérieure peut lui-même être attaqué devant le Tribunal fédéral non pas par la voie d'un recours en nullité au sens des articles 68 et suivants OJ, mais par la voie d'un recours de droit public⁴⁵. Ce recours est pratiquement dénué de chances de succès au regard de la restriction d'examen que s'impose le Tribunal fédéral. L'expert se borne à renvoyer à l'analyse qu'il a faite lui-même de ce pouvoir d'examen⁴⁶, analyse qui semble avoir un peu contribué à l'élaboration de la jurisprudence actuelle sur cette question⁴⁷.

cc) La contestation d'une sentence arbitrale « internationale »

Si une sentence « internationale » émane du Tribunal arbitral du sport, le Tribunal fédéral opérera ce contrôle sous l'angle de l'article 190 alinéa 2 *lettre e* LDIP aux termes duquel la sentence peut être attaquée lorsqu'elle est incompatible avec l'ordre public.

dd) La qualité pour attaquer une sentence devant le Tribunal fédéral

Avant de passer à l'examen des concepts de l'arbitraire et de l'ordre public, il sied de rappeler que la qualité (la légitimation active) pour agir devant le Tribunal fédéral par la voie d'un recours de droit public se détermine exclusivement sur la base de l'article 88 OJ.

Le recours de droit public ouvrant une procédure nouvelle formellement indépendante de la procédure inférieure, il ne suffit pas toujours que le recourant ait eu la qualité pour agir dans cette procédure pour qu'il faille la lui reconnaître devant le Tribunal fédéral. Il faut, et cela vaut aussi pour les recours

⁴⁵ ATF 119 II p. 190.

⁴⁶ C. Rouiller, La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'État, dans *Revue de droit suisse* 1987 II p. 365 à 368

⁴⁷ cf P. Lalive, J.R. Poudret et C. Raymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, p. 207

contre les sentences arbitrales⁴⁸, que le recourant soit directement touché par la décision attaquée dans un intérêt personnel, actuel, matériel et juridique.

Sous cet angle, il va de soi que les sentences arbitrales confirmant ou infirmant une sanction fondée sur l'article 10.2 du Code antidopage, peuvent être entreprises par la voie du recours de droit public soit par le sportif dont la condamnation a été confirmée, soit par la fédération ou organisation dont la décision répressive a été annulée ou modifiée. Telle est la solution pour la recevabilité des recours de droit public formés contre des jugements civils ayant pour objet des sanctions ou des mesures d'exclusion associatives. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment lorsqu'un jugement portant sur un tel objet est rendu par un tribunal arbitral. La question de savoir si l'AMA peut aussi recourir, dans la mesure où elle a été partie à la procédure arbitrale aux côtés d'une association ou fédération, doit à notre avis être résolue de la même manière, et il n'y a pas lieu d'approfondir ici cette question.

ee) Le concept de l'arbitraire au sens de l'article 36 lettre f CIA

L'interdiction de l'arbitraire est une norme de comportement général ; elle s'impose *implicitement* à tous les détenteurs du pouvoir. *La protection contre l'arbitraire* est le droit fondamental, garanti *expressément* par la constitution à tout citoyen, administré ou justiciable, lésé par une violation de cette norme de comportement général. Ces notions sont trop connues dans le monde juridique suisse et, depuis quelques décennies, aussi dans les autres ordres juridiques continentaux⁴⁹ pour que l'expert s'y attarde. On rappellera seulement qu'une décision est arbitraire quand elle est manifestement insoutenable, c'est-à-dire quand elle est en contradiction évidente avec la situation effective, viole grossièrement une norme ou un principe juridique clair et incontesté ou choque

en haut
⁴⁸ Myriam Gehri *Die Anfechtung internationaler Schiedssprüche nach IRP – eine Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, publié dans *Internationales Zivilprozess-und Verfahrensrecht* IV, p. 81, ch. 3

le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire n'est pas l'illégalité ; c'est une illégalité qualifiée. Est arbitraire une interprétation contraire au texte clair d'une loi qui n'est susceptible que d'une seule interprétation *raisonnable*, de même qu'une interprétation conforme au texte clair d'une loi si le résultat auquel elle aboutit est manifestement contraire au sens et au but de ce texte. N'est en revanche pas arbitraire une interprétation *admissible* d'un texte légal, même si cette interprétation n'est de loin pas la plus judicieuse.

En tant qu'elle réprime les violations choquantes du sentiment de la justice et de l'équité, la protection contre l'arbitraire se réfère à des notions du droit naturel dans lequel ce droit fondamental plonge ses racines. A s'en tenir au cadre de la présente consultation, on peut dire de façon triviale et lapidaire qu'une solution n'est pas arbitraire pour la seule raison qu'elle est fautive ou injuste, mais seulement si son caractère fallacieux ou l'injustice qu'elle génère sont absolument insupportables pour tout administré ou justiciable doté d'une sensibilité normale⁵⁰.

ff) Le concept de l'ordre public au sens de l'article 190 alinéa 2 lettre e LDIP

Le concept de l'ordre public est dans la théorie du droit une des notions les plus larges et les plus imprécises⁵¹.

a) Elle recouvre en premier lieu ce qu'il est convenu d'appeler *l'ordre public international* qui est la somme des normes impératives du droit international général, le *jus cogens*, définit à l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin

⁴⁹ cf par exemple le *Willkürbegriff* du droit allemand et le *détournement de pouvoir* du droit français.

⁵⁰ Pour le surplus nous renvoyons à propos du concept de l'arbitraire au papier que nous avons fait paraître dans l'ouvrage collectif publié à l'occasion de l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, *Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht...* p. 677 ss § 42.

⁵¹ Voir aussi, pour cette notion, les ouvrages généraux de T. Rüede/ R. Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht : nach Konkordat und IRPG*, zweite Auflage, pages 373 et suivantes ; J.F Poudret/S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage*, pages 809-819.

1990⁵². Selon cette disposition, relèvent du *jus cogens* les normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère⁵³. L'article 64 de la Convention de Vienne ajoute que, si une nouvelle norme du *jus cogens* survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

Nous ne sommes pas à même de mesurer les effets concrets ou globaux de ces clauses sur la pratique des tribunaux internationaux, mais il n'est pas douteux qu'elles expriment de manière utile une hiérarchie des sources du droit international⁵⁴. On se bornera à citer à cet endroit certaines normes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, comme celles qui interdisent l'esclavage, la servitude, la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou encore celles qui conditionnent la répression des délits par l'existence d'une base légale en vigueur au moment de leur commission⁵⁵, normes auxquelles aucune dérogation n'est (ou ne devrait être !) possible même en cas de guerre ou de danger public exceptionnel.

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, la notion de *jus cogens* ne semble pas vraiment jouer un rôle majeur ; elle a cependant été utilisée

⁵² RS.0.111.

⁵³ On voit que le *jus cogens* n'a rien à voir avec l'ordre public que réserve entre autre, le droit communautaire européen par exemple à l'article 2 paragraphe 1 de la directive 64/221 ; cet ordre public justifie en effet de déroger aux droits individuels pour sauvegarder l'intérêt public essentiel des Etats ; voir *Ali Kizildag, Les mesures restrictives justifiées par l'ordre public en droit communautaire et en droit suisse, dans RDAF 2004 469 et suivantes, spécialement 474-478* ; l'ordre public que nous tentons de définir ici contient des normes qui protègent les individus (justiciables) contre l'exécution d'un jugement étranger ou qui permet aux individus (justiciables) de contester dans un recours national la validité d'une sentence internationale, justement en invoquant notamment leurs droits fondamentaux.

⁵⁴ Jean François Aubert, Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des source du droit international, dans *Annuaire suisse de droit international (ASDI, vol. IVVI/1989, p. 17* ; l'auteur se réfère, par analogie, à la hiérarchie entre le droit constitutionnel interne – qui garantit les droits fondamentaux impératifs – et le droit législatif.

⁵⁵ articles 3 et 7 CEDH, articles 7 et 15 du Pacte.

effectivement par exemple pour accorder à la personne recherchée par un État, auquel la Suisse était liée par un traité bilatéral, la « *protection élargie* » prévue à l'article 3 chiffre 2 de la Convention européenne d'extradition conclue à Strasbourg le 17 mars 1978⁵⁶.

β) Pour tenter de donner une définition approximative de l'ordre public au sens différent que lui donne l'article 190 alinéa 2 *lettre e* LDIP, il faut en premier lieu constater que cette notion a été introduite dans la loi pour marquer que le contrôle de la validité matérielle d'une sentence arbitrale internationale par le Tribunal fédéral était encore plus limité que le contrôle des sentences arbitrales « nationales » qu'il opère sous l'angle déjà fort étroit de l'arbitraire alors prohibé par l'article 4 aCst et aujourd'hui par l'article 9 Cst. Cet ordre public n'est pas l'ordre public international mais l'ordre public suisse ou plus précisément *l'ordre public suisse en matière internationale* auquel renvoient les clauses réservataires contenues notamment aux articles 1 *lettre e* de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁵⁷, 5 alinéa 2 *lettre b* de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁵⁸ et 27 alinéa 1 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁵⁹. Toutes ces normes parlent de *l'ordre public de l'État requis* et la première assimile à cette notion les « *principes du droit public du pays où [la sentence arbitrale] est invoquée* ». C'est bien à cette notion du droit des gens que se réfère l'article 190 alinéa 2 *lettre e* LDIP⁶⁰. Selon la doctrine, la réserve de l'ordre public suisse en matière internationale doit permettre de ne pas accorder de protection judiciaire à des situations qui heurtent de manière

⁵⁶ RS 0.353.1

⁵⁷ RS 0.257.111

⁵⁸ RS 0.277.12

⁵⁹ RS 0.275.11

⁶⁰ cf Lalive P. 427 – 432 ; M. Gehri, *op. cit.*, p. 78 et 99 ss; Bernard Corboz, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international, dans *Semaine judiciaire*, vol. 124/2002, p. 25 à 28 ; H. P. Walter, Praktische Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde gegen internationale Schiedsentscheide (article 190 IRPG), dans *Bulletin ASA*, vol. 19/2001, p. 19/20; T. Rüede/R. Hadenfeldt.

choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique de l'Etat régi par le droit. La concrétisation par le Tribunal fédéral de ce concept (des plus indéterminés ou des plus flous !) ne peut se faire qu'après une prise en compte objective de l'éventualité que la sentence soit examinée par une autorité d'exécution à la lumière du droit du pays où cette exécution aura lieu ; des règles de droit divergentes de celles du droit suisse autonome peuvent y dominer, la Suisse n'ayant pas à imposer ses conceptions juridiques au monde entier⁶¹. **La réserve de l'ordre public ne peut donc viser que des valeurs de base très largement reconnues dans le droit des pays démocratiques.**

γ) La jurisprudence distingue entre l'ordre public procédural et l'ordre public matériel. *L'ordre public procédural* se rapporte aux principes fondamentaux du droit de procédure en tant qu'ils garantissent aux parties le droit à un jugement indépendant et impartial sur les conclusions et l'état de faits soumis au tribunal (principes de la *fairness* et du procès équitable), Une sentence arbitrale transgresse l'ordre public procédural lorsque la procédure qui a conduit à son prononcé contredit de manière insupportable le sentiment de la justice, de telle sorte que la sentence apparaît incompatible avec les valeurs essentielles que reconnaît l'Etat régi par le droit⁶². *L'ordre public matériel* se rapporte à des principes juridiques fondamentaux du droit de fond, tels – ce sont les exemples cités de toute ancienneté dans la jurisprudence - la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, *la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices*, ainsi que la protection des personnes civilement incapables. Une sentence arbitrale transgresse l'ordre public matériel lorsque son résultat viole de tels principes au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique de la Suisse et le système de valeurs sur lequel se fonde cet ordre juridique⁶³.

⁶¹ ATF 125 III p. 447 ss, consid. 3 d ; 126 III p. 538, consid. 2 c ; 128 III p. 198, consid. 6 b.

⁶² ATF 126 III 249 consid. 3 b ; 128 III 194 consid. 6b.

⁶³ ATF 120 II 155 consid. 6 a ; 128 III 194 consid. 4a..

δ) Les articles 17 (*réserve de l'ordre public suisse*) et 18 (*application de dispositions impératives du droit suisse*) LDIP établissent en outre une distinction subtile entre *l'ordre public négatif* et *l'ordre public positif*. La réserve de l'ordre public suisse émise à l'article 17 LDIP constitue une limite générale à la théorie de l'incorporation consacrée à l'article 154 alinéa 1 de cette loi. Cette réserve dite négative permet au juge de ne pas appliquer exceptionnellement une norme du droit matériel étranger qui aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse (*ordre public négatif*)⁶⁴. L'article 18 LDIP touche à l'aspect positif de l'ordre public en réservant les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quelque soit le droit désigné comme applicable à la cause. Les lois d'application immédiate sont en règle générale des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique (*ordre public positif ou formateur*)⁶⁵. Dans l'arrêt 120 II 155 cité, le Tribunal fédéral a souligné que l'ordre public, au sens de l'article 190 alinéa 2 *lettre e* LDIP ne constitue qu'une simple clause de réserve ou d'incompatibilité, ce qui signifie qu'il a uniquement une fonction protectrice (*ordre public négatif*) et qu'il ne sortit (*sic*) aucun effet normatif sur les rapports juridiques litigieux (*ordre public positif*). Telle est la raison pour laquelle, dans l'arrêt « des nageurs chinois » qui est décisif pour l'issue de la présente consultation, le Tribunal fédéral parle exclusivement à son considérant *c* de la protection par la clause de l'ordre public négatif de l'article 190 alinéa 2 *lettre e* LDIP.

ε) Dans son article cité plus haut, l'ancien juge fédéral Walter émet trois remarques importantes pour définir la portée pratique de l'ordre public matériel, ainsi entendu comme ordre public négatif :

- *une sentence arbitrale n'est condamnable sous l'angle de l'article 190 alinéa 2 lettre e LDIP que si son résultat et non seulement sa motivation*

⁶⁴ ATF 120 II p. 155 consid. 6.

⁶⁵ ATF 117 II p. 494 consid. 7 ; 128 III p. 201 consid. 1.

sont contraires à l'ordre public (ATF 116 II p. 534 consid 4 b ; 120 II p. 155 consid. 6 c/cc) ;

- *la réserve de l'ordre public ne joue qu'un rôle défensif (Abwehrfunktion), ce qui signifie que sa violation par un tribunal arbitral international a pour seule conséquence le rejet de sa sentence mais non pas la substitution ou le remplacement de celle-ci par une solution positive elle-même compatible avec l'ordre public (« als defensive Norm in diesem Sinne ist er den Parteien bloss Schild, nicht aber Lanze »)⁶⁶ ;*
- *seule est incompatible avec l'ordre public une sentence qui viole le droit suisse qualitativement et de manière insupportable.*

Cette dernière remarque établit bien la distinction qu'il faut faire entre le concept de l'arbitraire dans l'application du droit et le concept de l'incompatibilité avec l'ordre public. Appelé à dire si une sentence est ou non compatible avec l'ordre public, le Tribunal fédéral n'a pas à se poser la question de savoir si le tribunal arbitral a appliqué le droit pertinent de façon juste ou injuste, voire de façon manifestement ou grossièrement fausse ; il doit simplement dire si la solution juridique retenue dans la sentence entreprise est supportable du point de vue des normes fondamentales du droit suisse qui devraient normalement, selon une appréciation purement objective, être reconnues sur le plan international. C'est dire l'étroitesse du grief matériel qui peut être élevé par une partie à une procédure arbitrale sous l'angle de l'article 190 alinéa 2 lettre e LDIP.

c) *La conséquence en l'espèce des limites du contrôle matériel des sentences arbitrales par le Tribunal fédéral suisse*

aa) Nous avons vu que l'article 10.2 du Code résistait à un examen libre de sa compatibilité avec les droits fondamentaux et les principes généraux du droit suisse. Voulût-on contester cette opinion, il faudrait constater que la sanction de deux années de suspension infligée à un sportif en application de cette norme associative ne serait ni arbitraire (si elle était confirmée par un arbitre « national » appliquant le droit suisse) ni contraire à l'ordre public (si elle était

⁶⁶ ATF 120 II p. 155 consid 6 a ; 121 III p. 331 consid. 3 a ; 126 III p. 249 consid 3 b

confirmée par un arbitre « international » appliquant le droit international ou le droit suisse).

Une norme répressive adoptée dans le domaine étudié serait sans doute arbitraire voire contraire à l'ordre public si elle portait atteinte à l'essence (au noyau intangible) des droits fondamentaux et violait, avec une intensité équivalente à une telle atteinte, les droits de la personnalité tels qu'ils sont protégés par l'article 27 CCS.

Le principe de la proportionnalité (dont le Tribunal fédéral n'examine la violation que sous l'angle de l'arbitraire quand il est invoqué *isolément*⁶⁷ contre une décision étatique) n'est du reste pas *en soi* une norme d'ordre public. Ainsi une condamnation trop lourde ne sera en principe pas contraire à l'ordre public ; elle ne le sera que si elle dépasse la borne ultime qu'on vient de poser.

bb) Les limites que l'article 10.2 du Code apporte à la liberté d'examen de l'organe compétent pour sanctionner les actes de dopage ont été librement consenties par la communauté sportive. Ce régime de sanction est en outre accepté délibérément par chaque sportif au moment où il obtient sa licence. Cet engagement personnel n'est en tout cas pas contraire à l'ordre public même s'il peut toucher très sérieusement la personne condamnée, dans sa sphère privée; il est d'ailleurs – on l'a vu – compatible avec la norme protectrice de l'article 27 CCS.

L'intérêt public à sauvegarder impose la solution rigoureuse d'une sanction à la fixité relativement atténuée. L'institution d'autres moyens de libération et d'atténuation que ceux prévus par le Code, ou la prise en considération de circonstances personnelles générales (*la situation familiale du sportif par exemple*) ou de circonstances personnelles et occasionnelles particulières (« *j'ai fait cela parce que je voulais fêter la naissance de mon fils par une victoire* »)

⁶⁷ c'est à dire seul et non pas comme une modalité de restriction d'une liberté individuelle déterminée.

compromettrait l'accomplissement de la mission de l'AMA dont la légitimité est reconnue sur le plan interétatique ; elle conduirait de toute façon à de graves discriminations selon les moyens respectifs des sportifs impliqués.

cc) Cela présuppose naturellement que les droits de défense du sportif soient pleinement respectés, c'est-à-dire *d'une part* qu'il puisse tenter librement de se prévaloir de la clause libératoire de l'article 10.2 alinéa 2 du Code et de fournir des éléments propres à fonder la conviction que son comportement justifie une sanction atténuée selon l'article 10.5 du Code, *et d'autre part* qu'il puisse déférer sans réserve la décision punitive à un arbitre indépendant et impartial à l'égard de toutes les parties.

IV. REPONSE

La présente réponse doit être lue en corrélation étroite avec l'ensemble de la motivation développée ci-dessus sous chiffres III et IV.

a) En dépit de sa rigueur, le régime de la sanction fixe de deux années de suspension, applicable - *sous les seules réserves de la preuve libératoire et de l'atténuation limitée prévues aux articles 10.2 alinéa 2 et 10.5 du Code* - en cas de première violation des règles antidopage, est compatible avec les droits fondamentaux et avec les principes généraux consacrés ou reconnus par le droit suisse autonome ; il faut naturellement que les droits fondamentaux de défense du sportif soient respectés, ce que le Code exige au moins implicitement.

b) Une sanction prise correctement en application de l'article 10.2 du Code ne saurait, *a fortiori*, ni être taxée d'*arbitraire* au sens de l'article 36 lettre f CIA ni être jugée *contraire à l'ordre public* au sens de l'article 190 lettre e LDIP à cause du régime de la fixité atténuée que cette règle associative met en oeuvre.

CH-1005 Lutry, le 25 octobre 2005


Prof. Dr. Claude Rouiller