N° 397744

M. A...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies
Séance du 12 septembre 2016
Lecture du 3 octobre 2016

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

M. B... A..., est né en 1988, licencié de la Fédération française de kick boxing, muay thaï et disciplines associées et pratiquant la boxe à un niveau professionnel depuis 2006. Il a participé le 7 février 2015 à la « Nuit des Titans », une compétition internationale de muay thaï¹ organisée à Tours (Indre-et-Loire). A l'issue d'un combat auquel il avait pris part, M. A... a fait l'objet d'un contrôle antidopage. Les résultats de l'analyse de l'échantillon « A » prélevé à cette occasion ont fait ressortir la présence dans ses urines, à de fortes concentrations, de trois métabolites du stanozolol, un agent appartenant à la classe des stéroïdes anabolisants exogènes, substances interdites [en vertu de la liste annexée au décret n° 2014-1556 du 22 décembre 2014 portant publication de l'amendement à l'annexe I de la convention internationale contre le dopage dans le sport², adopté à Paris le 17 novembre 2014]. Il a été procédé à la demande de l'intéressé à une seconde analyse d'un échantillon « B » qui a confirmé les résultats de la première.

Depuis le départ, M. A... soutient que c'est à son insu, voire en raison d'un acte de malveillance, qu'il aurait ingéré les substances dopantes. L'entraîneur d'un boxeur concurrent lui aurait ainsi donné le jour du contrôle une bouteille d'eau qu'il a consommée avant de se sentir mal.

Par une décision du 7 mai 2015, l'organe disciplinaire de première instance de la fédération a interdit à M. A... de participer pendant six mois à compter du 9 février 2015 aux manifestations sportives organisées ou autorisées par elle, en faisant état du doute sérieux qu'elle avait sur le caractère volontaire de la prise de substances interdites, mais en retenant une négligence de la part de M. A... à avoir en tout état de cause consommé une bouteille d'eau non scellée transmise par un tiers.

Le 10 septembre 2015, le collège de l'Agence française de lutte contre le dopage a décidé de se saisir du dossier³ sur le fondement du pouvoir de réformation que lui confèrent les

¹ Cette discipline se caractérise par le fait que l'on peut utiliser toutes les parties du corps, à l'exception de la tête, pour frapper quasiment l'ensemble du corps de son adversaire. En plus des coups, cette discipline autorise également la saisie et la projection au sol.

² La convention internationale contre le dopage dans le sport a été adoptée à Paris le 19 octobre 2005. Son introduction en droit interne résulte de la loi n° 2007-129 du 31 janvier 2007 qui en autorise la ratification et du décret n° 2007-503 du 2 avril 2007 qui en porte publication.

³ Cette faculté d'autosaisine a été reconnue dans la décision du 9 novembre 2011, C... n° 341 658, A.

dispositions du 3° de l'article L. 232-22 du code du sport. Par une décision du 2 décembre 2015, l'Agence, qui n'a pas été retenue par le même doute que l'organe disciplinaire de la fédération, e a interdit à M. A... de participer pendant deux ans aux manifestations sportives organisées ou autorisées par les fédérations sportives françaises, déduction faite des périodes déjà purgées, réformé la décision prise le 7 mai 2015 par l'organe disciplinaire de première instance et demandé à la Fédération française de kick boxing, muay thaï et disciplines associées d'annuler les résultats individuels qu'il avait obtenus le 7 février 2015. **Elle a donc aggravé la sanction qu'avait prononcée la fédération.**

M. A... a contesté cette décision devant le Conseil d'Etat.

Il a demandé au juge des référés du CE d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de la décision du 22 octobre 2015. Mais par une ordonnance du 12 février 2016, n° 398087, le juge des référés du CE a rejeté cette demande au motif qu'aucun moyen n'était de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la sanction. Le JRCE a également refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 232-9 du code du sport.

Vous voici saisi du fond de l'affaire.

1. A cette occasion, M. A... n'a pas hésité à reposer la même QPC que celle dont il avait saisi le juge des référés

1.1 Un tel « bégaïement » du procès est possible.

Bien que la QPC conteste les mêmes dispositions au regard des mêmes dispositions constitutionnelles et que le litige oppose les mêmes parties que dans l'affaire de référé, c'est-à-dire : bien qu'en première analyse, les conditions posées par la décision *D...* (CE, 3 février 2012, *D... et Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants*, n° 354068, p. 25) soient remplies pour que soit opposée l'autorité relative de chose jugée à cette nouvelle QPC, il ne faut pas perdre de vue qu'une décision de référé n'a jamais en principe autorité de chose jugée (CE Section 5 novembre 2003, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259339, p. 444), même en ce qui concerne les motifs par lesquels il est refusé de transmettre une QPC.

On peut hésiter un instant, car après tout les critères au vu desquels un juge des référés examine, lorsqu'il l'examine vraiment faute de rejeter la requête en référé pour irrecevabilité, incompétence ou absence d'urgence, une QPC, sont rigoureusement les mêmes que ceux maniés par un juge du fond.

Mais il nous semble tout de même difficile d'enchaîner un élément d'autorité de la chose jugée au cœur d'une ordonnance de référé. C'est donc à juste titre nous semble-t-il que l'Agence, en défense, tout en relevant ce bégaïement, n'a pas opposé une telle autorité de chose jugée.

1.2 La disposition contestée ici est l'article L. 232-9 du code du sport

Cet article dispose que : « *Il est interdit à tout sportif : / 1° De détenir ou tenter de détenir, sans raison médicale dûment justifiée, une ou des substances ou méthodes interdites figurant sur la liste mentionnée au dernier alinéa du présent article ; / 2° D'utiliser ou tenter d'utiliser une ou des substances ou méthodes interdites figurant sur la liste mentionnée au*

dernier alinéa du présent article. [/ L'interdiction prévue au 2° ne s'applique pas aux substances et méthodes pour lesquelles le sportif : / a) Dispose d'une autorisation pour usage à des fins thérapeutiques ; / c) Dispose d'une raison médicale dûment justifiée. / La liste des substances et méthodes mentionnées au présent article est celle qui est élaborée en application de la convention internationale mentionnée à l'article L. 230-2 ou de tout autre accord ultérieur qui aurait le même objet et qui s'y substituerait. Elle est publiée au Journal officiel de la République française.] » ;

Sont seules applicables au litige les dispositions du 2° de l'article L. 232-9 du code du sport prohibant l'usage par tout sportif des substances ou méthodes mentionnées à cet article. Ces dispositions sont bien de nature législative puisque l'ordonnance n° 2010- 379 du 14 avril 2010 relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage dont elles sont issues ont été expressément ratifiées par l'article 14 de la loi n° 2012-158 du 1^{er} février 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs. Elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

1. 3 Trois séries de griefs sont avancés, qui tournent tous autour du caractère objectif (ou matériel) de l'infraction de dopage

Depuis la loi n° 89-432 du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives⁴ et les textes pris pour son application, **le législateur a retenu une conception objective du dopage, défini à partir d'un critère matériel** : la présence d'une substance interdite dans l'organisme, établie à partir des résultats de l'analyse des prélèvements effectués. Le fait de dopage est ainsi constitutif à lui seul d'un manquement susceptible de sanction.

Toutefois, il existe une cause exonératoire de plein droit : la détention d'une autorisation d'usage thérapeutique de la substance interdite ou d'une raison médicale dûment justifiée. Ce dispositif a été instauré par le législateur car l'application de la loi précédente n° 65-412 du 1^{er} juin 1965 qui supposait que soit apportée par l'autorité de poursuite la preuve que le sportif avait eu l'intention de se doper s'est avérée impossible.

La jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises qu'en dehors du cas où est effectivement apportée la preuve d'une prescription médicale à des fins thérapeutiques justifiées, l'existence d'une violation des dispositions législatives et réglementaires relatives au dopage est établie par la simple présence, dans un prélèvement réalisé à l'occasion du contrôle antidopage, de l'une des substances prohibées, « sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'usage de cette substance a ou non revêtu un caractère intentionnel » (2 juillet 2001 Fédération française de football n° 221 481 au Rec. ; 26 décembre 2012 Fédération française d'athlétisme n° 350 883 aux Tables sur un autre point).

C'est ainsi interprétée par cette jurisprudence qu'est contestée la constitutionnalité de l'article L. 232-9, selon la logique de ce qu'on appelle parfois la doctrine du droit vivant, dont il résulte « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée*

⁴ Cette loi a également substitué un régime de sanctions administratives en cas de dopage au régime antérieur de sanctions pénales (cf mémoire du ministre de la ville)

effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (Cons. cons., décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 - *Compagnie agricole de la Crau* ; CE, 25 juin 2010, *M...* n° 326 363, A. ; 16 juillet 2010 *SCI La Saulaie*, n° 334 665, A).

Deux séries de griefs sont articulées, l'argumentation passant parfois par le prisme de l'incompétence négative.

a. Le requérant fait tout d'abord valoir qu'ainsi interprétée, la loi méconnaît des principes constitutionnels régissant la matière répressive (principes de légalité des délits et des peines, de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines et de la présomption d'innocence). Ces griefs sont bien entendu opérants en matière de sanctions prises contre des sportifs, ces sanctions, bien qu'administratives, ayant le caractère d'une punition.

a. 1 Le requérant soutient en premier lieu qu'il serait porté atteinte au principe de la légalité des délits et des peines et à l'exigence de prévisibilité de la loi du fait de l'imprécision « des caractéristiques du comportement incriminé ».

Mais comme l'avait jugé le juge des référés, « les dispositions de l'article L. 232-9 du code du sport énoncent en des termes clairs et suffisamment précis l'interdiction faite à tout sportif d'utiliser ou de tenter d'utiliser, en dehors d'une autorisation à des fins thérapeutiques ou d'une raison médicale dûment justifiée, les substances ou méthodes figurant sur la liste élaborée en application de la convention internationale contre le dopage dans le sport qui, dans sa version applicable au litige, a été fixée par un amendement à l'annexe I de cette convention, publié au Journal officiel de la République française par le décret du 22 décembre 2014 » (point 8). Il ne fait pas de doute que les notions employées par le législateur pour définir l'infraction ne revêtent pas un caractère obscur ou ambigu.

En réalité, ce n'est pas tant l'imprécision du texte qui est critiquée mais le fait qu'il se borne à définir l'élément matériel de l'infraction, sans se prononcer sur son élément moral.

Mais vous jugez que l'exigence de définition d'un élément intentionnel ne s'applique pas aux sanctions administratives. Dans sa jurisprudence, le Conseil Constitutionnel l'a circonscrite aux crimes et délits, et à dessein. L'exigence du caractère intentionnel de l'infraction est en effet inexistante dans le cas des contraventions (voyez votre décision QPC du 7 juin 2010 *Centre hospitalier de Dieppe* n° 338 531 au Rec., jugeant explicitement que le principe de légalité des délits et des peines n'impliquait pas que la loi subordonne le prononcé de sanctions à la condition que des manquements des établissements de santé revêtent un caractère intentionnel, et fichée sur ce point)

a.2 Le problème de l'absence d'élément intentionnel pour constituer l'infraction est directement au cœur du deuxième grief, tiré de l'atteinte, d'une part, à la présomption d'innocence par l'institution d'une présomption irréfragable de culpabilité à l'encontre du sportif contrôlé positivement et par la privation de la possibilité d'établir son innocence, et, d'autre part, au principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait.

Si l'on admet que le fait que l'infraction ne comporte pas d'élément intentionnel, mais seulement un élément matériel signifie que la norme législative institue une présomption de culpabilité, les conditions mises en l'espèce à l'instauration d'une présomption de culpabilité sont réunies :

- les textes prévoient une procédure contradictoire, respectueuse des droits de la défense (art. L. 232-21 du code du sport pour les sanctions prononcées par les fédérations – rien pour l'AFLD cependant) ;
- surtout, si le texte prévoit une seule cause exonératoire au bénéfice du sportif, à savoir la justification d'ordre médical, il ne lui interdit de renverser la présomption faisant valoir outs éléments de nature à ce que le juge regarde comme établi qu'il a utilisé des substances à son insu.

Ce point est très important et vous devrez le souligner dans votre décision comme l'avait faire le juge des référés avant vous, car en réalité le procès que fait M. A... à la loi telle qu'interprétée par votre jurisprudence repose une présentation trompeuse. Il est tout-à-fait loisible à M. A... d'apporter des éléments tendant à convaincre le juge au regard de l'ensemble de l'instruction qu'il n'avait en l'espèce aucune conscience d'avoir absorbé des substances interdites.

Au total, la disposition a pour effet d'instituer, à l'encontre du sportif, une présomption simple de culpabilité, ce qui n'est pas prohibé.

Il est également soutenu que la loi méconnaît les principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines.

Mais ici, la disposition en cause ne porte pas sur le prononcé des sanctions mais sur la définition de l'infraction.

b. Il est également soutenu que la loi porte atteinte au droit à un recours effectif. .

Mais là encore, en réalité, toute l'argumentation, à supposer le grief opérant, procède d'une lecture de la loi et de votre jurisprudence qui n'est pas la bonne. La circonstance qu'il n'appartienne pas au juge de rechercher si l'usage d'une substance dopante a revêtu un caractère intentionnel n'empêche en rien le requérant de le faire valoir.

Nous vous invitons donc à ne pas transmettre la QPC posée par M. A..., et à statuer sur son recours.

2. Et après examen, cette requête nous semble vouée au rejet.

2.1 Le premier moyen est tiré de ce que la décision attaquée aurait été prise au terme d'une procédure irrégulière, l'AFLD ne s'étant pas saisie du dossier dans le délai de deux mois prévu au 3° de l'article L. 232-22 du code du sport.

Aux termes de l'article L. 232-22 du code du sport : « *En cas d'infraction aux dispositions des articles L. 232-9, L. 232-9-1, L. 232-10, L. 232-14-5, L. 232-15, L. 232-15-1*

ou L. 232-17, l'Agence française de lutte contre le dopage exerce un pouvoir de sanction dans les conditions suivantes : (...) / 3° Elle peut réformer les décisions prises en application de l'article L. 232-21. Dans ces cas, l'agence se saisit, dans un délai de deux mois à compter de la réception du dossier complet, des décisions prises par les fédérations agréées ». Aux termes de l'article R. 232-88 du même code : « Dans le cas prévu au 3° de l'article L. 232-22, l'information de l'agence est acquise à la date de réception par celle-ci de la décision prise par l'organe disciplinaire de la fédération sportive et de l'ensemble du dossier ».

M. A... soutient que la décision du 10 septembre 2015 par laquelle l'Agence française de lutte contre le dopage s'est saisie de la décision prise à son encontre le 7 mai 2015 par l'organe disciplinaire de première instance de la fédération est tardive au regard des prescriptions du 3° de l'article L. 232-22, car prise plus de deux mois après la décision du 7 mai 2015.

Mais il résulte de l'instruction que l'Agence n'a reçu notification de l'ensemble du dossier que le 3 août 2015, ce qui suffit à écarter le moyen.

2) **Le deuxième moyen soulève une exception d'inconventionnalité**, au regard des stipulations de l'article 6 paragraphe 2 et de l'article 13 de la CEDH, de l'article L. 232-9 du code qui méconnaîtrait le droit à la présomption d'innocence et le droit au recours effectif garantis par ces stipulations en ce qu'il institue une présomption irréfragable de culpabilité en cas de contrôle positif. **En outre, il est soutenu que la décision méconnaîtrait elle-même les stipulations conventionnelles précitées** dès lors que l'AFLD a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si les faits qui étaient reprochés à M. A... revêtaient un caractère intentionnel. Les moyens nous paraissent opérants, eu égard à la portée de la sanction ici en cause.

Depuis la décision *Salabiaku contre France* du 7 octobre 1988, la Cour considère que les États contractants peuvent notamment, sous certaines conditions, rendre punissable un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence. Mais elle précise les États doivent enserrer ces présomptions dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense.

Mais ce que nous avons dit tout à l'heure pour vous inviter à écarter la QPC joue également ici pour écarter les moyens d'inconventionnalité qui décalquent la même argumentation : en réalité, il est bien évidemment possible pour M. A... de faire valoir que l'usage des substances interdites a été fait à son insu, et de le faire avec succès, s'il résulte de l'instruction que tel est le cas. La seule chose qui résulte de la loi, c'est que l'intéressé qui doit, mais apporter des éléments qui, en fonction aussi des éléments apportés en défense, soient suffisamment probants pour convaincre le juge qu'il en est ainsi.

En outre, il faut souligner que l'Agence ne s'est pas bornée à constater l'absence, en l'espèce, d'une autorisation pour usage à des fins thérapeutiques ou d'une raison médicale dûment justifiée qui aurait pu justifier la présence, dans les urines de M. A..., de métabolites du stanozolol.

Elle a, après avoir relevé que l'intéressé expliquait ces faits par un acte de malveillance commis à son égard, d'une part estimé qu'il n'apportait pas d'éléments de

nature à regarder comme établie l'existence d'un tel acte et d'autre part souligné que les fortes concentrations des trois métabolites du stanozolol mesurées dans ses urines n'étaient pas compatibles avec l'hypothèse selon laquelle les substances litigieuses auraient été contenues dans une bouteille d'eau absorbée quelques heures avant le contrôle antidopage.

Les moyens d'inconventionnalité ne peuvent donc qu'être écartés.

2.3 M. A... soutient ensuite que la décision serait entachée d'erreur de fait et d'erreur d'appréciation, dès lors qu'il a établi ne pas avoir délibérément utilisé de substances dopantes.

M. A... reprend son argumentation, en insistant sur son hygiène de vie et sa moralité, établies par des témoignages. Mais ces éléments ne suffisent pas à convaincre. **Jouent également puissamment à l'encontre de sa thèse des raisons scientifiques avancées en défense** : le stanozolol est insoluble dans l'eau, donc visible et décelable ; les concentrations trouvées excluent que les substances litigieuses aient été contenues dans une bouteille d'eau absorbée quelques heures seulement avant le contrôle antidopage.

2.4 Le dernier moyen est tiré de ce que la sanction litigieuse d'interdiction de deux ans serait disproportionnée.

Le requérant fait valoir

- qu'il ne s'est pas soustrait au contrôle et n'ait pas tenté de la faire : mais cela n'atténue en rien sa responsabilité, ni ne prouve son innocence.
- qu'un contrôle pratiqué en octobre 2015 se soit révélé négatif ; mais cela n'enlève rien aux résultats du contrôle ayant justifié la sanction
- qu'il n'a pas suivi un traitement pharmacologique régulier et lourd ; mais la régularité ne caractérise pas nécessairement l'infraction ;
- que sa bonne foi aurait dû être prise en compte ; mais elle n'est pas retenue par l'agence.

Le quantum de la sanction correspond en outre au standard de ce que votre jurisprudence juge proportionné dans le cas de tels manquements (voyez 21 mai 2014 E... n° 372 116).

Par ces motifs, nous concluons :

- à la non transmission de la QPC
- et au rejet de la requête.