

LA LUTTE ANTIDOPAGE PEUT NUIRE GRAVEMENT A LA SANTE DU SPORTIF

Se pourrait-il qu'existe en France une loi qui prive un citoyen du droit aussi fondamental que celui de la présomption d'innocence¹, mais qui le prive également d'un vrai juge doté du pouvoir de statuer sur le bien-fondé des poursuites engagées par l'organe disciplinaire sur la base de la violation normalement présumée de la réglementation antidopage ?

Poursuivis sur le fondement de l'article L 232-9² du code du sport qui établit une « *responsabilité objective* », les sportifs n'ont aucune chance : il n'est plus nécessaire pour l'Agence Française de la Lutte Antidopage (AFLD) de faire la preuve de l'intention de se doper puisque l'infraction est établie par la simple présence de la substance interdite dans l'échantillon analysé.

En présence d'une substance dite « *non spécifiée* », dont l'usage est réputé destiné exclusivement à accroître la performance sportive, c'est 100 % de culpabilité des sportifs poursuivis prononcée, quelles que soient les circonstances de l'espèce et avant même la décision de la commission des sanctions, qui en l'occurrence porte bien son nom.

Plus besoin de juge, la culpabilité du sportif est établie dès la sortie de l'analyse de l'échantillon du laboratoire antidopage.

Plus de suspects, rien que des coupables...Bienvenu en terre antidopage, terre brûlée des libertés individuelles et autres droits fondamentaux...

Exit la présomption d'innocence, au revoir le droit à un juge et aux garanties du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la CEDH.

La Commission des sanctions de l'Agence de Lutte contre le Dopage n'est qu'un juge d'application des peines, et n'a aucun pouvoir en la matière si ce n'est celui de statuer sur la durée de la sanction applicable.

Elle ne peut prononcer aucune relaxe sur des poursuites fondées sur l'article L 239-1 du code du sport, le texte de loi ne lui permet pas.

Inacceptable.

L'épéiste Daniel JERENT en a fait la douloureuse expérience. Contrôlé positif au dorzolamide - un diurétique considéré comme un produit masquant et privé de JO de Tokyo pour dopage, la commission des sanctions n'a pu que considérer que le sportif "*n'a commis "aucune faute" et "ne peut faire l'objet d'une sanction"*".

¹ L'article préliminaire de notre code de procédure pénale dispose que « **toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie** : les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

² Est interdite la présence, dans l'échantillon d'un sportif, des substances figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article, de leurs métabolites ou de leurs marqueurs. Il incombe à chaque sportif de s'assurer qu'aucune substance interdite ne pénètre dans son organisme.

L'infraction au présent l est établie par **la présence**, dans un échantillon fourni par le sportif, d'une substance interdite, de ses métabolites ou de ses marqueurs, **sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'usage de cette substance a revêtu un caractère intentionnel.**

Telle n'était pas la question. Est-il innocent oui ou non ?

Quand on mesure l'opprobre brutalement déversée sur l'athlète accusé de dopage, notamment sur les réseaux sociaux, susceptible d'atteindre à l'essence même de sa survie économique mais aussi à sa santé mentale, les mentions d'une telle décision sont irrévocables et scellent définitivement le sort du sportif.

La subtilité résultant de la différence entre une décision de relaxe et une décision qui constate qu'il n'a pas commis de faute est trop subtile et n'est pas audible pour le public ni compréhensible pour les sponsors qui le soutiennent.

C'est l'image du sportif qui est atteinte. Entachée définitivement.

Mais pourquoi la commission ne l'a-t-elle pas déclaré innocent et lavé de tout soupçon de dopage ?

L'enquête avait révélé que victime d'un accident de la route en 2020, l'épéiste avait dû subir une transfusion avec deux poches de sang dont l'une s'était révélée contaminée.

"J'ai beaucoup souffert et je souffre encore"

*« Dès le début de cette histoire, j'ai pourtant clamé mon innocence. J'étais sûr que je n'avais rien pris et que cela ne pouvait venir que de mon opération ».*³

Dans mon cas, il n'y a pas de droit à l'oubli. Je suis condamné, même si je n'ai rien fait».

Privé des Jeux Olympiques, son innocence, pourtant évidente, n'a pu être établie par la décision de la commission, le texte de loi ne le permet pas...

Il n'a donc pas été relaxé de toutes poursuites.

Double peine... Quelle injustice...

Pas coupable, mais responsable...Ce n'est pas une sanction c'est un déni de justice.

Quid de sa réparation morale ?

Est-il possible qu'une loi, supposée constituer l'expression de la volonté générale, puisse interdire à une personne poursuivie à tort d'être déclarée innocente ?

Est-il possible, sans violer le principe fondamental d'égalité entre tous les citoyens, qui soutient les fondements même de notre république, que les sportifs poursuivis pour dopage ne puissent bénéficier des mêmes droits que n'importe quel autre citoyen en France, sans atteindre à l'essence même du pacte social ?

Mais comment en est-on arrivé là ?

L'histoire commence « à l'insu de son plein gré » sur les pentes du tour de France, et se poursuit en Suisse.

³ https://www.francetvinfo.fr/les-jeux-olympiques/escrime/j-ai-beaucoup-souffert-et-je-souffre-encore-raconte-l-epeiste-daniel-jerent-privé-des-jeux-de-tokyo-2021-pour-dopage-mais-finalement-blanchi_5212354.html (France Info Sport du 21 juin 2022)

1. L'affaire FESTINA à l'origine de la création de l'Agence Mondiale Antidopage (AMA)

Courant dans les sports, tant amateurs que professionnels, l'usage de drogues améliorant les performances est toléré par le CIO jusque dans les années 1960.

Des critères sont établis par la suite et des cas de tricheries identifiés, comme celui du sprinter canadien Ben Johnson aux Jeux de Séoul, en 1988.

Le problème est à ce point rampant en haltérophilie qu'en 1992 la Fédération internationale décide de changer ses catégories de poids et de faire table rase des records existants.

Plusieurs cas sont également relevés dans les sports professionnels où les contrôles, jugés moins sévères, sont exercés par les circuits concernés.

À l'été 1998, un scandale éclate alors que l'on saisit une importante quantité de produits dopants dans la voiture d'un soigneur de Festina, une des équipes les plus en vue du Tour de France.

Des révélations tendent à indiquer qu'il ne s'agirait que de la pointe de l'iceberg, tant dans le cyclisme que dans d'autres disciplines.

Cette opération vérité n'est pas facile, car elle va à l'encontre d'un siècle d'histoire du vélo parsemé de tricheries comme autant de crevaisons, à l'encontre aussi d'intérêts aujourd'hui colossaux qui exigent du spectacle, et d'un populisme de bas-côtés dont l'affaire Festina montre les ravages, avec un étonnant soutien du public aux tricheurs.

Selon un sondage de l'Ifop pour France-Soir 26 % des Français considèrent que le niveau sportif actuel et l'exigence du spectacle peuvent justifier le dopage ! Comment, ainsi dédramatisé par l'opinion, le fléau ne s'aggraverait-il pas ? (L'express 23 juillet 1998 p.44).

En février 1999, le CIO réagit en convoquant une conférence avec des intervenants sportifs et politiques à Lausanne, en Suisse.

La décision est prise de mettre sur pied l'AMA, l'Agence Mondiale Antidopage, dont le mandat consistera à « promouvoir, coordonner et superviser la lutte contre le dopage dans le sport ».

Financé d'abord entièrement par le CIO, puis avec l'appui de gouvernements, son siège sera établi à Montréal, au Canada.

Mais le caractère international inhérent aux compétitions sportives réclamait un instrument juridique de portée internationale.

C'est pourquoi le Comité international olympique a organisé, en février 1999, à Lausanne, une Conférence mondiale sur le dopage dans le sport, qui a réuni des représentants du mouvement sportif et des gouvernements.

Cette conférence a rapidement conduit à la mise en place, en novembre 1999, d'une Agence Mondiale Antidopage (AMA), fondation de droit privé suisse.

L'Agence mondiale antidopage (AMA), a pour but de garantir et d'harmoniser les règles de la lutte contre le dopage dans le monde, qu'elles proviennent des fédérations sportives ou des États.

À cette fin, elle édicte un code mondial antidopage, qui fait régulièrement l'objet d'évolutions.

2. Le code mondial antidopage et sa transposition inachevée en droit positif

Les principes du code mondial antidopage doivent être appliqués par la France dans la mesure où le Gouvernement français a ratifié la convention internationale contre le dopage dans le sport de l'UNESCO du 19 octobre 2005, qui prévoit notamment, dans son article 3, que les États parties « s'engagent à : (a) adopter des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code [mondial antidopage] ».

La Convention a été introduite en droit interne par l'effet conjugué de la loi n° 2007-129⁴ du 31 janvier 2007, qui en a autorisé la ratification, et du décret n° 2007-503 du 2 avril 2007⁵, qui a procédé à sa publication.

Ainsi le droit français a-t-il intégré les dispositions établies par l'Agence mondiale anti-dopage, créée à l'initiative du Comité international olympique (CIO).

Au regard des évolutions successives du code mondial antidopage, non opposable aux différends pays ayant adhéré à la Convention, il a fallu trouver un instrument juridique permettant leur mise en œuvre en droit positif.

Le gouvernement a donc décidé de recourir aux Ordonnances (art 38 de la constitution), lui permettant, après l'autorisation du Parlement (loi d'habilitation) de prendre de façon dérogatoire des mesures qui relèvent de la loi, dans le respect d'un certain formalisme, malheureusement non respecté, au terme duquel les mesures prises échappent au contrôle final du Parlement. Une fois l'habilitation accordée, les ordonnances sont prises en Conseil des ministres et doivent être signées par le président de la République.

À ce titre, la dernière version du code mondial, entrée en vigueur au niveau international le 1^{er} janvier 2015, a été, dans une large mesure, rendue applicable en droit français par l'ordonnance n° 2015-1207 du 30 septembre 2015 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer le respect des principes du code mondial antidopage, elle-même ratifiée par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Les principales dispositions relatives à la lutte contre le dopage figurent au chapitre II, du titre III, du livre II de la partie législative du code du sport.

Elle a ensuite été complétée par une ordonnance du 19 décembre 2018, puis une nouvelle ordonnance du 21 avril 2021 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer la conformité du droit interne aux principes du code mondial antidopage et renforcer l'efficacité de la lutte contre le dopage.

Ces deux dernières Ordonnances qui introduisent et modifient notamment les dispositions de l'article L 232-9 al 1 du code du sport mais transfère également le pouvoir disciplinaire de fédérations vers l'AFLD en matière de dopage, n'ont pas été ratifiées.

¹ Loi n° 2007-129 du 31 janvier 2007 autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport

² Décret n° 2007-503 du 2 avril 2007 portant publication de la convention internationale contre le dopage dans le sport (ensemble deux annexes), adoptée à Paris le 19 octobre 2005

3. La création de l'AFLD en France : un « *ovni* »⁶ juridique

L'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) figure dans la liste des autorités administratives et publiques indépendantes française soumise à la LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, chargée de lutter contre le dopage.

Les règles actuelles du code du sport et la répartition des compétences entre les différents acteurs du système antidopage français trouvent leur fondement dans la loi n° 99-223 du 23 mars 1999, modifiée par la loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs.

Ce dernier texte a notamment créé une autorité publique indépendante, l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) chargée, dans notre pays, de définir et mettre en œuvre les actions de lutte contre le dopage telles que la réalisation des contrôles antidopage et des analyses des prélèvements effectués, la délivrance des autorisations d'usage à des fins thérapeutiques ou encore l'exercice d'un pouvoir disciplinaire, complémentaire et subsidiaire de celui des fédérations sportives agréées, en cas de violation présumée des règles antidopage.

Les autorités administratives indépendantes sont en rupture avec l'organisation traditionnelle de l'Etat, non seulement parce qu'elles échappent au contrôle du Gouvernement, mais aussi parce qu'elles peuvent cumuler tous les pouvoirs : le pouvoir d'édicter ses propres règles, le pouvoir de les faire appliquer et le pouvoir de sanctionner leurs manquements.

Ainsi, comme le montre Mme Marie-Anne Frison-Roche, « *les autorités sont instituées comme des sortes de petits Etats sectoriels, en quasi-lévitiation par rapport à l'Etat traditionnel à la fois unifié et conçu sur la séparation des pouvoirs* ».

Le droit européen « *conduit à considérer que les autorités administratives sont tantôt des organes d'administration, tantôt des organes de juridiction, suivant le type de pouvoir que, dans un cas concret, elles exercent. [...] Ainsi, lorsque la matière civile ou la matière pénale sont en jeu, c'est en tant qu'elles sont des tribunaux au sens européen du terme, que les AAI doivent aménager les garanties liées au procès équitable et à la juridiction impartiale* » (Marie-Anne Frison-Roche).

Les pouvoirs des AAI sont ce qui les distingue des observatoires, commissions de réflexion ou agences, qui en sont souvent dépourvues. C'est par l'exercice de leurs pouvoirs qu'elles « *remettent en cause le système politique français* » (Marie-Anne Frison-Roche) : par l'exercice d'un pouvoir de sanction pris aux juridictions, d'un pouvoir réglementaire et d'administration pris au Gouvernement...et d'un pouvoir législatif pris au Parlement.

L'indépendance de l'autorité implique d'abord l'absence de toute tutelle ou pouvoir hiérarchique à son égard de la part du pouvoir exécutif. Une AAI ne reçoit ni ordre, ni instruction du Gouvernement.

Cette indépendance se traduit ensuite dans la composition de l'autorité, généralement collégiale. Les membres du collège bénéficient en outre d'un mandat irrévocable.

L'AFLD édicte ses propres règles, qui acquièrent valeur légale sans l'intervention du législateur par le mécanisme dévoyé des Ordonnances et est elle-même chargée de sanctionner leur violation.

1. ⁶ Les autorités administratives indépendantes - Rapport Senat Tome 1

Un « *état dans l'état* » quand on sait qu'elle adopte sans coup férir toutes les modifications du Code Mondial révisé régulièrement, et ce sans se soucier la moindre seconde de la conformité de ces nouveaux textes avec le droit positif national et européen.

En cette matière, l'AMA impose et l'AFLD exécute. Le Conseil d'Etat a abandonné toutes prérogatives à l'AFLD.

Quelques garanties sont toutefois apportées à son fonctionnement :

Le Conseil constitutionnel rattache à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 l'impartialité et l'indépendance des juridictions⁷. Depuis qu'il a admis, dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, le principe d'un pouvoir de sanction des autorités administratives ou publiques indépendantes (AAI ou API)⁸, le Conseil exige que ce pouvoir soit prévu par la loi et veille à ce que des dispositions légales confèrent à ces autorités des garanties similaires à celles qu'offrent les procédures juridictionnelles.⁹

Par la suite, il a fait relever le principe d'indépendance des juges non professionnels de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il a, en effet, rattaché à la garantie des droits proclamée par cet article le droit à un recours effectif, les droits de la défense, le droit à un procès équitable et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions.

Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel s'assure que, conformément au principe d'impartialité, les fonctions de poursuite et d'instruction sont effectivement séparées de celles de jugement au sein d'une AAI exerçant un pouvoir de sanction.

Dans sa décision du 2 février 2018 (n°2017-688), le Conseil Constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a ainsi déclaré l'article L. 232-22 3° du Code du sport qui n'opéraient aucune séparation au sein de l'AFLD entre les fonctions de poursuite et les fonctions de jugement, méconnaissaient le principe d'impartialité et étaient contraire à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Le Conseil a estimé d'abord que *"ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne font obstacle à ce qu'une autorité administrative ou publique indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. En particulier, doivent être respectés le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle.*

⁷ Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

⁸ Dans sa décision n° 2017-688 QPC du 2 février 2018 précitée, relative à l'AFLD, le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, mentionné explicitement l'alternative « *autorité administrative ou publique indépendante* », afin de tenir compte de la distinction opérée dans la loi organique n° 2017-54 et la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 relatives aux AAI et API.

⁹ CC QPC n° 2012 – 280 du 12 Octobre 2012

Doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789'.

Vœux pieux.

4. Une réglementation antidopage transposée en droit interne au mépris des dispositions constitutionnelles et sous l'œil complaisant du Conseil d'état

La plupart des transpositions du code mondial antidopage en droit positif interviennent par le dispositif des ordonnances tel que prévu à l'article 38 de la constitution qui permet au gouvernement de prendre des mesures qui relèvent normalement de la loi, dans le cadre d'une procédure spécifique.

Le dispositif prévu prévoit le vote par le Parlement d'une loi d'habilitation permettant au gouvernement de prendre par ordonnances des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi, pendant une durée précisée suivi d'une ratification expresse par le Parlement de l'ordonnance ainsi validée.

Pourtant des ordonnances n'ont pas été ratifiées (ex : n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du code mondial antidopage) et leur nature réglementaire ou légale, ont été questionnées.

La seule formalité du dépôt d'un projet de loi de ratification ne vaut pas ratification des ordonnances. Celle-ci ne peut résulter que d'un examen par le Parlement des mesures prises par voie d'ordonnance suivie d'une ratification expresse.

Le Conseil d'État a jugé que les dispositions d'une ordonnance qui n'auront pas été expressément ratifiées « **ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions législatives visées par l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958** » (CE, 11 mars 2011, M. Alexandre A., n° 341658).

Le Conseil Constitutionnel a également eu l'occasion de juger de façon similaire (CC n° 2011-219 QPC du 10 février 2012).

De manière récurrente, le Conseil constitutionnel a considéré que les ordonnances sont « *des actes de forme réglementaire* » et le demeurent « *tant que la ratification législative n'est pas intervenue* » et à la condition qu'elles aient « *fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la Constitution* » (Déc. n° 72-73L du 29 février 1972, rendue sur saisine du Premier Ministre sur le fondement du second alinéa de l'article 37 de la Constitution en vue de déterminer la nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

Le Conseil d'État a d'ailleurs rappelé « *qu'il résulte [des dispositions de l'article 38 de la Constitution], ainsi que des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution, que les ordonnances prises dans le cadre de l'article 38 ont, alors même qu'elles interviennent dans une matière ressortissant en vertu de l'article 34 ou d'autres dispositions constitutionnelles au domaine de la loi, le caractère d'actes administratifs ; qu'à ce titre, leur légalité peut être contestée aussi bien par la voie d'un recours pour excès de pouvoir formé conformément aux principes généraux du droit que par voie de l'exception à l'occasion de la contestation de décisions administratives ultérieures ayant pour fondement une*

ordonnance ; que, cependant, dès lors que sa ratification est opérée par le législateur, une ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature » (Arrêt du conseil d'État, Assemblée, 28 mars 1997, société Baxter).

Une ordonnance non ratifiée conservait donc la nature d'acte réglementaire, quelles qu'en soient les raisons (oubli, calendrier parlementaire surchargé, ordre du jour bouclé...)

Pourtant, par une dérive inexplicable, la condition liée à la ratification expresse par le Parlement a disparu, et il ne reste plus aujourd'hui que la condition qu'un projet de loi soit déposé, l'ordonnance étant réputé acquérir valeur législative «...à compter de sa signature ».

Exit le contrôle du Parlement.

Il s'agit pourtant d'une exception à l'article 34 de la constitution et qui doit s'interpréter de façon stricte.

Le Conseil d'Etat tente désespérément de limiter les dégâts en espérant une intervention législative au plus tôt, sacrifiant la hiérarchie des normes à l'intérêt général mais la situation est tendue et les arguments adoptés peu convaincants, c'est le moins que l'on puisse dire.

Ainsi dans le cadre d'une ordonnance de référé ou il était précisément soulevé l'illégalité des dispositions de l'article L 232-23-4 du code du sport, telles qu'issues de de l'ordonnance du 19 décembre 2018 non ratifiée, le juge considère que « ...ainsi de façon générale de celles prises en considération de la personne, la seule circonstance qu'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, n'ait pas été ratifiée et soit temporairement soumise au régime contentieux des actes administratifs, ne fait pas obstacle à ce que ses dispositions dérogent à d'autres dispositions législatives¹⁰. »

La boîte de pandore était ouverte. Le Conseil d'Etat venait d'acter la création d'un nouveau pouvoir législatif confié au gouvernement.

Une ordonnance non ratifiée aurait ainsi les mêmes effets qu'une ordonnance ratifiée ? Une disposition de nature réglementaire peut-elle donc déroger à des dispositions législatives ?

L'article 38 de la constitution prévoit pour mémoire que :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

¹⁰ CE 6 septembre 2019 n° 433-887

La conformité du droit positif français au regard du code mondial antidopage de l'AMA, association étrangère de droit privée fait-elle vraiment partie de l'exécution du « *programme* » du gouvernement ? On peut raisonnablement en douter.

La Commission des sanctions de l'AFLD a considéré, conformément à l'arrêt du Conseil d'Etat précité, (CE 6 septembre 2019 n° 433-887), que l'Ordonnance du 19 décembre 2018, qui a modifié les dispositions du code du sport et supprimé la compétence disciplinaire des fédérations sportives, dès lors qu'elle avait été déposée devant la Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation, même si elle n'avait pas été ratifiée pouvaient valablement déroger à d'autres dispositions législatives.

Vraiment ?

Certes, le projet de loi de ratification a été déposé mais il n'a fait l'objet d'aucun vote dans le délai prévu par la loi d'habilitation.

Ce ne sont donc pas des dispositions de valeur législative puisque le Parlement ne les a pas ratifiées.

S'engouffrant dans la brèche ouverte par le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence par deux décisions de mai et juillet 2020, en affirmant que les dispositions d'une ordonnance « *doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.*¹¹ » (2020-843 QPC, 28 mai 2020, cons. 10, 11, 12, JORF n°0130 du 29 mai 2020, texte n° 58).

¹¹ Saisi d'un grief tiré de la méconnaissance du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article L. 311-5 du code de l'énergie, relatives à l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, le Conseil constitutionnel constate que l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution à la suite de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 12 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, a inséré dans le code de l'environnement l'article L. 120-1-1, entré en vigueur le 1er septembre 2013. Applicable aux décisions individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement qui n'appartiennent pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières ont prévu une participation du public, cet article L. 120-1-1 prévoit la mise à disposition du public par voie électronique du projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, du dossier de demande. Il permet ensuite au public de déposer ses observations, par voie électronique, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la mise à disposition.

D'une part, cet article L. 120-1-1 institue une procédure qui répond aux exigences d'accès du public aux informations relatives à l'environnement et de participation à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article 7 de la Charte de l'environnement. D'autre part, si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification. Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1er septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives. Ainsi, les conditions et les limites de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1-1 sont « définies par la loi » au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Par conséquent, à partir du 1er septembre 2013, les dispositions contestées de l'article L. 311-5 du code de l'énergie ne méconnaissaient plus cet article 7. Comp. décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, cons. 3.

Exit le contrôle du Parlement, peu importe la ratification prévue, supposée expresse, le Conseil Constitutionnel a réécrit l'article 38 de la constitution.

Fini les garanties apportées par le contrôle du Parlement. La délégation normative est finale, dès la signature de l'Ordonnance.

Procédant ainsi à un revirement par rapport à la décision n° 2011-219 QPC précitée, le Conseil constitutionnel s'est, pour l'avenir, reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la QPC, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, à la double condition que ces dispositions interviennent dans des matières du domaine législatif (...*hors dispositions matériellement réglementaires...*) et que le délai d'habilitation fixé par le Parlement ait expiré.

C'est donc au prix d'une gymnastique juridique fort improbable, (et fort inquiétante) que le mécanisme dérogatoire de l'article 38 de la constitution permettant au gouvernement de prendre des mesures qui relèvent normalement de la loi, a été amputé d'une disposition constitutionnelle prévoyant une ratification expresse par le Parlement.

Tout en permettant aux recours qui seraient formés contre ces ordonnances et qui ne reposeraient pas sur leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis, de continuer à être exercés... devant le Tribunal administratif ?

... Une autre particularité des ordonnances non ratifiées est que, du point de vue de la hiérarchie des normes, elles doivent respecter davantage d'exigences que la loi adoptée par le Parlement : outre la Constitution et les engagements internationaux de la France, le juge administratif s'assure du respect par l'ordonnance du champ défini par la loi d'habilitation et des principes généraux du droit –pour autant que ceux-ci ne trouvent pas un équivalent au niveau constitutionnel et à moins que la loi d'habilitation ait écarté, y compris implicitement, l'application de certains d'entre eux...

D'un autre côté, une fois expiré le délai d'habilitation consenti par le Parlement au Gouvernement, les ordonnances non ratifiées « *ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* », selon le dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences, en jugeant que seule une loi (ou une nouvelle ordonnance) peut modifier les dispositions relevant matériellement du domaine de la loi contenues dans une ordonnance¹² mais qu'en revanche, si une ordonnance comporte des dispositions matériellement réglementaires, celles-ci peuvent être modifiées par décret¹³.

Le fléchage est pour le moins... complexe !

Ces dispositions de nature législative pourraient donc valablement être l'objet de recours devant le Conseil d'Etat pour des motifs étrangers à leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis ??

Une ordonnance non ratifiée présente-t-elle au final une nature législative (art 34 de la constitution) ou une nature réglementaire (article 37) ?

¹² Conseil d'État, 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n^{os} 279517, 283983.

¹³ Conseil d'État, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est*, n° 236571.

Nul ne le sait. Le message est totalement brouillé.

En France, la Constitution de la Ve République a pourtant, à priori, fait le choix d'organiser une hiérarchie des normes stricte et prévisible visant à renforcer la force, la légitimité et l'intelligibilité des règles juridiques.

Le principe de sécurité juridique est ici clairement interrogé par ces décisions pour le moins obscures.

Il sera observé, dans le cas d'espèce, que la portée juridique de cette décision est extrêmement favorable pour l'état¹⁴. Il fallait, en effet, ... « *Sauver Willy!* »¹⁵

Un projet de loi ratifiant l'Ordonnance du 19 décembre 2018 (transfert de la compétence disciplinaire à l'AFLD en matière de dopage et introduction du nouvel article L 232-9 al 1 du code du sport sur la responsabilité objective) relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaire pour parfaire la transposition en droit interne des principes du code mondial antidopage et modifiant le code du sport a été déposé sur le bureau du Sénat le 15 juin 2022.

Pour sécuriser le dispositif avant les Jeux Olympiques ?

5. L'intégration inachevée de la norme antidopage internationale en droit interne

La nouvelle mise en conformité du droit français avec les principes du code mondial antidopage ainsi que le renforcement de la lutte antidopage montrent l'attachement de la France au respect de ses engagements internationaux ainsi qu'à la lutte contre le dopage, au moment où elle s'apprête à accueillir de nombreux événements internationaux sur son territoire, tels que la Coupe du monde de rugby en 2023 et les jeux Olympiques et Paralympiques en 2024.

La compatibilité entre le code mondial antidopage, largement repris par la Convention, et le droit français a été remise en question notamment par la commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale (Avis n° 167- 2006-2007)

En effet, le **code ne fait pas partie intégrante de la Convention** et qu'il n'est pas érigé par celle-ci au rang de norme de droit international public.

Émanant d'une fondation de droit privé (l'AMA), il n'a cependant pas de force juridique s'imposant aux États.

Par conséquent, si l'ensemble des **fédérations internationales des sports « olympiques »** a souscrit au code mondial antidopage avant les Jeux olympiques d'Athènes de 2004, puisqu'il s'agissait d'une des conditions de participation à ces Jeux, les fédérations nationales n'obéissent spécifiquement, en revanche, qu'aux règles fixées par la loi interne, nonobstant leur adhésion aux statuts des fédérations internationales elle-même signataire du code mondial antidopage.

¹⁴ La remise en cause des mesures ayant été prises avant le 1er septembre 2013 sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution, **soit l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.**

¹⁵https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020843qpc/2020843qpc_ccc.pdf

L'un des objectifs de la loi du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs a précisément été d'aligner la législation française sur certaines dispositions du code mondial antidopage.

Le projet de loi autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport prévoyait :

« La présente Convention internationale contre le dopage dans le sport, élaborée sous l'égide de l'UNESCO et adoptée par les États membres à l'unanimité en octobre 2005, répond pleinement à ces exigences.

La Convention a pour objectif de fournir un cadre juridique reconnu au niveau international pour :

- s'assurer que les gouvernements agissent contre le dopage dans le sport, en coopération avec le mouvement sportif, par des actions antidopage nationales, internationales, d'éducation, de formation et de recherche ;

- et fournir un appui au code mondial antidopage et aux normes internationales développées par l'Agence mondiale antidopage (AMA), en reconnaissant l'importance de ces documents dans l'harmonisation des politiques et des pratiques dans le mouvement sportif international.

La Convention est nécessaire pour que les gouvernements appliquent les principes déterminés dans le code mondial antidopage.

En outre, il y a des mesures que seuls les gouvernements peuvent prendre pour combattre le dopage dans le sport.

La Convention exige par exemple des gouvernements qu'ils prennent des mesures spécifiques au niveau de la disponibilité des substances interdites et des méthodes, qu'ils fournissent l'appui nécessaire pour des programmes de contrôles, qu'ils imposent le code mondial antidopage, qu'ils réglementent l'étiquetage et la vente des suppléments alimentaires ou bien encore qu'ils fournissent une éducation antidopage.

La Convention entrera en vigueur le 1er février prochain après sa ratification par le Luxembourg le 11 décembre 2006. »

C'est donc sur la base d'un bras de fer initial, (participer ou non aux Jeux Olympiques d'Athènes ce qui n'a pas entraîné de longues discussions) que les fédérations internationales des sports Olympiques se sont vus imposer leur **adhésion au Code Mondial Antidopage en 2004**, afin que cette convention puisse être ratifiée dans chaque pays et entrer en application.

Le rapport de force est la base de la *lex sportiva* qu'il s'agisse du CIO ou des grandes fédérations internationales dont les différentes réglementations ou décisions sont réputées s'exécuter de gré ou de force, et plus souvent de force.

La décision de suspendre une fédération nationale ou un CIO national, est une réelle menace pesant sur les responsables de ces organismes, dont les statuts sont soumis à la fédération internationale dont ils dépendent (ex : FIFA -FFF)

La transposition inachevée des Ordonnances en droit interne fragilise tout l'édifice normatif.

6. L'incompatibilité de la responsabilité objective avec les droits fondamentaux

L'actualité récente s'est faite l'écho de l'aggravation de deux sanctions rendues en matière de dopage par le Conseil d'Etat sur le fondement de la « *responsabilité objective* » de l'article L 239-1 et R 232-64 du code du sport, tels qu'issus de l'ordonnance du 19 décembre 2018, qui prévoit :

- I- *Est interdite la présence, dans l'échantillon d'un sportif, des substances figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article, de leurs métabolites ou de leurs marqueurs. Il incombe à chaque sportif de s'assurer qu'aucune substance interdite ne pénètre dans son organisme.*

L'infraction au présent I est établie par la présence, dans un échantillon fourni par le sportif, d'une substance interdite, de ses métabolites ou de ses marqueurs, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'usage de cette substance a revêtu un caractère intentionnel.

L'article R 232-64 prévoit de son côté que :

Le laboratoire auquel il a été fait appel en application de l'article L. 232-18 procède à l'analyse de l'échantillon A, transmis en application de l'article R. 232-62.

Sauf demande contraire de l'agence, il conserve l'échantillon B en vue d'une éventuelle analyse de contrôle. Celle-ci est de droit à la demande de l'intéressé. Elle est effectuée à ses frais et dans les conditions prévues par les normes internationales.

La présence d'une substance interdite dans l'échantillon d'un sportif est établie :

-soit au vu de la présence de cette substance, de l'un de ses métabolites ou de ses marqueurs, dans l'échantillon A lorsque le sportif ne demande pas l'analyse de l'échantillon B ;

-soit, lorsque l'analyse de l'échantillon B est demandée par le sportif ou par l'agence, si les résultats de cette analyse confirment la présence de la substance décelée dans l'échantillon A, ou de l'un de ses métabolites ou de ses marqueurs.

a) Le principe de responsabilité objective, QUESAKO ?

L'article L 239-1 du code du sport introduit le principe de responsabilité objective (strict liability) en germe dans les décisions du conseil d'état.

Comme aucune sanction disciplinaire ne peut être raisonnablement infligée à l'échantillon, incapable de se défendre, il a été décidé de sanctionner celui à qui il appartenait.

C'est la sagesse même.

Les deux textes sont sans ambiguïté : ils établissent pour l'un la notion de « *présence d'une substance interdite dans les échantillons d'un sportif* » (R 232-64 code du sport) et pour l'autre la définition de l'infraction qui résulte de « *la présence d'une substance interdite dans les échantillons du sportif* » (l du L 232-9 du code du sport).

L'interprétation de ce dispositif ne laisse guère la place au doute, malgré la posture *institutionnelle* de l'AFLD sur ce point, qui semble considérer, à l'aune du respect du principe constitutionnel de séparation des autorités de poursuites et de jugement, que le principe même de l'infraction peut encore être discuté devant la commission des sanctions.

Ce qui suppose un dispositif efficace d'identification et d'authentification de l'échantillon du sportif, une procédure rigoureuse de transport et d'ouverture de l'échantillon, respectueux des droits fondamentaux du sportif, malheureusement absent dans certains cas, comme il sera envisagé pour le second cas évoqué.

Ce principe signifie que chaque sportif est responsable de ce qui se trouve dans son corps, et donc de ce qu'il peut être détecté lors d'un test de dopage.

Peu importe donc la manière dont le produit interdit s'est retrouvé dans les urines ou dans le sang, le simple constat d'une analyse anormale vaut ouverture d'une procédure disciplinaire sur le fondement de l'article L 232-9 du code du sport.

A cet égard donc, peu importe que le sportif ait eu l'intention de se doper ou non, si une substance interdite est retrouvée dans ses analyses, le fait de dopage sera établi et le sportif devra en répondre sur le plan disciplinaire.

Cette responsabilité objective, dépourvue de l'élément intentionnel d'une infraction classique, s'inscrit dans un renforcement de l'arsenal répressif mis en œuvre par l'AMA au niveau mondial pour lutter contre le fait de dopage et uniformiser la diversité des décisions rendues en la matière.

b) L'esprit du texte

Les règles du Code mondial antidopage protègent les droits des athlètes à disputer des compétitions dans un environnement sans dopage.

Les règles antidopage sont soumises au principe de la «*Strict Liability*».

Ceci signifie notamment que chaque athlète est seul responsable des substances présentes dans ses échantillons.

Le dépistage d'une substance interdite (ou son métabolite ou marqueur) dans un échantillon est considéré comme une violation des règles antidopage. Ceci s'applique indépendamment du fait qu'une substance ait été absorbée de manière intentionnelle ou non intentionnelle.

Cette règle a été qualifiée dans diverses décisions du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) de «*responsabilité objective*».

La raison généralement invoquée est que 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, et le régime répressif, qui assume aussi un rôle de prévention générale, doit être à la mesure des enjeux.

La répression doit être effective, sans doute, mais elle doit aussi être juste pour être admise.

Pourtant la responsabilité prétendument objective édictée par l'article L 232-9 du code du sport s'avère en fait une **présomption irréfragable de culpabilité**, contraire à la présomption d'innocence.

« *Nul n'est punissable que de son propre fait*¹⁶ » rappelle le Conseil Constitutionnel¹⁷ à l'aune de l'article 121-1 du code pénal¹⁸.

« *S'agissant des crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés* », et « *qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci* »¹⁹.

Considérant qu'en l'espèce, en l'absence de précision sur l'élément moral de l'infraction prévue à l'article L. 4-1 du code de la route, il appartiendra au juge de faire application des dispositions générales de l'article 121-3 du code pénal aux termes desquelles "il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre" ; que, sous cette stricte réserve, l'article 7 est conforme aux prescriptions constitutionnelles ci-dessus rappelées ; » (n° 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 16) ».

La présomption d'innocence, qui a valeur constitutionnelle, s'impose à toute mesure ayant un caractère répressif y compris aux mesures disciplinaires.²⁰

Il faut néanmoins rappeler que l'autorité de poursuite de l'AFLD, quoique pour certains auteurs ne constituant pas un tribunal statuant sur le bien-fondé d'accusation en matière pénale, doit néanmoins veiller à ce que les garanties offertes par l'article 6 ne soient pas irrémédiablement compromises au stade de l'enquête préalable à la procédure de jugement ou de sanction.

Tel est le cas de la présomption d'innocence (article 6§2 : CEDH, 23 février 2018, Haarde c/ Islande, n° 66847/12, § 94) ou des droits de la défense, auxquels l'autorité chargée de l'enquête doit veiller à ne porter aucune atteinte irrémédiable (CE, 15 mai 2013, Société Alternative Leaders France, n° 356054, T. pp. 453-597-742 ; CE, 12 juin 2013, Société Natixis et autre, n°s 349185, 350064, T. pp. 454-489).

Pourtant pour le Tribunal Arbitral, la présomption d'innocence est un simple concept philosophique qui ne trouve aucune application en matière de dopage.

Il considère en effet que :

« *L'athlète est responsable de la présence de produits dopants dans son organisme. Dès lors que la prise d'une substance interdite par la réglementation applicable est établie, son intention de se doper et sa culpabilité sont présumées. L'athlète bénéficie de la présomption d'innocence tant que la présence d'une substance prohibée dans son organisme n'est pas établie*²¹ »

¹⁶ Art 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

¹⁷ Cons. Const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. n° 7.

¹⁸ Le code pénal affirme dès son article 121-1, soit le premier des textes consacrés à la responsabilité pénale, que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »

¹⁹ CC n° 99-411 DC du 16 juin 1999

²⁰ Conseil Const. 21 févr. 2008 n°2008-562 DC

²¹ Arbitrage TAS 2013/A/3320 Union Cycliste Internationale (UCI) c. Sylvain Georges & Fédération Française de Cyclisme (FFC), sentence du 13 mars 2014

Mais de quelle présomption s'agit-il puisqu'elle disparaît dès que la présence d'une substance prohibée est établie, alors que c'est précisément à ce moment précis qu'elle a vocation à déployer tous ses effets, notamment en matière probatoire ?

Le corolaire de la responsabilité objective, c'est l'anéantissement de la présomption d'innocence.

En fait, en matière de dopage, elle n'existe pas. C'est juste un concept.

Est-ce acceptable ?

On peut concevoir qu'il appartienne au législateur d'assurer la conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde des droits et des principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties²².

Mais les mesures non punitives doivent en outre être justifiées par une menace réelle pour l'ordre public, cette menace devant reposer sur des circonstances particulières caractérisant le risque de trouble à l'ordre public dans chaque espèce²³.

Enfin, ces mesures doivent respecter le critère de la « *rigueur nécessaire* » : la liberté personnelle ou individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire. Ce critère est devenu le fil rouge de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁴.

Supprimer la possibilité pour un sportif de démontrer son innocence dans le cadre de la violation supposée de la réglementation antidopage, n'est-ce pas trop rigoureux ?

La question est clairement posée.

Quant au contrôle de proportionnalité au sens strict, le Conseil l'utilise constamment pour vérifier si les effets bénéfiques de la mesure décidée par le législateur l'emportent sur ses effets préjudiciables et que les garanties encadrant sa mise en œuvre sont proportionnées à l'atteinte à la liberté en cause.

Ce triple test de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel est entier. Il vérifie ainsi que :

- une telle mesure est adéquate, c'est-à-dire appropriée ou adaptée au but recherché par le législateur.
- nécessaire, ce qui signifie qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté.
- proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

Le contrôle de proportionnalité pourrait être mise en l'œuvre à l'égard de ce dispositif de « *responsabilité objective* ».

²² CC n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cdt 4

²³ CC n° 93-323 DC du 5 août 1993 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003

²⁴ CC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cdt 32 ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cdt 74 ; n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, cdt 16 et 21.

Ce principe de responsabilité objective a connu un coup d'arrêt avec l'affaire FOSCHI, et la décision de l'association américaine d'arbitrage de 1996, le tribunal ayant rejeté la responsabilité objective et exigé un élément intentionnel pour qu'un sportif dopé soit reconnu coupable²⁵.

Il s'agit néanmoins d'une sentence isolée.

7. Les conséquences procédurales de cette responsabilité objective devant la Commission des Sanctions : la culpabilité est acquise avant même le début de la procédure et ne sera pas débattue.

La Commission des sanctions, malgré les allégations de l'AFLD sur ce point, n'examinera les moyens de défense du sportif qu'au regard de la durée de la suspension à lui infliger (I de l'art L 232-23 et L 232-23-3-3 1^{er} code du sport) et des mesures accessoires, et non au niveau du principe même de sa responsabilité.

Elle n'est en effet pas saisie du **bien-fondé** des poursuites disciplinaires engagées sur le fondement d'une violation des règles antidopage mais uniquement sur **ses conséquences** (article art L 232-23 et L 232-23-3-3 1^{er}) pour une substance non spécifiée.

Elle ne peut qu'évaluer la durée de la sanction (L 232-23-3-3 I al 1^{er} : 4 ans ou 2 ans avec la possibilité en cas exceptionnels donc extrêmement rares, de l'éliminer art L 232-23-3-10).

Le sportif est déjà coupable d'une violation de la réglementation contre le dopage avant de comparaître devant la commission des sanctions.

Pire même, cette responsabilité s'impose à la Commission et ses membres ne peuvent la discuter ni la remettre en cause, leur compétence est liée.

Comment juger en toute impartialité lorsqu'un sportif va comparaître déjà coupable ?

La charge de la preuve a été renversée et c'est à la requérante de faire la preuve de son absence de culpabilité et uniquement pour réduire la durée de la suspension et les sanctions accessoires.

Ce régime procédural spécifique est attentatoire aux libertés individuelles et n'est pas équitable.

a) Sur l'atteinte portée au droit à un recours effectif au droit au juge de l'article 13 de la CEDH et aux droits de la défense

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la convention ont été violés a droit à un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

²⁵ American Arbitration Association 1^{er} avril 1996 Jessica Foschi et United States Swimming n°77-190-0036-96

La requérante se trouve condamnée avant d'avoir pu discuter contradictoirement le bien-fondé de l'accusation de violation de la réglementation antidopage portée contre elle et exposer ses moyens de défense.

Aux termes de l'article 6.1 toute personne a le droit que sa cause soit entendue par un tribunal ce qui sous-entend l'existence d'un droit au juge puisque le caractère équitable d'un procès n'a de sens que s'il y a un procès.

L'article 6 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits. Il s'agit d'un droit à un tribunal dont le droit d'accès ne constitue qu'un accès (CEDH 21 fév. 1975).

Les dispositions du I de l'article L 232-9 du code du sport précitées privent les personnes concernées d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH.

Cet article « *garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de [se] prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés* ».

Cette exigence n'est pas satisfaite lorsque les tribunaux sont « *en pratique* » dans l'impossibilité d'exercer un contrôle de nécessité et de proportionnalité adéquat (Smith et Grady c/ Royaume-Uni, 27 sept. 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96, §§ 135-137).

L'effectivité du recours doit permettre à la requérante de dénoncer la violation alléguée ce qui suppose la possibilité concrète pour la requérante de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits.

Tel n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il résulte de la notification des griefs et du libellé du I de l'article L 232- 9 que sa responsabilité objective est déjà engagée, et donc sa culpabilité, par le simple effet du contrôle anormal, et quelle ne sera pas recevable à tenter d'établir son innocence devant la Commission des sanctions.

Aucune relaxe ne pourra intervenir.

Le recours doit être effectif en pratique comme en droit (CEDH 15 juillet 2002 Stratégies et Communication et Dumoulin c/ Belgique 37370/97 # 50).

L'audience prévue devant la commission des sanctions ne constitue pas un *recours effectif* puisque la requérante ne bénéficie pas de la possibilité de faire examiner son grief par une instance qui puisse en apprécier le bien-fondé (CEDH 19 déc. 2006 Mattei c/ France 34043/02 #46 ; 28 janvier 2008 Milan c/ France 7549/03#69).

La possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge a le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative qui n'est pas respectée en l'espèce.

b) Sur l'atteinte portée à l'égalité des armes au principe de la contradiction et finalement à un procès équitable au sens de l'article 6-1 CEDH

Le procès équitable est assurément un droit fondamental puisqu'il n'est autre qu'un idéal de justice vraie, respectueuse des droits de l'homme.

Toute partie doit avoir la possibilité d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse (CEDH 30 juin 1959 Szwabowicz c/Suède n°434/58).

La notification des griefs rappelle le résultat du contrôle antidopage, de la présence d'une substance interdite dans ses analyses A et B, de l'absence d'une autorisation d'usage à des fins thérapeutiques, et finalement d'une infraction « *présumée* » aux règles antidopage fondée sur les dispositions du I de l'article L 232-9 du code du sport.

En réalité en rappelant les conditions de la découverte du produit interdit dans son organisme, la requérante se trouve en fait placée devant une présomption de responsabilité qui s'avère insusceptible de preuve contraire, donc irréfutable.

Le libellé du I de l'article L 232-9 al 2 du code du sport prévoit :

« L'infraction au présent I est établie par la présence, dans un échantillon fourni par le sportif, d'une substance interdite, de ses métabolites ou de ses marqueurs, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'usage de cette substance a revêtu un caractère intentionnel. »

Le simple constat de la découverte du produit interdit dans l'organisme de la requérante vaut infraction et donc sanction disciplinaire.

Le même courrier du 10 avril prévoit que : la Collège de l'AFLD a décidé d'engager des poursuites disciplinaires à votre encontre pour « *violation présumée des dispositions du I de l'article L 232-9 du même code conformément au I de l'article L 232-22 du code du sport.* »

C'est en réalité une présomption irréfutable de responsabilité qui vaut déjà sanction, que la commission des sanctions ne sera pas susceptible d'examiner et que l'athlète ne sera pas admise à pouvoir contester.

Une substance interdite a été trouvée dans l'organisme et cette simple preuve vaut sanction, en dehors de tout tribunal et avant tout débat contradictoire.

Aucune relaxe ne peut intervenir sur le fondement de poursuites engagées sur les dispositions du I de l'article L 232-9 du code du sport devant la Commission des sanctions.

L'égalité des armes dans le déroulement de l'instance rejoint la garantie des droits de la défense et le principe de la contradiction.

Applicable en toutes matière, la contradiction est un principe cardinal qui domine le déroulement de la procédure. L'article 16 du Code de procédure civile en rappelle la nécessité : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Le principe d'égalité des armes est venu en renforcer le contenu.

Selon une formule reprise par le Conseil Constitutionnel, le respect des droits de la défense implique, notamment en matière pénale, « *l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ».

Les rédacteurs de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont inscrit le droit à un procès équitable parmi les droits fondamentaux : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial.* »

En excluant la prise en compte d'un élément de défense déterminant pour la requérante et en la privant de la possibilité de contester le principe de sa culpabilité devant la commission des sanctions, la procédure disciplinaire suivie porte une atteinte injustifiable au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense.

Bien que l'expression "*égalité des armes*" ne figure pas dans la Convention, la Cour européenne l'emploie pour exprimer à la fois l'exigence d'équité, d'indépendance et d'impartialité, mais aussi comme une composante autonome du procès équitable.

La Commission européenne a employé cette expression pour la première fois dans une affaire *Szwabowicz c. Suède* le 30 juin 1959 : "*Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse.*"

Ce qui importe, c'est qu'aucune des parties ne soit désavantagée par rapport aux autres.

En l'espèce, la requérante ne peut discuter devant la commission des sanctions le principe même de sa responsabilité disciplinaire.

Celle-ci est établie depuis le 18 septembre 2019 date à laquelle ses échantillons ont été prélevés lors d'un contrôle antidopage, et qui révéleront ultérieurement un résultat d'analyse anormal.

Dans son arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970, donnant au mot équité son sens étymologique d'égalité "*aequitas*", elle formulait encore ce principe par a contrario, en jugeant qu'un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait "*dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse.*"

Avec l'arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne*, le 23 juin 1993, elle jugeait que l'égalité des armes s'appliquait à toutes les procédures mettant en cause les droits ou obligations à caractère civil, même si le contenu du principe n'a pas la même implication en matière civile et pénale (arrêt *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993).

Ce qui importe c'est qu'aucune partie ne se voie conférer une position privilégiée, y compris s'il s'agit de l'Etat ou d'un service public tel que le ministère public (arrêt *Hentrich c. France*, 22 septembre 1994).

C'est aussi le principe de l'égalité des armes qui est atteint avant même l'audience prévue devant la Commission des sanctions.

La jurisprudence de la Cour européenne a étendu son champ d'application « *à toutes les phases de la procédure, et notamment à l'instruction* » (F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, *Les grands arrêts de la Cour européenne de Droits de l'Homme*, Coll. Thémis, PUF 2003, p. 233. Voir en ce sens CEDH 30 mars 1989 *Lamy c/ Belgique*, Série A, § 151 ; 21 octobre 1986 *Sanchez-Reisse*, Série A, § 107).

L'application du I de l'article L 232-9 du code du sport, fondement unique des poursuites, interdit toute contradiction et toute production de preuve contraire au stade de la reconnaissance de l'infraction et de la violation de la réglementation antidopage.

Le président de la commission des sanctions doit se demander si la procédure, envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, est équitable ou non.

Le principe du contradictoire est considéré comme le schéma fondateur de l'état de droit et des régimes démocratiques.

Le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites ainsi que les discuter (CEDH 24 fev. 1995 Mac Michael c/ Royaume Uni n°1642490 #80).

La procédure suivie en sa phase d'instruction n'est qu'un leurre puisque le principe de sa responsabilité est déjà acquis, sans débat et sans audience.

Il résulte de ces dispositions que le sportif poursuivi ne pourra discuter que l'étendue et les modalités de sa suspension devant la commission des sanctions (art L 232-23 du code du sport).

Il est en fait déjà condamné.

La rupture de l'égalité des armes est consommée.

Le renvoi du sportif devant la Commission des sanctions équivaut dès la notification des griefs à une sanction de 4 ans de suspension (présence d'une substance non spécifiée art L 232-23-3-3 I 1^{er}) et la tenue de cette audience ne vise qu'à lui permettre de bénéficier éventuellement d'une réduction de la durée de sa suspension à deux ans (art L 232-23-3-3 I 2^o) et *in fine* de bénéficier des dispositions de l'article L 3232-23-3-10) qui prévoient que lorsque le sportif ou l'autre personne établit dans un cas particulier et dans des circonstances exceptionnelles l'absence de faute ou négligence de sa part, la période de suspension normalement applicable sera éliminée.

Ainsi, la simple présence dans un échantillon d'une substance interdite vaut constat de culpabilité et donc **sanction d'office** ce qui constitue une atteinte sans précédent au droit à un recours effectif, à l'égalité des armes et au respect du principe du contradictoire et plus largement au droit à un procès équitable.

La commission des sanctions ne joue ainsi le simple rôle d'un juge d'application des peines, et non d'un tribunal au sens de la CEDH.

c) Une atteinte au principe constitutionnel de personnalité des peines

Le Conseil Constitutionnel considère que :

« Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci ;

Considérant qu'en l'espèce, en l'absence de précision sur l'élément moral de l'infraction prévue à l'article L. 4-1 du code de la route, il appartiendra au juge de faire application des dispositions générales de l'article 121-3 du code pénal aux termes desquelles "il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre"; que, sous cette stricte réserve, l'article 7 est conforme aux prescriptions constitutionnelles ci-dessus rappelées (Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999).

En l'espèce, il apparaît que pour infliger une sanction qui présente la nature d'une sanction pénale, la commission devra statuer sur l'élément moral, intentionnel ou non de l'infraction et ce même si l'article L 232-9 du code du sport prévoit le contraire.

En d'autres termes, il semble difficilement envisageable de sanctionner l'athlète pour une violation présumée de la réglementation antidopage qui s'avère objective, c'est-à-dire dépourvue de tout élément moral ou intentionnel.

Ceci conformément au principe de la personnalité des peines.

d) Sur l'atteinte à la présomption d'innocence, Liberté Fondamentale de l'article 6 CEDH

L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 rappelle que tout homme est présumé innocent tant qu'il n'a pas été déclaré coupable. Le principe a valeur constitutionnelle (Conseil constitutionnel du 8 juillet 1989 Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, JORF du 11 juillet 1989 page 8734).

C'est également un principe issu de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 de l'ONU article 11 :

« Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis. »

L'application du I de l'article L 232-9 du code du sport porte une atteinte disproportionnée à la présomption d'innocence de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 14, paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

En fait, le code mondial antidopage a tué la présomption d'innocence et c'est un grand malheur pour tous les sportifs mais surtout pour tous les pratiquants, de plus en plus nombreux au regard de l'extension de la définition du sportif soumis à la réglementation antidopage, qui peuvent être amenés à comparaître devant la commission des sanctions. Ainsi, une récente délibération du collège de l'AFLD a élargi, à compter du 16 janvier 2023, la définition du « sportif de niveau national » de l'Agence aux combattants professionnels de MMA (Élite 1 et Élite 2), aux joueurs du championnat de « Nationale » de rugby à XV, soit le plus haut échelon amateur, ainsi qu'aux joueuses de la Ligue féminine de basket.

Cette liberté est également garantie par l'article 9-1 du code civil l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le paragraphe 2 de l'article 6 consacre le principe de la présomption d'innocence.

Il exige, entre autres :

1. qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé,
2. que la charge de la preuve pèse sur l'accusation, et
3. que le doute profite à l'accusé (Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, § 77).

En l'espèce, la procédure disciplinaire suivie devant l'AFLD porte atteinte à ces trois exigences.

La Commission des sanctions n'examinera les moyens de défense du sportif qu'au regard de la durée de la suspension à lui infliger (I de l'art L 232-23 et L 232-23-3-3 1^{er} ou 2^o code du sport) et des mesures accessoires et non au niveau du principe même de sa responsabilité.

Elle n'est en effet pas saisie du **bien-fondé** des poursuites disciplinaires engagées sur le fondement d'une violation des règles antidopage mais uniquement sur **ses conséquences** (article art L 232-23 et L 232-23-3-3 1^{er}).

Elle ne peut qu'évaluer la durée de la sanction (L 232-23-3-3 I al 1^{er} : 4 ans ou 2 ans avec la possibilité en cas exceptionnels donc extrêmement rares, de l'éliminer art L 232-23-3-10).

Le sportif va ainsi comparaître devant la Commission des sanctions en qualité de justiciable dont la responsabilité objective est déjà engagée : elle est déjà coupable d'une violation de la réglementation contre le dopage avant même de comparaître devant la commission.

Pire même, cette responsabilité s'impose à la Commission et ses membres ne peuvent la discuter ni la remettre en cause, leur compétence est liée.

Comment juger en toute impartialité lorsque le sportif va comparaître déjà coupable ?

- 1- *La charge de la preuve a été renversée et c'est au sportif de faire la preuve de son absence de culpabilité et uniquement pour réduire la durée de la suspension et les sanctions accessoires*

C'est à au sportif que revient la charge de la preuve de démontrer qu'il n'a commis aucune faute ou négligence fautive lui permettant de réduire peut-être la durée maximale de 4 ans à laquelle elle est déjà condamnée.

La présomption d'innocence est principalement une règle de preuve. La charge de la preuve incombe à l'accusation et le doute profite à l'accusé.

Ce ne sera pas le cas devant la Commission des sanctions.

- 2- *Le principe in dubio pro reo ne jouera pas devant la Commission des sanctions*

Ce principe n'a pas davantage joué durant la phase d'instruction, postérieure à la découverte de la violation « *présumée* » de la réglementation antidopage.

Celle est responsable d'une violation de la réglementation antidopage dès que les résultats de ses analyses se sont révélés anormaux.

Le sportif ne sera pas davantage appelée à fournir la preuve de son innocence devant la Commission des sanctions.

Son innocence ne s'avère pas donc présumée. Bien au contraire, sa culpabilité a été objectivée par le I de l'article L 232-9 dès le résultat de ses analyses de ses échantillons A puis B.

C'est en qualité de coupable que le sportif comparait pour que la Commission des sanctions statue sur le volet « *durée des sanctions applicables* » et autres mesures accessoires prévues par les dispositions de l'article L 232-23 du code.

La présomption d'innocence -selon l'adage « *in dubio pro reo* » par lequel le doute profite à l'accusé-, si elle est en premier lieu une règle de preuve qui impose aux autorités poursuivantes de prouver la culpabilité de la personne déférée devant le tribunal, est également une règle de fond dont le respect s'impose au législateur, aux juges et aux autorités publiques.

Elle doit profiter à toute personne non condamnée par un jugement de condamnation définitif contre toute constatation formelle de sa culpabilité sous quelque forme que ce soit.

« Seule la décision ayant acquis force de chose jugée est représentative de la vérité judiciaire et donc démonstrative de culpabilité ». CEDH 24 mai 2011 Konstas c/ Grèce n°53466/07).

Le législateur, par décision du Conseil constitutionnel (Déc. 89-258, 8 juill. 1989), a été empêché de « *mettre obstacle à la réhabilitation et à l'action devant toute juridiction compétente tendant à faire établir l'innocence du condamné* » **et il n'appartient qu'au tribunal de renverser la présomption d'innocence** en condamnant une personne à l'issue d'une procédure strictement conforme aux principes directeurs du procès.

Si la présomption d'innocence est avant tout une garantie procédurale sa portée est plus étendue : elle ne s'impose pas uniquement au juge pénal statuant sur le bienfondé d'une accusation mais aussi aux autres autorités ; **son champ d'application s'étend à la phase préparatoire du procès** (CEDH Allenet de Ribemont c/ France 15175/89 10 fev. 1995).

Elle garantit à tout individu que les représentants de l'état ne pourront le traiter comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent ne l'ait établi devant la loi (19 mai 2005 Diamantides c/ Grece n° 71563/01).

Il n'y a plus aucun doute ni aucune suspicion quand à l'innocence de la requérante avant le début de l'audience : la présomption d'innocence a été écartée au bénéfice d'un simple constat probatoire.

Le simple constat d'un résultat d'analyse anormal suffit à déclencher une violation d'office de la réglementation antidopage (responsabilité objective) alors que précisément cette violation ne lui est pas imputable.

La Cour européenne des droits de l'homme, par décision du 10 février 1995 (RTDH 1995.657, note Spielman), proclame que « *le champ d'application de l'article 6 paragraphe 2 ne se limite pas à la seule hypothèse d'une atteinte à la présomption d'innocence provenant d'une autorité judiciaire, mais également aux atteintes émanant d'autres autorités publiques* », en l'espèce, le gouvernement français en fonction à l'époque des faits.

Il apparaît ainsi que devant la Commission des sanctions de l'AFLD, saisie sur le fondement du I de l'article L 232-9 du code du sport, toute relaxe est impossible ce qui constitue une grave atteinte à la présomption d'innocence.

Toute sanction qui serait fondée sur la seule violation du I de l'article L 232-9 du code du sport sera fondée sur une violation de l'article 6 CEDH.

EN CONCLUSIONS :

La responsabilité objective telle que prévue par l'article L 232-9 al 1 modifié par l'Ordonnance du 21 avril 2021 qui a comme fondement l'équité de la compétition, la préservation de l'égalité des chances entre compétiteurs instaure une présomption de transgression irréfragable de culpabilité, malgré les annonces institutionnelles de l'AFLD sur ce point.

Elle ne peut être contestée devant la Commission des sanctions de l'AFLD chargée UNIQUEMENT d'aménager la durée de la sanction applicable, lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'article L 232-9 I du code du sport.

Aux yeux de la Cour EDH, les présomptions de culpabilité ne sont pas illicites si elles sont enserrées dans des limites raisonnables en prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense.

On observera que la loi n'exige d'élément intentionnel qu'en matière contraventionnelle et qu'en raison des sanctions pouvant être prononcés par la Commission des sanctions, jusqu'à une interdiction de participer à des compétitions pendant 12 ans (séance du 14 décembre 2022 décision n°1), ces sanctions ne peuvent être assimilés à des peines contraventionnelles.

Cette responsabilité objective contrevient par ailleurs, en ce qu'elle prive le sportif poursuivi sur le fondement de l'article L 232-9 I d'une véritable juridiction disposant du pouvoir de statuer sur le bien fondé des poursuites, au droit à un procès équitable au sens de l'article de la Convention EDH et à la présomption d'innocence.

Il est à souhaiter au regard de la prochaine ratification des deux ordonnances dont les projets de loi sont sur le bureau du Sénat depuis le 15 janvier 2022 qu'ils entraîneront la saisine du Conseil Constitutionnel sur les trop nombreuses dispositions répressives qu'ils prévoient, tels que confiés à une autorité administrative indépendante qui ne fait qu'accroître ses pouvoirs au mépris des droits fondamentaux des sportifs et au premier d'entre eux de pouvoir être jugé à l'issue d'une procédure contradictoire conformément à l'article 6 de la convention EDH et non de comparaître coupable devant la Commission des sanctions.

La soumission systématique, sous la contrainte d'une suspension, aux modifications du code Mondial antidopage et de la transposition de mesures toujours plus répressives à l'égard des sportifs, creuse l'incompatibilité de certaines normes de la réglementation antidopage avec notre droit positif.

Le recours inapproprié aux Ordonnances prive le Parlement d'un débat nécessaire sur la nature des mesures qui sont transposées en droit interne et leur conformité avec notre droit positif.

Les atteintes aux libertés et droits fondamentaux se multiplient et il devient urgent d'engager un vrai débat au Parlement et non de passer en force par des Ordonnances impropres à assurer un véritable examen des mesures proposées pour lutter contre le dopage.