

Martin Nymoen

Idrettsutøverens ansvar ved doping

En oversikt over aktsomhetsnormen ved situasjonen der en utøver har et forbudt stoff i kroppen etter World Anti-Doping Code Artikkel 2.1.1

Martin Nymoen
04.10.2018

Idrettsutøverens ansvar ved doping –

En oversikt over aktsomhetsnormen ved situasjonen der en utøver har et forbudt stoff i kroppen etter World Anti-Doping Code Artikkel 2.1.1

Innhold

1. Innledning	1
2. Rettskildene	2
2.1 Oversikt	2
2.2 Tolkning	3
2.3 Hensynene	3
3. Utøverens ansvar	4
3.1 Hovedregel	4
3.2 CAS tolkning av ansvarsgrunnlaget «strict liability»	4
3.2.1 Oversikt	4
3.2.2 Den objektive vurderingen av aktsomhetsnormen strict liability	6
3.2.3 Den subjektive vurderingen av aktsomhetsnormen strict liability	8
3.3.4 Sammenfatning	10
4. Sanksjonen	11
4.1 Oversikt	11
4.2 Simpel uaktsomhet	11
4.3 Uaktsomhet	13
4.4 Grov uaktsomhet	15
5. Forholdet til Norges idrettsforbunds lov	16
6. Oppsummert	17

1. Innledning

Etter World Anti-Doping Code (WADC) 2015 art. 2.1.1 er en idrettsutøver personlig ansvarlig for ikke å ha forbudte stoffer i kroppen. Hva som er et «forbudt stoff» reguleres av World Anti-Doping Agency (WADA) liste over forbudte stoffer. Hvilke sanksjoner som ilegges reguleres av WADC art. 10. Denne teksten omhandler spørsmålet om når en idrettsutøver er i ansvar for å ha ett eller flere forbudte stoffer i kroppen, samt hva dette ansvaret innebærer.

Court of Arbitration for Sport (CAS) har utarbeidet flere rettingslinjer som må følges for at en utøver ikke skal komme i ansvar. Artikkelens formål er å kartlegge ansvarsnormen, samt gi utøvere, trenere og sponsorer en oversikt over hva de må huske på og hvilke rutiner som må følges for å forhindre at en utøver blir utestengt fra konkurranser. Dersom det innarbeides en rutine etter CAS og WADC rettsregler er sjansen for å havne i ansvar minimert.

Teksten avgrenses mot forsøk på bruk av forbudte stoffer og forbudte metoder etter WADC art. 2.2. Videre avgrenses det mot motsettelse av å avgi dopingprøve etter art. 2.3 og ulovlig innblanding i prøvetakning etter art. 2.5. I tillegg avgrenses det mot ulovlig besittelse av forbudte stoffer etter art. 2.6. Alle kursiveringer er foretatt av meg, med mindre noe annet er opplyst.

2. Rettskildene

2.1 Oversikt

Rettskildebildet kan synes noe komplekst. De ulike internasjonale organisasjonene har egne regelverk som de følger. Eksempelvis har det internasjonale sykkelforbundet UCI publisert regler om antidoping.¹ Dette gjør det vanskelig å manøvrere seg mellom de ulike regelsettene.

WADC inneholder et regelsett om antidoping som internasjonale- og nasjonale idrettsorganisasjoner er pålagt å følge.² Dette innebærer at WADC er lex superior til de andre idrettsorganisasjonenes dopingregelverk. Det at WADC er av høyest rang og pålagt å følge, gir seg utslag i de andre internasjonale organisasjonens regelverk. Eksempelvis samsvarer ordlyden i WADC art. 2.1.1 med UCI Regulation Part XIV – Anti-dopings Rules art. 2.1.1.³ WADC gjelder for alle utøvere som deltar i Olympiske leker, Paralympics og andre store idretts- og sportsarrangement, både nasjonalt og internasjonalt.⁴

¹ Se UCI Regulation Part XIV – Anti-doping Rules.

² Se WADC «Introduction» s. 16.

³ Se tilsvarende i International Ski Federation (FIS) Anti-doping Rules art. 2.1.1.

⁴ Se WADC «Introduction» s. 16.

Sammenfattet er WADC av høyest rang ved avgjørelse av spørsmål angående doping. Dette gjør at alle utøver må følge ordlyden i WADC.

2.2 Tolkning

Utgangspunktet er at WADC skal tolkes som en «independent and autonomous text», uavhengig av nasjonal lovgivning vedtatt av styresmaktene i en stat, se WADC art. 24.3. Dette gjør ordlyden i WADC til den tyngste rettskilden, som også er i tråd med hensynene til utøvernes forutberegnelighet og rettsikkerhet. Det er også gitt kommentarer til hver artikkel som brukes som rettskilde ved tolkningen.

Dersom en utøver avgir en positiv dopingprøve eller på annen måte bryter WADC, har utøverne rett på en rettferdig høring innen rimelig tid av en upartisk nemnd eller (voldgifts-) domstol.⁵ Denne avgjørelsen kan ankes til Court of Arbitration for Sport (CAS). CAS dømmer i siste instans. En avgjørelse fra CAS er dermed bindende for utøveren.⁶ Dette medfører at praksisen fra CAS fungerer som en viktig rettskilde ved tolkningen av WADC.

2.3 Hensynene

Det overordnede hensynet bak dopingreglene er hensynet til en idrett fri for doping der utøvere kan konkurrere på like premisser. Utøvere har en fundamental rett til å konkurrere i idretter fri for doping. Formålet er å fremme rettferdige og like muligheter for utøvere til å lykkes.⁷ For milde dopingregler vil medføre en lav terskel for bruk av forbudte stoffer.

I tillegg skal WADC bidra til effektive antidopingregler, både nasjonalt og internasjonalt.⁸ For milde dopingregler vil lett kunne bidra til utnyttelse av systemet og en omgåelse av antidopingreglene, herunder medføre store bevismessige problemer. Milde dopingregler vil dermed kunne undergrave effektivitetshensynet.

⁵ Se WADC art. 8.1.

⁶ Se WADC art. 8.5.

⁷ Se WADC «Purpose, scope and organization of the world anti-doping program and the *code*» s. 11.

⁸ Se WADC «Purpose, scope and organization of the world anti-doping program and the *code*» s. 11.

3. Utøverens ansvar

3.1 Hovedregel

WADC art. 2.1.1 har følgende ordlyd:

«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 anti-doping rule violation under Article 2.1.»

Ordlyden tilsier at utøveren har et objektivt ansvar for ikke å ha forbudte stoffer i kroppen. Dette gjelder uavhengig av om utøveren har fått i seg stoffet ved en feil eller ved uaktsomhet. Med andre ord foreligger det et brudd på WADC art. 2.1.1 dersom utøveren har et forbudt stoff i kroppen.

Kommentarene til art. 2.1.1 nyanserer den alminnelige språklige forståelsen av ordlyden.⁹ Det fremgår av kommentarene at CAS har tolket art. 2.1.1 som en «strict liability»-regel.

Utøvernes aktsomhet får dermed betydning for hvilke konsekvenser krenkelsen av art. 2.1.1 får etter WADC art. 10.

3.2 CAS tolkning av ansvarsgrunnlaget «strict liability»

3.2.1 Oversikt

Spørsmålet videre er dermed om hva som ligger i ansvarsgrunnlaget «strict liability» i tilfeller der utøvere har ett, eller flere forbudte stoffer i kroppen.¹⁰ «Strict liability» er et strengt ansvarsgrunnlag som forutsetter uaktsomhet hos utøveren.¹¹ CAS skal imidlertid foreta en selvstendig tolkning uavhengig av annen lovgivning.¹²

⁹ Se Comments to Article 2.1.1 i WADC s. 18.

¹⁰ Se Comments to Article 2.1.1 i WADC s. 18.

¹¹ Canadas Supreme Court har uttalt at «a strict liability offence requires the minimal mental element of negligence in order to ground a conviction. Negligence consists in an unreasonable failure to know the facts which constitute the offence, or the failure to be duly diligent to take steps which a reasonable person would take», se *R v. Pontes* [1995] 3 S.C.R 44, 1995 CanLII 61 SCC.

¹² Se WADC art. 24.3.

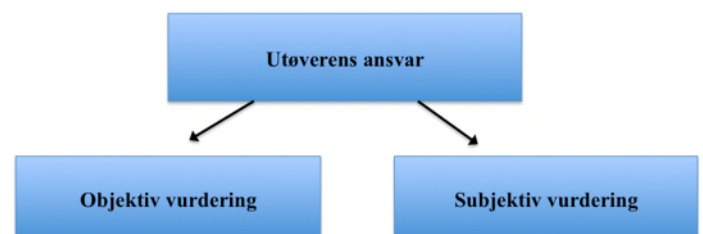
CAS opererer med tre grader av uaktsomhet.¹³ Den første er der utøveren har utvist grov uaktsomhet. Den andre er der utøveren har vært uaktsom. Den tredje er simpel uaktsomhet.¹⁴ Det er utøveren som har bevisbyrden for at han ikke har opptrådt uaktsomt.¹⁵ Hvilken grad av uaktsomhet utøveren har utvist er avgjørende for sanksjonen etter WADC art. 10. Dersom utøveren har vært aktsom – altså ikke har utvist noen form for skyld – skal utøveren frikjennes. Sanksjonen som ilegges for de ulike gradene av aktsomhet er behandlet i punkt 4.

Spørsmålet videre er; hvordan skal det avgjøres at utøveren har utvist én av de tre gradene av uaktsomhet.

I *Marin Cilic v. International Tennis Federation*¹⁶ ble utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen utarbeidet. Saken omhandlet en suksessfull tennisspiller som ble tatt for å ha forbudte stoffer i kroppen da han spilte i Rolex Masters i 2013. Under konkurransen gikk han tom for glykosetabletter. Han fikk sin mor til å kjøpe mer på et apotek. Apotekeren hadde fortalt moren at tablettene ikke inneholdt forbudte stoffer. CAS uttalte:

«In order to determine into which category of fault a particular case might fall, it is helpful to consider **both the objective and the subjective level of fault**. The objective element describes what standard of care could have been expected from a reasonable person in the athlete's situation. The subjective element describes what could have been expected from that particular athlete, in light of his personal capacities.» se avsnitt 71.

Aktsomhetsvurderingen er todelt. For å fastsette hvilken grad av uaktsomhet utøveren faller inn under må det først spørres; hva ville en alminnelig forstandig utøver gjort i tilsvarende situasjon. Deretter er spørsmålet om hvilke handlinger som kan forventes av den konkrete utøveren på bakgrunn av hans personlige kapasitet. De objektive elementene bestemmer



¹³ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*. Spalte 69.

¹⁴ Segnificant-, normal- and light degree of fault, se bl.a. CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*. avsnitt 69 og CAS 2017/A/5015 *FIS v. Therese Johaug & NIF*, avsnitt 179.

¹⁵ Se CAS 2011/A/2384 *UCI v. Alberto Contador & RFEC*, avsnitt 48.

¹⁶ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*.

hvilke av de tre kategoriene utøveren faller inn under. De subjektive elementene kan brukes til å flytte den konkrete utøveren enten opp eller ned på aktsomhetsskalaen.¹⁷ Alle spesifikke og relevante omstendigheter skal trekkes inn for å belyse hvorfor utøveren hadde et ulovlig stoff i kroppen.¹⁸

3.2.2 Den objektive vurderingen av aktsomhetsnormen strict liability

Utgangspunktet er hva en alminnelig forstandig utøver ville gjort i tilsvarende situasjon.¹⁹

CAS har utarbeidet flere momenter til den objektive vurderingen der en utøver har inntatt et forbudt stoff. Det kan ikke forventes at en utøver alltid følger alle momentene. Momentenes relevans avhenger av den konkrete situasjonen.²⁰ En viktig bemerkning er at momentene skal vurderes strengt. I *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, ble det uttalt at «it is important to recognize that, in theory, almost all anti-doping rule violations relating to the taking of a product containing a prohibited substance could be prevented» se avsnitt 74 og 75.

Denne setningen er i tråd med effektivitetshensynet og tankegangen med å forhindre en omgåelse av reglene. De objektive momentene er behandlet i det følgende. Det er ingen holdepunkter i CAS praksis for at momentlisten er uttømmende.

Det første momentet er om utøveren *sjekket pakningen og bruksanvisningen* til det inntatte stoffet, (min oversettelse).²¹

Dette er ifølge CAS det viktigste momentet. I *FIS v. Therese Johaug & NIF* ble det uttalt at CAS fant det slående at Johaug ikke klarte å utføre den viktigste handlingen før hun inntok stoffet, nemlig å sjekke pakningen og pakningsinnlegget, se avsnitt 180.²²

CAS huskeliste til utøveren

Har du sjekket pakning/bruksanvisning?

Har du sjekket WADAS forbudsliste?

Har du søkt opp stoffet på internett?

Har du sjekket stoffets kilde?

Har du forhørt deg med lege?

¹⁷ Se CAS 2014/A/3685 *Evi Sachenbacher-Stehle v. IBU*, avsnitt 76.

¹⁸ Se WADC Appendix 1 «Definition of Fault» s. 134.

¹⁹ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 75.

²⁰ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 75.

²¹ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 74-75.

²² Se CAS 2017/A/5015 *FIS v. Therese Johaug & NIF*.

Det andre momentet er at om utøveren *dobbeltsjekket* stoffet med WADAs liste over forbudet stoffer.²³ *Maria Sharapova v. ITF* illustrerer at utøvere plikter - til enhver tid - å holde seg oppdatert på WADAs liste over forbudet stoffer.²⁴ Saken gjaldt tennisspilleren Maria Sharapova som testet positivt på stoffet meldonium. Stoffet ble oppført på WADAs liste over forbudte stoffer i januar 2016, mens Sharapova test positivt i mars 2016. Sharapova anførte at hun ikke var klar over at meldonium stod på WADAs liste over forbudet stoffer og at hun hadde overlatt ansvaret til en tredjeperson. CAS uttalte at det å dobbeltsjekke stoffet opp mot WADAs forbudsliste er en handling som ikke krever en spesifikk antidopingtrening eller medisinsk ekspertise. Det å delegere ansvaret til en tredjeperson fritar ikke utøveren for ansvar, se avsnitt 88.²⁵

Det tredje momentet er om utøveren har *søkt opp stoffet* på internett. Dersom utøveren kunne avdekket om stoffet var ulovlig ved et slikt søk, taler dette for at utøveren har vært uaktsom.²⁶ I *FIS v. Therese Johaug & NIF* la CAS stor vekt på at Johaug raskt og enkelt kunne ha sjekket stoffet på internett, og at hun ville raskt funnet ut at stoffet var forbudt. I tillegg la CAS vekt på at hun hadde tuben med stoffet i hele 12 dager før hun avla dopingprøven. Hun hadde dermed mer enn nok tid til å sjekke innholdet i tuben, se avsnitt 182.

Det fjerde momentet er om medikamentet eller produktet er produsert og distribuert med forankring i *troverdige kilder*.²⁷ I *Evi Sachenbacher-Stehle v. IBU* ble det vektlagt at utøveren tok tilstrekkelige forhåndsregler ved at hun tok et produkt som var uten tilknytning til stoffer på forbudslisten. På den andre siden burde hun ha tatt kontakt med distributøren av enten produktet eller leverandøren av stoffene som produktet var laget av, slik at hun var helt sikker på at stoffene stammet fra en troverdig kilde, se avsnitt 77 og 78.

Det femte momentet om utøveren har *konsultert med lege eller fagperson* før stoffet ble inntatt. *WADA v. Ali Nilforushan & FEI*²⁸ oppsummerer dette momentet. CAS uttalte at bruk

²³ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 74-75

²⁴ Se CAS 2016/A/4643 *Maria Sharapova v. ITF*

²⁵ Se tilsvarende i CAS 2017/A/5015 *FIS v. Therese Johaug & NIF*.

²⁶ Se CAS 2017/A/5015 *FIS v. Therese Johaug & NIF*.

²⁷ Se CAS 2014/A/3685 *Evi Sachenbacher-Stehle v. IBU*.

²⁸ Se CAS 2012/A/2959 *WADA v. Ali Nilforushan & FEI*.

av medikamenter foreskrevet av lege fritar ikke utøveren fra ansvar. Videre påpekte CAS at det er utøverens eget ansvar å forsikre at stoffet foreskrevet av lege ikke er forbudt etter WADAs forbudsliste, se avsnitt 8.19. Dersom utøveren stoler blindt på legen og tar et forbudt stoff er utøveren over simpel uaktsomhet på aktsomhetsskalaen.²⁹ Dette presiseres i *FIS v. Therese Johaug & NIF*. Utøverens varsomhetsplikt reduseres ikke selv om legen er høyt kvalifisert, og det må forventes at han har tatt alle forhåndsregler, se avsnitt 192. Et slikt unntak vil være i strid med effektivitetshensynet.



3.2.3 Den subjektive vurderingen av aktsomhetsnormen strict liability

Etter den objektive vurderingen er spørsmålet hva som kan forventes av den konkrete utøveren på bakgrunn av hans eller hennes personlige kapasitet.³⁰ De subjektive elementene skal brukes til å presisere hvilken av de tre ansvarskategoriene utøveren faller inn under. CAS bruker fire momenter den i subjektive vurderingen. Opplistingen er imidlertid ikke uttømmende.³¹

Det første momentet er utøverens *alder og erfaring*. CAS praksis viser at utøverens alder bare blir vektlagt der han eller hun ikke har noe erfaring med internasjonale konkurranser. Se for eksempel i *S. v. FINA*³² ble det at utøveren bare var 17 år gammel tillagt mindre vekt. Utøveren hadde konkurrert i 10 år, og det var ikke uvanlig at 17 åringer deltok i konkurranser som holdt et høyt nivå. Resultatet ble tilsvarende i CAS 2003 /A/447 der det ikke ble vektlagt at utøveren bare var 16 år gammel, ettersom han hadde stor erfaring fra internasjonale og olympiske konkurranser. På den andre siden taler det i utøverens favør om han mangler erfaring fra store internasjonale konkurranser. I *WADA v. USADA & Eric Thompson*³³ ble det

²⁹ Se CAS 2005/A/872 og CAS 2012/A/2959 *WADA v. Ali Nilforushan & FEI*.

³⁰ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, se avsnitt 71.

³¹ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, se s. 20 og 21.

³² Se CAS 2005/A/830 *S. v. FINA*.

³³ Se CAS 2008/A/1490 *WADA v. USADA & Eric Thompson*.

hensyntatt at utøveren som gikk på videregående, manglet erfaring og utdanning innen antidopingarbeid. Han hadde heller ikke fått noe informasjon fra trener eller støtteapparat.

Det andre momentet er en forlengelse av det første. Momentet er om utøveren har noen form for *utdannelse* innen antidopingarbeid.³⁴ *Erkand Qerimaj v. IWF*³⁵ omhandlet en utøver fra Albania som ikke hadde fått utdanning om antidopingarbeid. CAS påpekte at Albania var et land som slet økonomisk og derfor ikke hadde råd til å utdanne utøvere. På den andre siden kunne ikke økonomiske vanskeligheter til å finansiere en antidopingutdannele legitimere utøvernes uaktsomhet. Utøverne måtte følge antidopingregulverket. Det skulle derimot gjøres en konkret vurdering på bakgrunn av sakens omstendigheter. I saken reduserte CAS utøverens ansvar på bakgrunn av manglende utdanning innen antidopingarbeid, se avsnitt 8.21 og 8.23. Se tilsvarende i *Flavia Oliveira v. USADA*³⁶, avsnitt 54, der det også ble vektlagt at utøveren ikke hadde fått utdanning vedrørende dopingbruk. I tillegg konkurrerte hun på et nasjonalt nivå.

Det tredje momentet er om utøveren har vanskelig med å forstå stoffets innhold på bakgrunn av *språk og miljø*.³⁷ CAS vektla i *UCI v. Monica Bascio & USADA*³⁸ at bruksanvisningen var skrevet på italiensk. CAS uttalte at italiensk verken var utøverens morsmål eller et språk hun forstod, se avsnitt 62. Dette bidro til at hun ble ansett for å ha vært simpelt uaktsom istedenfor uaktsom.

Det fjerde momentet er om utøveren har noen *personlige bemerkninger*.³⁹ Momentet er sammensatt av tre typesituasjoner som er forklart nedenfor.

Den første situasjonen er der en utøver har tatt et spesifikt produkt over lengre tid uten at det har gitt utslag i form av en positiv dopingprøve. I CAS 2011/A/2515 ble ansvaret redusert til

³⁴ Se CAS 2010/A/2107 *Flavia Oliveira v. USADA*.

³⁵ Se CAS 2012/A/2822 *Erkand Qerimaj v. IWF*.

³⁶ Se CAS 2010/A/2107 *Flavia Oliveira v. USADA*.

³⁷ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, se s. 20 og 21.

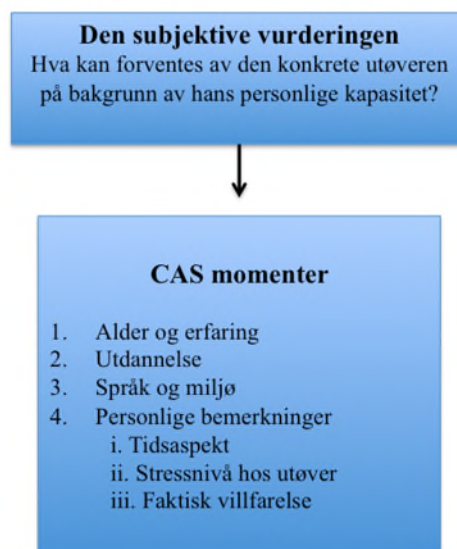
³⁸ Se CAS 2012/A/2924 *UCI v. Monica Bascio & USADA*.

³⁹ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, se s. 20 og 21.

simpel uaktsomhet der en brasiliansk svømmer hadde tatt et stoff over lengre tid og stolt på sine tidligere erfaringer uten å gjøre et nytt søk på stoffet, se avsnitt 73.⁴⁰

Den andre situasjonen er der utøveren er under et høyt stressnivå. *James Armstrong v. WCF*⁴¹ omhandlet er handicapet curlingspiller som testet positivt på et forbudt stoff. Da utøveren avla den positive dopingprøven, holdt han på å flytte for seg selv etter sin kones død. Under den stressende perioden forvekslet han sine egne medisiner med det forbudte stoffet. Det forbudte stoffet var formet på samme måte i størrelse, form og farge som hans egne medisiner. CAS uttalte at utøverens aktsomhetsgrad måtte reduseres i den stressende perioden, se avsnitt 8.45 og 8.46.

Den tredje situasjonen CAS nevner er der utøvernes positive dopingtest skyldes unnskyldelig villfarelse om faktiske forhold. CAS bruker *James Armstrong v. WCF* som eksempel⁴². Det at utøveren tok et forbudt stoff skyldtes en unnskyldelig villfarelse. CAS uttalte at «the Appellant cannot be blamed for not reading the patient's information leaflet for Tamoxifen as due to his own negligence he thought he was taking his own medication and not Tamoxifen», se avsnitt 8.37.



3.3.4 Sammenfatning

Analysen av CAS praksis viser at ansvarsgrunnlaget strict liability er strengt, komplekst og sammensatt. Ved at ansvaret inndeles i en subjektiv- og objektiv vurdering – med tilhørende momenter – gjør ansvarsnormen svært sammensatt. Det er duket for en stor variasjon av typetilfeller og nyanseforskjeller. Ansvarsnormen blir ytterligere komplisert ved at strict

⁴⁰ CAS nevner som en fjerde situasjonen der en utøver tidligere har sjekket stoffets innhold. Denne situasjonen er innbakt i behandlingen av den første situasjonen, se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, se s. 20 og 21.

⁴¹ Se CAS 2012/A/2756 *James Armstrong v. WCF*.

⁴² Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, se s. 20 og 21.

liability deles inn i tre ansvarskategorier. Den sammensatte ansvarsnormen gjør det komplisert å trekke klare juridiske grenser ved tvister. Nedenfor følger en oversikt over sanksjonen.

4. Sanksjonen

4.1 Oversikt

Dersom utøveren kan bevise at han eller hun har opptrådt aktsomt skal ikke utøveren utestenges, se WADC art. 10.4. Derimot skal en utøver som har utvist uaktsomhet utestenges for all konkurranse for en periode fra 0 til 24 måneder, se WADC art 10.5.1. I tillegg kan utøveren fradømmes sine resultater dersom doping skjer i forbindelse med en konkurranse, se WADC art 10.1. For å avgjøre den eksakte tiden utøveren skal utestenges må det kartlegges om utøveren har utvist simpel-, normal- eller grov uaktsomhet.

Ved kartleggingen av utøverens uaktsomhet må både de subjektive og objektive momentene veies opp mot hverandre. Ettersom det er et stort antall momenter både på den subjektive- og objektive siden, blir det vanskelig å trekke klare juridiske grenser for hvilke sanksjon som ilegges. Utgangspunktet er - som nevnt ovenfor - at de objektive kriteriene plasserer utøveren i en av uaktsomhetskategoriene, mens de subjektive kriteriene anvendes til å flytte utøveren enten opp eller ned på uaktsomhetsskalaen.

Men ettersom hver sak er unik, vil det forekomme nyanseforskjeller. Oversikten nedenfor er derfor ikke uttømmende og inneholder kun en grovkategorisering. Dette er i tråd med CAS som uttaler om at «each case must be decided on its own facts».⁴³

4.2 Simpel uaktsomhet

Dersom utøveren har vært simpelt uaktsom har CAS fastslått at dette medfører en utestengelse fra all konkurranse i 0 til 8 måneder, der en «standard»-overtredelse medfører en utestengelse på 4 måneder.⁴⁴ Spørsmålet er dermed hvordan CAS definerer simpel uaktsomhet.

⁴³ Se CAS 2014/A/3685 *Evi Sachenbacher-Stehle v. IBU*, avsnitt 72 og CAS 2011/A/2518 *Robert Kendrick v. ITF*.

⁴⁴ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 70.

I *Evi Sachenbacher-Stehle v. IBU* la CAS til grunn at utøveren hadde vært simpelt uaktsom, som resulterte i en utestengelse på 6 måneder. Saken omhandlet en skiskytter som testet positivt på det forbudte stoffet metylhexaneamine under OL i Sochi i 2014. Ved utmålingen la CAS til grunn at pakningsinnlegget til produktet ikke inneholdt noe informasjon om det forbudte stoffet, samtidig som stoffet var distribuert av en troverdig kilde. Hun hadde videre opplyst ved dopingkontrollen at hun brukte produktet. På den andre siden var utøveren profesjonell og hadde gode kunnskaper om anti-doping. I tillegg hadde hun ikke vært i kontakt med doktor om bruk av stoffet. CAS la til grunn at utøveren hadde vært simpelt uaktsom og at «an appropriate sanction for the Athlete is a period of ineligibility of six months», se avsnitt 77, 78 og 79.

*WADA v. Laszlo Szabolcs & RADA*⁴⁵ er i samme gate. Saken omhandlet en bryter som testet positivt på det forbudte stoffet metylhexaneamine under et nasjonalt mesterskap. CAS påpekte at stoffets innhold var kamuflert med et synonym på pakningsinnlegget til produktet. Forbudslisten nevnte ikke det forbudte stoffets synonym. Dette vanskeliggjorde prosessen med å kartlegge om stoffet var forbudt. Imidlertid mente CAS at utøveren burde forhørt seg med en fagperson og han kunne undersøkt om synonymets betydning. Dette var tilstrekkelig til at utøveren hadde utvist simpel uaktsomhet, og han ble utestengt i 5 måneder, se avsnittene 9.7, 9.8 og 9.9.

Marin Cilic v. ITF er en avgjørelse CAS omtaler som en standardsak om simpel uaktsomhet. Utøveren testet positivt etter å ha tatt et produkt han trodde var glykose.⁴⁶ Ved den objektive vurderingen ble det lagt vekt på at utøveren hadde sagt til sin mor at hun skulle kjøpe produktet i en «trygg» butikk. I tillegg spurte moren apotekeren om stoffet var trygt for idrettsutøvere. Dette ble besvart bekreftende av apotekeren. Utøveren sjekket innholdet i produktet og følgelig tok han kun et fåtalls piller, se avsnitt 80. Ved den subjektive vurderingen la CAS vekt på at han snakket språket dårlig. Han hadde i tillegg vært stresset over en periode og han hadde brukt glykose over en lengre tid uten at det hadde gitt utslag på dopingprøvene. Ved helhetsvurderingen påpekte CAS at viktigst var at utøveren hadde sjekket stoffets innhold før han tok produktet. Utøveren ble utestengt i fire måneder.

⁴⁵ CAS 2013/A/3075 *WADA v. Laszlo Szabolcs & RADA*,

⁴⁶ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 70.

Til slutt er *Robert Kendrick v. ITF*⁴⁷ illustrerende. Saken gjaldt en tennisspiller som hadde tatt tabletter for jetlag. CAS vektla at utøveren hadde fått stoffet fra en person som ikke var medlem av trenerapparatet. Stoffets pakning var blank og inneholdt ingen informasjon om stoffets innhold. På den andre siden foretok utøveren et internettsøk, men misset en relevant artikkel om stoffet. Han hadde ingen lege i støtteapparatet, og valgte dermed å stole på informasjon fra IOC (International Olympic Committee), samt andre utøvere som brukte stoffet. I tillegg var han inne i en stressende periode ettersom hans kone skulle føde. Etter en helhetsvurdering valgte CAS å utestenge tennisspilleren i åtte måneder, se avsnitt 29, 30 og 35.

Oppsummert illustrerer dommene at utøveren er simpel uaktsom dersom pakningsinnlegget ikke gir noe veiledning om produktets innhold, og utøverens internettsøk ikke vil medføre at han får kunnskap om stoffets innhold eller om det står på forbudslisten. Det legges også vekt på om utøveren har konsultert med lege eller sjekket stoffets kilde. Analysen viser at dersom utøveren har foretatt disse undersøkelsene er den relevante aktsomhetsnormen «simpel uaktsomhet».

4.3 Uaktsomhet

Dersom CAS konkluderer med at utøveren har vært uaktsom resulterer dette i en utestengelse på en periode av 8 til 16 måneder, der en «standard» utestengelse tilsvarer 12 måneder.⁴⁸ Spørsmålet er dermed om hvilken adferd som kvalifiserer for uaktsomhet.

I *Maria Sharapova v. ITF*⁴⁹ ble en tennisspiller utestengt i 9 måneder etter at hun hadde testet positivt på det forbudte stoffet Meldonium. CAS uttalte at det ikke kunne forventes av en utøver at han eller hun alltid fulgte de objektive kriteriene, se avsnitt 84. I saken hadde tennisspilleren delegert ansvaret for legemidler videre til en tredjeperson. CAS la vekt på at det alltid er utøverens ansvar å sjekke pakken, men det at hun hadde forhørt seg med en tredjeperson var en formildende omstendighet. Stoffet hun testet positivt på hadde også

⁴⁷ CAS 2011/A/2518 *Robert Kendrick v. ITF*.

⁴⁸ Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 70.

⁴⁹ Se CAS 2016/A/4643 *Maria Sharapova v. ITF*.

tidligere vært lovlig. Dette var formildende omstendigheter, som bidro til at hun bare ble dømt for å ha opptrådt uaktsomt og ikke grovt uaktsomt.

*S. v. FINA*⁵⁰ omhandlet en italiensk svømmer som testet positivt på stoffet clostebol og ble utestengt i 12 måneder. Bakgrunnen for den positive prøven var at han hadde brukt stoffet til å behandle en infeksjon mellom fjerde og femte tåen på den ene foten. CAS påpekte at utøveren hadde vært uaktsom ettersom innholdet ikke ble sjekket, se avsnitt 34. Det ble særlig lagt vekt på at utøveren lett kunne avdekket stoffets innhold ved et søk på internett. Det som gjorde at utøveren bare ble ansett for å ha opptrådt uaktsomt var de subjektive momentene. Utøveren hadde ingen intensjon om å dope seg. Selv om CAS uttalte at hans unge alder ikke skulle vektlegges, viser konklusjonen at alderen ble hensyntatt, se avsnitt 35 og 36, sml. *FIS v. Therese Johaug & Norges Idrettsforbund*. Dette tyder på at CAS bruker de subjektive kriteriene til å flytte utøveren ned på aktsomhetsskalaen.

*Dimitar Kutrovsky v. ITF*⁵¹ viser samspillet mellom de objektive og subjektive momentene. Saken omhandlet en bulgarsk tennisspiller som ble utestengt i 15 måneder etter å ha testet positivt på et forbudt stoff under konkurranse. Det var formildende at innholdsfortegnelsen på produktet ikke ga informasjon som tilsa at stoffet var forbudt. Han hadde heller ingen antidopingutdanning. Videre hadde han akkurat nådd et internasjonalt høyt nivå. Da han likevel ble dømt til 15 måneders utestengelse var det fordi han hadde tatt et stoff uten å sjekke det mot leverandør, eller forhørt seg med lege. Han forhørte seg heller ikke med WADA. Han kontaktet videre ingen som kunne hatt informasjon om stoffet. I tillegg opplyste han til antidopingkontrollørene at han hadde tatt vitaminer, hvilket ikke var tilfelle, se avsnitt 9.52.

CAS praksis er noe sprikende og det foretas en bred helhetsvurdering. Men analysen viser at dersom utøveren ikke sjekker pakningen, samt ikke forhører seg med lege eller andre personer med kunnskap, er simpel uaktsomhet utelukket. De objektive momentene veier tyngst. Imidlertid viser praksisen at de subjektive momentene brukes til å flytte utøveren enten opp eller ned på aktsomhetsskalaen. Dermed følger CAS opp sine egne uttalelser, se punkt 3.2.1

⁵⁰ Se CAS 2005/A/830 *S. v. FINA*

⁵¹ CAS 2012/A/2804 *Dimitar Kutrovsky v. ITF*

4.4 Grov uaktsomhet

Dersom utøveren har vært grovt uaktsom medfører dette en utestengelse på mellom 16 til 24 måneder, der en «standard» utestengelse er 20 måneder.⁵²

FIS v. Therese Johaug & Norges Idrettsforbund er illustrerende.⁵³ Johaug ble som kjent dømt til 18 måneders utestengelse etter å ha testet positivt på det forbudet stoffet colstebol. På den subjektive siden la CAS vekt på at Johaug ikke hadde ment å dope seg. Men det ble påpekt at hun var en erfaren og profesjonell idrettsutøver. På den andre siden brøt hun nesten alle de objektive momentene. Hun sjekket ikke pakningsinnlegget, pakningen var merket med en advarsel om doping, videre sjekket hun ikke WADAs forbudsliste eller søkte opp stoffet på internett. I tillegg var hun i besittelse av stoffet over lengre tid, hvilket tilsa at hun hadde god tid til å foreta nødvendige undersøkelser, se avsnitt 177-186. Johaug ble etter dette ansett av CAS for å ha opptrådt grovt uaktsomt.

*WADA v. JBN, Dennis de Goede & NADO*⁵⁴ gjelder også grov uaktsomhet. Saken omhandlet en judoutøver som testet positivt på stoffet *methyllhexaneamine* etter han hadde tatt et kosttilskudd. Utøveren hadde fått kosttilskuddet av sin bror som var legestudent. Utøveren valgte å stole blindt på sin bror, hvilket medførte at han brøt alle de objektive kriteriene oppstilt av CAS. CAS uttalte «*It is the Sole Arbitrator's view that the Appellant showed considerable fault in the case at hand*», se avsnitt 7.1.9.

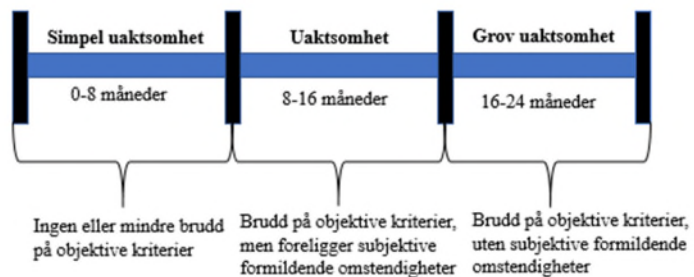
Oppsummert viser CAS praksis at aktsomhetsnormen grov uaktsomhet er foreskrevet de utøverne som bryter flertallet de objektive momentene. I tillegg viser praksisen at det sjeldent er subjektive formildende omstendigheter der utøveren blir utestengt i 16 til 24 måneder. Handlemåten må representere et markert avvik fra hva man kan forvente av en alminnelig utøver.

⁵² Se CAS 2013/A/3327 *Marin Cilic v. International Tennis Federation*, avsnitt 70.

⁵³ Se CAS 2017/A/5015 *FIS v. Therese Johaug & NIF*.

⁵⁴ CAS 2012/A/2747 *WADA v. JBN, Dennis de Goede & NADO*.

Figuren oppsummerer grovt kriteriene for de tre separate aktsomhetsnormene. Det tas forbehold om at nyanseforskjeller vil forekomme.



5. Forholdet til Norges idrettsforbunds lov

Lov for Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité inneholder regler om utøverens ansvar ved doping. Utgangspunktet samsvarer med WADC art 2.1.1. Etter NIFs lov § 12-5 første ledd har en utøver et objektivt ansvar «for at intet forbudt stoff tilføres utøvers kropp».

Videre nyanseres skyldkravet i NIFs lov § 12-10 første og andre ledd. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Dersom brudd på § 12-3 (1) a), b) og f) omhandler særskilt stoff og utøver eller person kan bevise at regelbrudd skyldes **ubetydelig utvist skyld**, skal sanksjonen være minimum en advarsel og maksimalt to års utelukkelse.²⁶ Skyldgraden er avgjørende for fastsettelsen av sanksjonen

Dersom brudd på § 12-3 (1) a), b) og f) skyldes et forurenset produkt som inneholder et forbudt stoff, og det **forbudte stoffet ikke fremgår på pakningen eller avdekkes gjennom et rimelig internettsøk**, skal sanksjonen være **minimum en advarsel og maksimalt to års utelukkelse**. Utøver eller person må i tillegg bevise at regelbruddet skyldes **ubetydelig utvist skyld**. Skyldgraden skal være avgjørende for fastsettelse av sanksjonen», min utheving

Ordlyden i NIFs lov § 12-10 første og annet ledd gir en kort veiledning på hva som menes med «ubetydelig utvist skyld». Den nevner blant annet at utøveren må sjekke pakningen og gjøre et rimelig internettsøk. Det er svært vanskelig å utarbeide en lovtekst som regulerer enhver situasjon.

En utøver kan imidlertid havne i ansvar dersom han eller hun følger NIFs lov. NIFs lov gir kun en veiledning, da utøveren må forholde seg til WADC og CAS. Som nevnt ovenfor er det flere eksempler på at en utøver har havnet i ansvar selv om han har sjekket pakningsinnlegget. NIFs lov tar ikke hensyn til om det er konsultert med lege, om utøveren har sjekket WADAs

forbudsliste eller sjekket stoffets kilde. Dette er viktige kriterier som NIF har utelatt. NIFs lov er derfor mangelfull ved de objektive kriteriene.

Videre er den subjektive vurderingen ikke hjemlet i NIFs lov. Dette er en viktig vurdering som kan medføre at en utøver blir dømt mildere. Det er ikke rimelig at en utøver med funksjonsnedsettelse eller andre subjektive utfordringer skal dømmes på samme måte som utøvere uten subjektive utfordringer.

NIFs lov gjelder også for parautøvere. Utøvere med funksjonsnedsettelse er ikke hensyntatt i bestemmelsene om doping slik NIFs lov fremstår i dag. Det er kritikkverdig av NIF ikke å innta eller opplyse om den subjektive vurderingen ovenfor disse utøverne.

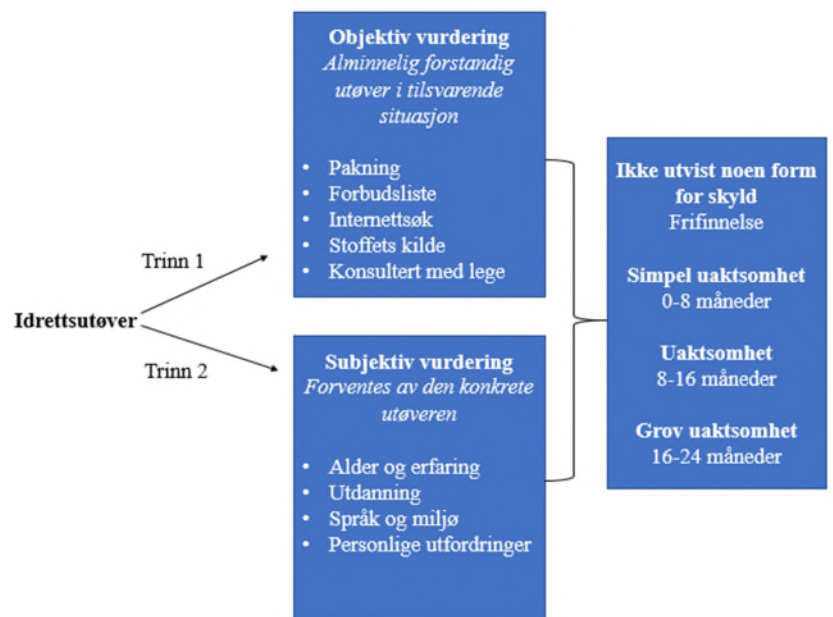
NIFs lov må bedre tilpasses CAS tolking av WADC art 2.1.1. Dette hadde bidratt til en økt forståelse og forutberegnelighet for utøverne. Slik det fremstår i dag mangler det viktige punkter. Ettersom det er WADAs regelverk som gjelder kan NIFs regelverk skape forvirring og følgelig fungere som en felle på idrettsutøvere som ønsker å unngå uaktsom doping. Dette er problematisk for utøvernes rettsikkerhet.

6. Oppsummert

Under dette punktet vil jeg forsøke å samle trådene. Utgangspunktet er at utøveren er ansvarlig for ikke å ha forbudte stoffer i kroppen, etter WADC art. 2.1.1. Likevel skal ansvaret forstås som et strengt uaktsomhetsansvar. Aktsomhetsnormen er todelt. Den første er en vurdering på bakgrunn av objektive kriterier. Den andre er en vurdering etter subjektive kriterier.

Spørsmålet ved den objektive vurderingen er; hva ville en alminnelig forstandig utøver gjort i tilsvarende situasjon. Da skal det legges vekt på om utøveren sjekket pakningen, sjekket WADAs forbudsliste, gjorde et internettsøk, sjekket stoffets kilde eller konsulterte med lege.

Spørsmålet ved den subjektive vurderingen er; hva kan forventes av den konkrete utøveren på bakgrunn av hans personlige kapasitet. I vurderingen skal det legges vekt på alder, erfaring, utdanning, språk, miljø og andre personlige utfordringer.



På bakgrunn av de to vurderingene skal det gjøres en helhetlig vurdering av om utøveren har vært aktsom, simpel uaktsom, uaktsom eller grov uaktsom.

Takk til

Truls Korsæth for innspill, inspirasjon og nyttige diskusjoner. Benedikte Øyna for innspill og korrekturlesing. Advokat Ivar Strømsjordet og Advokatfirmaet Svensson Nøkleby ANS for god hjelp i det avsluttende arbeidet.