



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Game changers? EU-mededingingsrecht en sport na de uitspraken van het Hof van Justitie in ESL, ISU en Royal Antwerp

Van Rompuy, B.; Vermeersch, A.

Citation

Van Rompuy, B., & Vermeersch, A. (2024). Game changers?: EU-mededingingsrecht en sport na de uitspraken van het Hof van Justitie in ESL, ISU en Royal Antwerp. *Voetbal- & Sportjuridische Zaken*, 4(2), 68-75. doi:10.5553/VSZ/277267382024004002005

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4104926>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Artikel

Game changers? EU-mededingingsrecht en sport na de uitspraken van het Hof van Justitie in *ESL*, *ISU* en *Royal Antwerp*

Ben Van Rompuy en An Vermeersch*

68

1. Inleiding

In het vorig nummer van *Voetbal- en Sportjuridische Zaken*¹ brachten we reeds een samenvatting van de uitspraak van het Hof van Justitie in drie recente ‘sportarresten’: de ‘*ESL*-zaak’ met betrekking tot het dispuut tussen de European Super League Company en UEFA en FIFA,² de ‘*ISU*-zaak’ met betrekking tot de klacht van twee Nederlandse schaatsers tegen de International Skating Union,³ en de ‘*Antwerp*-zaak’ tegen de UEFA ‘home-grown players’-regel.⁴ Deze zaken zijn om drie redenen belangwekkend en verbonden. Vooreerst omdat het Hof van Justitie in deze arresten een aanzienlijke inspanning leverde om het analytisch kader voor de toepassing van de EU-mededingingsregels op sportregels en -praktijken te verduidelijken. Voorheen, bij de behandeling van prejudiciële vragen over de parallelle toepassing van de regels inzake het vrij verkeer en de mededingingsregels, deed het Hof nooit uitspraak over de mede-

dingingsrechtelijke aspecten, omdat de sportgerelateerde zaken op basis van de vrij verkeersregels konden worden beslecht.⁵ In de recente arresten toetst het Hof daarentegen pragmatisch de gedragingen aan alle relevante bepalingen. Een tweede reden betreft het feit dat het Hof in deze recente zaken – niet altijd expliciet – een aantal wijzigingen doorvoerde met betrekking tot de mededingingsrechtelijke analyse. Een derde reden, ten slotte, betreft het feit dat er nog een aantal andere (voetbal)sportzaken hangende zijn voor het Hof, waarbij onder meer de verenigbaarheid van de FIFA-regels inzake voetbalmakelaars⁶ en de FIFA-transferregels⁷ met het Unierecht in vraag gesteld wordt. De recente uitspraken vormen dan ook een belangrijke leidraad voor de toekomstige rechtspraak van het Hof.

In deze bijdrage gaan we dieper in op de betekenis van deze recente rechtspraak voor de toepassing van het Unierecht, en in het bijzonder het EU-mededingingsrecht, op sport. We beantwoorden in het bijzonder de vraag in welke mate de specificiteit van de sport daarbij nog een plaats heeft. In een eerste deel zullen we ingaan op de vraag welke ‘sportargumenten’ of specifieke ken-

* Dr. B. (Ben) Van Rompuy is universitair docent Europees recht aan de Universiteit Leiden. Prof. dr. A. (An) Vermeersch is professor sportrecht aan de Universiteit Gent, lector Europees recht aan de Hogeschool Gent, tuchtrechter bij het Vlaams Sport Sporttribunaal en CAS-arbiter.

1 VSZ 2024/af. 1, p. 31-35.

2 HvJ EU 21 december 2023, zaak C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL/FIFA en UEFA*).

3 HvJ EU 21 december 2013, zaak C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (*International Skating Union/Europese Commissie*).

4 HvJ EU 21 december 2023, zaak C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (*UL en NV Royal Antwerp Football Club/VZW Koninklijke Belgische Voetbalbond en UEFA*).

5 Daarom kwam er pas in 2006, als gevolg van een beroepsprocedure tegen een besluit van de Europese Commissie om een klacht over het antidopingreglement van IOC af te wijzen, meer duidelijkheid van het Hof. HvJ EU 18 juli 2006, zaak C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:49 (*Meca-Medina en Majcen/Europese Commissie*).

6 Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Landgericht Mainz 31 maart 2023, zaak C-209/23 (*FT en RRC Sports GmbH/FIFA*); Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Bundesgerichtshof 11 juli 2023, zaak C-428/23 (*ROGON GmbH & CO. KG, MVI Management GmbH en DC/Deutscher Fußballbund e. V. (DFB)*).

7 Concl. A-G M. Szpunar 30 april 2024, zaak C-650/22, ECLI:EU:C:2024:375 (*FIFA/BZ*).

merken het Hof aanvaardt bij de toepassing van het EU-recht op sport. In een tweede deel zullen we nagaan op welke wijze deze 'sportargumenten' concreet kunnen meegenomen worden in de analyse van sportregels onder het EU-mededingingsrecht en welke bewijsvoering hiermee gepaard gaat.

2. Specifieke kenmerken en voorwaardelijke autonomie van sport bevestigd met enkele nieuwe elementen

De notie dat sport 'speciaal' is en dat de specifieke kenmerken van sport invloed kunnen hebben op de toepassing van het Unierecht gaat terug tot de vroege 'sportrechtspraak' van het Hof van Justitie en in het bijzonder de poging van het Hof om uit te leggen waarom de EU vrij verkeersregels zich niet verzetten tegen de regels omtrent de samenstelling van nationale ploegen.⁸ Ook in latere sportzaken nam het Hof van Justitie sportieve argumenten mee in de beoordeling van sportregels en -praktijken. Met de opname van een ondersteunende, coördinerende of aanvullende EU-bevoegdheid inzake sport in artikel 165 VWEU in 2009 kregen de specifieke kenmerken van sport ook een Verdragsrechtelijke verankering. Zo bepaalt artikel 165 VWEU in lid 1, tweede alinea, met betrekking tot de doelstellingen die de Unie zal nastreven op sportgebied dat de Unie bijdraagt tot de bevordering van de Europese inzet op dat gebied, '[...] rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structuren en haar sociale en educatieve functie'. Volgens lid 2, laatste streepje, is het optreden van de Unie erop gericht '[...] de Europese dimensie van de sport te ontwikkelen, door de eerlijkheid en de openheid van sportcompetities en de samenwerking tussen de verantwoordelijke sportorganisaties te bevorderen, en door de fysieke en morele integriteit van sportlieden, met name jonge sporters, te beschermen'.

In de drie recente arresten gaat het Hof van Justitie in eerste instantie in algemene termen in op de toepasbaarheid van het Unierecht op sport. Daarbij bevestigt het Hof zijn vaststaande rechtspraak dat sportbeoefening binnen de werkingssfeer van het economische recht van de Unie valt in zoverre het een economische activiteit betreft.⁹ Vrijwel alle regels die door vele sportverenigingen worden vastgesteld, waaronder de regels die in de drie arresten aan bod komen, vallen onder de ruime definitie van het begrip 'economische activiteit'.¹⁰

Desalniettemin brengt het Hof in herinnering dat bepaalde sportregels en -praktijken niet gevat worden omdat ze om niet-economische redenen zijn aangenomen en uitsluitend verband houden met de sport. Het Hof noemt hierbij als voorbeelden het uitsluiten van buitenlandse spelers bij ploegen in landencompetities en selectiecriteria in individuele sporten.¹¹ Dit is opmerkelijk, want in het arrest *Meca-Medina* leek het Hof deze achterhaalde doctrine te hebben verlaten. Het Hof verwierp hierin de stelling van het Gerecht dat het dopingreglement van het Internationaal Olympisch Comité (IOC) kon worden uitgesloten van de werkingssfeer van de mededingingsregels op basis van de enkele omstandigheid dat het 'zuiver sportief' van aard is. Gelet op de moeilijkheid om economische van sportieve aspecten te scheiden, oordeelde het Hof dat sportregels – net zoals alle andere praktijken – getoetst moeten worden aan de specifieke toepassingsvoorwaarden van, in dat geval, artikel 101 VWEU.¹² Het Hof blaast nu toch nieuw leven in de doctrine, al blijft de praktische relevantie ervan ongetwijfeld beperkt.

Het Hof gaat vervolgens in op artikel 165 VWEU en minimaliseert opvallend sterk het belang ervan voor de toepassing van de vrij verkeersregels of mededingingsregels. Dit staat lijnrecht tegenover de positie van advocaat-generaal (A-G) Rantos, die artikel 165 VWEU als een horizontale bepaling beschouwde en er een constitutionele erkenning van het Europees sportmodel in zag.¹³ In de *ESL* zaak benadrukte Rantos dit model, dat aldus de A-G gebaseerd is op een piramidale structuur, open competities en financiële solidariteit om de sterke, 'cruciale', rol van de klassieke federaties en de bestaande organisatiestructuur van de voetbalsport in Europa te bevestigen.¹⁴ Dat Rantos hierbij te ver ging, kon reeds afgeleid worden uit de conclusie van A-G Szpunar in de *Antwerp*-zaak, waar Szpunar stelde dat de voetbalfederaties onder verwijzing naar artikel 165 VWEU en het Europees sportmodel 'geen vrijbrief' kunnen krijgen voor beperkingen op fundamentele vrijheden.¹⁵ Het Hof vermeldt het Europees sportmodel zelfs niet en benadrukt daarentegen dat de EU-sportbevoegdheid slechts een ondersteunende, coördinerende of aanvullende bevoegdheid betreft; dat de EU op deze basis kan 'optreden' maar geen 'beleid' kan voeren; en dat artikel 165 VWEU geen horizontale bepaling betreft.¹⁶ Dit betekent, aldus het Hof, dat de specifieke kenmerken van sport en de verschillende aspecten en doelstellingen zoals vermeld in artikel 165 VWEU 'niet dwingend in aanmerking moeten worden genomen' bij de toepassing van andere Verdragsbepalingen, en meer algemeen dat artikel 165

8 A. Vermeersch, Specificity of sport, in: J. Anderson (red.), R. Parrish & B. Garcia, Research handbook on EU Sports Law and Policy, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, p. 307-325.

9 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 53; *ESL*, r.o. 83; *ISU*, r.o. 91.

10 Over de definitie van 'economische activiteit', zie bijvoorbeeld O. Odudu, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, Oxford:

Oxford University Press 2006, p. 23-56.

11 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 54; *ESL*, r.o. 84; *ISU*, r.o. 92.

12 HvJ EU, *Meca-Medina*, r.o. 30-31.

13 Concl. A-G A. Rantos 15 december 2022, zaak C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993 (*European Superleague Company SL/FIFA en UEFA*).

14 *Ibid.*, r.o. 30-31.

15 Concl. A-G M. Szpunar 9 maart 2023, zaak C-680/21, ECLI:EU:C:2023:188 (*UL en NV Royal Antwerp Football Club/VZW Koninklijke Belgische Voetbalbond en UEFA*), punt 54.

16 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 64-68; *ESL*, r.o. 96-100.

VWEU sport niet onttrekt aan de toepassing van het Unierecht of 'de verplichting zou opleggen om de sport bij die toepassing een speciale behandeling toe te kennen'.¹⁷ Ondanks deze tegenstelling brengt deze rechtspraak in wezen geen verandering aan de algemene lijn die het Hof van Justitie reeds uitzette met betrekking tot de specifieke kenmerken van sport. Met uitdrukkelijke verwijzing naar voorgaande zaken zoals *Bosman*,¹⁸ *Biffi*,¹⁹ *Lehtonen*,²⁰ en *Deliège*,²¹ erkent het Hof het 'aanzienlijk maatschappelijk en educatief belang van sport' en het feit dat sport 'onmiskenbaar specifieke kenmerken vertoont' welke 'eventueel in aanmerking kunnen worden genomen' bij de toepassing van het Unierecht op sportregels waarbij een concreet onderzoek dient te gebeuren van de inhoud van die regels binnen de feitelijke context waarin deze moeten worden uitgevoerd.²² Het feit dat het Hof vervolgens stelt dat dergelijk onderzoek 'kan vereisen dat rekening wordt gehouden met de aard, de organisatie of de werking van de *betrokken sport*' (cursivering toegevoegd), is een belangrijke nuance en kan beschouwd worden als een impliciete verwijzing naar het feit dat er niet zoiets bestaat als één Europees sportmodel.²³

Ook wat de concrete invulling van de specifieke kenmerken van sport (of van de betrokken sport(en)) betreft en de sportieve doelstellingen die in aanmerking kunnen genomen worden, vormt deze recente rechtspraak in belangrijke mate een bevestiging van voorgaande jurisprudentie. Het Hof bevestigt, opnieuw met verwijzing naar voorgaande arresten,²⁴ de – voorwaardelijke – juridische autonomie van de sportfederaties.²⁵ Zo kunnen zij regels vaststellen met het oog op de organisatie van de competitie, het goede verloop ervan en de deelname van de sportbeoefenaars onder de voorwaarde dat 'de uitoefening van de rechten en vrijheden die het Unierecht aan particulieren verleent niet beperkt [wordt]' en met respect voor de beginselen inzake non-discriminatie en proportionaliteit.²⁶ In de *Antwerp*-zaak werd het aantrekken en opleiden van jonge spelers als legitiem doel bevestigd (punten 129 en 144), met verwijzing naar de *Bosman*- en *Olympique Lyonnais*-zaken.²⁷

In de *ISU*- en *ESL*-zaken gaat het Hof van Justitie in op de vraag of de klassieke federaties als poortwachter ten

aanzien van een bepaalde sport kunnen fungeren. In beide zaken werd immers de verenigbaarheid van een voorafgaand toestemmingsmechanisme met de EU-rechtsregels in vraag gesteld. Hoewel in beide zaken de regels – of het ontbreken van concrete regels – strijdig bevonden werden met het Unierecht, erkent het Hof dat sportfederaties deze rol kunnen opnemen wanneer aan een aantal voorwaarden voldaan is. De algemene en inhoudelijke voorwaarden die het Hof hieromtrent formuleert, vormen een belangrijke leidraad voor het beslechten van huidige en toekomstige conflictsituaties in sporten waar nieuwe organisaties en organisatoren uit zijn op een deel van de economische winst.

Voor wat de algemene voorwaarden van een voorafgaand toestemmingsmechanisme betreft, verwijst het Hof naar één voorgaande sportzaak en zijn rechtspraak ten aanzien van andere (economische) sectoren. De *MOTOE*-zaak²⁸ betrof de organisatie van motorsportwedstrijden, waarbij een Griekse motorsportorganisatie door de Griekse overheid een dubbele rol opgelegd kreeg: naast de organisatie van eigen wedstrijden en events had deze organisatie immers ook een adviserende rol gekregen in de vergunningsprocedure van motorsportwedstrijden in Griekenland. Het is met name deze dubbele rol en het daaruit volgend risico op belangenvermenging dat volgens het Hof een risico voor de vrije concurrentie vormt. Een dergelijke dubbele rol en mogelijke belangenvermenging, welke ook in de snelschaatszaak en de voetbalzaak aan de orde is, vereist volgens het Hof duidelijk gedefinieerde, transparante, niet-discriminatoire en verifieerbare toestemmingscriteria en een transparante en niet-discriminatoire procedure.²⁹ Het feit dat het Hof deze dubbele rol niet resoluut verwerpt, maar louter aan een aantal voorwaarden koppelt, vormt een belangrijke bevestiging van de rol van de klassieke sportfederaties. Het Hof benadrukt dat deze voorwaarden, die reeds in de *MOTOE*-zaak vooropgesteld werden, zich nog meer opdringen ten aanzien van de voetbal- en schaatsfederaties die deze dubbele rol niet vanuit de overheid toebedeeld kregen, maar wel op basis van eigen private reglementering.³⁰ Deze rechtspraak geldt niet specifiek voor sport. Integendeel, het Hof verwijst hierbij naar het vrijwaren van gelijke kansen tussen ondernemingen als een basisbeginsel van de interne markt dat de sport duidelijk overstijgt en illustreert dit met referenties naar jurisprudentie omtrent andere sectoren zoals telecommunicatie en havens.³¹ De recente rechtspraak biedt geen gedetailleerd antwoord op de vraag wat de inhoudelijke criteria van een dergelijk toestemmingsmechanisme in de sport kunnen zijn of op welke grond(en) een nieuwe concurrerende organisator/competitie geweigerd kan worden. Het Hof

17 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 69; *ESL*, r.o. 101.

18 HvJ EU 15 december 1995, zaak C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Union royale belge des sociétés de football association ASBL/Bosman*).

19 HvJ EU 13 juni 2019, zaak C-22/18, ECLI:EU:C:2019:497 (*TopFit e.V. en Daniele Biffi t. Deutscher Leichtathletikverband e.V.*).

20 HvJ 13 april 2000, zaak C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201 (*Lehtonen ea./Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL*).

21 HvJ EU 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199 (*Deliège/Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL ea.*).

22 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 70-73; *ESL*, r.o. 102-105.

23 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 73; *ESL*, r.o. 105; *ISU*, r.o. 96.

24 HvJ EU, *Deliège*; HvJ EU, *Biffi*; HvJ EU 15 december 1995, *Bosman*; HvJ EU, *Meca-Medina*.

25 S. Weatherill, *Principles and Practices in EU Sports Law*, Oxford: Oxford University Press 2017.

26 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 103; *ESL*, r.o. 75 en 88; *ISU*, r.o. 144.

27 HvJ EU, *Bosman*; HvJ EU 16 maart 2010, zaak C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 (*Olympique Lyonnais SASP/Bernard en Newcastle UFC*).

28 HvJ EU 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID/Elliniko Dimosio*).

29 HvJ EU, *ESL*, r.o. 135-136; *ISU*, r.o. 137.

30 HvJ EU, *ESL*, r.o. 137.

31 HvJ EU 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*Regie van Telegrafische Telefonie (RTT)/GB-Inno-BM NV*); HvJ EU 12 februari 1998, zaak C-163/96, ECLI:EU:C:1998:54 (*Criminal proceedings against Silvano Raso and Others*).

geeft wel een aantal indicaties, waarbij een aantal specifieke kenmerken van de sport voor het eerst (expliciet) vermeld worden in de rechtspraak van het Hof. Zo stelt het Hof dat een voorafgaand toestemmingsmechanisme gerechtvaardigd kan worden op basis van doelstellingen van algemeen belang, zoals het respect voor waarden en (spel)regels, welke betrekking hebben op een algemene wedstrijdkalender, openheid, sportieve verdienste en solidariteit en waarbij deze wedstrijden geïntegreerd kunnen worden in het georganiseerd systeem van competities op nationaal, Europees en internationaal vlak.³² Ook dit kan als een belangrijke bevestiging van de rol van de klassieke federaties beschouwd worden. Elementen zoals openheid en sportieve verdienste zouden het dus voor UEFA mogelijk kunnen maken om een gesloten competitieformat zoals het oorspronkelijk European Super League project te weren. Daarnaast stelt het Hof met verwijzing naar het non-discriminatiebeginsel dat UEFA en FIFA aan andere organisatoren geen regels kunnen opleggen die niet gelden voor hun eigen competities maar ook geen regels kunnen opleggen die gelden voor de eigen competities wanneer deze onmogelijk of zeer moeilijk zouden kunnen nageleefd worden door organisatoren die niet hetzelfde statuut of macht zouden hebben als UEFA en FIFA.³³ Hiermee gaat het Hof dan weer in de richting van nieuwe organisatoren/competities, voor zover het geen zuiver gesloten competities betreft. De stelling van het Hof dat een voorafgaand goedkeuringsmechanisme ertoe kan leiden dat clubs en spelers verhinderd kunnen worden om deel te nemen aan nieuwe of alternatieve competities, die bijvoorbeeld voor innovatie kunnen zorgen terwijl ze alle waarden en regels van de sport respecteren, in combinatie met de verwijzing naar het feit dat toeschouwers en televisiekijkers op die manier alle mogelijkheden ontzegd worden om dergelijke wedstrijden bij te wonen of op televisie te volgen, bevestigt de kritische houding van het Hof ten aanzien van te strikte of discretionaire voorwaarden.

3. De toetsing van sportregels en -praktijken aan artikel 101 en 102 VWEU

Ook wat betreft de vraag op welke wijze de specifieke kenmerken van sport en sportieve doelstellingen concreet meegenomen kunnen worden in een mededingingsrechtelijke analyse, is sprake van zowel continuïteit als verandering. Zoals in het vorige deel uiteengezet, vallen sportregels en -praktijken onder de reikwijdte van de EU-mededingingsregels wanneer de regelgevendende instantie of de betrokken partijen een economische activiteit ontplooiën. Of een specifieke gedraging ook gevat wordt door de verbodsbepalingen van artikel 101,

lid 1 en 102 VWEU, kan alleen per geval beoordeeld worden. Dit onderzoek omvat twee fasen. Wat het verbod op mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen betreft, moet allereerst worden onderzocht of aan alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 101, lid 1 VWEU is voldaan. Zodra dit is vastgesteld, moet in de tweede beoordelingsfase worden nagegaan of de gedraging al dan niet kan worden gerechtvaardigd, overeenkomstig artikel 101, lid 3 VWEU. Het verbod op misbruik van een machtspositie (art. 102 VWEU) kent geen uitzonderingsclausule. Rechtvaardigingen worden integraal meegenomen bij de beoordeling of een gedraging verboden misbruik is. Niettemin kunnen we in het analytisch kader ook twee fasen onderscheiden. Indien wordt vastgesteld dat er in beginsel sprake is van misbruik, kan de betrokken onderneming nog steeds argumenten aandragen ter rechtvaardiging van haar handelen, die vervolgens moeten worden onderzocht.

In de drie arresten bevestigt het Hof opnieuw dat de specifieke kenmerken van sport niet alleen bij de rechtvaardiging, maar ook in de eerste beoordelingsfase een bepalende rol kunnen spelen. De wijze waarop dit gebeurt, wordt hieronder besproken. In de eerste paragraaf richten we ons uitsluitend op de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking of gevolg of van vermeend misbruik, en niet op de andere toepassingsvoorwaarden van artikel 101, lid 1 en 102 VWEU (bijvoorbeeld het vaststellen van een machtspositie of van een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde gedraging), waar 'sportargumenten' weinig of niet relevant zijn. Het Hof heeft in de drie arresten trouwens ook opvallend weinig aandacht voor deze voorwaarden.³⁴

3.1 Vaststellen van een mededingingsbeperking (of vermeend misbruik)

Het verbod van artikel 101, lid 1 VWEU is slechts van toepassing wanneer een bepaalde gedraging een mededingingsbeperkende strekking dan wel mededingingsbeperkende gevolgen heeft. Het Unierecht erkent bij deze vaststelling van een mededingingsbeperking in beginsel geen zogenoemde 'rule of reason', waarbij een weging zou plaatsvinden tussen de voordelen die een gedrag oplevert en de nadelen voor de mededinging. Een dergelijke belangenafweging is voorbehouden voor het toetsingskader van artikel 101, lid 3 VWEU.³⁵ Desalniettemin erkende het Hof in *Meca-Medina* dat legitieme sportdoelstellingen kunnen worden ingeroepen om het mededingingsbeperkende karakter van een gedraging in twijfel te trekken. In deze zaak toetste het Hof voor het eerst een sportregel, namelijk het antidopingreglement van IOC, aan artikel 101 VWEU. Het Hof

32 HvJ EU, *ESL*, r.o. 143-144, 176 en 253; *ISU*, r.o. 132.

33 HvJ EU, *ESL*, r.o. 151.

34 In de *ESL* zaak leidt dit zelfs tot gebreken in de motivering. Zo stelt het Hof dat UEFA en FIFA allebei een machtspositie innemen in de markt voor de organisatie en het in de markt zetten van clubvoetbalcompetities. Dit kan alleen een collectieve machtspositie zijn. FIFA is evenwel niet actief op deze relevante markt.

35 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 30 januari 2020, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics (UK) Ltd e.a./Competition and Markets Authority*), r.o. 104; HvJ EU 18 september 2001, zaak T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215 (*Métropole télévision e.a./Commissie*), r.o. 74.

gaf hierbij toepassing aan het leerstuk van de inherente beperkingen, ook bekend als de *Wouters*-doctrine, ontwikkeld in jurisprudentie met betrekking tot de mededingingsrechtelijke toetsing van gedragsregels en andere voorschriften van beroepsorganisaties. Het stellen van voorwaarden aan de uitoefening van een beroepsactiviteit beperkt onvermijdelijk de handelingsvrijheid van betrokken ondernemingen. Dit kan ook betekenen dat de mededinging wordt verstoord. Volgens de doctrine moeten dergelijke voorschriften toch niet aangemerkt worden als een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1 VWEU, wanneer: (a) ze worden gerechtvaardigd door het nastreven van één of meerdere legitieme doelstellingen van algemeen belang; (b) ze hier werkelijk noodzakelijk voor zijn; en (c) de mogelijke gevolgen voor de mededinging ook niet verder gaan dan wat noodzakelijk is.³⁶ In *Meca-Medina* oordeelde het Hof dat aan deze voorwaarden was voldaan. Dopingbestrijding vereist regelgeving, inclusief passende sancties om het dopingverbod te handhaven. Hierbij worden zowel gelijke kansen voor sporters, de bescherming van hun gezondheid, als de integriteit, objectiviteit en ethische waarden van de sport in het algemeen gewaarborgd. De klagers in deze zaak, twee zwemmers die een doping-sanctie hadden gekregen, hadden niet aangevoerd dat deze straffen buitensporig waren of dat de grenswaarde voor doping arbitrair laag was vastgesteld. Het Hof concludeerde daarom dat de antidopingregelgeving niet als een mededingingsbeperking beschouwd kon worden en om die reden niet onder het verbod van artikel 101(1) VWEU valt.³⁷

De toepassing van de *Wouters*-doctrine vereist geen afweging van verwachte kosten en baten, zoals dat wel het geval is bij een rechtvaardiging omwille van efficiëntieverbeteringen op basis van artikel 101, lid 3, VWEU (zie verder 3.2). In plaats daarvan wordt gebruik gemaakt van een evenredigheidsstoets die bekend is uit de rechtspraak inzake het vrije verkeer: belemmeringen kunnen worden gerechtvaardigd door doelstellingen van algemeen belang als ze voldoen aan een geschiktheidsvereiste en de test van de minst ingrijpende maatregel.³⁸ De beslissing van het Hof om op analoge wijze toe te staan dat dergelijke legitieme belangen ook bij de beoordeling van private regelgeving kunnen worden betrokken, is op zich niet opmerkelijk.³⁹ Echter, het feit dat deze afweging al plaatsvindt in het stadium van het onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 101, lid 1 VWEU, is exceptioneel en heeft ook praktische gevolgen. Ten eerste, door het ontbreken van een strikte kosten-baten-analyse is de bewijslast lager en het onderzoek naar de vraag of de maatregel voldoet aan de evenredigheids-toets per definitie abstracter. Dit laat rechtvaardig-

gingen, zoals het bevorderen van integriteit en eerlijk spel, die moeilijk te kwantificeren zijn, toe. Dit is zeker het geval omdat de rol die artikel 101, lid 3 VWEU kan spelen in het kader van overwegingen van algemeen belang beperkt lijkt.⁴⁰ Bovendien kan de bewijslast niet eenzijdig bij de verweerder gelegd worden. De autoriteit of eiser die beweert dat er sprake is van een inbreuk op artikel 101, lid 1 VWEU blijft belast met het bewijzen van deze inbreuk. Als de verweerder onderbouwt dat aan de voorwaarden voor het toepassen van de *Wouters*-doctrine is voldaan, rust op de autoriteit de plicht om aan te tonen dat er realistische alternatieven voor de sportregel- of praktijk bestaan die de mededinging minder zouden beperken.⁴¹ Het bestaan van twijfel speelt, anders dan bij een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3 VWEU, in het voordeel van de verweerder.⁴²

Sinds *Meca-Medina* is de *Wouters*-doctrine het primaire analytische kader geworden voor de beoordeling van sportregels en -praktijken in het licht van artikel 101 VWEU. Immers, een gedraging die de evenredigheidsstoets doorstaat, valt niet onder het verbod. En wanneer dit niet het geval is, zal de mededingingsbeperking, toch voor zover dezelfde rechtvaardiging kan worden aangevoerd, geenszins voldoen aan de striktere voorwaarden voor vrijstelling onder artikel 101, lid 3 VWEU. De drie sportarresten van het Hof signaleren echter een kantelpunt door te tornen aan de reikwijdte van de doctrine. Aan de ene kant bevestigt het Hof dat de *Wouters*-doctrine ook relevant is bij het vaststellen van een misbruik in de zin van artikel 102 VWEU. Dit standpunt werd al ingenomen door de Europese Commissie en vond weerslag in de beslissingspraktijk op nationaal niveau. Zo paste bijvoorbeeld de Duitse mededingingsautoriteit de doctrine toe in haar onderzoek naar de vraag of de beperkingen die het IOC oplegt aan Olympische atleten om hun eigen sponsors te promoten, een uitbuitingsmisbruik vormen.⁴³ De steun van het Hof voor deze benadering, samen met de uitdrukkelijke erkenning van de noodzaak om beide mededingingsregels consistent toe te passen, is een welkome ontwikkeling. Aan de andere kant maakt het Hof duidelijk dat de doctrine niet kan worden toegepast wanneer de gedraging naar zijn aard schadelijk is voor de mededinging. Volgens het Hof bleek deze beperking 'reeds impliciet maar noodzakelijkerwijs' uit eerdere rechtspraak, maar dat is erg betwistbaar.⁴⁴ Ook de Europese Commissie, die in haar verbods-

36 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*J. C. J. Wouters e.a./ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*).

37 HvJ EU, *Meca-Medina*.

38 Het Hof zocht in het *Wouters*-arrest ook expliciet aansluiting bij rechtspraak betreffende het vrij verkeer. HvJ EU, *Wouters*, r.o. 97.

39 In het geval van sportregelgeving zullen de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer en de mededingingsregels vaak parallel van toepassing zijn, zoals ook blijkt uit zaken *ESL* en *Royal Antwerp*.

40 Zie verder 3.2.

41 Zie, naar analogie, HvJ EU 11 september 2014, zaak C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard e.a./Commissie*), punt 109.

42 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 22 november 2012, zaak C-89/11 P, ECLI:EU:C:2012:738 (*E.ON Energie AG/Commissie*), punt 72.

43 Besluit van Duitse mededingingsautoriteit (Bundeskartellamt) van 25 februari 2019, zaak B-226/17.

44 HvJ EU, *ESL*, r.o. 185. Voor duiding, zie B. Van Rompuy, EU Court of Justice Delineates the Scope of the Wouters Exception, *Kluwer Competition Law Blog*, 15 januari 2024; S. Weatherill, Changing the law without admitting it: The Court's three rulings of 21 December 2023 applied twice in January 2024, *Kluwer Competition Law Blog* 7 februari 2024; G. Monti, EU competition law after the Grand Chamber's December 2023 sports trilogy: European Super League, International Skating Union and Royal

besluit uit 2017 vaststelde dat de toelatingsregels van de Internationale Schaatsunie een mededingingsbeperkende strekking hadden, meende dat de doctrine desalniettemin kon worden ingeroepen.⁴⁵ Hoe dan ook, het is nu duidelijk dat eerst moet onderzocht worden of de sportregel of -praktijk die in een specifiek geval aan de orde is, naar zijn aard de mededinging verstoort of dit slechts tot gevolg heeft. Alleen in het laatste geval kan vervolgens worden onderzocht of de gedraging, op basis van de *Wouters*-doctrine, mogelijks toch niet als mededingingsbeperking of misbruik moet worden aangemerkt en daarom buiten de verbodsbepalingen van artikel 101 en/of 102 VWEU valt.⁴⁶ Gezien het praktische belang van de vraag of de doctrine al dan niet van toepassing is, is de inzet hoog. De discussie over de aard van de mogelijke mededingingsbeperking (of van het vermeende misbruik) – de eerste stap in de nieuwe tweestapbenadering – zal voortaan een prominente rol spelen in sportzaken.

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking of gevolg kunnen de specifieke kenmerken van sport opnieuw een bepalende rol spelen. In de drie arresten herhaalt het Hof dat, volgens vaste jurisprudentie, het begrip ‘beperkingen van de mededinging naar strekking’ restrictief moet worden uitgelegd. Het is voorbehouden voor gedragingen die, op basis van voldoende betrouwbare en gedegen ervaring of gelet op hun kenmerken, dermate schadelijk voor de mededinging blijken te zijn dat een onderzoek naar de concrete of potentiële gevolgen overbodig kan worden geacht.⁴⁷ Typische voorbeelden zijn prijsafspraken tussen concurrenten, collectieve boycots of de kunstmatige afscherming van nationale markten. Hieruit volgt dat de beoordeling van de strekking van een gedraging niet louter op formele gronden kan worden gebaseerd. Er moet zorgvuldig worden gelet op de bewoordingen en doelstellingen ervan, alsmede op de juridische en feitelijke omstandigheden.⁴⁸ In sommige gevallen zal deze ‘reality check’ beperkt blijven. Zo oordeelde het Hof in de *ESL*-zaak dat de regels van FIFA en UEFA inzake de goedkeuring van alternatieve competities een voor de hand liggend risico meebrengen voor ernstige mededingingsbeperkingen. De regels stelden deze organisaties namelijk in staat om concurrenten toegang tot de markt te ontfangen, zelfs wanneer zij een aantrekkelijk en innovatief format zouden presenteren dat alle principes, waarden en regels van de sport naleeft.⁴⁹ Toch is het niet altijd eenvoudig vast te stellen of een gedraging naar strekking mededingingsbeperkend moet worden geacht. Dit heeft rechtsonzekerheid tot

gevolg en zal ongetwijfeld aanleiding geven tot veel extra prejudiciële vragen over de kwalificatie van bepaalde sportregels en -praktijken, niet in het minst wanneer ze beperkingen bevatten die in het algemeen als schadelijk voor de mededinging worden beschouwd. Denk bijvoorbeeld aan het beperken van investeringen (zoals het FIFA-verbod op *Third Party Influence* of de UEFA *Financial Fair Play*-regels) en prijsafspraken (zoals de limiet op de commissie van voetbalagenten of een salarisplafond). Het is echter hier dat de specifieke kenmerken van sport aan de orde komen en het verschil kunnen maken. De *Royal Antwerp*-zaak illustreert dit punt. In dit arrest oordeelt het Hof dat door UEFA en KBVB vastgestelde ‘home-grown players’-regels, gezien hun inhoud en objectieve doelstelling, inherent schadelijk kunnen zijn voor de mededinging. Door profvoetbalclubs te verplichten een minimumaantal spelers te contracteren die lokaal zijn opgeleid, wordt een essentiële parameter aan de hand waarvan clubs met elkaar concurreren – het contracteren van talentvolle spelers – beperkt.⁵⁰ Echter, de context en de wijze waarop de betrokken markten daadwerkelijk functioneren kunnen niet worden genegeerd. Zo kan bijvoorbeeld worden aangevoerd dat de regels concurrentie op een ander punt juist stimuleren, namelijk door clubs aan te moedigen om zelf jonge spelers op te leiden (in plaats van overwegend of uitsluitend te vertrouwen op de rekrutering van spelers opgeleid door andere clubs).⁵¹ In zijn arrest erkent het Hof bovendien dat UEFA en KBVB alle reden hebben om de voorwaarden te regelen waaronder clubs ploegen kunnen samenstellen. De feitelijke omstandigheden die typerend zijn voor profvoetbalcompetities verklaren bovendien waarom hierbij in zekere mate naar een criterium van nationale aard wordt verwezen.⁵² Het Hof laat het aan de verwijzende nationale rechter om in het licht hiervan de aard van de regels te beoordelen, maar voegt eraan toe dat ook het aandeel van de betrokken spelers in dit opzicht ‘bijzonder relevant’ is.⁵³ Ongeveer een derde van de beschikbare teamplaatsen is gereserveerd voor lokaal opgeleide spelers. Voor de betrokken clubs die onder de regel vallen, is dit een aanzienlijk aandeel. Anderzijds worden lang niet alle profvoetbalclubs en slechts een deel van de jeugdspelers in de EU door de regels geraakt. Al deze factoren roepen vragen op over de theorie van schade, zodat een nader onderzoek naar de gevolgen van de regels naar onze mening toch noodzakelijk zal blijken.

3.2 Rechtvaardigen van een mededingingsbeperking of vermeend misbruik

De belangrijkste verandering die de drie sportarresten teweegbrengt is dat de *Wouters*-doctrine alleen nog kan worden ingeroepen wanneer vaststaat dat een sportregel of -praktijk niet beoogt de mededinging te vervalsen, maar dit onbedoeld wel tot gevolg kan hebben. In wat

Antwerp FC, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2024, afl. enero-abril, p. 11-43.

45 Besluit van de Europese Commissie van 8 december 2017, zaak AT.40208 (Toelatingsregels van de internationale schaatsunie).

46 HvJ EU, *ESL*, r.o. 186.

47 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 30 januari 2020, zaak C-307/18 ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics (UK) Ltd e.a./Competition and Markets Authority*), r.o. 67.

48 HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/19 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*CB/Commissie*), r.o. 53; HvJ EU 12 januari 2023, zaak C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11 (*HSBC Holdings e.a./Europese Commissie*), r.o. 107.

49 HvJ EU, *ESL*, r.o. 176.

50 HvJ EU, *Royal Antwerp*, r.o. 101-102, 107.

51 *Ibid.*, r.o. 145.

52 *Ibid.*, r.o. 106.

53 *Ibid.*, r.o. 109.

volgt zal duidelijk worden dat dit verregaande gevolgen kan hebben voor de mate waarin de specifieke kenmerken van sport nog als rechtvaardigingsgrond kunnen worden ingeroepen.

Sportregels en -praktijken die gevat worden door de verbodsbepaling van artikel 101, lid 1 VWEU kunnen daarvan alleen nog worden vrijgesteld op basis van artikel 101, lid 3 VWEU. Deze uitzondering is van toepassing wanneer aan vier specifieke voorwaarden is voldaan: (1) de gedraging draagt bij aan de verbetering van de productie en bevordering van de technische of economische vooruitgang, (2) een billijk aandeel van die voordelen komt ten goede aan de gebruikers, (3) er worden geen beperkingen opgelegd die niet onmisbaar zijn voor het behalen van de voordelen en (4) de mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld. Zoals al aangehaald kent artikel 102 VWEU niet eenzelfde uitzonderingsbepaling. Echter, in zijn rechtspraak heeft het Hof erkend dat ook unilaterale gedragingen die in beginsel verboden zijn onder dit artikel, onder soortgelijke voorwaarden gerechtvaardigd kunnen worden.⁵⁴

Hoewel de toepassingsvoorwaarden van artikel 101, lid 3 VWEU ruimte laten voor een bredere interpretatie, kiest het Hof in de drie sportarresten resoluut voor een enge uitlegging. Dit wordt onder andere duidelijk bij de beoordeling van de eerste voorwaarde, die volgens vaste jurisprudentie vereist dat de gedraging 'objectieve voordelen' oplevert die opwegen tegen de nadelen die de gedraging meebrengt op het vlak van de mededinging. Door consistent de nadruk te leggen op kwantificeerbare 'efficiëntieverbeteringen', onderschrijft het Hof voor het eerst expliciet de strikt economische benadering die de Europese Commissie sinds 2004 in haar richtsnoeren bepleit.⁵⁵ Dit betekent dat de voordelen meetbaar en economisch van aard moeten zijn. Voor 'sportargumenten' die gekoppeld kunnen worden aan economische parameters – zoals het bevorderen van de opleiding van jonge spelers (omvang van investeringen van profvoetbalclubs in hun jeugdwerking) of financiële solidariteit (verdeelsleutel van de opbrengsten uit mediarechten) – hoeft dit geen probleem te zijn; het is zelfs noodzakelijk dat dergelijke rechtvaardigingen afdoende empirisch worden onderbouwd. Maar hetzelfde kan niet gezegd worden over ethische doelstellingen die geen voor de hand liggende economische voordelen opleveren. Denk bijvoorbeeld aan het voorkomen van bedreigingen voor de integriteit van de sport. Is de *Wouters*-doctrine niet van toepassing, dan zal een mededingingsbeperking of vermeend misbruik, althans volgens de nu door het Hof

gevolgde benadering, niet langer op grond van dergelijke doelstellingen kunnen worden gerechtvaardigd.⁵⁶ Met betrekking tot de tweede voorwaarde benadrukt het Hof dat een billijk gedeelte van de efficiëntieverbeteringen moet toekomen aan de consumenten die nadeel ondervinden van de gedraging. Opnieuw valt de veel-eisendheid van het Hof op. Het Hof beklemtoont immers dat moet worden bewezen dat alle verschillende groepen 'gebruikers' worden gecompenseerd. Dit omvat 'met name de nationale sportbonden, de professionele of amateurclubs, de professionele of amateurspelers, jonge spelers, en meer in het algemeen, de consumenten, ongeacht of het daarbij om toeschouwers of televisiekijkers gaat'.⁵⁷ Dit brengt methodologisch uitdagingen met zich mee. Denk bijvoorbeeld aan transferregels die bijdragen aan contractuele stabiliteit in het profvoetbal: zelfs wanneer kan worden aangetoond dat dit efficiëntiewinsten oplevert, zal een sportbond pas aan zijn bewijsplicht voldoen als vervolgens ook wordt aangetoond dat ook alle onrechtstreekse 'gebruikers', inclusief voetballiefhebbers, ten volle gecompenseerd worden in de vorm van een betere kwaliteit van het 'sportproduct'. Dit lijkt haast een onmogelijke taak.

De boodschap van het Hof lijkt duidelijk: zodra er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, kunnen sportregels of -praktijken nog wel worden gerechtvaardigd, maar is er geen ruimte voor een 'speciale' aanpak die afwijkt van het standaard beoordelingskader. Het belang van het handhaven van eerlijke concurrentie moet dan in principe de overhand krijgen, wat niet onredelijk lijkt. Echter, deze strikte benadering kan problematisch zijn wanneer er te snel wordt geconcludeerd dat een sportregel- of praktijk naar zijn aard de mededinging verstoort. In dit opzicht baren de drie sportarresten zorgen, omdat het Hof, ondanks het benadrukken van noodzaak voor een contextuele benadering, tegelijkertijd een duidelijke scepsis laat zien. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de aanname dat UEFA en KBVB met de 'home-grown players'-regels in objectieve zin de beperking van de mededinging zouden beogen. Hier is geen aanwijzing voor: beide organisaties halen geen enkel economisch voordeel uit de beperking. Ook opvallend is de erg kritische beoordeling van de regels waarmee UEFA zich het exclusieve recht toe-eigent om de commerciële rechten van de door haar georganiseerde competities te verkopen namens de clubs. In de uitgebreide beslissingspraktijk van de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten wordt de collectieve verkoop van mediarechten door sportbonden als gevolgbeperking aangemerkt.⁵⁸ Het Hof meent daarentegen dat er over-

54 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 6 september 2017, zaak C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel Corp./Europese Commissie*), r.o. 140.

55 Mededeling van de Europese Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEU 2004 C11/97. Voor een bespreking, en kritiek, van deze benadering, zie B. Van Rompuy, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012; O. Brook, *Non-Competition Interests in EU Antitrust Law: An Empirical Study of Article 101 TFEU*, Cambridge: Cambridge University Press 2022.

56 Zie in die zin HvJ EU 25 januari 2024, zaak C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71 (*Em akaunt BG EOOD/Zastrahovatelno aktsionerno druzhestvo Armeets AD*), r.o. 53.

57 HvJ EU, ESL, r.o. 195; *Royal Antwerp*, r.o. 130.

58 Zie bijvoorbeeld Besluit van de Europese Commissie van 23 juli 2003, zaak COMP/C.2-37.398 (Gemeenschappelijke verkoop van de commerciële rechten voor de UEFA Champions League); Besluit van de Duitse mededingingsautoriteit (Bundeskartellamt) van 28 februari 2024, zaak V/B 6 – 21/22 (Zentralvermarktung der Medienrechte ab Saison 2025/2026).

duidelijk sprake is van een strekkingsbeperking of vermeend misbruik.⁵⁹

4. Conclusie

In drie recente uitspraken heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie de verhouding tussen het Unierecht en sport verder scherp gesteld. Het Hof oordeelde dat de betwiste sportregels in strijd (kunnen) zijn met het Unierecht, een primeur sinds het *Bosman*-arrest uit 1995.

Het meest essentiële aspect van deze uitspraken is de verduidelijking van het analytisch kader voor de toepassing van de EU-mededingingsregels op sportregels en -praktijken. De uitspraken zijn van groot belang als leidraad voor zowel toekomstige uitspraken van het Hof in (voetbal)sportzaken als voor nationale rechters en mededingingsautoriteiten.

Inhoudelijk zette het Hof een strakke lijn uit. Hoewel het Hof de specifieke kenmerken van sport erkent en de rol van de klassieke federaties bevestigt, blijft er onzekerheid over hoe de uitsluiting van de leer van de inherente beperkingen, of de *Wouters*-doctrine, ten aanzien van regels en praktijken die de mededinging beogen te beperken, in combinatie met een strikte uitlegging van de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VWEU, zal uitpakken. Dit zal ongetwijfeld leiden tot een toename van mededingingsrechtelijke procedures, die zullen moeten verhelderen in welke mate deze nieuwe benadering het voor sportorganisaties moeilijker maakt om hun regels en praktijken te rechtvaardigen.

⁵⁹ ESL, r.o. 230.