



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, 01/08/2002
SG(2002) D/ 231051

Monsieur
David Meca Medina
[...]
[...]
[...]

Monsieur
Igor Majcen
[...]
[...]
[...]

Par Courrier Rapide

Objet: Affaire COMP/38158 Meca Medina et Majcen ./ CIO

Messieurs,

1. INTRODUCTION

1. Le 31 mai 2001, votre conseil, Maître Dupont, agissant en votre nom et pour votre compte, a déposé devant la Commission européenne une plainte dirigée contre le Comité international olympique (ci-après CIO). Cette plainte met en cause la compatibilité de certaines dispositions réglementaires adoptées par le CIO et mises en œuvre par la Fédération Internationale de Natation Amateur (ci-après FINA), ainsi que certaines pratiques concertées relatives au contrôle du dopage, avec les règles communautaires de concurrence et de liberté de prestation de services.
2. Le 8 mars 2002, M. Pons au nom de M. Schaub, vous a communiqué que la Commission conformément à l'article 6 du règlement (CE) n° 2842/98, du 22 décembre 1998,¹ envisageait de considérer que les éléments en sa possession ne justifiaient pas de donner une suite favorable à votre demande.
3. Cette conclusion préliminaire était notamment basée sur le fait que la Commission estimait que les règles en question et les pratiques y afférentes

¹ J.O. N°L 354 du 30 décembre 1998, p. 18

faisaient partie d'un ensemble de règles qui étaient intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive et qu'elles n'allaient pas au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre cet objectif. Ces règles et pratiques ne paraissaient pas non plus pouvoir être qualifiées d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE (ci-après traité) de la part du CIO. Par conséquent, elles ne tomberaient pas sous le coup de l'interdiction édictée aux articles 81 et 82 du traité.

4. Par lettre du 11 avril 2002, votre conseil, Maître Dupont, a adressé à la Commission européenne en votre nom des observations au sujet de la position préliminaire de la Commission, sans pour autant soumettre d'éléments nouveaux ou complémentaires. Vous contestez la conformité des règles de dopage et des pratiques y afférentes avec les règles du traité, notamment leur exclusion de l'interdiction des articles 81 et 82 du Traité. Vous mettez l'accent notamment sur les arguments suivants :

Vous êtes d'avis que même si l'on suppose que seules certaines activités des clubs et associations sportifs présentent un caractère économique, cela ne change rien à leur qualité d'entreprise. Cette thèse serait aussi valable dans l'hypothèse où une association nationale assurerait une mission d'intérêt public.

En ce qui concerne un éventuel accord ou pratique concertée entre le CIO et les divers laboratoires d'analyse, vous indiquez qu'il ne s'agit pas pour les parties à l'accord de restreindre leur propre liberté commerciale, mais bien celle de tiers, à savoir des athlètes qui sont les facteurs de production essentiels de l'ensemble des compétitions que les organisations sportives organisent. En d'autres termes, il s'agit de restreindre la liberté d'action d'agents économiques extérieurs à l'accord.

Au sujet de la proportionnalité des règles en cause, vous vous référez à l'annexe 3 de votre plainte, c'est-à-dire à l'étude scientifique qui réfute la présomption selon laquelle les règles antidopage appliquées en l'espèce (un seuil de nandrolone supérieur à 2 ng/ml) assurent un niveau de sécurité juridique approprié. Dès lors que le principe de proportionnalité n'est pas respecté, il ne saurait être question de « couvrir » par le concept de règles purement sportives des pratiques et comportements qui aboutissent à faire obstacle à la libre jouissance par les athlètes des libertés conférées par le traité, notamment l'article 49. A cet égard, vous soutenez que conformément à une jurisprudence constante, il n'est pas possible de considérer que sont compatibles avec l'article 81 du traité des pratiques qui, par ailleurs, violent certaines libertés fondamentales. Vous souhaitez par ailleurs la confirmation de la part des services de la Commission européenne responsables de l'application de l'article 49 du Traité CE que les règles dénoncées ne portent en rien atteinte à la libre prestation de service.

Vous soutenez que le tribunal d'arbitrage du sport (ci-après TAS) ne peut pas être considéré comme indépendant et impartial dès lors qu'il doit juger non seulement d'une décision du CIO mais également de l'éventuelle annulation d'une décision d'une fédération internationale fondée sur des normes ou pratiques du CIO, tout particulièrement lorsque ces normes ou décisions sont perçues comme fondamentales voire constitutionnelles.

2. LES FAITS

2.1. Les parties

5. Les plaignants sont deux nageurs qui ont été suspendus par la FINA à la suite d'un contrôle antidopage le 31 janvier 1999 pendant la Coupe du monde de natation de longue distance à Salvador de Bahia, Brésil, que M. Meca Medina avait terminé premier et M. Majcen deuxième. Les analyses réalisées ont révélé la présence de métabolites de nandrolone, la norandrostérone (NA) et la norétiocholanolone (NE)², dans leurs organismes.
6. Le 8 août 1999 le « Doping Panel » de la FINA les a suspendus pour une période de 4 ans pour premier dopage. Cette décision a fait l'objet d'un appel auprès du Tribunal Arbitral du Sport (ci-après TAS), établi à Lausanne (Suisse), et a été confirmée par cette même instance dans une sentence arbitrale rendue le 29 février 2000. Elle a été modifiée par la suite par une sentence du même tribunal du 23 mai 2001 réduisant la suspension à une période de deux ans³. M. Meca Medina est membre de la fédération espagnole de natation qui est membre de la FINA. M. Majcen est membre de la fédération slovène de natation qui est membre de la FINA et pourrait se prévaloir des droits et libertés conférés par l'accord d'association entre l'Union européenne et la Slovaquie⁴.
7. Selon les plaignants, ils figurent parmi les leaders incontestés du sport de natation à longue distance qui est l'équivalent aquatique du marathon. Les nageurs parcourent habituellement des distances pouvant aller de 20 à 80 km, sans interruption, en lac, en rivière ou en pleine mer.
8. Les plaignants prennent part chaque année à une vingtaine de compétitions organisées par la FINA, soit dans le cadre du championnat du monde, de championnats d'Europe, nationaux ou d'exhibitions. Bon nombre de ces épreuves se déroulent sur le territoire de l'Union européenne. En raison de leurs résultats sportifs, les plaignants perçoivent chacun divers avantages économiques tels que primes de victoire ou de classement, soutiens économiques de leurs clubs ou fédérations nationales, sponsoring etc. Pour chacun d'entre eux, les montants perçus s'élèvent à plusieurs millions de francs belges par an.
9. Le CIO est l'entité qui organise les Jeux Olympiques dont elle détient les droits. Le CIO est également l'autorité suprême du Mouvement Olympique. Le Mouvement Olympique regroupe les différentes fédérations sportives internationales ainsi que d'autres organismes chargés de l'organisation du sport au niveau mondial. La FINA est l'organisation indépendante qui gère la natation au niveau mondial. Ses membres sont les organismes nationaux gérant

² Pour M. Meca Medina 9.7 ng/ml de NA et à peu près la même quantité de NE. Pour M. Majcen 3.9 ng/ml de NA et à peu près la même quantité de NE (voir sentence du TAS du 29 février 2000, paragraphe 2.10).

³ Les plaignants ont soumis les deux sentences du TAS en vue de faire partie intégrante de la présente plainte tous les faits et arguments contenus dans ces sentences.

⁴ Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, agissant dans le cadre de l'Union européenne, d'une part, et la République de Slovaquie, d'autre part, Journal officiel n° L 051 du 26 février 1999, p. 3 ; voir en particulier article 65 et suivants et article 53 et suivants.

au niveau national la natation en piscine et en eau libre, le plongeon, le water polo et la natation synchronisée.

2.2. Les règles et la pratique en cause

10. Dans le domaine du dopage, la FINA applique un corps de règles (*Doping Control Rules*, DC) qui définit le dopage, qui établit la nature des procédures de contrôle du dopage auxquelles sont soumis les athlètes prenant part à des compétitions organisées sous son égide, qui prévoit des sanctions ainsi que le recours contre les décisions du *Doping Panel*. Ces règles de la FINA⁵ mettent en œuvre pour la natation le Code Antidopage du Mouvement Olympique (ci-après OMAC)⁶.

11. La règle DC 1.2a définit le dopage comme une « infraction lorsqu'une substance interdite est trouvée dans les tissus ou liquides du corps d'un sportif »⁷. L'OMAC comprend aussi cette définition du dopage (article 2 paragraphe 2)⁸. La nandrolone et ses métabolites la norandrostérone (NA) et la norétiocholanolone (NE) sont des substances interdites.⁹

12. La règle DC 8.3.2 prévoit que l'analyse des échantillons prélevés sur les athlètes est faite dans des laboratoires accrédités par le CIO et établit une présomption de la validité scientifique de l'analyse et des résultats ainsi obtenus.

13. Lorsqu'une substance interdite est trouvée dans le corps de l'athlète, celui-ci peut demander une audition pour se défendre. Les questions qu'il peut soulever lors de cette audition sont limitées et concernent le fait de savoir si l'échantillon de liquide ou de tissu corporel analysé est celui qui lui a été prélevé, si le tissu ou liquide a été détérioré ou contaminé, si l'analyse du laboratoire a été effectuée de façon correcte, si la suspension minimale pour une première infraction devrait être réduite et si la sanction rétroactive pour une première infraction devrait être inférieure à 6 mois (DC 8.7).

14. En outre, si l'athlète réussit à prouver qu'il n'a pas sciemment pris la substance interdite ou comment la substance interdite a pu être présente dans son corps sans que ce soit le résultat d'une quelconque négligence, il verra éventuellement la sanction réduite (voir DC 9.2, dernière phrase, DC 9.3. et DC 9.10).

⁵ Référence est faite aux *Doping Control Rules* et à la *FINA Constitution* dans leur version pertinente au moment du contrôle de dopage et de la décision du Doping Control Panel le 8 août 1999 (voir textes dans la première sentence du TAS du 29 février 2000, annexe 2 de la plainte).

⁶ OMAC dans sa version de 1999, annexe 9 de la plainte.

⁷ DC 1.2a : The offence of doping occurs when a banned substance is found to be present within a competitor's body tissues or fluids.

⁸ En fait, l'OMAC comprend plusieurs définitions : l'article 2 paragraphe 1 de l'OMAC (version 1999) qualifie de dopage « l'usage d'un artifice (substance ou méthode) potentiellement dangereux pour la santé des athlètes et/ou susceptible d'améliorer leur performance, ou » (article 2 paragraphe 2 :) « la présence dans l'organisme de l'athlète d'une substance interdite, la constatation de l'usage d'une telle substance ou la constatation de l'application d'une méthode interdite », voir Article 2 (2) du Code Antidopage du Mouvement Olympique de 1999, annexe 8 de la plainte.

⁹ Voir sentence du TAS du 29 février 2000, paragraphes 3.2, 5.2 et 9.

15. En cas de premier dopage avec un agent anabolisant (« *anabolic androgenic steroid* »), la règle DC 9.2a exige que l'athlète soit suspendu au minimum pour 4 ans.
16. Il est incontesté qu'il y avait plus de 2 ng/ml de NA et de NE dans l'urine des deux plaignants au moment du contrôle de dopage le 31 janvier 1999. Il est également incontesté que les 27 laboratoires accrédités par le CIO et la FINA considèrent que la présence de nandrolone ou de NA ou de NE dans le corps d'athlètes masculins n'est qualifiée de dopage qu'uniquement au-delà d'un seuil de 2 ng/ml car les métabolites peuvent également être produites de façon endogène. Par contre, alors que le CIO et la FINA estiment que ce seuil présente une marge de sécurité suffisante parce que la production endogène moyenne observée dans toutes les études publiées au moment des faits est vingt fois moins que 2 ng/ml, et la valeur maximale observée est moins d'un tiers plus basse¹⁰, les plaignants soutiennent que des quantités beaucoup plus importantes peuvent être présentes du fait d'une production endogène.
17. Les plaignants soutiennent la thèse que l'élévation du taux de NA et de NE dans leurs corps est la suite de la consommation d'un plat de la région de Salvador de Bahia, appelé *Sarapatell*, susceptible de contenir de la viande de porc mâle non castré. Après la première sentence du TAS, ils ont par ailleurs fait conduire une expérience pour démontrer que les trois personnes testées ayant consommé un plat composé notamment d'abats de porc mâle non castré ont vu apparaître dans leurs urines des taux de nandrolone égaux ou supérieurs à ceux des plaignants. Il ressort des différentes informations fournies dans la plainte et ultérieurement que les plaignants n'ont pas réussi à prouver de façon certaine qu'ils avaient effectivement consommé un tel plat avant le contrôle antidopage du 31 janvier 1999.
18. Enfin, les règles antidopage adoptées par la FINA confèrent la compétence pour les appels contre les décisions relatives aux affaires de dopage prises par le Comité du Dopage (*Doping Panel*) de la FINA au Tribunal Arbitral du Sport (ci-après TAS), établi à Lausanne (Suisse).

La règle DR 8.9 (dans sa version applicable au moment des faits) dit que « *Any person affected by a decision of the FINA Doping Panel may appeal from that decision to the Court of Arbitration for Sport (CAS), Lausanne, in accordance with FINA Rule C 10.8.* » La règle C 10.8.2-3 stipule que « *an appeal against a decision by [...] the FINA Doping Panel shall be referred to the Court of Arbitration for Sport [...].* » Aucune règle de ce code ni de la constitution de la FINA (dans sa version applicable au moment des faits) n'interdit explicitement le recours à la juridiction de droit commun.

2.3. Les arguments des plaignants

19. Selon les plaignants, les dispositions réglementaires susmentionnées adoptées par le CIO – dont la décision de la FINA motivant la présente plainte est une conséquence – constituent des pratiques restrictives de la concurrence, au sens des articles 81 et 82 du traité et une limitation de la liberté des nageurs de prester des services au sens de l'article 49 du traité.

¹⁰ Voir sentence du TAS du 29 février 2000, paragraphe 2.11.

20. Les plaignants considèrent qu'en raison des avantages économiques qu'ils perçoivent pour leurs résultats sportifs, ils sont des prestataires de services exerçant une activité économique qui relève du champ d'application du droit communautaire et des entreprises au sens du droit de la concurrence.
21. Les plaignants soutiennent qu'une pratique concertée entre le CIO et les laboratoires accrédités par le CIO existe qui vise à établir les taux à partir desquels la présence de certaines substances dans l'organisme des athlètes est constitutive de dopage. Cette pratique concerne notamment les taux de métabolites de nandrolone tels que la norandrostérone (NA) et la norétiocholanolone (NE), des substances qui peuvent aussi être produites de manière endogène par l'organisme, dont la détection en quantités supérieures à 2 ng/ml d'urine est considérée comme établissant un dopage pour les athlètes masculins. D'après les plaignants, il s'agit là d'une pratique concertée, relayée par les fédérations internationales membres du CIO dont la FINA, qui a pour effet d'établir un seuil de base non-fondé d'un point de vue scientifique, en raison du fait qu'il peut être dépassé par la simple consommation de produits non-dopants, tels que la viande de porc mâle non castré.
22. En outre, les plaignants soutiennent que l'effet cumulé de la définition du dopage comme infraction objective, de la spécification d'un tel taux et de l'adoption d'un mécanisme de contre preuve sans effet libératoire renforce le caractère anticoncurrentiel de la réglementation du CIO en question. Selon eux, la définition de la notion de dopage instituée par l'OMAC et reprise par les DC de la FINA - la présence de substances interdites dans l'organisme d'un athlète - inverse la charge de la preuve en faisant peser sur les athlètes une présomption légale irréfragable et par conséquent disproportionnée.
23. Les plaignants sont d'avis que la définition de dopage adopté par le CIO dans l'OMAC et la FINA dans les DC n'est que l'une des différentes possibilités valables. Ils signalent que certaines fédérations (de plus en plus rares) maintiennent une définition intentionnelle de l'infraction de dopage. Le dopage est alors une tentative de l'athlète d'améliorer ses performances de façon non naturelle¹¹.
24. Finalement, les plaignants allèguent que le CIO s'efforce de renforcer les effets des pratiques anticoncurrentielles décrites ci-dessus en mettant en place des instances arbitrales chargées de la résolution de litiges en matière de sport, à savoir le TAS, organisé et financé par le Conseil International de l'Arbitrage dans le Sport (ci-après CIAS), dont les décisions ne font pas preuve d'impartialité et d'indépendance en raison de l'existence de liens étroits entre elles et le CIO. Le TAS serait la seule voie de recours autorisée par les statuts de la FINA.
25. Les plaignants concluent en affirmant que le CIO, dans le but d'accréditer « l'idée que le sport est propre » restreindrait de façon injustifiée les libertés économiques de tous les athlètes prenant part à des compétitions sportives sur le territoire de l'Union européenne.

¹¹ Référence est faite au code anti-dopage 2000 de l'UEFA, annexe 9 de la plainte.

2.4. La position du CIO

26. Le CIO argumente en premier lieu, que la plainte est mal dirigée, en raison du fait qu'il n'aurait nullement pris part à la procédure conduisant à l'application des sanctions aux plaignants. D'autre part, le CIO soutient que les faits à l'examen, même s'ils s'avéraient vrais, ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, et donc ne peuvent être soumis aux règles de concurrence du traité. De plus, le CIO allègue qu'il ne constitue pas, avec les différentes Fédérations Internationales une association d'entreprises au sens de l'article 81, dans la mesure où celles-ci gardent leur autonomie en matière de réglementation dans la lutte antidopage.
27. En outre, selon le CIO, les pratiques ou dispositions réglementaires adoptées ou avalisées par le CIO, attaquées par les plaignants, ne peuvent pas avoir pour effet de restreindre ou fausser la concurrence ou constituer un abus de position dominante.
28. En premier lieu, parce que les règles antidopage visent à assurer l'équité sportive, autrement dit l'égalité des chances, et la santé des sportifs, elles assurent une concurrence loyale entre les participants à une compétition sportive, la régularité de celle-ci ainsi que l'incertitude des résultats. Ces règles découlent d'une nécessité inhérente à l'organisation de la compétition sportive. Elles feraient donc partie de ce corps de règles édictées dans un intérêt purement sportif, échappant à l'application des règles de concurrence, comme l'auraient d'ailleurs reconnu les autorités communautaires.
29. En deuxième lieu, le grief relatif au mécanisme de responsabilité objective susmentionné ne pourrait être retenu en vertu du fait que non seulement il ne consacre pas une responsabilité sans faute des athlètes, mais seulement le renversement de la charge de la preuve, comme il est proportionnel à l'objectif poursuivi, à savoir l'éradication du dopage. Le fait que ce soit l'athlète, dans l'organisme duquel ont été trouvées des traces de recours à des substances ou méthodes interdites, qui ait la tâche de se libérer de la présomption légale de dopage qui pèse sur lui constitue la seule solution possible face aux difficultés de prouver son intention ou négligence.
30. Par ailleurs, le CIO rejette l'argument selon lequel le seuil de nandrolone de 2 ng/ml serait dépourvu de fondement scientifique au motif qu'une production endogène plus élevée n'aurait jamais été établie.
31. Finalement, le CIO maintient que le TAS constitue une instance jouissant d'une complète autonomie et indépendance. Il serait financé et administré par le Conseil International de l'Arbitrage dans le Sport (CIAS), organisme indépendant du CIO et dont la mission serait d'assurer, entre autres, les droits des parties, selon un « Code de l'arbitrage en matière de sport » qu'il modifie librement. Appelé à ce prononcer à deux reprises, le Tribunal fédéral suisse, garant du droit à bénéficier d'un procès équitable conduit par un juge indépendant et impartial (article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme), aurait confirmé cette position.

3. APPRÉCIATION JURIDIQUE

32. La présente plainte concerne différentes réglementations et pratique imputées au CIO. Même si la décision affectant les plaignants émane de la FINA et que sa base est le code antidopage de la FINA, il s'avère néanmoins que certains des comportements et règles visées peuvent être reliés au CIO, tels que la définition du dopage¹², la fixation du seuil constituant du dopage par le CIO, l'accréditation des laboratoires par le CIO ainsi que l'instauration du TAS.

3.1. Applicabilité de l'article 81(1) du traité

33. L'article 81 est applicable aux accords entre entreprises ou décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

34. La Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) a eu l'occasion d'affirmer que « dans le contexte du droit de la concurrence, (...) la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».¹³

35. L'activité sportive même si elle ne constitue pas nécessairement une activité économique, donne lieu notamment à des événements sportifs qui sont commercialisés sur plusieurs marchés et génèrent donc des activités économiques au sens des articles 81 et 82 du traité.

36. En ce qui concerne les Fédérations ou associations internationales de sport, celles-ci pourraient être considérées comme formant des associations d'associations d'entreprises au sens de l'article 81 du traité du fait qu'elles regroupent des fédérations nationales représentatives de clubs sportifs et que ces derniers peuvent être qualifiés d'entreprises.

37. Le CIO, dans la mesure où il organise les Jeux olympiques et exploite une série de droits qui en découlent, exerce des activités économiques, et pour ces activités il peut être qualifié d'entreprise. Au sein du mouvement olympique, le CIO semble pouvoir être qualifié comme une association d'associations internationales et nationales d'entreprises.

38. Toutefois, sur base des informations et arguments dont la Commission a eu connaissance jusqu'à présent, les règles et pratiques contestées ne semblent pas tomber dans la sphère des activités économiques du CIO ou de la FINA et elles ne semblent pas tomber sous les interdictions édictées aux articles 81 et 82 pour les raisons expliquées ci-dessous.

39. Dans la suite du texte, distinction est faite entre : (1) les règles contenues dans les codes antidopage du CIO et de la FINA, (2) la pratique dite « concertée »

¹² L'OMAC comprend entre autre aussi la définition telle que déterminée dans les DC de la FINA, voir supra note en bas de page n°8.

¹³ Affaire C-41/90 *Höfner und Elser* Rec. 1991 I-1979.

des laboratoires et du CIO et de la FINA selon laquelle seulement à partir d'un seuil de 2 ng/ml la présence de nandrolone ou de ses métabolites NA et NE est qualifiée de dopage et (3) les règles ouvrant le recours au TAS.

(1) Les règles antidopage : la définition de dopage et l'effet de la contre preuve

40. L'appréciation de la compatibilité des règles antidopage avec l'article 81 du traité implique un examen visant à déterminer si, dans le contexte juridique et économique où elles sont mises en œuvre, leur objet ou effet est de restreindre ou de fausser la concurrence.

41. S'agissant de la définition du dopage et l'effet de la contre preuve contenus dans les DC de la FINA et l'OMAC, on peut d'emblée affirmer que ces règles n'ont pas pour objet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun. Il s'agit d'instruments destinés uniquement à combattre le dopage. La Commission, d'après les informations en sa possession, estime que le seul but de ces règles est d'assurer l'identification et la sanction des athlètes dont les comportements contreviennent aux obligations auxquelles ils sont assujettis concernant l'abus de substances prohibées et l'emploi de méthodes interdites.

42. Les règles définissant le dopage, interdisant la nandrolone et ses métabolites NA et NE, et prévoyant comme sanction la suspension des nageurs des compétitions les empêchent d'exercer leur sport et d'exercer ou d'attirer les activités économiques y afférentes comme le sponsoring.¹⁴ Ces règles pourraient donc avoir pour effet de limiter la liberté d'action de l'athlète qui pourrait être qualifié d'entreprise au sens de l'article 81 du traité. Cependant, une limitation de la liberté d'action n'est pas nécessairement une restriction de concurrence au sens de l'article 81, car une telle limitation peut être inhérente à l'organisation et au bon déroulement de la compétition sportive.

43. Comme l'a récemment jugé la Cour de justice, « tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article [81 paragraphe 1,] du traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ces effets, et plus particulièrement

¹⁴ Voir point 8 supra. Dans l'arrêt Deliège (C-191/97) la Cour a constaté que « les activités sportives et, notamment, la participation d'un athlète de haut niveau à une compétition internationale sont susceptibles d'impliquer la prestation de plusieurs services distincts, mais étroitement imbriqués, qui peuvent relever de l'article 59 du traité même si certains de ces services ne sont pas payés par ceux qui en bénéficient (voir arrêt du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders e.a., 352/85, Rec. p. 2085, point 16) .» (par. 56). La Cour a donné l'exemple de l'organisateur d'une telle compétition qui « offre à l'athlète la possibilité d'exercer son activité sportive en se mesurant à d'autres compétiteurs et, corrélativement, les athlètes, par leur participation à la compétition, permettent à l'organisateur de produire un spectacle sportif auquel le public peut assister, que des émetteurs de programmes télévisés peuvent retransmettre et qui peut intéresser des annonceurs publicitaires et des sponsors. En outre, l'athlète fournit à ses propres sponsors une prestation publicitaire qui trouve son support dans l'activité sportive elle-même » (par. 57).

de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de justice (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, C-Rec. p. I-6511, point 38). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs. (...) une réglementation nationale telle que Samenwerkingsverodening 1993 adoptée par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats n'enfreint pas l'article [81, paragraphe 1,] du traité, étant donné que cet organisme a pu raisonnablement considérer que ladite réglementation, nonobstant des effets restrictifs de la concurrence qui lui sont inhérents, s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'Etat membre concerné. »¹⁵

44. La Cour distingue les accords (ou règles) de nature économique de celles qui sont nécessaires au bon fonctionnement d'un secteur ou d'une organisation, même si ceux-ci (ou celles-ci) pourraient limiter la liberté d'action des entreprises. Le contexte global dans lequel une décision a été prise et déploie ses effets doit être pris en compte. Pour autant qu'il y ait un effet limitant la liberté d'action des athlètes, il convient d'examiner si les règles antidopage aussi bien celles établies par le CIO que celles de la FINA font partie de cet ensemble de règles qui sont intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive, si elles peuvent être considérées comme nécessaires pour garantir ce bon déroulement et la lutte contre le dopage.

45. Comme l'ont récemment confirmé les instances compétentes et intéressées en matière de sport¹⁶, la nécessité de règles antidopage dans le sport est incontestée. Il existe une volonté politique claire d'aller dans le sens du rapprochement des législations et réglementations antidopage afin d'éviter des états ou disciplines « paradis » pour les athlètes ayant recours à des substances dopantes. L'objectif général des règles antidopage est de lutter contre le dopage en vue d'un déroulement loyal de la compétition sportive. Ceci inclut la nécessité d'assurer l'égalité des chances des athlètes, leur santé, l'intégrité et l'objectivité de la compétition ainsi que les valeurs éthiques dans le sport.

46. La définition du dopage dans les DC de la FINA et dans l'OMAC se base sur des éléments objectifs (la présence de substance interdite dans le corps de l'athlète) et n'exige pas d'éléments subjectifs (négligence ou intention)¹⁷. En ce qui concerne la charge de la preuve, l'organisme sportif doit prouver qu'il s'agit du tissu ou liquide corporel de l'athlète en cause et qu'une substance interdite y

¹⁵ Affaire C-309/99, Wouters, jugement du 19 février 2002, points 97 et 110, non encore publié dans le Recueil.

¹⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions « Plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport », COM(1999) 643 final du 1 décembre 1999 comprenant des références à d'autres prises de position telles que la résolution du Parlement européen, du Conseil européen et des Ministres de sport. Voir http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/1999/com1999_0643fr01.pdf

¹⁷ Il ne paraît cependant pas nécessaire de déterminer la qualification de cette définition comme entraînant une « responsabilité objective » car ce dernier terme est utilisé en particulier pour décrire une responsabilité envers des personnes tierces, alors que la définition de dopage concerne l'athlète lui-même.

est présente¹⁸. L'athlète peut, à son tour, pour se disculper démontrer lors d'une audition que le contrôle a été effectué non pas à partir d'un échantillon de son propre corps, mais à partir d'un autre, que l'échantillon était contaminé ou détérioré ou que l'analyse du laboratoire n'était pas effectuée de façon correcte. Si le dopage est établi, l'athlète a, en outre, la possibilité d'expliquer pourquoi il ne devrait pas être sanctionné pleinement, par exemple en démontrant qu'il n'a pas sciemment absorbé la substance interdite¹⁹.

47. L'argument des plaignants selon lequel les règles de la FINA ne permettraient pas de se libérer de l'accusation de dopage semble pertinent seulement à première vue. Il est vrai que selon la règle DC 9.3, la preuve par l'athlète qu'il n'a pas sciemment absorbé la substance interdite, n'a pas l'effet de le libérer de l'accusation de dopage déjà constaté. Une telle preuve peut cependant alléger la sanction. En outre, cette règle semble cohérente par rapport à l'approche choisie qui consiste à qualifier le dopage d'une manière objective et qui accorde aux éléments subjectifs non pas un rôle constitutif, mais atténuant.

48. Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que dans le cadre des DC de la FINA, l'athlète dispose de moyens lui permettant d'attaquer les résultats du contrôle au niveau des faits ainsi que de faire valoir son attitude subjective et toute autre circonstance pertinente au niveau de la mise en œuvre de la sanction. En ce qui concerne l'OMAC, le CIO a confirmé dans sa réponse à M. Schaub le 12 juillet 2001 que l'athlète a toujours le droit de se libérer par la contre preuve.

49. En tout état de cause, la Commission constate qu'il ressort des différentes informations fournies dans la plainte et ultérieurement que les plaignants n'ont pas réussi à expliquer de façon certaine la raison de la présence de plus de 2 ng/ml de NA et de NE dans leur corps.

50. En ce qui concerne l'argument des plaignants selon lequel la définition du dopage de façon « objective » n'est que l'une des différentes possibilités valables²⁰, la Commission est d'avis qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux instances réglementaires et scientifiques sportives afin de choisir l'approche qui leur semble la mieux adaptée pour atteindre efficacement l'objectif de lutter contre le dopage. Etant donné que les règles antidopage sont considérées unanimement comme indispensables pour assurer un déroulement loyal des compétitions sportives et dans la mesure où elles se présentent de façon claire, transparente, objective, justifiée et non-discriminatoire, la Commission ne peut se substituer aux instances réglementaires et scientifiques sportives.

51. Dans le cas d'espèce, les règles adoptées et mises en œuvre par la FINA et le CIO sont publiques, précises, notamment objectives, en particulier concernant la définition du dopage, elles s'appliquent à tous les athlètes et elles respectent les droits des athlètes, notamment en leur donnant les moyens de se défendre efficacement.

¹⁸ Voir en détail DC 8.1-6 et FINA lignes directrices pour le contrôle du dopage 5.6, et 6 (voir sentence du TAS du 29 février 2000, par. 3.3 et 3.4).

¹⁹ Voir DC 9.2 et 9.3 (sentence du TAS du 29 février 2000, par. 3.3).

²⁰ Voir supra paragraphe 19.

52. Les plaignants admettent que les fédérations sportives qui optent pour une définition « intentionnelle » du dopage intégrant des éléments subjectifs sont de plus en plus rares²¹. Ceci pourrait être dû au fait qu'une telle approche s'est avérée être moins efficace pour lutter contre le dopage que les règles adoptées par la FINA et le CIO²². En effet, sur fond de la multiplication des scandales liés au dopage²³ et de la spécificité du domaine de la natation, en particulier la natation de longue distance où les nageurs parcourent habituellement des distances allant de 20 à 80 km, il semble que l'approche qualifiée de « stricte » selon les plaignants, ait été choisie par la FINA pour contrer des risques élevés de dopage et préserver efficacement la santé des nageurs.
53. Compte tenu de tout ce qui précède, les règles concernant la définition de dopage et la contre preuve peuvent donc être considérées comme justifiées, raisonnables et équilibrées.
54. Etant donné que des sanctions sont également nécessaires afin de garantir l'exécution de l'interdiction du dopage et que ces sanctions consistent entre autre en l'exclusion de l'athlète de futures compétitions²⁴, l'effet sur la liberté d'action tel que décrit au point 42 supra est inhérent aux règles antidopage.
55. Il apparaît donc clair que les règles antidopage en question sont intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive, qu'elles sont nécessaires pour lutter efficacement contre le dopage et que la limitation de la liberté d'action des athlètes ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Par conséquent, elles ne tombent pas sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 81 du traité.

(2) La pratique concertée

56. La plainte n'apporte pas d'éléments précis pour étayer la qualification de "pratique concertée" par rapport aux règles qu'elle vise. Il semblerait plutôt que ce que la plainte dénonce réellement est que la FINA puis le Tribunal Arbitral du Sport aient pris comme référence en matière de dopage à la nandrolone le taux de 2 ng/ml.
57. Même à supposer que cette pratique contestée résulte d'une entente (décision ou pratique concertée), l'appréciation de la compatibilité de celle-ci avec l'article 81 implique un examen visant à déterminer si, dans le contexte juridique et économique où elle est mise en œuvre, son objet ou effet est de restreindre ou fausser la concurrence.
58. Les plaignants n'ont pas avancé de nouveaux arguments ni de nouveaux faits dans leur réponse à la lettre de M. Schaub du 8 mars 2002 qui prouverait l'existence d'un tel accord. Selon l'information contenue dans la plainte du 30 mai 2001 (point 10), la sentence du TAS du 29 février 2000 relève que les chefs

²¹ Voir paragraphe 18 de la plainte et son annexe 9, l'exemple de l'UEFA.

²² Voir lettre du CIO du 12 juillet 2001, point 2b.

²³ Voir la Communication de la Commission mentionnée supra à la note en bas de page n° 16, page 3.

²⁴ La durée de la suspension pour premier dopage est différente dans l'OMAC et les règles de la FINA, voir sentence du TAS du 23 mai 2001, note en bas de page n° 33.

des 27 laboratoires agréés par le CIO ont confirmé la validité du seuil de 2 ng/ml de nandrolone ou de ses métabolites NA et NE comme constitutif de dopage lors d'une conférence en octobre 1999. Il est incontesté que ce seuil était déjà en application lors du contrôle antidopage des plaignants. Selon les plaignants, c'est justement parce que les NA et NE peuvent être produites de manière endogène par l'organisme que le CIO et les 27 laboratoires accrédités par le CIO ont déterminé qu'une présence en dessous de ce seuil ne constituera pas du dopage. Cette pratique a pour objectif de tenir compte de la présence de ces substances de façon naturelle dans le corps d'un athlète. Cette pratique a donc été établie *en faveur* des athlètes. L'objectif de ce prétendu accord ou pratique concertée ne concerne pas le comportement commercial des athlètes, mais uniquement la question de savoir s'ils sont aptes à participer à la compétition sportive. L'effet de ce prétendu accord ou pratique concertée sur la concurrence pourrait même être qualifié de positif dans la mesure où sans ce prétendu accord ou pratique concertée, les athlètes présentant une présence de nandrolone ou de ses métabolites même en quantité inférieure à 2 ng/ml dans leurs corps, seraient exclus des compétitions sportives.

59. En outre, on peut constater que la conférence des chefs des laboratoires a eu lieu en octobre 1999, donc après le contrôle antidopage le 31 janvier et la décision du doping panel de la FINA le 8 août 1999. Il est alors difficile de voir comment ce prétendu accord ou pratique concertée aurait pu influencer les événements précédents.

60. Même si l'on supposait que la fixation du seuil de nandrolone ou de ses métabolites au-delà duquel le dopage est établi constituait une pratique concertée entre une association d'entreprise et des entreprises, et que son objectif ou son effet était de restreindre la concurrence parmi les athlètes, une telle pratique ferait partie de la mise en œuvre des règles anti-dopage analysées ci-dessus qui sont intimement liée au bon déroulement de la compétition sportive. Par conséquent, il appartient aux instances réglementaires et scientifiques sportives d'évaluer et de déterminer si les athlètes sont aptes à participer à la compétition sportive et dans quelles conditions la présence de certains produits fausserait le résultat et mettrait en cause l'égalité de chances des athlètes ainsi que le maintien des valeurs éthiques et la santé des athlètes. La Commission est d'avis que la co-opération entre le CIO et les laboratoires d'analyses à ce sujet ne constitue pas un accord ou une entente ayant pour objectif ou effet de limiter la liberté d'action commerciale d'un des acteurs, ni des athlètes.

(3) Les règles antidopage et la Constitution FINA : l'indépendance du tribunal arbitral du sport

61. Les plaignants allèguent que le CIO s'efforce de renforcer les effets des règles et pratiques anticoncurrentielles dénoncées en mettant en place une instance arbitrale chargée de la résolution de litiges en matière de sport, à savoir le TAS, dont les décisions ne font pas preuve d'impartialité et d'indépendance en raison de l'existence de liens étroits entre elle et le CIO. Le TAS serait la seule voie de recours autorisée par les statuts de la FINA.

62. Il convient d'abord de constater que ce sont non pas les règles du CIO, mais les règles de procédure de la FINA dans le code antidopage et sa constitution²⁵ en vigueur à l'époque du contrôle de dopage et de la décision du Comité de dopage de la FINA qui formaient la base pour l'appel des plaignants contre la décision de suspension du Comité de dopage. Ce sont en outre les règles de procédure du TAS qui déterminent les cas où une décision de TAS est définitive ou ceux où le recours devant la juridiction de droit commun est possible.
63. Il convient également de souligner que les règles et pratiques contestées ne tombent pas sous l'interdiction édictée aux articles 81 et 82 du traité (voir points 33 à 60 supra). Par conséquent, l'argument des plaignants selon lequel les règles de procédure renforcent les effets des règles et pratiques anticoncurrentielles est dépourvu de pertinence. Les règles de procédure de la FINA ne pourraient donc pas, quant à elles, avoir un effet propre limitant la liberté d'action des plaignants.
64. En ce qui concerne la compétence exclusive du TAS en matière d'appel contre une décision du Comité de dopage de la FINA, la règle DR 8.9 (« may ») pourrait être interprétée comme ouvrant un recours supplémentaire et non-exclusif au TAS, mais lue en combinaison avec la règle du statut de la FINA C 10.8.2-3 (« shall »)²⁶, elle semble signifier que l'appel est possible (et non obligatoire) et qu'un tel appel doit effectivement être porté devant le TAS.
65. Le règlement de procédure du TAS soumet à son tour les décisions du TAS à l'appel devant la juridiction suisse, à moins que les parties aient renoncé d'un commun accord à cette possibilité²⁷. Les plaignants n'ont pas indiqué qu'ils avaient renoncé à la possibilité de faire appel contre les décisions du TAS. En fait, il convient de souligner qu'après la première sentence du TAS, au lieu de faire appel à la juridiction de droit commun suisse, les plaignants ont soumis leur cas de nouveau au TAS sur base d'une convention d'arbitrage conclu avec la FINA. Rien dans la plainte n'indique qu'ils ne pourraient pas (ou n'auraient pu) contester la deuxième sentence devant la juridiction suisse.
66. Quant à la mise en question de l'impartialité du TAS, il convient de souligner que l'arrêt du Tribunal fédéral suisse sur lequel les plaignants s'appuient dans leur réponse du 11 avril 2002²⁸, dit explicitement que « le Tribunal fédéral a admis que le TAS peut être considéré comme un véritable tribunal arbitral pour ce qui est des procédures dans lesquelles le Comité International Olympique n'apparaît pas comme partie, mais où le TAS est institué par une association sportive internationale comme instance de recours chargée d'examiner la validité des sanctions prononcées par les organes de celle-ci. ». La Commission constate que le CIO n'apparaissait pas comme partie dans les deux procédures des plaignants contre la FINA devant le TAS.

²⁵ Voir point 18 supra.

²⁶ Voir textes repris au point 18 supra.

²⁷ D'autres conditions doivent également être réunies, voir R 59 du règlement de procédure du TAS, annexe 10 de la plainte.

²⁸ Affaire Raducan ./ . Chambre ad hoc du TAS du 4 décembre 2000, point 4 de la lettre du 11 avril 2002.

67. Le Tribunal fédéral poursuit : « la question de savoir si le TAS, en tant qu'il statue sur une demande d'arbitrage tendant à l'annulation d'une décision du CIO, peut être considérée comme rendant une véritable sentence arbitrale au sens des art. 176 ss. LDIP [...] peut rester indécise. » L'argument des plaignants selon lequel le TAS ne peut pas être considéré comme indépendant et impartial dès lors qu'il doit juger de l'éventuelle annulation d'une décision d'une fédération internationale fondée sur des normes et pratiques du CIO (même si la décision n'a pas été prise par le CIO), ne trouve pas de fondement dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral suisse, ni dans le règlement de procédure du TAS²⁹, ni dans les faits car les règles sur lesquelles la décision de la FINA est basée sont les règles antidopage de celle-ci qui, comme indiqué³⁰, diffèrent de celle de l'OMAC à plusieurs égards.

68. Même s'il fallait comprendre la critique des plaignants concernant le TAS et les règles d'appel de la FINA dans le sens qu'ils soient privés de s'adresser à une juridiction de droit commun (ce qui ne semble pas être le cas, voir supra point 65), et à supposer que tout cela constitue un moyen d'assurer le respect des réglementations ou décisions anticoncurrentielles de la FINA ou du CIO, ces règles d'appel ne pourraient violer l'article 81 du traité. La raison en est que les règles d'appel ne se réfèrent pas à des réglementations ou décisions susceptibles de violer les articles 81 et 82 du traité. Comme indiqué, les règles antidopage et les pratiques contestées par les plaignants ne tombent sous l'interdiction édictée aux articles 81 et 82 du traité (voir points 63, 33 à 60 supra).

69. En outre, il convient de noter que la Convention Antidopage du Conseil de l'Europe³¹ exige l'existence d'un appel contre les décisions des organes disciplinaires des fédérations sportives ce qui est le cas en l'espèce. Compte tenu de la possibilité d'un appel contre les décisions du Comité de dopage (Doping Panel) de la FINA et d'un recours éventuel contre la sentence arbitrale du TAS, force est de constater que les plaignants disposaient d'au moins d'un niveau d'appel.

3.2. Applicabilité de l'article 82 du traité

70. Finalement, les comportements imputés au CIO ne sont pas non plus de nature à faire l'objet d'une qualification à la lumière de l'article 82 du traité. Les plaignants n'ont pas avancé de nouveaux arguments ou de faits en réponse à la lettre de M. Schaub précitée. D'une part, ils n'indiquent pas le ou les marchés sur lequel le CIO détiendrait une position dominante et sur le(s)quel(s) il abuserait de celle-ci. Les faits appréciés par la Commission ne révèlent en outre pas l'existence de pratiques abusives susceptibles de restreindre la concurrence de la part du CIO. La validité des règles et pratiques antidopage se fonde sur des considérations d'efficacité et d'égalité ainsi que sur des évaluations scientifiques. La Commission ne peut pas se substituer aux instances réglementaires et scientifiques sportives dans l'appréciation du niveau le plus

²⁹ Voir Règlement de procédure du TAS, annexe 10 de la plainte.

³⁰ Voir notes en bas de page n° 5, 6, 7, 8.

³¹ Article 7 paragraphe 2 lettre d (iii) de la Convention contre le dopage du 16 novembre 1989, Série des Traités n° 135, <http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm>, ETSn°135.

approprié auquel fixer la limite admissible pour la présence d'une substance dans l'organisme. Par ailleurs, aucun des éléments issus du complexe de faits et de griefs présentés par les plaignants ne permet la constatation de l'existence de mesures discriminatoires.

3.3. Article 49 du traité

71. La plainte ne contient pas de faits permettant de parvenir à la conclusion qu'il pourrait y avoir une violation de l'article 49 du traité par un état membre ou un état associé. En effet, aucun élément n'indique la responsabilité d'une autorité d'un Etat membre dans l'adoption d'actes qui pourraient s'avérer contraires au principe de la libre circulation des services

4. CONCLUSION

72. En conclusion, la Commission considère, compte tenu de ce qui a été exposé que les règles et pratiques en cause ne tombent pas sous le coup de l'interdiction édictée aux articles 81 et 82 du traité.

73. Pour ces raisons, je vous communique que la décision finale de la Commission est de rejeter la demande de constatation d'infraction que vous lui avez soumise, le 30 mai 2001, conformément à l'article 3 paragraphe 2 du règlement n°17 du Conseil du 6 février 1962.

Un recours contre cette décision peut être formé devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes au titre de l'article 230 du traité. Ces recours, conformément à l'article 242 du traité, n'ont pas d'effet suspensif, sauf si le Tribunal ordonne le sursis à exécution.

Veillez croire, Messieurs, à l'assurance de ma considération distinguée.

Fait à Bruxelles, le

Pour la Commission

Michel Barnier
Membre de la Commission