

Schendt
dopingbestrijding
mensenrechten?

MASTER THESIS
UNIVERSITEIT MAASTRICHT

Gerke Berenschot

Schendt
dopingbestrijding
mensenrechten?

MASTER THESIS
UNIVERSITEIT MAASTRICHT

Gerke Berenschot

Begeleider: Jakob van der Velde

Colofon

Deze scriptie is in elektronische vorm met klikbare links beschikbaar via <http://www.sport-en-recht.nl/vsr/winnaars>.

De elektronische versie is voorzien van ruim 180 klikbare links naar de onderliggende bronnen van het notenapparaat en een klikbare inhoudsopgave voor eenvoudige en snelle navigatie.

email: gberenschot@hotmail.com

© 2010 Gerke Berenschot

All rights reserved

Versie 2, met aanvulling: 25 november 2010.

Inhoud

1	Dopingbestrijding schendt mensenrechten	15
1.1	Onderzoeksvraag	15
1.2	Dopingbestrijding noodzakelijk	16
1.2.1	Overwegingen om doping te gebruiken	17
1.2.2	Grondslagen om doping te bestrijden	18
1.2.2.1	Dopinggebruik is gevaarlijk voor de gezondheid van atleten.	18
1.2.2.2	Dopinggebruik levert onrechtmatig verkre- gen voordeel	18
1.2.2.3	Dopingbestrijding is legitiem	18
1.2.2.4	Dopingbestrijding onderschreven door alle betrokkenen	19
1.3	Plaats van dopingbestrijding binnen het recht	19
1.3.1	Dopingbestrijding is tuchtrecht	20
1.4	EVRM van toepassing op dopingbestrijding	21
1.4.1	Criminal charge zonder waarborgen	21
1.4.2	Equality of arms	22
1.4.3	Disproportioneel	22
1.5	Uitsluiting van de rechter	22
1.6	Geen schadeplicht door onduidelijke structuur	23
1.6.1	Geen schadeplicht	23
1.6.2	Gebrek aan structuur	24
1.7	Oplossing	25
1.7.1	Tuchtrecht ontoereikend	25
1.7.2	Dopingbestrijding overheidstaak	26
2	Structuur in de strijd tegen doping?	27
2.1	Structuur historisch bepaald	27
2.2	Harmonisatie noodzakelijk	28
2.3	Ondanks harmonisatie nevenschikkende bevoegdheden	28
2.3.1	Nevenschikkende bevoegdheden leiden tot rechtsonge- lijkheid en rechtsonzekerheid	29

2.3.1.1	Valverde	29
2.3.1.2	Pellizzotti en Valjavec	30
2.3.2	Nevenschikkendheid bewust gewenst	30
2.3.3	Nevenschikkende bevoegdheden tot controle	31
2.3.3.1	Internationaal Olympisch Comité	31
2.3.3.2	Nationaal Olympisch Comité	32
2.3.3.3	Internationale Sportfederaties	33
2.3.3.4	WADA	33
2.3.3.5	Nationale Anti-Doping Organisatie	34
2.3.4	Nevenschikkende bevoegdheden in procedure	34
2.3.4.1	Internationaal Olympisch Comité	35
2.3.4.2	Nationale Anti-Doping Organisatie	35
2.3.4.2.1	Nationaal Olympisch Comité	36
2.3.4.2.2	Nationale Anti-Doping Organisatie	36
2.3.4.3	Internationale Sportfederaties	37
2.3.4.4	WADA	38
2.4	Consequenties nevenschikkende bevoegdheden	38
2.4.1	Conflicten over verboden middelen	39
2.4.2	Conflicten over controles	40
2.4.3	NADO's bevoegd over andere nationaliteiten	40
2.5	Samenvatting	41
2.5.1	Gevolg onduidelijkheid meer overheidsbemoediging	41
2.5.2	WAD Code staat zelf harmonisatie in de weg	42
3	Artikel 6, Recht op een eerlijk proces	43
3.1	EVRM, ontvankelijkheid klachten	43
3.1.1	Europese schending	43
3.1.2	Slachtoffervereiste	43
3.1.2.1	Europese nationaliteit geen vereiste	44
3.1.3	Ontvankelijkheid klachten schendingen door dopingbestrijding	44
3.1.3.1	Verweren van de staat tegen een klacht	44
3.1.3.2	Verweren van de klager tegen de verweren van de staat	44
3.1.3.3	Onvoldoende bescherming	44
3.1.4	Processtrategie	45
3.2	Horizontale werking	45
3.3	Tribunaal	46

3.4	Dopingregelgeving staat op gespannen voet met recht op een eerlijk proces	47
3.5	The right to an effective remedy	47
3.5.1	Artikel 6 lid 1 van toepassing; Civil rights and obligations	47
3.5.2	Artikel 6 lid 2 en 3 van toepassing; Criminal Charge	48
3.5.2.1	Financial sanctions	50
3.5.2.2	Punitieve boete	50
3.5.2.3	Vergelijk privaatrechtelijke boete	51
3.5.2.4	Rol van de Overheid	53
3.6	Procedurele waarborgen	53
3.6.1	Equality of arms	54
3.6.1.1	Uitzonderingspositie WADA	54
3.6.1.2	Ontbreken van rechtsbijstand	55
3.6.2	De redelijke termijn	55
3.6.2.1	Onzekerheid	57
3.6.2.2	Belangen van medesporters	57
3.6.2.3	Ad Hoc Tribunalen	58
3.6.3	Onafhankelijkheid en onpartijdigheid	58
3.6.4	Presumptie van onschuld	58
3.6.4.1	Bewijslast ongelijk	59
3.6.4.2	Self-incrimination?	60
3.6.5	Recht op een tolk/vertaler	61
3.6.6	Détournement de pouvoir	61
3.7	Samenvatting	62
4	Legaliteit en rechtszekerheid	65
4.1	Rechtszekerheid	65
4.2	Belang kenbaarheid voor het legaliteitsvereiste	67
4.3	Overtredingsbegrip in WAD Code voldoet niet aan kenbaarheids-element	67
4.3.1	Geen kenbare codificatie in WAD Code	68
4.3.2	Ratio van open formulering	68
4.3.2.1	Nieuwe ontwikkelingen	68
4.3.2.2	Dopingopsporing schiet te kort - men loopt achter de feiten aan.	69
4.3.3	Probleem	69
4.3.4	CAS	70
4.3.5	EVRM	71
4.3.5.1	Belang	71

4.3.5.2	Voorwaarden	71
4.3.5.2.1	Straf	71
4.3.6	Toekomstige terugwerkende kracht	72
4.4	Conclusie	73
5	Toegang tot de rechter	75
5.1	Onafhankelijk en onpartijdig gerecht	75
5.2	WADA en CAS sluiten burgerlijke rechter uit	75
5.2.1	Uitsluiting toetsing regelgeving	76
5.2.2	Legal Opinion CAS sluit algemene rechtsbeginselen uit	76
5.2.2.1	Vrijwilligheid atleten rechtvaardiging uitsluiting rechter	76
5.3	Uitsluiting burgerlijke rechter vooropgesteld doel	77
5.3.1	Tuchtrecht	77
5.3.2	Angst voor schadeclaims doorslaggevend in besluitvorming	78
5.3.3	Argumenten tegen doping-tuchtrecht	79
5.3.3.1	Bevindingen Auditcommissie pleiten tegen tuchtrecht	79
5.3.3.1.1	Gebrekkige kennis	79
5.3.3.1.2	Onvoldoende acceptatie	79
5.3.4	Tuchtrecht in dopingbestrijding vereist meer waarborgen	80
5.4	Samenvatting	81
6	Schadevergoeding bij onrechtmatige sancties	83
6.1	Bewust geen schaderegeling in WAD Code	84
6.1.1	Schadeclaims ontgaan door tuchtrecht	84
6.1.2	Schadeclaims ontgaan door uitsluiting burgerlijke rechter	84
6.1.3	Schadeclaims ontgaan door uitsluiting toetsing regelgeving	85
6.1.4	Schadeclaims ontgaan door ondoorzichtige structuur	85
6.1.5	WAD Code kent schadeplicht voor atleten	85
6.2	Bestanddelen schade voor atleten	85
6.2.1	Schade vanwege beroepsverbod	86
6.2.2	Ontzegging financiële steun	86
6.2.3	Punitieve Boete	87
6.2.4	Juridische kosten	87
6.3	Schadeplicht voor atleten	87

6.3.1	Schadeplicht voor atleet Adrian Mutu	87
6.4	Geen schadeplicht voor organisaties	88
6.4.1	Geen schadeplicht voor organisaties, Petteri Lehtinen	89
6.5	Structureel probleem	90
6.5.1	Bernard Lagat	90
6.5.2	Burgerlijke rechter niet uitsluiten	92
6.5.3	Rutger Beke	92
6.5.4	Structureel probleem	93
6.6	Oplossing; Inspiratie bij het strafrecht, Orde in structuur scheppen	94
6.6.1	Artikel 89 Strafvordering	95
6.6.2	EHRM: codificatie schadevergoeding	95
6.7	Samenvatting	96
7	Samenvatting en conclusie	99
7.1	Samenvatting	99
7.1.1	Dopingbestrijding is legitiem	99
7.1.2	Dopingbestrijding onderschreven door alle betrokkenen	99
7.2	Dopingbestrijding schendt mensenrechten	99
7.2.1	Geen harmonisatie	101
8	Naschrift, aanbevelingen	103
8.1	Analyse	103
8.1.1	WAD Code	103
8.1.2	Onwil	104
8.2	Aanbeveling	104
8.2.1	Amendement van de WAD Code	105
8.2.2	Overheidsingrijpen	106
8.2.3	Proefproces als pressiemiddel	106
8.3	Sports Frontier Foundation	107
9	Vragen voor verder onderzoek	109
9.1	Grenzen van het sportrecht	109
9.2	Doping en strafrecht	109
9.3	Doping onder minderjarige atleten	109
9.4	Doping gebruikt omwille van medische noodzaak	110
10	Arresten	111
10.1	Europees Hof voor de Rechten van de Mens	111
10.2	Commissie Beslissing	113

10.3	Europees Hof van Justitie, Luxemburg	113
10.4	Court of Arbitration for Sport	113
10.5	ITF Independent Anti-Doping Tribunal	113
10.6	Federaal Tribunaal Zwitserland	114
10.7	Regionale Rechtbank Keulen	114
11	Bibliografie	115
12	Afkortingen en begrippenlijst	121
13	Bijlage I, Maatschappelijk belang van Sport	127
13.1	Atleten	127
13.2	Maatschappelijk belang	128
13.2.1	Werkgelegenheid	128
13.2.1.1	Indirecte werkgelegenheid	128
13.2.2	Intellectueel eigendom	129
13.2.3	Infrastructuur	129
13.2.4	Negatief economisch belang	130
13.2.4.1	Negatief financieel effect van doping	130
13.2.4.1.1	Direct belanghebbenden	130
13.2.4.1.2	Concurrenten	131
13.2.5	Sociaal-maatschappelijk	132
13.2.5.1	Vrijwilligerswerk	132
13.2.5.2	Integratie	133
13.2.5.3	Discriminatie	134
13.2.5.4	Gezondheid	135
13.3	Conclusie	136
14	Bijlage II, Redenen om doping te nemen	137
14.1	Eerzucht	137
14.2	Socio-economische status verbeteren	138
14.2.1	Maatschappelijke ladder (socio)	138
14.2.1.1	Minieme kans vergroten	138
14.2.2	Financiële dimensie (economische)	139
14.2.2.1	Professionalisering	139
14.2.2.2	Hoge beloning	139
14.2.2.3	Onevenredigheid in beloning	140
14.3	Kosten-Baten analyse	141
14.3.1	Doel van straf	141
14.3.2	Hoogte van de straf	142
14.3.2.1	Verandering in straf	143
14.3.2.2	Verandering in beloning	143

14.3.3	Pakkans	143
14.4	Oplossing	144
14.4.1	Theorie	144
14.4.2	Werkelijkheid	145
14.4.3	Samenvattend	145
15	Bijlage III, Waarom is doping niet wenselijk?	147
15.1	Dopingbestrijding beschermt mensenrechten	147
15.2	Historie	148
15.3	Reactie: ingrijpende dopingbestrijding	148
15.3.1	Bescherming positieve invloed	149
15.3.2	Motivatie van autoriteiten	150
15.4	Doping is slecht voor de gezondheid	151
15.4.1	Noodzaak van bescherming gezondheid atleten	151
15.4.2	Proces	152
15.4.3	Verslaving	153
15.4.4	Gezondheid is legitiem doel	153
15.5	Doping bevordert de prestatie	153
15.5.1	Oneerlijk	154
15.5.2	Onethisch	155
15.5.3	Doping is oneerlijk want strijdig met regels en ethiek van sport	155
15.6	World Anti-Doping Code (WADC)	156
15.7	Samenvatting	156
16	Bijlage IV, EVRM, ontvankelijkheid van een klacht	159
16.1	EVRM, niet ontvankelijkheid algemeen	159
16.1.1	Europees	159
16.1.1.1	Ratione Loci, grondgebied van Europa	159
16.1.1.1.1	Nationaliteit speelt geen rol	160
16.1.1.1.2	Nederland en België	160
16.1.1.2	Ratione Personae, Europese staten	160
16.1.1.3	Slachtoffervereiste	160
16.1.1.3.1	Schade geen vereiste	160
16.1.2	Bijkomende vereisten	161
16.1.2.1	Nieuwheid	161
16.1.3	Ontvankelijkheid van klachten over schendingen door dopingbestrijding	161
16.1.3.1	Verweren van de staat tegen een klacht	161
16.1.3.2	Staat verantwoordelijk voor een gebrekkige dopingprocedure?	161

16.1.3.2.1	Geen rechtsmacht tijdens de procedure	162
16.1.3.2.2	Geen invloed op de WAD Code	162
16.1.4	Verweren van de klager tegen de verweren van de staat	163
16.1.4.1	Staat rechtstreeks verantwoordelijk	163
16.1.4.1.1	Geschiedenis dopingregelgeving	163
16.1.4.1.2	Rol overheden bij WADA	163
16.1.4.2	Ontvankelijkheid als bescherming ' <i>manifestly deficient</i> '	164
16.1.4.2.1	Ontbreken bescherming onvoldoende	165
16.1.4.2.2	Opzettelijke uitsluiting EVRM	165
16.1.4.2.3	M & Co v. The Federal Republic of Germany, opzettelijke uitsluiting niet toegestaan	165
16.1.5	Processtrategie	166
17	Bijlage V, Artikel 8 EVRM	167
17.1	Valt de klacht binnen het bereik van artikel 8 (1) EVRM?	169
17.1.1	Meldplicht en Aanwezigheidsplicht	169
17.1.2	Verplichting tot het afgeven van lichaamssappen	170
17.1.3	Verplichting tot het verstrekken van (medische) gegevens	171
17.1.4	Wettelijke grondslag	172
17.1.5	Legitiem doel	172
17.1.6	Proportionaliteit	173
17.1.7	Positieve verplichting Staat	175
17.1.7.1	Zwitserland	176
17.1.7.2	Spanje	176
17.1.8	Conclusie	177
18	Bijlage VI, Casus Rutger Beke	179
18.1	Schorsing Beke	179
18.1.1	Reproduceerbaarheid en discriminerend vermogen	179
18.1.1.1	Reproduceerbaarheid	180
18.1.1.2	Discriminerend vermogen	180
18.1.2	WADA en CAS sluiten burgerlijke rechter uit	181
18.1.2.1	Geen enkele instantie neemt verantwoordelijkheid	182

18.1.2.2	Legal Opinion CAS	183
18.1.3	Vordering tot schadevergoeding van Beke	184
18.1.3.1	Tegenvordering door WADA, intimidatie	184
18.1.3.2	Vordering Beke tegen WADA	185
18.1.3.3	Vordering Beke tegen laboratoria	187
19	Bijlage VII, Toelichting bij vragen voor nader onderzoek	189
19.1	Een SFF naar analogie EFF	189
19.2	Doping en strafrecht	190
19.3	Doping onder minderjarige atleten	193
20	Bijlage VIII, Succesvolle proefprocessen	199
20.1	1974, Walrave en Koch, EHvJ	199
20.2	1993, Elmer Gundel, Zwitsers Federaal Tribunaal	199
20.3	2006, Meca-Medina en Majcen, EHvJ	200
20.4	2010 Wickmayer en Malisse, diverse instanties	201

1

Dopingbestrijding schendt mensenrechten

1.1 Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag voor deze scriptie luidde: '*Schendt dopingbestrijding mensenrechten?*' Daarbij heb ik mij voornamelijk gericht op de waarborgen die volgen uit artikel 6 EVRM omdat het Hof schendingen van artikel 6 sneller toekent dan inbreuken op artikel 8 EVRM. Bij mijn onderzoek bleek dat dopingbestrijding *structureel* mensenrechten schendt. Structureel gebruik ik hier louter en alleen in de zin dat de *gekozen structuur* van de Wereld Anti Doping Code (WAD-Code) tot schendingen leidt. Ik vroeg mij af welke *structurele* keuzen in het dopingbestrijdingsbeleid dit mogelijk maakten. Naast de beantwoording van de onderzoeksvraag noodzaakte dit mij ook tot het verzamelen en ordenen van beleidsuitingen van dopingbestrijders uit verschillende landen.

Daarbij bleek mij, in afwijking van de heersende mening, dat de structuur van de dopingbestrijding ondoorzichtig is. Dit leidt er toe dat:

- er niet wordt voldaan aan het doel van de WAD-Code, te weten harmonisatie;
- een gebrek aan harmonisatie leidt tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid;
- waardoor vervolgens inbreuk wordt gemaakt op fundamentele rechten van sporters.

Het bracht mij er toe om in de toegift van deze scriptie te zoeken naar oplossingen. Anders dan gebruikelijk kies ik niet voor verwerping van de WAD-Code wegens zijn gebreken, maar voor een constructieve benadering door expliciet de WAD-Code te behouden en die te

herzien opdat harmonisatie wordt bereikt. Dit omdat ik van mening ben dat dopinggebruik effectief bestreden moet worden. De WAD Code is een belangrijk onderdeel van de verbeteringen geweest in de afgelopen jaren. Echter, meer effectiviteit mag niet ten koste gaan van respect voor fundamentele rechten van atleten. Ik pleit voor een grotere financiële ondersteuning van de dopingautoriteiten door overheden, die daarmee *in ieder geval* meer bescherming van atleten kunnen waarborgen door strikte checks and balances.

1.2 Dopingbestrijding noodzakelijk

Dopingbestrijding is noodzakelijk. Mijn scriptie richt zich niet tegen de dopingbestrijding in het algemeen maar onderzoekt de (overmatige) inbreuken die dopingbestrijding maakt op de burgerrechten van sporters. De noodzaak wordt verder uitgewerkt in bijlage III op pagina 147.

De onvolkomenheden in de huidige regelgeving zijn goed verklaarbaar gezien de snelheid waarmee wereldwijd een effectieve antidopingorganisatie werd opgezet.¹ Echter, indien de nadruk ligt op de snelheid van het opstellen, ratificeren en in werking laten treden van regelgeving² zal de zorgvuldigheid daar onder leiden. Dat is op zich niet onoverkomelijk als men bereid is onderdelen aan te passen indien uit de praktijk blijkt dat verbeteringen noodzakelijk zijn. De verbeteringen die fundamentele rechten van sporters garanderen, zullen namelijk leiden tot een groter draagvlak en daarmee tot een meer effectieve dopingbestrijding.

Op dit moment zijn de nuance en constructieve toekomstblik in het debat over de rechtmatigheid van dopingbestrijding niet altijd aanwezig. In dat debat zijn mijns inziens de argumenten *voor* een ingrijpender anti-dopingsysteem vooral *maatschappelijk* van aard en de argumenten *tegen* vooral *juridisch* van aard. Het debat in samenhang bezien zijn er echter voldoende gemeenschappelijke punten die kunnen leiden tot een systeem waarin zowel de belangen van dopingbestrijders als die van de sporters gediend worden. De situatie in Nederland bijvoorbeeld is een samenspel tussen de Nationale Dopingautoriteit, de overheid en de sportbonden. In dat samenspel wordt gepoogd de balans tussen dopingbestrijding enerzijds en fundamentele rechten van atleten anderzijds in evenwicht te houden. Binnen de discretionaire ruimte van de Nationale Dopingautoriteit, zoekt men naar manieren om te voorkomen dat atleten ten onrechte worden beschuldigd.³

¹ Wada Media Conferentie 24 januari 2007, Rede van WADA-voorzitter Dick Pound: *“WADA was very young, barely four years old, and had recently coordinated an unprecedented process of international consultation, on a scale never before undertaken in international sport, that had led to universal acceptance and subsequent unanimous adoption of the World Anti-Doping Code (Code).”*

² Wada Media Conferentie 24 januari 2007, Rede van WADA-voorzitter Dick Pound: *“Some 186 nations have made the political commitment to the global fight against doping by signing the Copenhagen Declaration, and 41 countries have already followed through on that commitment by ratifying the UNESCO International Convention against Doping in Sport. I want to stress that no convention in history has been adopted so quickly and ratified so quickly.”*

³ Bijvoorbeeld:

1. Door op eigen initiatief bij een positief A-Staal automatisch over te gaan tot controle van een B-Staal;
2. Door atleten zelf te benaderen bij een positieve test en te onderzoeken of er plausible redenen zijn voor de positieve uitslag;
3. Indien de uitslag van de test weinig afwijkt van de grenswaarde te wachten op de uitslag van de B-staal alvorens de Internationale Sportfederatie (IF) van de uitslag op de hoogte te stellen. (Doorzenden van informatie dient binnen zeven werkdagen plaats te vinden, als informatie bekend is bij IF betekent dat direct een eis van IF aan de nationale sportbond om de atleet te schorsen.);
4. De whereabouts-verplichting wordt beperkt opgelegd.

Deze beleidskeuze van de Nationale Dopingautoriteit is niet ingegeven door financiële overwegingen maar omdat men zich bewust is van de ingrijpendheid van de maatregel.

Er zijn echter grote verschillen in de uitvoering van dopingbestrijding tussen landen onderling. In Nederland is de situatie minder ingrijpend voor atleten dan bijvoorbeeld in Italië. Landen zijn soeverein en besluiten zelfstandig welke wet-en regelgeving zij inzetten om de dopingbestrijding te regelen.⁴ Verschillende landen hebben daardoor de dopingbestrijding verschillend ingericht, dat leidt tot verschillende (dus rechtsongelijke) resultaten.

Ondanks de inspanningen in Nederland blijven er drie bezwaren:

1. Nederlandse sporters kunnen ook door striktere buitenlandse instanties gecontroleerd en vervolgd worden;
2. De uitvoering zoals in Nederland is niet gecodificeerd, atleten zijn afhankelijk van coulance;
3. De WAD Code hecht onvoldoende belang aan procedurele waarborgen vereist door het EVRM.

Het doel van de WAD Code was harmonisatie. Die is er niet want er bestaan alleen al tussen Europese landen nog steeds grote verschillen in de uitvoering van de dopingbestrijding. Checks and balances zijn niet gecodificeerd, atleten kunnen vervolgd worden door nationale dopingautoriteiten in verschillende landen⁵, daardoor blijft rechtsonzekerheid voor atleten bestaan. Daarmee is er geen rechtsgelijkheid, evenmin zijn er voldoende waarborgen om de fundamentele rechten te beschermen.

1.2.1 Overwegingen om doping te gebruiken

De overwegingen om doping te nemen vallen in drie redenen uiteen.

1. Eerzucht. Atleten hebben een grenzeloze ambitie om de beste te worden en daarvoor moet *alles* wijken:
2. Sociaal economische motivatie. Voor veel atleten is een socio-economische motivatie van belang. Succes in de sport leidt tot erkenning in de maatschappij en de daarbij horende financiële compensatie.
3. Kosten-baten analyse. Veel atleten maken een puur economische kosten-baten afweging. Ze zien iedereen in hun omgeving doping gebruiken en er beter door presteren zonder betrappt te worden. Is de pakkans laag en de beloning hoog, dan gebruiken zij doping.

De overwegingen om doping te gebruiken worden uitgewerkt in bijlage II op pagina 137 met als conclusie dat de pakkans blijkbaar

⁴ Steven Teitler, Herman Ram, 'Nederlandse tuchtrechtspraak en de toepassing van de World Anti-Doping Code', *Tijdschrift voor Sport en Recht* 2010-2, p. 58. "Er is nadrukkelijk bij het UNESCO-Verdrag niet gekozen voor een harde verplichting ten aanzien van de (implementatie en of uitvoering van de) Code: Art. 3 van het UNESCO International Convention Against Doping in Sport. "In order to achieve the purpose of the Convention, States Parties undertake to: adopt appropriate measures at the national and international levels which are consistent with the principles of the Code.""

⁵ Onder antidopingorganisaties vallen 'alle organisaties die een rol spelen in de dopingbestrijding'. Ter volledigheid, een sporter kan voor één vergrijp slechts eenmaal vervolgd worden.

zo laag is en de opbrengsten zo hoog zijn dat dopinggebruik in een aantal sporten eerder regel dan uitzondering is. Het heeft geleid tot een reeks van anti-dopingmaatregelen die steeds grotere inbreuken maakten op de mensenrechten van atleten.

Het anti-dopingbeleid heeft tot nu toe nog niet geleid tot dopingvrije sport, derhalve kan op basis van ervaringen uit het verleden worden voorspeld dat de reeks van maatregelen nog geen einde heeft en daarmee dat de inbreuken op mensenrechten door deze maatregelen verder zullen toenemen.

1.2.2 Grondslagen om doping te bestrijden

1.2.2.1 Dopinggebruik is gevaarlijk voor de gezondheid van atleten.

Sportorganisaties noemen *'To encourage and promote measures protecting the health of athletes'*⁶ als een van de overwegingen om doping te bestrijden. Dit is niet de plaats om de hypocrisie van deze stelling te beschouwen in het licht van alle voorbeelden van ongezonde toestanden die door sportorganisaties worden *bevorderd*.⁷ Het is voor sportbonden dan ook niet de belangrijkste overweging. Het levert overigens wel het aanknopingspunt voor overheden om dopingbestrijding naar zich toe te trekken.

1.2.2.2 Dopinggebruik levert onrechtmatig verkregen voordeel

Dopinggebruik in de sport levert in strijd met de spelregels voordeel op. Dit voordeel zou kunnen worden gekwalificeerd als onrechtmatige verrijking, frauduleus handelen of diefstal, gezien de monetaire waarde verbonden aan winst in de sport. Dit zou de dopinggebruiker rechtstreeks onder het strafrecht brengen. De sportbonden streven ernaar om sporters buiten het bereik van de burgerlijke (straf-) rechter te houden en kwalificeren dopinggebruik als *'strijdig met de ethiek van sport'*.⁸ Deze doelgerichte definitie maakt het mogelijk om dopingbestrijding als tuchtrecht in eigen huis te houden.⁹

Bijlage III op pagina 147 geeft een uitgebreid overzicht van redenen om doping te bestrijden.

1.2.2.3 Dopingbestrijding is legitiem

Samengevat in de woorden van Van Staveren¹⁰:

De rechtvaardigingsgronden voor dopingbestrijding zijn:

1. bescherming van de (volks)gezondheid.¹¹
2. bescherming van *'fair play'*¹² in de sport.

⁶ Olympisch Handvest, hoofdstuk 2 rule 9.

⁷ 3500 kilometer fietsen in 3 weken; Systematische toediening van groeihormoon aan Lionel Messi, zie pagina 195 in bijlage VI.

⁸ Preamble IOC Medical Code: *'ethical concepts implicit in Fair Play'*.

⁹ Weinig overheden hebben tot nog toe dopinggebruik onder het strafrecht willen brengen. De doelgerichte definitie is vooral erop gericht de burgerlijke rechter uit te sluiten zoals in hoofdstuk vijf en zes nader wordt uiteengezet.

¹⁰ Afscheidsrede Professor Heiko van Staveren, *'De sport is het recht waard'*, 28 september 2007, p. 20.

¹¹ Olympisch Handvest, Hoofdstuk 2 rule 9: *"To encourage and promote measures protecting the health of athletes."*

¹² Preamble IOC Medical Code: Doping is strijdig met de *'ethical concepts implicit in Fair Play.'*

1.2.2.4 Dopingbestrijding onderschreven door alle betrokkenen

De noodzaak van dopingbestrijding en deze rechtvaardigingsgronden worden door alle partijen onderschreven:

1. Internationaal Olympisch Comité (IOC)¹³
2. Wereld Anti-Doping Agentschap (WADA)¹⁴
3. Nationale Anti-dopingorganisaties¹⁵
4. internationale sportfederaties¹⁶
5. overheden¹⁷
6. atleten¹⁸

1.3 Plaats van dopingbestrijding binnen het recht

Dopingbestrijding is onderdeel van het sportrecht. Sportrecht betreft de juridische aspecten op het grensvlak van sport en recht. Het is een klein, nieuw rechtsgebied dat voortdurend in ontwikkeling is.

Sportrecht heeft grensvlakken met arbeidsrecht, internationaal recht, intellectueel eigendom, vermogensrecht, aansprakelijkheidsrecht, strafrecht, jeugdrecht en mensenrechten. Het maatschappelijk belang van sport is groot, dit maakt sportrecht tot een maatschappelijk belangrijk rechtsgebied. Het maatschappelijk belang van sport wordt nader onderbouwd in bijlage I op pagina 127.

Dopingbestrijding is voorwerp van internationale verdragen. Een groot deel van de beroepsprocedures die bij het internationale arbitragehof voor sport (het *Court of Arbitration for Sport* CAS) worden ingesteld betreffen dopingkwesties.

Dopingbestrijding is het meest dynamische, meest intense en meest omstreden onderdeel van sportrecht omdat daar mensenrechten, aansprakelijkheidsrecht, internationaal recht, strafrecht, jeugdrecht samenkomen met grote intensiteit en met elkaar snel opeenvolgende ontwikkelingen.

Dopingbestrijding is onafgebroken in snelle ontwikkeling omdat er voortdurend nieuwe vormen van prestatiebevordering worden verzonden. Het streven daarbij is niet om middelen te verzinnen die de *huidige* regels omzeilen maar om middelen te verzinnen die de *verwachte*, toekomstige regels zullen omzeilen.

Een van de gevolgen daarvan is dat er geen actuele juridische standaardwerken op dit gebied bestaan waar ik op kon terugvallen.

Het noopte mij ertoe om uit actualiteitsoverwegingen ook te putten uit andere bronnen dan de traditionele juridische literatuur. Te

¹³ Zie voorgaande twee noten.

¹⁴ Preamble WAD Code: "To protect the Athletes' fundamental right to participate in doping-free sport and thus promote health, fairness and equality for Athletes worldwide"

¹⁵ Website Nationale Dopingautoriteit: Een stof komt op de WADA Dopinglijst als deze [...] "schadelijk voor de gezondheid; in strijd met de 'Spirit of Sport'. Met de 'Spirit of Sport' worden de waarden en normen van de sport bedoeld, zoals Fair Play."

¹⁶ Preamble Doping Control Regulations for FIFA (wereldvoetbalbond) Competitions: "The aims of doping control are based on three fundamental principles: Preserving and defending the ethics of sport; Protecting the physical and mental integrity of the player, in effect safeguarding his health; Maintaining equal opportunity for all."

¹⁷ UNESCO International Convention Against Doping in Sport: "doping agents [...] unhealthy [...] and it is necessary to protect the physical and spiritual health of athletes".

¹⁸ Approved Statement van de European Elite Athletes Association tijdens de 'UNI europa and the European Elite Athletes Association Convention, Krakow September 2009': "Athletes associations across Europe are committed to drug free sport and would support a fair and effective performance-enhancing drug testing regime [...]."

meer daar de meeste van de kwesties die ik bespreek zo actueel zijn dat gezaghebbende beoefenaars van de rechtspraktijk of de rechtsgeleerdheid daar nog geen afstandelijke bespiegelingen over hebben gepubliceerd.

Zo is bijvoorbeeld mijn poging tot internationale (rechts-)vergelijking van de werkwijzen van de verschillende internationale dopingautoriteiten voornamelijk gebaseerd op hun uitlatingen over beleidsvoornemens en beleidsuitvoering van de dopingbestrijding in niet-traditioneel juridische bronnen. Naar mijn mening zijn die uitlatingen daarom niet minder relevant. In tegendeel, omdat het de bronnen zijn die door hun justitiabelen, de atleten, worden gelezen, dragen die uitlatingen bij aan de kenbaarheid van het dopingbeleid en de sterk uiteenlopende interpretaties die zij hanteren. Er is al afdoende aangetoond in een dissertatie¹⁹ dat het strict-liability principle op gespannen voet staat met fundamentele rechten. Ook is er uitvoerig geschreven over de mogelijke inbreuk op het respect voor het privéleven van atleten door dopingbestrijding.²⁰ Er is echter nauwelijks gepubliceerd over de gecodificeerde structuur van nevenschikkende bevoegdheden, gezien in combinatie met de doelbewuste intentie om de burgerlijke rechter uit te sluiten en het gebrek aan procedurele waarborgen in de WAD Code. Het is wel van belang deze kwesties te behandelen.

¹⁹ J.W. Soek, *The Strict Liability Principle and the Human Rights of the Athlete in Doping Cases*, diss. 2006, Den Haag Asser Press 2007.

²⁰ J.W. Soek, 'Recht van de atleet op eerbiediging van zijn privéleven', S.F.H. Jellinghaus (eds.), *Sport en Recht, buiten rechte of buiten spel*, Zutphen 2008.

1.3.1 Dopingbestrijding is tuchtrecht

Sportorganisaties hebben tot nu toe met succes dopingbestrijding als een tuchtrechtelijke kwestie kunnen kwalificeren die zij soeverein in eigen huis zouden regelen. Kwalificatie als tuchtrecht onttrok de organisaties aan toetsing door de burgerlijke rechter en maakte het mogelijk dat allerlei organisaties die nevenschikkend bevoegd zijn tot opsporing naast elkaar konden blijven bestaan. Daarnaast maakte kwalificatie als tuchtrecht het mogelijk dat allerlei organisaties die nevenschikkend bevoegd zijn in de procedure tot vervolging naast elkaar bleven bestaan.²¹ Complicerende factor daarbij is dat er (grote) verschillen bestaan tussen landen onderling. Dit alles leidt ertoe dat atleten voortdurend in een rechtsonzekere en rechtsongelijke toestand verkeren.

In het historisch overzicht geef ik een opsomming van de bij dopingbestrijding betrokken instanties, hun nevenschikkend geregelde bevoegdheden en de wanorde die leidt tot een gebrek aan inzichtelijkheid voor de betrokken sporters. Het overzicht leidt tot de conclusie

²¹ Ten overvloede: voor één vergrijp kan men maar eenmaal vervolgd worden. Echter, indien een antidopingorganisatie uit een ander land van mening is dat onterecht het onderzoek naar een dopingovertreding is gestaakt, kan het zelf tot vervolging overgaan. Dit is gebeurd door het Italiaans Olympisch Comité (CONI) in de zaak van de Spaanse wielrenner Valverde. Het lijkt erop dat de jurisdictie voor dopingovertredingen volgens het universaliteitsbeginsel wordt vastgesteld. In Nederland geldt het universaliteitsbeginsel alleen voor misdrijven die als schokkend voor de internationale rechtsorde worden ervaren en om die reden in Nederland behandeld kunnen worden, met name oorlogsmisdaden en genocide.

dat ordening noodzakelijk is. Dat de sportorganisaties in eigen kring de wanorde tot nu toe niet hebben kunnen of willen ordenen onderstreept de noodzaak van ordening door overheden, een noodzaak die ook volgt uit het overzicht van schendingen van mensenrechten.

Het is niet onlogisch dat in het geval er nieuwe regelgeving wordt ontwikkeld deze in sommige casussen kan leiden tot een rechtsongelijke situatie voor een individuele persoon. Bij het opstellen van regelgeving, of het maken van nieuwe testprocedures valt niet iedere bijzonderheid te voorzien. Daarbij is het eigen aan de natuur van dopingregelgeving dat deze sterk aan verandering onderhevig is. Dat is noodzakelijk omdat er voortdurend nieuwe middelen en methoden worden ontwikkeld om de prestatie te verbeteren. Dopingautoriteiten zijn gedwongen daar snel op te reageren. Een van de gevolgen van snel reageren is dat de regelgeving niet altijd zonder fouten of rechtvaardig is. Dat weerhoudt de dopingautoriteiten er niet van om nieuwe testmethodes of regelgeving die nog niet is getoetst toch meteen in de praktijk te gebruiken.²² Dit leidt tot een situatie dat het aan de burgers die onder deze specifieke regelgeving vallen —de atleten— wordt overgelaten om de regelgeving te laten toetsen op rechtmatigheid, zoals nu bijvoorbeeld in België het geval is. Daar heeft een grote groep atleten uit verschillende takken van sport zich verenigd om de rechter een oordeel te laten uitspreken over de rechtmatigheid van de nieuwe anti-doping maatregelen.

1.4 *EVRM van toepassing op dopingbestrijding*

Mijn stelling is dat de anti-dopingregelgeving in zijn huidige vorm inbreuk maakt op mensenrechten die gelden voor iedere burger en daarmee ook voor atleten die vallen onder de deze regelgeving. Er zijn onvoldoende waarborgen om de atleten te beschermen tegen overmatige inbreuken op hun rechten, evenmin is er een compensatieregeling indien een *onrechtmatige* inbreuk is vastgesteld. Dopingbestrijding raakt aan rechten die als *'civil right'* worden gekwalificeerd. Als men daarnaast vaststelt dat de sancties in het dopingtuchtrecht *'criminal charges'* zijn, dan is artikel 6 lid1, 2 en 3 van toepassing.

1.4.1 **Criminal charge zonder waarborgen**

De sancties op dopingvergrijpen zijn met de mogelijkheid tot een levenslang beroepsverbod en met *punitieve* boetes die kunnen oplopen tot anderhalf miljoen Euro strenger dan veel straffen in het strafrecht.²³ Voor het EHRM zijn straffen van deze zwaarte reden om aan te nemen

²² Enige nuancering is hier gepast. *Omdat* in verschillende landen dopingbestrijding verschillend is geregeld, zijn er ook dopingautoriteiten die binnen de ruimte die de regelgeving biedt, pogen om de fundamentele rechten van atleten zoveel mogelijk te respecteren. Schrijvend over *'dopingautoriteiten'* loopt men bij de behandeling van dit onderwerp het risico onvoldoende recht te doen aan die instanties die wél de reglementaire ruimte zoveel mogelijk benutten. Echter, overwegingen van helderheid en bondigheid noodzakelijk soms *'to paint with broad strokes'* in gevallen waar de omhaal van woorden van *'fine strokes'* wellicht nauwkeuriger zou zijn, maar omhaal van woorden zou de aandacht af kunnen leiden van de hoofdzaak: de reglementaire ruimte leidt tot rechtsongelijke situaties direct als gevolg van de gekozen structuur.

²³ De WAD Code stelt in art. 10.12 geen maximum aan de boete. In het wielrennen worden al boetes op basis van dit artikel opgelegd. De Italiaanse wielrenner Di Luca kreeg een boete van 280.000 €. De regelgeving van de UCI kent in art. 326 van de UCI Anti-doping rules wel een maximum van anderhalf miljoen euro.

dat er sprake is van een *criminal charge*. De atleten genieten echter niet een zelfde rechtsbescherming als in het strafrecht. Dit is strijdig met het recht op een eerlijk proces als vastgelegd in artikel 6 EVRM. Een atleet is er nog niet in geslaagd een zaak voor het EHRM te brengen zodat deze situatie gecorrigeerd zou kunnen worden.

1.4.2 Equality of arms

Er is een uitzonderlijk beroepsrecht voor dopingautoriteiten, dat niet geldt voor de atleet. WADA, de Internationale Federatie en, in sommige landen, de Nationale Anti-doping Organisatie hoeven niet de nationale rechtsmiddelen uit te putten om beroep in te mogen stellen. Een vakbond voor sporters of een mensenrechtenorganisatie zou niet op eenzelfde wijze zich ten behoeve van de atleet niet in de procedure mogen mengen. De ontzegging van financiële steun in samenhang gezien met het ontbreken van rechtsbijstand maakt dat er sprake van *inequality of arms* is.

1.4.3 Disproportioneel

Met betrekking tot een aantal door het EVRM beschermde rechten bevindt de dopingregelgeving zich op de grens van het toelaatbare. Inbreuken op een grondrecht kunnen echter worden toegestaan als er sprake is van een legitiem doel *en* de inbreuk doelmatig en proportioneel is. De volksgezondheid is in dit geval een legitiem doel. Echter, een schorsing als gevolg van een genotsmiddel dat niet de prestatie bevordert is niet doelmatig. Uitsluiting van de burgerlijke rechter is op geen enkele wijze proportioneel, daarenboven staan sancties niet in verhouding tot het vergrijp. Ten slotte bestaat er in geval van een onrechtmatige sanctie geen verplichting voor de officiële instanties om de situatie te herstellen en de schade te vergoeden.

1.5 Uitsluiting van de rechter

Het is niet eenvoudig om de dopingregelgeving te laten toetsen door een onafhankelijke rechter. Toetsing van de anti-doping maatregelen aan mensenrechtenverdragen wordt door de sportfederaties en de Wereld Anti-Doping Autoriteit (WADA) uitgesloten. Uitsluiting van de burgerlijke rechter als rechtsmiddel is opgenomen in de anti-dopingregelgeving, waaronder de WAD Code 2009.²⁴ Het argument voor deze opvallende maatregel is dat sport wordt geschaard onder het verenigingsrecht. Het enige toegelaten beroep na de nationale

²⁴ Volledigheidshalve: elke organisatie of beroepsgroep met eigen tuchtrecht legt per definitie vast dat eerst de eigen procedure wordt doorlopen voordat men beroep in kan stellen bij de burgerlijke rechter. In de sport is dat niet anders. Bij dopingbestrijding echter wordt toegang tot de burgerlijke rechter niet alleen uitgesloten totdat de procedure binnen het gekozen systeem (tuchtorgaan-commissie van beroep- CAS) volledig doorlopen is, maar ook daarna blijkt uit de WAD Code en uitspraken van sportbestuurders dat de burgerlijke rechter en toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen ongewenst is binnen dopingbestrijding. Deze uitsluiting is vooral problematisch omdat juist niet aan fundamentele rechtsbeginselen wordt voldaan. In het verleden hebben onafhankelijke burgerlijke rechters zich, in weerwil van de reglementen, bevoegd verklaard. Deze uitzonderingen weerleggen geenszins de inhoud, strekking en intentie van dopingregelgeving om de burgerlijke rechter *systematisch* uit te sluiten. Een nadere uitwerking vindt men in hoofdstuk vijf en zes.

beroepsinstantie is bij het tuchtrechtelijke *Court of Arbitration for Sport* (CAS). Dit zelfde CAS bevestigde in een eigen uitspraak dat toetsing van anti-dopingregelgeving aan mensenrechtenverdragen niet mogelijk is. Toegang ontzeggen tot de burgerlijke rechter is in strijd met artikel 6 en 13 EVRM. Uit het feit dat atleten de weg naar de burgerlijke rechter wel kunnen vinden zou men kunnen afleiden dat de burgerlijke rechter niet wordt uitgesloten. Dat miskent het feit dat uitsluiting van de burgerlijke rechter *gecodificeerd* is in de eigen regelgeving waardoor de regelgeving niet aan mensenrechtenverdragen kan worden getoetst indien atleten zich onwetend of gezagsgetrouw beperken tot de rechtswegen die hun in het verenigingsrecht zijn toegestaan.²⁵

Het verenigingsrecht gaat ervan uit dat leden van de vereniging—in dit geval de atleten— zich vrijwillig verbinden aan de regelgeving. Bij de anti-doping maatregelen is geen sprake van vrijwilligheid. Wil een atleet kunnen deelnemen aan wedstrijden dan is de atleet verplicht zich te onderwerpen aan de eisen gesteld door de huidige anti-dopingmaatregelen. Indien men bezwaar heeft tegen onderdelen van deze maatregelen dan mag de atleet niet deelnemen. Sportorganisaties en anti-doping autoriteiten beroepen zich ten onrechte op de vrijwilligheid en op de instemming van de atleten met de anti-dopingregelgeving. De daaruit volgende uitsluiting van de burgerlijke rechter is daardoor eveneens ten onrechte.

1.6 Geen schadeplicht door onduidelijke structuur

1.6.1 Geen schadeplicht

Het materiaal in samenhang gelezen bracht mij er toe, in afwijking van de heersende meningen, te signaleren dat er dringend behoefte is aan (de codificatie van) schadeplicht bij onzorgvuldig handelen van dopingautoriteiten. Onzorgvuldig in die zin dat een uitgesproken schorsing in beroep geen stand houdt. Dit komt onder andere voor als dopingautoriteiten ondeugdelijke tests voorschrijven. In dit voorbeeld rechtvaardigden zij hun handelen met het argument van tijdsdruk om snel het hoger doel van een dopingvrije wereld te bereiken. Die rechtvaardiging onderstreept alleen maar dat zij bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat er onschuldigen schade konden lijden. Buiten de sportwereld leidt die aanvaarding (automatisch) tot schadeplicht, binnen de sport (helaas) nog niet.

Het verwonderde mij dat het in de sportwereld mogelijk was om

²⁵ Dopingautoriteiten verweren zich (in weerwil van de jurisprudentie) als volgt: “*hoewel artikel 17 van de Grondwet uiteraard boven de sportregelgeving gaat, burgerrechtlers als vaste jurisprudentie kennen dat ze slechts marginaal toetsen als er voorzien is in een adequate eigen (tucht)rechtsgang. Anders gezegd: het staat iedereen vrij naar de rechter te stappen, maar die [rechter] zal zich zo min mogelijk mengen in de sportregels zelf.*”

Dit verweer is alleen zinnig als wordt voldaan aan een onderliggende en door dopingautoriteiten onuitgesproken vooronderstelling: *de eigen (tucht)rechtsgang is adequaat*. Daarnaast zijn dopingautoriteiten, ten onrechte, want in tegenspraak met het Europees Hof van Justitie en nationale rechtlers, van mening dat dopingbestrijding onder sportregels zou vallen en deswege zelfs niet marginaal getoetst zou mogen worden.

rechtsbeginselen uit de 'normale' wereld volledig uit te sluiten. Een deel van mijn onderzoek was er op gericht om dat, ook al was het alleen voor mijzelf, te verhelderen *hoe* dat mogelijk was. Dit leidde tot een deelonderzoek waarvan ik de conclusies rapporteer in het hoofdstuk Structuur.

1.6.2 Gebrek aan structuur

Kort samengevat: dopingautoriteiten wezen hun schade-aansprakelijkheid met succes af door naar andere autoriteiten te verwijzen. Uiteindelijk bleek in alle gevallen dat niet vastgesteld kon worden wie schadeplichtig was. Daarmee lijkt dit te herleiden tot een structureel probleem omdat structureel de schadeplicht niet vastgesteld kan worden. Dit systeem is niet alleen de oorsprong van problemen met betrekking tot de schadeplicht. Ook aan procedurele waarborgen vereist onder artikel 6 EVRM wordt niet voldaan als gevolg van codificatie van dit systeem in de WAD Code. Om te begrijpen hoe dat werkte verdiepte ik mij in de samenhang van uitingen van de dopingautoriteiten in afzonderlijke landen. Die uitlatingen dragen bij aan kenbaarheid van het locale dopingbeleid en dat weer draagt bij aan het legaliteitsvereiste en de rechtszekerheid. Echter, in samenhang gelezen blijkt dat er een doelbewust gecreëerd systeem bestaat waarbij meerdere autoriteiten nevenschikkend bevoegd zijn. Die structuur schept de mogelijkheid om met succes schadeplicht te ontgaan. Het bestaan van dat systeem onderstreepte niet alleen dat de schadeplicht beter geregeld moet worden maar ook dat in bredere zin alleen maar rechtsonzekerheid voor atleten bestaat *dank zij* de nevenschikte autoriteiten met hun uiteenlopende interpretaties.

Dit sluit '*fair trial*' uit. Dat deze mening niet wordt gedeeld door de vertegenwoordigers van de nevenschikte dopingautoriteiten is verklaarbaar. Binnen hun eigen rechtsgebied *en* sprekend voor hun eigen organisatie hebben zij het (min of meer) consistent voor elkaar. Daarbij gaan zij er gemakshalve aan voorbij dat in hun land meer dan één autoriteit nevenschikkend bevoegd is. Daarnaast gaan zij er aan voorbij dat sporters binnen een tijdsbestek van een paar dagen hun sporten in vier of vijf verschillende landen bedrijven en daar in elk land afzonderlijk onder meerdere bevoegde autoriteiten vallen die elk afzonderlijk weer andere interpretatie hanteren. Dopingautoriteiten die wel mensenrechten respecteren krijgen hierdoor echter wel (terechte en onterechte) verwijten als nevenschikte autoriteiten de mensenrechten niet respecteren.

Dit brengt mij ertoe, om in afwijking van de heersende mening van de vertegenwoordigers van de afzonderlijke, nevengeschikte autoriteiten, te pleiten voor een duidelijke structuur in de dopingbestrijding.

In mijn scriptie beperk ik mij tot slechts die bronnen die het geheel tot een sluitend betoog maken. In de bijlagen vindt u geordende overzichten die de hoofdstelling en de bijkomende kwesties aanvullen en of ondersteunen.

De verzameling, ordening en interpretatie hebben geleid tot een aantal vragen die ik graag had beantwoord maar die ik in een afwijking tussen breedte en diepgang helaas heb moeten samenvatten in de aanbevelingen voor nader onderzoek. Ik kon de verleiding echter niet weerstaan om op basis van het materiaal te zoeken naar een praktische en werkbare oplossing voor de problemen die ik signaleer.

1.7 *Oplossing*

1.7.1 **Tuchtrecht ontoereikend**

Als tuchtrecht was dopingbestrijding een private aangelegenheid van sportbonden. Door verschillende verdragen zoals de Overeenkomst ter bestrijding van doping van de Raad van Europa van 16 november 1989 en de *UNESCO International Convention against Doping in Sport* in 2005 is dopingbestrijding een overheidszaak geworden.

In het UNESCO-Verdrag verbonden overheden zich aan de doeleinden gesteld in de Wereld Anti Doping Code (WAD Code) en zullen overheden zich actief inzetten om dopinggebruik in de sport te bestrijden.

Het UNESCO-verdrag is het gevolg van het bekende patroon van de geleidelijke verschuiving van private naar publieke regelgeving: privaatrechtelijke organisaties zijn soeverein in eigen kring, leidt hun regelgeving niet tot maatschappelijk gewenste resultaten dan volgt overleg tussen overheid en privaatrechtelijke organisatie waarbij overheden druk uitoefenen op de privaatrechtelijke organisaties om hun zaken beter te regelen.²⁶ Dit leidt tot nieuwe regelgeving in eigen kring die door overheden weer onvoldoende worden geacht en opnieuw overleg volgt. Deze cyclus moet een aantal malen worden doorlopen voordat een overheid de zaak volledig overneemt.

De regelgeving op het gebied van doping bevindt zich nog in het stadium van private regelgeving en gedeeltelijke overheidsbemoediging. Het heeft intussen wel tot een inwendig tegenstrijdige situatie

²⁶ George W. Bush, State of the Union, 21 januari 2004: *“Athletics play such an important role in our society, but, unfortunately, some in professional sports are not setting much of an example. The use of performance-enhancing drugs like steroids in baseball, football, and other sports is dangerous, and it sends the wrong message that there are shortcuts to accomplishment, and that performance is more important than character. So tonight I call on team owners, union representatives, coaches, and players to take the lead, to send the right signal, to get tough, and to get rid of steroids now.”* Toenmalig voorzitter van WADA Dick Pound legt het uit als druk van de overheid op de sportwereld: *“His message was clear to them: “Folks, you have a problem. Either you fix it or someone else will fix it for you.””*

geleid voor overheden die zich internationaal met dopingbestrijding bezighielden.

Overheden die het UNESCO-verdrag ratificeerden verkeren in de inwendig tegenstrijdige situatie dat de WAD Code inbreuk maakt op mensenrechtenverdragen die ook door hun zijn geratificeerd. Voorts dat die verdragen hun verplichten om die rechten voor hun onderdanen te waarborgen. Handhaving van het UNESCO-verdrag betekent schending van mensenrechtenverdragen, handhaving van de mensenrechten betekent schending van het UNESCO-verdrag.²⁷

²⁷ Artikel 6 van het UNESCO-Verdrag bepaalt dat: *“following entry into force, shall not prevail over other existing instruments sharing the same goals. This particularly applies to the 1989 Anti-Doping Convention of the Council of Europe to which several States also participating in this Convention’s negotiation process are already signatories.”* De ‘doeleinden’ waarover hier wordt gesproken hebben specifiek betrekking op de dopingbestrijding. Echter, aangezien de rechtvaardigingsgronden (daarmee ook doeleinden) in deze verdragen uit mensenrechtenverdragen komen dient men deze eerder gesloten Verdragen voorrang te verlenen.

Soek 2006, p. 279. hierover: *“It would be difficult to reconcile with logic if a state which has ratified the Convention nevertheless allows private law organisations to disregard the Convention by creating a self-contained legal regime where standards prevail that depart from the standards that generally apply in that state.”*

1.7.2 Dopingbestrijding overheidstaak

Er zijn verschillende facetten van de dopingbestrijding die verbeterd kunnen worden. Het probleem leent zich niet voor een eenduidige oplossing maar een eerste stap kan zijn om via nationale wetgeving het anti-doping beleid en de anti-doping instanties onder controle van de nationale overheden te brengen. Daarmee wordt de dopingbestrijding ook onder de *verantwoordelijkheid* van de overheid gebracht. In een democratische rechtstaat controleren het parlement en de rechter de overheid. De overheden hebben zich verbonden aan mensenrechtenverdragen. Parlement, nationale en Europese rechter kunnen waarborgen dat deze mensenrechten worden gerespecteerd en hebben daar ook de instrumenten voor. Een anti-dopingregelgeving die evenwichtig is en ook de rechten van de atleet waarborgt zal leiden tot meer acceptatie van de dopingbestrijding en minder wantrouwen jegens de uitvoerende organisaties. Dat maakt de gehele dopingbestrijding effectiever, dat is wat iedereen wil of zegt te willen.

Structuur in de strijd tegen doping?

In de strijd tegen doping zijn nationale en internationale sportorganisaties, nationale en internationale dopingautoriteiten en organisatoren van sportevenementen belast met dopingbestrijding. In landen die doping onder het strafrecht hebben gebracht, zijn ook de justitiële opsporingsdiensten bevoegd.

Uit het oogpunt van rechtszekerheid is het van belang dat er op elk moment op elke plaats maar één tot opsporing bevoegd gezag bestaat. Echter, uit de WAD-Code blijkt volstrekt het tegendeel. De WAD-Code geeft veel organisaties dezelfde, overlappende bevoegdheden, bevoegdheden die zij bovendien niet op dezelfde manier hanteren. De WAD-Code is zelfs daar niet duidelijk over omdat een eenduidig artikel over *'testing-jurisdictions'* ontbreekt.¹

2.1 Structuur historisch bepaald

Deze situatie is historisch zo gegroeid.

Bestaande sportorganisaties werden belast met de bestrijding van doping. Dat leidde tot onoverzichtelijkheid omdat het Internationaal Olympisch Comité, Internationale Sportfederaties en Nationale Olympisch Comité's en organisatoren van evenementen, ieder bevoegd binnen hun eigen gebied een eigen invulling gaven aan dopingbestrijding.

De Internationale Dopingautoriteit WADA werd opgericht om harmonisatie te bereiken; Nationale dopingautoriteiten NADO's werden ingesteld om het UNESCO verdrag (implementatie van WAD Code) uit te voeren, echter deze implementatie verschilt van land tot land. Daarnaast zijn NADO's nu ook bevoegd buiten hun nationaal territorium en bevoegd over atleten van andere nationaliteit.

Nationale opsporingsdiensten zijn niet bevoegd op grond van de sportreglementen maar in landen die doping onder het strafrecht

¹ De Introduction geeft een niet-uitputtende opsomming van vijf dopingautoriteiten terwijl artikel 5.1 slechts twee dopingautoriteiten noemt die *'testing jurisdiction'* hebben. Vervolgens bepaalt artikel 5.1: "**All Athletes must comply with any request for Testing by any Anti-Doping Organization with Testing jurisdiction.**" maar definieert niet eenduidig wie of wat dat zijn.

² België: Vlaanderen: Decreten van 21 februari 1985, 14 januari 1987 en 27 maart 1991; Wallonie: Wet van 2 april 1965, Decreten van 26 augustus 1985 en 10 oktober 1989. Denemarken: Anti-Doping Act 1993. Frankrijk: Wet no. 89-432 van 28 juni 1989; Wet no. 99-223 van 23 maart 1999. Griekenland: Wet no. 75 van 16 juli 1975 en Wet no. 1646 van 18 september 1986. Italië: Wet no. 1099 van 25 oktober 1971. Oostenrijk: Federale wetten 166/1991 en 451/1991. Portugal: Wet no. 1/90 van 13 januari 1990 en Wet no. 183/97 van 26 juli 1997. Spanje: Wet no. 10/1990 van 15 oktober 1990 en de Koninklijke Besluiten nos. 48/1992 en 255/1996. ³ Witboek Sport, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, 2.2 Par 3.

⁴ Commentaar bij artikel 10.2 WAD Code. *“A primary argument in favor of harmonization is that it is simply not right that two Athletes from the same country who test positive for the same Prohibited Substance under similar circumstances should receive different sanctions only because they participate in different sports.”*

⁵ Teitler, Ram, 2010, p. 57. *“Het IOC [...] (is) het tot aan de vaststelling van de Code nooit gelukt om [...] harmonisatie [...] te realiseren. De verschillende sporten [...] bleven autonoom in hun aanpak van het probleem, met als consequentie dat een grote mate van diversiteit bleef bestaan. Gevolg hiervan was [...] een grote mate van rechtsongelijkheid, waarbij sporters terecht bezwaar maakten tegen de behandeling die hen ten deel viel. Ernstiger nog was de rechtsonzekerheid die daaruit voortvloeide: sporters wisten door de veelheid aan regelgeving niet waar zij aan toe waren.”*

⁶ Art.3 UNESCO-Verdrag: *“In order to achieve the purpose of the Convention, States Parties undertake to: (a) adopt appropriate measures at the national and international levels which are consistent with the principles of the Code.”*

hebben gebracht² staan sporters ook bloot aan onderzoek door opsporingsdiensten. Deze onduidelijkheid in de structuur veroorzaakt rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.

“With regard to doping, responsibilities are distributed unsystematically because sport is organised differently in different member states, because the degree of autonomy of sport organisations varies, because the problem tends to be defined differently and because bodies at several levels, —international, national, regional and local— claim responsibility and authority.”³

2.2 Harmonisatie noodzakelijk

De WAD Code werd ingevoerd opdat dezelfde regels wereldwijd gelijkelijk voor alle atleten zouden gelden.

Twee redenen lagen specifiek ten grondslag aan de harmonisatie.

- a Harmonisatie zou leiden tot een grotere (wereldwijde) slagkracht van anti-dopingautoriteiten en daarmee tot een effectieve dopingbestrijding;
- b Normering van dopingovertredingen en sancties zou voor alle sporten gelijk getrokken worden.⁴

De laatste reden onderstreept het belang van de harmonisatie voor rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Gelijke overtredingen dienen gelijk bestraft te worden.⁵

De veelheid aan instanties die noopte tot harmonisatie bestaat nog steeds, nu met *gecodificeerde* nevenschikkende bevoegdheden.

2.3 Ondanks harmonisatie nevenschikkende bevoegdheden

De harmonisatie harmoniseerde niet, in tegendeel. De WAD-Code codificeert de bevoegdheden van een groot aantal organisaties op het gebied van opsporing en vervolging zodanig dat zij naast elkaar bevoegd zijn.

Harmonisatie leidde tot de Wereld Anti-Doping Autoriteit en de Wereld Anti-Doping Code. Met de *'UNESCO International Convention Against Doping in Sport'* bevestigden overheden hun wil om doping te bestrijding.

Het UNESCO-Verdrag legt geen implementatieverplichting aan verdragspartijen op, maar laat partijen vrij om maatregelen te nemen op basis van hun eigen interpretatie van de beginselen in de WAD Code.⁶ Dit leidt tot aanmerkelijke verschillen tussen landen onderling.

Bijvoorbeeld: Nederland heeft een onafhankelijke stichting (Nationale Dopingautoriteit) als Nationale Anti-Doping Organisatie (NADO), in Vlaanderen is dat het ministerie van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel terwijl in Italië het Italiaans Olympisch Comité (CONI) de rol van Nationale dopingautoriteit vervult.

Omdat elk van deze instituten een andere achtergrond heeft, leidt dat onvermijdelijk tot interpretatieverschillen met de bijbehorende verschillen in toepassing van de anti-doping regelgeving. Dit draagt bij aan rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid.⁷

2.3.1 Nevenschikkende bevoegdheden leiden tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid

Het CONI illustreert in de zaak van de Spaanse wielrenner Valverde en de zaak van de Italiaanse wielrenner Pellizoti de verschillen in opvatting tussen NADO's onderling.

De voorbeelden zijn exemplarisch voor de rechtsongelijkheid als gevolg van nevenschikkende bevoegdheden.

2.3.1.1 Valverde

Nationale Dopingautoriteiten houden zich gebruikelijk bezig met dopingprocedures van ingezetenen van het eigen land. Tussen de Nationale Anti dopingorganisaties (NADO's) is het CONI een van de 'hardliners'. Daardoor ondervinden Italiaanse atleten meer druk van de nationale dopingautoriteit dan atleten die onder een andere NADO vallen.⁸ Echter waar het gebruikelijk is dat NADO's atleten de vervolging van atleten overlaten aan de NADO uit het land waar de atleet aan verbonden is, heeft het CONI met de vervolging van Valverde een nieuw precedent geschept. Valverde werd voor zijn betrokkenheid in de zaak Fuentes vervolgd door Spaanse autoriteiten, echter zij kwamen niet tot een veroordeling.⁹ Dit bracht het CONI ertoe om zelf de Spaanse wielrenner Alejandro Valverde te vervolgen, en uiteindelijk ook te schorsen. Valverde werd in eerste instantie alleen in Italië geschorst, buiten Italië had de beslissing van CONI (nog) geen werking.¹⁰

De schorsing van Valverde door een Italiaanse instantie was controversieel want Valverde is een Spaanse wielrenner, rijdt onder Spaanse licentie en Spaanse opsporingsdiensten verzamelden bewijs. Bij het Spaanse parket vroeg het CONI om de zakken met geprepareerd bloed die via een DNA-test werden gekoppeld aan Valverde. Volgend hierop werd Valverde voor twee jaar (in Italië) geschorst.¹¹ Valverde

⁷ Rapport Asserstudie augustus 2010, 'The Implementation of the WADA Code in the European Union': 'Implementation of the WADA Code: in a Doping Act: 10 EU countries in a Sports Act: 5 EU countries in other Acts: 9 EU countries Doping rules in regulations of sports authorities: 3 EU countries No implementation: 1 EU country'

⁸ Bekende voorbeelden zijn de schorsingen van recente Italiaanse winnaars van de wielervedstrijd Giro d'Italia: Danilo di Luca werd op 1 februari 2010 geschorst voor 2 jaar door het CONI, [Het Parool 1 februari 2010](#); Ivan Basso werd op 15 juni 2007 voor twee jaar geschorst, [BBC 15 juni 2007](#).

⁹ Bij dezelfde dopingaffaire werd de Italiaanse wielrenner Ivan Basso eerder geschorst door het CONI vanwege betrokkenheid bij de zaak Fuentes. De Spaanse arts Fuentes verstreekte vanuit Madrid stimulerende middelen en nam bloed af van sporters om later door middel van een transfusie de conditie van de sporter te verbeteren.

¹⁰ [Nusport, 1 april 2009](#).

¹¹ [Elsevier, 11 mei 2009](#).

¹² *Algemeen Dagblad*, 16 maart 2010. Beroepsprocedures waarin Valverde de schorsing in Italië wilde opschorten omdat het bewijs door CONI onrechtmatig was verkregen, terwijl de UCI (internationale wielervederatie) en WADA in andere beroepsprocedures de schorsing wereldwijde werking wilde doen laten krijgen.

¹³ Valverde voor twee jaar geschorst door CAS. *Algemeen Dagblad*, 31 mei 2010.

¹⁴ *Het Nieuwsblad*, 3 mei 2010.

¹⁵ *Het Nieuwsblad*, 29 mei 2010.

¹⁶ *De Morgen*, 4 augustus 2010.

was wel in staat aan alle wielervedstrijden deel te nemen die niet door Italië voerden.

Uiteindelijk werd na verschillende beroepsprocedures¹² de beslissing van het CONI overgenomen, en werd op 31 mei 2010 Valverde voor twee jaar geschorst.¹³ Interessante vraag zou zijn of Valverde niet kan vragen om één jaar eerder alweer in Italië te mogen koersen.

2.3.1.2 *Pellizotti en Valjavec*

De wielrenners Franco Pellizotti en Tadej Valjavec worden om dezelfde reden (afwijkingen in de bloedwaarden) bij dezelfde beslissing op dezelfde dag door de UCI voorlopig geschorst.¹⁴ De Italiaan Pellizotti krijgt van zijn NADO –het CONI– een schorsing van twee jaar opgelegd.¹⁵ Valjavec wordt van hetzelfde vergrijp beschuldigd, echter de Sloveense wielerved heft zijn schorsing per direct op. Het bewijs dat voor CONI voldoende was om Pellizotti te schorsen, was onvoldoende voor de Sloveense wielerved.¹⁶

Indien verschillende instanties in gelijke gevallen verschillend oordelen is er geen sprake van rechtszekerheid. De atleet heeft geen duidelijkheid over zijn rechtspositie, omdat uit de zaak Valverde blijkt dat *andere* nevenschik bevoegde instanties mogen oordelen, en tot een *ander oordeel* zullen komen.

2.3.2 **Nevenschiktheid bewust gewenst**

De nevenschik bevoegdheden zijn geen toeval, het is bewust gewenst: In de Introductie van WAD Code 2009 staat:

Part One of the Code sets forth specific anti-doping rules and principles that are to be followed by organizations responsible for adopting, implementing or enforcing antidoping rules within their authority, e.g., the International Olympic Committee, the International Paralympic Committee, International Federations, Major Event Organizations, and National Anti-Doping Organizations. *All such organizations are collectively referred to as Anti-Doping Organizations.*

Het commentaar bij artikel 15.1 is nog duidelijker:

To be effective, the anti-doping effort must involve many Anti-Doping Organizations conducting strong programs at both the international and national levels. *Rather than limiting the responsibilities of one group in favor of the exclusive competency of the other, the Code manages potential problems associated with overlapping responsibilities, first by creating a much higher level of overall harmonization and, second, by establishing rules of precedence and cooperation in specific areas.*

2.3.3 Nevenschikkende bevoegdheden tot controle

De bevoegdheid tot controle is nevenschikkend geregeld met als gevolg dat verantwoordelijkheden niet eenduidig zijn vastgelegd. Er is helaas geen sprake van versnippering van de bevoegdheden waarbij ieder een *afgescheiden* deel van de bevoegdheid heeft, maar ieder heeft de *gehele* bevoegdheid.

De verwarring wordt verder vergroot omdat er in één geval wel wederzijds uitsluitende bevoegdheden bestaan. Uit de WAD Code-definitie van een Nationale Anti-Doping Organisatie blijkt dat dit ofwel een daartoe opgerichte instantie is, ofwel dat het NOC wordt beschouwd als de NADO van dat land. Dit leidt tot een *afwijking* van het systeem van de WAD Code om '*many Anti-Doping Organizations*' [...] '*overlapping responsibilities*' en bevoegdheden toe te kennen. Zodra een land een NADO heeft, verliest het NOC zijn bevoegdheid.

Art. 15.2 van de WAD Code bepaalt dat onaangekondigde dopingcontroles buiten wedstrijdverband geïnitieerd en geleid kunnen worden door:

1. WADA;
2. Het Internationaal Olympisch Comité of het Internationaal Paralympisch Comité met betrekking tot respectievelijk de Olympische Spelen en de Paralympische Spelen;
3. de internationale federatie van de atleet;
4. de nationale dopingorganisatie van de atleet¹⁷;
5. de nationale antidoping organisatie van het land waar de atleet zich bevindt.

Hierdoor is het voor atleten volstrekt onduidelijk welke organisatie wat, waar en wanneer mag eisen. Dit is *structurele* rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Schaatsers Jochem Uytdehaage: "*Zo heb ik vier of vijf organisaties zien voorbij komen die allemaal controleerden. In Calgary maakte ik mee dat de ene dag NOC*NSF me een dopingtest afnam en de dag erop kwam de Schaatsunie.*"¹⁸

De volgende instanties zijn actief betrokken bij de dopingbestrijding:

2.3.3.1 Internationaal Olympisch Comité

De Introductie van de WAD Code noemt het IOC als een Doping Autoriteit:

¹⁷ Onderdeel vier en vijf van de opsomming volgt uit de uitwerking in de praktijk van de volgende regel in art. 15.2 WAD Code: "*(d) any other Anti-Doping Organization that has Testing jurisdiction over the Athlete as provided in Article 5.1 (Test Distribution Planning).*"

¹⁸ Communicatie van Nederlands Centrum voor Dopingvraagstukken. 'Receptor' nr. 10, mei 2002.

Organizations responsible for adopting, implementing or enforcing antidoping rules within their authority, e.g., *the International Olympic Committee*, International Paralympic Committee, International Federations, Major Event Organizations, and National Anti-Doping Organizations. All such organizations are collectively referred to as Anti-Doping Organizations.¹⁹

¹⁹ De begrippenlijst van de WAD Code geeft als definitie van Anti-Doping Organisatie: “*Anti-Doping Organization: A Signatory that is responsible for adopting rules for initiating, implementing or enforcing any part of the Doping Control process. This includes, for example, the International Olympic Committee, the International Paralympic Committee, other Major Event Organizations that conduct Testing at their Events, WADA, International Federations, and National Anti-Doping Organizations.*”

²⁰ Olympisch Handvest, p. 58, rule 27.

²¹ Regel 7.1.1 Olympisch handvest “*to implement the World Anti-Doping Code and all other IOC Anti-Doping Rules, in particular upon the occasion of the Olympic Games.*”

²² Olympisch Handvest, rule 44.

Tijdens de Olympische Spelen is het IOC bevoegd om atleten op doping te controleren. De bevoegdheid tot controle van het IOC geldt alleen tijdens de Olympische Spelen. Daarbuiten zijn de internationale sportfederaties en nationale sportbonden bevoegd.²⁰

Het Olympisch Handvest bepaalt missie en rol van het IOC op het gebied van doping in Regel 2:

The IOC’s role is:

To encourage and promote the role of ethics in sport [...] and to dedicate its efforts to ensuring that, in sport, the spirit of fair play prevails [...].

To lead the fight against doping in sport.

To encourage and promote measures protecting the health of athletes

Het bepaalt de verplichting van het IOC om de WAD Code te implementeren²¹, en dat voor de Olympische Spelen geldt dat:

The World Anti-Doping Code is mandatory for the whole event.²²

2.3.3.2 Nationaal Olympisch Comité

Uit de WAD Code-definitie van een Nationale Anti-Doping Organisatie blijkt dat het NOC bevoegdheden verkrijgt als in een land geen Nationale Anti-Doping Organisatie bestaat.

The entity(ies) designated by each country as possessing the primary authority and responsibility to adopt and implement anti-doping rules, direct the collection of Samples, the management of test results, and the conduct of hearings, all at the national level.

This includes an entity which may be designated by multiple countries to serve as regional Anti-Doping Organization for such countries.

If this designation has not been made by the competent public authority(ies), the entity shall be the country’s National Olympic Committee or its designee.

Het NOC fungeert als sluitpost zodat er gegarandeerd in elk land een organisatie bestaat die gelijk te stellen is met een NADO. Uit de definitie valt af te leiden dat een NOC géén controlerende bevoegdheden bezit indien er een afzonderlijke NADO bestaat.

In het geval er in een NADO is voorzien dan volgen er nog steeds verantwoordelijkheden voor het NOC uit het Olympisch Handvest. Dit is bepaald in paragraaf 28.2.6:

The NOC's role is: [...] To adopt and implement the World Anti-Doping Code.²³

Ieder NOC is daarmee verplicht de Wereld Anti-Doping Code over te nemen en uit te dragen.²⁴ De WAD Code neemt zo een centrale plaats in binnen het antidopingbeleid van het Nederlands Olympisch Comité, NOC*NSF.²⁵

Het NOC*NSF voldoet aan de implementatie-verplichting door middel van het Nationaal Dopingreglement. Dit is ontwikkeld door de Nationale Dopingautoriteit en is gebaseerd op de herziene World Anti-Doping Code. Het is een Bondsreglement dat door alle nationale sportbonden met één of meer erkende topsportdisciplines vóór 1 januari 2009 moest worden vastgesteld.²⁶

Om de uniformiteit van de procedures te garanderen en afwijkingen van de Code te voorkomen, hebben alle topsportbonden het Nationaal Doping Reglement in zijn geheel en ongewijzigd overgenomen.

2.3.3.3 Internationale Sportfederaties

Internationale Sport Federaties zijn internationale non-gouvernementele organisaties die een of meerdere sporten op een wereldwijd niveau reguleren.

Een internationale sportfederatie kan bestaan met of zonder erkenning door het IOC. Zonder erkenning géén deelname aan Olympische Spelen.

Het Olympische Handvest regelt de relatie tussen het IOC en de Internationale Sportfederaties.²⁷ Het verplicht de internationale sportfederatie om regels van het IOC te incorporeren in het eigen statuut. Hierin blijkt de ondergeschiktheid van de sportfederaties aan het IOC.²⁸ De WAD Code moest verplicht geïmplementeerd door IF's worden.²⁹

Artikel 5.1 WAD Code bepaalt de bevoegdheid van de IF om te controleren:

Each International Federation shall have Testing jurisdiction over *all Athletes* who are members of their member National Federations or who participate in their Events.

2.3.3.4 WADA

WADA is een privaatrechtelijke organisatie in 1999 opgericht om wereldwijd doping te bestrijden. Daarnaast stelt WADA elk jaar de lijst van verboden middelen op.³⁰ Op basis van deze lijst wordt een dopingovertreding vastgesteld. Ook heeft WADA het toezicht op de

²³ Olympisch Handvest, p. 62, rule 28.2.6.

²⁴ Dit moet worden gelezen in het licht van de opdracht voor ieder Nationaal Olympisch Comité: "to ensure observance of the Olympic Charter in their countries. Olympisch Handvest, p. 61, rule 28.2.2." en "to promote the fundamental values and principles of Olympism in their countries, in particular, in the fields of sport and education [...]. Olympisch Handvest, p. 61, rule 28.2.1."

²⁵ Notitie Hoofdlijnen anti-dopingbeleid NOC*NSF na 2008.

²⁶ Nationaal Dopingreglement.

²⁷ Olympisch Handvest, pp. 29-58.

²⁸ Olympisch Handvest p. 57, rule 27.1.1. "The mission and role of the IF's within the Olympic Movement are: To establish and enforce, in accordance with the Olympic spirit, the rules concerning the practice of their respective sports and to ensure their application."

²⁹ Olympisch Handvest p. 57, rule 26.

³⁰ Artikel 4.1 van de WAD Code.

wereldwijde implementatie en de naleving van de WAD Code.

Artikel 20.7.8 van de WAD Code bepaalt dat een verantwoordelijkheid van WADA is om:

To conduct Doping Controls as authorized by other Anti-Doping Organizations and to cooperate with relevant national and international organizations and agencies, including but not limited to, facilitating inquiries and investigations.³¹

³¹ Reuters, 11 februari 2010.

³² Nederland heeft een periode twee NADO's gehad. De Dopingautoriteit is 1 juli 2006 ontstaan uit de fusie van het Nederlands Centrum voor Dopingvraagstukken (NeCeDo) en Doping Controle Nederland (DoCoNed).

³³ Definitie NADO in WAD Code: *"The entity(ies) designated by each country as possessing the primary authority and responsibility to adopt and implement anti-doping rules, direct the collection of Samples, the management of test results, and the conduct of hearings, all at the national level.*

This includes an entity which may be designated by multiple countries to serve as regional Anti-Doping Organization for such countries.

If this designation has not been made by the competent public authority(ies), the entity shall be the country's National Olympic Committee or its designee."

³⁴ De Franse anti-dopingautoriteit, Agence Française de Lutte contre le Dopage (AFLD), voerde in opdracht van de organisatie van de Tour de France 2008 de dopingcontroles uit. In 2010 staan de controles onder toezicht van de UCI.

³⁵ Nusport 12 mei 2010: AFLD-voorzitter Bordry kent de grenzen van de zeggenschap van zijn dopingcontroleurs: *"We zijn een nationale autoriteit, we hebben geen zeggenschap tijdens internationale wedstrijden maar we kunnen vragen om extra controles."* Extra controles door andere organisaties zijn mogelijk door middel van art. 15.1.1 WAD Code.

2.3.3.5 Nationale Anti-Doping Organisatie

Naast dopingcontroles door IOC, internationale sportfederatie of WADA, kunnen controles ook nog plaatsvinden onder de auspiciën van een nationale dopingautoriteit. Er kan maar één NADO bestaan in een land.³² Indien er niet is voorzien in een NADO dan vervult het NOC deze rol.³³

De Nederlandse NADO is de 'Nationale Dopingautoriteit'.

Artikel 5.1 WAD Code bepaalt de bevoegdheid tot controle:

Each National Anti-Doping Organization shall have Testing jurisdiction over all Athletes who are present in that National Anti-Doping Organization's country or who are nationals, residents, license-holders or members of sport organizations of that country.

Een nationale dopingautoriteit kan ook controles doen op verzoek van de organisatie van een sportevenement,³⁴ het IOC of een internationale sportfederatie. Echter, de mogelijkheden voor een NADO zijn niet onbeperkt.³⁵

Naast opsporing van dopinggebruik en de handhaving van de normen vervat in de WAD Code is de NADO verantwoordelijk voor het ontwikkelen en bewaken van de antidoping regelgeving en het voeren van juridische procedures. Verder voor het *'het beschikbaar maken en houden van informatie'*, onder meer de persoons- en controle gegevens van de atleten en het realiseren van internationale afstemming.

2.3.4 Nevenschikkende bevoegdheden in procedure

Uit Rule 13.2.3 van de WAD Code blijkt dat meerdere partijen beroep kunnen instellen tegen sancties opgelegd op basis van de WAD Code. Dat zijn, naast de sporter, het IOC, de relevante Internationale Federatie, de Nationale Anti-Doping organisatie (dat kan een NOC zijn, maar ook een aparte organisatie) en WADA:

In cases under Article 13.2.1, the following parties shall have the right to appeal to CAS: (a) the Athlete or other Person who is the subject of the

decision being appealed; [...] (c) the relevant International Federation; (d) the National Anti-Doping Organization of the Person's country of residence or countries where the Person is a national or license holder; (e) the International Olympic Committee or International Paralympic Committee, as applicable, where the decision may have an effect in relation to the Olympic Games or Paralympic Games [...] and (f) WADA.

2.3.4.1 *Internationaal Olympisch Comité*

Het IOC is bevoegd te controleren tijdens de Olympische Spelen. Dopingcontroles afgenomen gedurende de Olympische Spelen geven het IOC de bevoegdheid om atleten te vervolgen en sanctioneren. Rule 23.2.1 van het Olympisch Handvest bepaalt:

In the case of any violation of the Olympic Charter, the World Anti-Doping Code, or any other regulation, as the case may be, the measures or sanctions which may be taken by the Session, the IOC Executive Board or the disciplinary commission [...] are [...] with regard to individual competitors and teams: temporary or permanent ineligibility or exclusion from the Olympic Games, disqualification or withdrawal of accreditation; in the case of disqualification or exclusion, the medals and diplomas obtained in relation to the relevant infringement of the Olympic Charter shall be returned to the IOC.

Dat kan ertoe leiden dat atleten in een periode na de Olympische Spelen (waarbij men denkt niet meer onder de bevoegdheid van het IOC vallen) toch door sancties van het IOC getroffen kunnen worden. De schorsing wordt over het algemeen opgelegd door een bevoegde organisatie buiten het IOC om. Rebellin, winnaar van zilveren medaille wielrennen werd geschorst door het CONI, zijn zilveren medaille werd hem ontnomen door het IOC.³⁶ Ramzi, winnaar van de gouden medaille 1500 meter atletiek, werd geschorst door het nationaal Olympisch Comité van Bahrein.

³⁶ Volkskrant, 30 april 2009.

2.3.4.2 *Nationale Anti-Doping Organisatie*

In elk land kan maar één Nationale Anti-Doping Organisatie bestaan. Dat kan zijn het Nationaal Olympisch Comité of een afzonderlijke anti-doping organisatie. Als er een afzonderlijke NADO bestaat dan is het NOC niet daarnaast bevoegd te testen. De WAD-Code noemt het NOC steeds *naast* de NADO, hetgeen verwarrend werkt.³⁷ Het verschil in achtergrond en structuur tussen een NOC en een speciaal daartoe opgerichte NADO zorgen voor een verschil in uitvoering.

³⁷ Reden hiervoor is omdat in deze zeer 'overzichtelijke structuur' het NOC ook taken en bevoegdheden behoudt zelfs als er een NADO bestaat.

Het IOC legt aan IFs en NADO's een verplichting op om vergelijkbare sancties te hanteren als het IOC.³⁸

³⁸ Olympisch Handvest Rule 23.4, en By Law 1.7 to Rule 46.

2.3.4.2.1 Nationaal Olympisch Comité Uit rule 26 Olympisch Handvest kan worden afgeleid dat een Nationaal Olympisch Comité mag vervolgen en straffen. Het IOC geeft aan NADO's de verantwoordelijkheid voor een nationaal anti-doping beleid. Ook als het betrekking heeft op buitenlandse atleten.

Artikel 20.4.8 WAD Code geeft als doel voor het NOC:

To vigorously pursue all potential anti-doping rule violations within its jurisdiction including investigation into whether Athlete Support Personnel or other Persons may have been involved in each case of doping.

Het Italiaanse Olympisch Comité (CONI) acteert bijvoorbeeld als nationale dopingautoriteit. Dit NOC is belast met de opsporing en vervolging van dopingvergrijpen. Het wordt hierin gesteund door de politiek. In 1999 eiste de Italiaanse minister van Sport, Giovanna Melandri, naar aanleiding van lopende onderzoeken naar Italiaanse topsporters resultaten van het CONI: *“Ook als dit betekent dat we minder medailles winnen.”*³⁹

³⁹ Het Belang van Limburg, 30 december 1999.

2.3.4.2.2 Nationale Anti-Doping Organisatie Artikel 20.5.6 WAD Code geeft als doel voor NADO's:

To vigorously pursue all potential anti-doping rule violations within its jurisdiction including investigation into whether Athlete Support Personnel or other Persons may have been involved in each case of doping.

De kernactiviteiten van de *Nederlandse* NADO (Nationale Dopingautoriteit) zijn volgens de eigen website onder meer:

- Het opsporen van overtredingen door het plannen en uitvoeren van dopingcontroles;
- Het ontwikkelen en bewaken van de anti-dopingregelgeving en het voeren van juridische procedures

De Nationale Dopingautoriteit levert het bewijs in de procedure ter vervolging naar aanleiding van een positieve dopingtest. De sanctionering gebeurt vanwege de sportbonden.

Herman Ram, directeur van de Dopingautoriteit voegt toe: *“Een zaak bereikt de tuchtrechter dus pas als in eerste instantie het dopinglaboratorium en in tweede instantie de (opdrachtgevende) antidopingorganisatie geen redelijke twijfel meer hebben over het bewijs. Wij fungeren dus niet als rechter, maar als aandragers van bewijs, tot op zeker hoogte vergelijkbaar met de rol die het OM speelt in de gewone (straf)rechtspleging.”*⁴⁰ Vervol-

⁴⁰ Sport Knowhow XL, 12 mei 2009.

gens: “Als er een straf is opgelegd die niet in overeenstemming is met het dopingreglement kunnen wij beroep aantekenen.”⁴¹

De bevoegdheid tot sanctionering ligt in het verenigingsrecht bij de vereniging. In Nederland kunnen sportbonden hun tuchtrechtspraak overdragen aan het Instituut Sportrechtspraak.⁴²: “As a non-profit, non-governmental agency, our programs [...] Strive to systematically identify and sanction those individuals who are engaged in the effort to gain an advantage over athletes who are competing clean.”

In tegenstelling tot de Nederlandse dopingautoriteit kan de Amerikaanse nationale dopingautoriteit, het USADA, wel sanctioneren. Sinds de oprichting van het USADA in oktober 2000 heeft het proactief atleten vervolgd. Bijvoorbeeld in de Balco-affaire. Balco (the Bay Area Laboratory Co-Operative) was een farmaceutisch bedrijf opgericht voor het ontwikkelen van synthetische designer-doping. Naar aanleiding van getuigenverklaringen en onderzoek door opsporingsdiensten zijn meerdere Olympisch kampioenen geschorst zonder dat zij ooit positief hadden getest voor de designerdrug ontwikkeld door BALCO.⁴³

2.3.4.3 Internationale Sportfederaties

Internationale Federaties hebben de bevoegdheid tot vervolging van de aangesloten atleten. Artikel 20.3.9 WAD Code bepaalt dat de taak van IF's is

To vigorously pursue all potential anti-doping rule violations within its jurisdiction including investigation into whether Athlete Support Personnel or other Persons may have been involved in each case of doping.

Indien de atleet door dopingcontroleurs anders dan van de IF wordt betrapt, wordt in veel gevallen de Internationale Federatie ingelicht. Het overgrote deel van de zaken wordt nationaal (door de nationale sportbond of NADO) afgehandeld. De IF vervolgt alleen als dit niet gebeurt en de atleten wel onder de jurisdictie van de IF vallen.

Door implementatie van de WAD Code in de eigen regelgeving is in de strafbaarheid voorzien. Een aantal federaties nam eerder al zelfs de IOC Medical Code helemaal over in de eigen reglementen.⁴⁴ Daarmee is buiten de Olympische Spelen eenzelfde sanctie-regime gecreëerd.

Dopingbezit is net als dopinggebruik een dopingvergriep. De Internationale Tennis Federatie (ITF) schorste Amerikaanse tennisser Wayne Odesnik twee jaar. Odesnik werd nooit positief getest. De

⁴¹ Sport Knowhow XL, 16 juli 2009.

⁴² Teitler, Ram, 2010, p.60

⁴³ Onder meer Marion Jones, Kelli White, CJ Hunter en Tim Montgomery.

⁴⁴ Onder meer de International Badminton Federation (IBF) in artikel 16.2 van de Rules of the IBF: “In particular, Member Associations must adhere to the IOC requirements on doping, and must co-operate fully with the Federation in measures taken to detect or penalise infringements of those requirements.” Ook de internationale zeil federatie (ISAF) maakt duidelijk in de 1998 ISAF Regulations, Art. 3.9: “Sailors in Olympic Classes, when found without doubt to have tested positive for the presence of banned drugs on the ISAF/IOC list, will be subject to the scale of penalties agreed between the IOC and the International Governing Bodies of sport.”

douane in Brisbane vond acht ampullen groeihormonen. Hij werd beboet met 9000 Australische dollars. Desondanks beoordeelde de ITF dit als een inbreuk op haar antidoping regels.⁴⁵

⁴⁵ De Standaard, 19 mei 2010.

2.3.4.4 WADA

De vervolging van een dopingovertreding laat WADA over aan andere dopingautoriteiten. WADA heeft geen directe bevoegdheid tot vervolging. Als de procedure eenmaal door een andere instantie is gestart krijgt WADA eigen bevoegdheden. De WADA heeft de reglementaire bevoegdheid om beroep in te stellen tegen uitspraken van sportbonden en internationale federaties, *ook indien het voordien in de procedure géén partij was*.⁴⁶ Dat betekent dat de IF of het NADO de atleet vervolgt en WADA beroep kan instellen als WADA vindt dat er te licht is gestraft.

⁴⁶ Artikel 13.1.1 van de WAD Code bepaalt: *“WADA Not Required to Exhaust Internal Remedies. Where WADA has a right to appeal under Article 13 and no other party has appealed a final decision within the Anti-Doping Organization’s process, WADA may appeal such decision directly to CAS without having to exhaust other remedies in the Anti-Doping Organization process.”*

⁴⁷ Artikel 13.1.1 bepaalt: *“For violations of Article 2.4 (Whereabouts Filing Failures and/or Missed Tests), the period of Ineligibility shall be at a minimum one (1) year and at a maximum two (2) years based on the Athlete’s degree of fault.”*

⁴⁸ Sporza, 3 december 2009.

⁴⁹ Vanwege een uitgelopen teambespreking van hun coach.

⁵⁰ De Morgen, 30 januari 2009.

Bijvoorbeeld het beroep dat de WADA instelde na de schorsing van één jaar opgelegd aan Vlaamse tennissers vanwege administratieve fouten bij het invullen van de whereabouts. Ondanks dat er door het Vlaams Dopingtribunaal een schorsing werd opgelegd die conform de voorgeschreven sanctie in de WAD Code was⁴⁷, stelde WADA beroep in tegen de uitspraak.⁴⁸ WADA was van mening dat er een voorbeeld gesteld moest worden in de eerste procedure betreffende de whereabouts.

Een ander voorbeeld is het beroep dat door WADA werd ingesteld tegen een door het CONI opgelegde schorsing van 15 dagen aan twee Italiaanse voetballers. Daniele Mannini en Davide Possanzini waren in december 2007 15 minuten te laat voor een dopingcontrole na de wedstrijd van hun club Brescia.⁴⁹ Ook al waren de uitslagen van de die dag afgenomen dopingtests negatief werd de schorsing door WADA te licht bevonden en WADA stelde beroep in bij het CAS. De voetballers werden door het CAS voor één jaar geschorst.⁵⁰ Uiteindelijk is na beroep de schorsing na twee maanden opgeschort.

2.4 Consequenties nevenschikkende bevoegdheden

De schepping van de Wereld Anti-Doping Autoriteit, de Wereld Anti-Doping Code en het UNESCO verdrag is slechts een kleine stap op weg naar harmonisatie. Ondanks nieuwe organisaties zoals WADA en NADO’s bleven de oude machtsverhoudingen in stand en daarmee de gespreide verantwoordelijkheden. Deels doordat het UNESCO-Verdrag geen verplichte harmonisatie van wetgeving oplegt, maar aan Staten een grote mate van zelfregulering laat. Ook is expliciet

in het Verdrag opgenomen dat Staten niets in de weg staat om zelf verdergaande maatregelen te nemen.

Op dit moment kunnen veel verschillende instanties allemaal met een zelfde bevoegdheid atleten controleren. Atleten kunnen er niet van uitgaan dat er maar één instantie bevoegd is om bloed of urine af te nemen.⁵¹ Zonder harmonisatie blijft rechtsonzekerheid bestaan en daarmee inbreuk op fundamentele mensenrechten. Zolang niemand bereid lijkt bevoegdheden en invloed in te leveren blijft harmonisatie echter onbereikbaar.⁵²

2.4.1 Conflicten over verboden middelen

Veel van de actoren zijn op verschillende manieren betrokken bij de definitie van verboden middelen en hebben daardoor verschillende belangen. Teitler en Ram schrijven over de (grote) onderlinge verschillen tussen instanties met nevenschikkende bevoegdheden het volgende:

The fact that there is no mention of either 'recreational drugs' or 'recreational use', does not mean that they are not an issue in the world of anti-doping. On the contrary, they are the subject of continuing discussions between governments, International Federations, national anti-doping organizations (NADOs) and WADA. Opinions vary greatly in this regard:

- a Some are in favour of removing all recreational drugs from the Prohibited List, because their use is not sport related, and the sports organizations should therefore not want to regulate their use.
- b Some feel that recreational drugs should be treated the same as steroids (for instance from a formal standpoint, but also from a social, moral and an athletes-as-role-models point of view).
- c Some argue that all substances should not only be treated equally, but should also be prohibited both in and out of competition. Their view is that training, especially in team sports, also has a competitive element. Hence, why should some substances only be considered performance enhancing in competition (and consequently only be prohibited in competition).
- d Others have the stance that only substances that are performance enhancing should be included on the list. There has been no agreement on this subject, nor on the List criteria as mentioned above. The Code currently presents a compromise between the stakeholders. Views may vary from country to country, between International Federations (IFs) and NADOs, but also between NADOs, governments, etc. amongst themselves.⁵³

⁵¹ Indien een atleet weigert bloed of urine af te geven dan is het automatische gevolg een dopingovertreding en (minimaal) twee jaar schorsing. In Nederland zal een weigering tot bloed of urine af te geven bij bv. een verkeerscontrole meestentijds leiden tot een boete. Er kan worden afgedwongen dat men bloed laat afnemen, maar enkel met toestemming van de Rechter-Commissaris omdat de procedure ingrijpend is. Omdat men (gelukkig) nog niet heeft gekozen voor een mogelijkheid waarbij in het kader van dopingbestrijding bloed afname met geweld afgedwongen kan worden, heeft men gekozen voor een zware sanctie om vrijwillige medewerking af te dwingen.

⁵² Herman Ram, 'World Anti-Doping Code en De Wet: Botsing of versterking?', Serie Sport en Recht no. 16, 2009, p. 13: "Daarenboven speelt dan ook nog het feit dat de machtsverhoudingen in de internationale sportwereld toch wel van dien aard zijn dat WADA haar wil niet kan opleggen aan internationale federaties. Er zijn dan ook gebieden waarop de [WAD] Code [...] nog niet tot de gewenste harmonisatie heeft geleid, veelal omdat IF's geen invulling wensen te geven aan bepaalde uit de Code voortvloeiende verplichtingen."

⁵³ Steven Teitler en Herman Ram, 'Analyzing the New World Anti-Doping Code: A Different Perspective', The International Sports Law Journal (2008), no. 1-2, p. 43.

2.4.2 Conflicten over controles

De WAD Code codificeert in artikel 15.1.1 dat andere ADO's dan de sportfederaties ook bij evenementen bevoegd kunnen zijn.

If an Anti-Doping Organization which is not responsible for initiating and directing Testing at an Event nevertheless desires to conduct additional Testing of Athletes at the Event during the Event Period, the Anti-Doping Organization shall first confer with the ruling body of the Event to obtain permission to conduct, and to coordinate, any additional Testing. If the Anti-Doping Organization is not satisfied with the response from the ruling body of the Event, the Anti-Doping Organization may ask WADA for permission to conduct additional Testing and to determine how to coordinate such additional Testing. WADA shall not grant approval for such additional Testing before consulting with and informing the ruling body for the Event.

Conflicten ontstaan hierbij omdat veel actoren invloed wensen te behouden. Gedreven door territoriumdrift houdt men vast aan traditionele structuren. Een voorbeeld hiervan is de concurrentiestrijd bij de Tour de France tussen de Franse NADO (*Agence Française de Lutte contre le Dopage* (AFLD)) en de primair bevoegde ADO bij de wedstrijd, de UCI.⁵⁴

⁵⁴ Eurosport, 5 maart 2010.

De AFLD wenst niet samen te werken met de internationale federatie van wielrenners (UCI). De uitslagen van dopingtesten van de AFLD worden niet doorgegeven aan de UCI.

⁵⁵ deelname aan internationale wedstrijden

De internationale federatie heeft altijd een vervolgingsrecht van aangesloten atleten met een internationale status⁵⁵ en kan nu niet beschikken over de uitslagen van de Franse dopingcontroles.

Vervolging op basis van deze testen zal derhalve door de nationale autoriteiten op basis van Franse nationale anti-dopingwetgeving gebeuren. De UCI reageerde door aan te geven dat het alleen nog maar gebruik zal maken van controles van WADA.

2.4.3 NADO's bevoegd over andere nationaliteiten

Nationale dopingautoriteiten kunnen atleten van *andere nationaliteiten* vervolgen. Bij die vervolging hanteren de autoriteiten verschillende normen hetgeen er toe leidt dat atleten voor het zelfde feit verschillende sancties krijgen opgelegd. Dat leidt tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid.

2.5 *Samenvatting*

Het is moeilijk om enige ordening te zien in de chaos van bemoeienissen van internationale sportfederaties, nationale sportbonden, overheden en de gespecialiseerde sporttribunalen. De strijd tegen doping wordt gevoerd op meerdere fronten en door verschillende instanties. Er is géén centraal orgaan dat het proces behandelt van begin tot eind.⁵⁶ Een atleet kan zich verheugen op dopingcontroles van minimaal vijf verschillende instanties die allen dezelfde bevoegdheid hebben.⁵⁷ Voor WADA geldt dat het altijd bevoegd is, maar WADA gebruikt die bevoegdheid alleen in specifieke situaties als er geen andere (goede) mogelijkheid tot testen is. De coördinatie over testplanning tussen NADOs en IFs stuit in de praktijk (in geval van conscianteuze ADO's) op privacybescherming (ADO's willen persoonlijke verblijfsgegevens van atleten enigszins beschermen). Gevolg hiervan is dat sporters kort na elkaar door twee organisaties gecontroleerd kunnen worden. Dat men gecontroleerd wordt door meer dan één instantie op één dag is het moeten atleten dus maar mee leven omdat het een gevolg is van bescherming van een ander recht. Echter, indien er altijd maar één organisatie bevoegd is tot controle dan zal de coördinatie van controles en bescherming van persoonsgegevens beter gewaarborgd kunnen worden. Vervolgens kan een atleet van vier verschillende instanties een vervolging vrezén.⁵⁸ Dit nog los van de mogelijkheid dat een overheid ook nog strafrecht kan toepassen.

Wordt hij vrijgesproken dan zijn er vijf verschillende instanties die beroep kunnen instellen. Daarbij zijn instanties die tot dat moment geen partij bij de zaak waren. Hierbij vergeleken is *'Het Proces'* van Kafka een wonder van inzichtelijkheid.

2.5.1 **Gevolg onduidelijkheid meer overheidsbemoeienis**

Lang is de dopingbestrijding gezien als een kwestie die onder het exclusieve terrein van de sportwereld viel. Nog steeds ligt een groot deel van de verantwoordelijkheid van dopingbestrijding bij de verschillende bij sport betrokken organisaties. Deze soevereiniteit in eigen kring heeft niet tot maatschappelijk gewenste resultaten geleid. In dergelijke situaties ontstaat een vast patroon: Er volgt overleg tussen overheden en de privaatrechtelijke organisatie, dat leidt tot maatschappelijk gewenste uitkomsten. Zo niet, dan herhaalt zich het patroon van overleg en aanpassing een aantal malen totdat het leidt tot overheidsingrijpen.

⁵⁶ Volkskrant, 13 april 2002.

⁵⁷ In de praktijk is er vooral een overlap van bevoegdheden tussen IF's en NADO's en WADA; de anderen zijn in zeer specifieke situaties bevoegd.

⁵⁸ Ten overvloede; men kan maar éénmaal vervolgd worden voor één dopingovertreding.

Het internationale karakter van sport bemoeilijkt dit proces aanzienlijk. De bemoeienis van overheden heeft zijn aanvang al genomen, het cyclische patroon is nog niet afgerond.

De eerste versie van de WAD Code werd aangenomen in 2003. Een tweede, aangepaste, versie met meer verplichtingen voor atleten werd in 2009 aangenomen.

2.5.2 WAD Code staat zelf harmonisatie in de weg

Gedeelde verantwoordelijkheden leiden (zoals in de volgende hoofdstukken zal worden aangetoond) tot inbreuken op mensenrechten. De gedeelde verantwoordelijkheden maken een oplossing voor deze inbreuken onmogelijk.

De *'oplossingen'* aangedragen in de WAD Code bij bespreking van de *'overlapping responsibilities'* blijken voorlopig niet het probleem te verhelpen. Uit de genoemde voorbeelden blijkt dat er geen sprake is van de noodzakelijke *'much higher level of overall harmonization'*, noch van *'precedence'* of van *'cooperation'*.⁵⁹

⁵⁹ Commentaar bij artikel 15.1 Wad Code

Deze ontkenning van problemen houdt de onwenselijke situatie in stand waarbij de WAD Code door codificatie van nevenschikkende bevoegdheden zelf in de weg staat aan zijn eigen doel, namelijk harmonisatie.

De gespreide verantwoordelijkheden in de dopingbestrijding onderstrepen juist de noodzaak van een verdere harmonisatie. Ter verbetering van de rechtspositie van de sporters, de rechtszekerheid en de effectiviteit van de dopingbestrijding in zijn algemeenheid. Zodat bijvoorbeeld geen inbreuk wordt gemaakt op rechten gewaarborgd door het EVRM.

3

Artikel 6, Recht op een eerlijk proces

3.1 EVRM, ontvankelijkheid klachten

De voorwaarden voor ontvankelijkheid zijn geregeld in artikel 35 EVRM.¹

Op dit moment is de jurisprudentie van het Hof voor ontvankelijkheidsvragen ook van belang.

De ontvankelijkheidstoetsing van klachten is deels formeel, deels materieel. Bij de niet-ontvankelijkheidsverweren van de staat ontkomt het Hof niet aan *inhoudelijke* toetsing van het *verweer van de klager* tegen het verweer van de staat.

Een klacht bij het EVRM is *niet* ontvankelijk als het géén *Europese* schending betreft of de klager *niet* het slachtoffer is van de schending.

3.1.1 Europese schending

Een schending door een Europese staat van het EVRM is alleen een schending als de schending plaatsvond:

- op Europees grondgebied, Ratione Loci²
en/of :
- de schending toegerekend kan worden aan het handelen of nalaten van een Europese staat, Ratione Personae

Een Europese staat is een staat die het verdrag heeft geratificeerd, Europees grondgebied is het grondgebied waarover de rechtsmacht van de verdragssluitende partijen zich uitstrekt. Is geen van beiden van toepassing dan volgt niet-ontvankelijkheid.

3.1.2 Slachtoffervereiste

Een verzoekschrift of klacht over een schending van het EVRM is alleen ontvankelijk als de klagende partij het slachtoffer van de schen-

De lichtgedrukte tekst is toegevoegd als toelichting op de klachtenprocedure. Ik vertrouw erop dat velen procedures bij het EHRM aanhangig zullen maken opdat de rechtspositie van atleten menswaardig wordt.

¹ Artikel 35 - Voorwaarden voor ontvankelijkheid:

1. Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing.
2. Het Hof behandelt geen enkel individueel verzoekschrift, ingediend op grond van Artikel 34, dat
 - (a) anoniem is; of
 - (b) in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat.
3. Het Hof verklaart elk individueel verzoekschrift, ingediend op grond van Artikel 34, niet-ontvankelijk, wanneer het van oordeel is dat dit niet erenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij, kennelijk ongegrond is of een misbruik betekent van het recht tot het indienen van een verzoekschrift.
4. Het Hof verworpt elk verzoekschrift dat het ingevolge dit artikel als niet-ontvankelijk beschouwt. Dit kan het in elk stadium van de procedure doen.

² EHRM Cyprus v. Turkey, 10 mei 2001, 25781/94, par. 75-81.

³ Artikel 34 - Individuele verzoekschriften

Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocolen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.

⁴ Het EVRM stelt nog enkele vereisten voor ontvankelijkheid. Onder meer het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen en de termijn van maximaal zes maanden na de nationale uitspraak in hoogste instantie. Gewoonlijk is aan deze vereisten voldaan.

⁵ EHRM *Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe*, 73250/01.

⁶ EHRM *Gentilhomme, Schaff-Benhadj and Zerouki v. France*, 14 mei 2002, 48205/99, 48207/99 en 48209/99, par. 20.

⁷ EHRM *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) v. Ireland*, 30 juni 2005, 45036/98.

⁸ EHRM *Bosphorus*, par. 154-160.

ding is. Is hieraan niet voldaan dan volgt niet-ontvankelijkheid.³

3.1.2.1 *Europese nationaliteit geen vereiste*

De klagende partij hoeft geen onderdaan te zijn van een van de verdragsluitende partijen.⁴

3.1.3 **Ontvankelijkheid klachten schendingen door dopingbestrijding**

Deze scriptie richt zich specifiek op mogelijke schendingen van het EVRM als gevolg van de procedures die gevolgd worden bij de dopingbestrijding.

3.1.3.1 *Verweren van de staat tegen een klacht*

Binnen de context van de dopingbestrijding kan een *staat* zich verweren door aan te voeren dat:

1. De staat niet verantwoordelijk is voor gebrekkige waarborgen in de *dopingprocedure* omdat bij de vaststelling van die procedures de staat:

- (a) geen bevoegdheden had⁵
- (b) geen rechtsmacht had⁶
- (c) geen invloed had⁷

3.1.3.2 *Verweren van de klager tegen de verweren van de staat*

Bij een of meer van deze verweren van de staat kan de *klager* stellen dat:

- de staat rechtstreeks verantwoordelijk was, mocht dat verweer falen dan kan de klager stellen dat:
- de procedure onvoldoende bescherming biedt.⁸

3.1.3.3 *Onvoldoende bescherming*

Binnen de context van deze scriptie, schendingen door dopingbestrijding, gaat de bijlage in op de ontvankelijkheidsvereisten. De bijlage geeft een overzicht van de jurisprudentie, de mogelijke verweren van de staat en de mogelijke verweren van de klager tegen de verweren van de staat.

Op grond van dat overzicht en de tekortkomingen in de procedures die deze scriptie signaleert, lijkt het waarschijnlijk dat:

- het Hof niet snel zal aannemen dat een staat rechtsreeks verantwoordelijk was voor de procedures.
- het Hof zeer wel van mening kan zijn dat de bescherming tijdens de dopingprocedure –‘*manifestly deficient*’– is terwijl de staat volgens het EVRM wel gehouden is om de bescherming van het EVRM te waarborgen.

Als het verweer ‘*manifestly deficient*’ slaagt zou ontvankelijkheid kunnen volgen op grond van *ratione personae*.

3.1.4 Processtrategie

In de processtrategie is de inschatting van de ontvankelijkheid een belangrijke overweging die zich toespitst op het inschatten van de verweren van de staat. Zelfs als deze verweren als mogelijk succesvol worden ingeschat waaruit niet-ontvankelijkheid zou volgen, is procederen zinvol.

Bij een niet-ontvankelijkheids verweer van de staat gaat het Hof *inhoudelijk* in op het tegenverweer van de klager. Daarmee zal het Hof de geboden waarborgen in de procedure na een dopingovertreding beoordelen. Deze jurisprudentie zal onafhankelijk van de uitkomst een verhelderende en rechtscheppende werking hebben.

3.2 Horizontale werking

Het is niet vanzelfsprekend dat de bescherming van artikel 6 EVRM van toepassing is op inbreuken vanwege verenigingsrecht. Het leerstuk van de ‘*positive obligation*’ leert dat in bepaalde gevallen er voor de Staat een verplichting bestaat om stappen te ondernemen om de rechten van individuele burgers te waarborgen. Dat kan zelfs in bepaalde gevallen zo ver gaan dat bescherming tegen andere burgers geboden moet worden, dus niet alleen bescherming tegen inbreuken van overheidswege.⁹

Voorlopig wordt echter van artikel 6 EVRM aangenomen dat het wel een directe (verticale) werking heeft¹⁰ maar *geen* horizontale (derden)werking.¹¹ Voor de toepassing van artikel 6 EVRM zal daarom moeten worden vastgesteld dat er sprake is van een ‘*Civil right*’ (of *obligation*). Voor de extra waarborgen van artikel 6 lid 2 en 3 zal moeten worden vastgesteld dat er sprake is van een ‘*criminal charge*’. Allereerst dient er echter eerst te worden vastgesteld of men wel zou kunnen spreken van een tribunaal in de zin van artikel 6.

⁹ EHRM *Marckx v. Belgium*, 13 juni 1979, 6833/74, par. 31. en EHRM *Siliadin v. France*, 26 juli 2005, 73316/01, par. 77-81.

¹⁰ A-G Biegman-Hartogh concludeerde bij HR 30 november 1984, NJ 1985, 376 par. 11, onder verwijzing naar jurisprudentie dat de vraag of art. 6 EVRM directe werking heeft, ‘thans met een gerust hart bevestigend kan worden beantwoord’.

¹¹ P. Smits, ‘Artikel 6 EVRM en de civiele procedure’, Deventer 2008, p. 26. *Hoewel het EVRM derdenwerking niet expliciet uitsluit, doch anderzijds deze werking niet dwingend uit het verdrag voortvloeit, mag vooralsnog worden aangenomen dat art. 6 EVRM geen horizontale werking heeft.*

Artikel 6 lid 1 EVRM:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly by the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

3.3 *Tribunaal*

Voor de toepassing van artikel 6 lid 1 EVRM moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat er sprake is van een tribunaal in de zin van het EVRM. De definitie van het EVRM richt zich niet op de plaatsing van de instantie in het nationale recht, alleen of

it fulfills the substantive requirements of a tribunal, being an authority with power to decide legal disputes with binding effects for the parties. [...] Its decisions are not primarily left to its discretion, but must be arrived at in orderly proceedings conducted on the basis of the rule of law [...]¹²

¹² EHRM Sramek v. Oostenrijk, 22 oktober 1984, 8790/79. Par. 71.

¹³ EHRM 12 december 1983, Bramelid & Malmstrom v. Zweden, 8588/79 en 8589/79.

¹⁴ Loorbach, 'De WAD Code: "Guilty unless proven innocent?", Serie Sport en Recht no. 16, 2009, p. 26: *"als je uitgaat van een fundamenteel recht van vrijheid van beroepskeuze en van een fundamenteel persoonlijk recht op de ontplooiing van je talenten, met daar tegenover het monopolie van de nationale en vooral de internationale sportorganisaties, dan kan naar mijn oordeel van vrijwilligheid niet worden gesproken; in ieder geval rust onder deze omstandigheden op de organisatie in mijn opvatting een even zware verplichting ter zake van formele en materiële en legitimering van regelgeving en uitvoering als in een "dwangorganisatie"."*

¹⁵ G. Kaufman-Kohler & T. Schultz, 'Online dispute resolution: challenges for contemporary justice', p. 32. Den Haag 2004.

Voor het Hof valt tuchtrecht ook onder de 'tribunal' als genoemd in artikel 6 lid 1 EVRM:

A distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration [...]. If [...] arbitration is compulsory [...] the parties have no option but to refer their dispute to an arbitration board, and the board must offer the guarantees set forth in Article 6 par. 1.¹³

Het verenigingsrecht in sport is als '*compulsary arbitration*' te kwalificeren.¹⁴ Kaufman-Kohler en Schulz zeggen hierover:

Forced or compulsory arbitration is arbitration imposed by legislation, the latter replacing the parties' consent. Forced arbitration is known in a number of jurisdictions, for instance tax matters, malpractice claims, sports and the like. [...] Compulsory arbitrations must comply with the procedural guarantees that this provision [artikel 6 lid 1 EVRM, GB] grants to any litigant.¹⁵

Waaruit kan worden afgeleid dat de beroepsprocedures in dopingzaken voor een '*tribunaal*' gevoerd worden.

3.4 *Dopingregelgeving staat op gespannen voet met recht op een eerlijk proces*

De titel van artikel 8 van de WAD Code 2009 is *'Right to a Fair Hearing'*. In welke mate er werkelijk sprake is van het recht van atleten op een eerlijke procedure zal hierna uiteengezet worden. Vast staat dat niet enkel het recht op privacy op gespannen voet staat met de anti-dopingmaatregelen.

3.5 *The right to an effective remedy*

Artikel 6 waarborgt in combinatie met artikel 13 het recht op een eerlijk proces. Artikel 6 en 13 EVRM tesamen bezien vereist dat men toegang tot een onpartijdige onafhankelijke rechter moet hebben die binnen een redelijke termijn uitspraak kan doen als burgerrechten in het geding zijn of als er sprake is van *'criminal charge'*. In hoeverre burgerrechten of *'criminal charge'* in het geding zijn bij de huidige antidopingmaatregelen onderzoek ik in de volgende paragrafen.

3.5.1 **Artikel 6 lid 1 van toepassing; Civil rights and obligations**

Volgens het Hof dient artikel 6 lid 1 ruim geïnterpreteerd te worden, want:

"In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 (1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision."

Kan men met betrekking tot de dopingregelgeving spreken van een *'civil right and obligation'* zoals die ook bestaat in de nationale wetgeving van de Staat?

Daarvoor is de *uitkomst* van de procedure beslissend voor privaatrechtelijke rechten en plichten, niet de plaats van de regel in de wet. Onafhankelijk van de plaatsing in de nationale wetgeving onderzoekt het Hof of er sprake is van een *'civil right'*: *"Whether or not a right is to be regarded as civil within the meaning of this expression in the Convention must be determined by reference to the substantive content and effects of the right—and not its legal classification—under the domestic law concerned."*¹⁶

Omdat er sprake is van *'compulsary arbitration'* waarbij *"sanctions may be imposed that result in a period of forced professional inactivity"* kan

¹⁶ EHRM *König v the Federal Republic of Germany*, 28 juni 1978, 6232/72, par. 89.

¹⁷ “[...]De Doelder considers [in “Terrein en Beginselen van het Tuchtrecht”, toevoe-ging GB] that the strict interpretation of certain words appearing in the provision concerning the determination of civil rights and obligations does not affect the applicability of Article 6 to disciplinary proceeding. To support this view, De Doelder refers to a decision of the ECHR of 28 June 1978 from which he concludes that: “where under a certain body of disciplinary law sanctions may be imposed that result in a period of forced professional inactivity, the procedure by which this is made possible should comply with the provisions of Article 6(1).”” Soek 2006, p. 278.

¹⁸ P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker, E.-J. Zippro, ‘Het EVRM-kader voor invoering van punitieve damages in mededingingszaken: Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, NBTR 20 september 2008, 37, p. 280.

¹⁹ EHRM *Tre Traktörer Aktiebolag v Sweden*, 7 July 1989, A 159.

²⁰ EHRM *König*, respectievelijk EHRM *H v Belgium*, 30 A 127, november 1987.

²¹ Specifiek artikel 10 Grondwet, in combinatie met artikelen 11 tot 13 Grondwet.

²² Hof van Justitie (HvJ EG) 18 juli 2006, nr. C-519/04, par. 22 (*Meca-Medina*). HvJ EG 12 december 1974, nr. 36/74 (*Walrave en Koch*), par. 4. HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93 (*Bosman*) par. 73.

²³ Soek 2006, p. 277. EHRM *Engel and others v Nederland*, 23 november 1976, A. 22.

²⁴ EHRM *Engel and Others v. Nederland*, 8 juni 1976, 5100/72; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72

worden vastgesteld dat artikel 6 lid 1 van toepassing is op de dopingregelgeving.¹⁷ Niet alleen via de ‘civil rights’ maar ook middels ‘obligation’ ligt het voor de hand om aan te nemen dat een punitieve privaatrechtelijke vordering (boete volgens art. 10.2 WAD Code zoals later wordt besproken) kan worden aangemerkt als een civil obligation voor diegene die met een dergelijke vordering geconfronteerd wordt.¹⁸

Is er een ‘civil right’ in het geding, dan moeten de voorwaarden van artikel 6 gewaarborgd worden. Een ‘civil right’ is bijvoorbeeld het recht om economische activiteiten te ontplooiën. Men kan daarbij denken aan het uitbaten van een tapvergunning,¹⁹ waarbij dit ‘civil right’ in het geding is als de tapvergunning wordt ingetrokken. Een ander voorbeeld betreft de uitoefening van medische of juridische beroepen.²⁰ Weer een ander ‘civil right’ is bijvoorbeeld het recht op privacy. Analooq aan de arresten waarin het Hof bepaalt dat er sprake is van een ‘civil right’ als de ontplooiing van economische activiteiten wordt gehinderd, kan men stellen dat de periode van inactiviteit als gevolg een schorsing voor een dopingovertreding ook aan onder de definitie van een civil right valt.²¹ Hoewel geen jurisprudentie van het EHRM heeft het Hof van Justitie EG in haar arresten bevestigd dat dopingregelgeving raakt aan de ontplooiing van economische activiteiten.²² In Bijlage IV wordt uiteengezet dat de dopingregelgeving raakt aan het civil right van privacy.

3.5.2 Artikel 6 lid 2 en 3 van toepassing; Criminal Charge

Indien kan worden vastgesteld dat er sprake is van ‘criminal charge’, dan zijn ook art. 6 lid 2 en 3 van toepassing en gelden er strengere procedurele eisen.

Volgens Soek stelt het Hof dat bij zware sancties automatisch sprake is van ‘criminal proceedings’: “The European Court of Human Rights on 8 June 1976 held that in all cases where sanctions are imposed which, given their severity, should be considered to be of a criminal law nature, the statutory disciplinary proceedings must be treated like criminal proceedings in the sense of Article 6.”²³

Om vast te stellen of er sprake is van een ‘criminal charge’ zijn er vier overwegingen van belang waarbij de laatste twee overwegingen in samenhang gelezen moeten worden²⁴:

- de positionering van de regelgeving in nationaal recht;
- het karakter van de overtreding;

- het doel (de aard) van de sanctie;
- de zwaarte van de sanctie.

Dopingregelgeving wordt voor het grootste deel nog overgelaten aan de sportfederaties en verenigingen, wat het tot verenigings- of tuchtrecht maakt. Hoewel vliegende controles overal ter wereld en de samenwerking met opsporingsdiensten doen vermoeden dat het karakter van de overtreding ernstig genoeg is om de overtreding binnen het strafrecht te stellen, wordt deze voorlopig in de meeste landen buiten het strafrecht gehouden en administratief dan wel tuchtrechtelijk behandeld.²⁵

²⁵ In Nederland vormen handel en productie van dopingmiddelen een Economisch Delict, vallend onder de Wet op Economische Delicten (WED). Daarnaast kan afhankelijk van het type doping in bepaalde gevallen sprake zijn van strafbaarheid onder de Opiumwet. In Duitsland is op 5 juli 2007 een wet aangenomen die dopingbezit strafbaar stelt. *De Pers*, 5 juli 2007. In België is al een aantal atleten veroordeeld op basis van een bezitsverbod op doping. *De Pers*, 16 december 2008. In Italië is dopinggebruik in 2000 bij wet strafbaar gesteld. *Dopingautoriteit*, 15 december 2005.

²⁶ Hart, *'Punishment and Responsibility'*, Oxford 1968, p. 5.

Het strafbegrip van Hart geeft een werkbare definitie van wat een straf is. Indien een sanctie onder deze definitie valt, dan is in ieder geval voldaan aan de laatste twee voorwaarden van *'criminal charge'* zoals het Hof dit uitlegt. Volgens Hart zijn de volgende elementen aanwezig in de definitie van het strafbegrip: Het moet gaan om opzettelijke (2) leedtoevoeging (1). De leedtoevoeging is bij de rechtsfilosoof Hart geobjectiveerd naar *'hetgeen normaliter als onplezierig wordt ervaren'*. Iedereen kan namelijk straf anders ervaren. Sommige ervaringen kunnen voor personen wel als een straf voelen, maar deze vallen niet binnen het strafbegrip. De *'opzet van de straffer is constitutief voor de straf (2) maar geen voldoende voorwaarde.'* Met constitutief wordt hier bedoeld dat zonder deze opzet er ook geen sprake zal zijn van straf volgens het strafbegrip. Als de *'leedtoevoeging'* niet als zodanig bedoeld was dan is het ook geen straf in deze context. De leedtoevoeging moet namelijk een reactie zijn op de schending van een juridische norm (3), en deze reactie dient gericht te zijn op de normschender (4), en niemand anders. Daarnaast dient deze reactie afkomstig te zijn van een bevoegde instantie van de rechtsorde waar de geschonden norm deel van uitmaakt (5). Hiermee wordt de straf geobjectiveerd, en is deze niet afhankelijk van een subjectief rechtsgevoel; straf volgt op een geschonden rechtsnorm en de straf wordt gegeven door een daartoe bevoegde instantie.

²⁷ Ken Foster, *'Thediscourses of doping: law and regulation in the war against drugs'*, in O'Leary, ed., *Drugs and Doping in Sport* (London, Cavendish 2000) p. 181: *"A four year ban can be a functional death penalty for an athlete"* A.B.Diouf's commentaar op the Braunskill Case (25 May 1996 - IAAF v. USA Track & Field (USATF)): *"The sanction pronounced by our jury, will deprive an individual from earning his living for a certain time, or maybe for life, since Mr. Kevin Braunskill is now 27. The liberty to work is a fundamental liberty [...] Indeed such severe professional bans are provisions contrary to the liberty to work, and consequently, they have a character of penal sanction, which no legitimacy allows us to pronounce. Maybe, this aspect is the most shocking to Civil Courts when athletes, condemned by Sport Bodies, appeal to them [...]"*

²⁸ Het Parool, 1 februari 2010.

²⁹ Cycling News, 2 februari 2010.

Echter, in een aantal gevallen worden hoge boetes opgelegd met als enige doel leedtoevoeging.²⁶

3.5.2.1 *Financial sanctions*

Schorsing van een atleet houdt effectief een beroepsverbod in en daarmee wordt de atleet de mogelijkheid ontnomen tot volledige ontplooiing van de economische activiteit. Op deze wijze bezien past het doel van de sanctie (naast algemene en speciale preventie, ook retributie) en de zwaarte (beroepsverbod voor een lange periode) op de laatste twee voorwaarden voor een *'criminal charge'* zoals opgesteld door het Hof.²⁷

In de WAD Code zijn ook sancties opgenomen waarmee de atleet rechtstreeks financieel gestraft wordt in plaats van indirect door schorsing.

3.5.2.2 *Punitieve boete*

Straffen in de WAD Code beperken zich niet tot alleen een schorsing indien een dopingvergriep is vastgesteld. Het WADA is van mening dat een atleet daarnaast ook financieel mag worden *gestraft* voor een dopingvergriep.

De WAD Code stelt in artikel 10.12 uitdrukkelijk dat de financiële sancties mogen worden gegeven bovenop de schorsing als strafverhoging. Ze mogen niet dienen ter vervanging van de schorsing (dit om te voorkomen dat de schorsing kan worden afgekocht):

"Anti-doping organizations may, in their own rules, provide for financial sanctions on account of anti-doping rule violations. However, no financial sanction may be considered a basis for reducing the period of Ineligibility or other sanction which would otherwise be applicable under the Code."

Een voorbeeld van een financiële sanctie zoals bedoeld in artikel 10.12 is de boete van € 280.000 die aan de Italiaanse wielrenner Danilo di Luca werd opgelegd op 2 februari 2010 door het Italiaans Olympisch Comité (CONI).²⁸

Di Luca werd op twee verschillende momenten positief getest op het nieuwe dopingmiddel CERA in de Ronde van Italië van 2009. Het CONI maakte gebruik van artikel 10.12 in de vernieuwde WAD Code om naast een schorsing ook een boete op te leggen. Dit werd mogelijk gemaakt doordat de internationale wielervederatie in reactie hierop een aanpassing in haar eigen dopingreglement aangebracht.²⁹

Sectie 326 van de UCI Anti-Doping Rules bepaalt dat een boete volgens artikel 10.12 WAD Code volgend op een schorsing van twee

jaar thans moet worden vastgesteld op 70% van het salaris van de wielrenner over dat jaar.³⁰ Voor Di Luca betekent dat een boete van € 280.000, voor minder bekende renners als bijvoorbeeld Maurizio Biondi of Inigo Landaluze betekende dat respectievelijk € 13.750 en € 27.200.³¹

Een hoge boete als deze is een criminal charge, die alleen onder het strafrecht — of met een grotere bescherming voor de gedaagde gelijk aan het strafrecht— zou moeten kunnen worden opgelegd.³² Het Hof bepaald hieromtrent: *“When the penalty in question is not imprisonment or threat of imprisonment but fines, the Court gives consideration to whether they are intended as pecuniary compensation for damage or essentially as a punishment to deter re-offending. Only in case of the latter will they be considered as belonging to the criminal sphere.”*^{33,34}

Omdat er bij deze opgelegde boetes geen sprake is van *‘pecuniary compensation for damage’* - schadevergoeding - is er hier duidelijk sprake van *‘criminal charge’*. De boete van Di Luca was met € 280.000, - een straffende (punitieve) boete net onder de hoogste categorie van de Nederlandse strafwet.³⁵

Daarmee zou Di Luca de bescherming moeten genieten van een verdachte in een strafproces.

3.5.2.3 Vergelijk privaatrechtelijke boete

Een verdere uitwerking van de punitieve boete in de WAD Code als *‘criminal charge’* kan worden gedaan aan de hand van de opinies over de privaatrechtelijke boete. Naar mijn mening is er een overeenkomst tussen het in Nederland bekende (maar niet in de wet opgenomen) begrip van de privaatrechtelijke boete en de *‘financial sanctions’* uit de WAD-code. Deze overeenkomst is niet helemaal zuiver omdat de privaatrechtelijke boete voortkomt uit het leerstuk van de *schadevergoeding* en de WAD-Code deze kwalificatie van de *‘financial sanctions’* vermijdt. Ik zie echter zoveel overeenkomsten tussen de privaatrechtelijke boete en de *‘financial sanctions’* in de WAD Code dat deze vergelijking in ieder geval verhelderend werkt bij de kwalificatie van *‘financial sanctions’* als *‘criminal charge’*. Ik gebruik deze verheldering omdat de kwalificatie van *‘financial sanctions’* uit de WAD-Code als *‘criminal charge’* in de literatuur nog niet is gedaan. De kwalificatie van de *privaatrechtelijke boete* als *‘criminal charge’* is wel gedaan door Barkhuysen:

Adriaanse, Barkhuysen et. al. verstaan onder de privaatrechtelijke boete:

³⁰ *“In addition to the sanctions provided for under articles 293 to 313 anti-doping violations shall be sanctioned with a fine as follows. 1. The fine is obligatory for a License-Holder exercising a professional activity in cycling and in any event for members of a team registered with the UCI. a) Where a suspension of two years or more is imposed on a member of a team registered with the UCI, the amount of the fine shall be equal to the net annual income from cycling that the License-Holder normally was entitled to for the whole year in which the anti-doping violation occurred. The amount of this income shall be as assessed by the UCI, provided that the net income shall be assessed at 70 (seventy) % of the corresponding gross income. The License-Holder concerned shall have the burden of proof to the contrary. [...]”*

³¹ Perscommuniqué van de UCI, 2 februari 2010.

³² EHRM *Özerturk v. the Federal Republic of Germany*, 21 februari 1984, 8544/79.

³³ EHRM *Bendenoun v. France*, 24 februari 1994, 12547/86.

³⁴ EHRM *Västberga Taxi Aktierbolag & Vulic v. Sweden*, 23 juli 2002, 36985/97.

³⁵ 23 lid 4 Sr

een bedrag dat [...] in een civiele zaak wordt toegekend wegens onrechtmatig gedrag van de wederpartij bovenop de compensatoire schadevergoeding en dat strekt tot vergelding van onrecht en tot preventie van toekomstig onrecht van de laedens en anderen. Het gaat bij de privaatrechtelijke boete dus om een bedrag dat losstaat van de werkelijke schade. *'Punitive damages'* is een veelgebruikt synoniem in deze context.³⁶

³⁶ Adriaanse et al, 2008, p.275.

Van belang is dat de privaatrechtelijke boete wordt gezien als een handhavingsmiddel, bedoeld om te straffen maar ook als (algemeen preventief) afschrikwekkend effect op de normovertreding. Dat kwalificeert de privaatrechtelijke boete als straf binnen de definitie van Hart. De boete van artikel 10.2 is expliciet géén schadevergoeding maar een punitieve boete.

Het privaatrechtelijk karakter van de boete maakt geen verschil voor de verplichting van de Staat om de voorschriften van het EVRM na te leven, die geldt ook in privaatrechtelijke context.

Barkhuysen en Van Emmerik stellen dat naar hun mening ook in het geval van een privaatrechtelijke vordering er voldaan kan worden aan het *'charge'* begrip omdat naar hun mening het EHRM van oudsher kiest voor de strategische interpretatie van het criminal charge-begrip als zodanig:

Het EHRM is hiertoe overgegaan om te voorkomen dat staten hun verplichtingen onder art. 6 EVRM kunnen ontlopen door sanctiebepalingen buiten het strafrecht te plaatsen. Beide elementen van het criminal charge-begrip worden weliswaar afzonderlijk autonoom geïnterpreteerd, maar een strategische interpretatie komt ons inziens ook het charge-begrip toe. Voor een meer strategische invulling van het begrip charge (de officiële mededeling dat iemand wordt verdacht van een overtreding of een andere maatregel waaruit blijkt dat op betrokkene een verdenking rust) pleit in de eerste plaats de vaste overweging van het Straatsburgse Hof [in *Deweer*, GB] dat het er de voorkeur aan geeft het begrip charge niet formeel, maar materieel in te vullen:³⁷

[...] the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial [...] prompts the Court to prefer a 'substantive', rather than a formal, conception of the 'charge' contemplated by Article 6 par. 1 (art. 61). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.³⁸

Het feit dat Deweer niet gearresteerd was en geen officiële aankondiging van een op handen zijnde vervolging had ontvangen, stond er voor het Hof niet aan in de weg om te concluderen dat er wel sprake was van een *'charge'*.

³⁷ Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik met aldaar verwijzingen naar jurisprudentie. De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief, Preadvies VBR, Deventer: Kluwer 2005, p. 38-50.

³⁸ EHRM *Deweer v. Belgium*, 27 februari 1980, 6903/75, par. 44. Bevestigd in EHRM *Adolf v. Oostenrijk*, 26 maart 1982, 8269/78, par. 30.

Voldoende was dat Deweer consequent werd aangemerkt als *'over-treder'* en als iemand die zijn *'vervolgning'* kon voorkomen door betaling van een afkoopsom.

Ook voor een meer op de casuïstiek gerichte en daarmee (potentieel) strategischer benadering pleit de inmiddels standaardoverweging van het EHRM dat eveneens sprake kan zijn van een charge in de zin van art. 6 EVRM wanneer iemands positie has been *'substantially affected'*.³⁹

Het Hof besloot tenslotte in de zaak *'Minelli v. Switzerland'*⁴⁰

dat het feit dat de procedure in gang is gezet door een privaatrechtelijke partij geen afbreuk hoeft te doen aan het *'charge'* begrip.

Uit voorgaande arresten in samenhang gelezen volgt dat verdedigd kan worden dat (de beschuldiging van) een dopingovertreding onder *'charge'* valt.

3.5.2.4 Rol van de Overheid

Het verweer dat dopingregelgeving een privaatrechtelijk karakter heeft en het EVRM daarom niet van toepassing is, kan ook worden weerlegd door vast te stellen dat dopingbestrijding geen puur privaatrechtelijke aangelegenheid is. Door de ratificatie van het Verdrag heeft de overheid zich verbonden aan de doelstellingen van de WAD Code waardoor de overheid zorg draagt voor de implementatie van de WAD Code in Nederland.⁴¹

Dat sport en overheid samen de basis vormen voor het werk van WADA komt o.a. Tot uiting in de samenstelling van de Foundation Board en het Executive Committee van WADA, die beiden voor de ene helft bestaan uit vertegenwoordigers van (internationale) sportorganisaties, en voor de andere helft uit vertegenwoordigers van (nationale) overheden.⁴²

De overheid doet dat onder meer door middel van de financiering van de Nationale Dopingautoriteit. Uit deze overheidsbetrokkenheid in samenhang met de materiële invulling van het begrip *'charge'* door het EHRM en de opvatting dat sancties als *'punishment to deter'* kunnen worden opgevat, leidt ertoe dat er hier sprake is van een *'criminal charge'*.

Daaruit volgt dat de procedurele waarborgen van artikel 6 lid 2 en 3 van toepassing zijn. Hieronder onderzoek ik of dit ook daadwerkelijk het geval is.

3.6 Procedurele waarborgen

Indien artikel 6 van toepassing is op de dopingbestrijding, dan volgt daaruit dat aan bepaalde procedurele waarborgen moet worden

³⁹ EHRM *Quinn v. Ireland*, 21 december 2000, 36887/97, par. 41.

⁴⁰ EHRM *Minelli v. Switzerland*, 25 maart 1983, 8660/79, par. 28.

⁴¹ In België is de verwevenheid tussen overheid en dopingautoriteit nog duidelijker: *"De Vlaamse overheid is daarnaast één van de overheden die ook de uitvoering van het antidopingbeleid inclusief de uitvoering van dopingcontroles, in eigen beheer heeft. In Vlaanderen fungeert het departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media als NADO en de dopingcontroles worden uitgevoerd door controleartsen die door de overheid zijn aangewezen."* Herman Ram, *'Disharmonie in het antidopingbeleid: Het geval Tom Boonen'*, in Coachen, september 2008, p. 36 en 37.

⁴² Steven Teitler, Herman Ram, *'Nederlandse tuchtrechtspraak en de toepassing van de World Anti-Doping Code'*, in Tijdschrift voor Sport & Recht 2010-2, p. 58.

voldaan in de dopingbestrijding. In niet alle gevallen blijkt dit het geval te zijn.

3.6.1 Equality of arms

Het beginsel van 'equality of arms' is inherent aan het beginsel van een eerlijk proces. Equality of arms vereist dat *elke* partij in een procedure een redelijke kans krijgt om zijn zaak en daarbij behorend bewijs te presenteren, bovendien in omstandigheden die de gedaagde niet in een nadelige positie ten opzichte van de andere partij plaatsen.⁴³

Dit houdt in dat de partijen in principe gelijk moeten zijn in de procedure. Hierbij is niet van belang of de andere partij een voordelige positie heeft *gebruikt*, alleen dat er voor een partij een voordeel bestaat en dat die partij in staat was hiervan gebruik te maken.⁴⁴

Er is van Inequality of arms sprake bij een uitzonderingspositie voor WADA of als de WAD Code of IF-reglementen niet voorzien in rechtsbijstand.

3.6.1.1 Uitzonderingspositie WADA

De WADA kan beroep instellen, zelfs als de WADA geen partij in eerste aanleg was.

Artikel 13.1.1 van de WAD Code bepaalt dat een atleet slechts ontvankelijk is in beroep bij het CAS na uitputting van alle nationale rechtsmiddelen, echter voor de WADA geldt deze bepaling niet. De WADA heeft daarmee als enige partij een *speciaal* recht op beroep.⁴⁵

"WADA Not Required to Exhaust Internal Remedies. Where WADA has a right to appeal under Article 13 and no other party has appealed a final decision within the Anti-Doping Organization's process, WADA may appeal such decision directly to CAS without having to exhaust other remedies in the Anti-Doping Organization process."

Dit doet af aan de 'equality of arms'. Het komt voor dat de vervolgende instantie tevreden geen beroep instelt (zie Wickmayer, schorsing van een jaar voor whereabouts-overtredingen conform de WAD Code; de WADA, tot dat moment geen partij stelt beroep in en eist twee jaar schorsing).

Ook indien de vervolgende instantie geen beroep instelt, kan WADA zonder voordien partij te zijn geweest alsnog beroep aantekenen. Daarmee maakt is dit artikel niet slechts een inbreuk op het vereiste van 'equality of arms' maar is ook een inbreuk op algemeen aanvaarde rechtsbeginselen als rechtszekerheid.⁴⁶

⁴³ EHRM *Dombo Beheer BV v The Netherlands*, 27 oktober 1993, 14448/88, par. 3. EHRM *Ankerl v Switzerland* 23 oktober 1996, 17748/91, par. 38.

⁴⁴ EHRM *Borgers v Belgium*, 30 oktober 1991, 12005/86, par. 27-28.

⁴⁵ In de Nederlandse situatie hebben de WADA en de Nederlandse Dopingautoriteit dit speciale beroepsrecht.

⁴⁶ De extra beroepsmogelijkheid van WADA werd door de Belgische rechter al gesignaleerd als een schending van 'equality of arms'.

De tennisers Wickmayer en Malisse werden conform de sanctie in de WAD Code voor 1 jaar geschorst naar aanleiding van drie whereabouts-overtredingen. Een maand later stelde de WADA (tot dat moment geen partij) beroep in tegen deze uitspraak omdat de WADA van mening was dat de sanctie twee jaar schorsing had moeten zijn. De Belgische rechtbank verklaarde op 14 december 2009 de schorsing onrechtmatig, meest overtuigende reden het feit dat er bestond de mogelijkheid van plotselinge inmenging van WADA.

3.6.1.2 Ontbreken van rechtsbijstand

De beroepsprocedure na een dopingovertreding kost geld. Naast de directe kosten verbonden aan het instellen van beroep bij het CAS⁴⁷ zijn er meer kosten die voor rekening komen van de atleet.

Contra-expertise en onderzoek naar de betrouwbaarheid van de testmethodes door de WADA-laboratoria zijn duur. De kosten van juridische bijstand zijn een veelvoud van de administratieve kosten. Rechtsbijstand wordt niet vergoed door de anti-dopingautoriteiten, noch door een nationale overheid omdat het immers tuchtrecht betreft.

Neemt men bij dopingbestrijding aan dat er sprake is van een 'civil right' en van 'criminal charge', dan mag volgens het Hof de toegang tot de rechter niet afhankelijk zijn van inkomen.

Indien rechtsbijstand noodzakelijk is maar daar niet in is voorzien, dan is er een inbreuk op artikel 6 lid 1 EVRM.

The Court recalls that the Convention is intended to guarantee practical and effective rights. This is particularly so of the right of access to court in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (see the Airey v. Ireland judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, § 24). It is central to the concept of a fair trial, in civil as in criminal proceedings, that a litigant is not denied the opportunity to present his or her case effectively before the court (ibid.) and that he or she is able to enjoy equality of arms with the opposing side (see, among many other examples, De Haes and Gijssels v. Belgium, judgment of 24 February 1997, Reports 1997-I, § 53).⁴⁸

[...]

In conclusion, therefore, *the Court finds that the denial of legal aid to the applicants deprived them of the opportunity to present their case effectively before the court and contributed to an unacceptable inequality of arms with McDonald's. There has, therefore, been a violation of Article 6 § 1.*⁴⁹

In samenhang bezien met het ontbreken van rechtsbijstand leidt de regel die stopzetting eist van de financiële ondersteuning⁵⁰ van geschorste atleten, tot een onevenwichtige situatie. Zeker indien een atleet zich de (hoge) kosten van de beroepsprocedure⁵¹ niet kan veroorloven.

3.6.2 De redelijke termijn

Een ieder heeft het recht op behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn. Rekening houdend met de korte duur van een loopbaan als topsporter is deze regel bijzonder belangrijk. Het maakt redelijke termijnen redelijk kort. Een sporter moet immers in korte tijd

⁴⁷ Tarieven CAS.

⁴⁸ EHRM *Steel and Morris v United Kingdom*, 15 februari 2005, 68416/01, Par. 59.

⁴⁹ EHRM *Steel and Morris*, Par. 72. Zie ook EHRM *Maxwell v The United Kingdom*, 28 oktober, 1994, 18949/91.

In Nederland zorgt de Raad voor Rechtsbijstand voor een bijdrage in de kosten van een advocaat voor mensen met een laag inkomen. Overigens moet gezegd worden dat in het geval Rutger Beke, de Belgische Minister van Sport bij speciale beslissing heeft gekozen om alle gemaakte juridische kosten van Beke te vergoeden. Vergadering Commissie voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media van Vlaams Parlement op 29 september 2005.

⁵⁰ WAD Code, 10.10.3: "In addition, for any anti-doping rule violation not involving a reduced sanction for Specified Substances as described in Article 10.4, some or all sport-related financial support or other sport-related benefits received by such Person will be withheld by Signatories, Signatories' member organizations and governments"

⁵¹ Zie noot 47.

een aanzienlijk deel van zijn geld verdienen voor zijn toekomst. Waar anderen hun tijd investeren in een opleiding waar ze tot hun pensioen de vruchten van kunnen plukken, wordt een sportcarrière door het ontbreken van een opleiding niet gezien als een perfecte opstap voor een voorspoedige en langdurige maatschappelijke loopbaan.

Volgens het Hof moet de redelijke termijn zorgen voor een bescherming van *'all parties to court proceedings [...] against excessive procedural delays'*.⁵²

⁵² EHRM *Stegmüller v. Austria*, 10 november 1969, 1602/62, par.5.

Het beginsel van de redelijke termijn *"underlines the importance of rendering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility."*⁵³ Het doel van de norm van de redelijke termijn is te zorgen dat er binnen een afzienbare tijd door middel van een rechterlijk oordeel een eind wordt gemaakt aan de onzekere situatie waar iemand zich in bevindt als men gedaagde is in enige procesgang. Dit is van belang voor de persoon in kwestie, maar ook in het belang van de rechtszekerheid.

⁵³ EHRM *H v. France*, 24 oktober 1989, 10073/82, par. 58.

Het oordeel over de redelijkheid van een termijn betreft de tijd vanaf het aanhangig maken van de procedure totdat het hoogste beroepsorgaan haar *definitieve* uitspraak heeft gedaan.⁵⁴

⁵⁴ EHRM *Scopelliti v. Italy*, 23 november 1993, 15511/89, par. 18 & EHRM *Deweere v. Belgium*, 27 februari 1980, 6903/75, par. 42.

Bij het bepalen of er sprake is van een redelijke termijn heeft het Hof aangegeven dat de volgende factoren van belang zijn:

- de complexiteit van de zaak
- het gedrag van de gedaagde
- het gedrag van de (administratief-) rechtelijke instanties van de Staat
- belangen van de gedaagde.⁵⁵

⁵⁵ EHRM *Buchholz v. The Federal Republic of Germany*, 6 mei 1981, 7759/77, par. 49.

Er wordt per zaak vastgesteld wat een redelijke termijn is; in de jurisprudentie van het Hof is geen vast omschreven tijdlimiet te vinden. Voor sporters zal de redelijke termijn een andere termijn betekenen dan voor andere beroepsgroepen.

Voor het vaststellen in welke gevallen de redelijke termijn is overschreden, kijkt het Hof expliciet naar het belang van de beklagde. Als kan worden aangetoond dat een grote vertraging van de uitspraak grote nadelen heeft voor de beklagde, leidt dit sneller tot de conclusie dat er géén sprake meer is van een redelijke termijn. In *Obermeier v. Austria* bepaalde het Hof bijvoorbeeld dat met betrekking tot werk: *"[...] an employee who considers that he has been wrongly suspended by his employer has an important personal interest in securing the judicial decision on the lawfulness of that measure promptly."*⁵⁶

⁵⁶ EHRM *Obermeier v. Austria*, 28 juni 1990, 11761/85, par. 72.

3.6.2.1 *Onzekerheid*

De situatie waarin de burger verkeert moet binnen een redelijke termijn duidelijk zijn. Gedurende een tuchtrechtelijke procedure verkeert een atleet in onzekerheid. Deze onzekerheid belemmert de atleet in zijn beroepsuitoefening. Het belang van een atleet voor een korte procedure (en daarmee een kortere periode van onzekerheid) is groter dan voor een bouwvakker of arts. In beide gevallen is er geen sprake van een in tijd beperkte periode waarin men het beroep kan uitoefenen. De periode waarin een atleet zijn pensioen moet verdienen is kort. De periode vanaf het moment van schorsing tot de dag van de laatste uitspraak van het CAS kan anderhalf jaar zijn.⁵⁷ In de procedure van Alejandro Valverde bedroeg de periode tussen de laatste beslissing van het CAS en de eerste beslissing van het CONI ruim een jaar. De periode tussen het moment dat de Spaanse opsporingsdiensten hem in verdenking stelden (2007) en de laatste beslissing van het CAS bedroeg ruim drie jaar.

⁵⁷ Trouw, 7 juli 2010.

De redelijke termijn zou in de sport ook van invloed moeten zijn op de aanvang van de procedure. Volgens de WAD-code staat driemaal whereabouts niet correct invullen gelijk aan een dopingovertreding. Het moment dat een derde maal niet correct is ingevuld, wordt meteen gerapporteerd. Echter, in het geval Wickmayer viel de derde foutief ingevulde whereabouts op 22 juni 2009, terwijl de schorsing vier maanden later op 5 november volgde. In de tussentijd nam Wickmayer deel aan alle tussenliggende toernooien, onder meer aan de US-Open in begin september waar zij tot de halve finale reikte.

3.6.2.2 *Belangen van medesporters*

Niet alleen voor Valverde en Wickmayer geldt onzekerheid over de situatie waarin zij als sporter verkeren, maar ook voor hun concurrenten. Valverde heeft in de periode tussen de CONI-schorsing en het moment dat deze werd omgezet in een wereldwijde schorsing nog verschillende koersen gewonnen.⁵⁸ Gedurende een deel van deze periode was Valverde de nummer één van de wereld.

Als de overweging is dat bij drie whereabouts-fouten sprake is van gelijkstelling aan een dopingovertreding, dan moet deze *'oneerlijke'* atleet net als bij een dopingovertreding direct uit de competitie worden genomen. Gebeurt dat niet dan is behalve de situatie waarin de atleet verkeert onduidelijk maar *ook de situatie waarin de concurrenten verkeren.*

⁵⁸ Valverde won onder meer de Vuelta van 2009 terwijl hij door het CONI al geschorst was. Een redelijke termijn in de procedure van Valverde had Nederland voor het eerst sinds Joop Zoetemelk in 1980 een rondewinnaar kunnen opleveren. Valverde had dan niet deel kunnen nemen aan de Vuelta van 2009. Robert Gesink stond als tweede na Valverde geklasseerd totdat hij twee dagen voor het einde van de wedstrijd kwam te vallen en daardoor niet bij de eerste drie eindigde.

⁵⁹ CAS-website: “[...] In 1996, the ICAS created a CAS ad hoc division with the task of settling finally and within a 24-hour time-limit any disputes arising during the Olympic Games in Atlanta. This ad hoc division was composed of two co-presidents and 12 arbitrators who were in the Olympic city throughout the Games. To ensure easy access to the ad hoc division for all those taking part in the Olympic Games (athletes, officials, coaches, federations, etc.), a special procedure was created for the occasion, which was simple, flexible and free of charge. A total of six cases were submitted to the CAS ad hoc division in Atlanta.”

⁶⁰ EHRM *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 juni 1984, 7819/77 en 7878/77, par. 79.

⁶¹ *Elmer Grundel v. FIE* bij de Zwitserse Federale rechter. Pbl.: *Receuil Officiel des Arrêts du Tribunal Federal*, 119 II 271. In een later arrest van de Zwitserse federale rechter werden de hervormingen vooralsnog voldoende bevonden om de onafhankelijkheid van het CAS te waarborgen.

⁶² *Albert and Le Compte v. Belgium*, par. 18.

3.6.2.3 Ad Hoc Tribunalen

De Ad Hoc tribunalen van het CAS zijn speciaal ingesteld bij grote evenementen (Olympische Spelen en WK/EK voetbal). Deze zijn wel in staat snel tot een bindende beslissing te komen.⁵⁹ Een snelle, simpele, flexibele en kosteloze procedure behoort daarmee tot de mogelijkheden van het CAS.

3.6.3 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Volgens het fair-trial artikel moet een onafhankelijk en onpartijdig tribunaal uiteindelijk een bindende beslissing nemen, die niet meer door niet-rechtelijke instanties kan worden teruggedraaid of beïnvloed. Inbreuken door krijgswaarden en andere militair-tuchtrechtelijke regelingen⁶⁰ op dit beginsel zijn al meerdere malen vastgesteld. Betreffende het CAS trok de Zwitserse rechter de onafhankelijkheid van het CAS ten opzichte van het IOC in twijfel.⁶¹ Het CAS zag zich hierdoor gedwongen te hervormen.

3.6.4 Presumptie van onschuld

Artikel 6, paragraaf 2 bepaalt dat “een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld is komen vast te staan”. Dit vermoeden van onschuld is ook van toepassing op administratieve zaken die het Hof beschouwt als ‘*criminal*’, zoals bepaalde tuchtrechtelijke zaken.⁶²

Als men vaststelt dat het huidige anti-dopingreglement uitgaat van een ‘*vermoeden van schuld*’, dan strookt dit niet met de vereisten van artikel 6 (2).

Artikel 2.1.1 van de WAD Code bepaalt:

It is each Athlete’s personal duty to ensure that no Prohibited Substance enters his or her body. Athletes are responsible for any Prohibited Substance or its Metabolites or Markers found to be present in their Samples. Accordingly, it is not necessary that intent, fault, negligence or knowing Use on the Athlete’s part be demonstrated in order to establish an antidoping violation under Article 2.1.

Het commentaar bij dit artikel noemt dit het ‘*strict-liability principle*’:

For purposes of anti-doping rule violations involving the presence of a Prohibited Substance (or its Metabolites or Markers), the Code adopts the rule of *strict liability* which was found in the Olympic Movement Anti-Doping Code (OMADC) and the vast majority of pre-Code anti-doping rules. Under the strict liability principle, an Athlete

is responsible, and an anti-doping rule violation occurs, whenever a Prohibited Substance is found in an Athlete's Sample. The violation occurs whether or not the Athlete intentionally or unintentionally Used a Prohibited Substance or was negligent or otherwise at fault. If the positive Sample came from an In-Competition test, then the results of that Competition are automatically invalidated (Article 9 (Automatic Disqualification of Individual Results)).

Het *'strict-liability principle'* is vergelijkbaar met risico-aansprakelijkheid, daarbij speelt schuld ook nauwelijks een rol. Zodra een verboden middel wordt gevonden in het bloed of urine van de atleet maakt schuld geen deel meer uit van de vaststelling van een dopingvergreep en de automatische uitsluiting van een sportevenement. Voor sancties van deze zwaarte vereist het strafrecht de vaststelling van opzet en schuld. In de WAD Code kan onschuld alléén een *strafverlichtende* invloed hebben, onschuld sluit nooit een *dopingovertreding* uit.⁶³

Loorbach schrijft hierover:

De *'strict liability'* die in artikel 2.1.1 wordt toegepast door op de ADO geen enkele bewijslast te leggen ten aanzien van enig verwijtbaar gedrag wordt verdedigd door het belang van de opsporing en de onmogelijkheid van het schuldbewijs. Zo wordt de verantwoordelijkheid om het lichaam dopingvrij te houden een zo abstracte norm dat kennelijk de enkele aanwezigheid in het lichaam van een verboden stof niet alleen *'entering'* maar ook de benodigde verwijtbaarheid impliceert. Of zijn het mijn grondrechtreflexen die mij verleiden om dat schuldelement persé een plaats te willen geven en heeft het WADA daar lak aan? [...] Gelet op de bijzondere feitelijke context van dopinggebruik en dopingcontrole acht ik deze *'strict liability'* als zodanig wel aanvaardbaar. Mijn oplossing zou dan dus wèl zijn dat de aanwezigheid van de verboden stof een -weerlegbaar- vermoeden van schuld (verwijtbaarheid) oplevert, en niet om als systeem te kiezen dat de overtreding begaan kan zijn zonder schuld.

We zien hier [in artikel 10.5.1, GB] dat het volstrekt geslaagde tegenbewijs van de sporter niet leidt tot het afwezig zijn van de *'violation'* als zodanig; het leidt slechts tot de eliminatie van de *'period of ineligibility'*. [...] Dus zonder schuld nog steeds een *'violation'* maar geen strafbaarheid.⁶⁴

3.6.4.1 Bewijslast ongelijk

Artikel 10.5.1 bepaalt dat indien de atleet kan aantonen dat er hem geen *'fault of negligence'* kan worden verweten, de straf verminderd kan worden. De atleet is volgens dit artikel *zelf* verplicht *'to establish how the Prohibited Substance entered his or her system in order to have the period of Ineligibility eliminated'*. Dit volgt uit het strict-liability

⁶³ Artikel 10.5.1: *"If an Athlete establishes in an individual case that he or she bears No Fault or Negligence, the otherwise applicable period of Ineligibility shall be eliminated. When a Prohibited Substance or its Markers or Metabolites is detected in an Athlete's Sample in violation of Article 2.1 (Presence of Prohibited Substance), the Athlete must also establish how the Prohibited Substance entered his or her system in order to have the period of Ineligibility eliminated."*

⁶⁴ Loorbach, 'De WAD Code: Guilty until Proven Innocent?', Serie Sport en Recht no. 16, 2009, p. 29.

principle en de daarbij horende omgekeerde bewijslast. Voor een dopingovertreding hoeft alleen maar vast te staan dat er een *'Prohibited Substance'* in het lichaam van de atleet is gevonden. De ADO hoeft niet aan te tonen dat er sprake is *'intent, fault, negligence of Knowing Use'*, de bewijslast begint en stopt bij een positieve test. In een belangenafweging van effectieve dopingbestrijding tegenover procedurele waarborgen, zou men voor dit systeem kunnen kiezen. Echter, dan is er geen sprake van *'equality of arms'* als de bewijslast van een atleet om zijn *onschuld* te bewijzen zwaarder is dan de bewijslast voor de ADO om zijn *schuld* te bewijzen. De keuze voor het *'strict-liability principle'* is namelijk volledig gebaseerd op: *"The inability to get a clear read on which athletes are "intentional cheaters" and which athletes are "innocent victims"."*⁶⁵ Wat ADO's zelf niet kunnen, eisen zij van de atleten:

⁶⁵ Teitler, Ram, 2008.

3.6.4.2 *Self-incrimination?*

Artikel 10.1.5 schenkt een atleet de schijnbare mogelijkheid van strafvermindering, in werkelijkheid leidt het meestentijds tot zelfbeschuldiging.⁶⁶ Voor strafvermindering wordt geëist dat de atleet kan verantwoorden hoe de stof in zijn lichaam kwam. Uit het commentaar bij artikel 10.1.5 blijkt echter dat vrijwel elke wijze waarop de stof het lichaam kan zijn binnengekomen leidt tot een dopingovertreding. Men wordt immers in de volgende gevallen nog steeds geschorst:

⁶⁶ *Nemo tenetur se ipsum accusare.*

a sanction could not be completely eliminated on the basis of No Fault or Negligence in the following circumstances:

- a a positive test resulting from a mislabeled or contaminated vitamin or nutritional supplement⁶⁷ (Athletes are responsible for what they ingest (Article 2.1.1) and have been warned against the possibility of supplement contamination);
- b the administration of a Prohibited Substance by the Athlete's personal physician or trainer without disclosure to the Athlete (Athletes are responsible for their choice of medical personnel and for advising medical personnel that they cannot be given any Prohibited Substance); and
- c sabotage of the Athlete's food or drink by a spouse, coach or other Person within the Athlete's circle of associates⁶⁸ (Athletes are responsible for what they ingest and for the conduct of those Persons to whom they entrust access to their food and drink).⁶⁹

⁶⁷ ITF Independent Anti-Doping Tribunal, ITF v. Koubek, 18 januari 2005. *"The reasonableness of the athlete's conduct is no longer the applicable criterion. The criterion is now use of the utmost 'caution', a very high standard which will only be met in the most exceptional cases."*

⁶⁸ Koubek v. ITF. *"At any rate other than in the most exceptional cases, for the purposes of determining whether a no-fault defence succeeds, the fault of an adviser such as a physician must be attributed to the player even if the player is not personally at fault: otherwise the fight against doping in sport would be seriously undermined."*

⁶⁹ Commentaar bij artikel 10.5.1 en 10.5.2 WAD Code

Wanneer is er dan wél sprake van *'no fault or negligence'*? De WAD-Code draagt slechts één voorbeeld aan en dat is nagenoeg onmogelijk vast te stellen:

an example where No Fault or Negligence would result in the total elimination of a sanction is where an Athlete could prove that, despite all due care, he or she was *sabotaged* by a competitor.⁷⁰

Met deze uitleg bewijst de atleet eerder zijn schuld dan zijn onschuld. Zelf-incriminatie valt onder de bescherming van artikel 6 EVRM.⁷¹

Dit systeem van *'strict liability'* is strijdig met de presumpctie van onschuld uit artikel 6 EVRM. De bewijslast voor de atleet om strafvermindering te krijgen is strijdig met het vereiste van *'equality of arms'*.

3.6.5 Recht op een tolk/vertaler

Volgens artikel 6, paragraaf 3, onder e. heeft "[...] een ieder het recht zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien men de taal die ter zitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt". Dit recht geldt voor iedereen die vervolgd wordt in een kwestie waarbij sprake is van een *'criminal charge'*.⁷²

Het CAS procedeert alleen in het Engels of Frans, er wordt niet voor een tolk gezorgd, de kosten voor een tolk zijn voor de beklagde als deze zelf voor een tolk zorgt. Daarmee is sprake van een inbreuk op artikel 6 lid 3 onder (e).

3.6.6 Détournement de pouvoir

Het bestrijden van doping streeft een legitiem doel na. Bescherming van de gezondheid van atleten en het waarborgen van de eerlijkheid van de competitie zijn lovenswaardige doelen.

In het geval van de dopingcontroles is het legitieme doel van een controle *dopinggebruik* op te sporen. De bevoegdheid is daarmee beperkt gegeven. Controles die strekken tot meer dan dopinggebruik op te sporen schieten het doel voorbij, en zijn daarmee onrechtmatig. Artikel 18 EVRM stelt in samenhang met artikel 6 EVRM vast dat een vervolging als gevolg van een bevoegdheidsoverschrijding een inbreuk is van rechten gewaarborgd door het EVRM.

Loorbach is van mening dat

het uitvaardigen en toepassen van regelgeving buiten de doelomschrijving die schade veroorzakend is voor de sporters, is onrechtmatig want zonder legitimatie.⁷³

Bijvoorbeeld de Vlaamse wielrenner Tom Boonen die *buiten competitie* tot tweemaal toe betrapt op cocaïne. Heeft de Vlaamse Gemeenschap wel het recht om te screenen op cocaïne wanneer het gaat om een controle *buiten competitie*? Het antwoord op die vraag is

⁷⁰ Mij zijn geen voorbeelden bekend waarin dit verweer slaagde. De Duitse atleet Dieter Baumann voerde aan dat een gesaboteerde tube tandpasta een positieve test veroorzaakt had. Op basis daarvan hief de Disciplinaire Raad van de Duitse Atletiekbond de schorsing op. Echter, de internationale atletiekbond (IAAF) volgde deze beslissing niet en hield de schorsing van Baumann in stand. Het CAS besliste in beroep in *Baumann v. IOC, National Olympic Committee of Germany and IAAF* van 22 september 2000 dat de verweren van Baumann tegen deze schorsing verworpen moesten worden en de schorsing bleef gehandhaafd. CAS Ad Hoc Division Sydney, 00/006.

⁷¹ EHRM *Saunders v. Verenigd Koninkrijk*, 17 december 1996, 19187/91.

⁷² *Öztürk v. the Federal Republic of Germany*. EHRM *Brožicek v. Italy*, 19 December 1989, 10964/84, par. 41.

⁷³ Jan Loorbach, 'De WAD Code: Guilty unless proven innocent?', *Serie Sport en Recht* no. 16, 2009, p. 33.

⁷⁴ Artikel 10.1 van de WAD Code bepaalt dat de 'Prohibited List' in twee categorieën is onder te verdelen. Stoffen en methoden die altijd verboden zijn, en stoffen die alleen in wedstrijdverband tot een dopingovertreding leiden. Buiten competitie leiden die stoffen niet tot een dopingovertreding.

⁷⁵ Nu.nl, 9 mei 2009.

⁷⁶ De Standaard, 9 mei 2009. Wel een boete en een schorsing opgelegd door zijn werkgever, wielploeg Quick-Step, maar niet door het Vlaams Doping Tribunaal.

⁷⁷ Jan Loorbach, 2009, p. 33.

negatief⁷⁴. De Vlaamse Gemeenschap kan hiervoor geen schorsing opleggen. Het mondiale anti-dopingagentschap WADA en de Internationale Wielerbond UCI kennen geen straf voor cocaïnegebruik buiten competitie.⁷⁵ Buiten competitie is cocaïne geen verboden product en door een niet-verboden product op te sporen, miskent de Vlaamse Gemeenschap het legitieme doel. Dat komt ook tot uiting in het feit dat Tom Boonen voor deze kwestie niet door een sportinstantie is geschorst.⁷⁶ Meer nog, de controle werd afgenomen in een periode die voor werknemer (Tom Boonen) en werkgever (wielerteam Quick-Step) was aangeduid als vakantie. Boonen nam in de periode een genotmiddel dat voor de sportinstanties buiten competitie niet strafbaar is. Desondanks werd hij (*niet-legitiem*, want gecontroleerd op middelen waar niet gecontroleerd op zou mogen worden) door de overheid met dopingcontroles in zijn privé sfeer gekweld en als gevolg van het *niet-legitieme* overheidshandelen gestraft door zijn werkgever. Loorbach:

Onrechtmatige regelgeving (mogelijk ook te duiden als 'misbruik van bevoegdheid') moet ertoe leiden dat daar op gebaseerde vervolging moet stranden in niet-ontvankelijkheid. Mijn stelling [...] is dat WADA geen bevoegdheid heeft met betrekking tot tot het geven van voorschriften ten aanzien van verbod en sanctionering van substanties die niet kunnen worden beschouwd als middelen die 'performance enhancing' zijn en daarmee buiten de missie van WADA vallen.⁷⁷

3.7 Samenvatting

De huidige anti-dopingmaatregelen en hun uitvoering zijn op een aantal punten strijdig met het recht op een eerlijk proces. Met betrekking tot de dopingregelgeving is sprake van '*civil rights and obligations*', daarnaast kan de stelling verdedigd worden dat ook '*criminal charge*' van toepassing is.

Een '*Civil right*' is in het geding daar waar een sanctie op een dopingovertreding raakt aan de economische ontplooiing (zoals bij een schorsing het geval is).

De vordering die volgt uit de boete kan men beschouwen als een '*civil obligation*'.

Privaatrechtelijke boetes en andere sancties in de WAD Code moeten worden aangemerkt als '*criminal charge*' in de zin van artikel 6 EVRM. Echter, ondanks de vaststelling dat sprake is van '*criminal charge*' wordt niet voldaan aan de vereisten van een eerlijk proces als uitgelegd door het EHRM:

Financiële drempels Tegen een uitspraak van het Instituut voor de Sport Rechtspraak kan men enkel beroep instellen bij het Internationaal Sporttribunaal CAS. Dat is een zeer kostbare⁷⁸ procedure terwijl er niet is voorzien in rechtsbijstand. Dit belemmert de vrije toegang tot de rechter. Samen met de regel die stopzetting eist van de financiële ondersteuning⁷⁹ van geschortse atleten kunnen dopingautoriteiten een atleet financieel de toegang tot de rechter ontzeggen.

⁷⁸ Zie noot 47.

⁷⁹ WAD Code, 10.10.3: "In addition, for any anti-doping rule violation not involving a reduced sanction for Specified Substances as described in Article 10.4, some or all sport-related financial support or other sport-related benefits received by such Person will be withheld by Signatories, Signatories' member organizations and governments"

Niet in eigen taal Een Nederlandse sporter kan zich voor het Instituut voor de Sport Rechtspraak verdedigen in het Nederlands, de procedure in hoger beroep bij het CAS wordt enkel in het Frans of Engels gevoerd.

Bewijslast niet in overeenstemming Met het geldende 'strict-liability principle' is er sprake van een risico-aansprakelijkheid, waarbij schuld of opzet geen rol meer speelt. De bewijslast voor de vervolgende instantie is daarmee aanzienlijk minder groot dan gebruikelijk bij een 'criminal charge'.

Onredelijke termijnen Extra zorg moet worden gegeven aan de redelijke termijn vanwege de korte duur van een sportcarrière. Daarnaast is omwille van de rechtszekerheid (ook voor andere atleten) van belang dat men tijdig duidelijkheid over de eigen rechtspositie en de rechtspositie van concurrenten krijgt. Binnen de sport geldt meer nog dan daarbuiten: 'Justice delayed is justice denied'.

Uitsluiting burgerlijke rechter De WAD-Code bepaalt dat enkel de tuchtrechter als beroepsinstantie geldt. Voor gezagsgetrouwe atleten die te goeder trouw het verenigingsrecht volgen wordt hiermee toetsing door de burgerlijke rechter uitgesloten. Men bemoeilijkt op onnodige en onredelijke wijze de toegang tot het hoger beroep.

In samenhang bezien kan men vaststellen dat dopingregelgeving op gespannen voet staat met de normen voor een eerlijk proces zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM. Bij toetsing door de Europese rechter voorzie ik de mogelijkheid dat niet alle procedurele regels uit de WAD Code in hun huidige vorm deze toets zullen doorstaan. In de volgende hoofdstukken behandel ik drie kwesties in strijd met fundamentele rechtsbeginselen en rechten gewaarborgd in het EVRM waar nog weinig over is gepubliceerd.

4

Legaliteit en rechtszekerheid

De opstellers van de WAD-Code gebruiken voor de definitie van een dopingovertreding een *'open norm'* om prestatie-bevorderende middelen of methoden die nog niet bekend zijn bij de dopingautoriteiten strafbaar te stellen. Middelen die voor de dopingautoriteiten onbekend zijn kunnen niet in een vooraf opgestelde regel strafbaar worden gesteld. Dit leidt tot een legaliteitsprobleem. De dopingautoriteiten proberen dat probleem te omzeilen met een *'open'* norm.

4.1 Rechtszekerheid

Rechtszekerheid is een essentieel onderdeel van een democratische rechtsstaat.¹

Voor de rechtszekerheid zijn verschillende elementen van belang. Gelijke overtredingen moeten bijvoorbeeld gelijk gestraft worden. Een ander element dat bijdraagt aan de rechtszekerheid is het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel is behalve in de Nederlandse wet ook opgenomen in verschillende internationale verdragen.²

Oldenziel³ onderscheidt drie aspecten van het legaliteitsvereiste:

- het bestuurshandelen moet grondslag in de wet bezitten,
- de wet moet het bestuurshandelen inhoudelijk normeren,
- het bestuur past de wet toe.

Deze aspecten kan men zien als de grondslag van de rechtstaat, een staat die zich aan de wetten houdt.

Oldenziel onderscheidt daarnaast negen dimensies van rechtszekerheid:

1. bestendigheid,
2. toepassen van de wet,

¹ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat: Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Zesde druk, Utrecht 2006, p. 43: "Wetten worden geacht aan bepaalde kwaliteitseisen te voldoen. Ze moeten uit algemene regels bestaan, waarbij de algemeenheid een waarborg vormt voor de onderlinge gelijkheid van burgers. En doordat wetten algemeen bekend worden gemaakt, wordt de rechtszekerheid gewaarborgd. Rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn aldus wezenskenmerken voor wetten die hun naam waardig zijn."

² Artikel 15 lid 1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt: "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed."

³ Harald Oldenziel, *Wetgeving en Rechtszekerheid*, *Dissertatie* 1998, p. 245.

3. duidelijkheid over de rechtspositie,
4. tijdigheid,
5. voorspelbaarheid het bestuurshandelen,
6. kenbaarheid,
7. honoreren van gewekt vertrouwen,
8. rechtsbescherming,
9. het verbod van terugwerkende kracht.

Uit mijn onderzoek naar de praktijk van dopingbestrijding komt vooral naar voren het ontbreken van:

1. kenbaarheid en duidelijkheid over de rechtspositie,
2. tijdigheid, justice delayed is justice denied,
3. voorspelbaarheid van het bestuurshandelen,
4. honorering van gewekt vertrouwen,
5. rechtsbescherming,
6. een verbod op terugwerkende kracht,

Anders gezegd, rechtszekerheid ontbreekt waardoor niet wordt voldaan aan het legaliteitsvereiste. De oorzaken daarvan zijn gelegen in de gebrekkige formulering en de gebrekkige uitvoering van de WAD-code.

De gebrekkige formulering is (deels) het gevolg van de keuze om effectieve dopingbestrijding zwaarder te laten wegen dan fundamentele rechtsbeginselen. Door de (norm-)overtreding zo ruim mogelijk te formuleren probeert men de mogelijkheid open te houden om zoveel mogelijk *onvoorspelbare* situaties in de toekomst toch te kunnen sanctioneren.⁴

Eerder is aangetoond dat de gebrekkige uitvoering van de WAD Code een bewuste keuze is.

Hiermee wordt een situatie in stand gehouden met verschillende instanties met nevenschikkende bevoegdheden. Rechtsonzekerheid wordt nog verder versterkt door de interpretatie- en beleidsvrijheid als gevolg van de gebrekkige formulering.

⁴ JW Soek, 2006, p. 317: *"Federations wished to keep the lists open-ended so as to be able to prosecute athletes whose urine samples revealed the presence of precursors and metabolites of listed substances. They moreover wished to be able to bring within the scope of their lists all the substances that might be developed by the pharmaceutical industry after the establishment of the lists."*

4.2 *Belang kenbaarheid voor het legaliteitsvereiste*

Voor iedereen moet duidelijk zijn welke handelingen strafbaar zijn omdat men dit kan opzoeken in de regelgeving. Codificatie om deze reden is bekend als het legaliteitsbeginsel of nulla poena-beginsel⁵, een algemeen geaccepteerd rechtsbeginsel.⁶ Er kan geen overtreding noch een sanctie op een overtreding bestaan indien het niet in de wet is vastgelegd. Geen straf zonder wet. Kenbaarheid draagt ook bij aan voorspelbaarheid van bestuurshandelen. Het beginsel geldt ook voor anti-dopingregelgeving.⁷ In het EVRM is dit beginsel vastgelegd in artikel 7 lid 1:

No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.

4.3 *Overtredingsbegrip in WAD Code voldoet niet aan kenbaarheids-element*

De WAD Code (en de overname van de code in de regelgeving van sportorganisaties en dopingautoriteiten afzonderlijk) is de codificatie en sanctionering van normen van belang voor een effectieve dopingbestrijding. De overtreding en de sanctie zijn gepreciseerd in de WAD Code. *“Before an act of doping can be prosecuted, it has to be laid down in the rules of the sports organisation in question that such an act constitutes an offence and that it is punishable by certain penalties.”*⁸

Artikel 2.1.1 van de WAD Code bepaalt:

It is each Athlete’s personal duty to ensure that no Prohibited Substance enters his or her body. Athletes are responsible for any Prohibited Substance or its Metabolites or Markers found to be present in their Samples.

In art. 2.1.2 wordt dit verder uitgewerkt:

Sufficient proof of an anti-doping rule violation under Article 2.1 is established by either of the following: presence of a Prohibited Substance or its Metabolites or Markers in the Athlete’s A Sample.

Artikel 4.3.1 van de WAD Code stelt drie voorwaarden aan opname van een stimulerend middel of methode op de *‘Prohibited List’*:

- i potential health risk,
- ii performance enhancing potential, and
- iii violation of the *‘spirit of sport’*.

⁵ Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali.

⁶ Artikel 1 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht bepaalt: *“Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaruit voorafgegane wettelijke strafbepaling.”*

⁷ Thomas Summerer, *‘Internationales Sportrecht vor dem staatlichen Richter’* Munich, Verlag V. Florenz 1990, p. 159: *‘Der aus Art. 103 II GG abgeleitete Bestimmtheitsgrundsatz kommt auch im Vereinsrecht voll zum Tragen’*.

⁸ JW Soek, 2006, p. 315.

⁹ Artikel 4.3.2 WAD Code: *“A substance or method shall also be included on the Prohibited List if WADA determines there is medical or other scientific evidence, pharmacological effect or experience that the substance or method has the potential to mask the Use of other Prohibited Substances or Prohibited Methods.”*

¹⁰ Artikel 4.1 WAD Code: *“WADA shall [...] no less often than annually, publish the Prohibited List as an International Standard. [...] Each annual version of the Prohibited List and all revisions shall be distributed promptly by WADA to each Signatory and government and shall be published on WADA’s Web site, and each Signatory shall take appropriate steps to distribute the Prohibited List to its members and constituents. The rules of each Anti-Doping Organization shall specify that [...] the Prohibited List and revisions shall go into effect under the Anti-Doping Organization’s rules three (3) months after publication of the Prohibited List by WADA without requiring any further action by the Anti-Doping Organization.”*

¹¹ JW Soek, 2006, p. 315.

¹² Steven Teitler en Herman Ram, *‘Analyzing the New World Anti-Doping Code: A Different Perspective’*, The International Sports Law Journal (2008), no. 1-2, p. 47.

Het commentaar bij het artikel bepaalt dat indien aan twee van de drie kenmerken wordt voldaan of indien er volgens artikel 4.3.2 sprake is van een maskeringsmiddel⁹ het middel of de methode op de Prohibited List zal komen. De Prohibited List wordt ieder jaar opnieuw door de WADA vastgesteld en is voor ieder land, iedere sportorganisatie, iedere ADO hetzelfde.¹⁰ *‘definitions [van een doping-overtreding, GB] referred to a list of prohibited substances. In this case the principle of legality required that the list in question was sufficiently specific.’*¹¹

4.3.1 Geen kenbare codificatie in WAD Code

Indien men uitgaat van het legaliteitsbeginsel, dan mag de atleet verwachten dat de Prohibited List voldoende nauwkeurig is en dat alle middelen die op de lijst staan verboden zijn. Ieder middel dat of iedere methode die niet genoemd wordt zou daarmee zijn toegestaan. Dat niet het geval. Nadere bestudering van de Prohibited List leert dat aan sommige stoffen in de lijst de volgende zinsnede is toegevoegd: *“and other substances with (a) similar chemical structure or similar biological effect(s)”*. Het doel van dit naschrift is

to have, the effect that all substances with either a similar chemical structure or a similar biological effect should in fact be considered prohibited as if they were actually specifically mentioned (included) in the Prohibited List. These kind of (prohibited) substances are often dubbed *‘related substances’*.¹²

4.3.2 Ratio van open formulering

4.3.2.1 Nieuwe ontwikkelingen

De toevoeging van de (open) zinsnede wordt gerechtvaardigd op grond van effectieve dopingbestrijding.

Dopingopsporing schiet (nog steeds) te kort. De ervaring leert dat dopinggebruikers een (grote) voorsprong houden op degenen die dopinggebruik opsporen. Die voorsprong bestaat uit het gebruik van middelen:

1. die (nog) niet verboden zijn doordat regelgeving per definitie achterloopt op nieuwe ontwikkelingen,
2. onbekende middelen,
3. middelen waarvoor (nog) geen eenduidige opsporingstechnieken bestaan,

4. middelen die zo snel in het lichaam of in het monster worden afgebroken dat zij niet afdoende kunnen worden aangetoond,
5. lichaamseigen middelen.

4.3.2.2 *Dopingopsporing schiet te kort - men loopt achter de feiten aan.*

De voorsprong op de punten 1, 2 en 3 moge blijken uit voorbeelden uit het verleden waarbij tijdens de reguliere dopingtesten geen doping werd aangetroffen maar bij onderzoek jaren later, met nieuwe technieken, het dopinggebruik alsnog werd aangetoond.¹³ Daarnaast blijkt uit verklaringen van ex-sporters dat zij tijdens hun carrière prestatie-bevorderende middelen gebruikten zonder ooit positief getest te zijn.¹⁴ Vanwege de snelle ontwikkelingen in dopingmethoden en de achterstand die handhavende autoriteiten hebben, hebben autoriteiten er belang bij om de norm zo ruim mogelijk te formuleren.¹⁵ Vanwege eerdere ervaringen was het legaliteitsvereiste bij de formulering van de WAD Code niet de belangrijkste overweging.

Doping begon met het gebruik van medicijnen die ontwikkeld waren voor een ander doel dan prestatiebevordering in sport. Tegenwoordig worden dopingautoriteiten geconfronteerd met middelen die speciaal zijn ontwikkeld om sportprestaties te verbeteren. Deze stoffen zijn onbekend (en dus niet strafbaar noch testbaar) totdat men van het bestaan van de stof op de hoogte komt. Dat deze vorm van doping niet bestraft kon worden is een doorn in het oog van de dopingautoriteiten en vormt de ratio om een open formulering te hanteren:

The relevance of and need for a provision on the list that it includes related substances, is: a. The wish not to exclude any newly developed substances from the Prohibited List. The prime example here is THG, also known as 'The Clear', made famous by the BALCO scandal (and athletes like Tim Montgomery, Dwain Chambers, among others). The open element **basically provides a safety net against those who try to beat the system** by developing new performance enhancing substances or methods, and new masking agents; b. The fact that it is difficult to include a limitative list of all possible substances per category on the Prohibited List. The List only includes the most relevant substances per category.¹⁶

4.3.3 **Probleem**

Het nulla poena en lex certa beginsel waarborgen dat een persoon niet gestraft kan worden voor iets waarvan men niet weet of kan weten dat het strafbaar is. Door de toevoeging van deze (omstreden) open

¹³ Onder meer de wielrenners Thomas Dekker en Davide Rebellin testten na de eerste controle niet positief, maar toen enige tijd later dezelfde bloed- en urinemonsters werden gecontroleerd met een nieuwe test er wel sporen van doping in de monsters werd gevonden. *De Volkskrant*, 2 juli 2009: "Dekker werd in 2007 bij een out-of-competition controle getest op het gebruik van epo. De test was toen negatief. Maar nadat in 2008 en 2009 bij Dekker schommelende bloedwaarden werden geconstateerd, werd de urine uit 2007 opnieuw getest in een laboratorium in Keulen. Dankzij verbeterde opsporingsmethoden werd alsnog resten van de nieuwe epo-variant dynepo in zijn urine-staal aangetroffen."

¹⁴ *De Volkskrant*, 6 juni 2009. Onder meer oud- Tour winnaar Bjarne Riis heeft nooit positief getest. Echter, de ongrijpbaarheid blijkt ook uit verklaringen van atleten die na een eerste positieve test bekenden dat zij zich al jaren systematisch doperen. Volgens ex-wielrenner Bernard Kohl hadden wielrenners geen angst voor dopingcontroles omdat ze weten dat de meeste middelen niet op te sporen zijn: "Ik ben ongeveer tweehonderd keer getest. Ik had zeker honderd keer positief moeten zijn, maar ik was het maar één keer. Ik voelde me veilig. Iedereen voelt zich nog altijd veilig."

¹⁵ JW Soek, 2006, p. 317: "Federations wished to keep the lists open-ended so as to be able to prosecute athletes whose urine samples revealed the presence of precursors and metabolites of listed substances. They moreover wished to be able to bring within the scope of their lists all the substances that might be developed by the pharmaceutical industry after the establishment of the lists."

¹⁶ Teitler, Ram (2008), p. 47.

zinsnede in de WAD Code bestaat de mogelijkheid dat atleten worden geschorst terwijl zij niet op de hoogte konden zijn dat hun handelen een overtreding inhield. Het 'grotere net' van de open formulering zal namelijk niet alleen over atleten vallen die designer/drugs gebruiken:

[...] these [...] arguments for the 'open' element of the List, and some major doping scandals have been based on this 'related substance' clause, [...] do not automatically negate the significant side-effect of this clause: 'Catching' athletes who did not and could not know that they were ingesting or using a substance that WADA considered part of the Prohibited List. There is a legitimate question about whether an athlete can be penalized for ingesting a substance that neither he nor his NADO nor his National Federation knows is prohibited. This question deals with a basic principle of law: There has to be a clearly established rule before there can be a violation. The principle can be found in national constitutions and international (human rights) conventions.¹⁷

¹⁷ Teitler, Ram (2008), p. 47.

Uit jurisprudentie van het CAS en het EHRM blijkt dat twijfelachtig is of de gekozen formulering in de WAD Code de toets van het legaliteitsbeginsel zal doorstaan. De schending van het legaliteitsvereiste wordt niet opgeheven door de schending in de vorm van een open norm te codificeren.

4.3.4 CAS

Een voorbeeld is de arbitragezaak voor het CAS van de Russische zwemmer Korneev.¹⁸ Na een bronzen medaille te hebben gewonnen op de 200 meter schoolslag werden bij een dopingcontrole sporen van het middel bromantan gevonden. Bromantan stond *niet* op de dopinglijst maar het IOC zag gelijkenissen met een ander middel dat wel op de lijst stond. Het CAS besliste dat in zo'n geval de 'burden of proof' bij de vervolgende instantie ligt om aan te tonen dat er voldoende overeenkomsten zijn om te spreken van een dopingovertreding. Het IOC was daartoe niet in staat:

As bromantan did not appear on the list of prohibited substances, the subjective element of the description of the doping offence, i.e. illegality, was not fulfilled.¹⁹

Het CAS kwam met eenzelfde overweging over het legaliteitsbeginsel in de zaak van de Canadese snowboarder Rebagliati.²⁰ Bij een dopingcontrole testte Rebagliati positief op cannabis, echter

Pursuant to Chapter II, Article III(B) of the IOC Medical Code the use of marijuana punishable, provided that this had been agreed between the IOC and the IF in question.

¹⁸ CAS 96/003-4, 04-8-1996, *Andrei Korneev v. IOC & Zakhar Goukiev v. IOC*.

¹⁹ JW Soek, 2006, p. 317: "Federations wished to keep the lists open-ended so as to be able to prosecute athletes whose urine samples revealed the presence of precursors and metabolites of listed substances. They moreover wished to be able to bring within the scope of their lists all the substances that might be developed by the pharmaceutical industry after the establishment of the lists."

²⁰ CAS AH 98/002, 12-2-1998, *Rebagliati v. IOC*.

De internationale skibond (FIS) had daartoe niet besloten hetgeen leidde tot een oordeel van het CAS dat niets aan duidelijkheid te wensen overliet:

The Panel recognizes that from an ethical and medical perspective, cannabis consumption is a matter of serious social concern. CAS is not, however, a criminal court and can neither promulgate nor apply penal laws. We must decide within the context of the law of sports, and *cannot invent prohibitions or sanctions where none appear.*

Het legaliteitsbeginsel, in dit geval een ontbreken van gecodificeerde *illegaliteit*, voorkwam in dit geval de sanctionering. Analoge interpretatie roept de vraag op of de wijze waarop de WAD Code een 'open' Prohibited List formuleert wel voldoet aan het legaliteitsvereiste. Mijns inziens zal het antwoord op die vraag ontkennend zijn.

4.3.5 EVRM

4.3.5.1 *Belang*

Artikel 7 lid 1 bepaalt dat er geen straf zonder wet kan zijn. Dat betekent tweeledig dat: alleen vanwege de wet er een sanctie kan zijn²¹ en dat er niet met terugwerkende kracht gestraft mag worden. Het is een van de artikelen in het EVRM die ook tijdens noodtoestand niet buiten werking gesteld mogen worden. Het Hof bevestigde het belang van het legaliteitsbeginsel in *Kafkaris v Cyprus*²²:

The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection [...] It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment.

4.3.5.2 *Voorwaarden*

4.3.5.2.1 Straf De bescherming van artikel 7 is alleen van toepassing als er sprake is van 'criminal charge'. Dit volgt uit de woordkeuze in het artikel, het spreekt van 'criminal offence'.²³ Ik verwijs hier naar paragraaf 3.4 waarin ik criminal charge met betrekking tot het punitieve karakter van het anti-dopingsysteem bespreek.

Het Hof kijkt niet naar de plaatsing van de sanctie binnen het nationale recht maar houdt vast aan haar eigen definitie van straf:

The concept of a 'penalty' [...] is, like the notion of 'civil rights and obligations' and 'criminal charge' in Article 6 para 1. [...] an autonomous Convention concept [...] To render the protection offered by Article 7 effective, the Court must remain free to go behind appearances and

²¹ EHRM *Kafkaris v Cyprus*, 12 februari 2008, 21906/04, par. 138.

²² EHRM *Kafkaris v Cyprus*, par. 137.

²³ "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed."

²⁴ EHRM Welch v the United Kingdom, 9 februari 1995, 17440/90, par. 22-25.

²⁵ EHRM Jamil v. France, 11/1994/458/539, 25 mei 1995.

²⁶ EHRM Coeme and Others v Belgium, 22 juni 2000, 32492/96; 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, par. 146, 149-151. Zie ook EHRM Murphy v. the United Kingdom, 3 oktober 1972, 4681/70

²⁷ EHRM Kafkaris v Cyprus, par. 140.

²⁸ EHRM Coeme and Others v Belgium, par. 150.

assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a 'penalty'.²⁴

Uit Jamil v. France blijkt dat het voor criminal charge niet nodig is dat de sanctie gecodificeerd is in de strafwet.²⁵ In dit geval betrof het een sanctie in de Belastingwet. Een schorsing dan wel een punitieve boete volgend uit de WAD Code zullen op grond daarvan binnen de interpretatie van het strafbegrip van het Hof vallen.

4.3.6 Toekomstige terugwerkende kracht

Legaliteit vereist dat men alleen gestraft kan worden op basis van een gecodificeerde regel. Op de *omschreven* normschending moet tijdens de overtreding al een sanctie staan. Zo niet, dan geen overtreding. Open normen om *toekomstige* stoffen en methoden nu reeds onder een verbod te vangen voldoen niet aan het vereiste van kenbaarheid. Het is het nu reeds voor alsdan met toekomstige terugwerkende kracht strafbaar stellen van toekomstige, *dus niet kenbare*, middelen. Op basis daarvan straffen is een inbreuk van artikel 7 EVRM wegens terugwerkende kracht en het ontbreken van kenbaarheid.

In Coeme and Others v Belgium²⁶ bepaalde het Hof dat:

The Court must [...] verify that at the time when an accused person performed the act which led to his being prosecuted and convicted there was in force a legal provision which made that act punishable, and that the punishment imposed did not exceed the limits fixed by that provision.

In Kafkaris wordt dit verder uitgewerkt met de voorwaarde dat de omschrijving van de overtreding en de sanctie op de normschending toegankelijk en voorzienbaar (en dus kenbaar) zijn.

Kenbaar omvat ook de helderheid van de formulering:

An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed... a law may still satisfy the requirement... where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.²⁷

Volledigheidshalve: artikel 7 ontslaat burgers niet van alle verantwoordelijkheid. Het Hof besloot in Coeme and Others v Belgium dat:

the applicants could not have been unaware that the conduct that they were accused of might make them liable to prosecution.²⁸

In *Custers and Others v Denmark* bevestigde het Hof deze opvatting door aan te geven dat het voorspelbaar was dat

the applicants risked being sentenced to a fine.²⁹

²⁹ EHRM *Custers and Others v Denmark*, 3 mei 2007, 11843/03, 11847/03 and 11849/03, par. 81.

4.4 Conclusie

Samenvattend legt het Hof de verantwoordelijkheid in de eerste plaats bij de opstellers van de regelgeving. De overtreding en de sanctie moet begrijpelijk en voorzienbaar zijn, maar indien men in redelijkheid een sanctie had kunnen voorspellen dan zal niet in alle gevallen een beroep op artikel 7 slagen. Men zou daardoor van mening kunnen zijn dat atleten die bewust prestatie-bevorderende middelen tot zich nemen *'could not have been unaware that the conduct [...] might make them liable to prosecution.'* Echter, de verplichting van artikel 7 stelt in de eerste plaats de voorwaarde dat er een wet is. Deze dient ook voldoende specifiek te zijn zodat de overtreding en de gevolgen van de overtreding begrijpelijk en voorzienbaar zijn. Omdat er ook middelen zijn die de prestatie bevorderen maar niet (tenzij in grote hoeveelheid) verboden zijn zoals bijvoorbeeld cafeïne, mag de atleet op grond van gewekt vertrouwen ervan uitgaan dat het bewust en weloverwogen door de autoriteiten van de lijst is gehouden. Ook bij andere middelen met prestatie-bevorderend effect kan dezelfde situatie van toepassing zijn.

Op grond van het legaliteitsbeginsel ligt de verantwoordelijkheid bij de (doping-) autoriteiten om begrijpelijke, precieze normen op te nemen in hun regelgeving zodat daarmee iedereen (ook voor de autoriteiten zelf) kenbaar is waar men aan toe is. Dat is ook in hun eigen belang.

Om twee redenen is onvoldoende aandacht voor het legaliteitsbeginsel ook voor dopingautoriteiten problematisch. Ten eerste zal het doel van dopingautoriteiten zijn om *'schuldige'* atleten te betrappen, niet om ingrijpend het leven van onwetende atleten te veranderen door een positieve test. Ten tweede zal in niet alle gevallen een positieve test en een daaruit volgende schorsing stand houden in beroep, terwijl er wel veel kosten tijdens de procedure worden gemaakt door de dopingautoriteiten.

Voor een effectieve dopingbestrijding is respect voor fundamentele rechtsbeginselen minstens zo belangrijk als strikte regelgeving. Rechts-onzekerheid is voor geen enkele partij gunstig.³⁰

³⁰ Om af te sluiten met een laatste voorbeeld, Teitler en Ram 2008, p. 47: *"Another downside of this 'open' element is that athletes are actually more punished for using a nutritional supplement (which turned out to be contaminated with a related substance) than for using a prohibited substance. The use of supplements itself does not constitute an anti-doping rule violation. However, between WADA's stance that related substances should be treated as if they are expressly mentioned on the Prohibited List, and CAS case law that using supplements equals not applying proper caution (and thus negligent behavior³⁹), the discussion about legality gets lost, and those unknown related substances lead to a standard sanction when they are ingested via the use of a nutritional supplement."*

5

Toegang tot de rechter

5.1 Onafhankelijk en onpartijdig gerecht

Artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt dat:

een ieder recht heeft op [...] een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.

Het beroep tegen een schorsing staat alleen open bij het CAS. Het CAS is een privaatrechtelijke organisatie, niet bij wet ingesteld. De onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het CAS worden niet door de wet gewaarborgd. In *Le Compte v. Belgium* stelt het Hof weliswaar dat ook tuchtrechtelijke instanties kunnen zijn die: *'impartial and independent established by law'*.¹ De vraag blijft of het CAS wel voldoet aan de eisen van artikel 6 lid 1.

¹ EHRM *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10 februari 1983, 7299/75 en 7496/76, par. 15.

5.2 WADA en CAS sluiten burgerlijke rechter uit

De WADA sluit de gang naar de burgerlijke rechter uit in artikel 13.2.1 van de WAD Code:

In cases arising from participation in an International Event or in cases involving International-Level Athletes, the decision may be appealed exclusively to CAS in accordance with the provisions applicable before such court.

In artikel 13.2 worden alle gevallen genoemd waarvoor exclusief de regeling volgens artikel 13.2.1 openstaat (en de burgerlijke rechter wordt uitgesloten).

Onder meer:

- A decision that an anti-doping violation was committed,
- a decision imposing Consequences for an anti-doping rule violation'
- a decision that an Anti-Doping Organization lacks jurisdiction to rule on an alleged anti-doping rule violation Consequences,

- a decision to impose a Provisional Suspension as a result of a Provisional Hearing or in violation of article 7.5, may be appealed *exclusively* as provided in this article 13.2.

Artikel 22.3 WAD Code voegt hier aan toe:

Each government will respect arbitration as the preferred means of resolving doping-related disputes.

5.2.1 Uitsluiting toetsing regelgeving

De Introduction van de WAD Code sluit *toetsing van de regelgeving* door de burgerlijke rechter uit:

Anti-doping rules are *not intended to be subject to or limited by* requirements and legal standards applicable to criminal proceedings or employment matters. The policies and minimum standards set forth in in the Code represent the consensus of a broad spectrum of stakeholders with an interest in fair sport and should be respected by all courts and adjudicating bodies.

Deze uitsluiting is onjuist. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de antidopingregels –anders dan in de code wordt beweerd– verschillen van karakter met spelregels (de '*purely sporting rules*').

De sport zelf is zich daar terdege van bewust gezien het disproportionele verschil in zwaarte van de sancties die staan op een overtreding van de antidopingregels en die staan op een overtreding van de spelregels en de eigen rechtsgang die voor dopingovertredingen in het leven is geroepen.²

² J.W. Soek 2008, p. 60.

5.2.2 Legal Opinion CAS sluit algemene rechtsbeginselen uit

Het CAS geeft in een legal opinion³ aan dat

mensenrechten en algemeen geldende rechtsbeginselen, en met name het EVRM niet werken tussen private partijen en missen dus toepassing op dopingrechtspraak binnen privaatrechtelijke rechtspersonen.⁴

Uit voorgaande hoofdstukken blijkt dat ik van mening ben dat het EVRM wel van toepassing is op dopingrechtspraak.

5.2.2.1 Vrijwilligheid atleten rechtvaardiging uitsluiting rechter

Dopingautoriteiten stellen zich op het standpunt dat atleten vrijwillig afzien van hun toegang tot de rechter.

Voorzitter van de WADA, Dick Pound:

³ Loorbach 2009, p.31.
WADA is zo slim geweest om een '*extensive legal opinion*' te verzoeken van de CAS over '*the conformity of certain provisions of the (draft) world anti-doping Code with commonly accepted principles of international law.*' Dat is slim omdat over die issues uitspraken zijn verkregen op eenzijdig verzoek en dus buiten het debat met een partij met tegengestelde belangen en dus ook tegengestelde argumenten.

⁴ Loorbach 2009, p. 33-34.

I think if you've signed onto this and you're governed by the code, your recourse is to the Court of Arbitration for Sport, you don't go running off to the state courts.

Pound stelt hier ten onrechte dat atleten 'vrijwillig' accepteren het CAS uitsluitend de bevoegde instantie is.

Volgens De Doelder is geen sprake van vrijwilligheid:

In essentie gaat het hem erom dat, naarmate het lidmaatschap van de groep waarbinnen disciplinaire regels gelden, onvrijwilliger is, er steeds hogere eisen dienen te worden gesteld aan zowel het formele tuchtrecht (de procedurele regels) als het materiële tuchtrecht (de definitie van de normen en de aard en omvang van de sancties).⁵

⁵ H. de Doelder, 'Terrein en beginselen van tuchtrecht', Alphen a/d Rijn 1981.

Volgens Loorbach is er sprake van een dwangorganisatie:

Nu het vooral gaat om beroepssporters die voor hun broodwinning van die sportbeoefening volledig afhankelijk zijn en voor wie deze activiteit ook de wezenlijke ontplooiing is van vaak uitzonderlijke talenten, kun je wellicht formeel nog spreken van vrijwilligheid, doch materieel niet meer: als je uitgaat van een fundamenteel recht van vrijheid van beroepskeuze en van een fundamenteel persoonlijk recht op de ontplooiing van je talenten, met daartegenover het monopolie van de nationale en vooral de internationale sportorganisaties, dan kan naar mijn oordeel van vrijwilligheid niet worden gesproken; in ieder geval rust onder deze omstandigheden op de organisatie in mijn opvatting een even zware verplichting ter zake van formele en materiële zorgvuldigheid en legitimering van regelgeving en uitvoering als in een 'dwangorganisatie'.⁶

⁶ Loorbach 2009, p. 17-18.

5.3 Uitsluiting burgerlijke rechter vooropgesteld doel

Uitsluiting van de burgerlijke rechter was een vooropgesteld doel van de opstellers van de WAD-Code.

5.3.1 Tuchtrecht

De keuze voor tuchtrecht in plaats van de burgerlijke rechter wordt gebruikelijk verdedigd met twee argumenten:

- de termijnen in het tuchtrecht zijn korter;
- experts oordelen, men wil zeggen dat tuchtrechters door hun speciale kennis tot een beter oordeel komen dan burgerlijke rechters;

In het geval van de WAD-Code zijn er geen redenen om tuchtrecht te handhaven. Het eerste argument kan worden ondervangen door in sportzaken dwingend korte termijnen (snelrecht) voor te schrijven

terwijl de (vermeende) deskundigheid van de tuchtrechters niet blijkt uit het onderzoek van de Auditcommissie, in gedeelte.

Een *derde* argument wordt nooit genoemd maar dat blijkt voor de sportautoriteiten doorslaggevend te zijn geweest bij hun keuze van tuchtrecht, namelijk ontgaan van schadeclaims door uitsluiting van de burgerlijke rechter:

- Uitsluiting van de burgerlijke rechter

5.3.2 Angst voor schadeclaims doorslaggevend in besluitvorming

When sanctions last for over a year (a season), according to Hein Verbruggen, the President of the International Cycling Federation (UCI), this could lead to an increase in the number of cases brought before the *civil courts*. The IFs claimed that they would not be able to bear the resulting financial burden.⁷

⁷ Soek 2006, p. 196.

De angst van de UCI en de FIFA voor schadeclaims woog zwaarder dan hun voorkeur voor zware straffen. Indien de burgerlijke rechter niet bevoegd is, komen er minder schadeclaims.

The majority of sports organisations were in favour of a two-year suspension for a first offence and a life-time ban for repeat offenders. These proposals however proved unacceptable to federations with a professional athlete membership, such as the football, tennis and cycling federations. The FIFA and the UCI continued to oppose the proposed penalties. They considered them disproportionate and argued that the minimum suspension of two years could be regarded as contrary to rules of employment law. *The FIFA and the UCI feared that the courts would annul two-year suspensions leaving them to face huge claims for damages.* Based on these arguments, these federations were only prepared to sign the Anti-Doping Code if the sanctions would be made less severe.⁸

⁸ Soek 2006, p. 216.

Soek legt uit dat de IOC definitie van doping volledig was ontworpen op grond van de angst voor schadeclaims:

It was explained in an IOC document that definitions of doping which from a philosophical point of view would be considered completely satisfactory still lost out to the legalist precision of the lawyers. When a description of a concept based on philosophical grounds is no match for the arguments of lawyers, there must be something wrong with the description. This not quite fair point of view in its elaboration became entirely disputable. In the eyes of the IOC the lawyers' activities were regarded as a *phenomenon that allowed the guilty to proclaim their innocence, to escape well-deserved sanctions, and even to make their fortune at the expense of trusting and naive organisations by means of morally unjustifiable damages.*⁹

⁹ Doping: An IOC White Paper, Lausanne 1999, Part 1, p. 9.

This point of view, unfairly condemning an entire profession, caused the IOC to develop "a *practical view on the situation*", by proclaiming the principles which, in its view, justified the fight against doping:

- protection of the athlete's health,
- defence of medical and sports ethics,
- an equal chance for all in competition.¹⁰

¹⁰ Soek 2006, p. 12.

5.3.3 Argumenten tegen doping-tuchtrecht

Twee argumenten richten zich tegen doping-tuchtrecht:

- Bevindingen Auditcommissie Doping
- Tuchtrecht in dopingbestrijding vereist meer waarborgen

5.3.3.1 Bevindingen Auditcommissie pleiten tegen tuchtrecht

De sportautoriteiten kozen bewust voor tuchtrecht, echter de bevindingen van de Auditcommissie Doping pleiten tegen tuchtrecht.

Teitler en Ram rapporteerden de kwaliteit van de tuchtrechtelijke uitspraken, uit hun conclusies volgt dat het deskundigheidsargument niet gedragen wordt door de feiten:¹¹

Ondanks dat

de dopingregelgeving nationaal en internationaal vrijwel geheel is gelijkgeschakeld, en moet voldoen aan de Code, blijkt dat de tuchtrechtelijke uitspraken vooralsnog regelmatig niet voldoen aan die Code. Hiervoor zijn [...] twee verklaringen aan te wijzen.

De eerste en voornaamste verklaring is de gebrekkige kennis bij tuchtrechters inzake de van toepassing zijnde dopingregels en procedures.

De tweede verklaring ligt in de onvoldoende acceptatie door de tuchtrechters van die dopingregels.

Volgens de auteurs zijn de twee verklaringen "*van principieel andere aard*". Voor de verwerping van het tuchtrecht maakt dat principiële verschil niet uit. De eerste verklaring weerlegt effectief het deskundigheidsargument, de tweede verklaring eveneens.

5.3.3.1.1 Gebrekkige kennis Zijn het geen experts dan is dat geen reden om het tuchtrecht te handhaven. De burgerlijke rechter kan deskundigen horen.¹²

5.3.3.1.2 Onvoldoende acceptatie

Zelfs in de gevallen waarin de tuchtrechters wel op de hoogte zijn van de reglementen, bijlagen en International Standards, staat een gebrek aan kennis inzake de ratio achter en werking van die regels en procedures soms toch in de weg aan een correcte toepassing daarvan.

¹¹ Teitler, Ram, 2010, p. 59-60. "*De Auditcommissie doping is oorspronkelijk opgericht om toe te zien op het door sportbonden aanbrenge(n) en (laten) afhandelen van positieve gevallen. Tegenwoordig concentreert haar werk zich vooral op de beoordeling of tuchtcolleges in dopingzaken het dopingreglement correct hebben toegepast. [...] Van de 192 door de Auditcommissie beoordeelde dopingzaken is 34% naar het oordeel van de auditcommissie niet conform het geldende dopingreglement afgehandeld. [...] In de jaren 2007 en 2008 is het aantal niet-conforme uitspraken vrijwel gelijk aan het aantal wel reglementair afgehandelde zaken.*"

¹² De rechter kan op verzoek van een partij of ambtshalve een bericht of een verhoor van deskundigen bevelen. Het vonnis vermeldt de punten waarover het oordeel van deskundigen wordt gevraagd. art 194.1 Rv.

De Code kenmerkt zich door de geslotenheid van het systeem, maar dit fundamentele aspect wordt niet altijd (h)erkend. [...] Alles wordt bepaald door het op de Code gebaseerde dopingreglement, de bijlagen en de standaarden. Van het dopingreglement afwijkende bepalingen in het tuchtreglement, alsmede vanuit het straf- of civiele recht bekende methoden of waarborgen, *mogen* [emphasis GB] niet worden toegepast.

Men heeft volgens deze verklaring wel te maken met experts in het tuchtrecht maar die zien zich blijkbaar genoodzaakt om in weerwil van de voorschriften van de dopingregelgeving te oordelen. Dat wordt wellicht vanwege de afwijking van de regelgeving gecategoriseerd als *“gebrekkige kennis bij tuchtrechters inzake de van toepassing zijnde dopingregels en procedures”*. Een andere verklaring hiervoor kan zijn dat *de regels niet deugen*.

De tuchtrechters die volgens Ram en Teitler de regels wel begrepen maar in afwijking daarvan handelden, handelden volgens Ram en Teitler onjuist omdat zij de *‘geslotenheid van het systeem’* niet (h)erkenden.

5.3.4 Tuchtrecht in dopingbestrijding vereist meer waarborgen

De *‘geslotenheid van het systeem’* staat tegenover de mening van Soek in zijn samenvatting van de internationaal algemeen aanvaarde rechtsbeginselen die een rol zouden moeten spelen bij de beoordeling van dopingzaken:

An additional argument in favour of the criminal law approach is that several countries have already included provisions on doping in their criminal laws.¹³

The application of generally and internationally recognised criminal law and criminal procedural law principles and concepts to doping law would not only increase protection for the athlete, but would also make the law more transparent and more predictable for the parties concerned, who would no longer have to grapple with a mixture of principles and concepts from different areas of the law. Any punitive system should make use of the principles and concepts which have developed over the centuries in democratic societies, but to apply these principles to doping law would moreover have a harmonising effect. The majority of national sports organisations began to conduct anti-doping campaigns under outside pressure. Organised sports was called upon to be the errand boy in the fight against this undesirable social phenomenon.¹⁴

¹³ België: Vlaanderen: Decreten van 21 februari 1985, 14 januari 1987 en 27 maart 1991; Wallonie: Wet van 2 april 1965, Decreten van 26 augustus 1985 en 10 oktober 1989. Denemarken: Anti-Doping Act 1993. Frankrijk: Wet no. 89-432 van 28 juni 1989; Wet no. 99-223 van 23 maart 1999. Griekenland: Wet no. 75 van 16 juli 1975 en Wet no. 1646 van 18 september 1986. Italië: Wet no. 1099 van 25 oktober 1971. Oostenrijk: Federale wetten 166/1991 en 451/1991. Portugal: Wet no. 1/90 van 13 januari 1990 en Wet no. 183/97 van 26 juli 1997. Spanje: Wet no. 10/1990 van 15 oktober 1990 en de Koninklijke Besluiten nos. 48/1992 en 255/1996.

¹⁴ Soek 2006, p. 275.

Simon Boyes verzet zich in gelijke zin tegen de *‘geslotenheid van het systeem’*:

[...] there are areas which are traditionally self-regulatory (in the truest sense of the term) that have become sufficiently important to warrant great concern over the extent to which their regulation is subject to scrutiny and required to adhere to constitutional standards. These sectors of activity, of which sport should be considered a foremost example, have, in effect, changed their nature to the extent that their activities can now be regarded as truly "public" in practice and thus of constitutional significance.¹⁵

¹⁵ Simon Boyes, in Simon Gardiner, ed., 'Sports Law', 2e druk Londen 2001, p. 198.

Van Staveren is van mening dat de belangen sporters bij deelneming aan wedstrijden zo groot zijn dat de deze regelingen bovendien des te meer procedurele waarborgen inhouden die ook in het strafrecht gelden.

Naarmate de belangen van de sporter bij deelneming aan wedstrijden groter zijn, moeten deze regelingen bovendien des te meer procedurele waarborgen inhouden die ook in het strafrecht gelden. Voorbeelden zijn de onafhankelijkheid van de berechtende instantie (de tucht- en de beroepscommissie), duidelijkheid in de omschrijving van de misdrijving en het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁶

¹⁶ Heiko van Staveren 2007, p. 33.

Although due to its wording ('*criminal charge*') Article 7 ECHR lacks direct applicability to disciplinary doping law, that does not mean that the applicability in doping procedures of the *nulla poena* principle contained in that provision or of other criminal law principles must be rejected out of hand. As the CAS has stated, these are fundamental principles of any democratic regime. '*Das nichtbeachten der [...] strafrechtlichen oder strafprozessualen Grundsätze bedeutet grundsätzlich einen Eingriff in die Persönlichkeit des Betroffenen*' according to Scherrer.¹⁷ The application of fundamental criminal law principles in disciplinary doping proceedings demonstrates compliance with the athlete's personality rights and contributes to a fair trial.¹⁸

¹⁷ in 'Fritzweiler (ed.) Doping Sanktionen, Beweise, Ansprüche' (2000), p. 128.

¹⁸ Soek 2006, p. 274, 275. (Transl. JWS).

5.4 Samenvatting

De WAD-Code bepaalt dat enkel de tuchtrechter als beroepsinstantie geldt. Uit het feit dat atleten de weg naar de burgerlijke rechter wel kunnen vinden zou men kunnen afleiden dat de burgerlijke rechter niet wordt uitgesloten. Dat miskent het feit dat uitsluiting van de burgerlijke rechter gecodificeerd is in de eigen regelgeving waardoor de regelgeving niet aan mensenrechtenverdragen kan worden getoetst indien atleten zich onwetend of gezagsgetrouw beperken tot de rechtswegen die hun in het verenigingsrecht zijn toegestaan. Uit alle uitingen in woord en geschrift van dopingautoriteiten blijkt dat men de burgerlijke rechter en toetsing van dopingrechtspraak aan fundamentele rechten wil uitsluiten. Voor gezagsgetrouwe atle-

ten die te goeder trouw het verenigingsrecht volgen wordt hiermee op onnodige en onredelijke wijze de toegang tot het hoger beroep bemoeilijkt.

De cijfers van de Auditcommissie weerleggen onmiskenbaar het argument dat experts beter zouden oordelen dan burgerlijke rechters. Op basis van de cijfers kan tuchtrechtspraak niet de grondslag blijven van de dopingbestrijding.

Vanwege de grote belangen in de sport vereisen de algemeen geldende rechtsbeginselen dat de procedures met meer waarborgen worden omkleed dan nu het geval is.

Aangezien deze waarborgen nu niet aanwezig zijn en het huidige tuchtrecht ook naar mening van de dopingautoriteiten niet voldoet, zie ik geen redenen waarom de burgerlijke rechter in de WAD-Code wordt uitgesloten. Door de burgerlijke rechter uit te sluiten, kan er niet worden getoetst aan mensenrechten-verdragen. Op deze wijze kan het systeem niet gecorrigeerd worden.

Schadevergoeding bij onrechtmatige sancties

Straffen zijn het hart van de anti-doping regelgeving. In bijlage II is aangegeven dat de straffen voldoende afschrikwekkend moeten zijn om effectief te zijn. Schorsingen van 2 jaar, stopzetten van financiële bijdragen en hoge geldboetes vormen het systeem van sancties. Echter, zoals het kan gebeuren dat iemand onschuldig in de gevangenis zit, kan iemand ook in het anti-dopingsysteem onrechtmatig worden gestraft. Bijvoorbeeld door gebruik van een foutieve test door de controlerende instantie, of doordat de B-staal¹ negatief blijkt te zijn.

Een schorsing kan men gelijk stellen aan een beroepsverbod. Het ontnemt de atleet de kans om zijn talenten te ontplooien of om deel te nemen aan het economisch verkeer. Men kan tegenwerpen dat de atleet ongeschoold werk kan doen en daarmee alsnog deel kan nemen aan het economisch verkeer. Dat miskent dat men alleen topatleet kan worden na jarenlange training, meestal begonnen op zeer jeugdige leeftijd. Om tot de top te geraken werd men al zeer jong voor een wederzijds uitsluitende keuze gesteld tussen het besteden van de beperkt beschikbare tijd aan topsport of aan school.

In het huidige systeem zijn onrechtmatige schorsingen niet te vermijden, deze zijn al meerdere malen voorgevallen.² Desondanks bestaat er geen mogelijkheid om een vergoeding te vorderen voor de schade die atleten als gevolg van een onrechtmatige schorsing lijden. In het strafrecht is het algemeen aanvaard dat indien na vervolging geen maatregel wordt opgelegd, de geleden schade wordt vergoed. In Nederland is dit geregeld in artikel 89 en 591 Strafvordering. Buiten Nederland hebben onder meer Noorwegen³, Oostenrijk⁴ en Duitsland⁵ deze regel gecodificeerd.

De WAD Code kent echter geen schaderegeling, noch wordt dit

¹ Een hertest op hetzelfde bloed, urine of haar-monster dat in eerste instantie een positief resultaat leverde.

² Het commentaar bij artikel 7.5 WAD Code erkent de mogelijkheid van een onrechtmatige schorsing.

³ Article 444 of the Code of Criminal Procedure: "If a person charged is acquitted or the prosecution against him is discontinued, he may claim compensation from the State for any damage that he has suffered through the prosecution if it is shown to be probable that he did not carry out the act that formed the basis for the charge. [...]"

⁴ Section 2(1)(b) of the Compensation in Criminal Cases Act 1969: "where the injured party has been remanded in custody or placed in detention by a domestic court on suspicion of having committed an offence which is liable to criminal prosecution in Austria [...] and is subsequently acquitted of the alleged offence or otherwise freed from prosecution and the suspicion that he committed the offence is dispelled or prosecution is excluded on other grounds, insofar as these grounds existed when he was arrested."

⁵ Article 467 Criminal Procedure Code "If the indicted accused is acquitted or if the opening of the main proceedings against him is refused or if the proceedings against him are terminated, Treasury expenditure and the indicted accused's necessary expenses shall be borne by the Treasury."

⁶ Regionale Rechtbank Keulen: Lagat v. WADA & IAAF, 13 september 2006, 28 O (Kart) 38/05.

⁷ Zoals het niet openbaar maken van de methoden waardoor een wetenschappelijk oordeel over de deugdelijkheid van deze methoden onmogelijk is: “[...] demand for greater transparency is unrealistic, said Larry Bowers, senior managing director for the United States Anti-Doping Agency (USADA). If testing agencies released everything, “within a month there’d be a book published on how to beat standardized testing procedures,” Bowers said. “We have a group of people trying to circumvent testing. It’s unlike any other field I can think of.”” MSNBC, 8 juni 2008.

in de arbitrage-overeenkomst van sportbonden geregeld.⁶ Daarom werd er in voorkomende gevallen ook voor de burgerlijke rechter geprocedeerd. Daarbij gebruikte WADA geoorloofde en ongeoorloofde middelen in en buiten⁷ rechte om verantwoordelijkheid voor haar handelen te ontkennen om daarmee elke aansprakelijkheid te ontgaan.

6.1 Bewust geen schaderegeling in WAD Code

6.1.1 Schadeclaims ontgaan door tuchtrecht

In de beschouwing over uitsluiting van de burgerlijke rechter bespreek ik op pagina 77 uitgebreid de *overwegingen* om dopingbestrijding volledig tuchtrechtelijk buiten het bereik van de burgerlijke rechter te organiseren.

Die overwegingen werden beheerst door de wens om schadeplicht te ontgaan. Zij verhelderen het ontbreken van een schaderegeling in de WAD Code, daarom vat ik de overwegingen hier kort samen.

De IOC definitie van doping is volledig ontworpen met het oogmerk om schadeclaims te voorkomen:

In the eyes of the IOC the lawyers’ activities were regarded as a ‘phenomenon that allowed the guilty to proclaim their innocence, to escape well-deserved sanctions, and even to make their fortune at the expense of trusting and naive organisations by means of morally unjustifiable damages.’⁸

Internationale sportfederaties vreesden claims:

[...] this could lead to an increase in the number of cases brought before the **civil courts**. The IFs claimed that they would not be able to bear the resulting financial burden.⁹

De angst van de UCI en de FIFA voor schadeclaims:

The FIFA and the UCI feared that the courts would annul two-year suspensions leaving them to face huge claims for damages.¹⁰

6.1.2 Schadeclaims ontgaan door uitsluiting burgerlijke rechter

WADA sluit de gang naar de burgerlijke rechter uit in artikel 13.2.1 van de WAD Code:

In cases [...] involving International-Level Athletes, the decision may be appealed exclusively to CAS in accordance with the provisions applicable before such court.

⁸ Zie noot 9 op pagina 78.

⁹ Zie noot 7 op pagina 78.

¹⁰ Zie noot 8 op pagina 78.

6.1.3 Schadeclaims ontgaan door uitsluiting toetsing regelgeving

De Introduction van de WAD Code sluit toetsing van de regelgeving door de burgerlijke rechter uit:

Anti-doping rules are not intended to be subject to or limited by requirements and legal standards applicable to criminal proceedings or employment matters. The policies and minimum standards set forth in the Code represent the consensus of a broad spectrum of stakeholders with an interest in fair sport and should be respected by all courts and adjudicating bodies.

6.1.4 Schadeclaims ontgaan door ondoorzichtige structuur

In de (zeldzame) gevallen dat een atleet tegen alle tegenwerking in zijn schadeclaim voor de burgerlijke rechter wist te brengen, werd die claim afgewezen omdat de rechter geen aansprakelijke kon aanwijzen. Dit kwam doordat:

- de structuur van de anti-doping instanties (bewust) ondoorzichtig is gemaakt en
- de anti-doping instanties structureel van die ondoorzichtigheid gebruik maken

6.1.5 WAD Code kent schadeplicht voor atleten

Een onrechtmatige schorsing leidt tot schadeplicht, echter de WADA sluit de weg naar de burgerlijke rechter en daarmee naar schadevergoeding, uit. Dit is onredelijk, onbillijk, in strijd met de mensenrechten en, *'adding insult to injury'*, de WAD Code kent wel schadeplicht voor atleten:

Comment to Article 10.8.2 WAD Code: Nothing in the Code precludes clean Athletes or other Persons who have been damaged by the actions of a Person who has committed an anti-doping rule violation from pursuing any right which they would otherwise have to seek damages from such Person.

een inwendige tegenstrijdigheid in de WAD Code.

6.2 Bestanddelen schade voor atleten

De schade die atleten kunnen oplopen ten gevolge van een onrechtmatige schorsing bestaat uit verschillende bestanddelen:

- inkomensschade

- beroepsverbod
- ontzegging financiële steun
- Punitieve boete
- Juridische kosten
- Kosten contra-expertise

6.2.1 Schade vanwege beroepsverbod

Het inkomen van een atleet is afhankelijk van deelname aan wedstrijden en/of een periodiek stipendium.

De wijze van beloning verschilt per sport, in verschillende takken van sport is het inkomen afhankelijk van de prestatie. Startgelden, prijzengelden, premies, bonussen (ook die uitgekeerd door sponsors): alle zijn verbonden aan prestaties die door het beroepsverbod niet geleverd kunnen worden. Met een schorsing zal iedere vorm van inkomen voortvloeiend uit zijn professie als sporter onmiddellijk opdrogen.

6.2.2 Ontzegging financiële steun

De WAD Code kent meer mogelijkheden om de atleet financieel te treffen. In geval van een dopingovertreding moet volgens artikel 10.10.3 de geschorste atleet financiële steun worden onthouden door *iedere* partij die het WADA convenant heeft getekend: *“In addition, for any anti-doping rule violation not involving a reduced sanction [...] some or all sport-related financial support or other sport-related benefits received by such Person will be withheld by Signatories, Signatories’ member organizations and Governments.”*

Hier is sprake van een cumulatie van ingrijpende straffen.¹¹ Het doel van dopingbestrijding zou dat kunnen rechtvaardigen als de atleet inderdaad de dopingovertreding heeft begaan. Net als de schorsing is deze maatregel op zichzelf geen onredelijke straf.

Echter, als blijkt dat de schorsing onrechtmatig is opgelegd, dan volgt daaruit automatisch ook dat de onthouding van financiële steun onrechtmatig is opgelegd. De schade is dan een direct gevolg van een regel uit de WAD Code.

De WAD Code is (over-)compleet als het erom gaat een atleet financieel te raken, maar incompleet wanneer uit rechtsbeginselen zoals redelijkheid, billijkheid en rechtvaardigheid schadeplicht zou volgen.

¹¹ De financiële impact van artikel 10.10.3. op bijvoorbeeld de A- of B-status van Nederlandse atleten is enorm.

6.2.3 Punitieve Boete

Straffen in de WAD Code beperken zich niet tot alleen een schorsing indien een dopingvergreep is vastgesteld. Volgens artikel 10.12 WAD Code mogen er financiële sancties worden gegeven door antidopingorganisaties bovenop straffen als een schorsing.¹²

Een voorbeeld van een financiële sanctie zoals bedoeld in artikel 10.12 is de eerder aangehaalde boete van € 280.000 die aan de Italiaanse wielrenner Danilo di Luca werd opgelegd op 2 februari 2010 door het Italiaans Olympisch Comité (CONI).¹³ Volgend op een schorsing van twee jaar werd in sectie 326 van de 'UCI Anti-Doping Rules'¹⁴ bepaald dat een boete volgens artikel 10.12 WAD Code thans moet worden vastgesteld op 70% van het salaris van de wielrenner over dat jaar.¹⁵

6.2.4 Juridische kosten

Daarnaast wordt de atleet dubbel geraakt door de ontzegging van financiële steun. Naast de directe kosten verbonden aan het instellen van beroep bij het CAS¹⁶ zijn er meer kosten die voor rekening komen van de atleet.

Contra-expertise en onderzoek naar de betrouwbaarheid van de testmethodes door WADA-laboratoria zijn duur. De kosten van juridische bijstand zijn een veelvoud van de administratieve kosten. Rechtsbijstand wordt niet vergoed door de anti-dopingautoriteiten, noch door een nationale overheid omdat het immers tuchtrecht betreft. Deze verplichting bestaat wel in zaken voor een nationale rechter.¹⁷ De ontzegging van financiële steun in combinatie met de aanzienlijke tarieven van het CAS belemmeren de toegang tot de rechter.

6.3 Schadeplicht voor atleten

6.3.1 Schadeplicht voor atleet Adrian Mutu

De Roemeense voetballer Adrian Mutu werd op 7 november 2005 voor 7 maanden geschorst door de Disciplinaire Commissie van de FA nadat hij positief testte op cocaïne. Op 12 november werd deze strafmaatregel overgenomen door het Disciplinaire Comité van de Wereldvoetbalbond (FIFA). Overname van de straf door de FIFA betekende wereldwijde werking van de straf, een beroepsverbod dus. Tegelijkertijd besloot Chelsea Mutu te ontslaan.

Mutu stelde beroep in bij het beroepscomité van de Engelse voetbal-

¹² "Anti-doping organizations may, in their own rules, provide for financial sanctions on account of anti-doping rule violations. However, no financial sanction may be considered a basis for reducing the period of Ineligibility or other sanction which would otherwise be applicable under the Code."

¹³ Zie noot 28 op pagina 50.

¹⁴ Zie noot 30 op pagina 51.

¹⁵ Er is geen sprake van harmonisatie (en daarmee dus wel sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel) als wielrenners bij een dopingvergreep met schorsing van twee jaar 70% van hun jaarsalaris moeten afstaan, terwijl voor wielrenners uit een andere discipline dit niet geldt (Baanwielrenner Iljo Keisse twee jaar geschorst, voorlopig zonder boete van UCI), en al helemaal niet geldt voor atleten (hordenloper Thomas Goller) uit andere takken van sport.

¹⁶ Zie noot 47 op pagina 55.

¹⁷ EHRM *Steel and Morris v United Kingdom*, 15 februari 2005, 68416/01, Par. 59. De Haes and Gijssels v. Belgium, judgment of 24 February 1997, Reports 1997-I, § 53. [...] Par. 72. Zie ook EHRM *Maxwell v The United Kingdom*, 28 oktober, 1994, 18949/91.

bond (de FAPLAC). De FAPLAC bevestigde dat sprake was van een onrechtmatige contractbreuk door de *speler*. Mutu stelde tegen deze uitspraak beroep in bij het CAS. Het CAS verwierp op 15 december 2005 het beroep van Mutu.¹⁸

¹⁸ CAS 2005/A/876 Mutu, 15 december 2005.

Op grond van deze uitspraak wendde Chelsea FC zich tot de Disciplinaire Kamer van de FIFA (Dispute Resolution Chamber, hierna DRC) met een vordering tot schadevergoeding tegen Mutu. De DRC achtte zich niet bevoegd in deze kwestie. Chelsea FC stelde tegen deze uitspraak beroep in bij het CAS. Op 21 mei 2007 stelde het CAS dat het DRC (tuchtrechtelijk orgaan van de FIFA) wel bevoegd was in schadevergoedingszaken: *“DRC does have jurisdiction to determine and impose the appropriate sporting sanction and-or order for compensation, if any, arising out of the dispute.”*¹⁹

¹⁹ CAS 2006/A/1192 Mutu, 21 mei 2007. . 38.

Chelsea FC wendde zich opnieuw tot het DRC, met een vordering tot schadevergoeding van £ 22,661,641,-.²⁰

²⁰ CAS 2008/A/1644 Mutu, 31 juli 2009, par. 15: Opgebouwd onder meer uit kosten van de aankoop van de speler (£13,814,000), het nog niet verdiende deel van de tekenbonus (£44,000), andere bonussen uitbetaald door de club aan de speler (£3,128,566.03) de juridische kosten gemaakt door de club (£391,049.03) en de kosten gemaakt voor een geschikte vervanger van Mutu (£22,661,641). De schadevergoeding zou minimaal moeten voldoen aan de vervangende kosten van Mutu (de transferkosten van de Oekraïense voetballer Andrei Shevchenko).

Op 7 mei 2008 kende het DRC de schadevergoeding gedeeltelijk toe aan Chelsea FC. Binnen 30 dagen moest Mutu € 17,173,990 voldoen aan Chelsea FC.²¹

²¹ CAS 2008/A/1644, par. 27. Het bedrag wordt samengesteld uit het transferbedrag betaald voor Mutu aan zijn vorige club om de diensten van Mutu voor 5 jaar te garanderen. Het bedrag is gecorrigeerd voor de 15 maanden dat Mutu al naar tevredenheid had gespeeld voor Chelsea. Eenzelfde correctie vond plaats voor de tekenbonus en de som betaald aan de spelersmakelaar van Mutu.

Mutu stelde beroep in bij het CAS. Hierin oordeelde het CAS dat de *overeenkomst naar Engels recht tussen Mutu en Chelsea FC geschonden is en dat wegens niet-nakoming Mutu schadeplichtig is.*²²

²² Press release WADA, 31 juli 2009.

6.4 Geen schadeplicht voor organisaties

Op meerdere punten spreekt de WAD Code zich uit over schade en schadevergoeding te voldoen door atleten.

Het commentaar bij artikel 7.5 geeft uitdrukkelijk blijk dat een atleet ten onrechte geschorst kan zijn:

In the rare circumstance where the B Sample analysis does not confirm the A Sample finding, the Athlete who had been provisionally suspended will be allowed, where circumstances permit, to participate in subsequent Competitions during the Event.

Desondanks spreekt de Code nergens over compensatie voor de atleet die onrechtmatig werd geschorst. Deze inconsistentie blijkt ook uit de jurisprudentie van het CAS.

Rechtmatige vorderingen van atleten worden door het CAS afgewezen,²³ atleten worden veroordeeld tot exorbitante schadevergoedingen.²⁴

²³ CAS 95/142 Lehtinen, 14 februari 1996.

²⁴ CAS 2008/A/1644 Mutu, 31 juli 2009.

Als in beroep blijkt dat de schorsing onrechtmatig was, dan is het redelijk en billijk dat atleten gemaakte kosten en gederfde inkomsten vergoed krijgen. Een automatische schadevergoeding na onrecht-

matige schorsing ontbreekt echter.²⁵

De WAD Code maakt geen melding van deze mogelijkheid:

The disciplinary law of doping may be considered as a quasi-criminal law sanctioning system. *The system is not primarily directed towards remedying material damage but towards enforcing the standards that determine the essence of the organisation per se as well as the special purpose for which it was created.*²⁶

De WAD Code maakt wel melding van de mogelijkheid voor andere atleten een schadeclaim in te dienen tegen de dopinggebruiker voor gederfde inkomsten.

WADA geeft daarmee blijk het beginsel van aansprakelijkheid van en schadevergoeding door atleten binnen haar 'gesloten'²⁷ systeem te kennen. Aansprakelijkheid en schadevergoeding zou binnen dat 'gesloten' systeem dus ook voor doping-autoriteiten behoren te gelden, immers volgens Kant's categorische imperatief zou de wet die je anderen oplegt ook voor jezelf moeten gelden.

6.4.1 Geen schadeplicht voor organisaties, Petteri Lehtinen

WADA is van mening dat een sporter niet bij de civiele rechter om schadevergoeding mag vragen, maar dat alleen beroep bij het CAS mag worden ingesteld.²⁸ ²⁹ Het CAS heeft nooit een schadeplicht erkend van een anti-doping instantie in geval van een onrechtmatige schorsing. Echter, uit jurisprudentie blijkt dat het CAS wel bekend is met het principe van de schadevergoeding, maar alleen als het een schadeplicht voor de sporter betreft.³⁰ Zelfs indien een uitspraak daardoor inwendig tegenstrijdig is, wordt een schadeplicht niet erkend door een officiële instantie. Soek geeft in zijn dissertatie een treffend voorbeeld:³¹

De Finse zwemmer Petteri Lehtinen was eenmalig vergeten in te vullen op een dopingformulier dat hij Ventolin voor zijn astma gebruikte. Deze informatie was echter wel bekend bij de internationale zwemfederatie (FINA) en ook alle voorgaande keren had Lehtinen dit netjes op het formulier bij een dopingcontrole ingevuld. De FINA startte echter toch een procedure tegen hem nadat hij positief testte op salbutamol, een stof in Ventolin. Hij werd voor twee jaar geschorst door de FINA, hierop ging hij bij het CAS in beroep.³²

"Based on the starting point that 'the absence of a declaration does not in itself constitute a doping offence' and after the CAS had established that to Lehtinen the use of Ventolin is a necessity and that he had used the substance through inhalation alone, in the opinion of the CAS the: 'necessary prerequisites of a doping offence under the FINA doping rules have not been fulfilled

²⁵ Daarnaast zal bij veel atleten het gevoel blijven bestaan dat men de zaak niet verder op de spits wil drijven door na vrijspraak om een schadevergoeding te vragen. De episode zal al lang en vervelend genoeg zijn geweest. Voor deze gevallen is een automatische regeling ook van essentieel belang. In de volgende zaken bijvoorbeeld werd géén schadevergoeding gevraagd nadat men was geschorst en vrijgesproken: Franse tennisser Richard Gasquet was twee-en-een halve maand geschorst voordat hij werd vrijgesproken. NOS, 17 december 2009.

Kroatische zwemmer Marko Strahija, in 2003 voor twee jaar geschorst na positief getest te hebben op het hormoon hCG. In 2007 opnieuw geschorst na weer positief getest te hebben op zelfde hormoon. Drie maanden later vrijgesproken en schorsing opgeheven nadat bleek dat hCG ook een marker is voor teelbalkanker en hij een tumor had. 21 december 2007. en *Swimming World Magazine*, 29 februari 2008.

²⁶ Soek, 2006, p. 187.

²⁷ Teitler, Ram, 2010, p. 68.

²⁸ *Cycling News*, 23 september 2005, "As far as athletes suing WADA for damages over false positives, Pound (Dick Pound, toen WADA-voorzitter, GB) doesn't believe it will work. "I think if you've signed onto this and you're governed by the code, your recourse is to the Court of Arbitration for Sport," he said. "You don't go running off to the state courts.""

²⁹ Dit werd ook als (afgewezen) verweer gevoerd voor de Duitse burgerlijke rechter in de zaak Lagat: "The Defendants cannot successfully appeal on the grounds that the Claimant has to appeal to the CAS, a Swiss arbitral tribunal, to pursue its claims, as - in the end - the subject of the claim is not covered by the arbitration provisions of Defendant 2 (IAAF)."

³⁰ Voor zaken waarin het CAS schadevergoeding toewijst dan wel bevestigt aan de werkgever, zie onder meer CAS 2003/O/482 Ortega, 5 november 2002; CAS 2008/A/1519 & 1520 Matuzalem, 19 mei 2009; CAS 2007/A/1298 & 1299 Webster, 30 januari 2008.

³¹ Soek, 2006, p. 85.

³² CAS 95/142, 14 februari 1996, Lehtinen v. FINA

in the present case. Consequently, no sanction should be imposed. Thus, the two year sanction imposed on L. must be lifted."

Although the FINA was familiar with Lehtinen's ailment and knew of his use of Ventolin, the FINA instituted proceedings against him after he had forgotten to complete the requisite form only once. Equally remarkable, therefore, is the ground employed by the CAS in the event of his claim for 'moral damages' against the FINA, in which it is stated that the FINA

"has not committed any unlawful act by initiating a doping procedure when L. failed to declare his taking of Ventolin on the doping test form. Furthermore, the FINA Executive and the FINA Bureau did not act in bad faith or abusively when it decided against L. and imposed the sanction provided in the FINA rules. Therefore, the necessary prerequisites to award damages are not present". If the FINA, according to the CAS, had every right to institute proceedings against Lehtinen, then why did the CAS not rule against Lehtinen in the proceedings on the substance of the case?

6.5 Structureel probleem

Er is sprake van een aantoonbare onwil van betrokken ADO's om een schadeplicht te erkennen.³³

Bij ontkenning van iedere aansprakelijkheid door WADA en iedere andere instantie die onderdeel is van de anti-dopingregelgeving is het aan de (tucht)rechter om in een dergelijk geval een vordering tot schadevergoeding toe te kennen. In geval van een onrechtmatige schorsing zou voor de rechter duidelijk moeten zijn waar de schadeplicht ligt. Dat blijkt niet zo te zijn. Onwil in combinatie met de gecodificeerde onduidelijkheid in de WAD Code maakt dat schadevergoeding voor de atleet onmogelijk is.

6.5.1 Bernard Lagat

De Keniaanse atleet Bernard Lagat heeft drie jaar lang voor schadevergoeding geprocedeerd nadat hij op basis van de A-staal (1e test) werd geschorst, maar op basis van de B-staal (controle-test)³⁴ werd vrijgesproken. Als gevolg van de schorsing was deelname aan het belangrijkste evenement van dat jaar, de Wereld Kampioenschappen atletiek, niet mogelijk.³⁵

After weighing up all the factors involved, I have decided not to pursue my case any further against the IAAF and WADA. [...]

I have been involved in trying to get justice for more than three years since I was proven innocent of having taken a performance-enhancing drug and this has taken a lot of emotional energy, [...]

³³ *Cycling News*, 23 september 2005, Dick Pound: "We said 'Well, do whatever you have to do, but we don't have any responsibility'. And furthermore, we said 'On what basis would you come after WADA?' [...] Can an athlete sue any organisations for a loss in income? "I don't know the answer to that. I suspect if you're claiming, you would have to show there's been fault on the part of somebody. Scientific disagreement may or may not be fault. But certainly it's not the fault of an organisation like WADA [...]".

³⁴ De urine die bij een controle wordt afgenomen wordt in twee aparte containers verdeeld. Een van de twee wordt getest, dit is de A-staal. In het geval dat deze een Adverse Analytical Finding (positief) geeft, wordt de tot dan toe ongeopende B-staal gecontroleerd.

³⁵ *Runners World*, 27 oktober 2006.

It has become apparent to me that German courts are [...] not well-disposed to supporting the rights of an individual, regardless of the merits of a case, against powerful organizations that are much-better financed. [...]

The main reason for initiating proceedings against WADA and the IAAF was to demonstrate that the system of drug testing for EPO (the blood boosting agent Erythropoietin) that existing (sic) in 2003, and which lead to me being unable to compete in that year's World Championships, was far from reliable. The debate I helped generate about these issues, and which I will continue to contribute to, has lead to a much closer examination of the fairness of the overall drug testing system. I believe that those historic flaws have now been confirmed in recent comments by officials of both WADA and IAAF and I now feel vindicated by events outside of this legal action. [...]

I remain disappointed that the IAAF is still not humble enough to issue a proper apology for their treatment of me in 2003 but I am now looking forward to challenging for a gold medal at the 2007 World Championships, an opportunity that was denied to me three years ago. [...]

Yes, I lost a significant amount of income by being unable to take part in the sport that I love, but that is also my livelihood, for part of the 2003 season. However, I have always maintained that there were much more important issues in this case than just this particular matter. [...]

I remain resolutely committed to the fight against the use of drugs in sport but I am also committed to justice and hope that no other innocent athlete will have to suffer the unfounded and hurtful allegations that I had to,

De uitslag van de B-Staal bevestigde niet de (positieve) A-staal, en bewees daarmee niet dat Lagat doping had gebruikt. Daarmee stond vast dat Lagat onrechtmatig was geschorst. Omdat de dopingcontrole in Duitsland plaatsvond en de foutieve uitslag van de A-staal uit het WADA-laboratorium in Duitsland kwam, stelde Lagat zijn vordering tegen het IAAF in bij een Duitse Rechtbank.

Naar aanleiding daarvan bood het IAAF aan:

Lagat will be exonerated of any doping offense if he drops his lawsuit seeking compensation from the IAAF. "We are very pleased and we expect the athlete to accept it as well,"³⁶

³⁶ IAAF spokesman Nick Davies. (Seattle Times, 3 november 2005)

Dit aanbod deed geen enkel recht aan de gebeurtenissen en had een beperkte geldigheid van een maand.

Lagat wees dit voorstel af.³⁷ De Regionale Rechtbank te Keulen wees de schadevergoeding niet toe.³⁸ De rechtbank achtte zich alleen bevoegd te oordelen over schade geleden binnen Duitsland. De

³⁷ "Lagat's statement said he couldn't accept the IAAF compromise because it didn't contain an apology, didn't acknowledge testing methods weren't fail-safe, and didn't include compensation." (Bron: USA Today, 30 november 2005.)"

³⁸ Regionale Rechtbank Keulen: Lagat v. WADA & IAAF, 13 september 2006, 28 O (Kart) 38/05.

³⁹ *“The Claimant did not plead any circumstances either with regard to the lost profit which he further claims which could lead to the assumption of a domestic effect. In this respect as well the freedom of the Claimant to act in Germany was not affected at all.”*
Engelse vertaling, p. 16.

Rechtbank had niet de jurisdictie om te oordelen over schade die Lagat buiten Duitsland had geleden.

Tijdens de schorsing waren er voor Lagat alleen maar wedstrijden buiten Duitsland. Derhalve had hij volgens de rechtbank binnen Duitsland geen schade geleden en werd de vordering afgewezen.³⁹

6.5.2 Burgerlijke rechter niet uitsluiten

WADA en IAAF voerden aan dat Lagat niet ontvankelijk verklaard moest worden omdat hij naar hun mening zijn vordering bij het CAS had moeten indienen.

De rechtbank wees die vordering af omdat de doping-regels niet voorzien in een schaderegeling.

The present case is clearly not one such as set out under (v); indeed the Claimant’s concern is the remedy of the consequences arising between the positively evaluated A-test and the result of the B-test. Therefore from the wording of the arbitration rules of Defendant 2 (IAAF), they do not cover the subject of this dispute and do not specify the arbitral tribunal competent herefor.

en:

As the Claimant is [...] filing [...] compensation claims against the IAAF, i.e. Defendant 2, after the result of the evaluation of the B-test which was favourable for him and his (renewed) eligibility for competition, this constitutes a special case not covered by the arbitration agreement. In this connection it is not important that it would make sense from the Defendant’s point of view to have the present issues also decided by the CAS to ensure uniformity in making decisions. It would be up to Defendant 2 to word its Rules with the according clarity.

Deze uitspraak bevestigt mijn pleidooi voor het opnemen van een schaderegeling in geval van onrechtmatige schorsing. Daarnaast bevestigt het verweer gevoerd door WADA mijn standpunt dat dopingautoriteiten structureel de burgerlijke rechter willen uitsluiten, ook indien dat onbillijk zou zijn.

Deze uitspraak bevestigt de noodzaak van een gecodificeerde schaderegeling. Uit het verweer in deze casus blijkt overduidelijk dat de dopingautoriteiten zelfs in zaken waar hun aansprakelijkheid onweerlegbaar uit de feiten blijkt, structureel de burgerlijke rechter wensen uit te sluiten.

6.5.3 Rutger Beke

Rutger Beke werd onrechtmatig geschorst op basis van een door WADA voorgeschreven maar ondeugdelijke test.

Zijn verzoek om schadevergoeding werd afgewezen door:

- WADA, die aansprakelijkheid verwees naar de Internationale Sportfederatie en het laboratorium,
- Internationale Sportfederatie die verwees naar WADA en het laboratorium,
- het laboratorium dat verwees naar WADA.

In de bijlage 'Casus Beke' op pagina 179 wordt dit nader uitgewerkt. De nevenschikkende bevoegdheden leverden zoveel onduidelijkheid op dat de rechter niet kon vast stellen *welke* partij aansprakelijk voor de geleden schade was. Om die reden wees hij de vordering af

Het is exemplarisch voor de mentaliteit van WADA dat zij al vóór het vonnis van de rechter de eis tot schadevergoeding als laster bestempelde en € 10.000 vorderde van Beke:⁴⁰

"Dit proces is lasterlijk voor onze organisatie".

Dit is te duiden als een SLAPP-lawsuit⁴¹. Autoriteiten hebben meer over de atleet te zeggen dan de atleet over de autoriteiten. Daar bestaat al geen evenwicht. Daarnaast is de financiële slagkracht van de autoriteiten veel groter dan die van atleten.

De autoriteiten behoren te streven naar een evenwichtige en rechtvaardige (doping)regelgeving die recht doet aan alle partijen.

In deze situatie behoren de dopingautoriteiten te bevorderen dat een onafhankelijke rechter geschillen beslecht en de regelgeving toetst. In de tweede plaats zou, in het geval WADA uitgaat van een eerlijke procesgang, WADA het oordeel van de rechter moeten afwachten om daarna een schadeclaim wegens laster indienen. Nu intimideert WADA door middel van een slapp-lawsuit. Dat is al voldoende bewijs voor de kwaadwillendheid van WADA.

6.5.4 Structureel probleem

Tot het moment dat in de WAD Code wordt gekozen voor een heldere structuur zonder (nevenschikkende) bevoegdheden zal dit probleem van de schadeplicht blijven bestaan. Daarnaast worden op deze wijze ook de andere instanties door WADA bij aansprakelijkheidskwesties in een onmogelijke positie gemanoeuvreed. Bijvoorbeeld door onduidelijkheid te laten bestaan over het moment van schorsing waarbij de schadeclaims altijd voor rekening van de IF zullen zijn.⁴²

- Ofwel de federatie houdt de voorlopige schorsing in stand, met het risico dat de atleet uiteindelijk onschuldig is en voor die periode al

⁴⁰ Het Nieuwsblad, 27 mei 2008.

⁴¹ "a strategic lawsuit against public participation. In such a lawsuit, winning is not the main objective. Instead, it is crafted to harry critics, not least with the high cost of fighting a lawsuit, into abandoning their criticism."

⁴² Artikel 10.9 van de WAD Code bepaalt dat de schorsing ingaat op de dag van de uitspraak van de vervolgende instantie. Expliciet wordt de mogelijkheid van een 'voorlopige' schorsing door de sportfederatie toegestaan. Deze regelgeving laat hiermee een keuze aan de federatie in plaats van een plicht op te leggen (waar WADA in andere gevallen juist weer heel makkelijk dingen oplegt). Als gevolg van de regelgeving van WADA is het voor de federatie een keuze tussen twee kwaden.

zijn inkomsten verliest terwijl de federatie zich openstelt voor een hoge schadeclaim.

- Ofwel de federatie erkent dat als de atleet beroep instelt de schorsing moet worden opgeschort tot de uitspraak en stelt de wedstrijden weer open voor de atleet. Dit heeft het risico dat op het moment dat in beroep de schorsing wordt bevestigd de federatie de atleet uit alle uitlagen moet schrappen, al zijn prijzengeld moet terugvorderen en het publiek heeft laten kijken naar wedstrijden die oneerlijk bleken.

Het is aan de opstellers van de WAD Code om deze problematiek te voorzien van een duidelijke, dwingende regelgeving, momenteel is namelijk de atleet de dupe, de federatie aansprakelijk voor de kosten indien de rechter een uitspraak zou doen en WADA blijft altijd buiten schot.

6.6 *Oplossing; Inspiratie bij het strafrecht, Orde in structuur scheppen*

De aansprakelijkheidsproblematiek is terug te leiden tot:

- intensieve opsporing die onvermijdelijk leidt tot vals-positieven;
- de weigering van enige dopinginstantie om verantwoordelijkheid te nemen voor gevolgen van eigen handelen;
- een ondoorzichtige structuur die dopinginstanties de mogelijkheid geeft die verantwoording te ontgaan.

Dopingautoriteiten vergelijken de dopingstrijd met oorlog.⁴³ In die oorlog mogen in hun ogen ook onschuldige atleten het slachtoffer worden. Atleten hebben daarvoor begrip, maar dat begrip verdwijnt volledig door het ontkennen van gemaakte fouten, het verschuiven van verantwoordelijkheden en het intimideren van atleten die een schadevergoeding vragen.

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de schadeplicht voor atleten wel (makkelijk) wordt erkend, en voor organisaties niet. Dit volgt logischerwijs uit de vaststelling dat er in het geval van de atleet maar één persoon is die *strictly liable* is voor zijn handelen en onmogelijk de verantwoordelijkheid kan afschuiven.

Het systeem met de nevenschikkende bevoegdheden codificeert ontsnappingsmogelijkheden voor de dopingautoriteiten.

De noodzaak van intensieve opsporing zal alleen maar toenemen, daarmee ook de kans op vals-positieven, onrechtmatige schorsingen

⁴³ "President George W. Bush declared 'war on terrorism' after 9/11 and President Jacques Rogge of the IOC declared 'war on doping' on taking office. Both 'wars' are ongoing and, in a number of respects, controversial." Ian Blackshaw, 'Winning the War on Doping', *The International Sports Law Journal* (2006), no. 3-4, p. 125.

en schade van atleten. Daarmee neemt ook de noodzaak van een goede schaderegeling toe.

De mentaliteit van dopingautoriteiten die zich uit in onwil en intimidatie zal moeilijk te veranderen zijn, daardoor is codificatie van de schaderegeling, naar voorbeeld van art. 89 Sv., noodzakelijk. In die codificatie is het *dwingende* karakter van belang.

6.6.1 Artikel 89 Strafvordering

Het strafrecht kent artikel 89 Strafvordering.

Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten, kan de rechter, op verzoek van de gewezen verdachte, hem een vergoeding ten laste van de Staat toekennen voor de schade die hij tengevolge van ondergane verzekering, klinische observatie of voorlopige hechtenis heeft geleden. Onder schade is begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.

Voor elke nacht doorgebracht in hechtenis vergoed de staat € 105. Vervolgens bestaat er middels artikel 591a Sv de mogelijkheid om de proceskosten conform artikel 89 Sv ook door de Staat te laten vergoeden. Een vergelijkbare oplossing analoog aan artikel 89 Sv in de WAD Code zou kunnen inhouden een automatische vergoeding van € 105 per dag dat men geschorst is.⁴⁴

Daarnaast wordt door codificatie in de WAD Code ook de vermogensschade benoemd.⁴⁵

6.6.2 EHRM: codificatie schadevergoeding

Om in rechte afdwingbaar te zijn moet een recht op schadevergoeding zijn gecodificeerd:

In Masson & Van Zon⁴⁶ overweegt het Hof:

[...]the Court observes firstly that the Convention does not grant to a person 'charged with a criminal offence' but subsequently acquitted a right either to reimbursement or costs incurred in the course of criminal proceedings against him, however necessary these costs might have been, or to compensation for lawful restrictions on his liberty. Such a right can be derived neither from Article 6 §2 nor from any other provision of the Convention or its Protocols. It follows that the question whether such a right can be said in any particular case to exist must be answered solely with reference to domestic law. In this connection, in deciding whether a 'right', civil or otherwise, could arguably be said to be recognised by [...] law, the Court must have regard to the wording of the relevant legal provisions and to the way in which these provisions are interpreted by the domestic courts.

⁴⁴ Omstandigheden kunnen aanleiding geven (mits gespecificeerd) tot een hogere vergoeding dan het standaardtarief. Bijvoorbeeld indien de media veel aandacht aan de strafzaak hebben besteed, waarbij de identiteit van verzoeker volledig bekend is geworden (Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 13 november 2007, LJN: BB7690). Of als ondanks de vrijspraak, verzoeker niet snel en mogelijk nooit geheel bevrijd zal zijn van de smetten, die als gevolg van gerezen verdenking en vervolging aan hem kleven (rechtbank Assen, 2 mei 2003, LJN: AF8237).

⁴⁵ Jurisprudentie over artikel 89 Sv bepaalt dat een gewezen verdachte die vanwege het voorarrest inkomsten heeft gederfd, hij hiervoor een vergoeding kan vorderen. De gederfde inkomsten dienen zo goed mogelijk te zijn onderbouwd aan de hand van bewijsstukken (o.a. salarisspecificatie, werkrooster of agenda, verklaring werkgever of opdrachtgever). In het geval van een atleet zullen de bewijsstukken van een andere orde zijn, maar aangetoond zal moeten worden wat tijdens schorsing aan inkomsten zouden zijn genoten.

⁴⁶ EHRM Masson & Van Zon v. Nederland, 28 september 1995, 15346/89; 15379/89, par. 49.

⁴⁷ Om schadevergoeding voor een onrechtmatige sanctie in rechte afdwingbaar (en niet afhankelijk van de billijkheid van de rechters) te laten zijn is de formulering van het artikel van belang. Het moet als een recht worden geformuleerd. [shall award], en niet [may award]. EHRM Masson & Van Zon, par. 51. "On the other hand sections 89 §1 and 591a §2 lay down that the competent court 'may' award the former suspect compensation for certain damage not covered by sections 591 §1 and 591 a §1. In contrast to these latter provisions, sections 89 §1 and 591a §2 do not require the competent court to hold the State liable to pay even if the conditions set out therein are met. Moreover section 90 §1 CCP makes the award of compensation contingent on the competent court being of the opinion 'that reasons in equity' exist therefor (see paragraph 27 above). The grant to a public authority of such a measure of discretion indicates that no actual right is recognised in law."

⁴⁸ Cleiren, Nijboer, 'Strafvordering, Tekst & Commentaar', p. 1938. Zevende druk, Deventer 2007.

⁴⁹ EHRM Sekenina v. Oostenrijk, 25 augustus 1993, 13126/87.

⁵⁰ EHRM Sekenina v. Oostenrijk, 25 augustus 1993, 13126/87. par. 30.

⁵¹ EHRM Rushiti v. Oostenrijk, 21 maart 2000, 28389/95, par. 31.

Een recht op schadevergoeding moet *dwingend*⁴⁷ worden geformuleerd. Indien het recht is gecodificeerd is het EHRM bevoegd als de afwijzing van de schadevergoeding verwijst naar de schuldvraag.

Nadat een gewezen verdachte onherroepelijk is vrijgesproken, is het niet toegestaan om een verzoek tot schadevergoeding af te wijzen op grond van twijfels over de onschuld van een verdachte. Dat schendt de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM.⁴⁸

In EHRM 'Sekanina'⁴⁹ sprak de jury betrokkene vrij nadat hij voorlopige hechtenis had ondergaan.

De appelrechter wees schadevergoeding af omdat er volgens hem nog steeds twijfels waren omtrent de onschuld. Het EHRM achtte dit in strijd met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM.:

Such affirmations - not corroborated by the judgment acquitting the applicant or by the record of the jury's deliberations - left open a doubt both as to the applicant's innocence and as to the correctness of the Assize Court's verdict. Despite the fact that there had been a final decision acquitting Mr. Sekanina, the courts which had to rule on the claim for compensation undertook an assessment of the applicant's guilt on the basis of the contents of the Assize Court file. The voicing of suspicions regarding an accused's innocence is conceivable as long as the conclusion of criminal proceedings has not resulted in a decision on the merits of the accusation. However, it is no longer admissible to rely on such suspicions once an acquittal has become final.⁵⁰

Deze jurisprudentie betekent dat antidopingautoriteiten zich tegen een schadevordering niet kunnen verweren door de onschuld van de atleet in twijfel te trekken. Dit is

not [...] in line with the general aim of the presumption of innocence which is to protect the accused against any judicial decision or other statements by State officials amounting to an assessment of the applicant's guilt without him having previously been proved guilty according to law [...]. The Court cannot but affirm the general rule stated in the Sekanina judgment that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible. The Court, thus, considers that once an acquittal has become final - be it an acquittal giving the accused the benefit of the doubt in accordance with Article 6 §2 - the voicing of any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal, is incompatible with the presumption of innocence.⁵¹

6.7 Samenvatting

Het materiaal in samenhang gelezen brengt mij er toe, in afwijking van de heersende meningen, te signaleren dat er dringend behoefte is

aan (de codificatie van) schadeplicht bij onzorgvuldig handelen van dopingautoriteiten. Onzorgvuldig in die zin dat een uitgesproken schorsing in beroep geen stand houdt. Dit komt onder andere voor als dopingautoriteiten ondeugdelijke tests voorschrijven. Bij de ondeugdelijke tests rechtvaardigden zij hun handelen met het argument van tijdsdruk om snel het hoger doel van een dopingvrije wereld te bereiken. Die rechtvaardiging onderstreept alleen maar dat zij bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat er onschuldigen schade konden lijden. Buiten de sportwereld leidt die aanvaarding (automatisch) tot schadeplicht, binnen de sport (helaas) nog niet. Integendeel, vergoeding van geleden schade wordt *structureel tegengewerkt* terwijl het juist redelijk, billijk en rechtvaardig zou zijn de schade *automatisch* te vergoeden. Het feit dat ADO's geen enkele poging hebben gedaan is een schrijnende illustratie van het probleem.

Om in rechte afdwingbaar te zijn moet het recht op schadevergoeding worden gecodificeerd. In het strafrecht is deze regel algemeen aanvaard. Gezien de structurele onwil van ADO's schadeplicht te erkennen is het noodzakelijk deze regel ook in de WAD Code en arbitrage-overeenkomsten van sportbonden te codificeren.

Naar mijn mening komt een degelijke regeling van de schadeplicht de dopingbestrijding meer ten goede dan de huidige praktijk van intimidatie in en buiten rechte.

7

Samenvatting en conclusie

7.1 Samenvatting

7.1.1 Dopingbestrijding is legitiem

De rechtvaardigingsgronden voor dopingbestrijding zijn:

- bescherming van de (volks)gezondheid
- bescherming van *'fair play'* in de sport.

7.1.2 Dopingbestrijding onderschreven door alle betrokkenen

De noodzaak van dopingbestrijding en de rechtvaardigingsgronden daarvoor worden door alle partijen onderschreven:

- IOC
- WADA
- nationale Anti-dopingorganisaties
- internationale sportfederaties
- overheden
- atleten

7.2 Dopingbestrijding schendt mensenrechten

De huidige anti-dopingmaatregelen schenden mensenrechten met een beroep op mensenrechten.

Zij die de rechtvaardiging voor dopingbestrijding baseren op algemeen aanvaarde waarden vervat in een tweetal mensenrechten wekken de verwachting dat zij alle mensenrechten dan ook consequent zullen respecteren. Dat blijkt niet zo te zijn. Ondanks de verplichting volgend uit verdragen om mensenrechten te respecteren, beperkt men zich tot slechts die rechten die nuttig zijn als argumenten

voor de dopingbestrijding. Onder het mom van 'dopingbestrijding' schenden dopingbestrijders onder meer het recht op privacy, het recht op een eerlijk proces en het recht op vakantie dat voortvloeit uit het 'inspirerende' recht op arbeid.

Zoals *effectieve* dopingbestrijding de wens lijkt te zijn van alle belanghebbende partijen, *zeggen* alle partijen respect te hebben voor de fundamentele, onvervreembare rechten van de mens. Het IOC, WADA, de Nationale Dopingautoriteit en overheden komen voorlopig echter niet verder dan lip-service aan het respect voor fundamentele rechten van de mens. In het commentaar bij artikel 10.5.1 en 10.5.2 van de WAD Code zegt men rekening te houden met mensenrechten: "This approach is consistent with basic principles of human rights and provides a balance [...]". Indien men (bepaalde) mensenrechten erkent en noodzakelijk vindt bij dopingbestrijding, dan volgt daaruit dat alle in verdragen vervatte mensenrechten gelijkelijk gerespecteerd moeten worden. Daar is op dit moment geen sprake van. Een kleine opsomming:

Strafrechtelijke sancties zonder strafrechtelijke bescherming Dopingsancties zijn strafrechtelijke sancties terwijl men niet de bescherming geniet die daarbij hoort. Een privaatrechtelijk tuchtrechtelijk orgaan legt boetes op die zwaarder zijn dan in menig strafzaak worden gegeven. De reglementen verbieden de atleet om zijn zaak door een burgerlijke rechter te laten toetsen. De beroepsmogelijkheden zijn beperkt tot de tuchtrechtelijke weg.

Tuchtrecht voldoet niet, burgerlijke rechter ten onrechte uitgesloten De cijfers van de Auditcommissie weerleggen onmiskenbaar het argument dat experts beter zouden oordelen dan burgerlijke rechters. Op basis van deze cijfers kan tuchtrechtspraak niet de grondslag blijven van de dopingbestrijding.

Vanwege de grote belangen in de sport vereisen de algemeen geldende rechtsbeginselen dat de procedures met meer waarborgen worden omkleed dan nu het geval is.

Aangezien deze waarborgen nu niet aanwezig zijn en het huidige tuchtrecht ook naar de mening van de dopingautoriteiten niet voldoet, zie ik geen redenen waarom de burgerlijke rechter in de WAD-Code wordt uitgesloten.

Détournement de pouvoir Door middel van 'out-of-competition' controles kan men betrappt worden op middelen die 'out-of-competition' geen

dopingvergriep inhouden en kan men hiervoor geschorst of strafrechtelijk vervolgd worden terwijl de controle niet als doel had die middelen op te sporen.

Geen presumptie van onschuld Er is sprake van een automatische aanname van schuld die zich niet verhoudt tot de zware straffen die kunnen worden gegeven. De controles en de straffen zijn disproportioneel. Een atleet wordt twee jaar geschorst voor een administratief vergriep als driemaal abusievelijk niet volledig invullen van de whereabouts. Het staat gelijk aan een dopingvergriep. Een tweede dopingvergriep betekent levenslange schorsing. Sportinstanties achten het nodig met zware sancties als een beroepsverbod en hoge boetes doping te bestrijden.

Schadevergoeding door atleten, niet door instanties Bij onrechtmatige schorsing bestaat geen mogelijkheid tot schadevergoeding. Het huidige tuchtrecht kent wel schadevergoeding *door* atleten maar sluit schadevergoeding *aan* atleten uit.

7.2.1 Geen harmonisatie

Rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid door gebrek aan harmonisatie.

Alle sportautoriteiten *zeggen* te streven naar harmonisatie: IOC, WADA, Nationale Dopinautoriteit, overheden, sporters. Er is een groot verschil tussen retoriek en werkelijkheid.

De oprichting van WADA door sportwereld en overheden had als doel de dopingbestrijding te harmoniseren. Het expliciete doel van de WAD Code is een "*mondiale harmonisatie van de regels, procedures en sancties*". Echter, met de aangepaste WAD Code 2009 blijft het probleem van nevenschikkende bevoegdheden bestaan. Daarmee heeft de WAD Code vooral geleid tot een *codificatie van de chaos* aan nevenschikkende bevoegdheden. Het gevolg hiervan is de voortdurende van een mondiaal ongelijke behandeling van sporters in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de rechtszekerheid. Er is weliswaar sprake van een (kleine) vooruitgang in harmonisatie, die echter volstrekt niet consistent is met de gebezigde retoriek.

8

Naschrift, aanbevelingen

8.1 Analyse

Buiten de onderzoeksvraag *Schendt dopingbestrijding mensenrechten?* vroeg ik mij bij afsluiting van mijn scriptie af of, en zo ja, welke aanbevelingen ik zou kunnen doen. Ik vroeg mij daarbij af hoe het *structureel* mogelijk was dat organisaties die zeggen te handelen in het belang van een tweetal mensenrechten achteloos een handvol andere mensenrechten kunnen blijven schenden.

Uit de casussen blijkt dat dit *structureel* mogelijk is door de opzet van WAD Code in nauwe samenhang met de *structurele* onwil van de sportautoriteiten om dit te veranderen.

8.1.1 WAD Code

Dopingbestrijding bleek in de afgelopen periode een achterhoedegevecht waarin de dopingautoriteiten steeds grotere nederlagen leden. WADA en de WAD-Code zijn bedoeld om wereldwijd doping effectief te bestrijden. Dit moest worden bereikt door zo veel mogelijk instanties zoveel mogelijk bevoegdheden te geven en te voorzien van de zwaarst mogelijke straffen. Dopingautoriteiten realiseerden zich dat deze straffen bij de burgerlijke rechter tot grote schadeclaims zouden kunnen leiden waaruit de noodzaak volgde om de burgerlijke rechter volledig uit te sluiten. Dit werd gerealiseerd door dopingregelgeving te kwalificeren als '*spelregels*' waardoor de naleving van die '*spelregels*' tuchtrechtelijk in eigen kring kon worden afgedaan.

De tekortkomingen van de WAD-Code zijn te herleiden tot de behoefte aan '*overkill*' en de angst voor de burgerlijke rechter.

kwalificatie als tuchtrecht kwalificatie als tuchtrecht door doelgerichte definitie van doping

uitsluiting van check and balances De WAD Code sluit toegang tot de

burgerlijke rechter nadrukkelijk uit, evenals toetsing van de WAD Code aan mensenrechtenverdragen. Dit maakt de sportorganisaties tot rechter in eigen zaak waardoor *'checks and balances'* ontbreken met het gebruikelijke gevolg van machtsmisbruik. Misbruik dat de sportorganisaties cirkelredenerend *'rechtvaardigen'* met een beroep op eigen reglementen en zo nu en dan met een beroep op het *'hogere doel'* dat de onmenselijke middelen zou heiligen.

8.1.2 Onwil

Onwil van de autoriteiten. Overigens, een onwil die voor de meeste uitvoerders lijkt te zijn ingegeven door een goedwillende, heilige overtuiging dat het heilig doel van dopingbestrijding de onheilige middelen *en* hun onwil heiligt. Een overtuiging die ongetwijfeld mede wordt gevoed door atleten die bereid zijn om binnen vijf jaar te sterven als dat gegarandeerd overwinningen zou opleveren. Het verklaart de stringente aanpak, maar rechtvaardigt niet de daaruit volgende schending van de mensenrechten.

Zoals vaak is de volksmond duidelijker dan de jurist die hier zou spreken van *'de derogerende werking op de (overige) mensenrechten die uitgaat van de teleologische uitleg van de WAD Code'*. Waarmee de jurist bedoelt dat die WAD Code niet verder strekt dan sport en dat dus de buitenwereld zich er niet mee mag bemoeien. Juridische gezien snijdt dit echter geen hout, een juridische aanpak van de heilloze structuur en de al even heilloze onwil is nu geboden.

8.2 Aanbeveling

Amendement van de WAD Code kan het eerste structurele defect repareren maar dit is zinloos als de structurele onwil blijft bestaan. Die kan juridisch worden aangepakt door te procederen. Dit heeft in een beperkt aantal gevallen al tot succes geleid.

Bij het amendement gaat het vooral om afbraak van de doelgerichte definities die sporters in het algemeen en dopingbestrijding in het bijzonder buiten het bereik van de burgerlijke rechter en de reikwijdte van de mensenrechtenverdragen houden. De procedures zouden zich in eerste instantie ook hierop kunnen richten zoals nu reeds wordt gedaan in de lopende procedures van Wickmayer en Malisse bij diverse instanties.

8.2.1 Amendement van de WAD Code

a. Zorg voor één bevoegd gezag door nevenschikkende bevoegdheden uit te sluiten.

b. Pas de WAD Code aan ter waarborging van mensenrechten. Naast bescherming van de gezondheid en bescherming van de ethiek en fair-play binnen de sport, kan een nieuw doel toegevoegd worden: respect voor de mensenrechten volgens het EVRM.¹

De geamendeerde WAD Code codificeert bescherming van fundamentele rechten met codificatie van sancties tegen sportautoriteiten die de regels niet naleven.

c. Toegang tot de rechter

d. Organiseer de WAD Code volgens de uitgangspunten van de rechtsstaat:

- beperk de alleenheerschappij van de sportorganisaties door
- garantie van een onafhankelijke controle op de macht door toegang tot de burgerlijke rechter en toetsing aan mensenrechtenverdragen
- sancties op overtredingen door sportorganisaties

Speciale aandacht moet er zijn voor:

1. recht op toegang tot de burgerlijke rechter
2. recht op waarborgen behorende bij criminal charge
3. recht op behandeling van de zaak in de eigen taal²
4. recht op rechtsbijstand
5. recht op privacy
6. ingang schorsingsperiode
7. beroepsmogelijkheid in eigen land of beroep bij het CAS moet opschortende werking hebben indien de termijn van behandeling in beroep onaangepast blijft³
8. recht op vakantie
9. recht op schadevergoeding
10. rechtsgelijkheid en rechtszekerheid door ordening van de nevenschikkende bevoegdheden

¹ Indien de WAD Code wordt toegepast op Europese sporters, dan dient ook het EVRM van toepassing te zijn. Het gelijkheidsbeginsel gebiedt dat het dan ook voor niet-Europese atleten geldt.

² [Sporza, 14 december 2009](#). De rechtbank in eerste aanleg in Brussel heeft de schorsing opgelegd door het Vlaams Doping Tribunaal aan Wickmayer en Malisse opgeschort omdat: "Het beroep kan enkel in een andere taal, een Belgische rechter kan niet ingrijpen en het Wereldantidopingagentschap WADA kan zich als derde partij moeien [sic]."

³ Zie vorige noot.

8.2.2 Overheidsingrijpen

Ervaringen uit het verleden tonen voortdurend de tegenstelling aan tussen de retoriek van de sportorganisaties en de werkelijkheid. Op basis van die ervaringen verwacht ik niet dat de sportautoriteiten spoedig deze zaken naar behoren zullen oplossen.

Daarom zal er naar een alternatief voor het tuchtrecht moeten worden gezocht. Dat alternatief bestaat door de dopingbestrijding onder de verantwoordelijkheid van de nationale overheden te brengen. De overheid kan door het parlement en de nationale rechter gecontroleerd worden. De overheid is verplicht om aan zijn verantwoordelijkheden jegens de sporters te voldoen. Verantwoordelijkheden opgelegd door mensenrechtenverdragen.

8.2.3 Proefproces als pressiemiddel

Overheden hebben zich tot op heden terughoudend opgesteld. Indien men vanuit de Staat niet bereid is veranderingen door te voeren omwille van bescherming van mensenrechten, dan bestaat er het pressiemiddel van proefprocessen.

Men kan bij de burgerlijke rechter procederen om de nationale rechtsmiddelen uit te putten zodat een voor staten bindende uitspraak van het EHRM verkregen wordt. Het EHRM kan namelijk oordelen of er bij verschillende onderdelen van de antidopingregelgeving sprake is van een inbreuk op rechten vastgelegd in het EVRM.

In een democratische rechtsstaat waar officiële instanties zich bewust zijn van hun verantwoordelijkheden, zouden opgestelde rechtsregels automatisch fundamentele rechtsbeginselen moeten respecteren. Hoewel de antidopingautoriteiten vergaande bevoegdheden en ruimere financiële middelen (dan atleten) hebben, laten zij het in de huidige situatie met zoveel woorden uitdrukkelijk aan de burger over om de rechtsontwikkeling –die ten goede komt aan de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en universeel aanvaarde waarden– te stimuleren in de goede richting.

Processen tot op heden nauwelijks effectief

De ervaringen uit het verleden laten zien dat ad-hoc processen van individuele atleten nauwelijks invloed hebben op het gedrag van de sportautoriteiten. Vooral omdat atleten geen beroeps-litiganten willen worden om de rest van hun leven in rechtszalen door te brengen maar liever atleet blijven op de sportvelden.

Op basis van de retoriek van de sportautoriteiten zou men spoedige

aanpassing van de rechtsregels verwachten nu juridische procedures aantonen dat testen onbetrouwbaar,⁴ schorsing onrechtmatig⁵ of regelgeving niet onder de autonomie van de sportautoriteiten valt.⁶ Dat is echter niet het geval. De onbetrouwbare test bleef in gebruik.⁷

Een eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige schorsing werd door WADA als laster bestempeld en er werd € 10.000 van Beke gevorderd.⁸ Men ontkent daarmee een uitspraak van het EG-Hof in plaats van deze met argumenten te ontcrachten:⁹

Desondanks zullen systematische proefprocessen de enige manier zijn waarop men respect voor fundamentele rechten kan afdwingen. Daarbij zullen eerst de nationale rechtsmiddelen ten behoeve van individuele atleten moeten worden uitgeput om vervolgens staten voor het Europese Hof te dagen om daarmee staten te dwingen hun onderdanen tegen de sportautoriteiten te beschermen. Vooruitgang in de rechtspositie van atleten kan alleen worden geboekt door atleten bereid te vinden om namens hen te mogen procederen. In bijlage VII geef ik vijf voorbeelden van processen die tot (kleine) verbeteringen van de rechtspositie van sporters hebben geleid.

8.3 *Sports Frontier Foundation*

Tot op heden betrof het processen op initiatief van burgers omdat zij zich moesten verweren tegen onrechtmatige sancties. Daarmee is verbetering van de rechtspositie afhankelijk van toevalligheden.

Systematische verbetering is wellicht mogelijk via groepsacties waarbij atleten zich verenigen als procespartij. Dat voorkomt problemen doordat juridische duidelijkheid wordt geschapen. Het zal tot een meer effectieve dopingbestrijding leiden omdat het vertrouwen daarin wordt hersteld en daarmee later bevorderd.¹⁰ De proefprocessen zouden gevoerd kunnen worden door een onafhankelijke stichting naar voorbeeld van de *Electronic Frontier Foundation*,¹¹ een *Sport Frontier Foundation*.

⁴ M. Beullens, J. Delanghe, M. Bollen, 'False-positive detection of recombinant human erythropoietin in urine following strenuous physical exercise', in *Blood*, 15 juni 2006, Vol. 107, no. 12, pp. 4711-4713.

Het Belang van Limburg, 9 augustus 2005. "Triatleet Rutger Beke is dinsdag door de disciplinaire raad van de Vlaamse Gemeenschap vrijgesproken van dopinggebruik. [...] De raad baseerde zich op [...] professor Delbeke, die als expert van het Gentse Wada-labo aanvankelijk de epotest onfeilbaar noemde, maar nu in een brief toegeeft dat er "na zware, fysieke inspanningen (zoals bij een triatlon) mogelijk afwijkingen kunnen ontstaan in de test." [...] en haalt [...] het rapport van Marc Boogaerts aan waarin deze stelt dat er geen enkele garantie bestaat dat Beke geen eiwitten produceert die een vals-positief resultaat opleveren. Dit betekent dat het best mogelijk is dat Rutger Beke na een zware inspanning eiwitten produceert die geïdentificeerd worden als epo, maar dat in feite niet zijn. [...] Het wereldantidopingagentschap (Wada), dat de epotest opstelde en steeds heeft volgehouden dat deze onfeilbaar is, wordt door deze uitspraak ongetwijfeld gedwongen om de test te herzien."

⁵ Volgt uit de vaststelling dat de epotest van Rutger Beke ondeugdelijk was, en de daaropvolgende vrijspraak.

⁶ Hof van Justitie (HvJ EG) 18 juli 2006, nr. C-519/04, par. 22. (*Meca-Medina*).

⁷ **Dopingautoriteit**

⁸ **Het Nieuwsblad, 27 mei 2008.**

⁹ Dick Pound in *CyclingNews*, 15 december 2004. Pound herhaalt sindsdien alleen maar woorden van gelijke strekking: "Doping is a regulatory offense. Part of the deal of being able to participate in sports is that you agree not to use drugs. Part of the deal is that you agree to be tested. When you are charged with a doping offense, you get a fair trial and whatever the outcome is, the outcome is. But to hide behind privacy laws and all is just nonsense."

¹⁰ Hoewel in het belang van de sporters, is zelfs de dopingautoriteit het hiermee eens. Directeur van de Nationale Dopingautoriteit **Herman Ram op 9 februari 2010**: "Het vervelende aan de discussie is dat de (dis)proportionaliteit van de Whereabouts-regeling al in vele bijeenkomsten, artikelen en andere fora besproken is, maar dat het met de toetsing door het Europees Hof maar niet wil vlotten. Voorstanders van de regeling zijn van mening dat die regeling proportioneel is, en tegenstanders bestrijden dat. Zo is het al meer dan twee jaar, en we schieten niets op, behalve dat de discussie enigszins verlamd dreigt te werken op de uitvoering van het beleid (wat de tegenstanders mogelijk als een succesje zullen zien)."

¹¹ De website van het **EFF**.

9

Vragen voor verder onderzoek

Voor toelichting op de vragen, zie bijlage VI

9.1 *Grenzen van het sportrecht*

- Sports Frontier Foundation verder uitwerken

9.2 *Doping en strafrecht*

- Wat is het juridisch kader voor dopingbestrijding onder het strafrecht?
- Is de anti-dopingregelgeving geen tuchtrecht meer?
- Is het strafrecht?
 - Zo ja, moeten de atleten dan in de opsporingsfase niet dezelfde rechten en bescherming krijgen als verdachten in het strafrecht?
- Is doping onder het strafrecht brengen de enige wijze waarop doping effectief bestreden kan worden?
- Kan men naast de vervolging onder de strafwet voor hetzelfde feit worden vervolgd in het tuchtrecht en daar dezelfde punitieve boete een tweede maal ontvangen?

9.3 *Doping onder minderjarige atleten*

- Moet dopingregelgeving voor jeugdigen verschillen van de dopingregelgeving voor volwassenen zoals het jeugdstrafrecht verschilt van het strafrecht?
- Is de juridisch gangbare ouderverantwoordelijkheid en –aansprakelijkheid voor kinderen van toepassing als bij het kind doping wordt aange troffen?

- Moeten voor minderjarigen dezelfde straffen gelden als voor volwassen atleten?
- Gelden de privacy-voorwaarden van het jeugdstrafrecht ook bij tuchtzaken in verband met dopingregelgeving?
- Zijn er juridische aanknopingspunten voor de leeftijd waarop men begint met controleren op doping?
- Wie beslist of atleten die amateur en nog minderjarig zijn hun burgerrechten kunnen opgeven?
 - Ligt hier van rechtswege een taak voor de overheid of de kinderbescherming?

9.4 *Doping gebruikt omwille van medische noodzaak*

- Is er in de casus Lionel Messi sprake van doping?
- Is het medisch toelaatbaar als het motief voor de behandeling louter sportgerelateerd is?
- Rechtsgelijkheid tussen sporten
 - zijn er verschillen in beoordeling tussen bijvoorbeeld wielrennen en voetbal?
- Rechtsgelijkheid tussen landen
 - zijn er verschillen in beoordeling tussen bijvoorbeeld Spanje en (het voormalige) Oost-Duitsland?
- Is er bij '*special exempt*' (het uitzonderlijk toestaan van bepaalde geneesmiddelen) sprake van rechtsongelijkheid?

10

Arresten

10.1 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- Delcourt v Belgium, 2689/65, 17 januari 1970.
- Campbell and Fell v. the United Kingdom, 7819/77 & 7878/77, 28 juni 1984.
- Le Compte v. Belgium, 7299/75 & 7496/76, 10 februari 1983.
- Brozicek v. Italy, 10964/84, 19 December 1989.
- König v the Federal Republic of Germany, A 127, 28 juni 1978.
- Tre Traktörer Aktiebolag v Sweden, A 159, 7 juli 1989.
- Özturk v. the Federal Republic of Germany, 8544/79, 21 februari 1984.
- Bendenoun v. France, 12547/86, 24 februari 1994.
- Västberga Taxi Aktierbolag & Vulic v. Sweden, 36985/97, 23 juli 2002.
- Engel and Others v. The Netherlands, No. 5100/72; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, 8 juni 1976.
- Deweer v. Belgium, 6903/75, 27 februari 1980.
- Adolf v. Oostenrijk, 8269/78, 26 maart 1982.
- Quinn v. Ireland, 36887/97, 21 december 2000.
- Minelli v. Switzerland, 8660/79, 25 maart 1983.
- Hozee v. The Netherlands, 21961/93, 22 mei 1998.
- Stögmüller v. Austria, 1602/62, 10 november 1969.
- H v. France, 10073/82, 4 oktober 1989.

- Scopellitti v. Italy, 15511/89, 23 november 1993.
- Buchholz v. The Federal Republic of Germany, 7759/77, 6 mei 1981.
- Obermeier v. Austria, 11761/85, 28 juni 1990.
- Handyside v. United Kingdom, 5493/72, 7 december 1976.
- Welch v the United Kingdom, 17440/90, 9 februari 1995.
- Jamil v. France, 11/1994/458/539, 25 mei 1995.
- Coeme and Others v Belgium, 32492/96; 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, 22 juni 2000.
- Custers and Others v. Denmark, 11843/03, 11847/03 and 11849/03, 3 mei 2007.
- Kafkaris v Cyprus, 21906/04, 12 februari 2008.
- Peck v. The United Kingdom, 44647/98, 28 januari 2003.
- X v. The United Kingdom, 9072/82, 6 oktober 1982.
- Marckx v. Belgium, 6833/74, 13 juni 1979.
- X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26 maart 1985.
- Camenzind v. Switzerland, 21353/93, 16 December 1997.
- Brüggeman and Scheuten v. Germany, 6959/75, 19 mei 1976.
- No. 14661/81, 9 juli 1991.
- Peters v. The Netherlands, 21132/93, 6 april 1994.
- No. 8278/78, 13 december 1979.
- Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10 mei 2001.
- Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe, 73250/01.
- Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) v. Ireland, 45036/98, 30 juni 2005
- Terem Ltd, Chechetkin and Olius v. Ukraine, 70297/01, 28 oktober 2005.
- Gasparini v. Italy and Belgium, 10750/03, 28 september 2006.
- Gentilhomme, Schaff-Benhadj and Zerouki v. France, 48205/99, 48207/99 en 48209/99, 14 mei 2002.

10.2 *Commissie Beslissing*

- Commissie Lindsay v. The United Kingdom, 31699/96, 17 januari 1993.
- Commissie M & Co v. The Federal Republic of Germany, 13258/87, 9 februari 1990.

10.3 *Europees Hof van Justitie, Luxemburg*

- HvJ EG 12 december 1974, nr. 36/74 (Walrave en Koch).
- Case T-313/02 Meca-Medina and Majcen v Commission [2001] ECR II-3291.
- HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-519/04 (Meca-Medina)
- HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93 (Bosman)

10.4 *Court of Arbitration for Sport*

- CAS 96/003-4, 4 augustus 1996, (Andrei Korneev v. IOC & Zakhar Goukiev v. IOC)
- CAS 98/002, 12 februari 1998, (Rebagliati v. IOC)
- CAS 2008/A/1644, 31 juli 2009 (Mutu III)
- CAS 2006/A/1192, 21 mei 2006 (Mutu II)
- CAS 2005/A/876, 15 december 2005 (Mutu I)
- CAS 2003/O/482, 5 november 2002 (Ortega)
- CAS 2008/A/1519 & 1520 19 mei 2009, (Metuzalem)
- CAS 2007/A/1298 & 1299 30 januari 2008, (Webster)
- CAS 95/142, 14 februari 1996, (Lehtinen)
- CAS Ad Hoc Division Sydney, 00/006, 22 september 2000, (Baumann)

10.5 *ITF Independent Anti-Doping Tribunal*

- ITF v. Koubek, 18 januari 2005.

10.6 Federaal Tribunaal Zwitserland

- Gundel v. FIE, 15 maart 1993, Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Federal, 119 II 271

10.7 Regionale Rechtbank Keulen

- Lagat v. WADA, IAAF, 13 september 2006, 28 O (Kart) 38/05

Bibliografie

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker, E.-J. Zippo, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken: Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, NBTR 20 september 2008, 37, pp. 274-287.

Paul M. Anderson, 'Drug testing in amateur sports in the US', in O'Leary, ed., *Drugs and Doping in Sport* (London, Cavendish 2000) p. 205 *emphet seq.*

Michael J. Asken, *Dying to win: the athlete's guide to safe and unsafe drugs in sports* (Washington, D.C., Acropolis Books, 1988).

T.M.C. Asser Instituut *The Implementation of the WADA Code in the European Union*, Rapport Asserstudie 6 augustus 2010.

T. Barkhuysen, M.I. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', Preadvies VBR, Deventer 2005, p. 38-50.

Michael Beloff, Tim Kerr, Marie Demetriou, *Sports Law* (Oxford, Hart Publishing 1999).

Don Berry, 'The science of doping', *Nature* **454**, 692-693, 7 augustus 2008.

M. Beullens, J. Delanghe, M. Bollen, 'False-positive detection of recombinant human erythropoietin in urine following strenuous physical exercise', *Blood*, 15 juni 2006, Vol. 107, no. 12, pp. 4711-4713.

Melissa R. Bitting, 'Mandatory, Binding Arbitration for Olympic Athletes: is the Process Better or Worse for "Job Security"?' in I. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, J. Soek, eds., *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004* (The Hague, T.M.C. Asser Press 2005), p. 349 *et seq.*

Ian Blackshaw, 'The professional athlete – employee or entrepreneur?', *The International Sports Law Journal* (2006), no. 3-4, p. 91.

Ian Blackshaw, 'Winning the War on Doping', *The International Sports Law Journal* (2006), no. 3-4, p 125-126.

Blackshaw, Siekmann, Soek, 'CAS 1984-2004', Den Haag 2006.

S.A. Blok, 'Bruggen Bouwen', 2004.

M. Bollen, 'Binnen het jaar wordt de epo-test afgevoerd', *Het Nieuwsblad* 28 oktober 2006.

Simon Boyes, 'The Legal Regulation of Sports Governing Bodies', in: *Sports Law*, (eds.) Simon Gardiner, 2e druk London 2001.

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, 'Beginselen van de democratische rechtsstaat: Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht', Utrecht 2006, 6e druk.

George W. Bush, *State of the Union*, 21 januari 2004.

O. Cherednychenko, 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No. 2, 24 maart 2009, pp. 195-218.

Cleiren, Nijboer, 'Strafvordering, Tekst & Commentaar', Deventer 2007, 7e druk.

Cyriel Coomans, Frank Hendrickx, Johnny Maeschalck, Philippe Paquay eds. 'Sport-rechtspraak' (Brugge, Die Keure 2006)

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht* (Arnhem, Gouda Quint 2001).

A. DeFrantz, 'Which Rules? International sport and doping in the 21st century', *Houston Journal of International Law*, vol. 31 no. 1. (2008).

H. de Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht, diss. 1981* (Alphen aan den Rijn, H.D. Tjeenk Willink 1981).

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), 'Theory and Practice of the European Convention on Human Rights', Antwerpen and Oxford 2006.

Tom Donohoe, Neil Johnson, *Foul play: drug abuse in sports* (Oxford, Blackwell 1986).

D.S. Eitzen, 'Fair and Foul, Beyond Myths and Paradoxes of Sport', Lanham 2006.

European Court of Human Rights, 'Information Note on the Court's Case Law', no. 119, mei 2009.

Klaas Faber, 'Zaak Pechstein Stinkt', *De Pers* 23 oktober 2009.

Ken Foster, 'Can sport be regulated by Europe?: An analysis of alternative models', in Andrew Caiger, Simon Gardiner, eds., *Professional Sport in*

the European Union: Regulation and Re-regulation (The Hague, T.M.C. Asser Press 2000) p. 43 *et seq.*

Ken Foster, *'The discourses of doping: law and regulation in the war against drugs'*, in O'Leary eds., *Drugs and Doping in Sport* (London, Cavendish 2000) p. 181 *et seq.*

Malcolm Gladwell, *'Blink'*, New York 2005.

B. Goldman, P. Bush, R. Klatz, *'Death in the Locker Room: Drugs & Sports'*, Chicago 1992,

N. Haque & G. Smith, *'The Economic Role of Intellectual Property'*, Deloitte Research paper, 2008.

H.L.A. Hart, *'Punishment and Responsibility'*, Oxford 1968.

Barrie Houlihan, *Dying to Win: Doping in Sport and the Development of Anti-Doping Policy* (Strasbourg: Council of Europe) 1999.

P.W.A. Immink, *'La liberté et la peine'*, Assen 1973.

G. Kaufman-Kohler, T. Schulz, *'Online dispute resolution: challenges for contemporary justice'* Den Haag 2004.

Ursula Kilkelly, *'The right to respect for private and family life, a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights'*, Human Rights Handbooks no. 1, Council of Europe Publications, Germany 2003.

C.R. Knittel, V. Stango, *'Shareholder Value Destruction following the Tiger Woods Scandal'*, 4 januari 2010.

Krouwel, Boonstra, Duyvendak, Veldboer, *'A Good Sport? Research into the Capacity of Recreational Sport to Integrate Dutch Minorities'*, *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 41 No. 2 (2006) pp. 165-180.

Kuonen, Konings, *'The Importance of Cooling Urine Samples for Doping Analysis'*, *'Accreditation and Quality Insurance: Journal for Quality, Comparability and Reliability in Chemical Measurement'* Volume 15, number 2, February 2010.

Tobias Lock, *'Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the responsibility of member states of international organisations under the European Convention of Human Rights'*, *Human Rights Law Review* (2010) 10(3): p. 529-545.

Jan Loorbach, *'Court of Arbitration for Sport'*, *Serie Sport en Recht* no. 14, 2007, *'Geschillenbeslechting in de sport en de tuchtrechtspraak bij het Instituut Sportrechtspraak'*.

Jan Loorbach, *'DE WAD Code: Guilty unless proven innocent?'*, *Serie Sport en Recht* no. 16, 2009, p. 25-34 *'De WADA Code: overschrijding*

van de grenzen van recht en ethiek?'.

Alexis Madrigal, 'Bolt Is Freaky Fast, But Nowhere Near Human Limits', *Wired Magazine* 25 augustus 2008.

Johnny Maeschalck, 'De ontbrekende schakel in dopingprocessen: de stem van de sporter', *Het Nieuwsblad*, 3 januari 2007.

Richard McLaren, 'CAS Advisory Opinions', in I. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, J. Soek, eds., *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004* (The Hague, T.M.C. Asser Press 2005), p. 180 *et seq.*

Jerry W. Nave, 'Sport in American Culture', Santa Barbara 2004, (eds.) Joyce Duncan p. 377-378.

John O'Leary, 'Doping solutions and the problem with problems', in: *Drugs and Doping in Sport*, (eds.) John O'Leary, London 2000.

Harald Oldenziel, 'Wetgeving en rechtszekerheid', Diss. Utrecht 1998.

Dick Pound, 'The State of the Fight Against Doping in Sport', *Rede* 24 januari 2007.

Dick Pound, 'Serious concerns over urinary epo-test', *Cycling News* 23 september 2005.

Dick Pound, 'VeloNews Interview: WADA's Dick Pound', *Velo News* 15 december 2004.

Herman Ram, 'Disharmonie in het antidopingbeleid: Het geval Tom Boonen', in *Coachen* september 2008, p. 36-37.

Herman Ram, 'World Anti-Doping Code en De Wet: Botsing of versterking?', *Serie Sport en Recht* no. 16, 2009, p. 11-24 'De WADA Code: overschrijding van de grenzen van recht en ethiek?'.

Herman Ram, 'Herman Ram reageert op column Nienke de Jong en Marc Delissen', *Sport Knowhow XL* 9 februari 2010.

Herman Ram, '5 vragen aan Herman Ram –directeur Dopingautoriteit– na de biecht van Yuri van Gelder', *Sport Knowhow XL* 16 juli 2009.

Matthieu Reeb, 'The Court of Arbitration for Sport (CAS)' in *Matthieu Reeb, ed., Digest of CAS Awards 1986-1998* (Berne, Staempfli 1998) p. 23-31.

Matthieu Reeb, 'The Court of Arbitration for Sport: History and operation' in *Matthieu Reeb, ed., Digest of CAS Awards II 1998-2000* (The Hague, Kluwer Law International 2002) p. 23-30.

Matthieu Reeb, 'The Role and Functions of the Court of Arbitration for Sport (CAS)', in I. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, J. Soek, eds., *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004* (The Hague, T.M.C. Asser Press 2005), p. 31 e.v.

G. Rodenburg, R. Spijkerman, R. van den Eijnden & D. van de Mheen, *'Nationaal Prevalentie Onderzoek Middelengebruik 2005'*, 2007.

Michael Sherman, *'The Doping Dilemma'*, *Scientific American*, 2 april 2008.

Robert C. R. Siekmann, *'Legal comparison and the harmonisation of doping rules'*, (2001) *International Sports Law Journal*, p. 4.

Robert C. R. Siekmann, Jan Willem Soek, eds., *Basic Documents of International Sports Organisations (The Hague, Kluwer Law International 1998)*.

Robert C. R. Siekmann, Jan Willem Soek, (eds.), *'The Council of Europe and Sport: Basic Documents'*, The Hague, T.M.C. Asser Press 2007.

Robert C. R. Siekmann, Jan Willem Soek, eds., *The European Union and Sport: Legal and Policy Documents* (The Hague, T.M.C. Asser Press 2005).

Robert C. R. Siekmann, Jan Willem Soek, Andrea Bellani, (eds.), *'Doping Rules of International Sports Organisations'*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 1999.

P. Smits *'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure'*, Deventer, Kluwer 2008.

J.W. Soek, *'Recht van de atleet op eerbiediging van zijn privéleven'*, S.F.H. Jellinghaus (eds.), *'Sport en Recht, buiten rechte of buiten spel'*, Zutphen 2008.

J.W. Soek, *The Strict Liability Principle and the Human Rights of the Athlete in Doping Cases, diss. 2006*, Den Haag Asser Press 2007.

Heiko van Staveren, *'De sport is het recht waard'*, Afscheidsrede, 28 september 2007.

Thomas Summerer, *'Internationales Sportrecht vor dem staatlichen Richter - in der Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, USA und England'*, (Munich, Verlag V. Florentz GmbH 1990).

Steven Teitler, Herman Ram, *'Analyzing the New World Anti-Doping Code: A Different Perspective'*, (2008, 1-2) *International Sports Law Journal*, pp. 42-49.

Steven Teitler, Herman Ram, *'Nederlandse tuchtrechtspraak en de toepassing van de World Anti-Doping Code'*, *Tijdschrift voor Sport en Recht*, 2010-2pp. 57-70.

Peter J. Tettinger, *'Die Dopingproblematik im Lichte der europäischen Grundrehtediskussion'*, in Klaus Vieweg, ed., *Doping - Realität und Recht* (Berlin, Duncker & Humblot 1998) p. 89-112.

C. Waaldijk, *Wetgevingswijzer*, Lelystad, Koninklijke Vermande 1987.

Warren & Brandeis, *'The Right to Privacy'*, *Harvard Law Review*, 15 december 1890, volume 5.

Stephen Weatherill, *'European Sports Law: Collected Papers'*, The Hague, T.M.C. Asser Press 2007.

J. Webb, T. Schirato, G. Danaher, *'Understanding Bourdieu'*, London 2005, 3e druk.

Paul Wylleman, 'Waarom blijven renners doping gebruiken?', *Het Nieuwsblad*, 27 juli 2007.

Afkorting en begrippenlijst

A-Staal Eerste test afgenomen op biologisch materiaal van atleet.

A-Status Aanvullend op de investeringen van de sportbond biedt NOC*NSF (ook Min. van VWS verleent medewerking) ter ondersteuning verschillende financiële en materiële voorzieningen zodat topsporters zich optimaal kunnen voorbereiden op topsportprestaties. Een maandelijks stipendium en een auto zijn onder meer financiële bijdragen vanwege de A-Status. Binnen de sport in Nederland wordt de volgende definitie van topsporter gehanteerd: "Je bent topsporter als je internationaal op het hoogste niveau (EK's, WK's en Olympische Spelen) meedoet, binnen een erkend topsportonderdeel." De topsporters worden door NOC*NSF ingedeeld in topsporters met de A-status en topsporters met de B-status. Je kunt alleen de A- of B-status krijgen als je internationaal uitkomt in een Categorie 1-topsportonderdeel.

Adverse Analytical Finding Een rapport van een WADA geaccrediteerd laboratorium dat aangeeft dat bij een controle een verboden stof of methode is aangetroffen.

ADAMS The Anti-Doping Administration & Management System. In het whereabouts-systeem van WADA geven sporters hun contact- en verblijfsgegevens door. De sporter vult uiterlijk op een vooraf bepaalde datum de whereabouts voor een heel kwartaal in en kan vervolgens 24 uur per dag op de website deze gegevens up-to-date houden.

ADO Anti-Doping Organisatie. Definitie volgens de WAD Code: "A Signatory that is responsible for adopting rules for initiating, implementing or enforcing any part of the Doping Control process. This includes, for example, the International Olympic Committee, the International Paralympic Committee, other Major Event Organizations that conduct

Testing at their Events, WADA, International Federations, and National Anti-Doping Organizations."

AFLD Agence Française de Lutte contre le Dopage, Franse NADO.

Anti-Doping Autoriteiten Organisaties belast met controles, vervolging of beide taken. Onder meer IOC, IF's, Nationale Sportbonden, NADO's, WADA en NOC's.

Auditcommissie Doping De Auditcommissie Doping is oorspronkelijk opgericht om toe te zien op het door sportbonden aanbrengen en (laten) afhandelen van positieve gevallen. Tegenwoordig concentreert haar werk zich vooral op de beoordeling of tuchtcolleges in dopingzaken het dopingreglement correct hebben toegepast.

B-Staal Tweede test ter controle afgenomen op hetzelfde biologisch materiaal als de A-Staal.

CAD Commission Antidopage (UCI).

CAF Commissione d'Appello Federale (Italy).

CAS Court of Arbitration for Sport (zie ook TAS).

CONI Comitato Olimpico Nazionale Italiano, Italiaans (nationaal) Olympisch Comité, ook de NADO voor Italië.

Doping Het gebruik van prestatie-bevorderende middelen of methoden. Meer specifiek: er is sprake van een dopingovertreding indien een atleet positief test op stoffen of methoden die op de Prohibited List van de WADA staan.

EHRM Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Straatsburg).

EVRM Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

EU European Union.

FIBA Fédération Internationale de Basketball, wereldbasketbalbond.

FIFA Fédération Internationale de Football Association, wereldvoetbalbond.

Filing Failure Het niet (volledig, correct en/of tijdig) doorgeven van *whereabouts* of het niet aanwezig zijn op de locatie en het tijdstip buiten het 'One-Hour Time Slot' is een overtreding van het dopingreglement.

IAAF International Association of Athletic Federations, wereldatletiekbond.

IF Internationale (sport-)Federatie.

ICAS International Council of Arbitration for Sport.

IOC Internationaal Olympisch Comité.

IOC Medical Code The document defines basic rules regarding best medical practices in the domain of sport and the safeguarding of the rights and health of the athletes.

IOC Medical Commission The Medical Commission was created in 1967 in order to deal with the increasing problem of doping in the sports world. The initial goal of putting in place an anti-doping structure was rapidly widened to encompass the following three fundamental principals: Protection of the health of athletes; Respect for both medical and sports ethics; Equality for all competing athletes.

IPC Internationaal Paralympisch Comité.

ISAF International Sailing Federation, Internationale Watersportbond.

ISU International Skating Union, Internationale Schaatsbond.

Major Event Organizations De verenigingen van Nationale Olympische Comité's en andere internationale multi-sport organisaties die dienst doen als ruling body voor ieder wereldwijde, regionaal of andersoortig Internationaal Evenement.

Missed Test Als een sporter niet aanwezig is op de locatie en het tijdstip van het aangegeven 'One-Hour Time Slot' kan een *missed test* worden genoteerd.

NADO Nationale Anti-Doping Organisatie. Definitie volgens de WAD Code: *"The entity(ies) designated by each country as possessing the primary authority and responsibility to adopt and implement anti-doping rules, direct the collection of Samples, the management of test results, and the conduct of hearings, all at the national level. This includes an entity which may be designated by multiple countries to serve as regional Anti-Doping Organization for such countries. If this designation has not been made by the competent public authority(ies), the entity shall be the country's National Olympic Committee or its designee."*

Nationaal Dopingreglement De mondiale dopingregels, als ook het internationale dopingbeleid dienen op de WAD Code te zijn afgestemd.

Hiertoe heeft de Nationale Dopingautoriteit het Nationaal Dopingreglement (NDR) ontwikkeld. Het Nationaal Dopingreglement is gebaseerd op de herziene World Anti-Doping Code. Het is een Bondsreglement dat door alle bonden met één of meer erkende topsportdisciplines vóór 1 januari 2009 moet worden vastgesteld.

Nationale Dopingautoriteit In Nederland de organisatie die zich bezighoudt met de opsporing van overtredingen door het plannen en uitvoeren van dopingcontroles, het ontwikkelen en bewaken van de anti-dopingregelgeving, het voeren van juridische procedures en het afstemmen van de regelgeving gericht op internationale harmonisatie.

NOC Nationaal Olympisch Comité.

*NOC*NSF* Nederlands Olympisch Comité*Nederlandse Sport Federatie, bundeling van de georganiseerde sport in Nederland.

NPC Nationaal Paralympisch Comité.

OS Olympische Spelen.

OMADC Olympic Movement Anti-Doping Code.

One-Hour Time Slot Sporters die whereabouts aanleveren dienen op elke dag voor een aaneengesloten periode van zestig minuten een specifieke locatie op te geven waar ze zeker beschikbaar zullen zijn voor een dopingcontrole. Het One-Hour Time Slot geldt voor iedere dag: de sporter moet in zijn of haar whereabouts inzending dus voor elke dag een plek aangeven waar hij of zij een uur lang zeker te vinden is voor een dopingcontrole. De gekozen locatie mag per dag verschillen en het aangegeven uur dient te liggen tussen 6.00 en 23.00 uur. Komt een dopingcontrole-official gedurende dit uur op de door de sporter aangegeven locatie en is de sporter niet aanwezig, dan geldt dit als een missed test.

Out of Competition-Controle Bij dopingcontroles wordt er onderscheid gemaakt in controles binnen wedstrijdverband (in-competition) en buiten wedstrijdverband (out-of-competition). Met deze laatste worden onder meer controles tijdens trainingen en thuis bedoeld. Deze out-of-competition dopingcontroles worden steeds belangrijker in de bestrijding van doping. Om de out-of-competition controles goed in te kunnen plannen én uit te voeren zijn de verblijfsgegevens van sporters noodzakelijk.

Prohibited List Lijst met middelen en methoden opgesteld door de WADA die tot een dopingovertreding leiden. Een middel komt op de lijst indien het aan twee van de volgende drie kenmerken voldoet: (mogelijk) prestatiebevorderend; (mogelijk) schadelijk voor de gezondheid; in strijd met de '*Spirit of Sport*', of indien er een middel wordt gevonden dat een maskerende werking heeft. Er wordt een onderscheid gemaakt op de Prohibited List tussen middelen die verboden zijn in competitie, en middelen die verboden zijn buiten competitie.

Signatories De partijen die de WAD Code hebben ondertekend dienen zich aan de doelen gesteld in de Code te houden. Het betreft hier onder meer het IOC, IF's, IPC, NOC's, Major Event Organizations, NADO's en WADA.

Spirit of Sport The spirit of sport is the celebration of the human spirit, body and mind, and is characterized by the following values:

- Ethics, fair play and honesty;
- Health;
- Excellence in performance;
- Character and education;
- Fun and joy;
- Teamwork;
- Dedication and commitment;
- Respect for rules and laws;
- Respect for self and other participants;
- Courage;
- Community and solidarity.

Strict-Liability Principle Het is de persoonlijke plicht van elke sporter ervoor te zorgen dat geen verboden stoffen en/of afbraakproducten daarvan zijn of haar lichaam binnenkomen. Dit wordt '*strict liability*' genoemd. Er hoeft geen opzet, schuld, nalatigheid van of bewust gebruik door de sporter te worden aangetoond om een dopingovertreding volgens het dopingreglement te kunnen vaststellen. Een sporter is zelf verantwoordelijk voor alle verboden stoffen of afbraakproducten van verboden stoffen die worden aangetroffen in zijn of haar (urine-)monsters.

TAS Tribunal Arbitral du Sport/Court of Arbitration for Sport.

Testing Pool Een door een Anti-Doping Organisatie (Internationale Sportfederatie voor 'International-level' atleten of NADO voor 'national level' atleten) opgestelde lijst van atleten die vanwege artikel 14.3 WAD Code moeten voldoen aan de whereabouts-verplichting.

TUE Therapeutic Use Exceptions Dispensatie op doktersvoorschrift voor een bepaalde stof die op de Prohibited List staat, bijvoorbeeld een medicijn tegen astma. Dispensatie wordt vastgesteld door dispensatiecommissies, bestaande uit onafhankelijke artsen.

UCI Union Cycliste Internationale, internationale wielerbond.

UEFA Union Européenne de Football Association, Europese Voetbalbond.

UNESCO-Verdrag The International Convention against Doping in Sport aangenomen bij de 33e sessie van de UNESCO Algemene Vergadering op 19 oktober 2005.

UNI Wereldwijde Vakbond.

USADA United States Anti-Doping Agency, nationale anti-doping-autoriteit in de Verenigde Staten.

UVRM Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

WAD Code Wereld Anti-Doping Code/World Anti-Doping Code. De WAD Code vormt wereldwijd de basis van het antidopingbeleid. In de Code is onder meer opgenomen wat de definitie van doping is en welke sanctie(s) en dopinglijst gehanteerd worden. Doel van de Code is de harmonisatie van regels zodat sporters, ongeacht de tak van sport of het land waar ze wonen, op dezelfde manier worden behandeld.

WADA World Anti-Doping Authority/ Wereld Anti-Doping Agent-schap. Privaatrechtelijke organisatie belast met de taak wereldwijd de dopingbestrijding te ondersteunen, coördineren en controleren, onder meer door met behulp van de WAD Code harmonisatie van dopingregelgeving te bewerkstelligen.

Whereabouts De whereabouts zijn gegevens over de locaties waar een sporter zich zal bevinden. Dat kan thuis zijn, maar ook waar en op welke tijdstippen een sporter traint, wanneer hij of zij wedstrijden, reisdagen en/of vakantiedagen heeft. Driemaal een *filing failure en/of missed test* binnen 18 maanden leidt tot aangifte bij de tuchtcommissie van de sportbond van de sporter.

Bijlage I, Maatschappelijk belang van Sport

Men spreekt van een *'war on doping'*. Is dit overdreven of is het belang van een *dopingvrije* sport zo groot dat een *oorlog* tegen doping gerechtvaardigd is? Het belang valt uiteen in twee delen: het belang van de deelnemers en het maatschappelijk belang.

13.1 Atleten

Atleten hebben belang bij dopingbestrijding. Er zijn verschillende manieren om kunstmatig prestaties te verbeteren, maar de meeste van deze methodes kunnen negatieve gevolgen voor de gezondheid van de atleet hebben.

Atleten hebben belang bij eerlijke sport. Men bestrijdt doping vanwege de impliciete oneerlijkheid verbonden aan doping. Men verkrijgt op oneigenlijke wijze een voorsprong. Dit is oneerlijk, gaat in tegen de regels van sport en de ethiek.¹

Om doping effectief te bestrijden is voor strenge maatregelen gekozen. Om begrip te krijgen waarom zulke strenge maatregelen nodig zijn, helpt het om te weten wat atleten ertoe beweegt zo ver te gaan dat ze bereid zijn hun leven in de waagschaal te stellen voor sport. Kennis van en begrip voor de grenzen die sommige atleten bereid zijn te overschrijden om hun prestaties te verbeteren, illustreert waarom een strengere regelgeving nodig is. Men is tot veel bereid om prestaties te verbeteren en aan detectie te ontsnappen.²

De bereidheid van atleten hun leven in gevaar te brengen kan in een breder perspectief worden uitgelegd als het toegenomen belang van sport in de maatschappij. De economische inbreng van sport wordt ieder jaar groter, en daarmee ook de aandacht in de media en dus de maatschappij. Dit werkt twee kanten op. Als eerste geeft het

¹ *"doping has always been at variance with the basic principles of sports ethics"* Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a Community Support Plan to Combat Doping in Sport (1 December 1999, COM (1999) 643 final).

² Bekende voorbeelden uit het wielrennen: in 1979 poogde de Franse wielrenner Alfonso Gutierrez een dopingcontrole te misleiden met een condoom urine onder zijn oksel (het zogenaamde peertje). De Belgische wielrenner Pollentier probeerde hetzelfde jaar een controle te omzeilen met een ingenieus systeem van slangen en buisjes rondom zijn lichaam gewikkeld dat *'schone'* urine moest aanvoeren, [Het Nieuwsblad, 6 juni 2010](#).

Het belang voor atleten is zo groot dat zij bereid zijn om naasten de schuld op zich laten nemen voor dopingvergrijpen. De Litouwse wielrenner Raimundas Rumsas liet in 2002 toe dat zijn vrouw enkele maanden in een Franse cel moest doorbrengen wegens dopingproducten in haar auto die eerst voor haarzelf zouden zijn bestemd, en daarna *'voor haar moeder'* bestemd waren. [NOS, 17 juni 2003](#).

De Belgische wielrenner Vandembroucke ontkende in 2002 een dopingvergrijp nadat verboden middelen in zijn appartement waren gevonden. De morfine, EPO en het spierversterkende middel Clenbuterol tijdens huiszoeking aangetroffen in zijn appartement waren bestemd *'voor zijn hond'*. [Gazet van Antwerpen, 13 oktober 2009](#). Redenen moeten worden gezocht onder meer in de eerezucht van atleten en in de ambitie om de maatschappelijke en financiële positie te verbeteren.

de atleet de mogelijkheid om meer geld te kunnen verdienen en eer te behalen. Een tweede gevolg is dat de belangen gemoed met de sport ook veel groter worden en daarmee de mogelijke negatieve implicaties verbonden aan sport. Als een sporter of sportclub negatief in het nieuws komt, heeft dat vaak financiële gevolgen voor de sponsor. Als een sporter of een grote club verliest, dan betekent dat ook voor de omgeving van de verliezer een vermindering van de inkomsten.

13.2 Maatschappelijk belang

13.2.1 Werkgelegenheid

Sport is een belangrijke economische factor. In de Olympische gedachte "*l'important c'est de participer*",³ komt het oorspronkelijke uitgangspunt van sport nog tot uiting: lange tijd namelijk mochten professionele atleten niet meedoen aan de Olympische Spelen. Deze waren uitsluitend aan amateurs voorbehouden. Dit is intussen achterhaald: het gaat om winnen. Dit geldt voor de atleten, de managers, de sportclubs, maar evenzeer voor sponsors en voor de overheid die een *return on investment* willen zien.⁴ Sport is Big Bu\$ine\$\$.

De Verenigde Naties ramen dat 3% van de economische activiteit in de wereld sportgerelateerd is.⁵ In Nederland wordt de *directe* bijdrage van sport aan de economie op ongeveer 0,85% van het BBP geschat.⁶ In Groot-Brittannië op 2,5%, hetgeen de sportsector groter zou maken dan de landbouw.⁷ Als in Nederland ook de *indirecte* toegevoegde waarde van sport zou worden meegeteld, dan bedraagt de toegevoegde waarde van sport ongeveer 6,9 miljard Euro, 1,30% van het BBP.⁸ De stijgende lijn die waarneembaar is over de laatste decennia voorspelt dat dit verder zal toenemen. Het *Witboek over Sport* van de Europese Unie gaat nog verder:

*"A study presented during the Austrian Presidency in 2006 suggested that sport in a broader sense generated value-added of 407 billion Euros in 2004, accounting for 3.7% of EU GDP, and employment for 15 million people or 5.4% of the labour force."*⁹

13.2.1.1 Indirecte werkgelegenheid

Sport en sportgerelateerde activiteit zorgt in Nederland voor veel werkgelegenheid. Sportverenigingen zijn verworpen tot grote bedrijven waarvan sommige zelfs beursgenoteerd zijn¹⁰. Veel werkgelegenheid vloeit voort uit gebieden indirect verbonden met de sport. Er is niet alleen werkgelegenheid via sportbonden en verenigingen.

³ 'Meedoen is belangrijker dan winnen' (ten onrechte) toegeschreven aan Baron Pierre de Coubertin, gold als de norm voor atleten die deelnamen aan de Spelen. Inmiddels is het Olympische motto '*Citius, altius, fortius*', - sneller, hoger, sterker - veel toepasselijker voor de huidige generaties van Olympische (top)sporters.

⁴ Eindrapport Sport & Economie, Policy Research Corporation, 2 juni 2008, p. 45. "*De directe en indirecte terugloei van het sportaanbod naar de overheid bedraagt respectievelijk 1280 miljoen euro en 664 miljoen euro, terwijl de netto overheids-uitgaven jaarlijks circa 1795 miljoen euro bedragen.*"

⁵ Ian Blackshaw, 'The professional athlete - employee or entrepreneur?', in *The International Sports Law Journal* (2006), no. 3-4, p. 91.

⁶ Eindrapport Sport & Economie, p. 38. Bruto Binnenlands Product voor 2006 534 miljard Euro; de directe toegevoegde waarde van de Nederlandse sportsector bedraagt voor 2006 ongeveer 4,5 miljard Euro.

⁷ Reuters, 30 september 2009

⁸ Eindrapport Sport & Economie, p. 44.

⁹ *Witboek Sport*, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, par. 3.

¹⁰ NYSE Euronext

Mensen zijn werkzaam bij (grootschalige) sportevenementen,¹¹ verslaggeving van sport,¹² productie en handel in sportproducten, kledingmerken,¹³ marketing en promotie van producten middels sport.¹⁴ De directe werkgelegenheid van de volledige Nederlandse sportsector bedraagt circa 82000 fte,¹⁵ de directe en indirecte werkgelegenheid die sport samen verschaft ligt op ongeveer 118000 fte.¹⁶

13.2.2 Intellectueel eigendom

Een groot deel van de economische waarde van sport is intellectueel eigendom:

*“A growing part of the economic value of sports is linked to intellectual property rights. These rights relate to copyright, commercial communications, trademarks, and image and media rights. In an increasingly globalised and dynamic sector, the effective enforcement of intellectual property rights around the world is becoming an essential part of the health of the sport economy. It is also important that recipients are guaranteed the possibility to have distance access to sport events at cross-border level within the EU.”*¹⁷

De waarde van het sportmerk is soms vele malen groter dan het prijzengeld dat verdiend wordt met sportief succes. David Beckham is (in de mondiaal gezien kleine voetbalcompetitie van de Verenigde Staten) tijdelijk de best verdienende voetballer ter wereld geweest met een vijfjarig contract ter waarde van 250 miljoen dollar, doordat hij zijn imagorechten in eigen hand kon houden in plaats van over te dragen aan zijn club.¹⁸ Real Madrid, de voetbalclub met de vijf duurste transfers in het internationale voetbal, rechtvaardigt deze uitgaven met de extra inkomsten die de imagorechten van deze spelers genereren.¹⁹

13.2.3 Infrastructuur

Grote sportevenementen zorgen voor een enorme investering in de infrastructuur van het organiserende land die over het algemeen wordt opgebracht door het bedrijfsleven en de overheid samen. Het gaat niet alleen om de bouw van nieuwe sportaccommodaties en stadions maar bijvoorbeeld ook om verbeterd of nieuw openbaar vervoer.²⁰ De bedoeling is dat deze investeringen tijdens en na het evenement weer worden terugverdiend,²¹ hetzij een *return on investment* al tijdens het evenement, hetzij doordat er voor vele jaren nadien van kan worden geprofiteerd door de gehele samenleving. De economische waarde van succesvolle evenementen vertaalt zich niet alleen in directe winst maar ook in een beter imago, aanzet tot nieuwe aanwas bij sport-

¹¹ Voorbeelden: ABN/AMRO World Tennis Tournament, Ordina Open (Nu Unicef Open) te Rosmalen, Amstel Gold Race, Essent Haarlemse Honkbal Week, Fortis Rotterdam Marathon.

¹² Eindrapport Sport & Economie p. 20. De twee grootste kranten van Nederland, De Telegraaf en het AD besteden relatief ook het meeste aandacht aan sport.

¹³ Eindrapport Sport & Economie, p. 16.

¹⁴ De directe en indirecte werkgelegenheid door commerciële activiteiten is hoger dan de werkgelegenheid in sport. (57%). Dit geldt ook voor werk van de overheid in relatie tot sport en de werkgelegenheid verschaft door de sportbonden- en verenigingen. Eindrapport Sport & Economie p. 33 en p. 43.

¹⁵ Eindrapport Sport & Economie, p. 33.

¹⁶ Eindrapport Sport & Economie, p. 43.

¹⁷ *Witboek Sport*, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, par. 3.

¹⁸ *The Guardian*, 12 januari 2007.

¹⁹ N. Haque & G. Smith, *The Economic Role of Intellectual Property*, Deloitte Research paper, 2008.

²⁰ Zie bijvoorbeeld de *Canadialine*, een metrolijn geconstrueerd in Vancouver, Canada voor de Olympische Winterspelen 2010.

²¹ Eindrapport Sport & Economie, p. 15.

²² Eindrapport Sport & Economie, p. 26.

²³ De economische impact van één sporter kan zeer groot zijn. De sponsoring van Michael Jordan deed Nike uitgroeien tot grootste bedrijf in de sportbusiness, met in 2008 18,6 miljard dollar omzet. Jordan had een voorkeur voor Adidas of Converse, maar omdat zij niet snel genoeg handelden, kwam Jordan bij Nike terecht. Adidas ziet dit als de grootste fout uit hun historie. Jordan als client van Nike heeft enorme financiële gevolgen gehad. Positief voor Nike, negatief voor bedrijven die hem niet als sporter konden binden. Kwakkelende bedrijven zoals Puma of Reebok hadden op de endorsement van Jordan kunnen voortbestaan. [Jaarverslag Nike Corporation 2008](#).

²⁴ Accenture, Gilette en Gatorade zegden de samenwerking met golfer Tiger Woods op naar aanleiding van zijn liefdesaffaires. De sponsordeals tesamen bedroegen circa 100 miljoen dollar per jaar aan inkomsten voor Woods.

²⁵ C.R. Knittel, V. Stango, 'Shareholder Value Destruction following the Tiger Woods Scandal', 4 januari 2010.

De verliezen zijn berekend op basis van de aandeelwaarde voor het schandaal en de aandeelwaarde na het schandaal. Daags na het schandaal daalde het aandeel van de vijf grootste sponsors van Tiger Woods (Accenture, Nike, Gilette, Electronic Arts en Gatorade) met 2-3%. De verliezen voor de uitsluitend sport-gerelateerde sponsors Nike, EA en Gatorade zelfs 4%. Toen Woods na drie weken zijn tijdelijk afscheid van golf aankondigde, had de koers van de aandelen zich nog niet hersteld.

clubs en verbeterde samenwerking tussen verschillende delen van de overheid en de maatschappij.²²

13.2.4 Negatief economisch belang

Vervolgens wordt het economische belang van sport geïllustreerd door de financiële gevolgen van gebeurtenissen die een negatieve uitstraling hebben op sport. Indien een sporter of een sportvereniging negatief in de publiciteit komt, kan dit grote financiële gevolgen hebben voor belanghebbende partijen, met name sponsors.

Eind 2009 kwam de beste golfer ter wereld —Tiger Woods— negatief in het nieuws in verband met problemen binnen zijn huwelijk. Een eerste reactie is dat het een privé-aangelegenheid betreft, dat het niets met sport en daarmee niets met de sponsors te maken heeft. Zo niet volgens de media, en een stroom van negatieve publicaties volgde. Woods heeft endorsement-deals met verschillende grote bedrijven.²³ Deze sponsorcontracten hebben van hem de eerste sport-miljardair gemaakt. In de eerste dagen dat de kwestie wereldnieuws werd, bleven zijn sponsors hem trouw. Echter, uiteindelijk hebben enkele van zijn grootste sponsors de contracten opgezegd.²⁴ Zoals een sponsor profiteert van associatie met een succesvol atleet door positieve beeldvorming, zo werkt deze beeldvorming ook omgekeerd als deze atleet negatief in het nieuws is. Onderzoek van de *University of California (UCLA)* raamde de schade van Tiger Woods' affaires op 5 tot 12 miljard dollar verlies aan aandeelhouderswaarde van de bedrijven verbonden aan Woods.²⁵

13.2.4.1 Negatief financieel effect van doping

Ongeacht de reden van de negatieve publiciteit, de gevolgen zullen economisch doorwerken. Het belang van sport is inmiddels zo groot, dat de gevolgen verbonden aan een wedstrijd veel meer zijn dan winst en verlies in die wedstrijd. De financiële gevolgen die verband houden met de intrede van prestatie-bevorderende middelen zijn evident. Op twee manieren kan men financieel nadeel ondervinden van het gebruik van verboden prestatie-bevorderende middelen in de sport.

13.2.4.1.1 Direct belanghebbenden Sponsors verbonden aan een positief bevonden atleet kunnen schade ondervinden op een zelfde wijze als de sponsors van Tiger Woods. Financiële overwegingen zijn mede daarom inmiddels belangrijker dan sportieve overwegingen.

De sponsor Rabobank overruledde de ploegleiding van het wielerteam dat in hun dienst reed en liet de leider in de Tour de France op dat moment uit de koers nemen. Uit financiële overwegingen.²⁶

Een wielerteam is een goed voorbeeld van de financiële impact van doping die niet alleen de sponsor kan raken. Bij een wielerteam werken gemiddeld 50 mensen aan renners, ploegleiding, mecaniciens en verzorgers. Er zijn de afgelopen 10 jaar meerdere wielerteams opgehouden te bestaan - met bijbehorend verlies van banen - als direct gevolg van dopinggebruik.²⁷ Financiële schade wordt inmiddels ook direct aan doping gerelateerd: LPR Brakes, de voormalige werkgever van de Italiaanse wielrenner Danilo di Luca, heeft aangekondigd Di Luca aan te klagen en een schadevergoeding te vorderen wegens imagoschade als gevolg van de negatieve publiciteit door zijn dopingvergrijp.²⁸

13.2.4.1.2 Concurrenten De aanwezigheid van doping in sport heeft ook negatieve economische effecten voor degenen die geen doping gebruiken. In de gevallen waarin een atleet doping 'succesvol' gebruikt en er wedstrijden mee wint zonder positief op doping getest te worden, zal de tegenstander van wie hij anders wellicht had verloren economische schade lijden. Op kleine schaal kan dit het geval zijn als een tennisser onvoldoende presteert door dopinggebruik van zijn concurrent en als gevolg daarvan zijn coach moet ontslaan. Op grote schaal als een voetbalclub mensen moet ontslaan vanwege lage recettes als gevolg van slechte prestaties in de voetbalcompetitie.

Voetbalclub Ajax neemt al enige tijd niet meer regelmatig deel aan de lucratieve Champions League. Lucratief omdat de winnaar van het afgelopen seizoen, Inter Milaan, 120 miljoen Euro verdiende met de winst.²⁹ PSV verdiende in 2009 18 miljoen Euro aan de Champions League.³⁰ Ajax heeft nu al 4 seizoenen de inkomsten uit de Champions League moeten missen. Vergelijk deze bedragen met het tekort van 25 miljoen Euro³¹ dat Ajax in het seizoen 2009-2010 zal opbouwen. Als gevolg van de financiële problemen is Ajax gedwongen te saneren en zullen naast het laten afvloeien van spelers uit de selectie ook werknemers worden ontslagen indien de club zich dit jaar niet kwalificeert voor de Champions League.

Het is voorstelbaar dat mindere prestaties van voetbalclubs het gevolg kunnen zijn van dopinggebruik door andere clubs. In 1996 verloor Ajax de finale van de Champions League van Juventus. Een jaar later werd Ajax in de halve finale uitgeschakeld, eveneens door Juventus. Op 26 november 2004 werd de clubarts van Juventus,

²⁶ NRC Handelsblad, 26 juli 2007.

Sponsor Rabobank gaf een startverbod aan de voor Rabobank fietsende Deen Rasmussen die op dat moment leider was in de Tour uit financiële overwegingen. "Rabobank is met het grootste budget (ruim 11 miljoen euro per jaar) en het langst lopende contract (tot 2012) nog altijd een machtsfactor in het peloton. Maar de sponsor wil niet het risico lopen volgend jaar niet aan de Tour te mogen deelnemen. De drie weken durende wielerronde is aan exposure op televisie en in kranten 15 miljoen euro waard, becijferde de bank." Hierbij dient te worden aangetekend dat horlogefabrikant Festina, sponsor van het Festina wielerteam tijdens de Tour de Dope van 1998 nooit meer horloges heeft verkocht dan in het jaar 1998.

²⁷ TVM, Festina, Liberty Seguros-Würth, Phonak.

²⁸ De Standaard, 12 augustus 2009.

²⁹ Mastercard Study, door Prof. Simon Chadwick, 21 mei 2010.

³⁰ Eindhovens Dagblad, 27 februari 2010.

³¹ Novum, 20 maart 2010.

³² De Standaard, 27 november 2004.

³³ Simon Chadwick, 'Madrid 2010: UEFA Champions League Final Worth €351.5m' Mastercard Study, 21 mei 2010. Verliezend finalist Bayern Munchen verdiende 70 miljoen Euro aan de Champions League.

³⁴ Eindrapport Sport & Economie, p. 25.

³⁵ Witboek Sport, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, par. 2.5

³⁶ Eindrapport Sport & Economie, pag. 25. Volgens: 'Geven in Nederland' (onderzoek naar bijdragen van Nederlandse huishoudens aan goede doelen) deed in 2006 12% van de Nederlandse bevolking vrijwilligerswerk in de sport.

³⁷ Witboek Sport, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, 2.4.1 par. 1: "Figures suggest that there are around 10 million volunteers active in about 700000 sport clubs throughout the EU. In some Member States, more than 10% of adults voluntarily engage in the sport sector, and in most countries sport constitutes one of the key areas of voluntary work. Moreover, volunteering in sport must be considered as one of the cornerstones of the characteristics of sport in Europe."

³⁸ Witboek Sport, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, par. 2.4.

Ricardo Agricola, veroordeeld tot 22 maanden cel omdat hij tussen 1994 en 1998 spelers van Juventus doping toediende.³²

Afgelopen jaar bedroeg het verschil in beloning tussen de winnaar en de finalist van de Champions League 50 miljoen Euro.³³ In 1996 en 1997 was het verschil in prijzengeld niet zo groot, maar wel ruim voldoende om de huidige tekorten mee te dekken.

13.2.5 Sociaal-maatschappelijk

13.2.5.1 Vrijwilligerswerk

Een aanzienlijk aandeel in de economie is niet de enige belangrijke dimensie van sport voor de maatschappij. Sport heeft ook een grote sociaal-maatschappelijke functie. Sport is *het* middel dat de meeste burgers in de maatschappij bindt. Deze belangrijke positie van sport in de maatschappij uit zich op verschillende manieren. Allereerst in vrijwilligerswerk. Sport is het gebied waar het grootste aantal vrijwilligers actief in is.³⁴ Sport, sportclubs- en verenigingen geven een '*sense of belonging*'. "*Sport makes an important contribution to economic and social cohesion and more integrated societies. All residents should have access to sport. The specific needs and situation of under-represented groups therefore need to be addressed, and the special role that sport can play for young people, people with disabilities and people from less privileged backgrounds must be taken into account.*"³⁵

Het grote netwerk van sportclubs, verenigingen en sportbonden maakt sport het in aantal bestede uren omvangrijkste gebied van vrije tijdsbesteding in Nederland. Sport is bij uitstek een geschikt middel om sociale contacten te leggen, te integreren, kortom, om onderdeel van de maatschappij uit te maken. Daarnaast inspireert het mensen om een deel van hun eigen tijd belangeloos in de samenleving te investeren. In 2004 voerden in Nederland circa 1,6 miljoen mensen vrijwilligerswerk in de sport uit.³⁶ Niet alleen in Nederland maar ook in de Europese Unie is sport de sector waar het meeste vrijwilligerswerk wordt gedaan.³⁷

*"Volunteering in sport organisations provides many occasions for non-formal education which need to be recognised and enhanced. Sport also provides attractive possibilities for young people's engagement and involvement in society and may have a beneficial effect in helping people steer away from delinquency."*³⁸

13.2.5.2 Integratie

De bijdrage van sport aan de samenleving blijft niet beperkt tot vrijwilligerswerk. Sport draagt ook bij aan de maatschappelijke acceptatie en integratie van minderheden. Daarnaast gaat sport discriminatie tegen.

Sport speelt een belangrijke rol in een soepel integratieproces van nieuwkomers. Nederland heeft gedurende de afgelopen vijftig jaar veel immigratie gekend. Sommige immigranten vinden makkelijker hun plek in de samenleving dan anderen. In een nieuw land een nieuw leven opbouwen is niet eenvoudig. Waar de aanpassing niet snel genoeg gebeurde, leidde dit tot klachten bij delen van de autochtone Nederlandse bevolking. Spanningen onder de Nederlandse bevolking zijn het gevolg van twee verschillende opvattingen. Eén bevolkingsgroep is van mening dat er te weinig inzet wordt getoond, een andere bevolkingsgroep is van mening dat er teveel wordt gevraagd. Dit zorgt voor dermate veel frictie in de huidige samenleving dat de overheid van mening was dat een *“verbeterde samensmelting van verschillende bevolkingsgroepen in de samenleving”*,³⁹ - integratie,⁴⁰ - de inzet van het kabinetsbeleid moest worden.⁴¹ *“Doel van het integratiebeleid is een samenleving waaraan iedereen actief en volwaardig kan meedoen.”*⁴²

Harmonieuze integratie is een nastrevenswaardig doel. Het is niet opportuun om segregatie van bevolkingsgroepen na te streven, evenmin om complete assimilatie te eisen van niet-autochtone bevolkingsgroepen.⁴³ Wat overblijft is integratie. Hieruit volgt de taak voor nationale overheden om de voorwaarden te creëren die integratie mogelijk maken.⁴⁴

*“Sport can also facilitate the integration into society of migrants and persons of foreign origin as well as support inter-cultural dialogue. Sport promotes a shared sense of belonging and participation and may therefore also be an important tool for the integration of immigrants. It is in this context that making available spaces for sport and supporting sport-related activities is important for allowing immigrants and the host society to interact together in a positive way.”*⁴⁵

Voor de overheid is sport bij uitstek geschikt als middel om een verbeterde integratie in de hand te werken. In Nederland wordt departementsoverschrijdend⁴⁶ met sport gewerkt om verschillende doelen te realiseren, waaronder integratie.

³⁹ Postbus 51 communicatie van de Rijksoverheid over integratie.

⁴⁰ Commissie Blok, ‘Bruggen Bouwen’, 19 januari 2004, p. 105. Definitie van integratie: *“Een persoon of groep is geïntegreerd in de Nederlandse samenleving wanneer er sprake is van gelijke juridische positie, gelijkwaardige deelname op sociaaleconomisch terrein, kennis van de Nederlandse taal en wanneer gangbare waarden, normen en gedragspatronen worden gerespecteerd. Integratie is een tweezijdig proces: enerzijds wordt van nieuwkomers verwacht dat zij bereid zijn te integreren, anderzijds moet de Nederlandse samenleving die integratie mogelijk maken.”*

⁴¹ ‘Bruggen Bouwen’ p 53.

⁴² Communicatie van het Ministerie van VROM over integratie.

⁴³ Onder meer: Hans Dijkstal in ‘Bruggen Bouwen’: p. 60.

⁴⁴ Witboek Sport, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, Paragraph 6 : *“At the same time there is a need to better use the potential of sport as an instrument for social inclusion in the policies, actions and programmes of the European Union and Member States. [...] Also in this light, sport activities contributing to social cohesion and to social inclusion of vulnerable groups can be considered as social services of general interest.”*

⁴⁵ Witboek Sport, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, par. 2.5

⁴⁶ Eindrapport Sport & Economie, p. 21. In Nederland zijn direct of indirect 6 ministeries betrokken bij sport in de samenleving. Ministerie van Algemene Zaken, - Versterking van sociale samenhang en binding in de samenleving; Ministerie van VWS, - departementale voortrekker op het gebied van ontwikkeling en uitvoering van nationaal sportbeleid; Ministerie van EZ, - in het belang vanuit marktwerking; Ministerie van OCW, - o.a. lichamelijke opvoeding en sportopleidingen; Ministerie van VROM, - ruimtelijke ordening voor sport en bewegen; Ministerie van Defensie, - Ondersteuning van militaire topsporters.

⁴⁷ Krouwel, Boonstra, Duyvendak, Veldboer. 'A Good Sport? Research into the Capacity of Recreational Sport to Integrate Dutch Minorities', in: *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 41 No. 2 (2006) pp. 165-180.

⁴⁸ *Witboek Sport*, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, paragraph 7: "The first European anti-racist football network, "Football Against Racism in Europe – FARE", was founded at a seminar sponsored by the European Commission."

⁴⁹ *Witboek Sport*, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, 2.5.1 par. 7 "[...] highlights the importance of participating in sport activities as a means to prevent and tackle social exclusion of children on the one hand, and on the other hand as a tool for promoting the integration of immigrants and social inclusion of ethnic minorities."

September 2005 Communication "A Common Agenda for Integration – Framework for the Integration of Third-Country Nationals in the European Union"

⁵⁰ The Mission Statement van Right to Play leest: "To improve the lives of children in some of the most disadvantaged areas of the world by using the power of sport and play for development, health and peace."

⁵¹ *The Times*, 28 januari 2005.

Hoe meer alle bevolkingsgroepen vervlochten zijn met de samenleving, hoe meer iedereen zich bewust zal zijn van een algemeen gedeeld waardensysteem.⁴⁷ In plaats van een verwijdering tussen bevolkingsgroepen kan men hopen op een toenadering binnen de samenleving.

13.2.5.3 Discriminatie

Ten slotte kan sport worden gezien als sector waar discriminatie bestreden kan worden. Huidskleur,⁴⁸ sociale achtergrond, seksuele voorkeur zouden alle geen rol van betekenis moeten spelen op het sportveld. Sport is een van de meest gangbare en ongedwongen manier en voor mensen van verschillende achtergronden en culturen om met elkaar in contact te kunnen komen.⁴⁹ Met organisaties als *Right to Play*⁵⁰ en *Stand Up Speak Up*⁵¹ worden initiatieven georganiseerd om discriminatie tegen te gaan met behulp van sport.

Sport kan ook op andere manieren zorgen voor een subtiele verandering van inzicht. Wereldwijd zijn Michael Jordan en Tiger Woods (vóór zijn privéproblemen wereldnieuws werden) absolute grootheden in hun respectievelijke sporten: basketbal en golf. Met hun sportieve prestaties hebben zij een positief effect gehad op het imago van zwarte Amerikanen die in de media vooral geconfronteerd worden met een negatieve beeldvorming.⁵²

13.2.5.4 Gezondheid

Meer bewegen is goed voor de gezondheid. Lichaam en geest zijn gebaat bij sporten. Verzekeraars maar ook de overheid hebben hun beleid op basis hiervan aangepast.⁵³ Bewegen is overheidsbeleid geworden.⁵⁴ Een van de pijlers van het sportbeleid⁵⁵ van het Ministerie van Welzijn en Sport is erop gericht om mensen meer te laten bewegen, want:

*“Vanuit het gezondheidsperspectief is de bestrijding van bewegingsarmoede een belangrijke maatschappelijke opgave. Regelmatig bewegen draagt niet alleen bij aan de preventie van overgewicht en diabetes, maar ook aan de preventie van depressie, hart- en vaatziekten en dementie. En daarmee kan niet vroeg genoeg begonnen worden.”*⁵⁶

Volgens recente gegevens heeft 40 % van de volwassenen in Nederland overgewicht, en 10 % van de Nederlanders lijdt aan obesitas. Jaarlijks leidt dit tot veertigduizend nieuwe gevallen van ouderdomsdiabetes, hart- en vaatziekten en kanker. Daarnaast kan 5% van de totale sterfte worden toegeschreven aan overgewicht. Kinderen blijven niet gevrijwaard van dit probleem, 13% van de jongens en 14% van de meisjes heeft overgewicht.⁵⁷

Goed voorbeeld doet goed volgen. Kinderen zijn gevoelig voor successen behaald door topsporters door zelf geïnspireerd te raken om te gaan sporten. Daarnaast heeft onderzoek aangetoond dat sport bij kinderen een positieve invloed heeft op de cognitieve vaardigheden.⁵⁸ Het ruimtelijk inzicht en rekenen verbetert door te sporten, ook de sociale ontwikkeling wordt positief beïnvloed door participatie in sport.

Het overgewicht en de obesitas zijn volgens de Gezondheidsraad toe te schrijven aan een toenemende bewegingsarmoede. Wat men eet - de energie-inname - speelt ook een rol, maar in dit geval gaat het om een energie-inname die *relatief* hoog is ten opzichte van de hoeveelheid beweging die men krijgt op een dag.

Uit de landelijke voedselconsumptiepeilingen blijkt dat in Neder-

⁵² Onderzoek naar onbewuste beeldvorming wordt gedaan aan de hand van een *Implicit Association Test (IAT)* ontwikkeld aan *Harvard University*. De onderliggende veronderstelling is dat mensen gemakkelijker zaken associëren met de ene groep mensen dan met de andere. Het gemak waarmee men een woord aan een groep koppelt vertaalt zich in een meetbaar grotere associatie-snelheid. Bijvoorbeeld, men associeert 'stofzuigen' sneller met vrouwen en 'carrière' met mannen, ongeacht of men zich wel of niet als geëmancipeerd beschouwt. De test is online beschikbaar: <http://www.implicit.harvard.edu>. Er bestaan IAT-testen over nationaliteit en over etnische achtergrond.

Malcolm Gladwell, 'Blink', New York 2005, p. 100 geeft een voorbeeld van positieve beeldvorming door middel van sport: *"It is true, for instance, that you can take the Race IAT or the Career IAT as many times as you want and try as hard as you can to respond faster to the more problematic categories, and it won't make a whit of difference. But, believe it or not, if, before you take the IAT, I were to ask you to look over a series of pictures or articles about people like Martin Luther King or Nelson Mandela or Colin Powell, your reaction time would change. Suddenly it won't seem so hard to associate positive things with black people. "I had a student who used to take the IAT every day," Banaji says (Mahzarin Banaji is één van de drie ontwikkelaars van de IAT, GB): "It was the first thing he did, and his idea was to just let the data gather as he went. Then this one day, he got a positive association with blacks. And he said, 'That's odd. I've never gotten that before, 'because we've all tried to change our IAT score and we couldn't. But he's a track-and-field guy, and what he realized is that he'd spent the morning watching the Olympics."*

⁵³ Ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport (VWS), Nota 'Tijd voor sport', september 2005. Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), 'Kosteneffectiviteit en gezondheidswinst van behalen beleidsdoelen bewegen en overgewicht', 260701001/2005.

⁵⁴ Eindrapport Sport & Economie, p. 81.

⁵⁵ De overheidsprogramma's: 'Nationaal Actieplan Sport & Bewegen', en 'Gezonde Sportbeoefening' worden door de verschillende ministeries ingezet om meer mensen meer te doen bewegen. Eindrapport Economie & Sport, p. 22.

⁵⁶ Min. VWS, Nota 'Kracht van Sport', januari 2008, p. 8.

⁵⁷ Gezondheidsraad, Advies 'Overgewicht en obesitas', 28 april 2003, nr 2003/07, p. 13.

⁵⁸ Chris Visscher, hoogleraar Jeugdsport RU Groningen.

⁵⁹ Gezondheidsraad 2003, p. 14.

⁶⁰ Gezondheidsraad 2003, p. 15.

land de gemiddelde energie-inname over de periode 1987/1988 tot 1997/1998 is *gedaald*. Dit betekent dat de hoeveelheid beweging over die periode nog sterker is afgenomen.⁵⁹ Dagelijks een uur matige beweging lijkt voldoende om overgewicht en obesitas bij volwassenen tegen te gaan.⁶⁰

Dit zou leiden tot een grote besparing van kosten aangezien overgewicht verantwoordelijk is voor een hogere belasting van de gezondheidszorg. In de Verenigde Staten worden de kosten van obesitas geschat op 6-7% van de totale kosten van de gezondheidszorg. Voor West-Europese landen ligt dit percentage tussen de 1 en 5%, waarbij moet worden aangetekend dat deze cijfers dateren uit een periode waarin er minder obesitas was dan nu. Voor Nederland is door het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (Centrum voor Volksgezondheid Toekomstverkenningen) en de Erasmus Universiteit (Instituut Maatschappelijke Gezondheidszorg) een schatting gemaakt van de directe kosten voor de gezondheidszorg die samenhangen met overgewicht en obesitas. In 1999 bedroeg dit € 505 miljoen. De indirecte kosten worden door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg geschat op € 2 miljard per jaar.⁶¹

⁶¹ Gezondheidsraad 2003, p. 53.

13.3 *Conclusie*

Samenvattend kan men stellen dat sport een grote rol heeft in de huidige maatschappij. Het is een groot verschaffer van werkgelegenheid. Het is een economische motor voor veel verschillende gebieden⁶² waar veel mensen voor hun broodwinning van afhankelijk zijn. Het heeft als sociaal-maatschappelijke functie een positieve invloed op integratie en beeldvorming van minderheden. Het is de grootste vorm van verenigingsleven, de grootste vorm waarin mensen vrijwilligerswerk doen voor de samenleving, en sport vormt een positief antwoord op discriminatie en racisme. Ten slotte heeft de hele samenleving er belang bij dat er meer aan sport wordt gedaan vanwege het positieve effect op de volksgezondheid.

⁶² Bijvoorbeeld het dorpje Herzogenaurach in Zuid-Duitsland. Met bijna 23.000 inwoners vormt het dorp de vestiging van twee van de grootste sportmerken ter wereld: Adidas en Puma. Het grootste deel van de werkgelegenheid in deze stad en de wijde omgeving wordt verzorgd door deze twee sportmerken. NB Van origine zijn Adidas en Puma van twee concurrerende broers, Adi en Rudi Dassler.

Bijlage II, Redenen om doping te nemen

De dopingbestrijding is gediend met een beter begrip van de beweegredenen van atleten om prestatiebevorderende middelen te nemen. Om effectief te zijn moet dopingbestrijding gericht zijn op deze beweegredenen en deze van hun overtuigingskracht ontdoen. Zo niet, dan faalt zij.

De overwegingen om doping te nemen vallen in drie redenen uiteen.

1. Eerzucht. Atleten hebben een grenzeloze ambitie om de beste te worden en daarvoor moet alles wijken.
2. Sociaal economische motivatie. Voor veel atleten is een socio-economische motivatie van belang. Succes in de sport leidt tot erkenning in de maatschappij en de daarbij horende financiële compensatie.
3. Kosten-baten analyse. Veel atleten maken een puur economische kosten-baten afweging. Ze zien iedereen in hun omgeving doping gebruiken en er beter door presteren zonder betrap te worden. Is de pakkans laag en de beloning hoog, dan gebruiken zij doping.

14.1 Eerzucht

Eerzucht blijkt de belangrijkste reden te zijn voor atleten om doping te gebruiken. Het is vaak de reden waarom men ooit met sporten is begonnen. Sport is competitie. Is het geen competitie dan wordt het tot een spelletje of tijdverdrijf en spreekt men niet meer van sport. Voor de meeste topsporters is het de wens om de allerbeste te worden hetgeen hen naar de verboden middelen drijft. De Belgische mountainbiker Filip Meirhaeghe, zilveren medaillewinnaar op

de Olympische Spelen van Sydney 2000 verwoordde het als volgt: *“Ambitie en echt niets anders. Geld speelde bij mij in elk geval niet mee, want van mountainbiken wordt een mens niet rijk.”*¹

¹ Het Nieuwsblad, 27 juli 2007.

Bjarne Riis, de winnaar van de Tour de France 1996, gaf vergelijkbare redenen toen hij toegaf tijdens zijn carrière doping te hebben gebruikt: *“We all make mistakes and I think my biggest mistake was to let my ambition get the better of me. [...] I did what it took to compete at the highest level back then.”*²

² Der Spiegel, 25 mei 2007.

Docent sportfilosofie aan de Universiteit van Amsterdam, Ivo van Hilvoorde gaat verder: *“Winnen is het hoogste doel. Voor die ambitie moet alles wijken. Als je gewend bent om gevierd te worden en te winnen, werkt dat verslavend. En als je dan ziet dat de rest slikt en sneller is, ben je bereid het risico te nemen.”*³

³ Zie noot 1 op pagina 138.

14.2 Socio-economische status verbeteren

14.2.1 Maatschappelijke ladder (socio)

Hoewel er de afgelopen eeuw al veel aan de situatie verbeterd is, bepaalt achtergrond nog steeds in belangrijke mate het maatschappelijk succes. Het maakt uit wie je ouders zijn en op welke plek je wordt geboren. Kinderen die opgroeien in achterstandswijken hebben onvermijdelijk te maken met meer obstakels dan kinderen in voorstandswijken.⁴ Succes in sport is een bewezen manier om vooruit te komen vanuit een maatschappelijke achterstand.

*“Impoverished youth, particularly those from minority neighbourhoods, frequently view sport as a way out of their circumstances or at least as a free ride into higher education. Due in part to the meteoric rise of certain minority athletes, such as Michael Jordan, Tiger Woods, Magic Johnson, and others, many minority youths consider sport the ultimate salvation and stairway to upward mobility. In a Sports Illustrated poll of middle schoolers, 'professional athlete' was the preferred career choice of 57% of male African-American students.”*⁵

14.2.1.1 Minieme kans vergroten

Belangrijk voor het begrip waarom atleten doping gebruiken is dat het maar een klein percentage van de mensen gegeven is om professioneel atleet te worden. Voor de meeste sporten is dit percentage lager dan 0,2%.⁶ Op het moment dat blijkt dat men niet tot dit kleine percentage behoort, zijn in veel gevallen de alternatieve routes naar maatschappelijk succes al afgevallen. Er is veel tijd geïnvesteerd

⁴ De Franse socioloog Pierre Bourdieu, –bij leven de meest geciteerde socioloog van zijn tijdperk–, is een van de meest bekende proponenten van dit idee: *“By and large, agents adjust their expectations with regard to the capital that they are likely to gain in terms of the ‘practical’ limitations imposed upon them by their place in the field, their educational background, social connections, class position and so forth.”*

J. Webb, T. Schirato, G. Danaher, *‘Understanding Bourdieu’*, London 2005, 3e druk, p. 23.

⁵ Jerry W. Nave, in *‘Sport in American Culture’*, Santa Barbara 2004, (eds.) Joyce Duncan p. 377-378.

⁶ D.S. Eitzen, *‘Fair and Foul, Beyond the Myths and Paradoxes of Sport’*, Lanham 2006, p. 177-179.

om een beter atleet te worden, tijd die niet werd besteed aan andere mogelijkheden voor maatschappelijk succes zoals een goede opleiding. Dit maakt dat er naast eerezucht en ambitie ook verbeterheid een rol zal spelen. De kans om te slagen in de sport is veel kleiner gebleken dan men dacht, maar het is de enig overgebleven weg. Doping wordt als gevolg hiervan een grotere verleiding.

14.2.2 Financiële dimensie (economische)

Succesverhalen versterken aanstaande sporters in het geloof dat sport een manier is om sociaal-economisch vooruit te komen. Hoewel het verhaal van de 99 die het niet halen vaak niet wordt verteld, zelfs als dit wel het geval is, beklijft het verhaal van de uitzondering die wel in een moderne van 'rags-to-riches'-variant de top van de Olympus heeft bereikt. De succesverhalen geven daarmee dus een vertekend beeld, echter onrealistisch is het niet. Financieel slagen met behulp van sport is geen absolute onmogelijkheid. Dit inspireert vooral jongeren, –en de familie om hen heen⁷–, die geen andere mogelijkheid zien dan sport om zich te verbeteren en daar al hun hoop op vestigen. De beloning is groot als je de top haalt. De eerste plek verdient beter dan de tweede plek, goud is letterlijk meer waard dan zilver. Echter, de constante druk om de top te halen kan leiden tot verkeerde keuzes.⁸

14.2.2.1 Professionalisering

In vrijwel iedere tak van sport zijn de beste atleten professionele sporters. Sport is hun werk geworden en de inkomsten zijn voor het grootste deel een direct gevolg van de sportprestaties. Een illustratie van deze verandering zijn de Olympische Spelen. De Olympische Spelen zijn voor veel sporters nog steeds het hoogst haalbare, maar waar vroeger alleen sporters met een amateurstatus mochten deelnemen aan de Olympische Spelen⁹, worden de Spelen tegenwoordig gedomineerd door professionele atleten. Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is de amateurstatus aan erosie onderhevig geweest.¹⁰ Inmiddels zijn alleen de boksers nog 'amateur' en kunnen in alle andere sporten professionals deelnemen.

14.2.2.2 Hoge beloning

In veel sporten zijn de topatleten supersterren met een salaris in overeenstemming met die status. Bijvoorbeeld in het basketbal zijn er 24 spelers met een salaris van meer dan 15 miljoen dollar per jaar. De sponsorcontracten komen daar nog bovenop. Het zijn echter

⁷ De vader van Tiger Woods begon zijn zoon op 2-jarige leeftijd al met een golfclub te trainen, de vaders van Seles, Capriati, Pierce en Graf lieten hun dochters vanaf dezelfde leeftijd trainen om ze te laten slagen als tennisster.

⁸ G. Rodenburg, R. Spijkerman, R. van den Eijnden & D. van de Mheen, Conclusies 'Nationaal Prevalentie Onderzoek Middelengebruik 2005', 2007, p. 22.

⁹ De oprichter van de moderne Olympische Spelen, Pierre de Coubertin, was erg gecharmeerd van het Engelse 'public school' idee dat sport vooral ziet als 'onderdeel' van een aantal eigenschappen die een 'gentleman' moest hebben. Men moet goed zijn in meerdere dingen en niet alleen maar gericht op één specifiek ding. Professionaliteit in de sport werd dan ook gezien als een vorm van vals spelen, omdat er een oneerlijk voordeel zou zijn ten opzichte van de amateur die er niet zijn geld mee verdient en dus niet al zijn tijd kan besteden aan de sport.

¹⁰ In de Oostbloklanden waren de atleten vaak staats-gesponsorde 'amateurs'. Daarmee vervaagde de lijn tussen amateurstatus en professioneel atleet.

¹¹ BNR Nieuwsradio, 3 november 2009.

¹² Nederlands Dagblad, 26 juni 2010. Kees Jansma: "Vroeger was het heel normaal dat je bij het tekenen van een contract meteen een sigarenwinkel kreeg. Dat was dan je zekerheid, naast het voetballen."

¹³ Zie noot 11.

¹⁴ "The 2009 US Open purse will top \$21.6 million, marking the third consecutive year that the tournament's prize money has increased by \$1 million" Bron: www.usopen.org.

¹⁵ UEFA Direct, juli 2009, nr. 87. p. 6.

¹⁶ Medailleprotocol NOC*NSF.

niet alleen de sterspelers die goed verdienen. Ieder jaar betalen professionele sportteams meer uit aan salarissen dan het vorig jaar.¹¹ Waar vroeger topvoetballers na hun carrière gedwongen waren om een sigarenzaakje uit te baten¹², kunnen veel modale voetballers nu tijdens hun sportieve carrière voldoende verdienen om er de rest van hun leven comfortabel van te leven. In een teamsport als voetbal zijn er naast de topspelers ook veel spelers met minder kwaliteit. Om een selectie van een voetbalelftal competitief te houden zijn er in de Nederlandse eredivisie per elftal gemiddeld 25 contractspelers nodig. In de Nederlandse Eredivisie, bij lange na niet de beste noch de bestbetalende voetbalcompetitie ter wereld, is het gemiddelde salaris van een voetballer € 335.000 per jaar.¹³

Naast de salarissen stijgen ook de inkomsten als gevolg van prestaties. Vrijwel iedere sport vergroot jaarlijks zijn prijzengeld, dat geldt zowel voor Grand Slams in het tennis¹⁴, de Champions League in het voetbal¹⁵, of de beloning die nationale overheden geven voor medailles behaald op Olympische Spelen.¹⁶

14.2.2.3 Onevenredigheid in beloning

Gesteld kan worden dat – afhankelijk van de tak van sport - indien men slaagt als sporter de beloning zeer hoog is. Dat maakt dat de bereidheid om de top te bereiken voor atleten zeer hoog zal zijn en dan is het voorstelbaar dat zij om dat doel te verwezenlijken doping gebruiken. Echter, zelfs als men al de status heeft van professioneel atleet zonder doping te hebben gebruikt, blijft de verleiding groot. Dat komt voort uit de inkomensverdeling in professionele sport die anders ligt dan bij de meeste andere beroepen. Wil een bakker meer verdienen dan zal hij een extra brood moeten bakken, wil een tandarts meer verdienen dan zal hij een extra patiënt moeten behandelen. Als een tandarts jaren werkt zal hij uiteindelijk een heel behoorlijke kwaliteit van leven kunnen hebben, maar hij kan niet door één jaar heel bijzonder te boren zijn inkomen voor de rest van zijn leven verdienen. Een voetbalwedstrijd duurt voor de waterdrager en de superster 90 minuten, de knecht in het wielrennen fietst geen meter meer dan de winnaar. De beloning is wel ongelijk.

De ongelijkheid komt voor een groot deel voor rekening van sponsoordeals, waar de topatleten een veelvoud van hun verdiensten uit halen, en de modale atleten niets. Het jaarsalaris van basketbal-MVP LeBron James lag afgelopen jaar op ruim 14 miljoen dollar, ongeveer dezelfde bedragen die supersterren in het voetbal verdienen¹⁷. Met

¹⁷ Lionel Messi en Cristiano Ronaldo krijgen volgens hun contracten € 9,5 miljoen per jaar uitbetaald, dat met bonussen kan oplopen tot € 13 miljoen per jaar.

sponsorcontracten verdiende James daarboven op nog eens 40 miljoen dollar. Succes *in* de sport, verdient veel geld *buiten* de sport. Tiger Woods, in de afgelopen vijf jaar de meest verdienende sportman ter wereld, verdiende in 2008 127.902.706 dollar. Van die 128 miljoen werd een kleine 23 miljoen met toernooien aan prijzengeld gewonnen, de resterende 105 miljoen dollar kwam voort uit sponsordeals.¹⁸ Dat maakt dat sport een 'geschaald' systeem van uitbetaling heeft. Meer verdienen is niet het gevolg van meer werk. Deze onevenredigheid maakt het in de top zelfs aantrekkelijker om de allerbeste te willen worden, en dus zelfs indien men al professioneel atleet is, om doping te gebruiken.

¹⁸ Sports Illustrated, 'The Fortunate 50', december 2008.

14.3 Kosten-Baten analyse

Een simpel rekensommetje leert dat het voor atleten aantrekkelijk is om doping te gebruiken. De straf voor het gebruik van doping stond lange tijd niet in verhouding tot de ernst van het vergrijp. Lange tijd was de eerste straf voor een dopinggebruiker een tijdstraf in een wedstrijd, of in het ergste geval diskwalificatie. Aangezien de beloning onevenredig hoog is bij beter presteren, loont het bij lage straffen doping te gebruiken. Paul Wylleman, professor sportpsychologie aan de VUB Brussel: *"Het is zoals te snel rijden met de auto. Iedereen doet het, want je denkt dat de kans klein is dat je gepakt wordt. [...] Die renners maken een kosten-batenanalyse. Zoals wie belastingen ontduikt. Je doet het, omdat je denkt dat de boete die je krijgt, als je gepakt wordt, lager uitvalt dan het bedrag dat je er al die jaren aan verdiend hebt."*¹⁹

¹⁹ Het Nieuwsblad, 27 juli 2007.

14.3.1 Doel van straf

Straffen bestaan in de maatschappij om algemeen aanvaarde normen te handhaven. Hij die een norm schendt wordt gestraft door een daartoe bevoegde instantie. Een straf dient drie doelen.

1. preventie. Er moet een preventieve werking uitgaan van de straf, onderverdeeld in een

2.a algemeen preventieve werking en een 2.b individueel preventieve werking.

3. vergelding. Het onrecht aangedaan moet worden gewroken, het rechtsgevoel van de slachtoffers moet worden tevreden gesteld.

Men kan verschillende sancties bedenken voor het gebruik van doping. De strafwet kent de gevangenisstraf en de geldboete. Voor het gebruik van doping zijn op dit moment de schorsing en de geldboete de zwaarste sancties. De schorsing voor het gebruik van doping

²⁰ Als Merckx onder het huidige anti-doping regime had gereden, was hij nooit de grootste wielrenner aller tijden geworden. In dit regime leidt het eerste dopingvergriep automatisch tot twee jaar schorsing en bij recidive wordt men levenslang geschorst. In 1969 was de hoofdreden om Merckx niet te straffen het feit dat hij 'tot dat moment nog nooit op doping was betrapt'. Een emotioneel argument meer dan een argument op basis van de positieve test. Onder het huidige regime was Merckx toen al voor 2 jaar geschorst geweest, wat automatisch inhoudt dat hij niet had kunnen deelnemen aan de door hem gewonnen Tours van 1969 en 1970. Ook de Giro van 1970 zou niet door Merckx gewonnen kunnen zijn. Na de test van 1973 zou Merckx levenslang geschorst worden wat automatisch inhoudt dat nog 1 Tour, 1 Giro, 1 Wereldtitel, 2x Milaan-San Remo, 1 Ronde van Vlaanderen en 1 Luik-Bastenaken-Luik niet aan de erelijst van Merckx zouden zijn toegevoegd maar dat andere wielrenners deze wedstrijden hadden gewonnen. Indien men aanneemt dat in pas 1973 de eerste positieve test plaats had, betekent dat nog steeds 1 Tour, 1 Giro, 1 Milaan-San Remo, 1 Ronde van Vlaanderen en 1 L-B-L minder.

²¹ De toenmalige president van de wereldwielerbond, UCI, Félix Lévitan zei daarover "It was diplomacy, and, let us be frank, hypocrisy too." Bron: Cycling UK, 21 juni 1969, p 14.

²² Indien we ook bij Joop Zoetemelk hetzelfde gedachtenexperiment toepassen blijkt dat Nederland nooit een tweede Nederlandse Tour de France-winnaar (1980) zou hebben gehad daar Zoetemelk in 1979 al voor het leven geschorst zou zijn.

is relatief nieuw. De grootste wielrenner aller tijden, Eddy Merckx, is driemaal betrapt op doping. In twee gevallen leidde dat alleen maar tot schrapping uit de uitslag van de wedstrijd²⁰, in het andere geval werd uiteindelijk onder diplomatieke druk van het Belgische parlement de straf van Eddy Merckx opgeheven vanwege '*vermeende procedurefouten*'.²¹ In 1977 en 1979 werd de meest succesvolle Nederlandse wielrenner Joop Zoetemelk betrapt op het gebruik van doping in de Tour de France, in beide gevallen kreeg hij slechts een *tijdsstraf*.²²

De oude sancties leken daarmee geen algemeen preventieve werking te hebben en nauwelijks een individueel preventieve of vergeldende werking. Een schorsing voor lange tijd dient wel de drie doelen van een sanctie en dat is de logische ontwikkeling van de afgelopen jaren naar een systeem met zwaardere straffen.

14.3.2 Hoogte van de straf

Schorsingen naar aanleiding van dopinggebruik waren gedurende lange tijd niet gebruikelijk in alle sporten, in ieder geval niet zo gebruikelijk als het gebruik van doping was. Doping ziet men als onwenselijk; om mensen van onwenselijk gedrag af te houden gebruikt men straffen. Als de straf hoog genoeg is veronderstelt men dat een meerderheid daardoor niet het risico zou willen nemen om de norm te schenden. Dit is de algemene preventie. Als de straf een lange schorsing is dan is er ook sprake van individuele preventie; tijdens de schorsing kan de atleet geen wedstrijden winnen dankzij het oneerlijke voordeel dat hij verkreeg met de doping. Het derde doel van de straf, vergelding, is dat de atleet in de periode dat hij geschorst is niet kan verdienen omdat hij niet kan deelnemen aan wedstrijden. Tegelijkertijd dient de boete als genoegdoening voor zijn slachtoffers, namelijk zijn naaste concurrenten en het publiek dat naar een schijnvertoning heeft gekeken. Omdat de carrière van een atleet normaliter vrij kort is, zou een lange schorsing afschrikwekkend kunnen werken. Een schorsing kan in ieder geval het rechtsgevoel van de '*slachtoffers*' (de schone atleten en het bedrogen publiek) bevredigen.

Echter, deze overwegingen hebben pas recent geleid tot strengere straffen op dopinggebruik. Omdat tot voor kort de straffen niet voldoende zwaar waren, leidde een kosten-baten afweging vrijwel altijd tot het gebruik van doping. Een atleet vergeleek wat hij zou kunnen winnen door doping te gebruiken met wat hij zou kunnen verliezen als hij zou worden betrapt. Een afweging tussen enerzijds het te behalen voordeel en anderzijds de straf, vermenigvuldigd met de pakkans.

14.3.2.1 Verandering in straf

De hoogte van de straf is in de eerste plaats van belang voor het preventieve effect. Als de straf uitsluiting voor het leven van deelname aan evenementen²³ is, dan zal dat voor veel atleten een andere perspectief geven dan als men alleen maar een tijdstraf krijgt in de desbetreffende wedstrijd. Men kan deze afweging ook in een economisch perspectief schetsen. Stel dat men zonder doping per jaar € 200.000 verdient. Met doping wint men meer wedstrijden en verdient men in een jaar tijd € 1.000.000. In een economische afweging is het dan volstrekt logisch om doping te nemen als de straf slechts een of twee jaar schorsing zou zijn,²⁴ terwijl dat economisch onverantwoord zou zijn als men voor een dopingvergriep levenslang geschorst zou worden. Deze situatie ligt enigszins anders voor sporters die aan het einde van hun carrière zijn, men ziet dan ook dat zij keuzes maken die vanuit een economisch perspectief aantrekkelijk zijn.²⁵ Michael Sherman maakt dit duidelijk aan de hand van de Game-Theory.²⁶

14.3.2.2 Verandering in beloning

Als men de beloning zou veranderen, dan zou dat van invloed kunnen zijn op een andere manier. De atleten voor wie het financieel gewin de belangrijkste reden is om doping te nemen zullen waarschijnlijk andere keuzes maken als het gebruik van doping geen of een kleine invloed heeft op het salaris. Er zijn sporten waarbij de recette wordt verdeeld onder *alle* deelnemers, onafhankelijk wie er wint.²⁷ Dan mag men hopen dat de onderlinge competitie de drijfveer is om te winnen, niet de grotere financiële beloning. Men kan dit illustreren door in het voorbeeld het bedrag van 1.000.000 met doping te vervangen door 250.000. Dan is het economisch nauwelijks meer aantrekkelijk om doping te gebruiken. Echter, een hogere beloning voor de beste is inherent aan sport, waardoor de oplossing eerder in een verhoging van de pakkans moet worden gezocht.

14.3.3 Pakkans

Een laatste factor van groot belang bij de afweging van een atleet om doping te nemen is het risico betrapt te worden. Het maakt verschil of 9 op de 10 atleten die doping gebruiken worden betrapt, of dat maar 1 op de 10 atleten wordt betrapt.²⁸ Het wielrennen van begin jaren negentig wordt als startpunt gezien van 'professionele dopingbegeleiding'. Sindsdien zijn er maar enkele atleten succesvol geweest die geen doping hebben gebruikt.²⁹ Velen gebruikten doping, niemand werd

²³ Artikel 10.2 WAD Code 2009 bepaalt de duur van de schorsing na een eerste vergriep op 2 jaar. Artikel 10.7.1 geeft de strafbepalingen in geval van een tweede of derde vergriep, waar voor genoemde vergriepen bij recidive de straf begint op 6 jaar tot een levenslange schorsing (aangetekend dient te worden dat gezien de relatief korte carrière van een atleet 6 jaar nagevoeg gelijk staat aan een levenslange schorsing.)

²⁴ Artikel 10.2 WAD Code.

²⁵ Johan Museeuw gaf in een tv-uitzending van 5 april 2008 als antwoord op de vraag waarom hij doping had gebruikt in de nadagen van zijn carrière: "Waarom? Het is makkelijk (om aan te komen, dus de keus is makkelijk, red. GB). Het is op het einde van mijn carrière, ik begin af te takelen, ik was 38 jaar, dus ..."

²⁶ Michael Sherman, in: 'Scientific American', 2 april 2008.

²⁷ Wielersdaagsen werkten lang volgens dit principe, maar ook bijvoorbeeld het keirin (een vorm van baanwielrennen) in Japan waar er een deelnamepremie bestond.

²⁸ Het Nieuwsblad, 11 augustus 2007. Oud-wielrenner en Nederlands kampioen van 2001 Jans Koerts: "Als iedereen het doet en het is niet op te sporen, dan doe je gewoon mee."

²⁹ Van de laatste zeven Tour-winnaars zijn er drie positief bevonden, of is op andere wijze vast komen te staan dat doping werd genomen (Riis, Pantani, Ullrich). Twee andere renners wonnen de Tour omdat de eigenlijke winnaar werd gediskwalificeerd (Pereiro Sio en Contador vanwege diskwalificatie van respectievelijk Landis en Rasmussen) en voorlopig is van deze zeven alleen Sastre nog gevrijwaard gebleven van controverse. Zijn winst in de Tour werd een winst van de armoede genoemd.

³⁰ Belgische wielrenner Edwig van Hooydonck, nochtans winnaar van de Ronde van Vlaanderen in 1989 en 1991 stopte als gevolg van de intrede van georganiseerde doping in het peloton met wielrennen. Of, zoals spijtoptant Bernard Kohl het verwoordt: “Voor zover ik heb gezien is het niet mogelijk in de top te fietsen zonder doping” Dat maakt dat er eigenlijk maar twee keuzes zijn, stoppen of doping nemen. Een illustratie waarom dopingbestrijding noodzakelijk is.

³¹ Het Nieuwsblad, 22 juli 2009.

betrapt en als je niet meedeed dan kon je niet meekomen.³⁰ Inmiddels wordt op een nieuw prestatie-bevorderend middel in het wielrennen, CERA, een succesvolle test toegepast, namelijk iedereen die het in zijn bloed heeft, wordt betrapt. Dit leidt tot zeer heldere overwegingen, zoals van Danilo di Luca 2 dagen nadat hij was betrapt op het gebruik van CERA:

“Het afgelopen jaar zijn er tal van renners op het gebruik van CERA betrapt. Waarom zou ik dan nog zo dom zijn het te nemen”³¹

De pakkans is dus van invloed op de overwegingen van de atleten. Echter, dit moet niet automatisch tot de conclusie leiden dat de pakkans moet worden gemaximaliseerd ten koste van de rechten van de atleten. Werd men voorheen slechts tijdens wedstrijden gecontroleerd, om de *pakkans te vergroten* wordt men tegenwoordig voortdurend gecontroleerd, tijdens en *buiten* wedstrijden, tijdens en *buiten* de competitieperiode, tijdens en *buiten* de trainingsperiode, tijdens en *buiten* werktijden.

Men zou begrip kunnen hebben voor de maatregelen die de pakkans *tijdens* vergroten, echter de maatregelen *buiten* competitie vormen een steeds grotere inbreuk op de mensenrechten van atleten.

Het is de vraag of deze maatregelen de rechterlijke toets aan de mensenrechten doorstaan. Daarnaast kan men zich afvragen of deze mensenrechtenschendingen uit naam van het maatschappelijk belang van sport wel maatschappelijk aanvaardbaar zijn.

Sportorganisaties zijn van mening dat maatschappelijke aanvaardbaarheid op hun regelgeving niet van toepassing is. Zij stellen zich op het standpunt dat het *spelregels* zijn en om die reden niet toetsbaar door de rechter en daarmee niet toetsbaar voor de maatschappij.

14.4 Oplossing

14.4.1 Theorie

De oplossing laat zich makkelijk illustreren. Als men in het rekenvoorbeeld maar 1 op de 100 keer betrapt wordt dan is het zelfs aantrekkelijk om doping te gebruiken als de beloning € 250.000 bedraagt. Als de pakkans 99 op 100 is, dan is het voor niemand meer aantrekkelijk doping te nemen, zelfs al is die beloning € 10.000.000.

Deze voorbeelden geven aan op welke momenten sporters geneigd zouden kunnen zijn doping te gebruiken. Als we veronderstellen dat sporters rationele afwegingen maken, dan kan men het dopinggedrag beïnvloeden door de factoren in de afweging te veranderen. De

pakkans is de factor die het meest effect zal hebben en is bovendien het meest eenvoudig te beïnvloeden. Noodzakelijk is een wijze te vinden waarop de pakkans wel wordt verhoogd, zonder dat er te grote inbreuken op de rechten van atleten worden gemaakt.

14.4.2 Werkelijkheid

Het is mogelijk sporters zonder doping te laten sporten als men ze in een gevangenis huisvest waar zij hun gehele carrière verblijven, alleen uit hun cellen komen om aan wedstrijden deel te nemen, terwijl zij 3 maal daags worden getest op doping. Dat zou wellicht te ver gaan, als men atleten beschouwt als mensen met mensenrechten. Aan de andere kant zou men doping helemaal vrij laten, dan zouden we tijdens sportwedstrijden kijken naar de best (geprepareerde) atleet.³² Echter, dan is er geen sprake van sport meer en komt de gezondheid van atleten in gevaar. Waar trekt men de grens tussen zo effectief mogelijk controleren zonder een te grote inbreuk te maken op het leven van atleten?

³² De Volkskrant, 21 juli 1998. Bert Wagendorp op de Opinie-pagina.

Sportorganisaties zijn, zoals gezegd, van mening dat maatschappelijke aanvaardbaarheid op hun regelgeving niet van toepassing is. Zij stellen zich op het standpunt dat het *spelregels* zijn en om die reden niet toetsbaar zijn door de rechter en daarmee niet toetsbaar voor de maatschappij. Aan de andere kant benadrukken sportorganisaties evenwel voortdurend het *maatschappelijk* belang van hun sport, vooral om daarmee een beroep te doen op grote hoeveelheden gemeenschapsgeld. Dit is inwendig tegenstrijdig: òf het is maatschappelijk van belang, en dan heeft de maatschappij er alles over te zeggen, òf het is maatschappelijk niet van belang en dan kunnen we het afschaffen. Dat laatste blijkt maatschappelijk ongewenst. Daarom zijn de regels die aan sporters worden opgelegd in het geheel geen *spelregels*. Het zijn de regels die door de rechter zouden moeten worden getoetst om na te gaan of mensenrechten worden geschonden. Als er sprake is van schending dan is dat maatschappelijk onaanvaardbaar en voor zover de sportorganisaties niet zelf hun regels aanpassen is overheidsingrijpen, zoals in Spanje, noodzakelijk.

14.4.3 Samenvattend

Sporters staan onder grote druk. Een druk door henzelf opgelegd omdat ze de beste willen zijn. Een druk die zij sterk voelen omdat het soms de enige mogelijkheid is om hun situatie te verbeteren. Een druk opgelegd door hun familie omdat zij in de atleet de 'cashcow'

zien die hen naar een beter leven zal leiden. Een druk die men voelt doordat men het verschil ziet in succes, adoratie en inkomen tussen goud en zilver en het gemak waarmee men doping kan nemen zonder erop betrap te worden. Als men al deze factoren bij elkaar optelt, is het niet verwonderlijk dat er atleten zijn die bezwijken onder deze druk en in de verleiding komen om doping te gebruiken. Deze keuze wordt helemaal vanzelfsprekend als de pakkans laag is waardoor het risico van een sanctie, zelfs al is de sanctie erg hoog, verwaarloosbaar blijft ten opzichte van de beloning voor het nemen van doping.

Zo geschetst is een goede dopingcontrole onontbeerlijk, want men moet geen sport willen hebben waarbij atleten zich genoodzaakt zien om doping te nemen, of indien zij dit niet wensen, te stoppen. Op een schone manier sport bedrijven op het hoogste niveau moet mogelijk blijven en is iets waarnaar gestreefd dient te worden. Als doping niet in de weg stond aan de eerlijkheid van de sport en niet de gezondheid van atleten zou bedreigen, dan kon men wellicht overwegen doping vrij te geven, maar evenals er voor atleten overtuigende redenen zijn om doping te nemen, zijn er overtuigende redenen om doping *niet* toe te laten.

Bijlage III, Waarom is doping niet wenselijk?

15.1 Dopingbestrijding beschermt mensenrechten

De doeleinden van dopingbestrijding zoeken aansluiting bij universeel gedragen waarden zoals opgenomen in mensenrechtenverdragen:

Gezondheid als mensenrecht Artikel 25 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM) bepaalt: *“Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and wellbeing of himself and his family [...]”* Andere communicaties¹ en verdragen bevestigen dit, onder meer het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR)² en het Europees Sociaal Handvest (ESH)³.

‘Fair play’ in sport als mensenrecht is het recht op (rechtmatige) arbeid en de bescherming van de ongehinderde uitoefening van dat recht.

Recht op arbeid Artikel 6 lid 1 IVESCR bepaalt: *“The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.”*

Lid 2 gaat verder: *“The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include [...] policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.”*

Recht op ongehinderde arbeid Het recht op ongehinderde arbeid wordt bevestigd in de UVRM⁴ en het ESH.⁵

De bepaling: *‘just and favourable conditions of work’* maar ook *‘full and productive employment under conditions safeguarding fundamental*

¹ United Nations Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment no. 14 (2000). *“1. Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity. [...]”*

² Artikel 12.1 IVESCR: *“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.”*

³ Artikel 11 ESH: *“Everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable.”* dat in de herziene versie van 1996 van het ESH verder wordt uitgewerkt in 11.1 als *“to remove as far as possible the causes of ill-health.”*

⁴ Artikel 23 UVRM: *“Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.”*

⁵ Artikel 1 ESH: *“Everyone shall have the opportunity to earn his living in an occupation freely entered upon.”*

political and economic freedoms to the individual' houdt in dat men tijdens de uitoefening van het beroep niet onrechtmatig wordt gehinderd in de broodwinning. Dopinggebruik kwalificeert als onrechtmatig hinderen van de concurrenten in hun broodwinning.

Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid Rechtsbeginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn daarnaast voldoende juridische motivatie om naar eerlijke sport te streven.

15.2 *Historie*

Een van de vroegste en meest dramatische voorbeelden van onwenselijke gevolgen van doping in sport is de dood van de Engelse wielrenner Tom Simpson op de Mont Ventoux in 1967. Simpson, voordien winnaar van de Ronde van Vlaanderen, Parijs – Roubaix, de Ronde van Lombardijen, Milaan – San Remo en het wereldkampioenschap, probeerde die dag niet te veel achterstand te krijgen op de leiders in de wedstrijd. Hij bezweek daarbij aan een combinatie van de hitte, uitputting, alcohol en amfetaminen. Op het moment van overlijden droeg hij een nog ongebruikte ampul amfetamine bij zich.

De zaak Simpson vat twee redenen samen om doping uit de sport te weren. Doping is een gevaar voor de gezondheid. Doping maakt sport oneerlijk.

Simpson was voor een groot deel succesvol vanwege zijn ijzersterke wil om te winnen en zijn talent om pijn te weerstaan. Een ander deel van zijn succes was zijn bereidheid om verboden middelen te nemen. Dit leidde uiteindelijk ook tot zijn dood. Gedocumenteerd is zijn gebruik van stimulerende middelen in de jaren voordien. Hij zag het als een noodzaak om te kunnen winnen.⁶ Hij wist dat het niet goed voor de gezondheid kon zijn, maar beseftte dat wielrenners zonder doping niet konden winnen.

15.3 *Reactie: ingrijpende dopingbestrijding*

In de afgelopen 50 jaar is de dopingbestrijding jaarlijks steeds ingrijpender in het leven van atleten geworden. Tot 1960 werd er niet gecontroleerd. In 1970 werd sporadisch bij wedstrijden gecontroleerd. Vanaf 1980 werd er regelmatig bij wedstrijden gecontroleerd. Vanaf 1990 werden atleten niet alleen tijdens maar ook buiten wedstrijden gecontroleerd.

Met de invoering van de WAD Code in 2004 kwam de verplichting

⁶ Alan Ramsbotton, net als Simpson een Britse wielrenner die deelnam aan de Tour van 1967, zei erover: *"Tom took a lot of chances. He took a lot of it. I remember him taking a course of strychnine to build up to some big event. He showed me the box, and had to take one every few days. [...] Tom went on the Tour de France with one suitcase for his kit and another with his stuff, drugs and recovery things."* William Fotheringham, *'Put Me Back on My Bike: In Search of Tom Simpson'*, London 2003.

voor atleten om zich 365 dagen per jaar beschikbaar te houden voor dopingcontrole.⁷ Daartoe moeten zij vooraf aangeven waar zij zich zullen bevinden zodat zij gecontroleerd kunnen worden. Verplichting tot aangifte op straffe van een schorsing van twee jaar. Men wordt tot 30 maal in een half jaar gecontroleerd. Aanwezigheid van een verboden middel in het lichaam is voldoende om te worden veroordeeld, schuld of opzet speelt geen rol bij de vaststelling van een dopingvergriep.

De Internationale Wielervedunie (UCI) heeft op 1 januari 2008 het biomedisch paspoort ingevoerd waarin de bloedwaarden over een lange tijdsperiode worden opgeslagen en dat gebruikt wordt om schommelingen in de bloedwaarden te volgen.⁸

Deze ingrijpende maatregelen worden gesteund door nationale overheden, internationale sportbonden en de WADA. Deze (overheids-)ingrepen in het leven van atleten liggen op de grens van de wettelijk toelaatbare (overheids-)ingrepen in het privé-leven van burgers. Het zijn schendingen van de privacy, waarbij privacy in dit geval is gedefinieerd als het recht om met rust gelaten te worden.⁹

Doping bestrijden op een wijze die zo ingrijpend is in de levens van burgers lijkt alleen gerechtvaardigd als er een legitieme reden voor bestaat. Wat leidt de autoriteiten ertoe om deze keuze te maken?

15.3.1 Bescherming positieve invloed

Sport heeft een belangrijke economische en maatschappelijke betekenis. Het bereik van de sport is groot door het enorme aantal mensen dat betrokken is bij de breedtesport als sporter of als vrijwilliger. Er zijn weinig mensen die niet bereikt en (positief) beïnvloed kunnen worden door middel van sport. Iedereen die ooit (vroeg) begint in de breedtesport kan uiteindelijk in de topsport terechtkomen. Televisie-uitzendingen van topsport nemen ieder jaar de hoogste posities in op de ranglijst van best bekeken programma's van het jaar.¹⁰ Positieve effecten van sport kunnen worden gezocht in een verbetering van de gezondheid van de bevolking, een grotere maatschappelijke verbondenheid en huldiging van de fair-play principes die aan sport worden verbonden. Vanwege de grote invloed die sport op allerlei terreinen heeft, is het belangrijk sport te beschermen tegen negatieve invloeden.

⁷ WAD Code 2009, artikel 14.3.

⁸ Trouw, 25 november 2009.

⁹ Al zo vroeg als 1890. Warren & Brandeis, *'The Right to Privacy'*, in: Harvard Law Review, 15 december 1890, volume 5.

"Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone" [...] the question whether our law will recognize and protect the right to privacy".

¹⁰ Elsevier, 7 januari 2010. In 2009 was voor het eerst sinds 2002 een niet-sportprogramma het best bekeken programma van het jaar. 2009 was net als 2002 een jaar waarin Nederland niet aan een groot voetbaltoernooi deelnam.

15.3.2 Motivatie van autoriteiten

Het gevecht tegen doping is niet langer alleen een zaak van sportbonden of de Olympische beweging. Ook nationale overheden en intergouvernementele instanties zijn erbij betrokken. Dit komt tot uiting in de verschillende contracten, maatregelen en verdragen die zijn gesloten waarin deelnemende partijen zich committeren aan dezelfde doelen.

Er kunnen twee hoofdredenen onderscheiden worden waarom de strijd tegen doping door officiële instanties wordt aangegaan.

1. Bescherming van het eerlijke spel. De kern van de regels in de sport is dat iedere sporter zich eerlijk en rechtvaardig moet kunnen meten met anderen. Doping staat daaraan in de weg daar de atleet op onnatuurlijke wijze zich een oneerlijk voordeel ten opzichte van de concurrentie verschaft.
2. Bescherming van de gezondheid van sporters en daarmee de volksgezondheid. Atleten zijn bereid erg ver te gaan om succes te behalen, in sommige gevallen ten koste van hun leven. Atleten hebben een voorbeeldfunctie, dat in dit geval geen navolging verdient. De WAD Code omschrijft het doel van antidoping maatregelen in de preambule als volgt: *“To protect the Athletes’ fundamental right to participate in doping-free sport and thus promote health, fairness and equality for Athletes worldwide”*

¹¹ J.W. Soek, *The Strict Liability Principle and the Human Rights of the Athlete in Doping Cases*, 2006. p. 12.

¹² Sommigen vinden het de eigen keus van mensen om zichzelf in gevaar te brengen. Het recht op zelfbeschikking wordt hier gebruikt als verdediging voor atleten die doping wensen te gebruiken, tot het moment dat zij worden betrapt en daarmee de sportregels overtreden. Mijns inziens geen steekhoudend argument. Veel van de prestatiebevorderende middelen vallen in Nederland onder de Opiumwet, Nederland kiest met de Opiumwet, de Arbo-wet en de Wegenverkeerswet ervoor om mensen tegen zichzelf te beschermen. Nederland stelt daarmee de gezondheid van de bevolking boven de eigen vrije keus.

Peter J. Tettinger, *Die Dopingproblematik im Lichte der Europäischen Grundrechtsdiskussion*, (1998) leidt deze opvatting voorlopig af uit een rechtsstaat waarin de nadruk ligt op de burgerlijke vrijheden en grondrechten. Het komt neer op *“The individual is free to damage his own health, even if this involves taking doping. [...] Doping in this respect is no different from the use of nicotine and alcohol as far as risks to the user’s health are concerned.”* J.W. Soek, 2006, p. 14. Hoewel ik een groot voorstander ben van een ruime uitleg van de burgerlijke vrijheden deel ik deze opvatting niet.

Het IOC haalt de volgende beginselen aan op grond waarvan doping bestreden dient te worden: *“the protection of the athlete’s health; defence of medical and sports ethics; an equal chance for all in competition.”* Tezamen met de lijst van verboden middelen en methoden vormen deze beginselen de definitie voor het IOC: *“Any action that goes against these principles or infringes the banned list constitutes a doping case.”*¹¹

Voorlopig wordt de strijd tegen doping door de sportbonden en overheden vooral geplaatst binnen het gebied van sportregels. Dat houdt in dat voor handhaving en sanctionering is gekozen voor een *tuchtrechtelijke* aanpak. Dit omdat men de regulering van sport, waar de regulering van doping ook onder valt, nog steeds ziet als eigen aan sport.¹² De zwaarte van de straffen en het feit dat overheden zich middels verdragen internationaal hebben verplicht de strijd tegen doping aan te gaan, wijzen in een andere richting, maar voorlopig blijft het tuchtrecht en de daaraan verbonden uitsluiting van de burgerlijke rechter bestaan.

15.4 Doping is slecht voor de gezondheid

In de Preambule van het Olympisch Handvest verklaart het IOC bescherming van de gezondheid van atleten als onderdeel van haar missie en belooft *“to take measures, the goal of which is to prevent endangering the health of athletes.”* De dopingcontroles ingesteld door het IOC zijn er *“as a deterrent to protect athletes from the potential harmful side effects which some drugs produce.”* Volgens het International Convention against Doping is het gebruik van *“doping agents [...] unhealthy [...] and it is necessary to protect the physical and spiritual health of athletes”*.

Gezondheid als argument voor sportfederaties

Ook internationale sportfederaties geven in niet mis te verstane bewoordingen bescherming van de gezondheid als motivatie om doping tegen te gaan. Dopingcontroles zijn voor de federaties een logische stap om de gezondheid te beschermen. De Doping Control Regulations for FIFA Competitions: *“Doping [...] constitutes an acute or chronic health hazard to players with possible fatal consequences.”*

The International Paralympic Committee (IPC): *“A doping control is undertaken by IPC to ensure fair competition and also to protect the health of an athlete.”*

Nogmaals de FIFA: *“The aims of doping control are based on three fundamental principles: (inter alia) protecting the physical and mental integrity of the player, in effect safeguarding his health [...]”*

15.4.1 Noodzaak van bescherming gezondheid atleten

Het menselijk lichaam kent grenzen. Het ziet er (voorlopig)¹³ niet naar uit dat de 100 meter sprint onder de 9 seconden gelopen kan worden, evenmin dat een wielrenner het werelduurrecord op 65 kilometer per uur kan brengen. Beperkingen van het menselijk lichaam kunnen voor een deel worden ondervangen door meer en beter te trainen. Echter, zelfs met de beste trainingsvormen blijft er een grens aan het menselijk kunnen.

Om aan deze beperkingen te ontkomen is er het gebruik van doping. Bijvoorbeeld door het gebruik van epo (erythropoietin) kan men het aantal rode bloedcellen vermeerderen. Rode bloedcellen vervoeren onder meer zuurstof naar de spieren, met meer rode bloedcellen zal er minder snel verzuring optreden.¹⁴ Echter, hier zit voor het lichaam een grens aan. Een te hoog percentage van rode bloedcellen in het bloed leidt tot een dusdanige verdikking van het bloed dat het nauwelijks meer kan stromen.¹⁵ Dit kan weer leiden tot hartfalen,

¹³ Echter dit kan veranderen, 15 jaar geleden berekenden wetenschappers dat het voor het menselijk lichaam fysiek onmogelijk was om de 100 meter sprint ooit sneller te lopen dan 9.70 sec, statistici leken daarna de formule voor de ontwikkeling van het 10 meter wereldrecord te hebben gevonden, maar hadden 2070 als moment dat de 9.55 sec. zou worden verbroken. Inmiddels is het wereldrecord 9.55 sec. [Wired Magazine, 25 augustus 2008.](#)

¹⁴ De productie van rode bloedcellen kan ook worden gestimuleerd op natuurlijke wijze door voor een langere periode op hoogte te verblijven of op een andere manier de luchtdruk te verlagen. Langeafstandslopers uit Ethiopië hebben naast een natuurlijke aanleg ook het voordeel dat hun trainings- en leefomgeving zich op grote hoogte bevindt omdat het grootste deel van Ethiopië tussen 200 en 2500 m boven zeeniveau ligt. Inmiddels zijn hoogtestages door atleten en het slapen in een lagedrukt gangbare methoden om op (semi-) natuurlijke wijze het aantal rode bloedcellen te vermeerderen.

¹⁵ Had een wielrenner een hogere hematocrietwaarde dan 50% dan werd hij uit bescherming voor zijn eigen gezondheid 3 weken op non-actief gesteld. De natuurlijke waarde ligt rond de 40% met wat uitschieters naar boven en naar beneden. Bjarne Riis, tourwinnaar van 1996, was lang bekend als Monsieur 60% (volgens verzorger Jef d'Hondt had dit Monsieur 64% moeten zijn). Zijn bloed scheen zo dik als stroop te zijn, waardoor hij iedere nacht een aantal keren gewekt moest worden omdat in rust zijn bloed te langzaam rondgepompt zou worden. In 1996 bestond er nog geen effectieve dopingtest.

¹⁶ B. Goldman, P. Bush, R. Klatz, 'Death in the Locker Room: Drugs & Sports, Chicago 1992, p. 24.

¹⁷ Veel wielrenners die vroeg stierven, worden in verband gebracht met doping die zij eerder tijdens hun carrière of op dat moment namen, maar het is moeilijk om het verband direct te bewijzen. De wielrenners Bert Oosterbosch, Johannes Draaijer, de Poolse wielrenner Joachim Halupczok.

¹⁸ *Volkskrant*, 1 juli 2006. Een methode is een bloedtransfusie met eigen bloed tijdens de wedstrijd. Hierdoor kan men beter presteren en sneller herstellen. Andrei Vinokourov en Tyler Hamilton zijn wegens deze methode geschorst. De methode is riskant als men het bloed van een ander krijgt of als het bloed niet goed bewaard is. De Spaanse ex-wielrenner Jesús Manzano overleed bijna ten gevolge van fouten gemaakt met deze methode van doperen. Naar aanleiding van dit incident voert hij, als 'ervaringsdeskundige', actie tegen doping.

¹⁹ De WAD Code is er op gericht de verschillende vormen van doping die gevaarlijk zijn voor de gezondheid tegen te gaan. Door middel van het whereabouts systeem waardoor er vaker kan worden gecontroleerd, en het bio-medisch paspoort dat schommelingen in de bloedwaarden bijhoudt, hoopt men het gebruik van doping te ontmoedigen en daarmee de gezondheid van atleten te beschermen. De wielrenner Thomas Dekker was de eerste Nederlandse sporter die op basis van schommelingen in zijn bloedwaarden verdacht werd. Daaropvolgend werden oude bloedmonsters met nieuw ontwikkelde testen gecontroleerd, waarna alsnog bleek dat Dekker doping had gebruikt.

²⁰ *Volkskrant*, 13 januari 2000.

²¹ *Volkskrant*, 29 april 2000.

²² Directeur van het Oost-Duitse sportprogramma Manfred Ewalt werd in 1999 veroordeeld tot 22 maanden cel.

wat illustreert dat doping levensgevaarlijk is.

Dit schrikt veel atleten evenwel niet af. Atleten blijven bereid ver te gaan om succes te behalen. Dus ook met risico voor de eigen gezondheid. Een onderzoek gedaan door Goldman, Bush en Klatz in 1992 onder 200 atleten wees uit dat de overgrote meerderheid bereid was om vijf jaar successen te halen en dan direct te sterven.^{16 17}

Er zijn verschillende methoden om jezelf te prepareren met doping. De gemeenschappelijke noemer voor doping is dat het in alle gevallen onnatuurlijke manieren zijn om je lichaam beter te laten presteren en dat deze ernstige gevolgen kunnen hebben. Dopereen kan door middel van drugs of bijvoorbeeld door middel van bloedtransfusies.¹⁸ Atleten blijven hun gezondheid in gevaar brengen.¹⁹

In het *'Witboek Sport'* ten slotte wordt het gevaar als volgt omschreven;

"Doping also poses a serious threat to individual and public health. It has led to serious long-term degradation of individuals' health in the past and in some documented cases it has entailed serious conditions of permanent ill-health, disability or even death."

15.4.2 Proces

Op de tweede plaats draagt men de gevolgen van dopinggebruik vele jaren na het beëindigen van de carrière met zich mee. Die gevolgen kunnen zich voordoen doordat de fysieke schade al is aangericht, of omdat men van doping (drugs) afhankelijk is geworden en niet meer zonder kan. In Duitsland is een van de grootste sportprocessen van de afgelopen jaren gehouden in verband met het systematische staatsgesteunde dopingbeleid van Oost-Duitsland ten tijde van de Koude Oorlog.^{20,21} Tijdens de Spelen van 1988 in Seoul was Oost-Duitsland nog het meest succesvolle land van alle deelnemende landen, met betere prestaties dan de Verenigde Staten en de Sovjet Unie, terwijl het maar 23 miljoen inwoners had. In 1989 viel de Muur, en kwam daarmee een eind aan de DDR. Een aantal jaar later kwam naar buiten dat de indrukwekkende sportprestaties van de relatief kleine DDR het gevolg was van jarenlang systematisch staatsgesteund dopinggebruik.¹⁴² Atletes uit het voormalige Oost-Duitsland hebben een proces aangespannen en vorderen schadevergoeding aangezien zij last hebben van androgyne veranderingen, onvruchtbaarheid, of kinderen met aangeboren afwijkingen als gevolg van het dopinggebruik.²²

15.4.3 Verslaving

De gevolgen van langdurig dopinggebruik kunnen zich na de carrière ook uiten op een meer banale manier. Een aantal sporters wordt afhankelijk van de doping. Dopingmiddelen zijn prestatiebevorderende middelen. Veel van deze middelen zijn ontwikkeld als medicijn. Bijna alle 'zwaardere' dopingmiddelen zijn drugs, en vallen onder de Opiumwet. De enige wijze autoriteiten waarop in de afgelopen jaren kans zagen dopinggebruikers tot een celstraf veroordeeld te krijgen, was met gebruikmaking van strafwetgeving met betrekking tot drugs - zoals bijvoorbeeld het verbod op het handelen in drugs en het verstrekken ervan.²³ Aan drugs kan men verslaafd raken. Veel van de sporters die na hun carrière vroegtijdig kwamen te overlijden bleven afhankelijk van de drugs. Dit was in een aantal gevallen de directe oorzaak van het overlijden.²⁴

²³ De wielrenner Frigo, de artsen Conconi en Ferrari, de soigneur Voet.

²⁴ Onder andere de wielrenners Marco Pantani, oud Tour- en Giro winnaar; Frank Vandenbroucke, winnaar van Luik-Bastenaken-Luik; Jose Maria Jimenez, negenvoudig etappewinnaar in de Vuelta en oud-wereldkampioen baanwielrennen Jobie Dajka.

15.4.4 Gezondheid is legitiem doel

De bescherming van de gezondheid van atleten is daarmee de meest aansprekende reden om prestatiebevorderende middelen uit de sport te weren. Volgens het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is de volksgezondheid een van de uitzonderingen waardoor er inbreuk op de rechten van een mens mag worden gemaakt. Ethiek, of bescherming van de *fair play* wordt niet genoemd door het EVRM. Het belang van de gezondheid komt als laatste nogmaals tot uiting in artikel 4.3.1.2 van de WADC. Daaruit blijkt dat een reden om een middel op de dopinglijst van verboden middelen te plaatsen kan zijn dat uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat het middel gevaarlijk voor de gezondheid van de atleet kan zijn.²⁵

²⁵ Article 4.3.1.2 WADC: een product kan op de lijst van verboden producten komen als: "Medical or scientific evidence, pharmacological effect, or experience that the Use of the substance or method represents an actual or potential health risk to the Athlete".

15.5 Doping bevordert de prestatie

In de preambule van de IOC Medical Code wordt inzake doping gesproken over "*certain substances and methods intended to enhance and/or having the effect of enhancing athletic performance*". Van belang in deze zinsconstructie is dat het gemaakte onderscheid betrekking heeft op het middel dat wordt aangetroffen, en niet de (intentie van de) atleet als uitgangspunt neemt. Het middel staat centraal en de enkele aanwezigheid van een prestatie-bevorderend middel is voldoende voor een dopingvergrijp. De achterliggende gedachte hierbij is dat doping prestatie-bevorderend kan werken. Of het middel daadwerkelijk de prestatie heeft bevorderd en of het de intentie van

de atleet was om de prestatie te bevorderen is op deze manier dan niet meer relevant.

Doping ontwricht de balans tussen atleten. Er is geen sprake meer van gelijkwaardige middelen waarmee gestreden wordt. Een andere methode van training of een meer uitgebalanceerd voedingspatroon zijn natuurlijke wijzen waarop iemand betere prestaties kan leveren, dopingmiddelen zijn lichaamsvreemde stoffen. Niemand kan worden gedwongen stoffen tot zich te nemen die vreemd zijn aan en mogelijk schadelijk voor het lichaam. Indien wij doping toelaten dan zou daarmee iedere atleet worden gedwongen doping te gebruiken, alleen al om het competitieve evenwicht te behouden.²⁶ *“The IOC and international sports organizations initiated drug testing to protect athletes from the potential unfair advantage that might be gained by those athletes who take drugs in an attempt to increase performance.”*²⁷ Hoewel het IOC woordvoerder is voor alle internationale sportorganisaties, hebben sommige sportorganisaties zich daarnaast nog in hun eigen regelgeving expliciet uitgesproken tegen doping.²⁸

Sport leent zich bij uitstek voor het met elkaar meten om te zien wie de beste is. Dat is ook waar de grote interesse in sport vandaan komt. In vrijwel alle populaire sporten is de top inmiddels geprofessionaliseerd onder meer omdat er voor de beste sporters inmiddels grote bedragen te verdienen zijn. De interesse bestaat om te zien wie de beste is, niet om te zien wie het beste *geprepareerd* is. Dat houdt niet in dat alle voordelen van een atleet op een andere atleet moeten worden weggenomen; ongelijkheid bestrijden is niet het kernpunt van de dopingbestrijding. Oneerlijke, onnatuurlijke, ongezonde ongelijkheid bestrijden wel.²⁹ Verschillen tussen atleten gemaakt door training, (genetische) aanleg, goede coaching, of het trainen op hoogte zijn onderdeel van de sport, competitie in de sport bestaat juist bij de gratie van ongelijkheid tussen atleten. Prestatie-bevorderende middelen nemen om de prestatie te verbeteren wordt echter gezien als het op onnatuurlijke wijze beïnvloeden van de balans.³⁰

15.5.1 Oneerlijk

Een moreel argument tegen doping is dat het gebruik van doping het principe van eerlijkheid schendt. Het is geen vastomlijnd concept, de eerlijkheid, maar in het recht zijn niet alle beginselen duidelijk gedefinieerd. Iedereen heeft er wel een notie van en voor sportbonden is het een overtuigend argument gebleken om zich tegen doping te keren.³¹ De eerlijkheid is in de sport onlosmakelijk verbonden met het

²⁶ J.W. Soek, 2006, p. 7.

²⁷ Introduction to Chapter IV of the IOC Medical Code.

²⁸ Sectie 1.1 van Hoofdstuk 1 van de 'Anti Doping Rules' International Boxing Association (IBA): het doel van doping is *“to obtain an unfair advantage of the athletes performance during competition, training, or recuperation after competition or training.”*

Regel 1 van de Federation International du Ski (FIS) stelt: *“as it is possible by means of doping to gain an unfair advantage over other athletes [...] doping is incompatible with the general standards of sporting ethics and is a contradiction of the rules and regulations of sport.”*

²⁹ Wel moet er duidelijker worden aangegeven wat wel en wat niet toegelaten wordt. Bijvoorbeeld creatine, aminozuren, cafeïne en het intraveneus inbrengen van zoutoplossingen is wel toegestaan om het lichaam beter te laten herstellen. Dit heeft voordelen voor de atleet, creatine bijvoorbeeld stimuleert de spierontwikkeling, maar omdat het een lichaamseigen stof is staat het voorlopig niet op de lijst met verboden middelen waar bijvoorbeeld testosteron, een andere lichaamseigen stof, wel op staat. Een stof of methode is pas doping als het aan minimaal twee van de volgende drie criteria voldoet: slecht voor de gezondheid, (potentieel) prestatiebevorderend en/of in strijd met de sportethiek. Creatine lijkt niet schadelijk te zijn voor de gezondheid. Maar hoewel creatine wel als prestatie-bevorderend geldt, is het niet in strijd met de sportethiek.

Gardner, 'On Performance Enhancing Substances and the Unfair Advantage Argument', geciteerd in De Pencier: Gardiner/O'Leary (supra noot 15), p. 168.

³⁰ *Witboek Sport*, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, 2.2 par. 1: *“Doping poses an important threat to European Sports as it compromises the principle of open and equal competitions”*.

³¹ Artikel 7 van de Bylaws II of the International Handball Federation leest dat de IHF *“shall be committed to fairness in sports and prohibit any attempts at unfair performance improvement”*.

zogenaamde concept van de *'fair play'*. Het moreel-ethische element hiervan komt onder meer duidelijk naar voren in de Preambule van de 'IOC Medical Code'. Deze is *"essentially intended to safeguard the health of athletes, and to ensure respect for the ethical concepts implicit in Fair Play [...]"*.

De oneerlijkheid en strijd met het *'Fair Play'* beginsel in de sport volgt uit de prestatie-bevorderende werking van doping en het oneerlijke voordeel dat daarmee wordt verkregen. In veel anti-doping regelgeving werd het principe van eerlijkheid aangegrepen omdat de gelijke kansen van atleten in competitie moesten worden gewaarborgd.³² In Communication 956, 1.1 stelde de International Skating Union (ISU) dat *"Doping or Doping Methods are contrary to the spirit of good and fair sportsmanship [...]"*. Gesteld tegenover de begrippen fraude en bedrog verduidelijkt het principe van eerlijkheid dat het nemen van doping een vorm van vals spelen is, die diametraal tegenovergesteld is aan sport.

³² J.W. Soek, 2006, p. 9.

15.5.2 Onethisch

Op onnatuurlijke wijze oneerlijk voordeel verkrijgen ten opzichte van de concurrenten is onethisch. In de Preambule van de IOC Medical Code werd doping in het licht van de ethiek gesteld, in de Medical Code werd dit nogmaals aangehaald zonder het expliciete verband te leggen met fair play, met de woorden *"the use of doping agents is both unhealthy and contrary to the ethics of sport."* De internationale basketbal-federatie (FIBA) stelt *"Any person who helps a player or encourages him to use banned substances or methods of doping shall be found guilty of [...] acting against the principles of sport ethics."*³³ De Doping Control Regulations van de wereldvoetbalbond (FIFA) geven aan dat *"doping contravenes the ethics of sport"*, en Regel 1 van de Doping Rules van de internationale ski federatie (FIS) verklaarde doping *"incompatible with the general standards of sporting ethics"*.

³³ Article 6.1, subsection 4 Regulations Governing Doping Control of the FIBA.

15.5.3 Doping is oneerlijk want strijdig met regels en ethiek van sport

Doping is het op onreglementaire wijze voordeel verschaffen ten opzichte van de naaste concurrentie. Meer nog,

Doping poses an important threat to European sports as it compromises the principle of open and equal competitions. It is demotivating for the amateur and puts the professional under unreasonable pressure. It also negatively affects the image of sport.³⁴

³⁴ *Witboek Sport*, 11 juli 2007 COM (2007) 391 def, 2.2 Par 1.

³⁵ De Pencier, 'Law and Athlete Drug Testing in Canada', geciteerd in John O'Leary, 'Doping solutions and the problem with problems', in: *Drugs and Doping in Sport*, (eds.) John O'Leary, London 2000, p. 167.

³⁶ Communication of the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee of the Regions – Plan for the Community contribution to the fight against doping in sport – Statement by Ms Reding in consultation with Mr Byrne, p. 3.

Tegenwoordig is de algemeen geldende opvatting dat

the widespread use of [...] [performance-enhancing] drugs has threatened the essential integrity of sport and is destructive of its very objectives. It also erodes the ethical and moral values of athletes who use them, endangering their mental and physical welfare while demoralising the entire sport community.³⁵

In het kort kan men zeggen dat

doping practices have at all times been contrary to the fundamental principles of ethics in sport.³⁶

15.6 World Anti-Doping Code (WADC)

Het gevaar dat doping vormt voor de gezondheid en de overtuiging dat doping oneerlijk is in de sport heeft geleid tot de consensus dat dopingbestrijding noodzakelijk is. Een belangrijke en één van de meest recente ontwikkelingen hierin is de invoering van de WADC in 2004 die in 2009 is herzien. De WADC kan worden gezien als een culminatie van vele discussies die eerder zijn gevoerd over doping. In de WADC passeren dezelfde argumenten de revue, zij het wat abstracter. Dat maakt het geen ideaal overzicht van alle eerdergenoemde beweegredenen tegen doping, maar aangezien het wel het resultaat vormt van al deze redenen is het toch de moeite waard om het te noemen:

Het doel van de WADC is volgens de introductie het beschermen van *"the Athlete's fundamental right to participate in doping-free sport and thus promote health, fairness and equality for Athletes worldwide."* Dit wordt uitgelegd met een verwijzing naar de zogenaamde *'spirit of sport'*, die een intrinsieke waarde vertegenwoordigt van sport, zelfs *"the essence of Olympianism, and how we play true"* is.

*"The spirit of sport is the celebration of the human spirit, body and mind [...]."*³⁷

³⁷ WADC 2009, p. 14. Volgens de WADC wordt de *'spirit of sport'* gekarakteriseerd door: *"Ethics, fair play and honesty; health; excellence in performance; character and education; fun and joy; teamwork; dedication and commitment; respect for rules and laws; respect for self and other participants; courage; and community and solidarity."*

15.7 Samenvatting

Het doel van sport bestaat eruit om te bepalen wie het snelst, sterkst, of het meest bekwaam is. De essentie ervan is competitie, je kunt jezelf verbeteren door training en het verzorgen van je lichaam, maar de grens van verzorging stopt bij onnatuurlijke toevoegingen om te verbeteren. Dat is vals spelen, en gaat tegen de *'spirit of sport'* in.

Doping is tegengesteld aan nagenoeg alle waarden waar sport voor staat. Doping is oneerlijk, in strijd met de regels van de sport, in strijd

met de ethiek, en meest belangrijk, doping is ongezond. Hoewel de argumenten van de ethiek, de eerlijkheid en de *fair play* wat vager blijven, zijn deze naar mijn mening al overtuigend genoeg om doping uit te willen bannen. Sport mag zijn eigen spelregels opstellen en daarmee bepalen wat wel en niet mag binnen de competitie. Dat kan bijvoorbeeld zijn dat een valse start leidt tot diskwalificatie; een simpele spelregel in een sport moet al voldoende zijn om iets uit de sport te kunnen bannen, meer reden is niet nodig. De tackle van achteren wordt in het voetbal volgens beleid nu zwaar bestraft, terwijl het hier een pure spelregel betreft, maar het doel ervan is, net als bij doping, de sporters te beschermen tegen lichamelijk letsel.

Vervolgens staat onomstotelijk vast dat doping uitermate slecht voor de gezondheid kan zijn. Atleten moeten daartegen beschermd worden. Bescherming tegen zichzelf of tegen de druk die men voelt om alsnog doping te nemen, al was het maar om competitief te blijven. Het moet niet zo zijn dat als een kind op een hoger niveau voetbal gaat spelen, de ouders verplicht zullen worden naast betere voetbalschoenen ook doping als noodzakelijk materiaal aan te moeten schaffen.

Doping is oneerlijk voor de sport en schadelijk voor de gezondheid. Beide redenen zijn op zichzelf al voldoende om het gebruik van doping in de sport tegen te gaan. Een laatste overtuigend argument is dat de atleten voor veel jongeren een voorbeeldfunctie hebben. Als het in iedere sport gangbaar is om doping te nemen, en daarmee succes te hebben dan is het goed mogelijk dat jongeren die makkelijk beïnvloedbaar zijn ook naar doping zullen grijpen, met alle gevolgen van dien.

16

Bijlage IV, EVRM, ontvankelijkheid van een klacht

16.1 EVRM, niet ontvankelijkheid algemeen

Een klacht bij het EVRM is *niet* ontvankelijk als het géén Europese schending betreft of de klager *niet* het slachtoffer is van de schending.

16.1.1 Europees

Een schending door een Europese staat van het EVRM is alleen een schending als de schending plaatsvond:

- op Europees grondgebied, *Ratione Loci*¹

en of:

- de schending toegerekend kan worden aan het handelen of nalaten te handelen van een Europese staat, *Ratione Personae*

Een Europese staat is een staat die het verdrag heeft geratificeerd, Europees grondgebied betreft het grondgebied waarover de rechtsmacht van de verdragssluitende partijen zich uitstrekt. Is geen van beiden van toepassing dan volgt niet-ontvankelijkheid.

16.1.1.1 Ratione Loci, grondgebied van Europa

Ratificatie van het EVRM geldt als voorwaarde voor een land om lid te worden van de Raad van Europa. Het geldt ook als voorwaarde voor toetreding tot de Europese Unie. Daarmee heeft het EVRM werking op nagenoeg het gehele gebied dat men onder Europa verstaat.²

De bescherming van het EVRM kan worden ingeroepen indien de klagende partij van mening is dat inbreuk wordt gemaakt op het EVRM door verdragssluitende partijen.³

De lichtgedrukte tekst is toegevoegd als toelichting op de klachtenprocedure. Ik vertrouw erop dat velen procedures bij het EHRM aanhangig zullen maken opdat de rechtspositie van atleten menswaardig wordt.

¹ EHRM Cyprus v. Turkey, 10 mei 2001, 25781/94, par. 75-81.

² In Wit-Rusland en Kosovo heeft het EVRM om verschillende redenen geen volledige werking.

³ Artikel 1 - Verplichting tot eerbiediging van de rechten van de mens De Hoge Verdragssluitende Partijen verzekeren een ieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.

⁴ Deze ontvankelijkheids-eis is bekend als 'ratione loci'. EHRM Cyprus v. Turkey, 10 mei 2001, 25781/94, par. 75-81.

⁵ Site Instituut Sportrechtspraak: "De stichting heeft ten doel het opzetten en in stand houden van een Instituut Sportrecht-spraak, dat krachtens overeenkomst van opdracht recht spreekt in naam van, ten behoeve van en voor rekening en risico van sportbonden die lid zijn van NOC*NSF."

⁶ Herman Ram, 'Disharmonie in het antidopingbeleid: Het geval Tom Boonen', in Coachen, september 2008, p. 36 en 37: "De Vlaamse overheid is daarnaast één van de overheden die ook de uitvoering van het antidopingbeleid inclusief de uitvoering van dopingcontroles, in eigen beheer heeft. In Vlaanderen fungeert het departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media als NADO en de dopingcontroles worden uitgevoerd door controleartsen die door de overheid zijn aangewezen."

⁷ Volgens dit artikel mogen behalve personen ook non-gouvernementele organisaties (Private rechtsorganisaties met of zonder rechtspersoonlijkheid) een klacht indienen.

⁸ EHRM, Lindsay v. The United Kingdom, commissie-beslissing van 17 januari 1993, 31699/96. EHRM Terem Ltd, Chechetkin and Olius v. Ukraine, 28 oktober 2005, 70297/01, par. 28: 'In order to claim to be a victim of a violation, a person must be directly affected by the impugned measure' (see, for example, Buckley v. the United Kingdom, judgment of 25 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, p. 128, §§56-59). The concept of 'victim in Article 34 must be interpreted autonomously and independently of domestic law concepts, such as a capacity to bring or take part in legal proceedings' Greek Federation of Customs Officers, Gialouris and others v. Greece, no. 24581/94, Commission decision of 6 April 1995, DR 81-B, p. 127.

16.1.1.1.1 Nationaliteit speelt geen rol In beginsel speelt nationaliteit van de klagende partij geen rol. Van belang is enkel dat de inbreuk heeft plaatsgevonden binnen de rechtsmacht van de verdragssluitende staat, of op gebied wat onder de controle van deze staat valt.⁴

16.1.1.1.2 Nederland en België Nederlandse en Belgische sporters vallen onder de bescherming van het EVRM op grond van ratione loci. Dat geldt ook als de schorsing plaatsvindt op grond van een dopingcontrole afgenomen buiten Europa. Dit omdat de uitvoering van de procedures in Nederland respectievelijk in België plaatsvindt.

Schorsingen worden door de sportbond in Nederland opgelegd. Beroep kan worden ingesteld bij het Instituut Sportrechtspraak.⁵

In België valt de gehele procedure, van dopingcontrole tot vervolging tot veroordeling, rechtstreeks onder de overheid.⁶

16.1.1.2 Ratione Personae, Europese staten

Een tweede voorwaarde voor ontvankelijkheid betreft 'Ratione Personae'. Het is noodzakelijk dat de inbreuk op het EVRM door de staat is begaan of op enige wijze aan de staat valt toe te rekenen.

Een klacht van een atleet over de dopingbestrijding valt onder artikel 34 EVRM:

Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragssluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragssluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.⁷

Hierdoor is het mogelijk dat bijvoorbeeld een vakverbond zich partij stelt en groepen van personen kunnen zich wenden tot het Hof indien zij menen het slachtoffer te zijn van een schending.

16.1.1.3 Slachtoffervereiste

Is de klagende partij niet het slachtoffer van de schending dan volgt niet-ontvankelijkheid.⁸

16.1.1.3.1 Schade geen vereiste voor ontvankelijkheid. Schade komt pas aan de orde bij het behandelen van de billijke genoegdoening in artikel 41 EVRM. De verzoeker dient enkel aan te tonen dat hij voldoende direct geraakt of getroffen is door een of meerdere vermeende verdragsschendingen. Een atleet die het onderwerp is van

een dopingprocedure voldoet aan het slachtoffervereiste (hij hoeft niet geschorst te zijn om slachtoffer te zijn.)

16.1.2 Bijkomende vereisten

Het EVRM stelt drie bijkomende vereisten voor ontvankelijkheid:

- uitputting van nationale rechtsmiddelen
- een termijn van maximaal zes maanden na de nationale uitspraak in hoogste instantie
- nieuwheid

16.1.2.1 Nieuwheid

Als de zaak in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat volgt niet-ontvankelijkheid.

16.1.3 Ontvankelijkheid van klachten over schendingen door dopingbestrijding

Deze scriptie richt zich specifiek op mogelijke schendingen van het EVRM als gevolg van de procedures die gevolgd worden bij de dopingbestrijding.

16.1.3.1 Verwerpen van de staat tegen een klacht

Binnen de context van de dopingbestrijding kan een *staat* zich verweeren door aan te voeren dat:

1. De staat niet verantwoordelijk is voor gebrekkige waarborgen in de dopingprocedure omdat bij de vaststelling van de procedures de staat:

- (a) geen bevoegdheden had⁹
- (b) geen rechtsmacht had¹⁰
- (c) geen invloed had¹¹

16.1.3.2 Staat verantwoordelijk voor een gebrekkige dopingprocedure?

Essentieel inzake een klacht van een atleet zal zijn: zijn de gebrekkige procedurele waarborgen in de dopingprocedure de staat aan te rekenen?

⁹ EHRM Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe, 73250/01.

¹⁰ EHRM Gentilhomme, Schaff-Benhadj and Zerouki v. France, 14 mei 2002, 48205/99, 48207/99 en 48209/99, par. 20.

¹¹ EHRM Bosphorus, Bosphorus, 30 juni 2005, 45036/98.

¹² EHRM Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe, 73250/01, pag. 6. speelde dit een rol: *[a]t no time did [the respondents] intervene directly or indirectly in the dispute, and no act or omission of those States or their authorities can be considered to engage their responsibility under the Convention.*

¹³ Tobias Lock, Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights Case Law on the responsibility of member states of international organisations under the European Convention of Human Rights, *Human Rights Law Review* (2010) 10(3): p. 529-545.

¹⁴ EHRM Gasparini v. Italy and Belgium, 28 september 2006, 10750/03

¹⁵ European Court of Human Rights, Information Note on the Court's Case Law, no. 119, mei 2009, pag. 7.

16.1.3.2.1 Geen rechtsmacht tijdens de procedure De staat kan aanvoeren dat het geen rechtsmacht heeft tijdens de dopingprocedure. Onder meer een overweging in de Boivin-beslissing:¹²

It held that in reality the applicant's complaints were directed against the decision of the Administrative Tribunal and not against a measure by the respondents. As there was no involvement of the respondents, the Court applied the reasoning of *Behrami* and held the case to be inadmissible *ratione personae* as the actions could not be attributed to the respondents so that the applicant was not within their jurisdiction.¹³

Indien het Hof dit verweer aanneemt, dan zal de klacht niet-ontvankelijk zijn.

16.1.3.2.2 Geen invloed op de WAD Code De staat zou kunnen stellen dat het geen invloed heeft gehad op het opstellen van de dopingregelgeving en de daaraan verbonden procedure. Indien het Hof dit verweer aanneemt, dan zal de klacht niet-ontvankelijk zijn.

In de zaak Gasparini¹⁴ wendde de klager zich tot het Hof omdat naar zijn mening de interne beroepsprocedure van de North Atlantic Treaty Organisation (NATO) niet voldeed aan de vereisten van artikel 6 lid 1 EVRM. Hoewel het Hof de klacht niet-ontvankelijk verklaarde werd de regel bevestigd dat indien de waarborgen in de procedure '*manifestly deficient*' waren, er wel sprake was geweest van ontvankelijkheid. Aan de hand van deze beslissing zou men kunnen afleiden dat Europese landen welke de UNESCO International Convention Against Doping in Sport hebben geratificeerd toen de verplichting hadden te onderzoeken '*if the internal dispute resolution mechanism was not 'manifestly deficient'*':

In view of the foregoing, the Court found that the two respondent States had rightly considered, at the time they approved the *NATO Civilian Personnel Regulations* and its annexes, through their permanent representatives on the North Atlantic Council, that the provisions governing the procedure before the Appeals Board guaranteed a fair hearing. Consequently, the protection afforded to the applicant in the present case by NATO's internal dispute resolution mechanism was not '*manifestly deficient*' within the meaning given to that expression by the *Bosphorus* judgment, particularly in the specific context of an organisation such as NATO. The applicant had not therefore been justified in complaining that Italy and Belgium had endorsed a system that was in breach of the Convention, and the presumption of compliance with the Convention by those two States had not been rebutted: *manifestly ill-founded*.¹⁵

16.1.4 Verweren van de klager tegen de verweren van de staat

Bij een of meer verweren van de staat kan de *klager* stellen dat:

1. De staat rechtstreeks verantwoordelijk was
2. De procedure onvoldoende bescherming biedt

16.1.4.1 Staat rechtstreeks verantwoordelijk

De klager kan stellen dat de staat rechtstreeks verantwoordelijk gehouden moet worden. In dat geval wordt de klacht ontvankelijk verklaard, zoals blijkt uit het Bosphorus-arrest:

In the present case it is not disputed that the act about which the applicant company complained [...] was implemented by the authorities of the respondent State on its territory following a decision made by the [...] Minister [...]. In such circumstances the applicant [...], as the addressee of the impugned act, fell within the 'jurisdiction' of the [...] State, with the consequence that its complaint about that act is compatible '*ratione loci, personae*' and with the provisions of the Convention.¹⁶

¹⁶ EHRM Bosphorus, 30 juni 2005, 45036/98, par. 137.

16.1.4.1.1 Geschiedenis dopingregelgeving De rechtstreekse verantwoordelijkheid volgt uit de geschiedenis van de dopingregelgeving.

In 1989 ratificeerden de landen van de Raad van Europa de '*Council of Europe Anti-Doping Convention*'.¹⁷

Voor leden van de Raad van Europa volgt de actieve betrokkenheid van overheden bij de oprichting van WADA direct uit deze toezeggingen.

¹⁷ Artikel 1: *The Parties, with a view to the reduction and eventual elimination of doping in sport, undertake, within the limits of their respective constitutional provisions, to take the steps necessary to apply the provisions of this Convention.* Artikel 3 bepaalt: *1. The Parties shall co-ordinate the policies and actions of their government departments and other public agencies concerned with combating doping in sport. 2. They shall ensure that there is practical application of this Convention, and in particular that the requirements under Article 7 are met, by entrusting, where appropriate, the implementation of some of the provisions of this Convention to a designated governmental or non-governmental sports authority or to a sports organisation.*

16.1.4.1.2 Rol overheden bij WADA WADA werd opgericht en wordt bestuurd door overheden en sportorganisaties te samen. Uit gezamenlijk bestuur volgt rechtstreekse verantwoordelijkheid.

De statuten van WADA bepalen dat zij op paritaire basis wordt bestuurd door overheden en de sport.¹⁸

WADA is verantwoordelijk voor de ontwikkeling van de WAD Code, in de WAD Code zijn de procedures voor dopingbestrijding vastgelegd. Overheden besturen WADA paritair, derhalve zijn staten rechtstreeks verantwoordelijk.

Soek stelt dat staten verplichtingen op zich hebben genomen door de ratificatie van het UNESCO-verdrag:

¹⁸ Artikel 6 lid 2 en art. 11 Statuten WADA (Constitutive Instrument of Foundation of the World Anti-Doping Agency). '*The 38-member Foundation Board is WADA's supreme decision-making body. It is composed equally of representatives from the Olympic Movement and governments. WADA Foundation Board delegates the actual management and running of the Agency, including the performance of activities and administration of assets, to the Executive Committee, WADA's ultimate policy-making body. The 12-member Executive Committee is also composed equally of representatives from the Olympic Movement and governments.*'

Aangezien WADA een privaatrechtelijke organisatie is, waaraan overheden zich niet rechtstreeks kunnen binden, diende een instrument gevonden te worden voor de formalisering van de overheidsverplichtingen. Gekozen werd voor het opstellen van een Verdrag in het kader van UNESCO. [...] In dat verdrag werd onder meer bepaald, dat de Code geïmplementeerd diende te worden [...] through instruments appropriate to the constitutional and administrative contexts of each government [...]. Het UNESCO-Verdrag legt geen verplichte harmonisatie van wetgeving op. [...] De verdragspartners zijn vrij in de keuze van de in te zetten instrumenten om aan de verdragsverplichtingen te voldoen, variërend van wetgeving tot administratieve procedures. Met de aanvaarding van het Verdrag neemt een verdragspartij diverse verplichtingen op zich.¹⁹

¹⁹ J.W. Soek, 'Recht van de atleet op eerbiediging van zijn privéleven', S.F.H. Jellinghaus (eds.), 'Sport en Recht, buiten rechte of buiten spel', p. 54.

Soek trekt hieruit geen conclusie over de rechtstreekse verantwoordelijkheid van de staat maar die volgt wel uit zijn analyse.

Indien het hof het verweer van de staat accepteert en niet aanneemt dat de staat rechtstreeks verantwoordelijk was, kan de klager stellen dat de procedure onvoldoende bescherming biedt.²⁰

²⁰ EHRM Bosporus, 30 juni 2005, 45036/98, par. 154-160.

16.1.4.2 Ontvankelijkheid als bescherming 'manifestly deficient'

Het Hof acht een klacht ontvankelijk als wordt vastgesteld dat de bescherming '*manifestly deficient is.*'

In het arrest Bosporus is bepaald dat een staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor handelen en nalaten te handelen van een internationale organisatie. Het moet niet mogelijk zijn dat een Staat naar welbelieven zich kan onttrekken aan de verantwoordelijkheden volgend uit het EVRM door sluiting van nieuwe verdragen:

In reconciling both these positions and thereby establishing the extent to which a State's action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organisation to which it has transferred part of its sovereignty, *the Court has recognised that absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention; the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its preemptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards (see M. & Co., p. 145, and Waite and Kennedy v. Germany). The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (see mutatis mutandis, §§29 and 32-34, and Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany §47). [...] In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms*

controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides (see M. & Co).²¹

²¹ EHRM Bosphorus, par. 154 en 155.

16.1.4.2.1 Ontbreken bescherming onvoldoende Voor ontvanke-lijkheid kan men niet volstaan met het aantonen dat een bescherming ontbreekt. Aangetoond moet worden dat de bescherming ernstige gebreken – ‘*manifestly deficient*’ – vertoont.

If such [comparable] equivalent protection [of fundamental rights] is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation. However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient.²²

²² EHRM Bosphorus, par. 156.

De opzet van WADA en de anti-dopingautoriteiten laat zich niet goed vergelijken met een (gouvernementele) internationale organisatie zoals de Europese Gemeenschap in Bosphorus.

Wel kan uit het arrest de rechtsregel worden afgeleid dat, zelfs als er sprake is van een andere organisatie, de procedure geen manifeste onvolkomenheden in de rechtsbescherming mag bevatten. Anders zouden landen met ieder nieuw gesloten verdrag wel kunnen ontkomen aan de controle op de verplichtingen die volgen uit het EVRM.²³

²³ EHRM Bosphorus, par. 160: ‘[...] the effectiveness of such substantive guarantees of fundamental rights depends on the mechanisms of control in place to ensure observance of such rights.’ Ontkomen aan die verplichtingen is precies de opzet geweest van overheden en sportorganisaties bij het opstellen van de WAD Code.

16.1.4.2.2 Opzettelijke uitsluiting EVRM Overheden en sportorganisaties zijn te samen betrokken en verantwoordelijk voor de opzet van de WAD Code. Van essentieel belang voor de overheden en sportorganisaties was dat de procedurele regels van de dopingbestrijding niet zouden worden getoetst aan het EVRM of andere mensenrechtenverdragen. De Introduction van de WAD Code sluit toetsing hieraan met zoveel woorden uit:

Anti-doping rules are not intended to be subject to or limited by requirements and legal standards applicable to criminal proceedings or employment matters. The policies and minimum standards set forth in in the Code represent the consensus of a broad spectrum of stakeholders with an interest in fair sport and should be respected by all courts and adjudicating bodies.

16.1.4.2.3 M & Co v. The Federal Republic of Germany, opzettelijke uitsluiting niet toegestaan Het Hof is van mening dat Staten zich niet opzettelijk mogen onttrekken aan verantwoordelijkheden aangaan onder het EVRM. In M & Co v. The Federal Republic of Germany had de Commissie al in 1990 bepaald dat:

It has next to be observed that the Convention does not prohibit a Member State from transferring powers to international organisations. Nonetheless, The Commission recalls that

if a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty

[...]. The Commission considers that a transfer of powers does not necessarily exclude a State's responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers. Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (cf. Eur. Court H.R., Soering judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, para. 87). Therefore the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an equivalent protection.²⁴

²⁴ Commission Decision, M & Co v. The Federal Republic of Germany, 9 februari 1990, 13258/87.

In EHRM Connolly, EHRM Bosphorus, EHRM Boivin en EHRM Kokkelvisserij wordt deze regel bevestigd.

Op grond van dit overzicht lijkt het waarschijnlijk dat:

- het Hof niet direct zal aannemen dat een Staat rechtsreeks verantwoordelijk was voor de procedures.
- In de rest van deze scriptie toon ik aan dat de dopingprocedures onvoldoende bescherming bieden. Bij een klacht zou het Hof zeer wel van mening kunnen zijn dat de bescherming tijdens de dopingprocedure onvoldoende – '*manifestly deficient*' – is.

Daaruit zou ontvankelijkheid kunnen volgen op grond van *ratione personae*.

16.1.5 Processtrategie

In de processtrategie is de inschatting van de ontvankelijkheid een belangrijke overweging die zich toespitst op het inschatten van de verweren van de staat. Zelfs als deze verweren als mogelijk succesvol worden ingeschat, is procederen zinvol uit het oogpunt van rechtszekerheid omdat het Hof bij niet-ontvankelijkheid op grond van een verweer van de staat wel een uitgebreid vonnis geeft dat een verhelderende en rechtscheppende²⁵ werking zal hebben.

²⁵ Belinfante, geciteerd in: C. Waaldijk *Wetgevingswijzer*, p. 3. vergelijkt wetgeving met poëzie. Als dat zo is, laat de rechters van het Hof dan maar in gewone woorden uitleggen wat de poëten van WADA zo lyrisch hebben gedicht.

Bijlage V, Artikel 8 EVRM

Een dopingcontrole en meer specifiek de whereabouts-verplichting is een inmenging in het privéleven van de sporter. Dat privéleven wordt beschermd door art. 8 van het EVRM. Artikel 8 EVRM bepaalt:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Lid 1 van het artikel geeft de rechten van de burger weer die door de staat moeten worden gewaarborgd. Uit lid 2 blijkt dat deze rechten niet absoluut zijn, er wordt een uitputtende opsomming gegeven van de voorwaarden in welke gevallen de Staat mogelijk wel een inbreuk zou mogen maken op het recht gewaarborgd in lid 1.

De Staat heeft enige *'beoordelingsvrijheid'* om te bepalen of een inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dit blijkt uit het Handyside-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), een arrest dat weliswaar artikel 10 behandelde maar de uitleg van artikel 10 ook toepasbaar achtte op artikel 8:

“By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them. (...) it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of 'necessity' in this context. (...)”

“Consequently, Article 10 (2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ‘prescribed by law’ and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.”¹

¹ EHRM, *Handyside v. United Kingdom*, 5493/72, 7 december 1976, par. 48.

Indien men deze uitleg toepast op de anti-dopingmaatregelen van de WADA en de verplichtingen die deze scheppen voor de atleten, is er blijkens dit arrest enige ruimte voor de Staat om zelf af te wegen of deze maatregelen –mochten zij een inbreuk maken op het recht beschermd in lid 1– noodzakelijk zijn. Daarbij moet in acht worden genomen dat er geen onbeperkte ‘margin of appreciation’ bestaat voor de Staat.² De Staat is gehouden de lijn te volgen die werd uitgezet in Artikel 8 en die vervolgens verder wordt ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof.³

² *Handyside*, par. 49.

³ Ursula Kilkelly, ‘The right to respect for private and family life, a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights’, Human Rights Handbooks no. 1, Council of Europe Publications, Germany 2003, 2e druk, p. 7.

Of een klacht van een burger ontvankelijk is, wordt in twee stappen vastgesteld. Ten eerste moet worden vastgesteld of artikel 8 toepasbaar is. Valt het onrecht waarover de burger klaagt onder de bescherming van artikel 8, paragraaf 1 van het Verdrag? Valt de klacht niet onder deze bescherming, dan stopt de behandeling van de zaak. Als het Hof van mening is dat artikel 8 paragraaf 1 in deze situatie *wel* bescherming biedt, dan volgt het onderzoek *of* de Staat een inbreuk heeft gemaakt op het recht van de burger. Dat kan het geval zijn als de Staat een wet aanneemt die *inbreuk* maakt op door het EVRM beschermde fundamentele rechten, of als de Staat het recht van de burger niet heeft gewaarborgd door na te laten actie te nemen waar dat wel geboden was, een zogenaamde ‘positive obligation’ voor de Staat om het recht van de burger te waarborgen.⁴

⁴ Kilkelly, 2003, p. 9.

⁵ De statuten van de WADA bepalen dat zij op paritaire basis worden bestuurd door overheden en sport. Art. 6 lid 2 en art. 11 Statuten van de WADA (Constitutive Instrument of the World Anti-Doping Agency): “The 38-member Foundation Board is WADA’s supreme decision-making body. It is comprised equally of representatives from the Olympic Movement and governments. WADA Foundation Board delegates the actual management and running of the Agency, including the performance of activities and the administration of assets, to the Executive Committee, WADA’s ultimate policy-making body. The 12-member Executive Committee is also composed equally of representatives from the Olympic Movement and governments.”

⁶ In Nederland heeft de Minister van Buitenlandse Zaken per brief van 30 september 2006 het UNESCO-Verdrag het parlement ter stilzwijgende goedkeuring voorgelegd. (Zie Staten-Generaal, vergaderjaar 2006/07, 30 835 (R 1816), A en nr. 1). Uit het feit dat het verdrag voor Nederland op 1 februari 2007 in werking is getreden, kan worden opgemaakt dat de leden van het parlement geen behoefte hebben gehad aan parlementaire behandeling van het verdrag.

In het geval van de whereabouts-verplichtingen die worden opgelegd aan atleten is het de vraag of Staten door ondersteuning van de WADA en onderdeel te vormen van het bestuur ervan verplichtingen opleggen aan onderdanen die inbreuk maken op hun recht op respect voor hun privé leven.⁵ De WAD Code stelt vast dat de verplichtingen voor atleten onder de WAD Code ook ondersteund moeten worden door de overheden en dat deze verplichtingen moeten worden gehandhaafd, in Nederland door de Nationale Dopingautoriteit. Middels de UNESCO-International Convention against Doping in Sport hebben overheden zich daaraan verbonden.⁶

Resumerend:

1. Valt de klacht binnen het bereik van een van de rechten beschermd door artikel 8 (1)?
2. Zo ja: spreken we hier over een recht waarbij de Staat een actieve

plicht heeft het recht van de burger te respecteren en zo ja: is aan die plicht voldaan door de Staat?

3. Is er een inbreuk op het beschermde recht van Artikel 8?

4. Zo ja:

(a) Is er een wettelijke grondslag voor deze inbreuk?

(b) Zo ja: streeft deze een legitiem doel na?

(c) Zo ja: is de inbreuk proportioneel?

17.1 Valt de klacht binnen het bereik van artikel 8 (1) EVRM?

Op verschillende gronden kan men van mening zijn dat anti-dopingmaatregelen die een inbreuk vormen op het recht op respect voor het privé leven binnen het bereik van artikel 8 (1) vallen. Indien het Verdrag van toepassing is, dan bepaalt art. 12(a) UNESCO-Verdrag dat de verdragspartijen het uitvoeren van dopingcontroles door de sport- en anti-dopingorganisaties onder hun rechtsmacht dienen te bevorderen en te vergemakkelijken, op een wijze die verenigbaar is met de Code. Dat betekent ook met inbegrip van controles die onaangekondigd, buiten wedstrijdverband plaatsvinden. *“De verdragspartijen hebben daarmee aanvaard dat niet-gouvernementele organisaties (en ook vreemde niet-gouvernementele organisaties) dopingcontroles buiten wedstrijdverband mogen uitvoeren. Zij hebben aanvaard dat die organisaties zich toegang mogen verschaffen tot de woningen en persoonlijke levenssfeer van hun onderdanen.”*⁷

⁷ Soek, 2008, p. 57.

17.1.1 Meldplicht en Aanwezigheidsplicht

Een inbreuk is de verplichting om 365 dagen per jaar aan te geven waar men verblijft, en daarbij ook verplicht is een uur per dag *beschikbaar en aanwezig* te zijn. Men kan dit beschouwen als een ernstige beperking van de mogelijkheid om een rijk sociaal- en familieleven te hebben. HET EHRM heeft een aantal malen bevestigd dat het recht op een privé leven een brede term is die zich niet leent voor een strikte begripsomschrijving.⁸ Het Hof heeft wel bevestigd dat het artikel de morele en fysieke integriteit van de burger beschermt.⁹ Daarbij hoort ook het recht om discreet en op jezelf te wonen, weg van ongewilde aandacht. Het recht waarborgt ook een persoonlijke levenssfeer waarin mensen de mogelijkheid moeten hebben om in vrijheid de ontwikkeling en vervolmaking van hun persoonlijkheid

⁸ EHRM *Peck v. The United Kingdom*, 28 januari 2003, 44647/98, par. 57.

⁹ EHRM *X and Y v. The Netherlands*, 26 maart 1985, Series A no. 91, par. 22-27.

¹⁰ EHRM *Brüggeman and Scheuten v. Germany*, 19 mei 1976, 6959/75, par. 55.

¹¹ *Het Nieuwsblad*, 3 januari 2007. Universitair docent aan de Vrije Universiteit Brussel (VUB) Johnny Maeschalk: "Een sporter moet weken, maanden op voorhand zeggen waar hij zich zal bevinden, voor een eventuele dopingcontrole. In geen enkele ander deelgebied van de arbeidsmarkt is dat zo. Binnenkort krijg je dus twee soorten mensen met een enkelband: zij die voortijdig worden vrijgelaten door de minister en de sporters."

¹² *Nieuwsblad*, 14 maart 2008.

¹³ *De Standaard*, 3 oktober 2009. De Vlaamse wielrenner Kurt Hovelijnck ontving een brief van de UCI betreffende een gemiste dopingcontrole, terwijl hij op dat moment al een aantal dagen in coma in het ziekenhuis lag.

¹⁴ *De Morgen*, 18 december 2007. Zwemster Marleen Veldhuis zou op het Sportgala in Amsterdam worden gekroond tot Nederlands Sportvrouw van het Jaar maar werd opgeroepen voor een dopingcontrole in haar woonplaats Eindhoven. Zij verliet het Sportgala om zich naar Eindhoven te spoeden om zodoende te voorkomen dat er een gemiste test zou worden genoteerd.

¹⁵ *Het Belang van Limburg*, 29 april 2009. De Vlaamse wielrenner Nick Nuyens was in een Antwerps restaurant met zijn vrouw toen hem tijdens het eten werd gevraagd bloed en urine af te geven, dit vond plaats in het toilet van het restaurant.

¹⁶ KilKelly, 2003, p. 17.

na te streven.¹⁰ Dit lijkt onvereenigbaar met de verplichting opgelegd door het whereabouts-systeem om 365 dagen per jaar beschikbaar te zijn. Een aantal dagen zou men volledig vrij van de verplichtingen van het werk moeten kunnen zijn, maar dat zal men met de voortdurende dreiging van elk moment een mogelijke dopingcontrole nooit ervaren.¹¹ Er is *nooit* vakantie. Daarnaast houdt deze verplichting niet alleen in om aanwezig te zijn, maar in veel gevallen ook om lichaamseigen stoffen over te dragen aan een arts, en dat op de meest onverwachte momenten. Je kind begraven:

De Vlaamse wielrenner Kevin van Impe was verplicht voor een dopingcontroleur te plassen terwijl hij in het crematorium de crematie van zijn zoontje regelde.¹²

Een slag in mijn gezicht was het. Ik had helemaal geen keuze. Als ik weigerde, zou ik een verwittiging krijgen. En als ik hem gevraagd had 's avonds terug te komen, zou dat ook neerkomen op een weigering. Zo zitten de regels nu eenmaal in elkaar. Die dokter voerde alleen maar zijn opdracht uit, dat weet ik ook wel. Maar ik vind het toch wel héél gortig. De controleur had toch ook uit eigen beweging kunnen zeggen dat hij later nog eens zou terugkomen. Maar neen, ik moest onmiddellijk in het potje plassen. Echter, het plassen lukte niet meteen. Wat wil je? Ik had wel iets anders aan mijn hoofd.

Ik had niets liever gewild dan zo snel mogelijk plassen en die man dan meteen de deur wijzen. Maar ik was zo verbouwereerd dat het gewoon niet ging. Het duurde een uur voordat die controleur eindelijk had waarvoor hij gekomen was en alle formulieren waren ingevuld ... Dit is ver over alle grenzen van het fatsoen. Ik heb niks tegen controles. Ik wil elk uur van de dag en de nacht opstaan om te plassen. Maar renners zijn toch ook nog mensen? Of denken ze misschien dat ik me heb gedopeerd om de dood van mijn zoontje beter te kunnen verwerken? Mijn vrouw was nog maar een dag uit het ziekenhuis, we zitten allebei in de put, en dan doen ze ons dit aan. Gelukkig had ik in mijn whereabouts geschreven dat ik deze week in het ziekenhuis zou zijn. En voor volgende maandag zal ik dus op dat papier invullen: het crematorium van Lochristi. Dit is echt niet meer menselijk.

in coma liggen,¹³ sportvrouw van het jaar worden,¹⁴ uit eten met je vrouw,¹⁵ dit alles kan niet meer zonder dat men wordt gevraagd urine of bloed af te geven.

17.1.2 Verplichting tot het afgeven van lichaamssappen

De verplichte medische handelingen zoals het afnemen van bloed en de urinetests vallen ook binnen het bereik van artikel 8 (1) EVRM.¹⁶ Betreffende de verplichting voor een *gevangene* om urine en bloedtesten te ondergaan, oordeelde het EHRM ook dat dit binnen het bereik van

het privé leven viel.¹⁷ Hieruit kan men afleiden dat de verplichte bloed en urinetesten voor atleten binnen het bereik van het privé leven vallen.

¹⁷ Betreffende de bloedtest: EHRM 13 December 1979, 8278/78. Betreffende de urinetest: EHRM *Peters v. The Netherlands*, 6 April 1994, 21132/93.

17.1.3 Verplichting tot het verstrekken van (medische) gegevens

Niet alleen het afnemen van bloed en urine maar alleen al het verzamelen van medische gegevens van personen en het bijhouden van medische dossiers vallen onder het bereik van artikel 8 (1) EVRM¹⁸.

¹⁸ EHRM 9 juli 1991, 14661/81.

Volgens *X v. The United Kingdom*¹⁹ (6 oktober 1982) valt het verzamelen van informatie door overheidsmedewerkers over een persoon zonder diens toestemming altijd onder het privé leven en dus binnen de bescherming van artikel 8 (1) EVRM. In het geval van *X v. the United Kingdom* ging het om een officiële census waarbij er verplicht vragen beantwoord dienden te worden onder meer betreffende seksuele voorkeur, geboorteplaats en leeftijd.

¹⁹ EHRM *X v. The United Kingdom*, 6 oktober 1982, 9072/82.

Aangaande de atleten en de persoonlijke informatie zijn het de internationale federaties en nationale anti-dopingorganisaties die zorgdragen voor het verzamelen van gegevens over de verblijfplaats van de atleten. Echter, de overheden hebben door middel van ondertekening van het UNESCO-Verdrag geen bezwaar gezien in verzameling van privé gegevens door een private organisatie; privé gegevens zoals de whereabouts voor iedere dag dat de carrière van een atleet duurt, of medicijngebruik (bijvoorbeeld in verband met geslachtsziektes). De informatie moet aan de WADA worden doorgegeven. De WADA maakt die informatie toegankelijk voor de andere antidopingorganisaties, die bevoegd zijn de atleten te controleren. Indien een atleet onvolledige informatie geeft, dan is dit krachtens art. 2.4 van de WAD Code een dopingovertreding.²⁰ Drie maal een dopingvergrijp van deze orde betekent een schorsing van twee jaar. Men kan daardoor druk voelen om informatie te delen, die men in sommige gevallen (bijvoorbeeld een crematie) niet met iedereen wil delen.

²⁰ De tekst van art. 2.4 van de WAD Code is identiek aan de tekst van art. 2 lid 3 sub d UNESCO-Verdrag.

In de hiervoor genoemde voorbeelden is geen sprake van respect voor het privé leven. Het recht zoals dat is vastgelegd in het EVRM en gewaarborgd door de Staat wordt hier niet beschermd, integendeel. De inbreuken op artikel 8 zijn niet alleen goedgekeurd door de Staat maar ook door de Staat tot wet verheven. Gesteld kan worden dat er hier sprake is van een inbreuk op de rechten beschermd door artikel 8, en met een mate van controle die in weinig andere beroepen geaccepteerd zou worden.

Indien er sprake is van een inbreuk op de burgerrechten van de

atleet door middel van de anti-dopingmaatregelen, dan hoeven daar nog geen directe consequenties aan verbonden te worden. Een inbreuk op zich is niet voldoende om een klacht ontvankelijk te verklaren; een staat heeft immers enige '*margin of appreciation*' om te bepalen of men de inbreuk nodig vindt. In dat geval moet wel aan voorwaarden voldaan zijn. De dopingjacht moet: 1. een wettelijke grondslag hebben; 2. een legitiem doel nastreven; 3. proportioneel zijn.

17.1.4 Wettelijke grondslag

De inwerkingtreding van het UNESCO-Verdrag kan voor de meeste landen worden gezien als een wettelijke grondslag.²¹

²¹ International Convention against Doping in Sport, 19 oktober 2005.

17.1.5 Legitiem doel

Het bestrijden van doping streeft een legitiem doel na. Bescherming van de gezondheid van atleten en het waarborgen van de eerlijkheid van de competitie zijn lovenswaardige doelen. Echter, niet alleen lovenswaardig, met de bescherming van de (volks)gezondheid wordt ook voldaan aan de voorwaarde gesteld door het EVRM dat inbreuken een legitiem doel moeten dienen. Lid 2 van art. 8 EVRM geeft een limitatieve opsomming van redenen die aan de Staat inmenging toestaan. Dat impliceert echter niet dat alle burgerrechten terzijde geschoven kunnen worden. Belangrijker nog, de inbreuk mag alleen maar plaatsvinden vanwege het legitieme *doel*. Op het moment dat met de inbreuk niet het legitieme doel wordt bereikt, is niet meer voldaan aan de voorwaarden om de inbreuk toe te staan.

In het geval van de dopingcontroles is het legitieme doel van een controle *dopinggebruik* op te sporen. Dat is evenwel niet altijd het geval. Zo werd bijvoorbeeld de Vlaamse wielrenner Tom Boonen *buiten competitie* tot tweemaal toe betrapt op cocaïne. Heeft de Vlaamse Gemeenschap wel het recht om te screenen op cocaïne wanneer het gaat om een controle *buiten competitie*? Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. De Vlaamse Gemeenschap kan hiervoor geen schorsing opleggen. Het mondiale anti-dopingagentschap WADA en de Internationale Wielerbond UCI kennen geen straf voor cocaïnegebruik buiten competitie.²² Buiten competitie is cocaïne geen verboden product en door een niet-verboden product op te sporen, miskent de Vlaamse Gemeenschap het legitieme doel. Dat komt ook tot uiting in het feit dat Tom Boonen voor deze kwestie niet door een sportinstantie is geschorst.²³ Meer nog, de controle werd afgenomen in een periode die voor werknemer (Tom Boonen) en werkgever (wielerteam Quick-

²² Nu.nl, 9 mei 2009.

²³ De Standaard, 9 mei 2009. Wel een boete en een schorsing opgelegd door zijn werkgever, wielerploeg Quick-Step, maar niet door het Vlaams Doping Tribunaal.

Step) was aangeduid als vakantie. Daarmee betrof het tijd besteed aan zijn privé leven (de sportman Boonen zou een aantal weken niet meer deelnemen aan wedstrijden) en zou daarmee de renner Boonen op dat moment niet moeten bestaan, maar de privé persoon Boonen. Deze nam in die periode een genotmiddel dat voor de sportinstanties buiten competitie niet strafbaar is. Desondanks werd hij (*niet-legitiem*, want gecontroleerd op middelen waar niet gecontroleerd op zou mogen worden) door de overheid met dopingcontroles in zijn privé sfeer gekweld en als gevolg van het *niet-legitieme* overheidshandelen gestraft door zijn werkgever.

17.1.6 Proportionaliteit

Inbreuken op het recht op een privé leven moeten, indien zij plaats vinden, proportioneel zijn. Aan deze voorwaarde van het EVRM wordt niet altijd voldaan. Proportionaliteit is de kern van het spanningsveld in de dopingproblematiek. Dopingcontroles zijn nodig en worden door het grootste deel van de sportgemeenschap (sporters *en* bestuurders) gesteund. Echter, wil men de inbreuken door de anti-dopingmaatregelen toestaan, dan moeten deze op zijn minst proportioneel zijn. Desondanks zijn de maatregelen vaak niet proportioneel ten opzichte van het beoogde doel.

Vergelijk de volgende drie gevallen:

- Als men tot drie keer toe de whereabouts vergeet in te vullen, wat blijkens het geval van Yanina Wickmayer kan gebeuren²⁴, dan volgt automatisch 1 tot 2 jaar schorsing.²⁵ Daartegen kan de WADA hoger beroep instellen indien de de straf niet twee jaar schorsing is, WADA wil uitsluitend twee jaar schorsing voor deze gevallen.²⁶
- Schuldvraag speelt geen rol bij het vaststellen of er sprake is van een dopingvergriep dat automatisch wordt gevolgd door een schorsing. Dat betekent dat een atleet die op een moment dat hij ziek is, niet deelneemt aan wedstrijden en per abuis een verkeerde hoestdrank neemt waarbij een van de 10 bestanddelen toevallig op de lijst van verboden producten staat, volgens de regels een dopingovertreding heeft begaan. Op een eerste dopingovertreding staat automatisch 2 jaar schorsing. Dat dit geen onmogelijke gebeurtenis hoeft te zijn blijkt uit een onderzoeksrapport van het Nederlands Centrum voor Dopingvraagstukken (NeCeDo). Hieruit blijkt dat *“twintig procent van de topsporters niet weet dat er in hoestdrankjes middelen kunnen zitten, die op de dopinglijst voorkomen”*.²⁷

²⁴ Volkskrant, 6 november 2009. Tennisster Wickmayer had in anderhalf jaar drie keer via de zogenoemde whereabouts verzuimd haar verblijfplaats op te geven aan de anti-dopinginstanties.

²⁵ artikel 10.3.3 WAD Code 2009.

²⁶ Sporza, 2 december 2009. Wickmayer en Malisse kregen *conform* artikel 10.3.3 van de WAD Code 1 jaar schorsing opgelegd voor het niet correct invullen van de whereabouts. Het WADA ging in beroep tegen deze beslissing omdat de schorsing naar de mening van het WADA 2 jaar zou moeten zijn.

²⁷ Rapport Ministerie VWS, 28 januari 1999.

- Als andere uiterste staat daartegenover de atleet die zich jarenlang systematisch heeft gedopeerd door middel van bloedtransfusies, gendoping, gebruik van amfetaminen, epo, groeihormonen en maskeringsmiddelen en met deze voorsprong jarenlang prijzen heeft gestolen. Voor deze beroepsdopeerder telt de eerste keer dat hij betrappt wordt als zijn eerste dopingovertreding. Die staat voor hem ook gelijk aan automatisch 2 jaar schorsing. Niet meer dan twee jaar, maar wel minder omdat het feit dat hij jarenlang doping heeft gebruikt en daardoor zoveel kennis heeft, hem voor de anti-doping autoriteiten interessant maakt als spijtoptant.²⁸ Het levert hem namelijk *strafvermindering* op als hij informatie verstrekt aan justitie.²⁹ Onder meer de Italiaanse wielrenners Ricardo Ricco en Ivan Basso hebben strafvermindering gekregen of deze is hen in het vooruitzicht gesteld in ruil voor hun bekentenis of informatie. Informatie die de twee eerstgenoemde *'onschuldige'* atleten met een dopingvergriep, niet hebben waardoor zij niet in aanmerking komen voor strafvermindering.

²⁸ De Pers, 17 maart 2009. Volkskrant, 6 mei 2007.

²⁹ Artikel 10.5.3 van de WAD Code 2009 bepaalt dat "An Anti-Doping Organization with results management responsibility for an anti-doping rule violation may, prior to a final appellate decision under Article 13 or the expiration of the time to appeal, suspend a part of the period of Ineligibility imposed in an individual case where the Athlete or other Person has provided Substantial Assistance to an Anti-Doping Organization, criminal authority or professional disciplinary body which results in the Anti-Doping Organization discovering or establishing an anti-doping rule violation by another Person or which results in a criminal or disciplinary body discovering or establishing a criminal offense or the breach of World Anti-Doping Code professional rules by another Person." De strafvermindering kan oplopen tot "three-quarters of the otherwise applicable period of Ineligibility".

Als de beroepsdopeerder geen informatie verstrekt, zal er sprake zijn van dezelfde straf, terwijl men niet kan spreken van dezelfde ernst van het dopingvergriep. Als men aanneemt dat de straf proportioneel is in het geval van de beroepsdopeerder, dan volgt daaruit dat er geen sprake is van proportionaliteit tussen vergriep en straf in de eerste twee gevallen. Indien men van mening is dat de straf in de eerste twee gevallen proportioneel is, dan is de straf in het derde geval zeker niet proportioneel. Als de beroepsdopeerder tenslotte strafvermindering heeft gekregen is de proportionaliteit helemaal zoek.

De regelgeving kan nog zwaardere consequenties hebben die de proportionaliteit verder doen verminderen. In geval van recidive, als men een tweede keer voor een dopingvergriep wordt geschorst, dan geldt een levenslange schorsing. Die geldt zowel voor de atleet bij wie het eerste dopingvergriep bestond uit drie maal de whereabouts niet goed invullen als voor de excessieve dopeerder. De whereabouts-schorsing staat immers gelijk aan een dopingovertreding.³⁰ Deze sancties zijn in verhouding tot de vergriepen buitensporig, zij laten geen ruimte voor afweging van omstandigheden. Het geeft een scherp beeld van de onrechtvaardigheid van de regelgeving en toont duidelijk aan dat aan het legitieme doel voorbij wordt geschoten. Van proportionaliteit is in deze voorbeelden in ieder geval geen sprake.

Het gaat in deze voorbeelden ook om rechts(on)gelijkheid. Er is sprake van rechtsongelijkheid indien de excessieve dopeerder strafver-

³⁰ Artikel 3 aanhef en par. 4 van het decreet van 13 juli 2007 inzake medisch en ethisch verantwoorde sportbeoefening.

minderen krijgt vanwege het feit dat hij informatie kan verschaffen die op grond van zijn handelen een hogere straf zou verdienen dan de andere twee atleten. Men zou in dit geval wellicht kunnen spreken van onwettig verkregen informatie waar betrokkene vervolgens van overheidswege voor beloond wordt. Van rechtsgelijkheid is geen sprake. Integendeel.

17.1.7 Positieve verplichting Staat

Artikel 8 (1) EVRM is door het Hof zodanig uitgelegd dat de Staat ook een *positieve* verplichting kan hebben om actief het recht van de burger te waarborgen, en daarmee te beschermen tegen inbreuken van hun persoonlijke levenssfeer. In *X & Y v. the Netherlands* heeft het Hof deze uitleg voor het eerst zo duidelijk met redenen omkleed voor artikel 8:

*"[Article 8] does not merely compel the state to abstain from (...) interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations, inherent in an effective respect for private and family life (...) These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves."*³¹

³¹ *X & Y v. the Netherlands*, par. 23.

Dit houdt in dat in bepaalde gevallen er voor de Staat een verplichting bestaat om stappen te ondernemen om de rechten van individuele burgers te waarborgen. Dat kan zelfs in bepaalde gevallen zo ver gaan dat bescherming tegen andere burgers (of privaatrechtelijke stichtingen onder Zwitsers recht) geboden moet worden, dus niet alleen bescherming tegen inbreuken van overheidswege.³² De bescherming voor het respect van het privé leven wordt door het Hof ruim geïnterpreteerd, en gezien het feit dat in de praktijk de voorbeelden erg divers zijn en deze per Staat kunnen verschillen, wordt aan de Staten een ruime '*margin of appreciation*' gelaten om te bepalen wat per geval voor het garanderen van het '*respect*' noodzakelijk is.

³² EHRM *Marckx v. Belgium*, 13 juni 1979, 6833/74, par. 31.

De doctrine van de '*positive obligation*' [...] "*opens up possibilities for the protection of individuals from each other by holding the state responsible in the international arena for a failure to legislate or grant horizontal effect to fundamental rights in order to guarantee fundamental rights standards in relationships between private parties.*"³³

³³ O. Cherednychenko, '*Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?*', in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No. 2, 24 maart 2009, pp. 195-218, 2006.

Sterker nog, "*It is established case-law that the Convention does not merely oblige the authorities of the Contracting States to respect the rights and freedoms embodied in it, but in addition requires them to secure the enjoyment of these rights and freedoms by preventing and remedying any*

breach thereof, and that, therefore, the obligation to secure the effective exercise of Convention rights may involve positive obligations on the part of the State, even involving the adoption of measures in the sphere of the relations between individuals."³⁴

³⁴ P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen and Oxford 2006, p. 836.

Zwitserland en Spanje kennen voorbeelden van wetgeving ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer onder omstandigheden die ook op atleten van toepassing zouden kunnen zijn. De essentie van het whereabouts-systeem is dat een atleet op iedere dag van het jaar gecontroleerd kan worden, zonder uitzondering. Dat betekent ook op zondagen en nationale feestdagen. Op het moment dat een atleet gecontroleerd wordt, houdt dat over het algemeen in dat de controleur het huis binnengaat. Het is enigszins ongebruikelijk om op straat in het openbaar bloed af te geven, evenzo urine. De dopingcontroleur mag de atleet geen moment uit het oog verliezen en gaat daarom mee het toilet of de badkamer in.

17.1.7.1 Zwitserland

In de zaak *Camenzind v Switzerland* heeft Zwitserland wettelijk vastgelegd dat zogenoemde huiszoekingen niet mogen plaatsvinden op zon- en feestdagen, evenmin mogen deze 's nachts plaatsvinden tenzij er sprake is van onmiddellijk gevaar of een ander groot belang.³⁵ Dit is een voorbeeld van een wet waarin de Staat heeft getracht bepaalde rechten, beschermd door artikel 8 (1), actief te waarborgen.

³⁵ EHRM *Camenzind v. Switzerland*, 16 December 1997, 21353/93, par. 46.

17.1.7.2 Spanje

Spanje heeft specifiek met betrekking tot de nieuwe anti-dopingmaatregelen een wet aangenomen die het voor atleten mogelijk maakt om 's nachts een dopingtest te weigeren. Tussen 23:00 uur 's nachts en 08:00 uur 's ochtends kunnen atleten die wonen of trainen op Spaans grondgebied niet meer verplicht worden om een dopingtest te ondergaan.³⁶ (Overigens lijkt deze wettelijke bescherming van atleten op Spaans grondgebied een van de redenen te zijn geweest waarom men de Olympische Spelen van 2016 *niet in Madrid* en wel in Rio de Janeiro laat plaatsvinden.)

³⁶ *The Telegraph*, 7 mei 2007.

Vaststaat dat de huidige anti-dopingmaatregelen volgens art 8 (1) een inbreuk zijn op de rechten van atleten. Bij deze inbreuken is er sprake van een belangenafweging. Het is de vraag of het beoogde doel niet ook kan worden bereikt met minder vergaande inbreuken. Op welk punt dient de Staat zelf voor deze bescherming van zijn burgers te zorgen, gezien haar positieve verplichting zorg te dragen

voor het respect voor het privé leven en het feit dat haar een grote verantwoordelijkheid is toegekend voor deze bescherming? Vanwege de disproportionaliteit tussen de inbreuken en het beoogde doel houdt de positieve verplichting mijns inziens in dat de Staat gehouden is zijn sporters te beschermen tegen de regelgeving van de WADA.

17.1.8 Conclusie

De WAD Code heeft een situatie gecreëerd waarin een privaatrechtelijke organisatie (WADA of een nationale antidopingorganisatie) de rechten van een individu (een sporter) kan schenden. Het controleren van een sporter op het gebruik van doping op het moment dat deze van zijn vrije tijd geniet in een huiselijke omgeving kan niet anders worden gezien dan als een schending van zijn recht op *'respect for his private and family life and his home'*. De Staten die zich door ondertekening van de Copenhagen Declaration en met de inwerkingtreding van het UNESCO-Verdrag hebben verbonden aan de missie van de WADA en de principes van de WAD Code hebben aanvaard, zijn Staten die door het EVRM een *'positive obligation'* hebben om de fundamentele rechten van de sporter te waarborgen.³⁷

³⁷ Soek 2008, p. 64.

Deze Staten hebben aanvaard dat een private organisatie mag binnentreden in de woning van een sporter (een huiszoeking), zonder dat de sporter zich kan beroepen op de *'defensive rights'* zoals deze zijn neergelegd in art. 8 lid 2 EVRM. Omdat de Staten zich ook hebben verplicht bepaalde fundamentele rechten te waarborgen, vloeit daaruit een positieve verplichting voort. Het is aan de Staten om nationale wetgeving dusdanig aan te passen dat geen afbreuk wordt gedaan aan een effectieve dopingbestrijding en men tegelijkertijd kan garanderen dat er geen inbreuk wordt gemaakt op de fundamentele rechten van de sporter.

Bijlage VI, Casus Rutger Beke

18.1 Schorsing Beke

Rutger Beke, een Belgische triatleet werd in 2003 tweede in de Ironman triatlon wedstrijd op Hawaii, het officiële wereldkampioenschap. In 2004 testte hij positief op het lichaamsvreemde EPO. Beke werd voorlopig geschorst door zijn internationale sportfederatie.¹ Beke ontkende het gebruik van EPO en hield zijn onschuld staande. Desondanks schorste de disciplinaire commissie van de Vlaamse Gemeenschap Beke op 5 maart 2005 voor 18 maanden.

¹ De Standaard, 20 oktober 2004.

De schorsing van Beke is vernietigd op twee gronden:

1. Onvoldoende discriminerend vermogen van de test
2. Onvoldoende reproduceerbaarheid tussen laboratoria.

Deze casus is verder van belang omdat WADA de burgerlijke rechter uitsloot en middels intimidatie Beke trachtte te bewegen zijn vorderingen tot schadevergoeding in te trekken.

18.1.1 Reproduceerbaarheid en discriminerend vermogen

Beke stelde tegen de schorsing beroep in bij de disciplinaire raad van de Vlaamse Gemeenschap, betogend dat er een lichaams*eigen* eiwit was dat ook voor een positieve EPO-test zou kunnen zorgen. De disciplinaire raad stelde hierop een onafhankelijke expert aan, de Leuvense professor en hematoloog Marc Bogaerts, om dit te onderzoeken. Deze verklaarde dat er “*geen wetenschappelijk bewijs was dat Beke EPO zou hebben gebruikt*”. Volgens Bogaerts waren er twee redenen om aan de positieve EPO-test van Beke te twijfelen.

18.1.1.1 Reproduceerbaarheid

Er is een verschil in interpretatie tussen de twee laboratoria die de testen hebben gedaan: *“Als een mens na een zware inspanning te veel eiwitten in zijn urine heeft interpreteert het ene laboratorium dat als een positieve test, zoals die van Gent en Keulen. Een ander laboratorium zou zoiets meteen als een negatieve test beschouwen. Dat is geen kritiek op de laboratoria van Keulen en Gent. Ik ben zeker dat ze daar te goeder trouw gehandeld hebben en de wetenschap is nu eenmaal steeds in beweging”*.

18.1.1.2 Discriminerend vermogen

Een bezwaar bij de toenmalige test was dat de stof gebruikt om EPO-delen te herkennen in het monster niet alleen specifiek op EPO reageerde, maar ook op *andere* proteïnen, wat voor een vals-positieve uitslag kon zorgen. De test is hiermee onbetrouwbaar.² *“Laboratoria in Leuven hebben aangetoond dat een van de reagentia die in de test gebruikt wordt niet specifiek genoeg is. Dat wil zeggen dat de test ook andere eiwitten dan EPO oppikt. [...] Er is dus geen hard wetenschappelijk bewijs dat Beke niet clean zou zijn.”*³ Het advies voor vrijspraak van Bogaerts werd door de Disciplinaire Raad opgevolgd en op 9 augustus 2005 werd Beke vrijgesproken van dopinggebruik.

² Aldus Bogaerts in een interview met Sporza TV op 2 augustus 2005.

³ Het Belang van Limburg, 1 augustus 2005.

Dezelfde test werd ook gebruikt bij twee andere triatleten, bij wie het ook leidde tot vals-positieven omdat het eiwit dat vals-positieven veroorzaakt vooral door het lichaam wordt geproduceerd na lange duurtrainingen.⁴

⁴ Cycling News, 23 september 2005.

Pas vanaf januari 2005 raadde WADA andere onderzoeksvoorwaarden aan. *“Despite the clear limitations of the urinary EPO test, which have been known since 2003, Dr Mujika writes that “none of the recommendations of the independent experts has been put into practice to date, and the only change that has been applied to the test since March 2003 (date of publication of the Peltre and Thormann report) until today is the addition to the analytical procedure of the so-called ‘stability test’, subsequent to the case of athlete Bernard Lagat, in which the African runner was initially accused of doping with EPO after the analysis of the A sample, then acquitted when the B sample showed negative results. Interestingly, this modification has never been validated in the usual way of every scientific method, that is by publication in a renown scientific journal submitted to peer review. It is thus obvious that WADA is a closed organization that does not follow the international rules of scientific publication procedures.”*

Overigens zijn die andere onderzoeksvoorwaarden niet direct in de praktijk gebracht door de WADA-laboratoria. Dit betekent dat

monsters van andere atleten nog steeds werden getest met inmiddels een wetenschappelijk bewezen ondeugdelijke test. Professor Matthieu Bollen van de KU Leuven: *“Ons bevreemden twee dingen. Twee Wada-laboratoria hebben onafhankelijk van elkaar gereageerd en hun kritieken spreken elkaar tegen. Wada zegt dat ze sindsdien nieuwe criteria hanteren om vals-positieven uit te sluiten. De waarheid is dat ze nog altijd dezelfde criteria hanteren als vóór het geval-Beke, althans volgens hun officiële website. Een mogelijke reden hiervoor kan zijn: Wellicht is het nu al mogelijk om epo op grote schaal te produceren die niet te onderscheiden is van lichaamseigen epo. Als dat zo is, heeft de huidige test geen zin meer. [...] Ik kan me indenken dat Wada de huidige epo-test graag zo lang mogelijk in stand wil houden, want de test is financieel interessant. Een epo-test is duur, hij kost tussen 600 en 1.000 euro. Daar valt dan door labs veel geld mee te verdienen.”*⁵

⁵ Het Nieuwsblad, 28 oktober 2006.

18.1.2 WADA en CAS sluiten burgerlijke rechter uit

De Disciplinaire Commissie van de Vlaamse Gemeenschap, noch WADA zelf heeft beroep ingesteld tegen de vrijspraak van Beke. Hierdoor werd de schorsing van Beke met onmiddellijke ingang weer opgeheven. Beke had niet geschorst mogen worden op basis van deze test, maar werd het wel, en miste daardoor 11 maanden competitie. Bovenop zijn schorsing werd Beke gedwongen het prijzengeld terug te betalen van de wedstrijd die de aanleiding was van de positieve test.

Als een atleet wordt geschorst op basis van een onbetrouwbare test en wordt vrijgesproken door het daartoe bevoegde orgaan, dan lijkt het logisch dat de weg naar schadevergoeding openstaat. In tegendeel. WADA sluit de gang naar de burgerlijke rechter uit in artikel 13.2.1 van de WAD Code: *“In cases arising from participation in an International Event or in cases involving International-Level Athletes, the decision may be appealed exclusively to CAS in accordance with the provisions applicable before such court.”*

In artikel 13.2 worden alle gevallen genoemd waarvoor de regeling volgens artikel 13.2.1 exclusief openstaat (en de burgerlijke rechter wordt uitgesloten). Onder meer: “

- *A decision that an anti-doping violation was committed,*
- *a decision imposing Consequences for an anti-doping rule violation*
- *a decision that an Anti-Doping Organization lacks jurisdiction to rule on an alleged anti-doping rule violation Consequences;*

- *a decision to impose a Provisional Suspension as a result of a Provisional Hearing or in violation of article 7.5, may be appealed exclusively as provided in this article 13.2.*

”

De Introduction van de WAD Code gaat nog verder: *“Anti-doping rules are not intended to be subject to or limited by requirements and legal standards applicable to criminal proceedings or employment matters. The policies and minimum standards set forth in the Code represent the consensus of a broad spectrum of stakeholders with an interest in fair sport and should be respected by all courts and adjudicating bodies.”*

Soek hierover: *“Hierbij dient te worden opgemerkt dat de antidopingregels –anders dan in de code wordt beweerd– verschillen van karakter met spelregels (de 'purely sporting rules'). De sport zelf is zich daar terdege van bewust gezien het disproportionele verschil in zwaarte van de sancties die staan op een overtreding van de antidopingregels en die staan op een overtreding van de spelregels en de eigen rechtsgang die voor dopingovertredingen in het leven is geroepen.”⁶*

⁶ J.W. Soek 2008, p. 60.

Samenvattend, het CAS wordt voor *alle* problemen die mogelijk kunnen voortvloeien uit de anti-doping regelgeving aangeduid als het *exclusieve* orgaan dat over doping gerelateerde kwesties mag beschikken.

18.1.2.1 *Geen enkele instantie neemt verantwoordelijkheid*

Het gebrek aan waardering voor de burgerrechten van atleten, het ontbreken van de mogelijkheid naar de burgerlijke rechter te gaan, het ontkennen van een schadeplicht ten opzichte van atleten, al deze ernstige onvolkomenheden in het anti-doping systeem zijn niet slechts te herleiden tot de WAD Code. Het blijkt ook uit uitspraken van verantwoordelijken die nauw verbonden zijn met de anti-doping instanties. Bijvoorbeeld de toenmalige directeur van WADA, Dick Pound, in reactie op een mogelijke schadeclaim van Rutger Beke. In zijn reactie gaf Pound blijk weinig op te hebben met de burgerlijke rechter, de wetten, algemene rechtsbeginselen en (mensenrechtelijke) verdragen die de WAD Code kunnen toetsen of waaraan de WAD Code is te toetsen. Gevraagd naar aanleiding van het geval Beke was Pound erg afwijzend over de mogelijkheid van een schadeclaim ingesteld door een atleet tegen WADA: *“As far as athletes suing WADA for damages over false positives, Pound doesn't believe it will work. “I think if you've signed onto this and you're governed by the code, your recourse is to the Court of Arbitration for Sport,” he said. “You don't go running off to*

the state courts.”

Pound is van mening dat atleten ‘vrijwillig’ overeenkwamen met hun respectievelijke sportbonden dat het CAS de enige juridische weg is die openstaat. Een vrijwilligheid die door velen zal worden uitgelegd als een verplichting. Prof. De Doelder geeft in zijn proefschrift van 1981 een indeling van verenigingsrecht: *“In essentie gaat het hem erom dat, naarmate het lidmaatschap van de groep waarbinnen disciplinaire regels gelden, onvrijwilliger is, er steeds hogere eisen dienen te worden gesteld aan zowel het formele tuchtrecht (de procedurele regels) als het materiële tuchtrecht (de definitie van de normen en de aard en omvang van de sancties).”*⁷

⁷ H. de Doelder, *‘Terrein en beginselen van tuchtrecht’*, Alphen a/d Rijn 1981.

Een sporter die alleen in verenigingsverband en daardoor alleen in bondsverband en daardoor weer alleen in internationaal federatieverband kan deelnemen aan de Olympische Spelen of enig ander groot evenement deelnemen is verplicht ‘in te stemmen’ met de antidopingregelgeving zoals die nu vastligt in de WAD Code van 2009. *“Nu het vooral gaat om beroepssporters die voor hun broodwinning van die sportbeoefening volledig afhankelijk zijn en voor wie deze activiteit ook de wezenlijke ontplooiing is van vaak uitzonderlijke talenten, kun je wellicht formeel nog spreken van vrijwilligheid, doch materieel niet meer: als je uitgaat van een fundamenteel recht van vrijheid van beroepskeuze en van een fundamenteel persoonlijk recht op de ontplooiing van je talenten, met daartegenover het monopolie van de nationale en vooral de internationale sportorganisaties, dan kan naar mijn oordeel van vrijwilligheid niet worden gesproken; in ieder geval rust onder deze omstandigheden op de organisatie in mijn opvatting een even zware verplichting ter zake van formele en materiële zorgvuldigheid en legitimering van regelgeving en uitvoering als in een ‘dwangorganisatie’”*.⁸

⁸ Loorbach 2009, p. 17-18.

In plaats van vrijwilligheid kan men hier dus spreken van een dwangorganisatie.

18.1.2.2 Legal Opinion CAS

Het CAS geeft in een legal opinion⁹ aan waar haar loyaliteit ligt. Het CAS was van mening dat *“mensenrechten en algemeen geldende rechtsbeginselen, en met name het EVRM niet werken tussen private partijen en missen dus toepassing op dopingrechtspraak binnen privaatrechtelijke rechtspersonen”*.¹⁰

⁹ Op aanvraag van WADA als enige partij, dus geen vertegenwoordiger van atleten vakbonden die schriftelijk hun standpunten met betrekking tot de rechtsvragen konden laten meewegen bij de behandeling door het CAS.

¹⁰ Loorbach 2009, p. 33-34.

Overigens kent het CAS wel ruimhartig schadevergoedingen toe of bevestigt dat aan alle andere partijen behalve aan atleten zelf. Begonnen met het Walrave arrest in 1974 en gevolgd in deze lijn

¹¹ J.W. Soek 2008, p. 67.

door het Meca-Medina-arrest in 2006 heeft het EG Hof in Straatsburg vastgesteld dat de *'purely sporting rule'* niet van toepassing is als er economische gevolgen verbonden zijn aan de sportregelgeving.¹¹ In deze gevallen mag er door de rechter wel getoetst worden.

Vervolgens geeft Pound aan, —niet met overtuigende juridische argumenten—, dat naar zijn mening de zaak van Beke niet serieus genomen moet worden. Hij verweert zich met de gebruikelijke aanpak indien men niet over juridische argumenten beschikt: karaktermoord, in dit geval op de advocaat van de tegenstander: *"Referring to Beke's case, where he intends to sue WADA for € 125,000,= Pound said, 'This one so far, as far as I know, has been confined to the courts in a particular part of Belgium. We've had some contact from the lawyer of the athlete, whose name is Beke, using the shotgun approach. Maybe as a lawyer he went to school in the States, suing everyone in sight. We said 'Well, do whatever you have to do, but we don't have any responsibility'. And furthermore, we said 'On what basis would you come after WADA?' [...] they have this preposterous claim against us. It's out there, but it's not something over which we're losing any sleep at all."*

18.1.3 Vordering tot schadevergoeding van Beke

Beke diende de vordering tot schadevergoeding tegen WADA en tegen de dopinglaboratoria in bij de rechtbank te Gent. Beke was geschorst op grond van een test die vals positieve uitslagen geeft. De test was ontwikkeld en goedgekeurd door WADA. Deze had verschillende doping-laboratoria opgedragen om die test te gebruiken. Er is sprake van een onrechtmatige daad jegens Beke, hij is onrechtmatig geschorst en Beke heeft schade geleden.

De schadevergoeding die Beke eiste, bedroeg € 185.000: minstens € 30.000 aan sponsorcontracten die werden stopgezet na de positieve test, € 50.000 misgelopen startgeld, een raming van € 93.500 aan misgelopen prijzengeld en een immateriële schadevergoeding.

18.1.3.1 Tegenvordering door WADA, intimidatie

WADA reageerde door een tegenvordering in te stellen van € 10.000 schadevergoeding wegens *laster* door Beke. Een tactiek van intimidatie. Indien men de anti-dopingstrijd ziet als een zaak die breed gedragen door alle belanghebbende partijen wordt gesteund, dan lijkt het verstandig om bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een onrechtmatige schorsing, te beseffen dat men hetzelfde doel nastreeft. Indien men de atleet vrijspreekt en zijn schorsing opheft, dan moet

automatisch ook de dopingverdenking van dat moment verdwijnen voor de autoriteiten. Op zijn minst wanneer het een atleet betreft die, zoals in dit geval, onrechtmatig wordt geschorst op basis van WADA's ondeugdelijke testen. Men mag ervan uitgaan dat deze atleet zelf ook schoon zijn sport wil beleven en tegen dopinggebruik in de sport is.¹² Men dient te beseffen dat het hier een atleet betreft die schade lijdt buiten zijn toedoen. Echter de oplossing waar WADA voor kiest in reactie op Beke's (terechte) vordering tot schadevergoeding is tekenend. WADA verkiest intimidatie door middel van een tegenvordering boven het nemen van verantwoordelijkheid en het daarbij horende financiële risico.¹³

Deze tegenvordering heeft alle kenmerken van een zogenaamde SLAPP-lawsuit: *“a strategic lawsuit against public participation. In such a lawsuit, winning is not the main objective. Instead, it is crafted to harry critics, not least with the high cost of fighting a lawsuit, into abandoning their criticism.”*

Evident is hier dat het doel niet waarheidsvinding is, noch om aan te tonen dat men inziet dat er met alle partijen een oplossing moet worden gevonden voor problemen ten gevolge van de anti-dopingregelgeving. Evenmin is het doel ervoor te kiezen om af te wachten of men wellicht schadelijkt is. Het doel is echter om Beke en daarmee toekomstig onrechtmatig geschorste atleten bang te maken voor dusdanig hoge proceskosten dat zij afzien van een vordering tot schadevergoeding.

Het enige wat deze vordering van WADA voor mij duidelijk maakt is dat, als WADA meent dat elke schadeclaim laster is die rechtgezet kan worden met een tegenvergoeding, WADA ook van mening zou moeten zijn dat elke onrechtmatige schorsing een aantasting is van de goede eer en naam van een sporter en evenzeer in aanmerking komt voor schadevergoeding.

De tegenvordering van WADA werd afgewezen met veroordeling van WADA tot vergoeding van € 3.000,= proceskosten aan Beke.

18.1.3.2 Vordering Beke tegen WADA

De vordering tegen WADA werd door de burgerlijke rechter niet toegekend omdat Beke niet door WADA was geschorst. Op het moment dat er sprake is van een positieve dopingtest moet een atleet volgens de regels van WADA meteen worden geschorst door zijn *sportfederatie*. Op het moment dat een atleet in beroep gaat, wordt de schorsing voorlopig en kan de federatie ervoor kiezen de atleet weer

¹² Zoals blijkt uit verschillende uitspraken van Beke.

¹³ NRC Handelsblad, 1 oktober 1998. Voor sportbestuurders is het risico op schadeplechtigheid een belangrijker overweging dan het sportieve aspect. Toenmalig UCI-voorzitter Hein Verbruggen over de reden waarom men Festina in eerste instantie niet uit de Tour heeft genomen terwijl men op de hoogte was van dopingactiviteiten: *“Ja, maar dan moet je [UCI] wel het risico willen lopen dat ze langs de kassa komen voor een paar miljoen wanneer ze naderhand worden vrijgesproken. Een wielrenner heeft een carrière van tien jaar. Twee jaar is al twintig procent van zijn carrière, de financiële schade is enorm.”*

¹⁴ Het Laatste Nieuws, 12 september 2008.

toe te laten tot zijn wedstrijden. Omdat de federatie, niet WADA, ervoor koos de schorsing in stand te houden, stelde WADA dat de sportfederatie de schadeplichtige zou zijn als er sprake was van een onrechtmatige daad door de schorsing. De rechtbank deelde deze mening.¹⁴ Vanwege slechte communicatie van WADA werd WADA veroordeeld tot een immateriële schadevergoeding van € 2.500,- aan Beke.

Interessant in dit licht zijn nog uitspraken gedaan door Dick Pound. Nog voordat de uitspraak bekend was liet hij al zijn licht schijnen over de specifieke kwesties in deze zaak: *“The test is quite reliable. What is interesting, and is something that we have to continue to follow, is whether or not there is some exercise induced variations that might occur, that might lead a lab without too much experience in these kinds of tests to conclude that there’s a positive when maybe there is not.”*

Als men accepteert dat er aan inspanning gerelateerde variaties kunnen optreden in de uitslag van de test, dan is de test niet betrouwbaar. Als de test volgens Pound zelfs met deze informatie en mogelijkheid van vals-positieve uitslagen nog steeds betrouwbaar is, maar dat onjuiste uitslagen alleen maar voorkomen vanwege *onervaren* laboranten, dan lijkt mij dat het laboratorium schadeplichtig is.

Sterker nog, Pound geeft aan wat er had moeten gebeuren in het geval een onervaren laboratorium een positieve test-uitslag geeft: *“So what we’ve sent out to all of our laboratories is, if you get profiles that are somewhat different from the standard positive profiles, check it with one of the two or three labs that have the particular expertise in this. Go to the specialists before determining whether or not you’re faced with a positive sample.”*

Dit is niet gebeurd met de monsters van Beke die een (vals-)positieve uitslag gaven. Als ik de argumentatie van Pound volg dan is er tijdens de ‘*chain of custody*’ tot aan de uitslag van de positieve test een moment geweest van nalatigheid. Echter niet volgens Pound: *“I don’t know the answer to that. I suspect if you’re claiming, you would have to show there’s been fault on the part of somebody. Scientific disagreement may or may not be fault. But certainly it’s not the fault of an organisation like WADA, which approves a test that has significant scientific support from around the world. There may be some factual things, I suppose you might have the possibility that a lab does a really shoddy job as opposed to a matter of opinion, but that’s getting pretty hypothetical.”*

Het is noch een hypothetische kwestie noch heeft WADA de uni-

versele goedkeuring van wetenschappers. Volgens Pound is de test nog steeds betrouwbaar en in geval van twijfel moet er naar ervaren laboratoria worden doorgestuurd maar dan zouden bij twijfelgevallen de vals-positieve uitslagen er zo worden uitgehaald waardoor er nooit onrechtmatig zou worden geschorst!

18.1.3.3 *Vordering Beke tegen laboratoria*

De vordering van Beke tegen de laboratoria werd niet toegewezen door de rechtbank. Integendeel, Beke heeft de proceskosten van de andere partijen moeten vergoeden, € 6.666 voor de twee dopinglaboratoria ieder en € 6.666 voor het hoofd van het Keulse dopinglaboratorium.

De vordering werd niet toegewezen omdat niet is aangetoond dat er fouten zijn gemaakt in de behandeling van de test door de dopinglaboratoria. Deze hebben zich aan de regels gehouden zoals vereist door WADA bij een juiste uitvoering van de test. Zij waren dan ook niet aansprakelijk voor mogelijke valse-positieve uitslagen na een correcte behandeling van de monsters, en correcte uitvoering van de test.

Beke had dus geen enkele schuld aan zijn schorsing. Hij is door de Disciplinaire Raad van de Vlaamse Gemeenschap vrijgesproken. Tegen deze uitspraak is door geen enkele instantie beroep ingesteld. Beke heeft aantoonbaar schade geleden, maar de eindconclusie is dat deze schade niet wordt vergoed. Overigens moet ik er wel aan toevoegen dat de Vlaamse Minister van Sport, Bert Ancieux, wel de kosten gemaakt voor testen door professor Delbeke heeft vergoed.¹⁵

¹⁵ Vergadering Commissie voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media van Vlaams Parlement op 29 september 2005.

Bijlage VII, Toelichting bij vragen voor nader onderzoek

19.1 Een SFF naar analogie EFF

Internet is net als dopingbestrijding nog steeds een nieuw en onontgonnen rechtsgebied. Op het gebied van Internet voert de EFF, de Electronic Frontier Foundation¹ processen om de juridische grenzen vast te stellen in een nieuw en onontgonnen rechtsgebied. De EFF is een non-profit organisatie die ook procedeert namens partijen die de proceskosten niet kunnen dragen. Het gaat daarbij vaak over burgerrechten zoals privacy en het recht op vrije meningsuiting. De EFF heeft veel banden met de universitaire wereld.

¹ EFF, [Electronic Frontier Foundation](#).

Een Sport Frontier Foundation zou namens sporters kunnen procederen om de grenzen van het sportrecht te verkennen.

Een niet uitputtende lijst van mogelijke processen:

- Is er gezien de ernst van de straffen als gevolg van een dopingvergreep geen sprake van criminal charge en daarbij behorende waarborgen, volgens art. 6 lid 2 EVRM?
- Is het strict-liability-principe waarbij de schuldvraag geen constituerend onderdeel meer is van een dopingvergreep een schending van art. 6 EVRM?
- Is het uitsluiten van de burgerlijke rechter, en daarmee ook de mogelijkheid op schadevergoeding voor onrechtmatige schorsingen, een schending van art. 6 EVRM?
- Is de whereabouts-verplichting opgelegd aan atleten een inbreuk op art. 8 EVRM?

19.2 Doping en strafrecht

- Wat is het juridisch kader voor dopingbestrijding onder strafrecht?
- Is de dopingregelgeving geen tuchtrecht meer?
- Is het strafrecht?
- Zo ja, moeten de verdachten in de opsporingsfase dan niet dezelfde rechten en bescherming krijgen als in het strafrecht?

Bij de toekenning van dwangmiddelen koos de wetgever een compromis op grond van de belangen van de vervolging afgewogen tegen de belangen van de verdachte. Daarbij geldt dat hoe ingrijpender het dwangmiddel is, hoe hoger in de justitiële hiërarchie de instantie die bevoegd wordt verklaard het dwangmiddel aan te wenden.

Dit toegepast op bijvoorbeeld de praktijk van huis- en hotelkamerdoorzoeken door de dopingautoriteiten roept vragen op of de procedures wel voorzien zijn van de nodige waarborgen. Twee voorbeelden uit de vele vragen die hier beantwoord moeten worden:

Rechterlijke toetsing huiszoeking “Uit EHRM 25 februari 1993, Publ. ECHR series A vol. 256, par. 80-96 (Funke) kan worden afgeleid dat een huiszoekingsregeling die niet voorziet in een rechterlijke toetsing, in strijd is met artikel 8.”²

² Cleiren, C.P.M.; Nijboer, J.F.; *Strafvordering, Tekst & Commentaar* Kluwer - Deventer, 1995, p. 115.

Zuiverheid van het oogmerk Ddétournement de pouvoir, opsporing op grond van de *tuchtrechtelijke* bescherming van de zuiverheid in de sport leidt tot *strafrechtelijke* vervolging wegens drugs. Meer over de zuiverheid van het oogmerk bij Cleiren.³

³ Cleiren, C.P.M.; Nijboer, J.F.; *Strafvordering, Tekst & Commentaar* Kluwer - Deventer, 1995, p. 116.

Vertrouwensbeginsel Een atleet mag erop vertrouwen dat de dopingautoriteiten slechts de zuivere sport beschermen. Daar is in het voorgaande al niet aan voldaan. Meer over het vertrouwensbeginsel bij Cleiren⁴

⁴ Cleiren, C.P.M.; Nijboer, J.F.; *Strafvordering, Tekst & Commentaar* Kluwer - Deventer, 1995, p. 115.

Schending beginselen van een goede procesorde Moet bewijs verkregen uit tuchtrechtelijke opsporing niet worden uitgesloten?

- Is doping onder het strafrecht de enige wijze waarop doping effectief bestreden kan worden?

Volgens spijtoptant Bernard Kohl bijvoorbeeld is een gevangenisstraf van twee jaar het enige middel dat atleten voldoende zou afschrikken van dopinggebruik.⁵

⁵ Trouw, 5 juni 2009.

- Kan men naast de vervolging onder de strafwet voor een feit vanwege hetzelfde feit worden vervolgd in het tuchtrecht en daar dezelfde punitieve boete een tweede maal ontvangen?
- Vallen strafwetten die alleen maar zijn ingevoerd om doping te bestrijden binnen het begrip dopingbestrijding? Dopingautoriteiten onttrekken zich aan het publiek debat over strafrechtelijke dopingbestrijding met het argument dat strafrecht het domein van de wetgever is. Mijns inziens behoren zij zich niet aan dat debat te onttrekken omdat het hun vakgebied betreft en helemaal niet omdat zij de aanstichters van die wetgeving zijn.

Toelichting door middel van voorbeelden.

De Italiaanse wielrenner Mazzoleni werd 17 juni 2010 in Italië veroordeeld tot 4 maanden cel wegens betrokkenheid in de handel en het gebruik van verboden prestatie-bevorderende middelen. Zijn vrouw, de zus van Giro-winnaar Ivan Basso, werd veroordeeld tot 1 jaar cel. Omdat Mazzoleni uiteindelijk schuld bekende, werd de gevangenisstraf alsnog omgezet in een boete.⁶

⁶ Cyclingnews, 18 juni 2010.

In Frankrijk hebben betrokkenen bij de 'Tour de Doping' van 1998 tijd in de cel moeten doorbrengen,⁷

⁷ Volkskrant, 28 mei 2001.

in Spanje worden celstraffen geëist als gevolg van het faciliteren van doping en in de Verenigde Staten is voormalig Olympisch kampioene Marion Jones tot een half jaar celstraf veroordeeld nadat zij bij het onderzoek onder ede had gelogen over haar dopinggebruik.⁸

⁸ De Morgen, 11 januari 2008.

Situatie

De verantwoordelijkheid van dopingbestrijding was gedurende lange tijd in handen van de (internationale) sportbonden. Overheden en intergouvernementele instanties respecteerden de soevereiniteit in eigen kring en namen niet zelf de taak op zich om voor regulering te zorgen.

Met de beslissing in de zaak Walrave⁹ voor het EG-Hof bleek voor het eerst dat materie die altijd aan de sportwereld zelf werd overgelaten ter regulering, ook onder de verantwoordelijkheid van overheden zou kunnen vallen. Hierop volgden resoluties en richtlijnen van de EG, de Raad van Europa en een UNESCO-Verdrag waarin Staten zich met iedere stap meer verbonden aan de noodzaak van dopingbestrijding en daarmee meer verantwoordelijkheid namen.

⁹ HvJ EG 12 december 1974, nr. 36/74 (Walrave en Koch), par. 4.

Het UNESCO-verdrag is bij Rijkswet van 17 november 1994 in Nederland goedgekeurd.¹⁰ In art. 1 van dit verdrag is opgenomen dat de overheid, door de toetreding, zich verplicht heeft de voorgeschreven

¹⁰ Rijkswet van 17 november 1994, Stb. 878.

¹¹ Voorafgaand aan de vaststelling van een nieuw verdrag zijn er diverse beleidsmaatregelen, richtlijnen en resoluties al vastgesteld, en ook daarna is het antidopingverdrag binnen de Europese Gemeenschap een belangrijk agendapunt gebleven;

Trb. 1991, nr. 8.: zie preambule Overeenkomst ter bestrijding van doping: Resolutie (67) 12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake doping van atleten; Aanbeveling nr. R(79)8 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake doping in de sport; Aanbeveling nr. R(84)19 inzake het "Europees Handvest inzake de bestrijding van doping in de sport"; Aanbeveling nr. R(88)12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake het zonder voorafgaande waarschuwing houden van dopingcontroles buiten wedstrijden;

Aanbeveling nr. 5 inzake doping, aangenomen door de 2^e Internationale Conferentie van Ministers en Hoge Ambtenaren verantwoordelijk voor Sport en Lichamelijke Opvoeding, georganiseerd door de Unesco te Moskou (1988); Resolutie R(89)1 van 1 juni 1989 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake doping. *PbEU* 1992, C44: Resolutie van 19 februari 1992 van de Raad en van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, betreffende een gedragscode tegen doping in de sport; *PbEU* 1997, C 200/252: Resolutie van 13 juni 1997 over de rol van de Europese Unie op het gebied van de sport; *PbEU* 1999, C 098/291: Resolutie van 17 december 1998 over urgente maatregelen tegen doping in de sport; Advies 37/99 van het Comité van de regio's d.d. 16 september 1999: Advies inzake het '*Europese sportmodel*'; *PbEU* 2001, C 135/270: Resolutie van 7 september 2000 van de Europese Commissie betreffende een plan voor de bijdrage van de Gemeenschap aan de dopingbestrijding in de sport; *PbEU* 2002, L 183: Richtlijn 2002/46/EG van het Europese Parlement en de Raad van 10 juni 2002 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake voedingssupplementen goedgekeurd; Resolutie van 14 april 2005 van het Europees Parlement over de bestrijding van doping in de sport (Niet in publicatieblad verschenen.); COM (2007) 391 11 juli 2007: Witboek sport van de Europese Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007.

¹² '*De bestrijding van doping in de sport*', voor discussie in de werkgroep tijdens Eerste Europese conferentie over sport 21 en 22 mei 1999, Brussel 6 april 1999. p. 4.

stappen te ondernemen die moeten leiden tot vermindering en uiteindelijk uitbanning van doping in de sport.¹¹

Het oplossen van het probleem van het dopinggebruik in de sport valt niet alleen onder de taak van de sportorganisaties, maar tevens onder de taak van de overheid.¹²

Het UNESCO-Verdrag verplicht de overheid om samen te werken met de internationale sportfederaties.¹³ De verdragsluitende landen kunnen zelf kiezen in welke vorm zij deze samenwerking uitwerken. Dat kan door middel van specifieke wetgeving of vergelijkbare bestuurlijke maatregelen, maar ook bijvoorbeeld door subsidies aan sportbonden te verbinden aan bepaalde voorwaarden.¹⁴

Het wordt aan landen zelf overgelaten hoe de dopingbestrijding wordt geregeld. Dat heeft tot gevolg dat er tussen de landen onderling veel verschillen bestaan. In sommige landen is de dopingbestrijding nog steeds vrijwel volledig overgelaten aan de sportbonden, waarmee doping binnen het tuchtrecht blijft. Frankrijk, Italië en Spanje echter zijn voorbeelden van landen die inmiddels zijn overgegaan tot het strafbaar stellen van dopinggebruik binnen de strafwet.

Het verbod op prestatie-bevorderende middelen in de strafwet past in een trend waarbij tijdens het laatste decennium de straffen op dopingvergrijpen exponentieel zwaarder zijn geworden. Twee jaar schorsing gevolgd door levenslange schorsing bij een tweede vergrijp. Daarmee ontzegt men iemand het recht op economische activiteit. Daarnaast zijn boetes tot 400.000 Euro of een jaarsalaris –met als enige doel leed toebrengen en daarmee punitief– een standaardstraf voor een dopingvergrijp geworden. De straffen vanuit het tuchtrecht zijn daarmee zwaarder dan straffen in het strafrecht, maar bescherming van de verdachte door in het strafrecht gangbare waarborgen ontbreekt.

19.3 *Doping onder minderjarige atleten*

1. Moet dopingregelgeving voor jeugdigen verschillen van de dopingregelgeving voor volwassenen zoals het jeugdstrafrecht verschilt van het strafrecht?
2. Is de juridisch gangbare ouder-verantwoordelijkheid en ouder-aansprakelijkheid voor kinderen van toepassing als bij het kind doping wordt aangetroffen?
3. Moeten voor kinderen dezelfde straffen gelden als voor volwassen atleten?
4. Gelden de privacy-voorwaarden van het jeugdstrafrecht ook bij tuchtzaken in verband met dopingregelgeving? In het geval van de schaatser Wesley Lommers is zijn naam door de persvoorlichter van de schaatsbond (KNSB) tot tweemaal toe prijs gegeven en bevestigd aan journalisten voordat de tuchtprocedure was afgerond.¹⁵

¹³ Art. 7 Overeenkomst ter bestrijding van doping; Straatsburg, 16 november 1989; *Trb.* 1991, nr. 8; *Kamerstukken II* 22 671 en *Stb.* 1994, 878.

¹⁴ Art. 4 Overeenkomst ter bestrijding van doping; Straatsburg, 16 november 1989; *Trb.* 1991, nr. 8; *Kamerstukken II* 22 671 en *Stb.* 1994, 878.

¹⁵ *De Gelderlander*, 28 mei 2009.

5. Zijn er juridische aanknopingspunten voor een leeftijdsgrens waarop men begint met controleren op doping? Onderzoek onder Belgische junioren in het wielrennen leert dat men daar graag vaker gecontroleerd zou willen worden.¹⁶

¹⁶ Het Nieuwsblad, 4 juni 2010.

6. Wie beslist of atleten die amateur en minderjarig zijn hun burgerrechten kunnen opgeven? Licht hier van rechtswege een taak voor overheid of kindbescherming?

Om de top te bereiken is talent niet voldoende. Iedere topsporter heeft meerdere jaren moeten investeren door middel van training. Het merendeel van deze training vindt plaats als de atleet nog niet volwassen is. De voordelen van doping zijn minstens zo groot in een periode van training als tijdens een competitie. Men wordt beter door middel van training, men kan harder en langer trainen met behulp van prestatie-bevorderende middelen. Een lange periode van intensieve training is van het 6e tot het 18e levensjaar.

Controles bij jeugdwedstrijden zijn minder frequent of komen zelfs helemaal niet voor. Het gebruik van prestatie-bevorderende middelen ligt niet geheel buiten het voorstellingsvermogen omdat juist deze jeugdperiode bepalend is of men de top in de sport bereikt.

Wesley Lommers

In maart 2010 werd de 15-jarige talentvolle schaatser Wesley Lommers voor twee jaar geschorst wegens dopinggebruik, waarvan een jaar voorwaardelijk. Wesley Lommers werd na de nationale jeugdkampioenschappen van 1 februari 2009 gecontroleerd op doping. Er werden sporen van een verboden spierversterkend middel in zijn bloed- en urinemonster gevonden.¹⁷

¹⁷ De Telegraaf, 11 maart 2009.

Naar aanleiding hiervan werd hij in maart 2009 door de schaatsbond voorlopig geschorst, de schorsing werd in 2010 definitief bevestigd.

7. Dopingcontroles bij de jeugd; almachtige positie dopingautoriteit

Dopingcontroles zijn niet gebruikelijk bij junioren. In nagenoeg iedere sport zal een sporter voordat hij deelneemt aan wedstrijden voor volwassenen, geen enkele controle ondergaan. Deze controles worden aan de discretionaire bevoegdheid van de dopingautoriteit overgelaten. Herman Ram, directeur van de Nederlandse Dopingautoriteit verklaart: *“Als wij geen reden zien om een junior te controleren doen we het niet. [...] Dat kan via loting gaan, [...] dat kan ook op naam zijn, dat kan ook op plaats van eindlijst zijn, dus er zijn verschillende mogelijkheden. Soms worden we gewezen op een bepaald*

probleem, of een verdenking, maar in de praktijk zijn wij uiteindelijk degenen die bepalen of en wanneer we controleren.”¹⁸

¹⁸ Een Vandaag, 26 mei 2009.

Een minderjarige atleet heeft daarmee geen enkele zekerheid dat en zoja, wanneer hij gecontroleerd kan worden. Bij de jeugd gebeurt dit op basis van verwijzingen en verdenkingen van de concurrentie. Inmiddels wordt ook het 13-jarige zusje van Wesley Lommers in de gaten gehouden, niet toevallig. Herman Ram: *“We hebben niet een rechtstreeks vermoeden bij haar, maar ze zit in een omgeving – ze heeft een broertje dat positief is bevonden een tijdje geleden, dat sport en leeft in dezelfde omgeving. Op het moment dat je dus een jongen hebt die anabolen gebruikt heeft of toegediend heeft gekregen, dan moet ik er toch rekening mee houden dat hetzelfde voor het zusje kan gelden.”¹⁹*

¹⁹ Een Vandaag, 11 november 2009.

Whereabouts verplichtingen voor 13-jarige

Het gevolg van deze opstelling is dat Dominique Lommers als 13-jarig meisje aan de zwaarste vereisten van de dopingregelgeving moet voldoen. Zij moet drie maanden van te voren aangeven waar zij van 6 uur 's ochtends tot 11 's avonds verblijft om zodoende een onaangekondigde dopingcontrole te kunnen krijgen. De whereabouts verplichting is al controversieel voor volwassen professionele atleten. Het plaatsen van een 13-jarig meisje in deze situatie roept heel andere vragen op.

8. Casus Lionel Messi

- Is er in de casus Lionel Messi sprake van doping?
- Is het medisch toelaatbaar als het motief voor de behandeling louter sportgerelateerd is?
- Rechtsgelijkheid tussen sporten: zouden er in de casus Messi verschillen in beoordeling zijn geweest tussen bijvoorbeeld wielrennen en voetbal?
- Rechtsgelijkheid tussen landen: zouden er in de casus Messi verschillen in beoordeling zijn geweest tussen bijvoorbeeld Spanje en (het voormalige) Oost-Duitsland?
- Is er bij 'special exempt' sprake van rechtsongelijkheid?

Messi beste speler dank zij groeihormonen zonder inmenging autoriteiten

De onbetwist beste voetbalspeler van dit moment is de Argentijn Lionel Messi. Al op 22-jarige leeftijd wordt hij in een adem genoemd met Pele, Cruyff en Maradona. De officiële bevestiging

²⁰ De Standaard, 21 december 2009.

²¹ Prinsjesdag rapport ABN-AMRO over sport: 'Sport Scoort, De Effecten van Sport op de Nederlandse Samenleving', september 2008.

²² Op 11-jarige leeftijd was Messi 1 meter 32. Van zijn broers kreeg hij de bijnaam waaronder hij nog steeds bekend is in Argentinië: 'La Pulga', de Vlo.

²³ Independent, 1 december 2008.

volgde in december met zijn uitverkiezing tot wereldvoetballer van het jaar 2009.²⁰ In november 2009 verlengde FC Barcelona zijn contract tot 2016 tegen een salaris van 10 miljoen euro per jaar waarmee hij de best betaalde voetballer van zijn club werd. Daarnaast liet Barcelona in het contract een afkoopsom van 250 miljoen euro opnemen. Ter vergelijking: de Nederlandse overheid geeft jaarlijks 40 miljoen Euro uit aan de ondersteuning van topsport in Nederland.²¹ Er zijn echter ook bronnen die over een aanzienlijk lager bedrag spreken; namelijk 7,5 miljoen euro als directe jaarlijkse bijdrage van het Rijk.

Messi te klein voor topvoetbal

Messi werd op 24 juni 1987 geboren in Santa Fé, Argentinië en manifesteerde zich al snel als een groot talent. Echter, zijn groei bleef achter en artsen voorspelden dat Messi niet veel meer zou groeien.²²

Als tienjarige werd hij door het bestuur van zijn voetbalclub in contact gebracht met een Argentijnse endocrinoloog.

Toen Messi 13 jaar oud was koos zijn vader ervoor om naar Barcelona te verhuizen, vanwege de kosten verbonden aan de medicatie die noodzakelijk was om hem in het profvoetbal te laten slagen.²³

Messi was, 13 jaar oud, al twee jaar onder behandeling om zijn tekort aan groeihormonen met biosynthetisch groeihormoon te compenseren. In maart 2001 tekende Messi, 13 jaar oud, zijn eerste officiële contract bij FC Barcelona. Deze club betaalde 30 maanden lang 900 dollar per maand voor medische behandeling waardoor Messi nog 30 centimeter kon groeien.

Messi zelf zegt over de groeihormonen: "It was like cleaning my teeth [...] It wasn't really a chore and I knew it was important for my future. And I was responsible. Especially about anything having to do with football."

Met 1 meter 69 is Messi nog steeds geen kolos in het voetbal, maar met deze lengte ondervindt Messi niet meer dezelfde obstakels dan hij zou hebben als hij 1 m 50 was geweest.

Vijf jaar injecties met biosynthetische hormonen

Het biosynthetische groeihormoon dat Messi 5 jaar lang gebruikte, staat op de lijst van verboden middelen van WADA. In de specifieke situatie van Messi is alleen vanwege zijn voetbal-kwaliteiten en de intentie om van hem een broodvoetballer te

maken, de keuze voor groeihormonen gemaakt. Economische motieven prevaleerden boven de gezondheid van Messi.

Messi is 1 meter 69 geworden met behulp van doping, vijf jaar lang, systematisch, onder begeleiding van zijn twee voetbalclubs en zijn familie. Alleen is het niet als doping aangemerkt omdat het plaats had in zijn jeugd, hij uit Argentinië kwam, zich in Spanje verder ontwikkelde en het voetbal betrof.

Topsporters behoren tot de top omdat ze naast talent ook het fysieke gestel hebben waarmee ze geboren worden. Atleten die dat gestel niet hebben maar dat compenseren met doping worden gestraft.

In tennis is de service van essentieel belang en de lengte van de tennisser wezenlijk van invloed op de service. De Belgische tennisser Olivier Rochus was in zijn jeugd al een wereldtopper, maar waar anderen in lengte doorgroeiden, werd hij niet langer dan 1 meter 65. Desondanks reikte hij tot de 25e plaats op de wereldranglijst. Met extra lengte en daarmee een betere service zou hij als volwassene een wereldtopper zijn geworden. Groeihormoon had hem wellicht de beste speler ter wereld gemaakt, hetgeen Messi zonder groeihormoon nooit was geworden.

- **Is het medisch toelaatbaar?**

Is er bij een lengte van 1 meter 60 nog een medische noodzaak?

In de casus Messi zijn er verboden middelen gebruikt zonder inmenging van WADA of andere doping-autoriteiten. Kan men met een beroep op gelijke behandeling verwijzen naar de casus Messi en jeugdige sporters met groeihormonen behandelen?

- Is er bij special exempt sprake van rechtsongelijkheid?

Astma-medicatie geeft een aantoonbaar voordeel aan duursporters. Waar 7% van de bevolking last heeft van een aandoening aan de luchtwegen heeft meer dan 14% van de wielrenners een 'special exempt' van WADA om astma-medicatie te gebruiken.

- Rechtsgelijkheid tussen sporten

Zijn er verschillen in beoordeling tussen bijvoorbeeld wielrennen en voetbal?

- Rechtsgelijkheid tussen landen

Zijn er verschillen in beoordeling tussen bijvoorbeeld Spanje en (het voormalige) Oost-Duitsland?

Bijlage VIII, Succesvolle proefprocessen

20.1 1974, Walrave en Koch, EHvJ

Europees Hof van Justitie: Sport valt onder de bepalingen van het Europese Verdrag voor zover het een economische activiteit betreft

In 1974 tekenden de Nederlandse gangmakers Bruno Walrave en Noppie Koch beroep aan tegen regelgeving van de internationale wielervederatie UCI. Daarin werd gesteld dat motorgangmakers alleen mochten werken voor wielrenners met dezelfde nationaliteit. Walrave en Koch meenden dat de regels in strijd waren met het toenmalige Verdrag van Rome en in het bijzonder met het vrije verkeer van personen. Het Europees Hof van Justitie stelde hen uiteindelijk in het gelijk door uit te spreken dat “sport onder de bepalingen van het Europese Verdrag valt in zoverre als het een economische activiteit betreft”. Professionele sportbeoefening kwam daardoor onder de justitiële invloed van Europa te staan.¹ Walrave en Koch werden beschermd in hun broodwinning.

¹ HvJ EG 12 december 1974, nr. 36/74 (Walrave en Koch), par. 4.

20.2 1993, Elmer Gundel, Zwitsers Federaal Tribunaal

Zwitserse federale rechter: CAS geen onafhankelijke rechter

In februari 1992 stelde de ruiter Grundel beroep in bij het CAS tegen een beslissing van de *Fédération Equestre Internationale* (FEI) waarin hij werd gediskwalificeerd als gevolg van een positieve dopingtest van zijn paard. Het CAS hield bij uitspraak van 15 oktober 1992 de beslissing gedeeltelijk in stand. Het CAS is opgericht naar Zwitsers recht en gezeteld in Zwitserland. Grundel stelde beroep in bij een Zwitserse federale rechter. Hij bestreed de legitimiteit van het CAS. De uitspraak van het CAS werd in stand gehouden, desondanks volgde in de uitspraak van 15 maart 1993² een aantal kritische op-

² Pbl.: *Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Federal*, 119 II 271.

³ M. Reeb, in: Blackshaw, Siekmann, Soek, 'CAS 1984-2004', Den Haag 2006, p. 33.

⁴ Blackshaw et al, p. 34.

⁵ Aangenomen op 22 november 1994, die in aangepaste vorm nog steeds van kracht is.

en aanmerkingen betreffende de onafhankelijkheid van het CAS ten aanzien van het IOC. Volgens het Federale Tribunaal zou er, indien bij een procedure het IOC partij is, onvoldoende sprake zijn van een onafhankelijke tuchtrechtelijke instantie.³ Als gevolg van deze uitspraak werden door het CAS in 1994 grote hervormingen doorgevoerd om het CAS een meer onafhankelijke positie te geven.⁴ De hervormingen zijn vastgelegd in de 'Code of Sports-Related Arbitration'.⁵

20.3 2006, Meca-Medina en Majcen, EHvJ

EHvJ: Anti-dopingregelgeving valt onder EG-recht op het moment dat de grensoverschrijdende economische activiteiten van andere partijen worden beïnvloed.

EHvJ: Sportinstanties moeten per geval bewijzen dat schorsingen en boetes noodzakelijk zijn en in verhouding staan.

Op 8 augustus werden de zwemmers Meca-Medina en Majcen door het Doping Panel van de *Fédération Internationale de Natation* (FINA) geschorst voor vier jaar als gevolg van een positieve test op nandrolon-gebruik. De zwemmers gingen in beroep bij het CAS, op 29 februari 2000 werd het beroep door het CAS verworpen. Toen na nieuw bewijs op 23 mei 2001 door het CAS weliswaar de schorsing van vier naar twee jaar werd verlaagd, maar niet opgeschort, dienden de zwemmers op 30 mei 2001 een klacht in bij de Europese Commissie. Volgens de zwemmers was de dopingregelgeving van het IOC en uitgevoerd door de FINA, onverenigbaar met de gemeenschapsregels betreffende mededinging en het vrij verrichten van diensten (art. 81 en 82 EG-Verdrag).

De Commissie en het Gerecht in Eerste Aanleg oordeelden dat de dopingregelgeving binnen de autonomie van de sportinstanties viel omdat het hier om zogenaamde sportregels gaat, en daarmee ingevolge de 'sporting exception' niet onder het EG-recht.⁶ Volgens het IOC en de Commissie zou de dopingregelgeving ook niet onder EG-recht vallen, zelfs als deze regelgeving de economische vrijheid van professionele atleten geheel of gedeeltelijk zou beperken. Het EHvJ besliste echter dat ook anti-dopingregelgeving onder EG-recht valt, zelfs als deze een aan de sport gerelateerd doeleinde nastreeft, en zelfs op het moment dat de grensoverschrijdende economische activiteiten van andere partijen (bijvoorbeeld atleten, wielerteams, voetbalclubs) worden beïnvloed.⁷ Belangrijker nog voor de atleten is dat de sportinstanties per geval moeten bewijzen dat de opgelegde

⁶ Case T-313/02 *Meca-Medina and Majcen v Commission* [2001] ECR II-3291.

⁷ Hof van Justitie (HvJ EG) 18 juli 2006, nr. C-519/04, par. 22 (*Meca-Medina*). HvJ EG 12 december 1974, nr. 36/74 (*Walrave en Koch*), par. 4. HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93 (*Bosman*) par. 73.

economische restricties (schorsingen en boetes) ingevolge de dopingregelgeving noodzakelijk zijn en in verhouding staan tot de sportieve doeleinden die worden nagestreefd met de regelgeving. Atleten kunnen bij de nationale rechter het Meca-Medina arrest invoeren indien zij van mening zijn dat de sancties niet in verhouding staan tot het vergrijp.

20.4 2010 Wickmayer en Malisse, diverse instanties

Namens Wickmayer en Malisse loopt een aantal procedures om de whereabouts-verplichting door de rechter te laten toetsen.⁸ Resultaten nog onbekend.

⁸ Het Nieuwsblad, 14 november 2009.

Europese Commissie Klacht wegens het niet-respecteren van de Europese regelgeving.

Europese Commissie Klacht tegen WADA op grond van de schending van de concurrentieregels (art. 81 en 82 EG-Verdrag).

Europees Hof Straatsburg Een prejudiciële vraag of de regelgeving van Vlaanderen strijdig is met het vrij verkeer van personen binnen de Unie zoals in het geval van de voetballer Bosman.⁹

⁹ HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93 (*Bosman*) par. 73.

Raad van State onderzoek of de dopingregelgeving in Vlaanderen zich verhoudt met andere wetten.

In geen van deze procedures was duidelijkheid bij het sluiten van het literatuuronderzoek.