

CITIUS, ALTIUS, FORTIUS

Dopage olympique et enjeux constitutionnels

Michael Aquilino

University of Ottawa

Citius, altius, fortius – plus rapide, plus haut, plus fort. Ces trois mots, qui constituent la devise du Mouvement Olympique, sont au cœur de l'olympisme. Voilà trois termes qui résument aussi, en quelque sorte, les défis modernes auxquels font face plusieurs athlètes et leurs fédérations sportives. Les sportifs, à la recherche de la perfection, sont poussés à l'extrême physique. Les vainqueurs deviennent des millionnaires instantanés, laissant leurs adversaires se bousculer pour les miettes de gloire et de célébrité. La marge d'erreur entre la victoire et la défaite est souvent si minuscule que plusieurs sportifs misent leurs carrières et risquent leur sécurité personnelle pour atteindre la perfection.

La quête de l'excellence sportive pousse les athlètes à chercher un rendement physique optimal. Lorsque le sportif entre en compétition, il cherche désespérément de se procurer de tout moyen qui lui accordera un avantage contre ses adversaires. Souvent, il a recours à des moyens prohibés pour satisfaire cet objectif. Or, le dopage est rapidement devenu le plus grand sujet d'éthique dans le domaine sportif. Ce problème est d'une envergure mondiale, touchant pratiquement toute association athlétique novice ou professionnelle.

Les Jeux Olympiques représentent le summum de l'athlétisme mondial. Les meilleurs sportifs de chaque pays s'affrontent à tous les quatre ans devant des milliards de spectateurs. Il n'est donc guère surprenant que l'argent généré par ces jeux motive d'autant plus les athlètes d'ingérer des substances nocives dans l'espoir de trouver cet avantage. Le Comité international olympique (CIO) a réagi au problème de dopage en élaborant une série de mesures qui visent à combattre ce fléau. Parmi les moyens les plus innovateurs a été l'élaboration du Tribunal Arbitral du Sport (TAS), un tribunal

administratif indépendant qui régit les disputes sportives internationales. Ainsi, le TAS offre aux athlètes un moyen de résolution des différends expéditif, efficace et peu coûteux.

De plus, le nouveau Code mondial antidopage (CMA) prévoit certaines mesures controversées afin de réduire le nombre de tests positifs parmi les sportifs olympiques. Il soutient, entre autres, le principe de responsabilité stricte en cas d'un test positif. Autrement dit, l'athlète est responsable pour tout produit consommé, peu importe la manière que cette substance ait été ingérée. Il est donc évident que cette responsabilité stricte n'accorde à l'athlète aucun recours si une substance interdite est trouvée dans son corps, et va carrément à l'encontre de plusieurs dispositions constitutionnelles canadiennes.

Dans le texte qui suit, nous examinerons le processus d'arbitrage qui est offert aux athlètes olympiques. Plus spécifiquement, nous aborderons le rôle du TAS dans la résolution des différends dans les cas de dopage, en démontrant comment ce tribunal a créé sa propre jurisprudence (*lex sportiva*). Ensuite, nous analyserons de plus près la question de la responsabilité stricte en soulevant quelques enjeux constitutionnels. Dans cette section, nous examinerons si la CMA viole certains droits fondamentaux garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹, et s'il existe un recours constitutionnel pour les athlètes canadiens. Finalement, nous discuterons brièvement du dilemme que font face les sportifs novices et professionnels en matière de dopage, en portant une attention particulière au conflit entre les valeurs sportives du franc-jeu et les valeurs capitalistes de l'excellence.

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Étude du corps littéraire

Le dopage est un phénomène qui existe depuis des siècles². Pour les fins de ce texte, nous traiterons exclusivement du dopage chimique; c'est-à-dire, de l'utilisation de stéroïdes anabolisants et de la nouvelle génération d'agents pharmaceutiques.

Le phénomène du dopage n'a généralement pas été discuté ouvertement jusqu'aux années 1980. Les scientifiques et les administrateurs olympiques savaient que certains athlètes des pays du bloc soviétique étaient dopés (et même, on soupçonnait, plusieurs athlètes américains), mais le dopage était relégué au deuxième plan face aux enjeux politiques qui entouraient les Jeux Olympiques à cette époque³. La première vague de littérature a été produite peu de temps après le scandale impliquant le coureur canadien Ben Johnson, qui avait établi de record du monde dans la course de 100m aux Jeux Olympiques à Séoul en 1988. Johnson a été trouvé responsable d'avoir ingéré l'anabolisant Stanozolol. Ce scandale a poussé le gouvernement canadien à lancer une enquête parlementaire sur l'état du sport amateur au Canada⁴. L'enquête qui suivit bouleversa le monde olympique, et obligea le CIO d'agir rapidement pour contrecarrer cette crise.

² En fait, l'étymologie du terme « dopage » est néerlandaise, du mot « dop », signifiant une boisson alcoolisée zouloue. L'alcool, la caféine, la cocaïne et plusieurs autres substances et techniques ont tous été utilisés par des athlètes dans le but d'améliorer leur rendement physique. Voir Agence mondiale antidopage, « Bref historique du dopage » (2005), en ligne : <<http://www.wada-ama.org>>. Voir aussi James B. Jacobs et Bruce Samuels, « The Drug Testing Project in International Sports : Dilemmas in an Expanding Regulatory Regime » (1995) 18 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 557 à la p. 561.

³ Suite à l'invasion soviétique de l'Afghanistan, les États-Unis ont boycotté les Jeux Olympiques de 1980 à Moscou. En revanche, les pays du bloc soviétique ont boycotté les prochains Jeux à Los Angeles quatre ans plus tard.

⁴ Voir Canada, *Commission d'enquête sur le recours aux drogues et aux pratiques interdites pour améliorer la performance athlétique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990 (Président : L'honorable Charles Dubin) [Rapport Dubin].

Le scandale du Tour de France de 1998⁵, la révélation récente impliquant plusieurs joueurs de base-ball professionnel à un laboratoire de produits pharmaceutiques illicites⁶, ainsi que le spectacle farfelu qui s'est déroulé la veille de l'ouverture des Jeux olympiques d'Athènes l'été dernier⁷, ont chacun contribué à la résurgence de la médiatisation de ce problème. Or, la grande majorité de la littérature sur le dopage a été produite dans les dernières années. Bien que de nombreuses d'initiatives aient été mises en application depuis les années 1980, il y a encore énormément de travail à faire dans la lutte contre le dopage.

Historique du TAS

Le Mouvement Olympique est composé du CIO, des fédérations sportives internationales, des comités nationaux olympiques (ainsi que le comité organisateur des Jeux), des associations sportives nationales, des clubs et des athlètes⁸. Cette hiérarchie existait, sous une forme ou une autre, depuis l'ouverture des premiers Jeux modernes en 1896 à Athènes.

Au début des années 1980, l'ampleur des Jeux Olympiques a connu une croissance fulgurante. Le nombre de litiges sportifs augmenta au même rythme que le nombre de participants (pays membres et sportifs). Les athlètes, conscients de l'énorme

⁵ Voir Michel Bourgat, *Tout savoir sur le dopage*, Lausanne, Favre, 1999 aux pp. 7-8.

⁶ Au moment de la rédaction de ce texte, les joueurs de la Ligue majeure de base-ball sont impliqués dans deux enquêtes distinctes; l'une liant certains joueurs au laboratoire BALCO (un producteur et distributeur de stéroïdes indétectables), l'autre ayant été enclenchée par le Congrès américain au sujet de l'utilisation des anabolisants.

⁷ Deux sprinters grecs, Kostas Kenteris et Ekaterina Thannou, se sont vus interdits de participer aux Jeux d'Athènes après avoir manqué un test inopiné la veille de la cérémonie d'ouverture. Les deux sportifs, des héros nationaux, ont même orchestré un accident de motocyclette pour tenter de justifier leur absence.

⁸ Voir Le site officiel du Mouvement Olympique (2005), en ligne : <<http://www.olympics.org>>.

potentiel monétaire des Olympiques, ont réclamé davantage que leurs droits soient protégés au sein du Mouvement⁹. Peu de temps après l'élection de Juan Antonio Samaranch à la présidence du CIO en 1981, celui-ci a exprimé l'idée d'avoir un tribunal pour administrer exclusivement le contentieux sportif¹⁰. C'est dans ce contexte qu'est né le Tribunal Arbitral du Sport.

Le TAS avait comme but d'entendre tout litige touchant un aspect du sport international. Il était nécessaire que ce tribunal soit souple, rapide et capable d'émettre une décision impartiale. Comme le souligne Anthony Polvino, « The IOC created the Court in order to fill a growing need for a means to resolve contentious matters [...] that previously existing dispute resolution tribunals could not administer »¹¹. Dans la même veine, Darren Kane explique : « These disputes have created the need for an independent tribunal that is both competent to adjudicate such disputes authoritatively, and sufficiently experienced in the world of international sport »¹². Richard McLaren ajoute : « The Court provides a forum for the world's athletes and sports federations to resolve their disputes through a single independent and accomplished sports adjudication body »¹³.

⁹ Voir Richard McLaren, «A New Order : Athletes' Rights and the Court of Arbitration at the Olympic Games» VII Olympika 1 à la p. 2.

¹⁰ Voir Matthieu Reeb, « Le Tribunal arbitral du sport » (2004), en ligne : <<http://www.tas-cas.org/fr/histoire/histoireA.htm>>.

¹¹ Polvino, Anthony T. «Arbitration as Preventative Medicine for Olympic Ailments : The International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport and the Future for the Settlement of International Sporting Disputes» (1994) 8 Emory Int'l L. Rev. 347 à la p. 347.

¹² Darren Kane, «Twenty Years On : An Evaluation of the Court of Arbitration for Sport» (2003) 4 Melb. J. Int'l L. 611 à la p. 612.

¹³ Richard McLaren, «Introducing the Court of Arbitration for Sport : The Ad Hoc Division at the Olympic Games» (2001) 12 Marq. Sports L. Rev. 515 à la p. 516.

Deux ans plus tard le TAS, en vertu de sa loi habilitante (le Code d'arbitrage sportif) a été constitué à Lausanne, sous l'égide des lois suisses¹⁴. Clairement, tous les autres acteurs olympiques favorisaient la création d'un mécanisme de résolution des différends sportifs pour régler les litiges internationaux hors-cour. Ainsi, le TAS avait comme mission générale « d'assurer le règlement des litiges en matière de sport ». Plus spécifiquement, il a été conçu pour régler les différends internationaux complexes et spécifiques en matière sportive. Puisque les disputes sportives étaient surtout réglées sur des questions de fait, plutôt que des questions de droit, les arbitres siégeant au TAS devaient avoir une connaissance juridique approfondie dans ce domaine¹⁵.

Les décisions rendues par le TAS sont purement déclaratoires; ce tribunal ne tient pas compte des lois existantes, ne peut modifier à une disposition législative et n'est pas tenu par la règle du *stare decisis*¹⁶.

Peu de temps après sa création, il était devenu apparent que le TAS n'était qu'une simple réflexion du pouvoir décisionnel du CIO. Il était presque entièrement financé par le Comité, et tous les arbitres étaient choisis par le CIO¹⁷. Sa légitimité comme tribunal administratif a même été mise à l'épreuve par l'athlète américain Harry 'Butch' Reynolds¹⁸.

¹⁴ Reeb, *supra* note 10.

¹⁵ McLaren, *supra* note 9 à la p. 2.

¹⁶ Frank Oschütz, «Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration : The Case Law of the Court of Arbitration for Sport» (2002) 12 Marq. Sports L. Rev. 675, à la p. 680.

¹⁷ La constitutionnalité du TAS a été tranchée devant la Cour suprême suisse dans l'arrêt *Gundel v. International Equestrian Federation*, tel que cité dans McLaren, *supra* note 9 aux pp. 3-4.

¹⁸ Voir à ce sujet Barrie Houlihan, *Sport and International Politics*, Toronto, Harvester Wheatsheaf, 1994 aux pp. 68-69.

En 1990, le détenteur du record mondial au 400m, Harry 'Butch' Reynolds, a été trouvé d'avoir consommé le Nandrolone, un stéroïde anabolisant. Le test a été complété en conformité aux règles du dopage de la Fédération internationale de l'athlétisme (IAAF). Conséquemment, Reynolds a été suspendu pour une période de deux ans, y compris les Jeux Olympiques de 1992. Reynolds s'objecta de la décision et intenta appel devant l'Association d'athlétisme américain. Par contre, le Congrès athlétique américain (TAC) lui avait permis de participer aux épreuves de qualification nationales pour les Jeux Olympiques. L'IAAF s'opposa et ont essayé de résoudre le problème par le biais d'un processus d'arbitrage interne. Malgré les efforts du IAAF, la décision originale a été renversée par la Cour suprême des États-Unis, affirmant que les cours américaines avaient juridiction pour trancher les questions juridiques concernant leurs propres athlètes. Lorsque la IAAF interdit à nouveau à Reynolds de participer aux Jeux de 1992, celui-ci s'est trouvé encore une fois devant les tribunaux américains, cherchant et obtenant des dommages-intérêts de l'ordre de 28 millions de dollars¹⁹.

L'affaire Butch Reynolds illustra la faiblesse administrative, juridictionnelle et opérationnelle du système juridique ordinaire dans la résolution des contentieux sportifs. Elle démontra aussi la nécessité d'avoir un seul organe décisionnel dans le règlement des différends sportifs²⁰. Il était évident que le forum idéal pour une résolution rapide et efficace devait se faire par le biais du TAS. Mais les athlètes et les associations sportives

¹⁹ *Ibid.* à la p. 69.

²⁰ Jack Anderson, «“Taking Sports Out Of The Courts” : Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport» (2000) 10 J. Legal Aspects Sport 123.

hésitaient de se présenter devant le TAS à cause de sa légitimité douteuse et son fort rattachement au CIO²¹.

Or en 1994, dans un effort d'accorder plus de légitimité au TAS, le CIO a créé le Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS) en 1993²². Ce comité, composé de 20 juristes, exerce une fonction purement administrative. En d'autres termes, le CIAS agit comme tampon entre le CIO et le tribunal. Darren Kane explique le motif derrière la création du CIAS de la façon suivante : « The impetus behind the establishment of the ICAS was the desire to make the CAS wholly independent of the IOC by transferring the responsibility of the financing, administration and control of the CAS to the ICAS »²³.

La refonte de 1993 a aussi permis au CIAS de décentraliser le TAS en créant des bureaux régionaux en Amérique du Nord (à Denver, et ensuite à New York) et en Océanie (à Sydney). Ces deux bureaux ont été utiles en guise de préparation pour les Jeux d'Atlanta et Sydney et offrent une alternative pratique au siège social suisse. De plus, afin de combler une autre lacune opérationnelle, le Code a prévu aussi la création d'une division *ad hoc* pour présider les Jeux Olympiques²⁴.

Lors des Jeux Olympiques, il était devenu manifestement important que le TAS puisse rendre des décisions rapides et efficaces, aussitôt qu'un litige se présentait. Il était doublement important pour un athlète qui commettait une infraction de dopage d'entamer

²¹ McLaren, «A New Order», *supra* note 9 à la p. 4.

²² La composition et les principales responsabilités du CIAS sont énumérées dans un document préparé par le TAS. Voir Tribunal Arbitral du Sport, «Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport» (2005), en ligne : <<http://www.tas-cas.org>> aux art. S4 à S11. Voir aussi McLaren, *supra* note 13, à la p. 519.

²³ Kane, *supra* note 12 à la p. 616.

²⁴ *Ibid.* à la p. 619-622. Voir aussi McLaren, *supra* note 13 à la p. 520.

un appel dans les plus brefs délais, surtout s'il n'avait pas encore participé aux épreuves. Pour cette raison, l'article 61 de la Charte Olympique (l'article 74 dans la version anglaise) prévoyait : « Tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au Tribunal Arbitral du Sport, conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport »²⁵.

Le CIO avait accordé à la Division *ad hoc* pleine préséance sur les litiges lors des Jeux Olympiques. Cette division a siégé pour la première fois aux Jeux d'Atlanta en 1996. Le but de la Division *ad hoc* était de pouvoir rendre des décisions dans un délai maximal de 24 heures suivant le dépôt de la soumission de la partie plaignante²⁶. Comme le souligne Richard McLaren : « The motivation behind the establishment of the AHD was to augment, and not to attenuate, athletes' rights »²⁷. Mais comme nous allons voir, la création de la division *ad hoc* n'avait pas entièrement produit les effets escomptés pour les athlètes.

Dopage et le principe de la responsabilité stricte

Qu'est-ce qu'une infraction de dopage? Les Règles antidopage du CIO définissent le dopage comme étant une ou plusieurs des violations suivantes :

- La présence d'une *substance interdite*, de ses *métabolites* ou de ses *marqueurs* dans le *prélèvement* corporel d'un athlète;
- L'*usage* ou la tentative d'*usage* d'une *substance* ou *méthode interdite*;

²⁵ Comité International Olympique, «Charte Olympique » (2005), en ligne : <<http://www.olympics.org>> à l'art. 61.

²⁶ Kane, *supra* note 12 à la p. 620.

²⁷ McLaren, *supra* note 9, à la p. 4.

- Le refus ou le fait de se soustraire sans justification valable à un prélèvement d'échantillons après notification;
- La violation des exigences de disponibilité des athlètes pour les contrôles;
- La falsification ou la tentative de falsification de tout élément du processus de prélèvement ou d'analyse des échantillons;
- La possession de substances ou méthodes interdites;
- Le trafic de toute substance ou méthode interdite; et
- L'administration ou la tentative d'administration d'une substance interdite ou d'une méthode interdite à un athlète²⁸.

Toutefois, l'article 2.1.1 précise qu'il :

incombe à l'athlète de s'assurer qu'aucune substance interdite ne pénètre dans son organisme. Les athlètes sont responsables de toute substance interdite, de ses métabolites ou marqueurs, dont la présence est décelée dans leurs prélèvements corporels. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de faire la preuve de l'intention, de la faute, de la négligence ou de l'usage conscient de la part de l'athlète pour établir une violation des règles antidopage en vertu de l'article 2.1²⁹.

Autrement dit, l'athlète a une responsabilité stricte quant aux produits qu'il ingère, peu importe les circonstances ou les moyens utilisés pour arriver au test positif. Une fois que le test révèle la présence d'une substance interdite³⁰, le fardeau de preuve

²⁸ Comité International Olympique, «Règles antidopage du Comité International Olympique» (2004), en ligne : <<http://www.olympic.org>> aux art. 2.1 à 2.8 [Règles antidopage].

²⁹ *Ibid.* à l'art. 2.1.1.

³⁰ La substance en question doit figurer sur la liste des substances interdites par l'Agence mondiale antidopage. Voir Agence mondiale antidopage, «Liste des interdictions 2004 : Standard international» (2004), en ligne : <<http://www.wada-ama.org>>. Aux Jeux de 1998, Ross Rebaglati avait gagné la médaille

est inversé. Il incombe à l'athlète de prouver l'invalidité du résultat au-delà d'une prépondérance des probabilités³¹. Il ne peut pas utiliser comme preuve son insouciance ou l'avis d'un médecin. L'athlète doit essentiellement prouver que le laboratoire n'a pas exercé son obligation de diligence et que sa négligence pouvait avoir un impact sur les résultats du prélèvement³².

Dans son article intitulé : «Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration : The Case Law of the Court of Arbitration for Sport», Frank Oschütz accorde une attention particulière au débat qui englobe le principe de la responsabilité stricte dans le domaine sportif. Oschütz prétend que l'éthique sportive et les valeurs universelles de l'olympisme justifient ce niveau de responsabilité élevé. Il dit :

The arbitrators considered themselves as having the task of [e]nsuring that the law, the basic principle of innocence, and that the correct application of the rules of the federation were respected. [...] The CAS also emphasized the need for effective measures in the fight against doping. [...] The high objectives and practical necessities of the fight against doping may justify the application of strict definitions and rules without exemptions. These objectives notably justified the strict liability rule so that the federation does not have to prove the guilty intent of the athlete. For these reasons (and until lately), most of the Panels were not convinced that this standard was unreasonable or contrary to natural justice or constituted an unreasonable restraint of trade³³.

d'or pour la planche à neige, mais son prélèvement d'urine contenait des métabolites de cannabis. Puisque les canabinoïdes ne figuraient pas, à ce moment-là, sur la liste des interdictions du CIO, il a pu garder sa médaille et éviter une suspension automatique de deux ans. Voir notamment McLaren, «A New Order», *supra* note 9 aux pp. 11-12.

³¹ Voir Agence mondiale antidopage, « Code mondial antidopage » (2003), en ligne : <<http://www.wada-ama.org>> à l'art. 3.2.1 et commentaires [CMA]. Voir aussi Jan Willem Soek, « The Fundamental Rights of Athletes in Doping Trials » dans John O'Leary, dir., *Drugs and Doping in Sport : Socio-Legal Perspectives*, London, Cavendish, 2001 57 à la p. 69.

³² Joseph de Pencier, «Law and Athlete Drug Testing in Canada» (1994) 4 Marq. Sports L. Rev. 259 à la p. 293.

³³ Oschütz, *supra* note 16 à la p. 681.

Essentiellement, ce principe est fondé sur le concept délictuel; la partie défenderesse est responsable du dommage causé sans nécessairement évaluer la présomption de sa culpabilité. Oschütz précise davantage la définition de ce qui constitue une application de la responsabilité stricte, en disant : « The concept of “strict liability,” as it has been used in doping cases, does not imply an intentional element. [...] There is no tie between sanction and intent »³⁴.

L'affaire Raducan³⁵ offre un excellent portrait de l'application de la responsabilité stricte dans le contexte olympique. Andreea Raducan, une gymnaste roumaine âgée de 15 ans en 2000, avait gagné une médaille d'or aux Jeux de Sydney. Suite à un test obligatoire après sa compétition, les testeurs ont découvert que le prélèvement de Raducan contenait la pseudo-éphédrine, une substance interdite par le CIO. Sa médaille a été automatiquement enlevée et Raducan a été suspendue sur-le-champ. Raducan a immédiatement intenté un appel devant le TAS. Elle a affirmé qu'elle s'était fiée à l'expertise de son entraîneur, qui lui avait fourni, par inadvertance, des médicaments qui se trouvaient sur la liste des substances interdites. De plus, le taux de pseudo-éphédrine ingéré était si minime que l'impact sur la performance de Raducan était négligeable. Malgré la négligence évidente du médecin, et bien que la sympathie du tribunal soit clairement en faveur de la gymnaste, le comité *ad hoc* se sentait incapable de dévier de la disposition prévue par la Charte Olympique. Autrement dit, l'intention et l'insouciance de la partie responsable ne pouvaient pas être admises comme moyens de défense³⁶.

³⁴ *Ibid.* à la p. 686.

³⁵ *Raducan c. Comité International Olympique (CIO)*, décision du 28 septembre 2000, dans Décisions du TAS (2000) 111 [Raducan]. Voir aussi McLaren, *supra* note 13 aux pp. 535-536.

³⁶ McLaren, *ibid.* à la p. 536.

En examinant le principe de la responsabilité stricte, les auteurs citent souvent l'affaire Raducan comme un exemple de l'application rigide du libellé de la Charte Olympique. Mais la plupart d'entre eux prônent l'admissibilité des facteurs contextuels et subjectifs, lors de la défense de l'athlète, afin d'éviter des erreurs judiciaires de ce genre. Oschütz affirme : « [...] a pure strict liability regime would not leave room for the athlete to provide exculpatory evidence, and thus did not distinguish between athletes who were doped deliberately, negligently or without their knowledge »³⁷. McLaren ajoute que malgré le fait que les arbitres du TAS ne peuvent pas considérer les aspects subjectif et contextuel de chaque situation, suite à la suspension automatique pour une infraction de dopage, « consideration of the subjective element of each case is left in the hands of the IOC »³⁸.

Mais la meilleure justification de la responsabilité stricte (aussi connue comme une responsabilité « objective ») se trouve dans les commentaires du Code mondial antidopage :

Il est vrai que la règle de la responsabilité objective peut s'avérer injuste dans un cas particulier [...] ou un sportif peut avoir pris un médicament en raison d'un étiquetage incomplet ou d'un conseil erroné, ce dont il n'est pas responsable, notamment en raison d'une maladie subite dans un pays étranger. Mais il s'avère, d'un certain point de vue, aussi « injuste » pour un sportif de subir une intoxication alimentaire à la veille d'une importante compétition. Or, dans un cas comme dans l'autre, les règles de la compétition ne sont pas modifiées pour remédier à cette injustice³⁹.

³⁷ Oschütz, *supra* note 16 à la p. 687.

³⁸ McLaren, *supra* note 13 à la p. 541.

³⁹ CMA, *supra* note 31 à la p. 9.

Quoique le principe de la responsabilité stricte suite à l'affaire Raducan ait généré un tollé médiatique, il est peu probable que le TAS et le CIO adoptent des règles marginalement plus souples lors des prochains Jeux Olympiques.

Dopage et enjeux constitutionnels

L'effet le plus inattendu de la création du TAS était l'élaboration d'une série de jurisprudence sportive, ou *lex sportiva*⁴⁰. Le TAS, n'étant plus reconnu simplement comme étant un tribunal de règlement des cas de dopage, a tranché plusieurs litiges touchant la nationalité des athlètes, la commercialisation du sport et l'admissibilité des compétiteurs. Or, les droits des sportifs sont d'autant plus un enjeu sérieux et contentieux dans les dernières années.

Pendant les années 1990, le CIO a misé ses efforts pour développer un régime juridique proprement lié aux sports. Le TAS est maintenant reconnu mondialement comme étant la cour de dernière instance en matière sportive. Par contre, dans les dernières années, le Mouvement Olympique a redirigé ses efforts dans la lutte contre le dopage. Plus spécifiquement, le CIO a développé des organes administratifs et des politiques modernes pour développer des nouvelles formes de dépistage pour combattre la crise du dopage athlétique.

Comme nous l'avons déjà souligné, les années 1970 et 1980 étaient marqués par l'utilisation notoire des stéroïdes anabolisants. Leur utilisation était si répandue car il n'existait aucun moyen de dépistage efficace. Or, depuis le scandale de Bon Johnson, l'utilisation des anabolisants a chuté dramatiquement. Mais les laboratoires

⁴⁰ Voir, par ex., Kane, *supra* note 12; McLaren, «A New Order», *supra* note 9; McLaren, «Introducing the Court of Arbitration for Sport», *supra* note 13.

pharmaceutiques sont restés à un pas d'avance des programmes de dépistage. Ils se sont tournés vers le dopage sanguin et génétique, deux méthodes presque indétectables par les moyens actuels du CIO⁴¹. La course aux armements biochimiques avance à grands pas.

Suite à ces révélations, il était nécessaire pour le Mouvement Olympique de se doter d'outils dans leur lutte contre le dopage. Plus précisément, le CIO a souligné la « nécessité d'avoir un organisme international indépendant qui établirait des normes uniformes pour la lutte contre le dopage et coordonnerait les efforts des organismes sportifs et le pouvoir public »⁴².

En 1999, suite à une conférence internationale sur le dopage, le CIO créa l'Agence mondiale antidopage (AMA). L'AMA est sans doute l'institution centrale dans la lutte contre le dopage. Elle coordonne tous les tests effectués par les fédérations sportives de son siège social à Montréal. De plus, en 2003, l'AMA publia le Code mondial antidopage (CMA), un code innovateur dans l'application des mécanismes de dépistage, de prévention et de sanctions pour des infractions de dopage. Le CMA a comme but de « promouvoir la lutte antidopage par l'harmonisation universelle des principaux éléments liés à la lutte antidopage »⁴³.

Afin de s'assurer d'une interprétation et d'une application uniforme des règles antidopage, le CIO a mandaté que tous les pays, tous les comités olympiques et toutes les fédérations sportives internationales adoptent ce Code comme la pierre angulaire de leur campagne contre le dopage. Tous les pays membres des Olympiques et toutes les

⁴¹ Bien que la nouvelle vague de dopage (y compris le dopage génétique) constitue un sujet passionnant, pour les fins de ce texte nous nous limiterons à une discussion superficielle de ce thème.

⁴² Voir Agence mondiale antidopage, «Bref historique du dopage», *supra* note 2.

⁴³ CMA, *supra* note 31.

fédérations sportives doivent obligatoirement adopter ce Code avant les prochains Jeux d'hiver en 2006⁴⁴. Or, le Programme canadien antidopage, publié en 2004, prévoit les mêmes processus et les mêmes sanctions que le CMA⁴⁵.

Dopage et recours constitutionnel

Quel est le rôle de l'État dans la réglementation du sport et dans la lutte contre le dopage? Le sport devrait-il être réglementé par une législation quelconque? Est-ce que les infractions de dopage devraient-elles être criminalisées avec la même sévérité que les autres infractions de drogue? Le gouvernement a-t-il le droit de s'ingérer dans le sport pour imposer une éthique universelle⁴⁶?

Le gouvernement canadien en soi n'est pas habilité pour réglementer le sport. Mais, par le biais de son pouvoir de dépenser, il octroie du financement important aux associations sportives nationales à condition que celles-ci respectent certains critères (dont le CMA, par exemple). « Dans le cadre de ce contrôle, il peut notamment se faire communiquer les documents administratifs et comptables des différentes fédérations, et demander des justifications sur l'emploi des subventions »⁴⁷. Puisque la participation aux sports à un niveau élite est un privilège (pas un droit), la complicité aux règlements

⁴⁴ Il est important de noter que tous les acteurs olympiques ont ratifié ce code bien avant la date d'échéance.

⁴⁵ Centre canadien pour l'éthique dans le sport. Voir Centre canadien pour l'éthique dans le sport, «Programme canadien antidopage» (2004), en ligne : <<http://www.cces.ca>>.

⁴⁶ Richard W. Pound, «Performance-enhancing Drugs in Sport» (2000) 55 Int'l J. 485 à la p. 494.

⁴⁷ Jean Gatsi, *Le droit du sport*, Paris, PUF, 2000 à la p. 8.

antidopage est assurée et plus acceptée. Or, les athlètes qui font partie de ces associations sportives doivent, aux aussi, respecter ces règles comme condition de leur admissibilité⁴⁸.

Il est évident que la CMA entre en conflit avec plusieurs droits inhérents qui sont à la base du constitutionnalisme canadien. Puisque l'État n'est pas habilité pour s'ingérer dans la réglementation sportive, les athlètes novices et professionnels ont-ils donc un recours devant les tribunaux canadiens?

Ce débat a fait l'objet de quelques textes peu après la Commission Dubin. Notamment, Joseph de Pencier, dans son article intitulé : «Law and Athlete Drug Testing in Canada», estime que les athlètes devraient avoir recours aux tribunaux canadiens en cas d'abus flagrant de leurs droits. Il dit : «Doping control involves a classic legal tension between group and individual rights. Athletes as a group have an interest in fair competition. [...] There must be fair procedures for an individual to challenge a finding of doping »⁴⁹. Il est important de noter, par contre, que son article a été rédigé en 1994, à l'époque où le TAS subissait d'importantes modifications structurelles.

Tout d'abord, les athlètes qui cherchent de se présenter devant un tribunal pour invoquer la Charte frappent un mur juridictionnel. Les athlètes qui sont membres des fédérations sportives sont associés sur une base contractuelle. Le droit public n'a aucune application pour réglementer le comportement des athlètes à l'intérieur de la sphère

⁴⁸ de Pencier, *supra* note 32 à la p. 261.

⁴⁹ *Ibid.* aux pp. 259-260.

sportive car les règles du jeu constituent des règlements qui ont été acceptées de façon mutuelle et privée⁵⁰.

De façon plus sérieuse, une application stricte des règles de dopage dans le contexte sportif entre en conflit avec la protection des droits fondamentaux de la personne. Entre autres, l'athlète est privé d'une défense pleine et entière, et il est automatiquement déclaré coupable pour l'infraction (ce qui va à l'encontre du principe de la présomption d'innocence).

Après la Commission d'enquête parlementaire portant sur l'affaire Ben Johnson, l'honorable juge Dubin a affirmé que la présomption d'innocence n'avait aucune application dans le contexte du dopage. Il a écrit : « The issue of random drug testing does not engage the provision of the Charter of Rights and Freedoms concerning the presumption of innocence. [...] The right to presumption of innocence has no application to issues of drug testing in sport »⁵¹.

Mais cette citation a été écrite bien avant l'avènement de l'AMA et du CMA. Depuis ce temps, une nouvelle série de mesures a été adoptée pour administrer le prélèvement des échantillons pour le testage.

Plus précisément, la protection de la vie privée est sérieusement brimée lors des tests inopinés. Entre autres, le CMA prévoit une politique de dépistage innovateur mais très onéreux pour l'athlète. La politique, communément appelée « knock and pee », vise à effectuer des tests sans préavis à n'importe quel moment dans l'année. L'athlète doit donc avertir un membre de sa fédération sportive de sa localisation en tout temps. Autrement dit : « The field tester visits the athlete's home or training facility. The athlete

⁵⁰ Pound, *supra* note 46 aux pp. 485-486.

⁵¹ Rapport Dubin, *supra* note 4 aux pp. 492-493. Voir aussi de Pencier, *supra* note 32 à la p. 286.

must go to the bathroom, accompanied by the tester, undress from the waist down and, in full view of the tester, give a urine sample »⁵². Si l'athlète s'absente sans avertissement, et un testeur vient effectuer un test inopiné à ce moment, l'athlète aura commis une infraction en vertu de l'article 2.4 du CMA, ce qui constitue une violation de dopage⁵³.

En plus des grands obstacles logistiques et financiers⁵⁴, il existe bien sûr, de nombreux problèmes éthiques qui entourent cette méthode. La politique des tests inopinés a été sévèrement critiquée par des agences, tel que le Commissariat de la vie privée, qui veulent préserver la vie privée des athlètes. Mais il va sans dire que cette nouvelle méthode de dépistage est nécessaire pour surveiller de très près les athlètes qui risquent d'employer des méthodes illicites pour obtenir un meilleur rendement. Comme le souligne l'AMA dans son Code : « Les contrôles inopinés hors compétition constituent l'élément clé d'un dispositif antidopage efficace. Sans informations précises sur la localisation de l'athlète, de tels contrôles sont inefficaces et parfois impossibles »⁵⁵.

Un autre argument qui a été avancé pour justifier de telles mesures est celui du consentement de l'athlète. Effectivement, lorsque l'athlète se joint à une fédération sportive ou à une association olympique, il renonce implicitement à certains droits constitutionnels (comme la protection de la vie privée et la présomption d'innocence) et

⁵² Edward Jurith dans «Panel II : Regulations Governing Drugs and Performance Enhancers in Sport » (2002) 12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 337 à la p. 346.

⁵³ CMA, *supra* note 34 à la p. 11.

⁵⁴ Jacobs et Samuels, *supra* note 2.

⁵⁵ CMA, *supra* note 34 à la p. 11.

se soucrit aux conventions internationales préexistantes, même si celles-ci sont contraires à la Charte⁵⁶.

L'arrêt *R. c. Dyment*⁵⁷ est souvent cité comme l'exemple classique de la théorie du consentement. M. Dyment a été sévèrement blessé lors d'un accident d'automobile. Lorsqu'il a été amené à l'hôpital, le médecin avait pris un échantillon de son sang sans son consentement et l'avait donné à un agent de police. Après l'analyse toxicologique, M. Dyment avait été trouvé coupable d'avoir causé l'accident en combinant de l'alcool avec des médicaments antihistaminiques. M. Dyment intenta un appel jusqu'à la Cour suprême, argumentant qu'il y a eu une violation des articles 7 et 8 de la Charte.

La Cour donna gain de cause à Dyment, en disant : « Prendre un échantillon d'une substance corporelle d'une personne sans son consentement [...] viole le droit à la sécurité de la personne »⁵⁸. La Cour continua, en affirmant : « Il y a saisie au sens de l'article 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement »⁵⁹.

L'arrêt *Dyment* établit les critères d'une saisie abusive. Il faut absolument obtenir le consentement de la personne (sauf en cas d'urgence ou si la loi le prévoit) avant de lui enlever un objet ou une substance de son corps. Mais cela ne signifie pas qu'un athlète qui refuse de participer à un test inopiné n'est pas obligé de fournir un échantillon de son urine. Lorsque l'athlète entre en compétition, il consent implicitement aux règles qui gouvernent le sport. Puisque les règles du sport requièrent un prélèvement, le

⁵⁶ de Pencier, *supra* note 32 à la p. 277. Voir aussi *Ozubko and Chabot v. Manitoba Horse Racing Commission* [1987] 1 W.W.R. 149, 33 D.L.R. (4th) 714 (C.A. Man).

⁵⁷ *R. c. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, 55 D.L.R. (4th) 503 [Dyment].

⁵⁸ *Ibid.* au para. 9.

⁵⁹ *Ibid.* au para. 26.

consentement de l'athlète a été obtenu au préalable. Donc, il n'y a ni une violation de l'article 7, ni de l'article 8 de la Charte.

Les décisions du TAS ont-elles des répercussions constitutionnelles pour les athlètes canadiens? Il existe plusieurs motifs valables qui peuvent expliquer et justifier un prélèvement positif. Le sportif devrait avoir le droit de se défendre contre ces allégations sérieuses, surtout lorsque sa carrière est en péril. Bien que certains principes puissent brimer des droits fondamentaux garantis par la Charte, il semble que la Charte n'ait aucune application dans le domaine sportif. Comme le soulignent Kane et Polvino, respectivement : « Generally, the jurisdiction of the CAS extends to any private dispute with a nexus to sport »⁶⁰. « The courts [will] still be there to deal with issues in which fundamental principles of human rights are at stake, but the courts are not there to run the Olympics »⁶¹.

Dopage et dilemme culturel

Il existe une multitude de questions éthiques au sujet du dopage sportif. Qu'on le veuille ou non, le dopage est fortement imprégné dans notre culture car nous sommes à la recherche sans cesse la perfection et l'excellence. Comme l'indique le Dr. Bourgat, « Le dopage est, en fait, le dernier des révélateurs des dérives de notre société de consommation »⁶².

⁶⁰ Kane, *supra* note 12 à la p. 622.

⁶¹ Polvino, *supra* note 11 à la p. 380.

⁶² Bourgat, *supra* note 5 à la p. 9.

Il semble que le dopage (ou toute autre forme de tromperie) fait partie de la culture de l'excellence et de la perfection physique. Nous sommes bombardés par des images de personnalités qui réussissent avec le moindre effort. Les compagnies pharmaceutiques publicisent leurs suppléments diététiques qui produisent les résultats escomptés en remplaçant l'exercice.

L'objectif de cette politique sévère de dépistage est d'assurer une équité entre les participants. Mais cet objectif est-il vraiment atteignable? Même si le Mouvement Olympique peut garantir que le dopage chimique a été complètement éliminé, il est clair que les athlètes qui auront les plus grandes ressources financières (accès aux meilleurs entraîneurs, les meilleurs camps d'entraînement, le meilleur équipement) seront toujours avantagés. Comme le mentionne James Jacobs et Bruce Samuels : « Determining what constitutes unfair sporting advantage is very complex given an enterprise in which competitors are persistently searching for advantages over one another »⁶³. Donc, le rêve utopique du « level playing field » ne pourra jamais se réaliser, même en écartant la composante du dopage.

Tous les experts croient que le dopage est un problème sérieux, et met en péril non seulement la santé des athlètes élités, mais aussi toute une génération de jeunes qui croient que la seule façon de réussir c'est par le biais de produits chimiques. Mais la question plus importante qui se pose est de savoir si nous pouvons donc écartier le dopage de notre culture. Plusieurs auteurs, dont le Président du AMA Richard Pound, croient que cet objectif est tout à fait réalisable. D'autres, comme Edward Jurith, adoptent une position plutôt pessimiste (ou réaliste) face à ce fléau. Il dit : « The doctors and the players seem to stay one step ahead of the drug-testing program, so there is always going

⁶³ Jacobs et Samuels, *supra* note 2 à la p. 558 ff. 5.

to be something new happening in the world of drug taking that we do not know about »⁶⁴.

Conclusion

Le but du présent article n'était pas d'imposer une valeur éthique quant à l'utilisation de substances illicites. Au contraire, cet article visait à explorer les mécanismes mis en œuvre pour combattre la plus grande crise dans l'histoire du sport, ainsi qu'à examiner les divers recours qui sont offerts aux athlètes élités au Canada.

Le Mouvement Olympique, conscient de l'étendu de ce problème parmi les athlètes olympiques, a élaboré une série de mesures pour lutter contre la course aux armements biomédicaux. Entre autres, le TAS coordonne tout litige touchant le domaine sportif, et assure une application universelle des règlements des fédérations sportives internationales.

Depuis que le CIO a pris connaissance de la nouvelle génération de substances illicites consommée par leurs athlètes, nous avons vu la création de l'AMA, l'institution centrale dans la lutte contre le dopage. De plus, un Code universel a été adopté par tous les signataires de la Charte olympique, ainsi que toutes les fédérations sportives qui participent aux Jeux Olympiques. Ceci garantira une vigilance accrue de tous les acteurs impliqués dans le Mouvement Olympique, et favorisera une promotion plus active des dangers du dopage.

Par contre, cette nouvelle vigilance n'est pas sans prix. Ceux et celles qui participent à un sport au niveau élite doivent implicitement céder certains droits

⁶⁴ Jurith, *supra* note 53 à la p. 364.

fondamentaux – comme la protection de la vie privée, la présomption d’innocence et le droit à un procès équitable – afin de s’assurer qu’ils entrent en compétition de façon équitable. Puisque le sport est auto-réglementé, et qu’il est géré selon une base contractuelle, les sportifs ont très peu de recours devant les tribunaux canadiens ordinaires pour faire respecter leurs droits.

Le dopage sportif n’est pas un produit de la modernité, ni du capitalisme. Il est présent, sous une forme ou une autre, dans tous les pays du monde. Le phénomène du dopage biochimique est l’exemple le plus récent d’une longue histoire de tricherie et de tromperie afin de se doter d’un avantage contre nos compétiteurs. Or, la devise olympique n’est qu’une simple réflexion de notre devise de vie quotidienne : plus loin, plus haut, plus fort. Autrement dit, il est devenu de plus en plus acceptable de gagner à tout prix. Si la fin équivaut à la victoire, tout moyen qui est utilisé pour atteindre cet objectif serait justifiable.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

JURISPRUDENCE

Ozubko and Chabot v. Manitoba Horse Racing Commission [1987] 1 W.W.R. 149, ... (C.A. Man).

R. c. Dymont, [1988] 2 S.C.R. 417.

Raducan c. Comité International Olympique (CIO), décision du 28 septembre 2000, dans *Décisions du TAS* (2000) 111.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Bourgat, Michel. *Tout savoir sur le dopage*, Lausanne, Favre, 1999.

Gatsi, Jean. *Le droit du sport*, Paris, PUF, 2000.

Houlihan, Barrie. *Sport and International Politics*, Toronto, Harvester Wheatsheaf, 1994.

Oleary, John, dir. *Drugs and Doping in Sport : Socio-Legal Perspectives*, London, Cavendish, 2001.

Siri, Françoise, dir. *La fièvre du dopage : du corps du sportif à l'âme du sport*, Paris, Autrement, 2000.

DOCTRINE : ARTICLES

Anderson, Jack. «“Taking Sports Out Of The Courts” : Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport» (2000) 10 *J. Legal Aspects Sport* 123.

Jacobs, James B. et Bruce Samuels. «The Drug Testing Project in International Sports : Dilemmas in an Expanding Regulatory Regime» (1995) 18 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 557.

- Jurith, Edward (modérateur). «Panel II : Regulations Governing Drugs and Performance Enhancers in Sport» (2002) 12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 337 à la p. 346.
- Kane, Darren. «Twenty Years On : An Evaluation of the Court of Arbitration for Sport» (2003) 4 Melb. J. Int'l L. 611.
- McLaren, Richard. «A New Order : Athletes' Rights and the Court of Arbitration at the Olympic Games» (1998) VII Olympika 1.
- McLaren, Richard H. «Introducing the Court of Arbitration for Sport : The Ad Hoc Division at the Olympic Games» (2001) 12 Marq. Sports L. Rev. 515.
- Oschütz, Frank. «Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration : The Case Law of the Court of Arbitration for Sport» (2002) 12 Marq. Sports L. Rev. 675.
- Pencier, Joseph de. «Law and Athlete Drug Testing in Canada» (1994) 4 Marq. Sports L. Rev. 259.
- Polvino, Anthony T. «Arbitration as Preventative Medicine for Olympic Ailments : The International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport and the Future for the Settlement of International Sporting Disputes» (1994) 8 Emory Int'l L. Rev. 347.
- Pound, Richard W. «Performance-enhancing Drugs in Sport» (2000) 55 Int'l J. 485.

RAPPORTS GOUVERNEMENTAUX

Canada. *Commission d'enquête sur le recours aux drogues et aux pratiques interdites pour améliorer la performance athlétique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.

SOURCES ÉLECTRONIQUES

- Agence mondiale antidopage. «Bref historique du dopage» (2005), en ligne : <<http://www.wada-ama.org>>.
- Agence mondiale antidopage. «Code mondial antidopage» (2003), en ligne : <<http://www.wada-ama.org>>.
- Agence mondiale antidopage. «Liste des interdictions 2004 : Standard international» (2004), en ligne : <<http://www.wada-ama.org>>.

Centre canadien pour l'éthique dans le sport. «Programme canadien antidopage» (2004), en ligne : <<http://www.cces.ca>>.

Centre for Sport and Law. «Canadian Doping Control Regulations» (2000), en ligne : Centre for Sport and Law <<http://www.sportlaw.ca/doping/dopregtofc.htm>>.

Comité International Olympique. «Charte Olympique» (2005), en ligne : <<http://www.olympics.org>>.

Comité International Olympique. «Règles antidopage du Comité International Olympique» (2004), en ligne : <<http://www.olympics.org>>.

Reeb, Matthieu. «Le Tribunal arbitral du sport» (2005), en ligne : <<http://www.tas-cas.org/fr/histoire/histoireA.htm>>.

Tribunal Arbitral du Sport. «Guide de l'arbitrage» (2005), en ligne : <<http://www.tas-cas.org>>.

Tribunal Arbitral du Sport. «Règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques» (2005), en ligne : <<http://www.tas-cas.org>>.

Tribunal Arbitral du Sport. «Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport» (2005), en ligne : <<http://www.tas-cas.org>>.