



<http://www.diva-portal.org>

This is the published version of a chapter published in *Artikelsamling 2017*.

Citation for the original published chapter:

Lindholm, J. (2017)

Bra medicin smakar beskt: CAS 2017/A/5015 och 5110, FIS mot Johaug

In: Krister Malmsten (ed.), *Artikelsamling 2017* (pp. 79-93). Stockholm: Svensk idrottsjuridisk förening

Idrottsjuridisk skriftserie

N.B. When citing this work, cite the original published chapter.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-142760>

Bra medicin smakar beskt:



CAS 2017/A/5015 och 5110, FIS mot Johaug

JOHAN LINDHOLM¹

1. Inledning

Den norska skidåkerskan Therese Johaug – som bland sina titlar kan räkna olympisk mästarinna, flerfaldig världsmästarinna och världscupmästarinna – och hennes italienska munsårskräms har dominerat allmänhetens medvetenhet kring doping under det senaste året, åtminstone i Sverige, Norge och Finland.² Uppfattningarna om vilket straff Johaug förtjänar är många och divergerande. Med all den uppmärksamhet som fallet fått, inte minst i media, kan det framstå som att fallet är unikt.

Inget verkligt fall är förstås det andra helt likt, men som diskuteras i denna artikel kan Johaug's fall betraktas som ett i en lång rad av idrottsutövare som brukat en medicinsk produkt ovetande om att den innehåller en dopingklassad substans och därmed oavsiktligt gjort sig skyldig till en dopingförseelse. Dessa utövare har gemensamt med varandra och med Johaug att de brukade produkten i medicinskt syfte, inte för att öka sin idrottsliga prestation, och att de vid tillfället ifråga inte var medvetna om att produkten innehöll en dopingklassad substans. Den etiskt och juridiskt problematiska frågan vilket straff den oavsiktliga doparen förtjänar är således inte ny.

I denna artikel kommer jag att redogöra för och analysera den internationella skiljedomstolen för idrotts (CAS) dom i målet mellan, å ena sidan, det internationella skidförbundet (FIS) och, å andra sidan, Therese Johaug och NIF (hädanefter "*Johaug*").³ Domen kommer framförallt att analyseras mot bakgrund av CAS:s tidigare praxis i liknande mål.

-
1. Professor i rättsvetenskap vid Juridiska institutionen vid Umeå universitet.
 2. Google Trends visar att det i dessa länder funnits en tydlig korrelation mellan trender i Google-sökningar på "*Johaug*" och "*doping*". Någon lika tydlig korrelation kan man inte se i Danmark eller resten av världen.
 3. CAS 2017/A/5015 och 5110.

2. Bakgrund

Omständigheterna i fallet är i huvudsak obestridda. Den 16 september 2016 i Oslo lämnade Therese Johaug ett dopingprov utanför tävling. Efterföljande analys visade att provet innehöll en metabolit av clostebol, en syntetisk androgen anabol substans som är mycket lik testosteron. Clostebol är dopingklassad, en förbjuden substans (klass S1) enligt WADA-koden och de idrottsliga regelverk som baseras på WADA-koden, däribland Norges idrottsförbunds (NIF:s) lov som var tillämplig på Therese Johaug.⁴

Johaugs förklaring till hur hon fått i sig denna substans började med att hon i slutet av augusti 2016, i samband med träning i Italien och till följd av sol, drabbades av ett brännsår på läppen. Detta var ett allvarligt brännsår med blemmor som sprack. Hon konsulterade därvid den norska landslagsläkaren, Fredrik Bendiksen, som den 3 september 2016 besökte ett apotek i den italienska staden Livigno och köpte där en receptfri antibiotisk salva, Trofodermin, som han nästa dag gav till Johaug. Johaug ska därvid ha frågat Bendiksen om salvan innehöll en dopingklassad substans, vilket denne svarade att den inte gjorde.

Det framgick dock tydligt och på flera ställen på salvans tub, som Bendiksen överlämnade till Johaug, att salvan innehöll clostebol.⁵ Den pappersförpackning som tuben kom i hade också en tydlig varningssymbol som markerade att produkten innehöll en förbjuden dopingsubstans.⁶ Bendiksen hade också gott om tid att studera produkten mellan att han köpte och överlämnade den till Johaug.



4. I denna redogörelse hänvisas för enkelhets skull enbart till WADA-kodens bestämmelser.
5. Det kan dock i sammanhanget påpekas att clostebol inte tillhör de absolut vanligaste dopingsubstanserna. I en sammanställning av 3 432 påträffade substanser i dopingprov avsåg endast 14 clostebol. WADA, 2015 Anti-Doping Testing Figures, tillgänglig på "https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2015_wada_anti-doping_testing_figures_report_0.pdf" (hämtad den 24 augusti 2017).
6. Se nedanstående bild. Bilden är tagen ur CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, efter p. 10.

Varken de nationella instanserna, FIS eller CAS såg någon anledning att ifrågasätta att det gått till på det sätt som Johaug och Bendiksen samstämmt hävdade.⁷

Ärendet prövades i första instans av Antidoping Norges påtalsnämnd som den 29 november 2016 stängde av Johaug i 14 månader. Detta beslut överprövades av NIF:s domsutvalg som den 10 februari 2017 sänkte avstängningen till 13 månader. Nedläggningen till 13 månader motiverades i synnerhet med att en längre avstängning, som skulle innebära att Johaug inte kan delta i OS 2018, vore oproportionerligt hård i förhållande till hennes skuld.

FIS menade emellertid att detta straff var alltför mildt och att avstängningsperioden lämpligen borde vara mellan 16 och 20 månader.⁸ FIS överklagade därför domsutvalgets avgörande till CAS som är den yttersta, idrottsliga instansen i mål som detta. Därefter överklagade även Johaug domsutvalgets avgörande. Johaug menade, i första hand, att hon inte gjort sig skyldig till något fel eller någon försummelse och att någon avstängningsperiod därför inte skulle utdömas och, i andra hand, att perioden skulle sättas till maximalt 12 månader då hon inte gjort sig skyldig till betydande fel eller försummelse. CAS avkunnade sin dom i målet den 21 augusti 2017.

3. Tillämpliga bestämmelser

Vid sin prövning hade CAS (liksom dessförinnan de norska idrottsliga instanserna) att avgöra målet utifrån de tillämpliga idrottsliga reglerna. WADA-koden innehåller specifika bestämmelser om normalstraff och under vilka omständigheter ett lägre straff kan utgå för en dopingförseelse. Sedan WADA-kodens tillkomst 2004 har den uppdaterats två gånger: 2009 och 2015. Det var bestämmelserna i 2015 års version som var tillämpliga i Johaug's fall.

Det kan i detta sammanhang noteras att det under vissa omständigheter är möjligt för CAS att göra avsteg från de tillämpliga idrottsliga reglerna. CAS är en schweizisk skiljedomstol som måste respektera vissa grundläggande principer i schweizisk rätt. Således kan – och bör – CAS avvika från de idrottsliga reglerna om den annars skulle komma att kränka sådana rättigheter.⁹

7. NIF:s domsutvalgets avgörande den 17 februari 2017 i sak 29/16, s. 4 och 11; CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 177.

8. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 99.

9. Se t.ex. CAS 2004/A/690, *Hipperdinger*, p. 48–55.

Som schweiziska Bundesgericht etablerade i *Wang m.fl.* aktualiseras dock detta endast i en situation där en tillämpning av de idrottsliga reglerna skulle innebära en allvarlig och totalt oproportionerlig inskränkning av utövarens (männsliga) rättigheter.¹⁰ Detta är ett mycket högt ställt krav och det finns mig veterligen endast ett enda fall där Bundesgericht funnit att kravet var uppfyllt, *Matzulem*, och konsekvenserna för utövaren i det fallet var långt mer uppenbart oproportionerliga än i Johaug's fall.¹¹ En reduktion utan grund i WADA-kodens bestämmelser var således aldrig aktuellt i *Johaug* och sannolikheten för att de schweiziska domstolarna vid klander skulle överpröva CAS:s dom får bedömas som mycket låg.¹²

4. Ansvar

Det står klart att Therese Johaug är dopad. Begreppet "dopad" kan möjligen uppfattas som ett värdeladdat adjektiv som används för att beskriva idrottsutövare som avsiktligt fuskar. I detta sammanhang används emellertid begreppet för att beskriva en utövare som gjort sig skyldig till en dopingförseelse och den som testat positivt för en förbjuden substans har, oavsett hens skuld, gjort sig skyldig till en dopingförseelse.¹³

Det är otvistigt i målet att Johaug's prov innehållit spår av en förbjuden substans och hon har således gjort sig skyldig till en dopingförseelse. Hur hon fått i sig substansen och huruvida hon i samband med detta agerat uppsåtligt eller vårdslöst saknar betydelse för om hon har gjort sig skyldig till en förseelse.¹⁴ Det har således aldrig varit aktuellt i målet att Johaug skulle frikännas från ansvar.

Måhända kan man tycka att detta är orättvist mot Therese Johaug och andra utövare i hennes situation. Hur kan man rättfärdiga ett system som håller utövare ansvariga oavsett skuld, det vill säga ett system baserat på strikt ansvar? CAS tog ställning i den frågan många år innan WADA-kodens tillkomst i *Quigley*,¹⁵ vilket har vissa likheter med Johaug's fall. George Quigley var en amerikansk skytt som i samband med

10. Dom av den 31 mars 1999, *Wang m.fl. mot FINA*, 5P.83/1999, p. 3.c.

11. Dom av den 27 mars 2012, *Matuzalem mot FIFA*, 4A_558/2011.

12. Enligt rapporter i media överväger Johaug i skrivande stund att klandra CAS:s dom till schweiziska Bundesgericht.

13. Se t.ex. WADA-koden, motivering till art. 10.4 ("Article [10.4] and Article 10.5.2 apply only to the imposition of sanctions; they are not applicable to the determination of whether an anti-doping rule violation has occurred.").

14. WADA-koden (2015), art. 2.1.1.

15. *Quigley* kan på goda grunder beskrivas som CAS:s främsta "landmark case". Se Johan Lindholm, *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence* (TMC Asser Press, Haag, kommande publikation 2018).

en tävling i Kairo 1994 kontrakterade bronkit och därvid kontaktade hotelläkaren som erbjöd honom en omärkt flaska innehållande hostmedicin. Quigley gav läkaren en förteckning över dopingklassade substanser och frågade honom om medicinen innehöll något av dessa. Efter att ha vunnit tävlingen testade Quigley positivt för den förbjudna substansen efedrin, vilket var en aktiv ingrediens i hostmedicinen. I sin dom motiverade CAS principen om strikt ansvar:¹⁶

[I]t appears to be a laudable policy objective not to repair an accidental unfairness to an individual by creating an intentional unfairness to the whole body of other competitors. This is what would happen if banned performance-enhancing substances were tolerated when absorbed inadvertently. Moreover, it is likely that even intentional abuse would in many cases escape sanction for lack of proof of guilty intent. And it is certain that a requirement of intent would invite costly litigation that may well cripple federations – particularly those run on modest budgets – in their fight against doping.

Det citerade avsnittet ur *Quigley* sammanfattar tämligen väl motiven för principen om strikt ansvar och, mer allmänt, WADA-kodens och CAS:s förhållningssätt till utövare som, liksom Johaug, konsumerat en medicin utan kännedom om att den innehåller en dopingklassad substans. Av denna anledning är den väl värd att ha i åtanke vid en utvärdering av CAS:s dom i *Johaug*.

5. Uppsåt

Den centrala frågan för CAS i *Johaug* var vad som utgör en lämplig och proportionerlig påföljd. Som utvecklas nedan är den möjliga avstängningstiden mellan 0 och 48 månader. Den som följt Johaug's fall, och som tror på hennes och Bendiksens version, känner möjligen, allmänt och generellt, att det finns omständigheter som talar för att Johaug's gärning är mindre allvarlig och bör straffas lindrigare, kanske mycket lindrigare, än till exempel de ryska idrottsutövare som förra året påkoms vara medvetet inblandade i ett omfattande och systematiskt dopingprogram under längre tid.

Ändringarna i 2015 års version av WADA-koden innebar en tydlig straffskärpning jämfört med 2009 års version. I 2009 års version av WADA-koden var normalstraffet

16. CAS 94/129, *Quigley*, p. 15.

för den typ av gärning som det är fråga om i Johaug's fall (liksom den övervägande majoriteten av alla dopingfall), ett positivt prov av en så kallad icke-specifierad substans, 24 månaders avstängning,¹⁷ men om det förelåg särskilt försvårande omständigheter kunde utövaren stängas av upp till 48 månader.¹⁸

I 2015 års version av WADA-koden är normalstraffet för ett positivt prov av en icke-specifierad substans 48 månaders avstängning. Jämfört med 2009 års version är 2015 års version således avsevärt tydligare med att 48 månaders avstängning är normen. Det finns tre bestämmelser i WADA-koden som under vissa omständigheter möjliggör en kortare avstängningsperiod. CAS har konstaterat att ett huvudsyfte med WADA-koden var att få till stånd ett enhetligt och konsekvent dopingreglemente och att det därför inte finns utrymme att utöver vad som framkommer av dess påföljdsbestämmelser, som är tydliga och avsiktligt avgränsande, ytterligare förkorta avstängningsperioden.¹⁹

Den första av dessa bestämmelser, artikel 10.2, möjliggör en förkortning av avstängningsperioden till 24 månader om utövaren kan visa att förseelsen skett *oavsiktligen*.²⁰ En dopingförseelse är oavsiktlig i WADA-kodens bemärkelse om utövaren varken (i) kände till att gärningen utgjorde en förseelse eller (ii) kände till att det fanns en betydande risk för att gärningen kunde utgöra en förseelse och grovt bortsåg från den risken.²¹ I Johaug's fall är det främst det senare ledet som är aktuellt att tillämpa.

Att den aktuella förbjudna substansen i Johaug's fall, clostebol, är en så kallad icke-specifierad substans hade kunnat ha viss betydelse för utgången då det innebär att det var Johaug som bar bevisbördan för att visa avsaknaden av uppsåt. Hade det rört sig om en specifierad substans hade hon presumerats ha agerat oavsiktligt och det hade ålegat antidopingorganisationen att bevisa motsatsen.²²

Som beskrivits ovan accepterade CAS Therese Johaug's förklaring till det positiva provet. Därmed var det tämligen givet att CAS också skulle konstatera att hon saknade uppsåt till dopingförseelsen.²³

17. WADA-koden (2009), art. 10.2.

18. WADA-koden (2009), art. 10.6.

19. CAS 2006/A/1025, *Puerta*, p. 11.7.8. Se också t.ex. CAS 2005/A/847, *Knauss*, p. 31.

20. WADA-koden (2015), art. 10.2.

21. WADA-koden (2015), art. 10.2.3.

22. WADA-koden (2015), art. 10.2.1.

23. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 114–115.

6. Oaktamhet

WADA-koden innehåller bestämmelser som möjliggör ytterligare reducering av avstängningsperioden, till mindre än 24 månader, beroende på graden av utövarens fel eller försummelse. Om utövaren kan visa att hen inte gjort sig skyldig till *betydande fel eller försummelse*²⁴ kan avstängningen nedsättas till maximalt halva tiden, det vill säga till mellan 12 och 24 månader.²⁵ Denna bestämmelse, som återfinns i WADA-kodens artikel 10.5.2, hade en central roll i *Johaug* och tolkningen av ordet "betydande" var särskilt avgörande. I exceptionella fall, när utövaren kan visa att hen inte gjort sig skyldig till något fel eller någon försummelse, kan avstängningsperioden nedsättas under 12 månader, ytterst till ingenting.²⁶

Hur skuldbedömningen ska gå till framgår inte tydligt av bestämmelserna i WADA-koden, men kommentarer till koden ger viss ledning. Utövarens skuld ska bedömas utifrån, bland annat, dennes erfarenhet och ålder samt om denne avviker från den aktsamhetsnivå som hen borde ha visat med hänsyn till riskerna i den aktuella situationen. Att avstängningen riskerar innebära att utövaren missar viktiga tävlingar, som i *Johaugs* fall OS, saknar explicit betydelse härvid.²⁷ Av kommentaren till bestämmelsen framgår också tydligt att bestämmelsen ska tolkas snävt och endast tillämpas i exceptionella fall.²⁸

Hur skuldbedömningen och den relaterade straffmätningen ska gå till har dock, som diskuteras vidare nedan, framförallt kommit att uttolkas i CAS:s praxis. Detta är ett av de områden där CAS:s rättspraxis har fått en betydande normbildande effekt.²⁹ Strax efter WADA-kodens tillkomst avgav CAS ett rådgivande yttrande, *FIFA och WADA*, som behandlade flera frågor kring kodens tolkning och tillämpning.³⁰ En av de frågor som berörs i yttrande är hur skuldbedömningen ska gå till:³¹

24. På engelska "no significant fault or negligence" eller, som den förkortning som används i *Johaug*, "NSF".

25. WADA-koden (2009), art. 10.5.2.

26. WADA-koden (2015), art. 10.5.1.

27. WADA-koden (2015), appendix 1.

28. WADA-koden, motivering till art. 10.4 ("Article [10.4] and Article 10.5.2 [...] will only apply in exceptional circumstances, for example, where an Athlete could prove that, despite all due care, he or she was sabotaged by a competitor."). Se också t.ex. CAS 2016/A/4643, *Sharapova*, p. 84 ("a period of ineligibility can be reduced based on NSF only in cases where the circumstances justifying a deviation from the duty of exercising the 'utmost caution' are truly exceptional, and not in the vast majority of cases.").

29. Se t.ex. Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dreamn, Necessity or Excuse", *Arbitration International* vol. 23(3) s. 357 (2007), på s. 366.

30. CAS 2005/C/976 och 986, *FIFA och WADA*. CAS har sedermera förlorat jurisdiktion att lämna denna typ av klargörande yttrande som till sin form påminner om förhandsavgörande från EU-domstolen.

31. CAS 2005/C/976 och 986, *FIFA och WADA*, p. 75 (min kursivering).

“No significant fault” means that the athlete has not fully complied with his or her duties of care. The sanctioning body has to determine the reasons which prevented the athlete in a particular situation from complying with his or her duty of care. For this purpose, the sanctioning body has to evaluate the specific and individual circumstances. However, only if the circumstances indicate that the departure of the athlete from the required conduct under the duty of utmost care was not significant, the sanctioning body may apply art. 10.5.2 of the WADC and depart from the standard sanction.

Huruvida Johaug skulle stängas av i 24 månader eller mindre var således avhängigt av om hon kunde visa att hennes avvikelser från hennes plikt att visa ytterst omsorg (“duty of utmost care”) inte var betydande (“significant”). CAS hade därvid två frågor att ta ställning till: Vad innefattar plikten att visa ytterst omsorg och i vilken utsträckning har Therese Johaug i föreliggande fall avvikit från detta?

Therese Johaug menade att hon överhuvudtaget inte gjort sig skyldig till fel eller försummelse och därför inte skulle stängas av. Men CAS delade inte hennes uppfattning. Enligt CAS fanns det ett antal saker som hon kunde ha gjort och hade behövt göra för att visa ytterst omsorg, mest uppenbart och enklast att undersöka produktens etikett eller att googla produkten. CAS påpekar att detta är särskilt påkallat och motiverat om man, som i Johaug's fall, befinner sig i ett främmande land. En kortare avstängning än 12 månader kunde därför, enligt CAS:s uppfattning, inte komma ifråga.³² Detta är konsekvent med tidigare praxis som visar att endast utövare som vidtagit varje tänkbar försiktighetsåtgärd kan göra anspråk på att vara försummelsefri.³³

Att Therese Johaug gjort sig skyldig till viss försummelse eller fel innebär dock inte att hon gjort sig skyldig till betydande fel eller försummelse; ribban för beteende som innebär *betydande försummelse* är helt uppenbart högre, det vill säga mer tillåtande, än för *ingen försummelse*. Med andra ord, även om en utövare underlåtit att visa ytterst omsorg kan hen komma ifråga för en avstängning som är kortare än 24 månader, men längre än 12 månader.

32. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 201–202.

33. Se t.ex. CAS 2006/A/1025, *Puerta*, som gällde en utövare som efter ett toalettbesök på restaurang av misstag drack ur sin frus vattenglass som innehöll spår av en förbjuden substans. CAS menade att det var rimligt att kräva att utövaren, efter att han under en tid förlorat blicken över bordet, skulle ha bekräftat med de som satt vid bordet vilket glas som var hans innan han drack. *Ibid.* p. 11.4.6–11.4.8.

I linje med tidigare praxis konstaterade CAS i *Johaug* att skuldbedömningen ska göras utifrån samtliga omständigheter i det aktuella målet ("in view of the totality of the circumstances").³⁴ CAS:s bedömning av omfattningen av Johaug's försummelse kom dock framförallt att ta sin utgångspunkt i två omständigheter: (i) att Therese Johaug underlätit att själv kontrollera huruvida produkten innehöll en förbjuden substans samt (ii) att hon frågat läkaren om produkten innehöll en förbjuden substans och förlitat sig på dennes svar.

Vad gäller den första omständigheten bedömde CAS Johaug's underlåtenhet att studera produktens förpackning och instruktioner innan hon använde den som fundamentalt bristfällig och överraskande.³⁵

Considering Ms Johaug's extremely high level of experience and success as an international athlete, her failure to conduct a basic check is very surprising. Throughout her ten-year career as a professional cross-country skier she has been subject to approximately 140 doping control tests. As such, she should have been very familiar with the rigorous standards expected of an athlete such as herself. Therefore, in light of her personal capacities, Ms Johaug would certainly have been expected to at very least check the label and conduct a basic internet search ...
Checking the label is the most basic step that an athlete can perform to satisfy his or her own personal duty of care.

Vad gäller läkarens och dennes råds betydelse i målet konstaterade CAS korrekt att under WADA-koden är utövare ytterst personligt ansvariga för mediciner och andra liknande produkter som de brukar och att det faktum att en läkare sagt att produkten är säker för konsumtion inte reducerar Johaug's ansvar att kontrollera produkten.³⁶ En majoritet av skiljemännen³⁷ konstaterade också att det inte var möjligt för Johaug att delegera sitt ansvar till läkare,³⁸ men på denna punkt var skiljedomstolen inte enig.³⁹

34. Se det ovan citerade stycket ur CAS 2005/C/976 och 986, *FIFA och WADA*, p. 75. Se också t.ex. CAS 2016/A/4643, *Sharapova*, p. 82.

35. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 210–211 (min kursivering).

36. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 189–192.

37. CAS avgör ärenden genom majoritetsbeslut. CAS Code, Procedure Rules, R59.

38. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 193–199.

39. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 195. Det framgår inte av domen vem av de tre skiljemännen som var skiljaktig på denna punkt. Det är dock tämligen sannolikt att skiljedomstolens ordförande, Sobiotto, som tydligt och individuellt tagit ställning i frågan i andra mål, se t.ex. CAS 2014/A/3798, *Decembrini*, p. 93, tillhörde majoriteten.

Men samtidigt konstaterar CAS att det är både möjligt och i Johaug's fall lämpligt att beakta det faktum att hon förlitat sig på råd från expert när man bedömer hennes försumlighet.⁴⁰ I domens mest centrala del fann CAS att det faktum att Johaug förlitat sig på en kvalificerad läkare är den omständighet som medför att hon inte gjort sig skyldig till betydande försumlighet.⁴¹

The Panel has assessed the totality of the circumstances. In particular, the Panel weighed Ms Johaug's negligence in failing to examine the box and entirely missing the warning sign, against the fact that she did consult with a qualified and trusted doctor. As such, the Panel finds that Ms Johaug acted with NSF as she had acted upon the advice of Dr Bendiksen, a highly-respected expert in anti-doping, and that the Trofodermin had been provided by him.

I och med slutsatsen att Johaug inte gjort sig skyldig till betydande fel eller försumelse stod det klart att straffet skulle sättas under 24 månaders avstängning. Med inspiration av ett tidigare CAS-avgörande, *Cilic*,⁴² valde CAS i *Johaug* att dela upp icke-betydande skuld i tre kategorier: (i) en högre skuldgrad för vilket ska följa 20–24 månaders avstängning, (ii) en normal skuldgrad för vilket ska följa 16–20 månaders avstängning och (iii) en ringa skuldgrad för vilket ska följa 12–16 månaders avstängning.⁴³

Hur CAS tänker att denna skala ska fungera eller hur den gick tillväga för att placera Johaug's skuld på skalan framgår inte helt tydligt av domen.⁴⁴ Först gjorde en majoritet av skiljemännen bedömningen att omständigheterna generellt talade för en normal skuldgrad, dock utan att närmare förklara hur den kom till denna slutsats.⁴⁵ Att CAS därefter bedömde "subjektiva element" talar dock möjligen för att det första steget handlar om en bedömning av objektiva omständigheter.

40. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 212.

41. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 207.

42. CAS 2013/A/3327, *Cilic*, p. 69–74. Det kan härvid noteras att två av skiljemännen i *Johaug* också deltog i *Cilic*. Det kan också noteras att det finns betydande skillnader mellan modellen i *Cilic* och *Johaug*, vilka kan förklaras med de ovan beskrivna skillnaderna mellan 2009 och 2015 års versioner av WADA-koden.

43. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 208.

44. Det är, å andra sidan, inte heller den minst tydliga skuldbedömning som CAS avgett, jfr t.ex. CAS OG 06/001, *Lund*, p. 4.17.

45. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 208 ("Given Ms Johaug's overall circumstances, the majority of the Panel finds that a normal degree of fault is applicable."). Möjligen kan bristen på närmare utveckling bero på att skiljedomstolens ledamöter inte var överens i frågan.

Avslutningsvis placerade CAS Johaug's skuld inom straffskalan för en "normal skuldgrad", det vill säga någonstans mellan 16 och 20 månaders avstängning. I detta steg, alltså den subjektiva bedömningen, vägde CAS återigen de omständigheter som den tidigare lade till grund för bedömningen huruvida det förelåg betydande fel eller försummelse, det vill säga, å ena sidan, att Johaug missade att läsa på förpackningen och, å andra sidan, att hon frågade läkaren om råd och litade på dennes expertis. Enligt CAS talade detta sammantaget för en "normal normal" skuldgrad med avstängning på 18 månader.

7. Analys och diskussion

CAS har i ett antal avgöranden tolkat och tillämpat WADA-kodens bestämmelser om straffnedsättning vid icke-betydande fel eller försummelse.⁴⁶ *Johaug* kan förstås och analyseras mot bakgrund av denna praxis.

En betydande andel av dessa mål rör fall med så kallade kontaminerade produkter som inte borde ha innehållit den förbjudna substansen och där den utövare som testat positivt följaktligen inte heller kunde ha upptäckt förekomsten genom att granska eller göra efterforskningar om produkten.⁴⁷ En avgörande skillnad i Johaug's fall är att hon lätt hade kunnat kontrollera och konstatera att salvan innehöll en dopingklassad substans då detta framgick av förpackningen, tydligt och på flera ställen. Skuldbedömning är således tämligen annorlunda i hennes fall.

Det finns också flera exempel i CAS:s praxis på utövare som oavsiktligt brukat medicinska produkter innehållande förbjudna substanser och som varit mindre försumliga än Johaug. Ett exempel är *Cañas* som gällde en tennisspelare som på tävlingsorganisatörernas läkares inrådan tagit en medicin som visat sig innehålla en dopingklassad substans.⁴⁸ Ett annat exempel är *Puerta* som rörde en utövare som efter ett toalettbesök på restaurang av misstag drack ur sin frus vattenglass som innehöll spår av en förbjuden substans från en medicin som hon använde.⁴⁹ Att Johaug har varit mer försumlig än *Cañas* eller *Puerta* betyder dock inte nödvändigtvis att hon gjort sig skyldig till betydande försumlighet i WADA-kodens bemärkelse.

46. Som diskuterats ovan har dock WADA-koden reviderats i hänseende som bl.a. medför att avstängningsperioderna förändrats.

47. Se t.ex. CAS 2005/A/847, *Knauss*; CAS 2011/A/2495–2498, *Cielo*; CAS 2011/A/2645, *Kolobnev*. I 2015 års version av WADA-koden finns det en särskild bestämmelse, 10.5.1.2, som reglerar straffnedsättning i dessa fall.

48. CAS 2005/A/951, *Cañas*, p. 21–27.

49. CAS 2006/A/1025, *Puerta*, p. 11.7.34.

Ett ledande CAS-avgörande avseende oavsiktligt bruk av dopingklassade produkter i medicinskt syfte är *Hipperdinger*. Målet, som CAS avgjorde 2004, rörde en tennis-spelare som i samband med vistelse på hög höjd blev illamående och därvid drack ett te och tuggade på blad som han fick av en lokal bekant. Efter att *Hipperdinger* senare testade positivt för kokain, som är en dopingklassad substans, framkom att teet var gjort på kokablada och att det var kokablada han tuggat på. CAS ansåg inte i sig att det sig var "significantly negligent" av *Hipperdinger* att dricka teet, men väl att tugga på bladen utan att först försäkra sig om vad det var för något.⁵⁰ *Hipperdinger*s situation skiljer sig dock betydligt från *Johaugs* i det att i *Hipperdinger*s fall var ingen läkare inblandad och den medicinska produkten var inte en kommersiell produkt.

Det följer av CAS:s praxis att en utövare inte kan komma ifråga för en reducerad avstängning på grund av icke-betydande försumlighet om hen helt underlåtit att vidta åtgärder för att bekräfta att en medicinsk produkt inte innehåller förbjudna substanser innan den används. Ett illustrativt exempel på detta är *P mot ITF* som rörde en utövare som konsumerat en medicin som innehöll en dopingklassad medicin som hon hade fått utskriven av läkare. Genom att varken specifikt fråga läkaren om produkten innehöll en förbjuden substans⁵¹ eller närmare undersöka vad medicinen innehöll, genom att läsa på förpackningen eller undersöka produkten på internet, hade utövaren enligt CAS gjort sig skyldig till betydande försummelse.⁵²

To allow athletes to shirk their responsibilities under the anti-doping rules by not questioning or investigating substances entering their body would result in the erosion of the established strict regulatory standard and increased circumvention of anti-doping rules.

På ett liknande sätt konstaterade CAS i *Bakker* att en utövare som accepterat en injektion från en läkare, utan att närmare förhöra sig om det exakta innehållet i sprutan, trots att han kände till att det var en riskfylld produkt, hade gjort sig skyldig till betydande försummelse.⁵³

50. CAS 2004/A/690, *Hipperdinger*, p. 45–47 ("Chewing leaves is a rather unusual way to cure illnesses, at least – to use the comparison invoked by the Appellant – in European latitudes." Ibid. p. 46).

51. Hon hade frågat läkaren om medicinen var prestationshöjande och fått ett negativt svar.

52. CAS 2008/A/1488, *P. mot ITF*, p. 11–15.

53. CAS 2005/A/696, *Bakker*, p. 69.

Slutligen påminner omständigheterna i *Johaug* om de i *Edwards*. Den amerikanska sprintern Torri Edwards testade positivt för en förbjuden substans och kunde visa att hon fått i sig substansen genom tabletter som hon fått av sin kiropraktiker – som hon arbetat med under en lång tid och litade på – och som hade missat att tabletterna innehöll den förbjudna substansen. Edwards trodde att tabletterna endast innehöll glukos. CAS konstaterade att hon varit försumlig när hon inte noggrant undersökt om tabletterna innehöll något annat än glukos. Till saken hör att det med förpackningen följde en beskrivning – författad på franska – som dels angav den förbjudna substansen, dels varnade idrottsutövare för att produkten kunde innehålla dopingklassade substanser. Edwards kunde därför inte komma ifråga för straffnedsättning med hänsyn till avsaknad av betydande försummelse.⁵⁴

Omständigheterna i *Johaug* har flera likheter med de ovanstående fallen,⁵⁵ där utövarna befanns ha gjort sig skyldiga till betydande försummelse, men med en till synes viktig skillnad: Till skillnad från P, Bakker och Edwards litade inte Johaug bara på läkarens kunskap, omdöme och noggrannhet utan frågade explicit denne om den aktuella medicinska produkten innehöll en förbjuden substans.

Om man studerar *Johaug* och jämför domen med tidigare praxis framstår detta som den avgörande skillnaden. CAS ger det faktum att Johaug explicit frågade läkaren om produkten innehöll en förbjuden substans sådan vikt att det vägde upp att hon underlåtit att göra en ytlig kontroll av en medicinsk produkt som hon valt att använda, trots att CAS i *Johaug*, i linje med tidigare praxis,⁵⁶ beskriver detta som det mest grundläggande steg som en utövare kan vidta för att uppfylla sitt ansvar att visa yttersta omsorg ("utmost caution").⁵⁷

54. CAS OG 04/003, *Edwards*, p. 23–26. Det bör i sammanhanget noteras att det var IAAF:s dopingregler som var tillämpliga i fallet, men regeln var inspirerad av WADA-kodens regel och det rekvisit som tolkades och tillämpades var utformat på samma sätt som i föreliggande fall. CAS har själv låtit sig vägledas av denna praxis för att tolka WADA-kodens bestämmelse. Se t.ex. CAS 2004/A/690, *Hipperdinger*, p. 40.

55. För fler likande fall och bedömningar, se t.ex. CAS 2005/A/830, *Squizzato*, p. 33–38 (där de tillämpliga reglerna dock i vissa relevanta avseenden skiljde sig från de i *Johaug*); CAS 2014/A/3820, *Robinson*, p. 88–94.

56. Se t.ex. CAS 2005/A/847, *Knauss*, p. 17 ("The athlete... did not fail to take the clear and obvious precautions which any human being would take in consuming a food or, in this case a nutritional supplement, namely the reading of the package labelling or the accompanying product description and instructions for use. His direct inquiry with the distributor of the product falls within this category of a precaution. Had he not taken these precautions, his conduct would indeed constitute 'significant fault or negligence'.")

57. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 211 ("Checking the label is the most basic step that an athlete can perform to satisfy his or her own personal duty of care.")

I *Johaug* säger sig CAS göra skuldbedömningen utifrån samtliga omständigheter i målet och följde de tidigare avgörandena *Cilic* och *Sharapova* där CAS fann att påföljdslättnad inte endast kan komma ifråga i fall där utövare vidtagit alla tänkbara kontroller. I *Cilic* och *Sharapova* konstaterade CAS korrekt att ett så högt ställt krav skulle i strid med WADA-kodens systematik och lydelse utplåna all relevant distinktion mellan "ingen försumlighet" och "ingen betydande försumlighet".⁵⁸

Men efter *Johaug* framstår explicit fråga till läkare i praktiken som trumf; en omständighet som kompenserar allt annat försumligt beteende från utövarens sida, oavsett hur graverande. Det är svårt att föreställa sig ett fall där det skulle vara lättare och snabbare för utövaren att kontrollera huruvida en medicinsk produkt innehåller en förbjuden substans än i *Johaugs* fall; hade hon sneglat på förpackningen innan hon brukat produkten hade hon rimligen sett det tydliga varningsmärket. Therese *Johaugs* försumlighet i detta hänseende är till exempel större än ovannämnda Torri *Edwards* i det att det i *Johaugs* fall tydligare framgick av produktens förpackning att den innehöll en dopingklassad substans.

CAS fann det mycket överraskande att en erfaren utövare som *Johaug* kunde göra ett så fundamentalt misstag när hon inte kontrollerade varken innehållsförteckningen eller varningarna på paketet. Hur mycket grövre är då inte det misstag som hennes läkare, som enligt CAS är en framstående expert på området och som har till en av sina huvudsakliga uppgifter att kontrollera att utövarnas läkemedel inte innehåller förbjudna preparat, gör sig skyldig? Poängen med detta resonemang är inte att spä på doktor *Bendiksens* misstag. Men konsekvensen av CAS:s resonemang i *Johaug* blir att en utövare kan skylla över en mycket allvarlig brist i personlig noggrannhet med en ännu allvarligare brist i dennes läkares noggrannhet. Detta kan rimligen inte vara en korrekt tolkning och tillämpning av det höga krav på noggrannhet och ansvar som följer av WADA-koden eller den lätttnadsregel som är avsedd att endast tillämpas i exceptionella fall.⁵⁹

En möjlig tolkning av *Johaug* är att en utövare inte är betydande försumlig om denne frågar sin läkare, men endast om läkaren har tillräckliga kvalifikationer. CAS

58. CAS 2013/A/3327, *Cilic*, p. 74–75; CAS 2016/A/4643, *Sharapova*, p. 84.

59. Jfr CAS OG 04/003, *Edwards*, p. 24 ("To ignore these facts was at a minimum negligence on the part of the chiropractor and such a negligence must be attributed to the athlete who uses him in supplying the athlete either a food source or a supplement. It would put an end to any meaningful fight against doping if an athlete was able to shift his/her responsibility with respect to substances which enter the body to someone else and avoid being sanctioned because the athlete himself/herself did not know of that substance.").

upprepar vid flera tillfällen i domen att Johaug's läkare var en välkänd och respekterad expert på området.⁶⁰ Detta ger läsaren intrycket att utövarens läkares kompetens är avgörande för utövarens ansvar. Som CAS själv konstaterade i *Johaug* är dock detta principiellt tveksamt då det innebär att utövare som har ekonomiska resurser, och som kan anlita väletablerade experter, har ett reducerat personligt ansvar under dopingreglerna jämfört med utövare med mindre ekonomiska resurser,⁶¹ framförallt utövare från fattigare länder och/eller utövare av mindre ekonomiskt framgångsrika idrotter.

Sammanfattningsvis blir konsekvenserna av Johaug att den som av misstag brukar ett dopingpreparat i normalfallet ska stängas av på mellan 16 och 20 månader, vilket vid närmare läsning också explicit framgår av domstexten,⁶² och att utövarens skuldgrad är normal (eller lägre) så länge hen explicit frågat sin läkare om varje enskild produkt. Detta krav framstår som tämligen formalistiskt. Mellan en utövare och en läkare som specifikt har till uppgift att behandla utövaren som idrottare föreligger rimligen alltid en underförstådd men tydlig överenskommelse om att läkaren har kontrollerat att de medicinska produkter som denne ger utövaren är fria från dopingpreparat. En avstängning på 16–20 månader framstår förvisso som ett tämligen strängt straff i ett fall där utövaren oavsiktligt dopat sig. Men samtidigt framstår det som att CAS genom Johaug, och i viss mån tidigare praxis i liknande riktning, förminskat WADA-kodens åsyftade konstruktion där en reduktion av avstängningstiden till mindre än 24 månader ska vara förbehållet exceptionella fall.

60. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 207, 212.

61. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 212.

62. CAS 2017/A/5015 och 5110, *Johaug*, p. 208.