

Artikel

Een onrustig bezit: de positie van poortwachters na de arresten *ESL*, *ISU* en *Royal Antwerp*

Jotte Mulder, Sebastiaan Cnossen en Ivo Barends*

Inleiding

De drie uitspraken van 21 december 2023¹ zien, om de woorden van advocaat-generaal Rantos in zijn conclusie bij het *ESL*-arrest te gebruiken, op de verenigbaarheid met het Unierecht van de 'organisatiestructuur van het moderne voetbal' en, zo volgt uit *ISU*, op de organisatiestructuur van professionele sportbeoefening in algemenere zin.

De uitspraken bieden in de eerste plaats houvast omtrent de toepassing van het juridische kader ten aanzien van de bevoegdheid van sportbonden om regels vast te stellen die zien op de voorafgaande goedkeuring van concurrerende competities.

De uitspraken zijn echter niet alleen van belang voor de organisatiestructuur van sportcompetities. Verwacht mag worden dat ook organisatiestructuren die worden vormgegeven door poortwachters in andere economische sectoren, zoals de ecosystemen van Big Tech (kunnen) worden geraakt. Het Hof van Justitie onderstreept daarbij, met name in *ESL* en *ISU*, het belang van gelijke kansen in een context waarin een onderneming de

macht heeft verkregen of gekregen om te bepalen welke andere ondernemingen in staat zijn om concurrerende activiteiten uit te oefenen en om de voorwaarden vast te stellen waaronder deze activiteit kan worden uitgeoefend.

Daarmee ontstaat een belangenconflict en dit verschaft de betreffende onderneming een mogelijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten, doordat zij hun de toegang tot de betrokken markt kan ontzeggen of de eigen activiteiten kan begunstigen. In de uitspraken benadrukt het Hof van Justitie binnen deze context veelvuldig het belang van economische vrijheid, als ware het een publiek goed, en meer in het bijzonder de randvoorwaarde om die vrijheid uit te kunnen oefenen op basis van een gelijk speelveld. Daarmee passen de uitspraken goed in een ordoliberalen traditie van de rechtspraak het Hof van Justitie, waarin de nadruk wordt gelegd op de bescherming van het concurrentieproces (*performance competition*) als een zelfstandig doel van het Europese mededingingsrecht.²

De bevoegdheid die het meest onder het vergrootglas ligt, is voornamelijk die van de UEFA. Het Hof van Justitie heeft in *ESL* de weg geplaveid voor partijen die nieuwe competities aan willen bieden op de voetbalmarkt in Europa. De oorspronkelijke versie van de Superleague betrof een 'gesloten' competitie die ook binnen de door het Hof van Justitie voorgestane criteria in beginsel verboden zou moeten kunnen worden en dat plan is inmiddels ook 'dead in the water', maar de stimulans om het

57

* Dr. mr. J. Mulder is werkzaam als advocaat bij Pels Rijcken. Mr. drs. S.H.G. Cnossen is werkzaam als advocaat bij Pels Rijcken. Mr. I.D.W. Barends is werkzaam als advocaat bij Pels Rijcken.

1 HvJ EU 21 december 2023, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (*Royal Antwerp Football Club*) (*Royal Antwerp*); HvJ EU 21 december 2023, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (*International Skating Union/Commissie*) (*ISU*); HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company*) (*ESL*).

2 HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 38; concl. A-G J. Kokott 23 februari 2006, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2006:133 (*British Airways*), punt 68; HvJ EG 21 februari 1973, C-6-72, ECLI:EU:C:1973:22 (*Continental Can*), r.o. 26.

monopolie van de UEFA uit te dagen en alternatieve competities te introduceren is na deze uitspraken niet verdwenen. Op de dag van de uitspraak van het Hof van Justitie publiceerde de organisatie achter Superleague al een nieuw voorstel. In dit nieuwe voorstel worden 64 clubs verdeeld over drie competities, zonder vaste deelnemers met een promotie- en degradatiesysteem gebaseerd op sportieve prestaties. Daarnaast zijn in het voorstel regels opgenomen over financiële solidariteit, waarbij volgens de organisatie meer dan twee keer zo veel geld wordt verdeeld als bij de huidige Europese competities. Op de website stelt de organisatie: ‘The new European Super League Proposal will increase solidarity payments for grassroots and non-participating clubs to 8% of League revenues with a minimum payment of €400m, exceeding by more than double the amount distributed from the current pan-European competitions.’ Vooralnog steunen alleen de Spaanse topclubs FC Barcelona en Real Madrid het nieuwe voorstel publiekelijk. Een groot aantal andere Europese topclubs, waaronder bijvoorbeeld Manchester United FC, FC Bayern München en de clubs uit de Premier League, hebben uitgesproken zich te blijven committeren aan de Europese competities van de UEFA. Zij zien het voorstel als een aanval op de nationale competities en de structuur van het Europese voetbal.

Wat daarvan ook zij, de uitspraken van het Hof van Justitie vormen het startschot voor een volgend debat dat de UEFA en de FIFA mogelijk moeilijk zullen kunnen winnen. Daarop reflecteren wij verder in het commentaar.

Wij bespreken eerst de relevante feiten en rechtsoverwegingen in de drie uitspraken.

De feiten (en vragen aan het Hof van Justitie)

European Superleague Company

De FIFA en de UEFA³ organiseren internationale professionele voetbalcompetities in Europa. European Superleague Company (ESLC) is een bedrijf dat het voornemen heeft een Europese voetbalcompetitie op te richten onafhankelijk van de UEFA, de European Super League (ESL). De FIFA heeft daarop in een verklaring gereageerd dat zij de ESL niet zal erkennen en gewaarschuwd dat elke speler of club die meedoet aan de ESL zal worden uitgesloten van de competities die worden georgani-

3 De Fédération Internationale de Football Association (FIFA) is een privaatrechtelijke vereniging die, onder meer, internationale voetbalcompetities organiseert, de reglementen van het voetbalspel opstelt en toeziet op de handhaving daarvan. De Union of European Football Associations (UEFA) is een privaatrechtelijke vereniging en is een organisatie van de FIFA, zij is het controlerend orgaan voor voetbal tussen Europese teams, vertegenwoordigt de nationale voetbalbonden van Europa en organiseert internationale clubcompetities in Europa, zoals de UEFA Champions League, UEFA Europa League en de UEFA Europa Conference League. Daarnaast beheert de UEFA de prijzengelden, regels en mediarechten voor haar eigen competities.

seerd door de FIFA en de bij haar aangesloten bonden. De UEFA heeft deze verklaring onderschreven. ESLC voert voor de Spaanse commerciële rechtbank van Madrid aan dat het gedrag van de FIFA en de UEFA in strijd is met artikel 101 en 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het vrij verkeer van diensten. De Spaanse rechtbank ziet daarop aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen.

Royal Antwerp

UL is een Israëliisch-Belgische professionele voetballer die een aantal jaren heeft gevoetbald bij Royal Antwerp FC, een voetbalclub in de Belgische Pro League. Op grond van de regels van de UEFA en de Belgische voetbalbond KBVB zijn voetbalclubs die aan hen zijn verbonden verplicht een minimumaantal *home grown players* (HGP's) op te nemen in hun selectie en op hun wedstrijdformulieren. Het gaat daarbij in essentie om spelers die een aantal jaren aan een Belgische club verbonden zijn geweest voordat zij een bepaalde leeftijd hebben bereikt.⁴

UL, die niet kwalificeert als HGP, en Royal Antwerp betogen dat de HGP-regels in strijd zijn met het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU) en met het kartelverbod (art. 101 VWEU). De Belgische nationale rechter twijfelt en stelt hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

International Skating Union

International Skating Union (ISU) is een privaatrechtelijke vereniging die zichzelf omschrijft als de enige sportfederatie erkend door het Internationaal Olympisch Comité op het gebied van schaatsen. De ISU reguleert schaatswedstrijden die zij ook organiseert. Op basis van de ISU-regels moet toestemming worden gevraagd om buiten de ISU om schaats evenementen te organiseren. ISU bepaalt daarnaast, onder straffe van een levenslange verbanning van de door de ISU georganiseerde evenementen, of de bij haar aangesloten schaatsers mogen deelnemen aan de door haar goedgekeurde evenementen. Schaatsers zijn, indien zij het niet eens zijn met een beslissing van de ISU, verplicht om geschillen in arbitrage voor te leggen aan het Hof van Arbitrage voor Sport (CAS), gevestigd in het Zwitserse Lausanne.

Mark Tuitert en Niels Kerstholt zijn voormalige Nederlandse schaatsers. Zij hebben bij de Europese Commissie (Commissie) een klacht ingediend tegen de (goed-

4 Op grond van de regels van de UEFA mogen profvoetbalclubs die deelnemen aan de internationale clubcompetities van de UEFA op hun wedstrijdformulier maximaal 25 spelers inschrijven, van wie minimaal acht tussen de leeftijd van 15 en 21 jaar gedurende minstens drie jaar zijn opgeleid door een club die bij dezelfde nationale voetbalbond is aangesloten, waarvan minimaal vier door de club zelf. Op grond van de regels van de KBVB mogen er op de selectielijst maximaal 25 spelers worden opgenomen, van wie er minimaal acht voor hun 23ste levensjaar minstens drie volledige seizoenen gekwalificeerd zijn geweest voor een club in België, van wie minimaal drie spelers voor hun 21e levensjaar. Op hun wedstrijdblad moeten Belgische profclubs minimaal zes spelers opnemen die voor hun 23e levensjaar minimaal drie volledige seizoenen gekwalificeerd zijn geweest voor een club in België, van wie minimaal twee spelers voor hun 21e levensjaar. Zie: *Royal Antwerp*, r.o. 6-12.

keurings)regels van de ISU. Zij betogen dat de regels in strijd zijn met artikel 101 en 102 VWEU omdat zij ertoe leiden dat de ISU potentiële concurrenten zoals andere organisatoren van schaatsevenementen van de markt kan weren en anderzijds de mogelijkheid voor schaatser beperkt om aan die schaatsevenementen deel te nemen. De Commissie oordeelt na een onderzoek dat de ISU-regels in strijd zijn met het kartelverbod en dat de arbitrageregels de inbreuk versterken. De Commissie legt echter geen boete op. De ISU heeft beroep ingesteld bij het Gerecht, dat de Commissie, behalve op het punt van de arbitragegels, in het gelijk stelt. Tegen die uitspraak heeft de ISU beroep ingesteld bij het Hof van Justitie.

Relevante overwegingen

De overwegingen van het Hof van Justitie overlappen significant tussen de drie uitspraken. Hieronder zullen de relevante overwegingen dan ook per onderwerp uiteen worden gezet.

Sportbeoefening en het Unierecht

Allereerst onderstreept het Hof van Justitie dat sportbeoefening binnen het toepassingsgebied van Unierechtelijke bepalingen valt, voor zover het daarbij gaat om de uitoefening van een economische activiteit.⁵ Slechts specifieke regels die uitsluitend zijn vastgesteld om niet-economische redenen en die enkel betrekking hebben op kwesties waarbij het om de sport als zodanig gaat, kunnen hiervan worden uitgezonderd.⁶ Een voorbeeld hiervan zijn regels die spelers van nationaliteit A uitsluiten van deelname aan het landenteam van land B.

De rol van artikel 165 VWEU

Op grond van artikel 165 VWEU draagt de Unie bij aan de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken. Volgens het Hof van Justitie is artikel 165 VWEU, gelet op de tekst en het feit dat het is opgenomen in het derde deel van het VWEU, geen *cross-cutting*, algemeen toepasselijke bepaling.⁷ Een dergelijke bepaling moet daarom niet dwingend in aanmerking worden genomen bij de toepassing van de regels van het vrij verkeer en de mededingingsregels. Wel kan met artikel 165 VWEU rekening worden gehouden bij de uitleg van de onderdelen van deze regels.⁸ Artikel 165 VWEU leidt dan ook, anders dan advocaat-generaal Rantos had voorgesteld, niet tot een 'speciale behandeling' van sport dan wel dat sport wordt uitgesloten van toepassing van het Unierecht.⁹

5 Royal Antwerp, r.o. 53; ISU, r.o. 91; ESL, r.o. 83.

6 Royal Antwerp, r.o. 54; ISU, r.o. 92; ESL, r.o. 84.

7 Royal Antwerp, r.o. 68; ESL, r.o. 100.

8 Royal Antwerp, r.o. 69; ESL, r.o. 101.

9 Royal Antwerp, r.o. 69; ESL, r.o. 101.

Misbruik in de zin van artikel 102 VWEU

Artikel 102 VWEU verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt. Om te bepalen of een ondernemingsvereniging misbruik maakt van een machtspositie indien zij zichzelf regelgevende, controlerende en sanctiebevoegdheden toekent die haar in staat stellen te bepalen of en onder welke voorwaarden potentieel concurrerende ondernemingen kunnen toetreden tot de markt waarop deze vereniging zelf ook economisch actief is, haalt het Hof van Justitie nadrukkelijk inspiratie uit zijn zogenoemde '106-jurisprudentie'.¹⁰ Het Hof van Justitie oordeelt dat deze bevoegdheden, ongeacht of deze voortkomen uit door lidstaten toegekende exclusieve rechten of voortkomen uit private marktmacht dan wel door een beslissing van een ondernemersvereniging, enkel aan een onderneming kunnen worden toegekend onder de voorwaarde dat de bevoegdheden worden uitgeoefend op basis van inhoudelijke criteria die transparant, duidelijk en nauwkeurig zijn, zodat de bevoegdheden niet willekeurig kunnen worden gebruikt.¹¹ Daarbij moeten de criteria vooraf duidelijk toegankelijk zijn en moet er effectief beroep openstaan tegen de uitoefening van de bevoegdheden.¹² Tot slot moeten de criteria ervoor zorgen dat de bevoegdheden zonder onderscheid worden uitgeoefend, zodat de voorwaarden voor derden niet verschillen van de voorwaarden voor (leden van) de besluitvormende entiteit.¹³ Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan levert dit, *by its very nature*, misbruik van machtspositie op in de zin van artikel 102 VWEU,¹⁴ gelezen in samenhang met artikel 106 VWEU.¹⁵

Doelbeperking in de zin van artikel 101 VWEU

Gedrag dat ertoe strekt de mededinging te beperken is verboden op grond van artikel 101 lid 1 VWEU. Het Hof van Justitie memoreert in *ISU* en *ESL* in dit verband de klassieke voorbeelden van zogenoemde doelbeperkingen zoals prijs- en marktverdelingsafspraken en haalt de vaste jurisprudentie aan waaruit blijkt dat op grond van onderzoek naar de economische en juridische context waarin een gedraging moet worden geplaatst, moet worden bepaald of sprake is van een doelbeperking of dat de gedraging kan worden gerechtvaardigd door het nastreven van een of meer legitieme doelstellingen van algemeen belang die als zodanig niet mededingingsverstrend zijn.¹⁶ Wanneer blijkt dat het concrete gedrag waarmee die doelstellingen worden nagestreefd daar werkelijk toe noodzakelijk is – zo was breed de consensus¹⁷ – en niet verder gaat dan noodzakelijk, kan dit ge-

10 Zie HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*); HvJ EG 13 december 1991, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*GB-Inno-BM*); HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*).

11 *ISU*, r.o. 131; *ESL*, r.o. 135.

12 *ISU*, r.o. 131; *ISU*, r.o. 134; *ESL*, r.o. 135.

13 *ISU*, r.o. 133; *ESL*, r.o. 135.

14 *ISU*, r.o. 127; *ESL*, r.o. 148.

15 *ESL*, r.o. 135.

16 *ISU*, r.o. 105; *ESL*, r.o. 165.

17 S.F.M. Vollerling & T.D.O. van der Vijver, 'API, een noot over mededingingsbeperkingen en overheden', *NtEr* 2015, afl. 5, p. 148-153; J.W. van de Gron-

drag, op grond van de *Wouters*-exceptie,¹⁸ worden uitgesloten van toepassing van het kartelverbod. Het Hof van Justitie oordeelt nu echter dat de *Wouters*-exceptie niet kan worden toegepast op gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken en dus niet van toepassing is op doelbeperkingen.¹⁹ Het Hof van Justitie refereert in dit verband aan zijn overwegingen uit het arrest *MOTOE*,²⁰ waarin het, zonder dat specifiek te benoemen maar naar eigen zeggen wel impliciet en voldoende duidelijk, had geoordeeld dat de *Wouters*-exceptie niet van toepassing is op gedragingen die naar hun aard inbreuk maken op artikel 102 VWEU. Vanwege de vereiste coherente uitleg van artikel 101 en 102 VWEU, geldt dit (nu) ook ten aanzien van gedragingen die als doelbeperking kwalificeren.²¹ Doelbeperkingen kunnen als gevolg van deze ‘herijking’ van *Wouters* dan ook enkel worden gerechtvaardigd met een geslaagd beroep op artikel 101 lid 3 VWEU.²²

Vervolgens oordeelt het Hof van Justitie over de vraag of een ondernemersvereniging in strijd handelt met het kartelverbod indien zij zichzelf regelgevende, controlerende en sanctiebevoegdheden toekent die haar in staat stellen te bepalen of en onder welke voorwaarden potentieel concurrerende ondernemingen kunnen toetreden tot de markt waarop deze vereniging zelf ook economisch actief is. Onder verwijzing naar de overwegingen inzake artikel 102 VWEU oordeelt het Hof van Justitie dat het hanteren van regels op basis waarvan een partij kan bepalen welke potentiële concurrenten tot haar markt toetreden, zonder dat de regels een *framework* van transparante, objectieve en non-discriminatoire criteria bevatten op basis waarvan de uit deze bevoegdheid wordt uitgeoefend, kwalificeert als een doelbeperking in de zin van artikel 101 VWEU.²³

Arbitrageregels

In de *ISU*-zaak speelde tot slot de vraag of de arbitrage-regels van de ISU de kartelinbreuk zoals vastgesteld door de Commissie ‘versterkten’. Ten aanzien van de arbitrageregels herhaalt het Hof van Justitie het adagium dat het particuliere partijen op zich vrijstaat om een overeenkomst aan te gaan teneinde geschillen aan arbitrage te onderwerpen in plaats van die voor te leggen aan de nationale rechter. In dat kader kan de doeltreffendheid van de arbitrageprocedure rechtvaardigen dat de rechterlijke toetsing van arbitrale vonnissen wordt beperkt.²⁴ Volgens het Hof van Justitie is het echter niet toegestaan dat de door sportbonden vastgestelde arbitrageregels de uitoefening van EU-rechten beperken. In dat verband is van belang dat een rechterlijke toet-

sing in ieder geval moet zien op de vraag of een arbitraal vonnis in overeenstemming is met de ‘fundamental provisions that are a matter of EU public policy’, waaronder de mededingingsregels. Dat geldt in het bijzonder wanneer, zoals bij de ISU-arbitrageregels het geval, de CAS-arbitrage eenzijdig aan sporters wordt opgelegd.²⁵ Het Hof van Justitie maakt duidelijk dat het fundamentele belang van de mogelijkheid van een effectieve rechterlijke toetsing alleen gewaarborgd is als zaken die verband houden met het EU-mededingingsrecht door een bevoegde EU-rechtbank worden beoordeeld. Dat betekent dat geschillen over de beoefening van een sport als economische activiteit die op grond daarvan onder het EU-recht vallen, niet kunnen worden onderworpen aan CAS-arbitrage, aangezien de beslissingen van CAS openstaan voor toetsing door het Zwitserse Federale Tribunaal.²⁶

Uitkomsten

European Superleague Company

Het Hof van Justitie oordeelt dat regels op basis waarvan de FIFA en de UEFA kunnen bepalen welke potentiële concurrenten tot haar markt toetreden, zonder dat deze regels een *framework* van transparante, objectieve, en niet-discriminerende criteria bevatten op basis waarvan de uit deze regels voortvloeiende bevoegdheden worden uitgeoefend, een inbreuk vormen op artikel 102 VWEU. De benadering onder artikel 102 VWEU wordt doorgetrokken naar artikel 101 VWEU en artikel 56 VWEU, waardoor ook sprake is van een inbreuk op die bepalingen.

Royal Antwerp

Op grond van bovenstaande overwegingen komt het Hof van Justitie tot het oordeel dat het aan de verwijzende rechter is om te bepalen of de regels van de UEFA en de KBVB naar hun aard zodanig schadelijk voor de mededinging kunnen worden geacht dat zij ertoe strekken deze te beperken. Daarbij moet de nationale rechter er rekening mee houden dat de regels een van de essentiële aspecten van de mededinging beperken, namelijk het contracteren van talentvolle spelers. Deze beperking heeft zowel invloed op de *upstream*-markt, die wordt gevormd door de markt voor spelers, als op de *downstream*-markt, die wordt gevormd door de clubcompetities. Daarnaast stelt het Hof van Justitie vast dat de regels op het eerste gezicht inbreuk maken op het vrije verkeer van werknemers, aangezien zij profvoetballers benadelen die actief zijn op het grondgebied van een lidstaat die niet hun land van herkomst is. In het kader van deze vrijverkeerstoets geeft het Hof van Justitie nadrukkelijk mee dat moet worden nagegaan of de regels geschikt

den. ‘De ontwikkeling van de *Wouters*-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht’, *SEW* 2015, afl. 11, p. 523-528.

18 HvJ EG 19 februari 2002, C-303/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), r.o. 97.

19 *Royal Antwerp*, r.o. 115; *ISU*, r.o. 113; *ESL*, r.o. 186.

20 *ESL*, r.o. 186, onder verwijzing naar HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*).

21 *ESL*, r.o. 186.

22 *ISU*, r.o. 114.

23 *ISU*, r.o. 128; *ESL*, r.o. 178.

24 *ISU*, r.o. 193.

25 Waarmee de zaak zich ook onderscheidt van de zaken als HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:27 (*Eco Swiss/Benetton*), waarin het ging om arbitrage gegrond ‘op de autonomie van de betrokken partijen’; HvJ EU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Achmea*), r.o. 54.

26 *ISU*, r.o. 221-231.

zijn om het doel van het aantrekken en opleiden van jonge spelers op lokaal niveau aan te moedigen, te verzevenlijken. Daarbij is het Hof van Justitie duidelijk kritisch over het feit dat ‘alle jonge spelers die door enigerlei bij de betrokken nationale voetbalbond aangesloten club zijn opgeleid’ over één kam worden geschoren, omdat dit ertoe lijkt te leiden dat de clubs met ruimere financiële middelen in de praktijk helemaal ‘geen reële en belangrijke stimulansen’ hebben om jonge spelers aan te trekken en *zelf* op te leiden. De daadwerkelijke investeringen in de opleiding van jonge spelers zullen immers op lokaal niveau plaatsvinden en vooral worden gedaan door kleine clubs, eventueel in samenwerking met andere clubs uit dezelfde regio. In zoverre stelt het Hof van Justitie dus op voorhand al vraagtekens bij de sociale en educatieve functie van de HGP-regels. Het is evenwel aan de nationale rechter om te oordelen of inderdaad geen sprake is van een voldoende rechtvaardiging.

ISU

In *ISU* oordeelt het Hof van Justitie dat de regels in kwestie geen voldoende transparante, objectieve en niet-discriminerende criteria bevatten en dat de regels er daarmee toe strekken de mededinging te beperken in de zin van artikel 101 VWEU. Ten aanzien van de arbitrageregels oordeelt het Hof van Justitie dat, nu met het (moeten) volgen van CAS-arbitrage de Europese mededingingsregels niet voor effectieve toetsing openstaan, de Commissie terecht heeft kunnen concluderen dat die regels in dit geval de verstoring van de mededinging versterkten. Het Commissiebesluit blijft daarmee in stand.

Commentaar

De reeds gememoreerde woorden van advocaat-generaal Rantos in zijn conclusie bij het *ESL*-arrest omtrent het belang van deze zaak voor de ‘organisatiestructuur van het moderne voetbal’ zijn de enige dictaten van de advocaat-generaal waar het Hof van Justitie zich door heeft laten inspireren. De rest van de conclusie van de advocaat-generaal wordt in belangrijke mate door het Hof van Justitie genegeerd. De advocaat-generaal stelde namelijk in de eerste plaats een nieuwe benadering voor aan het Hof van Justitie waarin artikel 165 VWEU het Europese sportmodel in feite zou ‘constitutionaliseren’ en dat het VWEU dienovereenkomstig een hoge mate van bescherming bood aan de sportieve status quo waarin dat Europese sportmodel vorm heeft gekregen.²⁷ In zijn arresten van 21 december 2023 negeert het Hof van Justitie grotendeels deze suggestie van de advocaat-generaal en geeft het de voorkeur aan een veel terughoudender interpretatie van de mate waarin het EU-recht het specifieke karakter van sport respecteert. Het

Hof van Justitie volgt de conclusie van de advocaat-generaal in *ESL* uiteindelijk dan ook enkel op het punt dat (in ieder geval) competities die niet gebaseerd zijn op *sporting merit* (sportieve verdienste) kunnen worden verboden. De UEFA heeft op die basis het recht en de mogelijkheid om op te treden als poortwachter die de verantwoordelijkheid heeft om een model te verdedigen dat gebaseerd is op sportieve verdienste. Het betekent evenwel ook dat UEFA’s eigen competities moeten zijn gebaseerd op datzelfde uitgangspunt.²⁸ Hoewel het Hof van Justitie benadrukt in de *ESL*-uitspraak niet te zijn gevraagd zich uit te spreken over de EU-rechtelijke verenigbaarheid van het Super League-project zelf,²⁹ maakt het Hof van de gelegenheid gebruik door een duidelijk kaderstellend arrest te wijzen waarin helder doorklinkt wat het Hof wel of niet acceptabel acht.

In de kern komen de drie uitspraken erop neer dat de internemarktregels over de gehele linie worden geschonden op het moment dat de bevoegdheid tot voorafgaande goedkeuring door een ‘poortwachter’ niet wordt beheerst door transparante, duidelijke en precieze inhoudelijke criteria, die het mogelijk maken te voorkomen dat een dominante onderneming met een conflicterend eigenbelang willekeurig gebruikmaakt van die bevoegdheid. De criteria moeten dus geschikt zijn om een niet-discriminerende uitoefening van de poortwachtersbevoegdheid te waarborgen en een doeltreffende toetsing daarvan mogelijk maken. De uitspraken, vooral die in *ESL*, zijn doorspekt met verwijzingen naar *governance*-voorwaarden als dé kenmerken voor de legitimiteit van een systeem van voorafgaande goedkeuring.³⁰

Dezelfde uitgangspunten gelden volgens het Hof van Justitie onverkort voor de toepassing van artikel 102 VWEU, artikel 101 VWEU en artikel 56 VWEU. De verplichtingen die volgen uit het mededingingsrecht en de vrijverkeersregels luiden op dit punt dus unisono. Het Hof van Justitie wijst erop dat dergelijke voorwaarden in overeenstemming zijn met staande jurisprudentie in verschillende economische sectoren.³¹ Al met al is de boodschap van het Hof van Justitie helder: *good governance* (transparantie, non-discriminatie, enz.) is een Unierechtelijk vereiste voor sportbonden die een poortwachtersfunctie vervullen. Het Hof van Justitie beperkt zijn overwegingen nadrukkelijk niet tot sport. Deze vereisten kunnen volgens het Hof van Justitie zien op elke situatie waarin een onderneming(svereniging) de ‘poorten van een economische activiteit’ bewaakt.³² Hierna gaan wij achtereenvolgens nader in op (1) de legitimiteit van de poortwachtersbevoegdheid en de relevantie in dat verband van de ‘106-rechtspraak’, (2) de conceptuele ‘verwarring’ die is ontstaan ten aanzien van

27 Concl. A-GA. Rantos 15 december 2022, C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993 (*ESL*), punt 30, 34-35.

28 *ESL*, r.o. 151.

29 *ESL*, r.o. 80.

30 *ESL*, r.o. 88, 134-136, 147-148, 151-152, 175, 177, 178, 179, 203, 254-255; *Royal Antwerp*, r.o. 57; *ISU*, r.o. 127, 133.

31 *ESL*, r.o. 133; *ISU*, r.o. 125; HvJ EG 13 december 1991, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*GB-Inno-BM*), r.o. 25; HvJ EG 12 februari 1998, C-163/96, ECLI:EU:C:1998:54 (*Raso e.a.*), r.o. 89 en 29.

32 *ESL*, r.o. 135-138; *ISU*, r.o. 125-127.

de *Wouters*-route, alsook de rechtvaardiging op grond van artikel 101 lid 3 VWEU, (3) de convergentie van de mededingingsregels en de regels inzake vrij verkeer en (4) de overwegingen van het Hof van Justitie in *ISU* over CAS-arbitrage. Wij sluiten af met een slotbeschouwing.

De legitimiteit van de poortwachtersbevoegdheid en de relevantie van de ‘106-rechtspraak’

De poortwachtersbevoegdheid die de UEFA, ISU en andere sportbonden hebben, ziet op de bevoegdheid de voorwaarden te bepalen waaronder potentieel concurrerende ondernemingen de markt voor het aanbieden van sportcompetities kunnen betreden. Voor de vraag wanneer de uitoefening van die poortwachtersbevoegdheid in strijd komt met de mededingingsregels, leunt het Hof van Justitie als gezegd in belangrijke mate op de zogenoemde ‘artikel 106³³ (jo. 102 VWEU)-jurisprudentie’. Die jurisprudentie gaat in essentie om de vraag onder welke voorwaarden een overheid exclusieve rechten mag toekennen en onder welke omstandigheden dit mogelijk misbruik oplevert in de zin van artikel 102 VWEU.

Onder verwijzing naar die jurisprudentie maakt het Hof van Justitie kort gezegd duidelijk dat wanneer ook een onderneming zichzelf in de positie bevindt dat zij in staat is om potentiële concurrenten de toegang tot de markt te kunnen ontzeggen c.q. de voorwaarden te bepalen waaronder die markttoegang wordt verkregen als gevolg van private marktmacht, deze macht/bevoegdheidsuitoefening moet worden afgebakend ‘door transparante, duidelijke en nauwkeurige materiële criteria (...), zodat willekeur bij de benutting ervan wordt voorkomen’.³⁴ In *ISU* oordeelt het Hof van Justitie dat, ‘unless it is subject to restrictions, obligations and review such as to prevent the risk of abuse of a dominant position, such a power, where it is conferred on an undertaking in a dominant position, infringes, by its very existence, Article 102 TFEU’, en ‘as appropriate’ (dat wil zeggen in combinatie met een overheidsmaatregel) in strijd met artikel 102 jo. 106 VWEU.³⁵ Aangezien artikel 101 en 102 VWEU consistent moeten worden geïnterpreteerd,

wordt deze benadering ook doorgetrokken naar de uitleg van artikel 101 lid 1 VWEU.³⁶

De verwijzingen naar de artikel 106-rechtspraak roepen bij sommige auteurs enige verontwaardiging en verbazing op.³⁷ Die lijkt primair voort te komen uit een achterliggend idee dat de artikel 106-jurisprudentie zich alleen maar tot lidstaten (of op zijn best: tot quasiregulerende instanties) zou richten en *thus* niet van betekenis zou (kunnen) zijn voor gedragingen van ondernemingen met private marktmacht. Soms wordt gesteld dat op grond van de artikel 106-jurisprudentie andere, strengere, eisen zouden gelden voor publieke ondernemingen dan voor private ondernemingen.³⁸ Dat wordt dan weer gerechtvaardigd, zo is de gedachte, door het idee dat het de overheid is die de exclusiviteit in het leven roept, daar waar private dominantie (zo lijkt vervolgens de redenering) op ‘eigen kracht’ tot stand is gekomen. De ‘strengere’ (non-discriminatie-)eisen zouden een logisch gevolg zijn van het overheidsingrijpen in de markt.³⁹ Een en ander zou ook betekenen dat de artikel 106-jurisprudentie niet zomaar zou kunnen worden geëxtrapoleerd naar private context. Volgens ons gaat deze (dogmatische) kritiek echter uit van een aantal onjuiste uitgangspunten.

Daarbij is het allereerst goed kort stil te staan bij de (achtergrond van de) artikel 106-jurisprudentie. Een toets aan artikel 106 VWEU jo. de mededingingsregels komt in de praktijk bijna altijd neer op een toets op grond van artikel 106 jo. artikel 102 VWEU.⁴⁰ Bij die toets geldt als uitgangspunt dat het enkele feit dat een machtspositie wordt gecreëerd doordat bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 106 lid 1 VWEU worden verleend, als zodanig niet verboden is. Een lidstaat handelt slechts in strijd met artikel 106/102 VWEU

33 Art. 106 VWEU is een wat ambigue bepaling. Enerzijds volgt uit art. 106 lid 1 VWEU dat lidstaten met betrekking tot ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen geen maatregelen nemen die in strijd komen met het VWEU (waarbij in essentie moet worden gedacht aan de mededingingsregels en de regels voor vrij verkeer). Anderzijds geldt op grond van art. 106 lid 2 VWEU dat ondernemingen die zijn belast met een DAEB slechts onder die regels vallen ‘voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert’.

34 *ESL*, r.o. 135.

35 *ISU*, r.o. 127 (Nederlandse taalversie van het arrest niet beschikbaar).

36 Dat was ook de benadering van de Commissie in haar besluit inzake *ISU*. Dat besluit is in belangrijke mate gebaseerd op de uitspraak in *MOTOE*. Het feit dat de Europese Commissie ervoor heeft gekozen geen boete op te leggen, onderstreept evenwel het feit dat dit geen vanzelfsprekendheid is. Zie in dit verband ook A. Duval & B. van Romuy, ‘Taking EU (Competition) Law outside of the Court of Arbitration for Sport (Case C-124/21 P International Skating Union v Commission)’, www.eulawlive.com, 12 februari 2024.

37 G. Monti, ‘EU Competition Law after the Grand Chamber’s December 2023 Sports Trilogy: European Superleague, International Skating Union and Royal Antwerp FC’, TILEC discussion paper 7 januari 2024, SSRN 4686842; A. Lamadrid & P. Ibáñez Colomo, ‘On Superleague and ISU: the expectation was justified (and EU competition law may be changing before our eyes)’, chillingcompetition.com, 21 december 2023.

38 Deze gedachtegang komt het meest expliciet tot uiting in het artikel van de Britse advocaat Édouard Bruc (‘*Google Shopping* and article 106 TFEU: A legal dystopia in the EU constitutional order’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2023, nr. 6). Volgens hem volgt uit de art. 106-jurisprudentie een ‘sterner legal standard than is usually the case for companies’ waarop art. 102 VWEU van toepassing is. Hij vervolgt: ‘As a result, these distinguishable legal instruments [dat wil zeggen art. 106 VWEU en art. 102 VWEU] cannot be blindly equated or interchanged.’ Hij verwijft het Gerecht vervolgens dat het met zijn verwijzingen naar art. 106-jurisprudentie in *Google Shopping* en vervolgens *ISU* ‘chaos on the EU legal order’ toebrengt. Het zou gaan om ‘faux pas [that] turn the EU constitutional order on its head’. Zie ook, zij het iets minder stellig: Monti 2024; P. Ibáñez Colomo, ‘Will article 106 TFEU case law transform EU competition law?’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, nr. 6, p. 385-386.

39 Monti 2024; Lamadrid & Ibáñez Colomo 2023.

40 Uitzondering is dan weer het arrest HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*).

indien 'de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht'.⁴¹ Dat is aan de orde wanneer een lidstaat een risico van misbruik van een machtspositie doet ontstaan (ongeacht of daadwerkelijk misbruik plaatsvindt of heeft plaatsgevonden).⁴² Dat risico op misbruik kan, volgens vaste rechtspraak,⁴³ aan de orde zijn wanneer een exclusief recht leidt tot ongelijke mededingingsvoorwaarden in die zin dat een partij met een bijzonder of uitsluitend recht haar machtspositie op een andere markt in stand kan houden, bijvoorbeeld door nieuwe toetredingen daarop te belemmeren, te versterken of uit te breiden, waardoor de mededinging wordt beperkt en hiervoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat. Een loot uit de stam van deze artikel 106-rechtspraak is bovendien dat als een lidstaat een onderneming in de situatie brengt dat zij een 'conflict of interest'⁴⁴ heeft – dat wil zeggen wanneer die onderneming belast is met een bevoegdheid waarbij de uitoefening leidt tot tegenstrijdige belangen die als gevolg kunnen hebben dat derden 'onterecht' van de markt worden geweerd, waardoor de mededinging op die markt zou worden vervalst – dit in strijd is met artikel 106 jo. 102 VWEU. In die zaken, die naadloos passen in wat kan worden geduid als de ordoliberalistische traditie van het Hof van Justitie, laat het Hof van Justitie niet na om het belang van gelijke kansen en tussen ondernemingen en het beginsel van mededinging op basis van verdienste te benadrukken.

Crux is dat als de ongelijkheid van kansen wordt veroorzaakt door een overheidsmaatregel, artikel 106 VWEU in beeld komt. Maar de artikel 106-rechtspraak laat ook duidelijk zien dat het Hof van Justitie doorgaans steeds voor ogen gehad heeft gehad dat, wil artikel 106 VWEU überhaupt in beeld komen, (het risico op) een bepaalde gedraging als zodanig moet kunnen kwalificeren als een inbreuk op artikel 102 VWEU. Pas als dat het geval is, komt inbreuk van artikel 106 jo. 102 VWEU in beeld.⁴⁵

41 Zie relatief recent HvJ EU 27 februari 2014, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 (OSA), r.o. 83 en HvJ EU 26 oktober 2017, C-347/16, ECLI:EU:C:2017:816 (BEB/KEVR), r.o. 54; HvJ EU 21 september 2023, C-510/22, ECLI:EU:C:2023:694 (Romaqua Group SA), r.o. 34; zie ook HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner).

42 Zie HvJ EU 17 juli 2014, C-553/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083 (Greek Lignite), r.o. 42-46. In deze speelde onder meer (andermaal) de discussie of misbruik in de context van art. 106 VWEU daadwerkelijk moest worden aangetoond. Het Hof van Justitie oordeelt, in lijn met A-G Wathelet die in zijn conclusie de vaste jurisprudentie nog eens op een rijtje zet, dat het Gerecht onterecht had geoordeeld dat misbruik moest worden 'aange-toond'. Zie ook concl. A-G M. Wathelet 5 december 2013, C-553/12 P, ECLI:EU:C:2013:807 (DEI), punt 49 e.v.

43 MOTOE, r.o. 51.

44 ESL, r.o. 133.

45 Zie bijv. HvJ EG 22 mei 2003, C-462/99, ECLI:EU:C:2003:297 (Connect Austria), r.o. 81-84. Nadat het Hof van Justitie eerst vaststelt dat van misbruik in de zin van art. 102 VWEU sprake kan zijn 'wanneer de gedraging van een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt erop is gericht, die positie door middel van vervalsing van de mededinging naar een naburige, maar onderscheiden markt uit te breiden' (r.o. 82) overweegt het vervolgens, nadat het eerst nog eens het belang van 'gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers' onderstreept (r.o. 83),

Die inbreuk kan, zo overwoog het Hof van Justitie bijvoorbeeld in *Raso*⁴⁶ in voorkomend geval bestaan indien een onderneming 'door de enkele uitoefening van haar monopolie [...] in staat [is] de gelijkheid van kansen tussen de verschillende marktdeelnemers (...) in haar voordeel te vervalsen'.⁴⁷

Dat het Hof van Justitie dus inspiratie haalt uit de artikel 106-rechtspraak ter onderbouwing van de kwalificatie van een gedraging als misbruik in een situatie van een 'conflict of interest',⁴⁸ mag volgens ons dan ook niet tot verbazing leiden. En ook niet dat het borgen van 'gelijke kansen voor ondernemingen' in voorkomend geval dus ook onder de 'speciale verantwoordelijkheid' van de dominante onderneming kan komen te vallen. Dat het hiervoor bedoelde 'belangenconflict' op grond van eerdere rechtspraak in voorkomend geval tot (mogelijk) misbruik kan leiden, komt in zoverre niet uit de lucht vallen. De (soms impliciete) suggestie van auteurs⁴⁹ dat uit de artikel 106-rechtspraak zou volgen dat voor ondernemingen met marktmacht als gevolg van exclusieve rechten andere of 'strengere' (discriminatie-)eisen zouden gelden dan voor ondernemingen met private marktmacht, lijkt ons in ieder geval onjuist.⁵⁰ Ook vanuit economisch oogpunt bestaat daarvoor volgens ons geen enkele rechtvaardiging.

Wat de artikel 106-rechtspraak 'bijzonder' maakt is niet zozeer dat ondernemingen met exclusieve rechten aan andersoortige mededingingsregels zijn onderworpen. Wel is het zo dat het risico op misbruik in de zin van artikel 102 VWEU voldoende is om de lidstaat aansprakelijk te stellen op grond van artikel 106 jo. 102 VWEU als dat risico het gevolg is van een overheidsmaatregel.⁵¹ Met andere woorden: een daadwerkelijke inbreuk is, an-

dat '[i]ndien de ongelijkheid van kansen tussen de marktdeelnemers (...) het gevolg is van een staatsmaatregel' dit een schending oplevert van art. 106 VWEU jo. art. 102 VWEU. Ook de overwegingen uit ERT (HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (ERT), r.o. 39), een van de oudere artikel 106-zaken, illustreren dit punt over het samenspel tussen art. 106 VWEU en art. 102 VWEU.

46 *Raso e.a.*, r.o. 29. Het Hof van Justitie verwijst in dit verband naar de zaken ERT en *GB-Inno-BM*. De zaak *Raso* wordt ook door het Hof van Justitie in *ESL* en *ISU* aangehaald, maar dan om het belang van 'equality of opportunity between undertakings' te onderstrepen (*ESL*, r.o. 133; *ISU*, r.o. 125).

47 In de zaak *Raso* ging het om de vervalsing van de gelijkheid van kansen tussen ondernemingen die actief waren op de markt voor havendiensten. Die (mogelijke) vervalsing was concreet gelegen in het feit dat de betreffende Italiaanse haventerminal die exclusief gerechtigd was bepaalde havendiensten uit te voeren 'haar concurrenten op de markt voor havenwerkzaamheden buitensporige prijzen voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in rekening [kon] brengen of personeel ter beschikking te stellen dat niet volledig voor zijn taak is berekend'.

48 Het Hof van Justitie verwijst in *ESL*, r.o. 137 in dit verband overigens niet naar r.o. 19 maar naar r.o. 20 van *GB-Inno-BM*. R.o. 19 maakt immers duidelijk waaruit het (mogelijke) misbruik in de zin van art. 102 VWEU kan bestaan. Deze rechtsoverweging luidt: 'Wanneer bijgevolg een onderneming met een monopolie op de markt van de aanleg en de exploitatie van het net zich zonder objectieve noodzaak een verwante, doch onderscheiden markt voorbehoudt, in casu die van de invoer, de verkoop, de aansluiting, de ingebruikneming en het onderhoud van toestellen die voor aansluiting op dat net bestemd zijn, en daardoor de mededinging van andere ondernemingen volledig uitschakelt, vormt zulks een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag'.

49 Zie verwijzingen in voetnoot 38.

50 Zie ook HvJ EG 30 april 1974, 155-73, ECLI:EU:C:1974:40 (*Sacchi*), r.o. 17 e.v.

51 *Greek Lignite*, r.o. 64-68.

ders dan in de context van de toepassing van artikel 102 VWEU op ondernemingen met ‘private marktmacht’, geen voorwaarde voor de toepassing van artikel 106 jo. 102 VWEU. Het is dit beginsel van ‘risicoaansprakelijkheid’ dat het Hof van Justitie, onder verwijzing naar *MOTOE* en *Ordem*,⁵² als het ware doortrekt naar private context. Anders gezegd: er is al sprake van een inbreuk op artikel 102 VWEU wanneer een onderneming met marktmacht een (potentieel) *conflict of interest* heeft zonder dat de mogelijke nadelige (mededingings)gevolgen daarvan zich hebben voorgedaan. Het niet hebben van transparante, objectieve, enzovoort criteria die dit risico moeten adresseren, die bovendien moeten openstaan voor effectieve toetsing, kan in die gevallen volstaan voor een inbreuk van artikel 102 VWEU.⁵³ De gedachte is dat een stelsel van onvervalste mededinging immers alleen wordt gewaarborgd ‘indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers.’⁵⁴ Gelet op de artikel 106-rechtspraak, en in het bijzonder de uitspraak in *MOTOE*,⁵⁵ kan die uitkomst ons inziens niet echt verbazen.⁵⁶ Ook vanuit het perspectief van een nuttig effect van de mededingingsregels valt wat te zeggen voor deze (extra) speciale verantwoordelijkheid van een (super)dominante onderneming (poortwachter), die er in feite op neerkomt dat zij de *governance* zo regelt dat het risico op nadelige mededingingsgevolgen als gevolg van een *conflict of interest* wordt voorkomen.

Deze zaak (maar ook de precedenten) leidt ongetwijfeld tot kritiek van sommige *welfare economists* met het argument dat het formalistische rechtspraak is die onvoldoende rekening houdt met daadwerkelijke mededingingseffecten.⁵⁷ En zeker: de benadering van het Hof van Justitie is ‘far removed from much of the chatter among

contemporary pundits that competition is only about as efficient competitors’.⁵⁸ Maar die kritiek gaat voorbij aan de ordoliberalen traditie van het Hof van Justitie, waarbij het belang van gelijke kansen tussen ondernemingen in een ‘system of undistorted competition’ steeds is onderschreven. Die rechtspraak, en het belang van gelijke kansen en een stelsel van onvervalste mededinging, zullen in de nabije toekomst zonder meer in de schijnwerpers komen te staan als het gaat om de toepassing van artikel 102 VWEU op de Big Techs wanneer zij op de relevante markt een ‘ultradominante positie’ hebben, zo volgt reeds uit de zaak *Google Shopping*.⁵⁹ Daarbij zal de vraag zijn hoever de ‘bijzondere verantwoordelijkheid om door haar gedrag geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt’⁶⁰ in een concreet geval reikt. Een en ander neemt niet weg dat de ronkende taal van het Hof van Justitie – suggererend dat de beginselen uit de artikel 106-rechtspraak ‘all the more necessary’ zijn in private context wellicht achterwege gelaten kunnen worden⁶¹ en onduidelijk is ook wat het Hof van Justitie hier precies mee bedoelt.⁶² Het punt is echter duidelijk: het Hof van Justitie vraagt van partijen die de macht hebben om de voorwaarden van toegang tot een markt te bepalen waarop zij zelf actief zijn, dit te doen overeenkomstig objectieve en transparante standaarden. Is dit niet het geval, en kan handelen niet effectief worden getoetst, dan is sprake van een inbreuk op de mededingingsregels. Het Hof van Justitie heeft daarmee duidelijk de dubbele rol van sportbonden als toezichthouders en economische belanghebbenden willen beteugelen. Deze notie is als gezegd generiek van toepassing en dus ook buiten de sportwereld van belang, in het bijzonder voor digitale platforms.

52 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, r.o. 39, 44-45, 59, 91-92; *MOTOE*, r.o. 50, 53.

53 *ESL*, r.o. 147; *ISU*, r.o. 131-135.

54 *MOTOE*, r.o. 54.

55 De Europese Commissie had zich in de *ISU*-zaak in feite gebaseerd op een analogie met de zaak *MOTOE*. Dat het ‘doortrekken’ van *MOTOE* niet ‘evident’ is, wordt ook wel onderstreept (Besluit C(2017)8230 final van de Commissie van 8 december 2017, punt 173); ook het Gerecht baseerde zijn oordeel in *ISU* in belangrijke mate op *MOTOE*, net als de verwijzende Spaanse rechter ter onderbouwing van de prejudiciële vragen in *ESL*.

56 *MOTOE*, r.o. 51-52 De vraag in die zaak was of de van overheidswege toegewezen bevoegdheid aan ELPA, die zelf motorwedstrijden organiseert ‘om een gunstig advies te geven over vergunningaanvragen die worden ingediend met het oog op de organisatie van deze wedstrijden, zonder dat de uitoefening van deze bevoegdheid beperkt, gebonden of aan controle onderworpen is’ in strijd was met art. 106 jo. art. 102 VWEU. Nadat het Hof van Justitie in die zaak het adagium herhaalt dat ‘een maatregel waarmee die lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van deze laatste bepaling verleent, een risico van misbruik van machtspositie doet ontstaan’ en ‘niet vereist [is] dat misbruik daadwerkelijk plaatsvindt’ en na te hebben gewezen op het belang van ‘[e]en stelsel van onvervalste mededinging’ en ‘gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers’ overweegt het Hof van Justitie dat dit inderdaad het geval is.

57 Zie bijv. recent *Bruc* 2023, p. 334-346. *Bruc* maakt dit ook expliciet door te stellen (p. 345): ‘the constitutional conceptual elasticity of Article 102 TFEU has its limits. Its breaking must be reached when it runs counter to its very purpose, which is to ensure consumer welfare and not to protect competitors. In a market driven by competition for the market, the blind enforcement of the principle of equal opportunity could mitigate selective market forces.’

58 *Monti* 2024.

59 Vgl. Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (*Google Shopping*), r.o. 180. Het Gerecht verwijst in r.o. 180 indirect (via r.o. 230 van HvJ EU 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/Commissie*)) naar de artikel 106-rechtspraak waarin het beginsel van gelijke kansen het belang van een stelsel van onvervalste mededinging wordt benadrukt.

60 *Google Shopping*, r.o. 180.

61 Zie ook *Monti* 2024, p. 15.

62 Wellicht dat het Hof van Justitie hierbij impliciet in het achterhoofd heeft de rechtsbescherming die doorgaans van toepassing zal zijn indien een onderneming een bevoegdheid krijgt toegekend op basis van een exclusief recht. Daar is in het kader van zelfregulerende entiteiten of ondernemingen met poortwachtersbevoegdheden natuurlijk geen sprake van. Dat zou dan kunnen ‘verklaren’ waarom het voor private ondernemingen met marktmacht ‘all the more necessary’ is om bepaalde non-discriminatiebeginselen uit de artikel 106-rechtspraak toe te passen, aangezien ten aanzien van (de totstandkoming van) die marktmacht geen met rechtsbescherming omklede besluitvorming heeft plaatsgevonden. Deze gedachtegang is echter hoogst speculatief.

Conceptuele verwarring; de relevantie van de *Wouters*-route en de rechtvaardiging op grond van artikel 101 lid 3 VWEU

Het Hof van Justitie maakt ook gebruik van de gelegenheid om duidelijkheid te bieden over de *Wouters*-doctrine, althans die te herzien. De uitspraak van het Hof van Justitie is op dat punt conceptueel verwarrend en heeft dan ook tot de nodige kritiek geleid.

Het is verhelderend om in dit kader allereerst in herinnering te brengen dat het *Wouters*-arrest aanvankelijk werd gezien als een aberratie: het Hof van Justitie oordeelde dat artikel 101 VWEU niet van toepassing was op een besluit van een ondernemersvereniging (de Nederlandse Orde van Advocaten) wanneer de mededingingsbeperking (verbod op multidisciplinaire praktijken) noodzakelijk was voor de goede uitoefening van de advocatuur. Indien de Orde toentertijd haar regels bij de Commissie had aangemeld, zou de beoordeling van de redelijkheid van de beperking waarschijnlijk op grond van artikel 101 lid 3 VWEU hebben plaatsgevonden en was de *Wouters*-doctrine mogelijk nooit van de grond gekomen.

In een avontuurlijke uitspraak greep het Hof van Justitie in *Wouters* uit zijn jurisprudentie inzake de interne markt en oordeelde dat er buiten artikel 101 lid 3 VWEU een alternatieve route naar de vrijstelling van het kartelverbod bestond.⁶³ Sindsdien heeft het Hof van Justitie een aantal keren de gelegenheid gehad om terug te komen op deze benadering. Dat deed het Hof van Justitie niet en daarmee kon de *Wouters*-route worden beschouwd als een algemene regel die de toepassing van artikel 101 VWEU op bepaalde mededingingsbeperkende afspraken uitsluit.⁶⁴ Het Hof van Justitie heeft inmiddels geoordeeld dat artikel 101 VWEU niet van toepassing is op concurrentiebeperkingen die nodig zijn voor: de goede uitoefening van het beroep van advocaat/farmacoloog (*Wouters*);⁶⁵ het waarborgen van de integriteit van sport (antidopingregels in *Meca-Medina*),⁶⁶ het waarborgen van de kwaliteit van accountancydiensten (beperkingen op de toegang tot de markt voor beroepsopleiding in *OTOC*),⁶⁷ en het bieden van bepaalde garanties aan consumenten over de diensten die zij ontvan-

gen (prijscntrole door een vereniging van geologen in *Consiglio nazionale dei geologi*).⁶⁸

De algemene benadering van het Hof van Justitie in deze zaken is om na te gaan of er op evenredige wijze een 'legitiem doel' wordt nagestreefd,⁶⁹ maar het Hof van Justitie heeft weinig richting gegeven omtrent de maatstaven waaraan kan worden getoetst, wanneer er sprake is van een legitiem doel. Advocaat-generaal Mazák suggereerde in *Pierre Fabre* dat het legitieme doel 'van publiekrechtelijke aard [dient] te zijn, dus gericht op de bescherming van een openbaar goed, en verder te reiken dan de bescherming van het imago van de betrokken producten of de wijze waarop een onderneming haar producten aan de man wenst te brengen.'⁷⁰ Advocaat-generaal Rantos adviseerde het Hof van Justitie om de *Wouters*-route te volgen en concludeerde dat de meeste doelstellingen waarop de UEFA en de FIFA zich beroepen, voortvloeien uit het 'Europese sportmodel' en omdat zij uitdrukkelijk worden genoemd in het primaire recht van de Unie, met name in artikel 165 VWEU, zou de legitimiteit ervan ook 'niet ter discussie' kunnen staan. Daarnaast concludeerde advocaat-generaal Rantos dat in het kader van de evenredigheidstoetsing nog wel enige kanttekeningen geplaatst zouden kunnen worden bij het gehanteerde systeem van voorafgaande goedkeuring van de UEFA maar dat het de UEFA niet kon worden verweten dat zij zou proberen haar eigen economische belangen te beschermen, met name met betrekking tot een dergelijk 'opportunistisch' project als de ESL.⁷¹

Het Hof van Justitie kiest echter een fundamenteel andere koers door te oordelen dat de *Wouters*-route met name van toepassing is op regels die door een vereniging, zoals een beroepsvereniging of een sportbond, zijn vastgesteld om bepaalde ethische of principiële doelstellingen na te streven en, meer in het algemeen, om de uitoefening van een beroepsactiviteit te reglementeren. Het systeem van voorafgaande goedkeuring van de UEFA kwalificeert niet als zodanig volgens het Hof van Justitie, hoewel het eerder in de uitspraak wel degelijk wees op het feit dat 'the organisation and marketing of those competitions on European Union territory lend credence to the idea that it is legitimate, in terms of their principle, to have rules on prior approval such as those just recalled'.⁷²

Het Hof van Justitie oordeelt dat de *Wouters*-route alleen open staat voor gevolgbeperkingen en niet voor doelbeperkingen en dat een systeem van voorafgaande goedkeuring dat niet aan de genoemde vereisten voldoet, kwalificeert als een doelbeperking. Tegelijkertijd geldt dus volgens het Hof van Justitie dat een systeem

63 In wat een ongelukkig taalkundig toeval is, noemen geleerden van het internemarktrecht van de EU deze benadering een *rule of reason*. Zie bijv. D. Heremans, *Professional services in the EU internal market*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 165. Dit gebruik werd overgenomen in *Gerecht 27 juli 2005*, gevoegde zaken T-49/02 T-51/02, ECLI:EU:T:2005:298 (*Braserie nationale/Commissie*). Dit heeft echter weinig te maken met wat 'mededingingsrechtgeleerden' onder een *rule of reason* verstaan.

64 Zie ook J. Nowag, 'Wouters, When the condemned live longer: a comment on OTOC and CNG', *ECLR* 2015, p. 39-44.

65 *Gerecht 10 december 2014*, T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049 (CNOP).

66 *HvJ EG 18 juli 2006*, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*).

67 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, r.o. 94-95.

68 *HvJ EU 18 juli 2013*, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 (*Consiglio nazionale dei geologi/Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*).

69 CNOP, r.o. 38, waar verwezen wordt naar 'reasons of general interest'.

70 *Concl. A-G J. Mazák 3 maart 2011*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:113 (*Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/President de l'Autorite de la Concurrence*), punt 35.

71 *Concl. A-G A. Rantos 15 december 2022*, C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993 (ESL), punt 108.

72 *ESL*, r.o. 175.

van voorafgaande goedkeuring dat wél aan de genoemde vereisten voldoet dus geen inbreuk maakt op artikel 101 lid 1 VWEU. Dat is geen logische gevolgtrekking omdat een systeem van voorafgaande goedkeuring ook in dat geval nog steeds mededingingsbeperkend zal zijn maar gerechtvaardigd wordt vanwege een legitieme doelstelling die evenredig is om dat doel te bereiken.

De rechtsgrondslag voor deze benadering van het Hof van Justitie wordt eveneens niet duidelijk gemaakt. Voor deze situatie was namelijk de voor de hand liggende route geweest om juist wel het *Wouters*-kader toe te passen. In plaats daarvan past het Hof van Justitie materieel dan toch een soort *Wouters*-toets toe bij de vraag wat een doelbeperking is ('where there is no framework providing for substantive criteria and detailed procedural rules suitable for ensuring that they are transparent, objective, precise, non-discriminatory and proportionate'⁷³) en geeft aan dat *Wouters* daarna ook nog in beeld kan komen bij overeenkomsten die niet 'per se anticompetitive in nature' zijn op basis van een onderzoek van de economische en juridische context.⁷⁴

Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat sprake is van een doelbeperking waarvoor *Wouters* geen *escape* kan bieden omdat het een doelbeperking is (dat zou volgens het Hof van Justitie duidelijk volgen op basis van het *MOTOE*-arrest, waarin echter niet naar *Wouters* verwezen wordt). Gedragingen die naar hun aard inbreuk maken op artikel 102 VWEU komen ook niet in aanmerking voor de *Wouters*-formule.⁷⁵

Daarmee gooit het Hof van Justitie om onduidelijke redenen het zorgvuldig opgebouwde kader en stappenplan om doelbeperkingen vast te stellen en de rol van de juridische en economische contextanalyse daarbinnen (gevolgd sinds *Cartes Bancaires*⁷⁶), behoorlijk in de war. Dit wordt treffend geïllustreerd in *Royal Antwerp*, waarin het Hof van Justitie nader ingaat op de toepasselijkheid van *Wouters*. Daar stelt het Hof van Justitie in de eerste plaats dat een 'onderzoek van de economische en juridische context' kan leiden tot de conclusie dat 'het nastreven van een of meer legitieme doelstellingen van algemeen belang' kan worden gerechtvaardigd op basis van de *Wouters*-doctrine.⁷⁷ Vervolgens oordeelt het Hof van Justitie echter dat de *Wouters*-route niet kan worden toegepast op gedragingen die tot onvermijdelijk 'gevolg hebben dat de mededinging althans potentieel wordt beperkt doordat zij de handelingsvrijheid van bepaalde ondernemingen beknotten, maar voor de mededinging zodanig schadelijk zijn dat het gerechtvaardigd is om ze aan te merken als gedragingen die er juist "toe strekken" deze te verhinderen, te beperken of te vervalsen'.⁷⁸ De economische en juridische contextanalyse, waarin het Hof van Justitie de *Wouters*-toets eerder expliciet plaatst, kan tegelijkertijd volgens het Hof van Justitie

alleen worden toegepast als geen sprake is van een doelbeperking, waar juist die economische en juridische contextanalyse en de *Wouters*-toets relevant voor zou zijn.

Het Hof van Justitie had in de *ESL*-uitspraak een simpele en conceptueel coherente uitspraak kunnen doen, door in het kader van de doelbeperkingsanalyse vast te stellen dat een systeem van voorafgaande goedkeuring dat niet voldoet aan de genoemde vereisten, in het licht van haar juridische en economische context, kan worden geacht van nature schadelijk te zijn voor de mededinging *maar* dat een systeem van voorafgaande goedkeuring dat wél voldoet aan de genoemde criteria een legitieme doelstelling nastreeft en in dat geval op basis van de *Wouters-escape* dus ook geen inbreuk maakt op artikel 101 lid 1 VWEU.

Wij tasten in het duister omtrent de beweegredenen voor het Hof van Justitie om *Wouters* hier expliciet uit te sluiten. Met deze benadering van het Hof van Justitie is de vraag tevens wat overblijft van de relevantie van de *Wouters*-route. De rationale dat *Wouters* enkel van toepassing zou moeten kunnen zijn op gevolgbeperkingen valt niet goed te vereenzelvigen met de aard van de *Wouters*-rechtvaardiging als een stap in de analyse van de vraag of een mededingingsbeperking gezien moet worden als een inbreuk op artikel 101 lid 1 VWEU. In de literatuur is gespeculeerd dat het Hof van Justitie *Wouters* heeft willen marginaliseren om te voorkomen dat artikel 101 lid 3 VWEU al te makkelijk kan worden omzeild.⁷⁹ Een ontheffing op grond van artikel 101 lid 3 VWEU is volgens het Hof van Justitie ook in geval van een doelbeperking mogelijk, maar het Hof van Justitie kiest ervoor om met name in het *ESL*-arrest gedetailleerd uiteen te zetten wat er op het spel staat, omdat het duidelijk de bedoeling is een nationale rechter op te dragen de omstandigheden zorgvuldig te beoordelen en geen al te gemakkelijke veronderstellingen te accepteren ten aanzien van de vraag of aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU is voldaan. Het belangrijkste verschil met artikel 101 lid 3 VWEU is dat *Wouters* niet vereist dat efficiëntieverbeteringen kunnen worden geobjectiverend en dat zo nodig ook kan worden gekwantificeerd wat de concrete voordelen zijn voor de gebruikers; dat die gebruikers ook een billijk deel van de voordelen krijgen; en dat binnen artikel 101 lid 3 VWEU geen sprake is van een afweging van negatieve en positieve effecten.

Het Hof van Justitie maakt verder duidelijk dat efficiëntieverbeteringen verbonden kunnen zijn aan enig voordeel dat de UEFA geniet, maar alleen met 'de merkbare objectieve voordelen' die de regels mogelijk maken op de betrokken markt(en).⁸⁰ De efficiëntieverbeteringen moeten een positief effect hebben op alle gebruikers, of het nu gaat om handelaren, intermediaire consumenten of eindverbruikers (waarmee het Hof van Justitie het be-

73 *ESL*, r.o. 178.

74 *ESL*, r.o. 183.

75 *ESL*, r.o. 185.

76 HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*).

77 *Royal Antwerp*, r.o. 113.

78 *Royal Antwerp*, r.o. 115.

79 S. Weatherill, 'Changing the law without admitting it: The Court's three rulings of 21 December 2023 applied twice in January 2024', www.competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com, 7 februari 2024.

80 *ESL*, r.o. 192; *Royal Antwerp*, r.o. 121.

grip ‘gebruiker’ in de zin van art. 101 lid 3 VWEU lijkt op te rekken). De betrokken gedraging moet onmisbaar of noodzakelijk zijn; en mag niet de mogelijkheid bieden om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten of diensten alle daadwerkelijke mededinging uit te schakelen. Het grote marktaandeel van de UEFA is hier duidelijk relevant en baart het Hof van Justitie grote zorgen.⁸¹

Het Hof van Justitie maakt nog duidelijk dat artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 102 VWEU op dit punt nadrukkelijk gelijk lopen.⁸² Een onderneming met een machtspositie kan aan een inbreuk op artikel 102 VWEU ontsnappen door aan te tonen dat haar gedrag objectief noodzakelijk is, of dat het uitsluitingseffect dat ervan uitgaat, kan worden gecompenseerd door efficiencyvoordelen die ook de consument ten goede komen. Dat is echter in *ESL* niet aan de orde; de UEFA-regels inzake de voorafgaande goedkeuring van internationale voetbalcompetities, de controle op de deelname van clubs en spelers aan die competities en daarbij horende sancties kunnen volgens het Hof van Justitie, juist vanwege hun discretionaire karakter, op geen enkele wijze worden beschouwd als objectief gerechtvaardigd uit technische of commerciële noodzaak.⁸³

Convergentie van de mededingingsregels en de regels inzake vrij verkeer

Dat private sportbonden zich, in het kader van hun regels over de uitoefening van de betreffende sportactiviteit, moeten houden aan de spelregels van vrij verkeer was al duidelijk en wordt met de uitspraken in *ESL* en *Royal Antwerp* nog maar eens bevestigd.⁸⁴ Het Hof van Justitie maakt in *ESL*⁸⁵ in algemene zin duidelijk dat het Unierecht wordt geschonden wanneer de bevoegdheid van voorafgaande goedkeuring niet wordt beheerst door transparante, duidelijke en precieze inhoudelijke criteria, die moeten voorkomen dat willekeurig gebruik wordt gemaakt van die bevoegdheid. Deze criteria moeten geschikt zijn om de niet-discriminerende uitoefening van een dergelijke bevoegdheid te garanderen en bovendien effectief getoetst kunnen worden. Bovendien moeten er transparante en niet-discriminerende procedureregels zijn.⁸⁶ In feite is de boodschap helder: het Unierecht (zowel de mededingingsregels als het vrij verkeer) vereist *good governance* in vorm van transparantie en non-discriminatie. En uit *Royal Antwerp* volgt dat re-

gels zoals de HGP-regels, die een beperking vormen van het vrij verkeer, alleen zijn toegestaan indien deze daadwerkelijk geschikt zijn om bij te dragen aan een legitime doelstelling (in dit geval de sociale en educatieve functie van het aantrekken en opleiden van jonge spelers op lokaal niveau), waarbij het Hof van Justitie zich als gezegd duidelijk afvraagt of dat bij de HGP-regels het geval is. Vanuit vrijverkeersoogpunt mag deze uitkomst niet verbazen.⁸⁷ Het Hof van Justitie maakt in *ESL*, en dit is met name interessant, duidelijk dat de materiële toets onder de mededingingsregels niet anders is dan onder die van het vrij verkeer.⁸⁸ Deze (pragmatische) benadering komt niet uit de lucht vallen. Hoewel het Hof van Justitie op zichzelf in het verleden duidelijk heeft gemaakt dat een mededingingsrechtelijke beoordeling niet zonder meer impliceert dat daarnaast niet ook aan andere bepalingen uit het VWEU moet worden getoetst,⁸⁹ is ons geen casus bekend waarbij het Hof van Justitie iets wel toelaatbaar heeft geacht in het licht van de mededingingsregels om deze vervolgens af te wijzen in het licht van de regels over vrij verkeer. Doorgaans zal het Hof van Justitie toetsen aan die regels die, gelet op de feitelijke casus, het meest voor de hand liggen.⁹⁰ Materieel is echter moeilijk voorstelbaar dat iets wat mededingingsrechtelijk is toegestaan afketst op de regels van vrij verkeer.⁹¹ Zonder dat het Hof van Justitie hier zelf naar verwijst, is een treffend voorbeeld in dit verband de hiervoor aangehaalde zaak *Wouters*, waarin het Hof van Justitie expliciet een parallel trekt met een beoordeling van artikel 101 VWEU en de regels met betrekking tot vrij verkeer:

‘Zelfs indien de bepalingen inzake het recht van vestiging en/of het vrij verrichten van diensten van toepassing zijn op een verbod van geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants, zoals de Samenwerkingsverordening 1993, en dit verbod een van deze vrijheden of beide beperkt, zou deze beperking hoe dan ook gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de redenen uiteengezet in de punten 97 tot en met 109 van dit arrest.’

Hierbij zij wel aangetekend dat het in *Wouters* niet ging om een beoordeling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU, maar dat het een *rule of reason*-beoordeling betrof die materieel vergelijkbaar is met een vrijverkeerstoets. In dat licht – en omdat duidelijk is dat het Hof van Justitie het belang van consistentie steeds voor ogen heeft gehad – is het jammer dat het Hof van Justitie in het kader van zijn beoordeling van de HGP-regels in het licht van het vrij verkeer van werknemers niet meteen duidelijk

81 *ESL*, r.o. 199, 207.

82 *ESL*, r.o. 201, 205.

83 *ESL*, r.o. 203.

84 *ESL*, r.o. 90.

85 In *ISU* speelde het vrij verkeer niet, omdat in die procedure het besluit van de Europese Commissie centraal stond waarin de Commissie had vastgesteld dat de *ISU*-regels inbreuk maken op art. 101 VWEU.

86 *ESL*, r.o. 88, 134-136, 147-148, 151-152, 175, 177-178, 179, 203, 254, 255; *Royal Antwerp*, r.o. 57; *ISU* r.o. 127, 133.

87 Zie HvJ EG 12 december 1974, C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave*), r.o. 18-21; HvJ EG 14 juli 1976, C-13-76, ECLI:EU:C:1976:115 (*Donà*), r.o. 17; HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*), r.o. 83-87. Zie ook *ESL*, r.o. 255.

88 Zie *ESL*, r.o. 105, 253, 257.

89 Vgl. HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 48, dit betrof overigens een aanbestedingszaak.

90 Vgl. *GB-Inno-BM*, r.o. 13.

91 Overigens dringt (ook) op dit punt de hiervoor besproken artikel 106-rechtspraak zich nadrukkelijk op. Zie bijv. *ERT*, r.o. 18, 20, 38.

maakt hoe deze beoordeling zich bijvoorbeeld verhoudt tot een beoordeling onder de mededingingsregels (en met name r.o. 113 waarin het Hof van Justitie ingaat op de relevantie van de hiervoor besproken *Wouters*-doctrine). Moeilijk voorstelbaar is immers dat een toetsing aan *Wouters* tot een wezenlijk verschillende uitkomst zou leiden. Wat hiervan ook zij, de uitspraak in *ESL* bevestigt in ieder geval dat de convergentie tussen de mededingingsregels en de regels inzake vrij verkeer ook daadwerkelijk het uitgangspunt is.

Een treffende vergelijking over de convergentie tussen de mededingingsregels en de regels inzake vrij verkeer in de nationale rechtspraak kan in dit verband nog worden gemaakt met de procedures die recent nog in Nederland zijn gevoerd over de verplichtstelling van pensioenfondsen.⁹² Het Hof van Justitie heeft reeds ruim 25 jaar geleden in de zogenoemde *Albany*-arresten⁹³ geoordeeld dat een lidstaat een exclusief recht mag toekennen aan een pensioenfonds om een pensioenregeling te beheren en dat dit geen strijd oplevert met artikel 102 jo. 106 VWEU. Een beroep op de vrijverkeersregels schoof de Hoge Raad in die zaken indertijd al terzijde met het argument dat ‘het wezenlijke kenmerk’ lag binnen het toepassingsgebied van de mededingingsregels en ‘dat derhalve vragen op het stuk van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening overbodig zijn’. In de afgelopen jaren hebben verschillende partijen gepoogd deze toelaatbaarheid opnieuw ter discussie te stellen, maar dan expliciet met een beroep op de vrijverkeersregels. In dat kader werd een beroep gedaan op jurisprudentie waarin het Hof van Justitie exclusieve rechten heeft getoetst aan de vrijverkeersregels.⁹⁴ Een analogie met die zaken leert echter dat het Hof van Justitie materieel gezien een vergelijkbare toets pleegt te hanteren met betrekking tot de regels voor vrij verkeer als het gaat om de vraag of een exclusief recht geoorloofd is.⁹⁵ Advocaat-generaal Drijber heeft er – volgens ons terecht – in een van die procedures dan ook op gewezen dat het Hof van Justitie in de regel ‘verdragsnormen (...) convergerend toepast’, waarbij hij ook ter illus-

tratie verwijst naar r.o. 122 van *Wouters*.⁹⁶ De uitkomst dat het Hof van Justitie in dit soort gevallen oordeelt dat de mededingingsrechtelijke toets feitelijk gelijk loopt aan die van de vrijverkeerstoets, is in zoverre dan ook geen verrassing. Een andere uitleg zou ook leiden tot inconsistente feitelijke uitkomsten.⁹⁷

Arbitrage particuliere partijen begrensd door effectieve toetsing aan het Unierecht

In *ISU* heeft het Hof van Justitie zich als gezegd ook uitgelaten over de rol van CAS bij arbitrage van eventuele geschillen, inclusief geschillen in kwesties die zien op het EU-(mededingings)recht. In haar besluit had de Commissie geoordeeld dat de door de ISU gehanteerde arbitrageregels, ook al waren ze als zodanig niet in strijd met artikel 101 lid 1 VWEU, moesten worden beschouwd als een *versterking* van de vastgestelde inbreuk met betrekking tot de goedkeurings- en sanctieregeling. Voor conflicten daarover was CAS-arbitrage verplicht gesteld, wat op zijn beurt was onderworpen aan een marginale toetsing door een niet-EU-rechtbank (dat wil zeggen het Zwitserse Federale Tribunaal). Daarmee zouden CAS-beslissingen feitelijk immuun zijn voor een toetsing met betrekking tot het EU-mededingingsrecht door een rechter in een EU-lidstaat, zo was de redenering van de Commissie.⁹⁸

Het Gerecht had het besluit van de Commissie op dit punt vernietigd. Het oordeelde dat de arbitrageregels van de ISU geen schending opleverden van artikel 101 lid 1 VWEU, waarbij het overwoog dat de arbitrageregels gerechtvaardigd kunnen worden door legitieme belangen die verband houden met de specifieke aard van de sport, namelijk het mogelijk maken dat één enkele, gespecialiseerde rechtbank op snelle, economische en uniforme wijze uitspraak kan doen over een veelheid aan geschillen die vaak een internationale dimensie hebben. Het Gerecht achtte daarnaast relevant dat sporters nog steeds schadevergoeding kunnen eisen bij de nationale rechtbanken en/of een klacht kunnen indienen bij de Europese Commissie op grond van schending van het EU-mededingingsrecht. Advocaat-generaal Rantos was het eens met het Gerecht en benadrukte het feit dat CAS-arbitrage van toepassing is in de betrekkingen tus-

92 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 30 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7064, r.o. 4.29-4.30. Volledigheidshalve zij vermeldt dat een van de auteurs in die procedure betrokken was als advocaat namens de Staat.

93 Het gaat om de volgende drie arresten van dezelfde datum: HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 en C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*) en HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Blokken*). Hierna worden de arresten aangehaald als de *Albany*-arresten of *Albany*.

94 Het gaat dan om de arresten: HvJ EG 22 mei 2003, C-355/00, ECLI:EU:C:2003:298 (*Freskot*); HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07, ECLI:EU:C:2009:127 (*Kattner Stahlbau*).

95 Zie ook concl. A-G B.J. Drijber 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1157, punt 4.48. Daarbij zij wel opgemerkt dat de tekst van art. 106 VWEU als zodanig pleit voor een consistente uitleg als het gaat om de rechtvaardiging van een inbreuk van een verdragsbepaling. Art. 106 VWEU is immers niet alleen een rechtvaardigingsgrondslag voor inbreuken op de mededingingsregels maar ziet op alle ‘regels van de Verdragen’. Dat op zichzelf pleit ervoor dat eventuele beperkingen van de mededinging die op grond van art. 106 VWEU kunnen worden gerechtvaardigd op overeenkomstige wijze worden gerechtvaardigd waar het gaat om beperkingen van het vrij verkeer.

96 Zie ook concl. A-G B.J. Drijber 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1157, punt 4.45. Zie ook HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622 (*Deliveroo*) waarin de Hoge Raad de verplichte aansluiting niet in strijd acht met het vrij verkeer van diensten (r.o. 3.2.5).

97 Vgl. ook de benadering van de Hoge Raad over het wel of niet stellen van prejudiciële vragen inzake het vrij verkeer in de *Albany*-zaak, nadat het Hof van Justitie reeds had bepaald dat er vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen onverenigbaarheid was met de Europese mededingingsregels (HR 5 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2843, r.o. 3.3).

98 Besluit C(2017)8230 final van de Commissie van 8 december 2017, punt 339; zie over de wat ambivalente houding van de Commissie tegenover internationale sportarbitrage ook nader Duval & Van Romuy 2024.

sen particuliere partijen en een internationale sportbond (en niet een lidstaat).⁹⁹

Het Hof van Justitie oordeelt anders en geeft de Commissie gelijk, zij het over de band van een andere redenering. Volgens het Hof van Justitie is het ten principale niet toegestaan dat de door sportbonden vastgestelde arbitrageregels de uitoefening van EU-rechten beperken en het benadrukt in dat verband het fundamentele belang van de mogelijkheid van een effectieve rechterlijke toetsing van het Unierecht. Dat is alleen geborgd als toetsing mogelijk is door de (nationale) rechter in een EU-lidstaat. De uitspraak ademt, zonder dat overigens direct naar die uitspraak wordt verwezen, de geest van de zogenoemde *Achmea*-uitspraak¹⁰⁰ waarin het Hof van Justitie het belang van de autonomie van het EU-recht benadrukt, evenals het behoud van zijn eigen rechterlijke monopolie over de interpretatie van het EU-recht. Het Hof van Justitie had in *Achmea* benadrukt dat de commerciële arbitrageprocedure als zodanig weliswaar is toegestaan, maar benadrukte in die zaak al dat voor een toetsing van arbitrale vonnissen met betrekking tot ‘fundamentele bepalingen van het Unierecht’ toetsing door een rechtbank in een EU-lidstaat noodzakelijk was.¹⁰¹

Hoewel de legitimiteit van CAS niet als zodanig aan de orde was – en dus in zoverre ook niet de conclusie kan worden getrokken dat CAS-arbitrage als zodanig niet is toegestaan –, heeft de uitspraak zonder meer gevolgen. Als het gaat om het invoeren van fundamentele bepalingen van Unierecht,¹⁰² zullen die immers moeten kunnen worden getoetst door een rechter uit een EU-lidstaat. Dat betekent dat, zolang de institutionele opzet van CAS niet zo wordt hervormd dat beslissingen van het CAS die betrekking hebben op Unierecht open komen te staan voor toetsing door een rechter uit een EU-lidstaat, geschillen die betrekking hebben op het Unierecht buiten de CAS om te gelde moeten kunnen worden gemaakt (zo ook in het kader van erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen). Zeker nu de uitspraken allerlei vragen opwerpen over hoe regels van sportbonden zich verhouden tot het EU-(mededingings)recht, zal een versplintering van procedures bij verschillende nationale rechtbanken in de lijn der verwachting liggen indien CAS niet op korte termijn wordt hervormd op een wijze waarbij de toepassing van het Unierecht wordt verzekerd doordat arbitrageprocedures waarin vragen spelen over het Unierecht open komen te staan voor toetsing door een rechter in een EU-lidstaat.

99 Concl. A-G A. Rantos 15 december 2022, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2022:988 (*ISU*), punt 159.

100 HvJ EU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Achmea*). Vgl. ook P. Paschalidis, ‘ISU v Commission: Arbitration as a reinforcement of infringements of EU competition law’, *competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com*, 9 januari 2024.

101 HvJ EU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Achmea*), r.o. 54-55.

102 Geschillen die enkel betrekking hebben op de sport als zodanig en waarop het Unierecht dus niet van toepassing is, zullen hier niet onder vallen. Zie *ISU*, r.o. 190.

Slotbeschouwing

Met de drie uitspraken heeft het Hof van Justitie een nieuw kader geïntroduceerd voor de beoordeling van systemen van voorafgaande goedkeuring die ondernemingen en ondernemingsverenigingen hanteren. Hoewel een ‘opportunistisch’ project als de ESL wellicht explicieter door het Hof van Justitie had kunnen worden verwezen naar de prullenbak,¹⁰³ kiest het Hof van Justitie voor een benadering die daar impliciet alsnog op neerkomt (omdat gesloten competities zoals de ESL kunnen en mogen worden afgewezen) en tegelijkertijd de gehanteerde kaders van de UEFA en FIFA (en die van schaatsbonden) normeert. Wat ons betreft een elegante en genuanceerde oplossing die vervolgens echter ontbreekt in de poging van het Hof van Justitie om de *Wouters*-route conceptueel te herijken.

Hoe nu verder? Met voetbal en breder, moet Big Tech zich op basis van deze uitspraak zorgen maken?

Eerst het voetbal. De regels van de UEFA met betrekking tot voorafgaande goedkeuring zijn inmiddels herbezien. In juni 2022 heeft de UEFA met de *UEFA Authorisation Rules governing International Club Competitions* uiteengezet waaraan een verzoek tot goedkeuring moet voldoen en op basis van welke criteria een verzoek wordt beoordeeld. De meest in het oog springende regel stelt dat de nieuwe competitie geen negatieve invloed mag hebben op de goede werking van de UEFA Champions League. De regels en procedures voor voorafgaande goedkeuring die door het Hof van Justitie zijn beoordeeld, zijn dus niet de regels en procedures die de UEFA tegenwoordig hanteert. Zoals gezegd is het hoogst onzeker of het vereiste van *sporting merit* zou kunnen inhouden dat er één Europese competitie voor eliteclubs moet bestaan zodat daarbinnen de echte kampioenen kan worden aangewezen. De nieuwe regels van de UEFA lijken hier wel van uit te gaan. Een alternatieve competitie zal namelijk niet worden goedgekeurd wanneer deze negatieve invloed zal hebben op de goede werking van de Champions League. Of deze regel voldoet aan het vereiste dat een systeem van voorafgaande goedkeuring non-discriminair moet zijn, waardoor de competities van derden gelijk worden behandeld als de eigen competities van de UEFA, is nog maar zeer de vraag.

Het Hof van Justitie heeft zijn overwegingen in *ESL* en *ISU* nadrukkelijk niet beperkt tot activiteiten binnen de sport. Het zal nog moeten worden gezien hoe het normerend kader dat het Hof van Justitie stelt zich verhoudt tot andere economische sectoren. Dit vraagstuk speelt met name binnen Big Tech, waar de Europese wetgever met de Verordening digitale markten (DMA) al verplichtingen heeft opgelegd aan ondernemingen die een poortwachtersfunctie uitoefenen.¹⁰⁴ Hoe de poorten

103 Vgl. opinie Erik Pijnacker Hordijk elders in deze aflevering.

104 Zie art. 5 en 6 DMA, op grond waarvan poortwachters verplicht zijn om op bepaalde gebieden samen te werken met derde partijen die op het platform van de poortwachter actief zijn; *self-preferencing* verboden is; gebruikers automatisch geïnstalleerde software of apps moeten kunnen verwijderen; consumenten buiten het platform om contact moeten kunnen leg-

van de verschillende economische activiteiten precies moeten worden bewaakt – en in hoeverre de arresten van het Hof van Justitie in dat kader een aanvullende werking zullen hebben ten opzichte van de DMA – zal de komende jaren verder duidelijk moeten worden. Met name interessant op dit vlak is de vraag of de benadering van het Hof van Justitie in *ESL* en *ISU* een basis zal bieden voor aanvullende normering voor *Big Tech* vanuit het mededingingsrecht. Het snijvlak tussen het mededingingsrecht en de DMA zal op deze basis in ieder geval leiden tot vruchtbare grond voor academische reflectie.