



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Mededingingstoezicht als pion op het geo-economische schaakbord

Van Rompuy, B.

Citation

Van Rompuy, B. (2025). Mededingingstoezicht als pion op het geo-economische schaakbord. *Markt & Mededinging*, 28(3), 144-146.
doi:10.5553/MenM/138762362025028003004

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4287081>

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

Artikel

Verplichte sportarbitrage als uitbuitingsmisbruik: de *Pechstein*-zaak door de lens van artikel 102 VWEU

Ben Van Rompuy*

124

Ruim een jaar geleden deed een arrest van het Duitse Oberlandesgericht München (OLG) in de zaak tussen schaatser Claudia Pechstein en de International Schaatsunie (ISU) de internationale sportwereld op haar grondvesten daveren. Het OLG oordeelde dat de ISU haar machtspositie misbruikt door arbitrageclausules ten gunste van het Hof van Arbitrage voor Sport (CAS) eenzijdig aan atleten op te leggen.

De Duitse *Pechstein*-zaak is ongetwijfeld een van de belangrijkste rechtszaken op het gebied van mededingingsrecht en sport die momenteel speelt.¹ Er staat veel op het spel. Als de uitspraak van het OLG in hoger beroep bevestigd wordt, kunnen vonnissen van het CAS in Duitsland niet worden erkend, wat vervolgens de deur opent voor schadeclaims van professionele atleten tegen sportbonden die hun op basis van deze vonnissen disciplinaire sancties opleggen. De werking van het CAS en de fundamenteën van de internationale sportrechtspraak liggen onder vuur.

Het CAS werd in 1984 formeel opgericht door het Internationaal Olympisch Comité (IOC). Na een aanvankelijk aarzelende start maakte het tribunaal een belangrijke ontwikkeling door in het midden van de jaren negentig. Op aansturen van het Zwitserse Hoge Gerechtshof werd het CAS in 1994 grondig hervormd om het financieel en organisatorisch onafhankelijker te maken van het IOC. Dit vergrootte het vertrouwen van internationale sportbonden in de bekwaamheid en onpartijdigheid van het CAS. In de nasleep van het *Bosman*-arrest van het Hof van Justitie werd ook de strategische noodzaak van het CAS – om de gang naar de nationale rechter te voorkomen – voor hen duidelijk.² Enkele jaren later erkenden alle Olympische internationale sportbonden, waaronder de FIFA en de ISU, de exclusieve bevoegdheid van het CAS om kennis te nemen van beroepen tegen uitspraken van hun interne geschillenbeslechtsorganelen.³ De intrede van de Wereld Anti-doping Code in 2004, die het CAS exclusief aanduidt als beroepsinstantie voor internationale dopingzaken, versterkte eens te meer de positie van het

* Prof. dr. B. Van Rompuy is onderzoeker bij het T.M.C. Asser Instituut en gastdocent mededingingsbeleid aan de Vrije Universiteit Brussel.

1. Er lopen momenteel nog andere nationale rechtszaken, zoals tegen de UEFA Financial Fair Play-regels en het FIFA-verbod op de praktijk van third-party-ownership (TPO), maar de mogelijke impact van deze procedures is van minder structurele aard. De *Pechstein*-zaak heeft implicaties voor de ganse internationale sportwereld. Wat de publieke handhaving van de Europese mededingingsregels betreft, kan ook melding worden gemaakt van het formele onderzoek dat de Europese Commissie inleidde naar de ISU-regels die leden verbieden om deel te nemen aan wedstrijden die niet door de sportbond zijn goedgekeurd. Zie B. Van Rompuy, 'The European Commission's ISU antitrust investigation explained', *Asser International Sports Law Blog*, 5 oktober 2015. De auteur vertegenwoordigt de belangen van de schaatser in deze zaak.

2. Zie bijvoorbeeld J. Anderson, 'Taking Sports out of the Courts: Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport', *Journal of Legal Aspects of Sport* 2000, nr. 2; A. Duval, 'The Court of Arbitration for Sport and EU Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015, nr. 2.

3. Arbitrageclausules ten gunste van het CAS zijn niet alleen opgenomen in de statuten en reglementen van de internationale sportbonden maar bijvoorbeeld ook in de 'entry form' die atleten moeten ondertekenen voor deelname aan internationale sportwedstrijden. Zie bijvoorbeeld ISU, Declaration for competitors and officials entering ISU events (Rule 131), Communication No. 1628 of 21 July 2010.

CAS als het ‘Supreme Court of World Sport’,⁴ ingebed in het gunstige Zwitserse wetgevende kader inzake arbitrage.⁵

In deze bijdrage gaan we nader in op de uitspraak van het OLG en in het bijzonder op de mededingingsrechtelijke analyse van het hof. Hoewel het OLG enkel nationaal mededingingsrecht toepaste, analyseren we de *Pechstein*-zaak vanuit het perspectief van het Europees mededingingsrecht. Immers, indien het eenzijdig opleggen van arbitrageclausules ten gunste van het CAS – een gangbare praktijk van internationale sportbonden – ook misbruik vormt in de zin van artikel 102 VWEU, zouden de praktische implicaties voor de gehele sportwereld nog verregaander zijn.

De Pechstein-saga

In 2009 werd de Duitse professionele schaatser Claudia Pechstein door de disciplinaire commissie van de ISU schuldig bevonden aan bloeddoping en voor twee jaar uitgesloten van deelname aan wedstrijden en trainingen.⁶ Sindsdien heeft de meervoudig Olympische kampioene geen mogelijkheid onbenut gelaten om de volgens haar onterechte schorsing juridisch aan te vechten. Pechstein tekende tevergeefs beroep aan tegen de beslissing voor het CAS.⁷ Vervolgens startte ze meerdere procedures voor het Hoge Gerechtshof in Zwitserland.⁸ In 2010 werden haar beroepen tegen het vonnis van het CAS afgewezen.⁹ Pechstein liet het hier niet bij en startte een nog hangende procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en diende bovendien een verzoek tot schadevergoeding in bij het Duitse Landesgericht München (LG).

Bij uitspraak van 26 februari 2014 concludeerde het LG dat er geen gronden aanwezig waren voor de toekenning van schadevergoeding.¹⁰ Voor de beoordeling van zijn bevoegdheid onderzocht het LG vooreerst of de arbitrageovereenkomst tussen de ISU en Pechstein geldig was onder het toepasselijke, Zwitserse recht. Volgens

het hof was dit niet het geval.¹¹ Door de monopoliepositie van de ISU had Pechstein in feite geen andere keuze dan de arbitrageclausule te aanvaarden: deelname aan internationale schaatswedstrijden georganiseerd door de ISU is immers haar ‘enige mogelijkheid’ om haar beroep uit te oefenen. Gelet op het ‘structureel onevenwicht’ tussen atleten en sportbonden is er geen sprake van vrije instemming. Desalniettemin oordeelde het LG dat het vonnis van het CAS kracht van gewijsde (*res judicata*) toekomt. Pechstein had de bevoegdheid van het CAS niet betwist tijdens haar beroepsprocedure tegen de beslissing van de ISU. Bijgevolg kon ze zich niet langer op de ongeldigheid van de arbitrageclausule beroepen als weigeringsgrond voor de erkenning van het CAS-vonnis op grond van het artikel V lid 1 sub a van het Verdrag van New York.

Het beroep van Pechstein tegen het arrest van het LG leidde tot de uitspraak van het OLG van 15 januari 2015.¹² Ook het OLG was van oordeel dat Pechstein en de ISU geen geldige overeenkomst tot arbitrage waren overeengekomen en verklaarde zich derhalve bevoegd om van de vordering kennis te nemen. In tegenstelling tot het LG bereikte het OLG deze conclusie echter niet op grond van het internationaal privaatrecht maar op grond van het nationaal mededingingsrecht. Kort samengevat oordeelde het OLG dat de ISU misbruik maakt van haar monopolie op de markt voor de organisatie van wereldkampioenschappen schaatsen door aan Pechstein een CAS-arbitrageclausule op te leggen. Het OLG merkte deze contractuele voorwaarde als onbillijk aan omwille van het gebrek aan onafhankelijkheid van het CAS en stelde aldus een uitbuitingsmisbruik vast in de zin van artikel 19 lid 2 sub 4 van de Duitse mededingingswet (GWB). Omdat het Duitse kartelrecht van openbare orde is, kwam het OLG vervolgens tot de conclusie dat het CAS-vonnis volgens artikel V lid 2 sub b van het Verdrag van New York niet kan worden erkend. Volgens het OLG was het vonnis immers een voortzetting van het misbruik van de machtspositie van de ISU.¹³ Alvorens nader in te gaan op de mededingingsrechtelijke analyse is het belangrijk kort weer te geven waarom het OLG meende dat het CAS onvoldoende onpartijdig

4. In de woorden van het Zwitserse Hoge Gerechtshof in de zaak *Lazutina en Danilova/IOC en FIS*. Bundesgericht, 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002, 4P.270/2002, Urteil vom 27. Mai 2003.

5. Slechts op een beperkt aantal rechtsgronden zijn de vonnissen van het CAS vatbaar voor hoger beroep bij het Zwitserse Hoge Gerechtshof, zoals de onregelmatige samenstelling van het tribunaal, de onbevoegdheid van het tribunaal, schending van het recht op een eerlijk proces of de schending van de publieke orde (substantieel).

6. Decision of the ISU Disciplinary Commission, 1 July 2009, Case no. 01/09.

7. CAS 2009/A1912-1913, Claudia Pechstein v. International Skating Union & Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union, award of 25 November 2009.

8. Voor een overzicht zie M. van Dijk, ‘Het biomedische paspoort van Claudia Pechstein’, *Tijdschrift voor Sport & Recht* 2010, nr. 2.

9. Zowel haar verzoek tot opschorting van het CAS-vonnis als haar verzoek tot revisie (omdat er nieuw medisch bewijs voorhanden zou zijn) werd afgewezen. Bundesgericht, 4A_612/2009, Urteil vom 10. Februar 2010; Bundesgericht, 4A_144/2010, Urteil vom 28. September 2010.

10. Landesgericht (LG) München I, Az. 37 O 28331/12, Urteil vom 26. Februar 2014.

11. Landesgericht (LG) München I, Az. 37 O 28331/12, Urteil vom 26. Februar 2014, A. III. 3 en 4. Het LG concludeerde dat CAS-arbitrageclausules in beginsel geen consensueel karakter hebben en daarom in strijd moeten worden geacht met art. 27 lid 2 van het Zwitserse Burgerlijke Wetboek (volgens welk artikelid ‘no person may surrender his or her freedom or restrict the use of it to a degree which violates the law or good morals’). Hiermee ging het LG in tegen de interpretatie van Zwitsers recht door het Zwitserse Hoge Gerechtshof. Opmerkelijk is dat het LG beklemtoonde dat de ‘welwillende’ (‘wohlwillende’) interpretatie gevolgd door het Hoge Gerechtshof in strijd is met art. 6 EVRM. Voor kritiek zie bijvoorbeeld U. Haas, ‘Zwangsschiedsgerichtsbarkeit im Sport und EMRK’, *ASA Bulletin* 2014, nr. 4.

12. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015.

13. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, B. II.2.b).

is.¹⁴ Het OLG richtte zich voornamelijk op twee aspecten: de benoeming van CAS-arbiters en de samenstelling van het arbitragepanel dat uiteindelijk een oordeel velt.

Het CAS maakt gebruik van een gesloten lijst van arbiters waaruit zowel verzoeker als verweerder een arbiter kiest. Het ICAS, het hoogste orgaan in de structuur van het CAS, benoemt deze arbiters. Volgens de statuten die van kracht waren ten tijde van het *Pechstein*-vonnis (2004 CAS Code) werden drie vijfde van de arbiters aangesteld op voordracht van nationale of internationale sportbonden. De andere twee vijfde van de arbiters, zonder structurele banden met sportbonden, werden aangewezen door ICAS.¹⁵ ICAS is op zijn beurt samengesteld uit twintig hoogopgeleide juristen, van wie de meerderheid (twaalf leden) door internationale sportbonden wordt verkozen. Zij stellen vervolgens de acht andere leden aan.¹⁶ Volgens het OLG leidt de 'disproportionale invloed' van sportbonden op ICAS, dat besluiten bij meerderheid neemt, tot het risico dat de arbiters op de gesloten lijst volledig of in overwegende mate de belangen van de sportbonden, veeleer dan die van atleten, voorop stellen. Het ontbreken van een evenwichtige invloed van de partijen op de samenstelling van het panel ondermijnt aldus de onafhankelijkheid van het CAS. Het feit dat de gesloten lijst minstens 150 arbiters telt, doet hieraan geen afbreuk.¹⁷

Eenzelfde structureel onevenwicht kenmerkt volgens het OLG de selectie van de president van het (doorgaans driekoppige) arbitragepanel. In beroepsprocedures wordt deze laatste arbiter aangeduid door de voorzitter van de 'appeals arbitration' divisie.¹⁸ Aangezien twee arbiters door de partijen zelf aangeduid worden, speelt deze voorzitter een beslissende rol: hij kan door de selectie van de president de balans binnen een panel doen doorslaan naar de ene of andere kant.¹⁹ Het feit dat de voorzitter ook door ICAS benoemd wordt,²⁰ ondermijnt volgens het OLG (het vertrouwen in) zijn onafhankelijkheid.²¹

De *Pechstein*-zaak vanuit Europees mededingingsrechtelijk perspectief

Toepasselijkheid van het Europees mededingingsrecht op het geschil

Overeenkomstig artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn rechterlijke instanties van de lidstaten verplicht om, wanneer ze het nationaal mededingingsrecht toepassen op door artikel 102 VWEU verboden misbruiken, ook artikel 102 VWEU toe te passen. Op het gebied van eenzijdige gedragingen van ondernemingen kunnen lidstaten echter strengere nationale mededingingsregels aannemen. Bijgevolg bestaat er geen vereiste voor parallelle toepassing van artikel 102 VWEU of convergentieverplichting wanneer de misbruiken alleen uit hoofde van de strengere nationale bepalingen verboden zijn. Deze uitzondering op het algemene beginsel van de voorrang van het EU-recht kwam er op aandringen van de Duitse delegatie tijdens de onderhandelingen van Verordening (EG) nr. 1/2003.²² Duitsland, net als een aantal andere lidstaten,²³ heeft immers strengere nationale bepalingen die onder meer misbruik van inkoopmacht bestrijden.²⁴ De algemene verbodsbepaling voor misbruik van een economische machtspositie, vervat in artikel 9 GWB, is wel gelijkaardig aan artikel 102 VWEU.

Volgens artikel 19 lid 2 sub 4 GWB kan een misbruik van een machtspositie bestaan uit het opleggen van 'onbillijke prijzen of andere contractuele voorwaarden die afwijken van die welke naar alle waarschijnlijkheid zouden worden verkregen wanneer er sprake zou zijn van daadwerkelijke mededinging'.²⁵ Dit is de nationale equivalent van artikel 102 onder a VWEU volgens dewelke een misbruik kan bestaan in 'het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden'. De vergelijking met de voorwaarden die in een situatie van volledige concurrentie hadden kunnen worden bereikt (*Vergleichsmarktkonzept*) is niet expliciet vermeld in artikel 102 onder a VWEU. Aangezien het Hof van Justitie het begrip van misbruik in de context van uitbuiting

14. Voor een gedetailleerde analyse zie A. Duval en B. Van Rompuy, 'Protecting athletes' right to fair trial through EU competition law: the Pechstein case', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2016.

15. CAS Code 2004, art. S14. Sinds 2013 zijn deze quota vervallen, maar de samenstelling van ICAS, dat uiteindelijk de arbiters benoemt, blijft ongewijzigd. CAS Code 2013, 2016, art. S14.

16. CAS Code 2004, 2016, art. S4.

17. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II.3 b) bb)(3) aaa)a-1).

18. CAS Code 2004, 2016, art. R54.

19. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3 b) bb)(3) aaa)a-2).

20. CAS Code 2004, 2016, art. S6.

21. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3 b) bb)(3) aaa)a-2).

22. A.M. Klees, 'Breaking the Habits: the German Competition Law after the 7th Amendment to the Act against Restraints of Competition (GWB)', *German Law Journal* 2006, nr. 4, p. 405-406.

23. Waaronder Frankrijk, Griekenland, Portugal, Letland, Hongarije en Ierland. International Competition Network (ICN) Report on Abuse of Superior Bargaining Position Prepared by the Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, 2008.

24. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, art. 20 lid 1 en 20 lid 4.

25. Eigen vertaling ('Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen').

echter op een gelijkaardige manier beschrijft,²⁶ lijkt er geen sprake te zijn van een striktere nationale bepaling. Bijgevolg bepaalt de voorwaarde van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten of het OLG in de zaak artikel 102 VWEU had moeten toepassen.

Het lijkt erop dat de betrokken gedraging van de ISU een effect op de interstatelijke handel (kan) hebben. De ISU legt de verplichte CAS-arbitrageclausule op aan alle professionele schaatsers als voorwaarde voor deelname aan internationale schaatswedstrijden. Omdat dit de handelingsvrijheid van schaatsers belemmert om hun geschillen voor te leggen aan een ander arbitragetribunaal, heeft dit rechtstreeks invloed op de werking van de (internationale) markt voor arbitrage diensten. Bovendien kan het handelsverkeer tussen de lidstaten ook onrechtstreeks worden beïnvloed rekening houdende met de economische activiteiten van professionele schaatsers. Immers, indien de partijdigheid van een CAS-arbitrage panel ertoe leidt dat een schaatser ten onrechte wordt uitgesloten van wedstrijden, dan wordt deze schaatser het recht ontnomen om zijn of haar diensten aan te bieden in de EU en daarbuiten.

Op basis van het voorgaande kan gesteld worden dat, als men ambtshalve toepassing in beginsel aanvaardt,²⁷ het OLG ook artikel 102 VWEU had moeten toepassen.²⁸

Marktdefinitie en machtspositie

Het OLG stelde vast dat de ISU over een machtspositie beschikt op de markt voor de organisatie van wereldkampioenschappen schaatsen. Volgens het OLG kunnen andere schaatswedstrijden niet als substitueerbaar worden beschouwd omdat ze minder belangstelling zouden genieten van onder meer publiek en sponsors.²⁹ Of de organisatie van wereldkampioenschappen als een aparte relevante markt moet worden onderscheiden kan worden betwist. Het lijkt aannemelijk dat de wereldkampioenschappen deel uitmaken van een bredere markt waartoe ook andere belangrijke internationale schaatswedstrijden die door de ISU worden georganiseerd, zoals de Europees kampioenschappen en de wereldbeker, behoren.

Indien de markt nog breder gedefinieerd zou worden, met name de markt voor de organisatie van internationale schaatswedstrijden, is er sprake van een collectieve

machtspositie van de ISU en de aangesloten nationale bonden. Mits in overeenstemming met de toepasselijke ISU-reglementen kunnen nationale schaatsbonden immers ook internationale wedstrijden organiseren. Deze wedstrijden zijn echter aan goedkeuring door de ISU onderworpen.³⁰ De ISU beheert de officiële internationale wedstrijdkalender en alleen de internationale wedstrijden die hierin zijn opgenomen, zijn toegestaan.³¹ De ISU en de nationale bonden zijn aldus, wat hun gedrag betreft op de markt voor de organisatie van internationale schaatswedstrijden, zodanig duurzaam met elkaar verbonden (door de regels die zij aangaan en hun structurele economische banden) dat zij als een collectieve eenheid optreden ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consument.³² Bovendien zijn potentiële concurrenten of andere marktdeelnemers niet in staat om enige concurrentiedruk uit te oefenen. De ISU-reglementen verbieden schaatsers, scheidsrechters, enzovoort om deel te nemen aan evenementen die niet georganiseerd zijn door de ISU en/of de nationale bonden, op straffe van (levenslange) uitsluiting.³³ Deze controle over een essentiële input (met andere woorden schaatsers, scheidsrechters, enzovoort) werpt een haast onoverkomelijke toegangsdrempel op tot de markt voor de organisatie van internationale schaatswedstrijden.³⁴

Hieruit volgt dat de ISU onder eender welke marktdefinitie, afzonderlijk of gezamenlijk met de nationale schaatsbonden, een economische machtspositie bezit in de zin van artikel 102 VWEU.

Misbruik van machtspositie

Hoewel de bescherming van afnemers of handelspartners stevig verankerd is in artikel 102 VWEU,³⁵ is de beslissingspraktijk en rechtspraak aangaande uitbuiting van een machtspositie (door het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden) schaars. Met name tijdens de laatste twee decennia richtte ook de Europese Commissie zich bij de handhaving van artikel 102 VWEU voornamelijk op vormen van misbruik waarbij concurrenten

26. In het arrest *United Brands* omschrijft het Hof van Justitie misbruik als het benutten van de mogelijkheden van een machtspositie om handelsvoordelen te verwerven die de bezitter van de machtspositie in een situatie van normale en voldoende effectieve mededinging niet zou hebben gehad. HvJ EG 14 februari 1987, zaak C-27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, par. 249.

27. De verplichting tot ambtshalve toepassing van de Europese mededingingsregels is echter omstreden. Volgens sommige auteurs gaat de verplichting niet zo ver dat de nationale rechter de hem passende lijdelijkheid achterwege moet laten. Zie bijvoorbeeld L. Parret en G. van der Wal, 'Tien jaar Verordening (EG) nr. 1/2003: een succesverhaal zonder meer?', *M&M* 2015/1.

28. Eens te meer omdat het OLG verwijst naar Europese rechtspraak als grondslag voor de toepasselijkheid van mededingingsrecht op de regelgevende activiteiten van sportbonden. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3) b) aa).

29. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3) b) aa).

30. ISU General Regulations 2014, Rule 104(14).

31. ISU General Regulations 2014, Rule 107(17).

32. HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA e.a./Commissie*, ECLI:EU:C:2000:132, par. 36-39; Gerecht 26 januari 2005, zaak T-193/02, *Laurant Piau/Commissie*, ECLI:EU:T:2005:22, par. 111.

33. ISU General Regulations 2014, Rule 102(2) en Rule 103(2). Voor schaatsers leidt deelname aan internationale wedstrijden die niet zijn opgenomen in de officiële wedstrijdkalender tot levenslange uitsluiting.

34. B. Van Rompuy, 'The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports associations', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015, nr. 2.

35. Zoals blijkt uit de in art. 102 onder a en onder b VWEU opgenomen voorbeelden. In de beginjaren van het Europees mededingingsbeleid was het zelfs onzeker of art. 102 VWEU toegepast kon worden op uitsluitingsmisbruiken. Er werd beargumenteerd dat de auteurs van het Verdrag enkel uitbuitingsmisbruiken voor ogen hadden. Zie bijvoorbeeld R. Joliet, *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, The Hague: Martinus Nijhoff 1970.

van de dominante onderneming van de markt worden verdrongen of uitgesloten.³⁶

Er zijn op zijn minst drie redenen waarom er terughoudendheid is om handhavend op te treden tegen uitbuitingsmisbruik op grond van het (Europees) mededingingsrecht. Ten eerste dient vastgesteld te worden welke prijzen of contractvoorwaarden naar alle waarschijnlijkheid zouden bestaan in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging. In de meeste gevallen is deze *benchmark* erg moeilijk te bepalen. In de literatuur bestaat vooral discussie over de beperkingen van de methoden om onbillijke (excessieve) prijzen te beoordelen, maar ook het beoordelen van de onbillijkheid van andere contractvoorwaarden is geen sinecure. Ten tweede wordt vaak verondersteld dat de uitoefening van marktmacht, zoals het vermogen om bovennormale winst te maken, ertoe zal leiden dat andere ondernemingen tot de markt toetreden. En zelfs wanneer er sprake is van hoge toetredingsdrempels zouden correctieve maatregelen zich het best richten op het verlagen van deze drempels.³⁷ Ten derde vallen schadelijke contractvoorwaarden normaal binnen het toepassingsgebied van het oneerlijke handelspraktijkenrecht of het verbintenisrecht. Daarom wordt vaak betoogd dat handhaving van het mededingingsrecht zich moet beperken tot uitbuitingsgedragingen die ook de concurrentie schaden (en niet alleen de handelspartner).³⁸

Indien we veronderstellen dat de toepassing van het verbod op onrechtmatig uitbuitingsgedrag vervat in artikel 102 VWEU substantiële marktmacht en hoge toetredingsdrempels behoeft, dan is het inmiddels al duidelijk geworden dat de markt voor de organisatie van internationale schaatswedstrijden hieraan zou voldoen. De vraag of het eenzijdig opleggen van CAS-arbitrage als contractuele voorwaarde uitbuitingsmisbruik vormt in de zin van artikel 102 VWEU, vraagt echter verdere analyse.

De toets voor het vaststellen van onbillijke contractvoorwaarden

Gelet op het geringe aantal zaken waarin artikel 102 VWEU toegepast werd op uitbuitingsmisbruik buiten de sfeer van onbillijke prijzen, ontbreekt een duidelijk beoordelingskader. Desalniettemin kunnen twee algemene principes worden afgeleid uit de Europese handhavingspraktijk betreffende uitbuiting door het opleggen van onbillijke contractvoorwaarden.³⁹

Een eerste algemeen principe is dat de eenzijdig opgelegde contractvoorwaarde de handelspartner recht-

streeks schaadt, doorgaans door diens handelsvrijheid verregaand te beperken. In *Pechstein* oordeelde het OLG dat de arbitrageclausule de vrijheid ontnemt van professionele schaatsters om hun geschillen voor te leggen aan een onafhankelijk arbitragetribunaal. Het hof redeneerde dat schaatsters, indien ze hun diensten zouden kunnen aanbieden aan een concurrerende afnemer, geen afstand zouden doen van hun fundamentele recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter. Ze doen dit alleen omdat de ISU in de praktijk de enige afnemer is van hun diensten (pure monopsonie) en ze dus een zwakke, of zelfs geen enkele, onderhandelingspositie hebben.⁴⁰

Zoals eerder besproken, stelde het OLG vast dat structurele tekortkomingen van het CAS de neutraliteit van het tribunaal ondermijnen. Het OLG meende dat de overmacht van sportfederaties in de samenstelling van de arbitragepanels mogelijk leidt tot vonnissen die de belangen van sportfederaties bevoorrechten.⁴¹ Of dit ook daadwerkelijke gevolgen had voor het CAS-vonnissen dat de dopingsanctie voor Pechstein bevestigde, onderzocht het hof niet. Hoewel het arrest op dit punt bekritiseerd wordt,⁴² valt het ernstig te betwijfelen of de materiële impact van de CAS-voorschriften aangaande de selectie en benoeming van arbiters op individuele vonnissen kan worden beoordeeld. De schade aan professionele schaatsters kan haast alleen abstract vastgesteld worden. Gelet op het feit dat (1) de meeste beroepsprocedures voor CAS betrekking hebben op geschillen over tuchtrechtelijke sancties in de vorm van tijdelijke schorsingen en (2) de risico's voor vooringenomenheid – als gevolg van de onevenwichtige invloed van de partijen op de samenstelling van arbitragepanels – systematisch zijn, kan redelijkerwijs aangenomen worden dat *in sommige gevallen* een atleet, door gebrek aan een eerlijke beroepsprocedure, ten onrechte van wedstrijden en trainingen wordt uitgesloten. Maar dit wil uiteraard niet zeggen dat verplichte CAS-arbitrage in iedere zaak schade zou berokkenen aan een atleet. Bijgevolg rijst dus wel de vraag in hoeverre misbruik bewezen kan worden geacht op basis van een hypothetische beoordeling van mogelijke schade aan de handelspartner.

Een tweede algemeen principe is dat de eenzijdig opgelegde contractvoorwaarde indruist tegen het evenredig-

36. Ook in haar richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van art. 102 VWEU beperkt de Europese Commissie zich tot uitbuitingsmisbruik.

37. Zie bijvoorbeeld R. Nazzini, *The Foundations of European Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 275-280; L.-H. Röller, 'Exploitative abuses', in: C.-D. Ehlermann en M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Portland: Hart Publishing 2008.

38. Zie bijvoorbeeld P. Akman, 'Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009.

39. Akman 2009; R. O'Donoghue en A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 849-859.

40. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3) b) bb) (3).

41. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3) b) bb) (3) aaa) a-1).

42. Zie bijvoorbeeld C. Duve en K. Ömer Rösch, 'Ist das deutsche Kartellrecht mehr wert als alle Olympiasiege?', *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2015, nr. 2; X. Favre-Bulle, 'Pechstein v. Court of Arbitration for Sport: How Can We Break the Ice?', in: C. Müller e.a. (red.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, Zurich: Schulthess 2015; N. Voser en S. Wittmer, 'The Most Recent Decision in the Pechstein Saga: Red Flag for Sports Arbitration?', *Kluwer Arbitration Blog*, 22 januari 2015.

heidsbeginsel.⁴³ Dit veronderstelt een afweging van de belangen van de overeenkomstsluitende partijen. Zolang de contractuele voorwaarde onmisbaar is voor het nastreven van een legitieme doelstelling en er geen andere, minder beperkende mogelijkheden bestaan waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt, kan de gedraging als objectief noodzakelijk en evenredig worden beschouwd.⁴⁴

Het OLG erkent dat er goede argumenten zijn om geschillen tussen professionele atleten en sportbonden te beslechten door arbitrage. Dat geschillen worden voorgelegd aan eenzelfde hogerberoepsorgaan zorgt bovendien voor uniformiteit in procedures en waarborgt gelijke kansen voor atleten. Het alternatief voor procedures bij de nationale rechter zou immers leiden tot uiteenlopende interpretaties van de regels en uitspraken.⁴⁵ Het OLG meende echter niet dat de verplichting tot arbitrage bij het CAS objectief noodzakelijk was. Onder normale concurrentievoorwaarden zouden professionele atleten alleen de bevoegdheid van een onafhankelijk arbitragetribunaal erkennen. Dit alternatief zou hun fundamentele rechten minder beperken en zorgen voor een billijker evenwicht tussen de rechten en plichten van de overeenkomstsluitende partijen.⁴⁶ Aldus concludeerde het OLG dat de ISU haar economische machtspositie had misbruikt.

Bij de handhaving van artikel 102 VWEU kan de onderneming met een machtspositie gedragingen ook rechtvaardigen op basis van efficiëntiewinsten.⁴⁷ Ook hier geldt echter de voorwaarde dat de ISU, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid en aan de hand van controleerbare gegevens, kan aanvoeren dat de verplichting tot CAS-arbitrage onmisbaar is voor de verwezenlijking van de (economische) voordelen in vergelijking tot de reguliere rechtsgang. Dit verweer zou daarom in gelijkaardige zin falen: een verplichting tot erkenning van de bevoegdheid van een onafhankelijk arbitragetribunaal zou dezelfde efficiëntiewinsten opleveren maar de belangen van de handelspartner minder schaden.

Begeeft het OLG zich op glad ijs?

De vereiste dat een overeenkomst tot arbitrage gebaseerd is op een vrijwillig keuze van de partijen is dermate fundamenteel, ook naar Zwitsers recht,⁴⁸ dat het eenzijdig opleggen van een arbitrageclausule ten gunste van een tribunaal dat onvoldoende waarborgen biedt om de onpartijdigheid van zijn arbiters te garanderen als evident onbillijk moet worden beschouwd. De monopoliepositie van de ISU creëert een zodanige economische afhankelijkheidsrelatie voor professionele schaatsers dat wilsovereenstemming louter fictief is.⁴⁹ De redenering van het OLG dat in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging Pechstein alleen de bevoegdheid van een onafhankelijk arbitragetribunaal zou hebben erkend, lijkt dan ook aannemelijk.⁵⁰

Hoewel er een rechtstreeks verband gelegd kan worden tussen de monopoliepositie van de ISU en de gedraging, is het echter niet meteen duidelijk of er hier sprake is van een mededingingsprobleem.

Zoals vermeld had het OLG naast artikel 19 GWB ook artikel 102 VWEU kunnen, en wellicht zelfs moeten, toepassen. In tegenstelling tot artikel 101 VWEU bevat de tekst van artikel 102 VWEU geen verwijzing naar de mededingingsbeperkende strekking dan wel gevolgen van de gedragingen van de dominante onderneming. Artikel 102 onder a VWEU, dat 'het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden' vermeldt als een vorm van machtsmisbruik, zegt niets over een beperking van de mededinging. Volgens Europese rechtspraak neemt dit niet weg dat een gedraging in beginsel alleen als misbruik zal worden beschouwd indien ze mededingingsversturende gevolgen kan hebben.⁵¹ In welke mate dit ook geldt in de context van uitsluitingsmisbruik door het opleggen van onbillijke (niet-prijsgerelateerde) contractvoorwaarden, waarbij rechtstreekse schade aan de handelspartner centraal staat, is

43. Zie bijvoorbeeld Commissiebeschikking 20 april 2001, zaak COMP D3/34493, DSD Duales System (DSD), punt 112 ('Er is sprake van onbillijke contractuele voorwaarden wanneer de dominante onderneming het evenredigheidsbeginsel niet in acht neemt'); Beschikking van de President van het Gerecht van 15 november 2001, zaak T-151/01, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland AG/Commissie*, par. 179; HvJ EG 27 maart 1974, zaak C-127/73, *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:25, par. 8; HvJ EG 13 juli 1989, zaak C-395/87, *Ministère public/Jean-Louis Tournier*, ECLI:EU:C:1989:319, par. 31; Gerecht 6 oktober 1994, zaak T-83/91, *Tetra Pak II*, ECLI:EU:T:1994:246, par. 140.

44. Indien de *Wouters*-proportionaliteitstest ook toegepast kan worden in de context van art. 102 VWEU, iets wat het Hof van Justitie tot dusver nog niet heeft bevestigd, zou op analoge wijze geconcludeerd worden dat er geen sprake is van misbruik indien de beperking van de handelsvrijheid van een van de partijen inherent en evenredig is aan een legitiem nagestreefde doelstelling. HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters e.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, ECLI:EU:C:2002:98, par. 97.

45. Oberlandesgericht (OLG) München, Az. U 1110/14 Kart., Urteil vom 15. Januar 2015, II. 3) bb) (2) aaa).

46. Zie, naar analogie, HvJ EG 27 maart 1974, zaak C-127/73, *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:25, par. 8 en 15.

47. HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark/Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172, par. 41-42.

48. Zie bijvoorbeeld Bundesgericht, 4A_682/2012, Urteil vom 31. May 2012; Bundesgericht, 4C_44/196, Urteil vom 31. Oktober 1996.

49. Dit wordt al langer erkend in de literatuur, zie bijvoorbeeld A. Rigozzi en F. Robert-Tissot, 'Consent in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects', in: E. Geisinger en E. Tribaldo de Mestral (red.), *Sports Arbitration: A Coach for other Players?*, Jurisnet 2015; A.M. Steingruber, 'Sports arbitration: how the structure and other features of competitive sports affect consent as it relates to waiving judicial control', *American Review of International Arbitration* 2009, nr. 1. Hier ligt dan ook het fundamentele verschil met arbitrageclausules in bijvoorbeeld consumentencontracten: consumenten hebben doorgaans, op zijn minst een beperkte, vrijheid om te kiezen voor een andere leverancier.

50. Volgens sommige commentatoren is deze aanname echter te hypothetisch, zie bijvoorbeeld P.F. Schlosser, 'Kompetenzfragen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit', *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2015, nr. 6.

51. Zie in die zin bijvoorbeeld HvJ EU 6 december 2012, zaak C-457/10 P, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc/Commissie*, ECLI:EU:C:2012:770, par. 112; HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83, par. 64; Gerecht 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin/Commissie*, ECLI:EU:T:2003:250, par. 237.

onzeker.⁵² De oudere Europese rechtspraak en beslissingspraktijk biedt aanknopingspunten om te beargmenteren dat dit niet zo is. Zo oordeelde de Commissie in haar beschikking met betrekking tot de kaartverkoop bij het Wereldbeker voetbal 1998 bijvoorbeeld dat artikel 102 VWEU ‘correct (kan) worden toegepast in situaties waarin het gedrag van een onderneming met een machtspositie de belangen van de verbruikers rechtstreeks schaadt, zonder dat er sprake is van enig gevolg voor mededingingsstructuur’.⁵³ Deze interpretatie wordt ook vandaag nog in de Duitse rechtspraak en literatuur ondersteund.⁵⁴

In een Duitse context is het aanpakken van oneerlijke handelspraktijken van dominante ondernemingen op basis van het verbod op misbruik van machtspositie niet ongebruikelijk.⁵⁵ Bovendien lieten de op nationaal mededingingsrecht gestoelde argumenten van Pechstein het OLG toe om de erkenning van het CAS-vonnis – dat werd gezien als een voortzetting van het vastgestelde misbruik betreffende de arbitrageclausule – te weigeren en zich vervolgens bevoegd te verklaren.⁵⁶ Toch blijft het afwachten of het Bundesgerichtshof (BGH), waar het beroep van de ISU tegen het arrest van het OLG momenteel hangende is, de analyse van het OLG zal bekrachtigen. Ongetwijfeld zal hierbij de vraag centraal staan hoe soepel er (nog) kan worden omgesprongen met de vereiste dat de gelaakte gedraging de

mededinging kan verhinderen. Vanuit het perspectief van alternatieve aanbieders van (internationale) arbitragediensten, die even efficiënt kunnen zijn als het CAS, zouden mogelijke concurrentieverstorende gevolgen kunnen worden aangetoond. Maar in onderhavig geval kan voor de vaststelling van eventuele concurrentieverstorende gevolgen alleen uitgegaan worden van de abstracte inschatting van potentiële schade geleden door Pechstein.

Conclusie

Als een van de weinige instrumenten om de private (over)macht van internationale sportbonden te beteugelen, heeft het (Europees) mededingingsrecht zijn potentieel al meermaals bewezen.⁵⁷ In beginsel vallen alle regelgevingsaspecten van sport immers onder het toepassingsgebied van artikel 101 en 102 VWEU.⁵⁸ Dit wil echter niet zeggen dat alle regels of praktijken van sportbonden die de handelingsvrijheid van hun leden beperken ook door de verbodsbepalingen gevat worden. Zolang de beperkingen inherent zijn aan het nastreven van een legitiem doel (dat verband houdt met de goede organisatie van de sport) en ermee in verhouding staan, worden ze niet als concurrentiebeperkend beschouwd.⁵⁹ Het mededingingsrecht legt dus een evenredigheids-toets op aan sportbonden. Ze moeten de restrictieve gevolgen van hun sportregelgeving kunnen rechtvaardigen en slechts wanneer een regel (manifest) buitensporig is, zal die de mededingingsregels schenden.

De uitspraak van het OLG moet in hetzelfde licht gezien worden. Het OLG erkent de noodzaak om internationale sportgeschillen voor te leggen aan eenzelfde hoger beroepsorgaan en geeft daarom aan dat het eenzijdig opleggen van arbitrageclausules aan atleten in principe gerechtvaardigd kan worden. Maar de verplichting tot arbitrage bij het CAS gaat verder dan wat noodzakelijk is omdat er onvoldoende garanties zijn ingebouwd ter vrijwaring van de onafhankelijkheid van het CAS.

Toch is het gebruik van het mededingingsrecht in dit geval omstreden. Het verbod op misbruik van machtspositie wordt hier toegepast teneinde fundamentele rechten, in hoofdzaak het recht op een eerlijk proces, te beschermen en schending ervan te bestraffen. Een belemmering van de uitoefening van fundamentele rechten valt echter niet noodzakelijk samen met een belemmering van de mededinging. Uit de jurisprudentie van het BGH volgt dat het opleggen van onwettige voorwaarden door een dominante onderneming uitbuitingsmisbruik kan vormen in de zin van artikel 19 lid 2 sub 4 GWB,⁶⁰ maar het is niet ondenkbaar dat het hof in

52. In het advies van de Europese Commissie overeenkomstig art. 15 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003 in een zaak voor het Hof van beroep te Antwerpen, beschikbaar op <http://ec.europa.eu/competition/court/antwerp_port_final_opinion_nl.pdf>, is de Commissie niet in staat een helder antwoord te formuleren op de vraag of contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid door een dominante aanbieder van diensten, waarbij er geen sprake is van uitsluitingseffecten, een uitbuitingsmisbruik zou kunnen zijn in de zin van art. 102 VWEU.

53. Commissiebeschikking 20 juli 1999, zaak IV/36.888, WK Voetbal 1998, punt 100. Zie ook bijvoorbeeld Gerecht 30 september 2003, gevoegde zaken T-191/98 en T-212/98 tot en met T-214/98, *Atlantic Container Line AB en anderen/Commissie*, ECLI:EU:T:2003:245, par. 1124 (‘artikel [102] van het Verdrag heeft niet slechts het oog op praktijken die een daadwerkelijke mededinging aantasten, maar ook op die welke, zoals in casu, de gebruikers rechtstreeks kunnen schaden’). Voor een overzicht van andere relevante zaken betreffende uitbuitingsmisbruik door het opleggen van onbillijke contractvoorwaarden (waarbij het niet duidelijk was of de gedragingen ook schadelijk waren voor de mededinging), zie P. Akman, ‘Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics?’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009.

54. Zie bijvoorbeeld E. Langen en H.-J. Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 2: Art. 102 AEUV, Köln: Luchterhand 2014, Rdnr 91; Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, Az. VI-U (Kart) 13/14, Urteil vom 15. Juli 2015, par. 137.

55. Zie bijvoorbeeld Bundesgerichtshof (BGH), KZR 33/04, Urteil vom 7. Februar 2006; Bundesgerichtshof (BGH), KZR 13/97, Urteil vom 22. Juli 1999. Hanns Ulrich spreekt in die zin van een schijnconflict tussen de doelstellingen van de Duitse wet op oneerlijke handelspraktijken en de Duitse mededingingswet (GWB). H. Ulrich, ‘Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?’, *EUI Working Paper Law*, No. 2005/01.

56. Eenzelfde uitkomst zou bekomen kunnen worden op basis van art. 102 VWEU, dat eveneens van openbare orde is. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Eco Swiss China Time/Benetton International*, ECLI:EU:C:1999:269. Voor discussie zie bijvoorbeeld M. van der Harst, ‘The Enforcement of CAS Arbitral Awards by National Courts and the Effective Protection of EU Law’, in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2016.

57. B. Van Rompuy, ‘The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports associations’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015, nr. 2.

58. HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04 P, *David Meca-Medina and Igor Majcen/Commissie*, ECLI:EU:C:2006:492.

59. *David Meca-Medina and Igor Majcen/Commissie*, par. 45.

60. Zie bijvoorbeeld Bundesgerichtshof (BGH), KZR-58/11, Urteil vom 6. November 2013, par. 65.

dit geval het vermeende oorzakelijke verband tussen de CAS-arbitrageclausule en schade aan Pechstein en/of de ongunstige beïnvloeding van de mededinging te zwak zal achten. Dit laatste punt brengt ook de analoge analyse onder artikel 102 VWEU aan het wankelen.

De *Pechstein*-saga is dus zeker nog niet ten einde. Om haar juridische strijd tegen de ISU succesvol te beslechten kan een steviger fundament, zoals de meer voor de hand liggende route via artikel 6 EVRM,⁶¹ nodig blijken. Maar de fundamentele waarschuwing van het OLG aan het adres van internationale sportbonden, met name dat institutionele hervormingen van het CAS zich opdringen, kan alvast niet zomaar in de wind geslagen worden.

61. Voor een dergelijke analyse, zie bijvoorbeeld R. Muresan en N. Korff, 'Sportschiedsgerichtsbarkeit: Wie weiter nach dem "Pechstein-Urteil" des Landgerichts München?', *Causa Sport* 2014, nr. 3.