

Soms moet er iets gebeuren voordat er iets gebeurt

De implicaties van de arresten in *European Superleague*, *ISU* en *Royal Antwerp* voor de ontwikkeling van het Europees mededingingsrecht

Mr. J.C.A. Houdijk LL.M en mr. M.A.M. Snoek LL.M*

Het Hof van Justitie heeft zich in een drietal spraakmakende sportarresten uitgelaten over een aantal aspecten van de toepassing van het mededingingsrecht op de (commerciële organisatie en exploitatie van de) sportsector, specifiek op de rol van sportbonden en -federaties in de regulering van de professionele sportsector. Het Hof van Justitie buigt zich in deze zaken over de ruimte die sportfederaties (waaronder voetbalbonden) hebben om besluiten te nemen over de mogelijke toetreding van nieuwe partijen tot de sportevenementenmarkt door middel van de introductie van nieuwe competitie- of wedstrijdvormen. Het Hof van Justitie formuleert een aantal voorwaarden waaraan sportfederaties zijn gehouden in de opzet van hun organisatie en reglementen voor de beoordeling van initiatieven tot nieuwe competitievormen of wedstrijden en voor de ter controle ingestelde sancties. Het gaat dan om de beginselen van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en evenredigheid.

HvJ 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (European Superleague Company SL/Fédération internationale de football association (FIFA) et Union des associations européennes de football (UEFA)); HvJ 21 december 2023, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (International Skating Union/Europese Commissie); HvJ 21 december 2023, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (UL en SA Royal Antwerp Football Club/Union royale belge des sociétés de football association ASBL).

* Mr. dr. J.C.A. (Joost) Houdijk LL.M. PhD is werkzaam als advocaat bij de sectie Europees & Mededingingsrecht van AKD. Mr. M.A.M. (Marjolein) Snoek LL.M. is werkzaam als advocaat bij de sectie Europees & Mededingingsrecht van AKD.

Inleiding

Op 21 december 2023 heeft het Hof van Justitie een drietal spraakmakende arresten gewezen in de zaak *European Superleague Company SL/Fédération internationale de football association en Union of European Football Associations (European Superleague)*,¹ de zaak *International Skating Union/Europese Commissie (HvJ, ISU)*,² en de zaak *UL en SA Royal Antwerp Football Club/Union royale belge des sociétés de football association ASBL (Royal Antwerp)*.³

De drie arresten hebben als gemene deler: (top)sport en mededinging. Tot aan de arresten van het Hof van Justitie speelden al een aantal jaren diverse vraagstukken over de precieze omgang met sportbelangen vanuit het mededingingsrecht die om beantwoording door de hoogste Europese rechter schreeuwden. Die Europese rechter zou meer helderheid moeten scheppen over de wijze waarop sportorganisaties bij de regulering van hun sport (dienen te) functioneren en over de noodzaak van mogelijke hervormingen van dat regulerend optreden. De sportmarkt in Europa betreft de organisatie en exploitatie van sport en kan worden gekarakteriseerd als een verticale keten, waarbij sportdeelnemers (clubs of atleten) hun sportdiensten als input leveren aan partijen die sportevenementen organiseren en commercieel exploiteren.⁴ Deze organisatoren van sportevenementen

1 HvJ 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL/Fédération internationale de football association (FIFA) et Union des associations européennes de football (UEFA)*).

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

3 HvJ 21 december 2023, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (*UL en SA Royal Antwerp Football Club/Union royale belge des sociétés de football association ASBL*).

4 Zie T. Klein, 'Exclusiviteit en uitsluiting in de sport: een economische duiding van de arresten van het Hof van Justitie in ESL en ISU', M&M 2024,

menten verkopen hun diensten en producten vervolgens weer aan consumenten (fans en kijkers) en media- en marketingbedrijven.⁵ Het Hof van Justitie heeft in de drie sportzaken op een aantal punten vernieuwingen in de doctrine aangebracht, al is het de vraag of deze altijd juist uitpakken. Dit artikel gaat in op de betekenis van de drie arresten voor de toepassing van het mededingingsrecht in de topsportsector en voor de ontwikkeling van het mededingingsrecht in bredere zin. In deze bijdrage zullen wij de drie arresten analyseren en de in onze ogen belangrijkste overwegingen uiteenzetten en toelichten. De verenigbaarheid van het optreden van de voetbalfederaties met de bepalingen inzake het EU-vrijverkeersrecht (waaronder het vrij verkeer van diensten en van werknemers) zullen wij ter limitering van de omvang van deze bijdrage buiten beschouwing laten in dit artikel. De indeling van dit artikel is als volgt. De volgende paragraaf bevat een beschrijving en analyse van de kernonderdelen van de drie arresten. Eerst komt *European Superleague* aan bod, vervolgens *ISU* en daarna *Royal Antwerp*. De paragraaf daarna bevat een analyse van een aantal belangrijke kernpunten uit de drie uitspraken voor de toepassing van het mededingingsrecht op sport, en voor de ontwikkeling van het mededingingsrecht in bredere zin. Wij gaan nader in op de volgende (gemeenschappelijke) thema's: Heeft de (top)sportsector een aparte status binnen het mededingingsrecht? Hoe moeten sportbonden zoals UEFA/FIFA en ISU uitvoering geven aan de voorwaarden van objectiviteit, non-discriminatie, nauwkeurigheid en onafhankelijkheid, wat is de reikwijdte van de *rule of reason* (en kan zij van toepassing zijn op doelbeperkingen) en wat is de betekenis van de drie sportarresten buiten het domein van voetbal- en schaatsbonden? Wij sluiten af met een slotbeschouwing.

Kern van de arresten

European Superleague

In een geschil tussen de European Superleague Company en de FIFA en UEFA stelt de handelsrechter in Madrid een reeks prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie die onder meer betrekking heeft op de uitleg van artikel 101 lid 1 en lid 3, 102 en 165 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ook komt artikel 106 VWEU zijdelings aan bod. Het Hof van Justitie staat stil bij de regelgevende bevoegdheid van de FIFA en UEFA en gaat in op de verenigbaarheid met het Europees mededingingsrecht van door de FIFA en UEFA vastgestelde regels met betrekking tot voorafgaande toestemming en deelname door voetbalclubs en spelers aan competities enerzijds, en het stelsel van exploitatie van met die competities verband houdende rechten anderzijds.

afl. 2, p. 72.

5 Klein 2024, p. 72.

Feiten van de zaak

In april 2021 kondigde een aantal prominente Europese voetbalclubs uit Spanje, Italië en Engeland aan dat zij bezig waren met de ontwikkeling van een nieuwe jaarlijkse voetbalcompetitie op Europees niveau genaamd 'Superleague'. Bijzonder aan de oorspronkelijke opzet van de Superleague was dat het vijftien topclubs permanent toeliet tot de competitie (de initiatiefnemers), en vijf plekken zou vergeven via een kwalificatiemechanisme. De achterliggende gedachte was om een innovatief en commercieel interessant format op te zetten waarbij topclubs elkaar vaker zouden treffen. In de praktijk was natuurlijk sprake van een commerciële coup eerste klasse die de grondslagen onder de bestaande Europese Champions League weg zou trekken.⁶

Het initiatief werd op zijn zachtst gezegd met weinig enthousiasme ontvangen. Het project kon op veel kritiek rekenen in de pers, politiek en onder voetbalfans.⁷ Vanuit de FIFA, UEFA en de Engelse, Spaanse en Italiaanse voetbalbonden volgden resolute verklaringen waarin duidelijk werd gemaakt dat zij weigerden de Superleague te erkennen en dat deelname aan de Superleague voor elke voetbalclub en/of speler zou leiden tot uitsluiting van deelname aan mondiale, Europese en nationale clubvoetbalcompetities. Ook zouden deelnemende spelers worden uitgesloten van de selectie voor landenteams. Daarnaast benadrukten de FIFA en UEFA in hun verklaring dat alle internationale of Europese voetbalcompetities moeten worden georganiseerd dan wel vooraf goedgekeurd door de FIFA of UEFA.⁸

In reactie op de verklaringen van de FIFA, UEFA en de nationale voetbalbonden stelden de (resterende) initiatiefnemers door middel van de European Superleague Company een vordering in bij de handelsrechter in Madrid. Daarbij werd een voorlopige voorziening ingesteld die het de FIFA, UEFA en de nationale voetbalbonden verbood om hangende de gerechtelijke procedure de oprichting van, en deelname aan, de Superleague te belemmeren.⁹ Ook werd het verboden om sancties op te leggen aan deelnemende voetbalclubs en spelers, of daarmee te dreigen.¹⁰

Prejudiciële vragen

De Madrileense rechtbank stelt een zestal prejudiciële vragen, vergezeld van een (uitgebreide) uiteenzetting over onder andere de toepasselijkheid van het Europees recht, de betrokken activiteiten en markten en de positie van de UEFA en FIFA op deze markten.¹¹ De rechtbank in Madrid merkt onder andere op dat FIFA en UEFA reeds lange tijd een economisch en commercieel monopolie hebben – en dus een dominante positie – op de markt voor het organiseren van internationale voetbal-

6 Vgl. ook E. Pijnacker Hordijk, 'Super League-kartel leidt tot Europeesrechtelijke Catch-22', *M&M* 2024, afl. 2, p. 78.

7 Zie bijv. 'Pure greed': Gary Neville takes aim at clubs in European Super League', *The Guardian* 18 april 2021.

8 *European Superleague*, punt 30 en 31.

9 *European Superleague*, punt 28 en 32.

10 *European Superleague*, punt 28 en 32.

11 *European Superleague*, punt, 33-47.

competities in de Europese Unie en de exploitatie van daaraan gerelateerde rechten (zoals financiële en mediarechten).¹² FIFA en UEFA bepalen in hun statuten dat zij in principe het exclusieve recht hebben om een internationale voetbalcompetitie te organiseren. Derden die een internationale voetbalcompetitie willen organiseren hebben hiervoor voorafgaande toestemming nodig van de FIFA of UEFA.

De verwijzende rechter overweegt dat het commercieel en economisch monopolie vergezeld gaat van regelgevende, toezichthoudende, beslissings- en sanctiebevoegdheden. Hierdoor hebben de FIFA en UEFA zeggenschap over de voorwaarden waaronder alle actoren op de voetbalmarkt een economische activiteit kunnen uitoefenen, zonder dat deze bevoegdheden op enige wijze worden afgebakend door materiële criteria en procedurele regelingen die een transparante, objectieve, niet-discriminerende en evenredige uitoefening van deze bevoegdheden waarborgen.¹³

Volgens de verwijzende rechter maken de FIFA en UEFA, met de wijze waarop zij de bevoegdheden (die zij zichzelf hebben toegekend) uitoefenen, misbruik van hun machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. Ook leidt deze wijze van uitoefening tot een belangenconflict wat resulteert in een mededingingsversturende regeling in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU.¹⁴ De verwijzende rechter vraagt zich af of het voorbehouden van de exclusieve exploitatie van rechten door de FIFA en UEFA eveneens leidt tot een inbreuk op artikel 101 en 102 VWEU.¹⁵

In essentie legt de Madrileense rechtbank aan het Hof van Justitie de vraag voor of het stelsel van voorafgaande goedkeuring of toestemming, het sanctiemechanisme, en de exclusieve exploitatie van rechten, van/door de FIFA/UEFA verenigbaar is met artikel 101 en 102 VWEU. Zij vraagt daarbij ook in hoeverre de gedragingen van de FIFA en UEFA kunnen worden gerechtvaardigd onder artikel 101 en 102 VWEU.¹⁶

- *Opmerkingen vooraf van het Hof van Justitie*

Het Hof van Justitie merkt vooraleerst op dat de zaak *noch* betrekking heeft op de regels ten aanzien van de organisatie van en deelname aan internationale competities voor landenteams, *noch* op de exploitatie van rechten in verband met die competities.¹⁷ Ook overweegt het Hof van Justitie dat de verenigbaarheid van de Superleague zelf met artikel 101 en 102 VWEU niet het voorwerp is van het geding.¹⁸

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de toepassing van het mededingings- en vrijverkeersrecht op de sportcompetitieregels van FIFA/UEFA en de daarmee verbonden exploitatierechten.

- *Toepasselijkheid van het Unierecht op sport: de betekenis van artikel 165 VWEU*

Het Hof van Justitie merkt op dat voor zover het bij sportbeoefening gaat om een economische activiteit, de Unierechtelijke internemarktbepalingen van toepassing zijn.¹⁹ Dit betekent ook dat regels van sportverenigingen over, bijvoorbeeld, voorafgaande toestemming voor sportcompetities waarvan de organisatie en vermarkting een economische activiteit vormen, binnen de werkingssfeer van de VWEU-bepalingen inzake het mededingingsrecht en vrij verkeer vallen.²⁰

Regels die onder de VWEU-bepalingen inzake mededinging en vrij verkeer vallen, moeten voldoen aan de algemene beginselen van het Unierecht, meer specifiek aan de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid.²¹ Enkel bepaalde specifieke regels die uitsluitend om niet-economische redenen zijn vastgesteld, en slechts betrekking hebben op de sport als zodanig, kunnen worden beschouwd als regels die losstaan van een economische activiteit en kunnen dus buiten de werkingssfeer van de bepalingen inzake vrij verkeer en het mededingingsrecht worden geplaatst.²²

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de betekenis in deze zaak van artikel 165 VWEU. Uit deze bepaling volgt – kort samengevat – dat de Unie bijdraagt aan de ontwikkeling van sport door onder meer de eerlijkheid en openheid van sportcompetities te bevorderen. Volgens het Hof van Justitie heeft deze bepaling betrekking op het intern beleid van de Europese Unie en moeten de bevoegde instellingen van de Unie dus rekening houden met de doelstellingen die daarin zijn vastgelegd. Volgens het Hof van Justitie is de bepaling echter geen ‘transversale, algemeen toepasselijke’ bepaling die ‘dwingend’ in aanmerking dient te genomen. Artikel 165 VWEU onttrekt sport dan ook niet aan de toepassing van de vrijverkeer- en mededingingsbepalingen in het primaire Unierecht.²³ Hiermee wijkt het Hof van Justitie af van de lijn die advocaat-generaal Rantos voorstaat in zijn conclusie, waarin artikel 165 VWEU de grondslag vormt van het ‘Europese sportmodel’.²⁴ Advocaat-generaal Rantos verheft de bepaling op basis van het specia-

12 *European Superleague*, punt 33-36 en 40.

13 *European Superleague*, punt 36-39.

14 *European Superleague*, punt 39, 41 en 43.

15 *European Superleague*, punt 40.

16 *European Superleague*, punt 47, onder 5.

17 *European Superleague*, punt 74.

18 *European Superleague*, punt 80.

19 Zie in die zin HvJ 12 december 1974, 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave en Koch*), punt 4; en HvJ 16 maart 2010, C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 (*Olympique Lyonnais*), punt 27.

20 Zie in die zin HvJ 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*), punt 28; *European Superleague*, punt 90.

21 *European Superleague*, punt 88, onder verwijzing naar HvJ 13 juni 2019, C 22/18, ECLI:EU:C:2019:497 (*TopFit en Biffi*), punt 60, 65 en 66.

22 *European Superleague*, punt 84, onder verwijzing naar *Walrave en Koch*, punt 8; HvJ 15 december 1995, C 415/93 (*Bosman*), ECLI:EU:C:1995:463, punt 76 en 127; en HvJ 11 april 2000, gevoegde zaken C 51/96 en C 191/97 (*Deliège*), ECLI:EU:C:2000:199, punt 43, 44, 63, 64 en 69.

23 *European Superleague*, punt 100, 101, 104 en 105.

24 Het Europese sportmodel wordt met name gekenmerkt door de openheid van zijn competities, waarvan de deelneming berust op de ‘sportieve verdienste’ via een promotie- en degradatiesysteem. Hierin verschilt het van het Noord-Amerikaanse model, dat hoofdzakelijk is gebaseerd op ‘gesloten’ competities of divisies waarin de deelname van de clubs – franchise-nemers – gegarandeerd en vooraf vastgesteld is en berust op een betaald recht op deelname. Zie concl. A-G Rantos 15 december 2022, C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993 (*European Superleague*), punt 33.

liteitsbeginsel tot een belangrijke maatstaf voor de uitleg van artikel 101 en 102 VWEU.²⁵

Het Hof van Justitie meent wel dat een casus kan vereisen dat de specifieke kenmerken van sport, en bijgevolg ook artikel 165 VWEU, in het kader van de toepassing van de vrijverkeer- en mededingingsbepalingen in aanmerking kunnen worden genomen bij het onderzoek naar de inhoud van een regeling of gedraging binnen de feitelijke context waarin deze wordt uitgevoerd.²⁶ Het Hof van Justitie komt tot deze conclusie na een (wet)-systematische beschouwing over de bevoegdheden van de Unie.²⁷ Op het verschil in interpretatie van artikel 165 VWEU tussen advocaat-generaal Rantos enerzijds en het Hof van Justitie anderzijds komen wij later in deze bijdrage terug.

- *Verenigbaarheid met artikel 102 VWEU: regels ten aanzien van voorafgaande toestemming en deelname*

Het Hof van Justitie gaat eerst in op de vraag of de regels van de FIFA en UEFA omtrent voorafgaande toestemming voor en deelname aan door derden georganiseerde internationale clubcompetities en de daaraan verbonden sancties, het verbod van artikel 102 VWEU op misbruik van machtspositie schenden. Het Hof van Justitie overweegt dat het op basis van de uiteenzetting van de verwijzende rechter onbetwistbaar uitgaat van de feitelijke en juridische premisse dat FIFA en UEFA een machtspositie innemen. De FIFA en UEFA zijn immers de enige organisaties die internationale en Europese (club)voetbalcompetities organiseren en in de markt zetten.²⁸

Uitgangspunten van misbruik

Het Hof van Justitie overweegt dat volgens vaste rechtspraak sprake is van misbruik van machtspositie wanneer een onderneming door andere middelen dan op 'verdiensgebaseerde mededinging' de mededinging beperkt en aldus consumenten direct of indirect benadeelt.²⁹ Hoewel er geen sanctie bestaat op het hebben van een machtspositie, hebben ondernemingen met een machtspositie wel een bijzondere verantwoordelijkheid om met hun gedrag geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt.³⁰ Onderzocht moet worden of kan worden vastgesteld dat de gedraging, door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op verdienste gebaseerde mededinging tussen ondernemingen gebruikelijk zijn, daadwerkelijk of potentieel tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, doordat even efficiënte concurrerende ondernemingen van de markt

worden gedreven.³¹ Het Hof van Justitie merkt op dat het bij die vaststelling mogelijk is dat meerdere analyse-schema's worden gebruikt, afhankelijk van de aan de orde zijnde gedraging.³²

Aan deze standaardoverwegingen voegt het Hof van Justitie vervolgens toe dat als misbruik van machtspositie ook kunnen worden aangemerkt gedragingen waarvan is vastgesteld dat zij daadwerkelijk of potentieel tot gevolg, of zelfs de strekking hebben, om potentieel concurrerende ondernemingen in een eerder stadium te beletten de markt te betreden.³³ Hiermee maakt het Hof van Justitie dus duidelijk dat (1) het onderscheid tussen 'strekking' en 'gevolg' ook in artikel 102 VWEU gelezen kan worden, en (2) dat het verbod van artikel 102 VWEU, afhankelijk van de omstandigheden, niet slechts strekt tot het voorkomen van uitsluiting van even efficiënte ondernemingen.

Wanneer een onderneming of ondernemersvereniging de bevoegdheid heeft om vast te stellen onder welke voorwaarden potentieel concurrerende ondernemingen toegang tot de markt kunnen krijgen, moet deze bevoegdheid volgens het Hof van Justitie worden afgebakend door transparante, duidelijke en nauwkeurige materiële criteria om willekeur te voorkomen.³⁴ Deze criteria moeten de niet-discriminerende uitoefening van een dergelijke bevoegdheid kunnen waarborgen en een doeltreffend toezicht mogelijk maken.³⁵ Daarnaast moet de betrokken bevoegdheid worden vergezeld van transparante en niet-discriminerende procedurele regelingen, die met name ook ingaan op de toepasselijke termijnen voor indiening van een verzoek tot voorafgaande toestemming en voor de vaststelling van een besluit daarover. De termijnen mogen niet in het nadeel van potentiële concurrenten werken, en moeten daadwerkelijke toegang dus mogelijk maken.³⁶ Het Hof van Justitie leest hier artikel 102 VWEU in samenhang met artikel 106 VWEU. Er ontstaat een belangenconflict op het moment dat een onderneming die zelf een bepaalde economische activiteit uitoefent, tegelijkertijd de bevoegdheid heeft om te bepalen welke (andere) ondernemingen tevens toegang krijgen tot die economische activiteit.³⁷ Het Hof van Justitie sluit daarmee aan bij de uiteenzetting van de verwijzende rechter.³⁸

Kwalificatie van de regels ten aanzien van voorafgaande toestemming en deelname onder het misbruikverbod

Na deze overwegingen gaat het Hof van Justitie in op de kwalificatie van de onderhavige regels onder het misbruikverbod. Volgens het Hof van Justitie bestaan er zeker redenen om de organisatie en het verloop van internationale competities in het professionele voetbal te

25 Vgl. concl. A-G Rantos, *European Superleague*, punt 35.

26 *European Superleague*, punt 105.

27 *European Superleague*, punt 96-99, waarin wordt verwezen naar art. 6 onder e VWEU waarin enkele bevoegdheden van de Unie ter ondersteuning van de EU-lidstaten zijn opgenomen, onder meer op het gebied van onderwijs, beroepsopleiding, jongeren en sport.

28 *European Superleague*, punt 117.

29 *European Superleague*, punt 124.

30 *European Superleague*, punt 128.

31 *European Superleague*, punt 129, onder verwijzing naar HvJ 27 maart 2012, C-549/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark*), punt 25.

32 *European Superleague*, punt 130.

33 *European Superleague*, punt 131.

34 Zie naar analogie HvJ 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*), punt 84-86, 90, 91 en 99.

35 *European Superleague*, punt 135.

36 *European Superleague*, punt 136.

37 *European Superleague*, punt 133.

38 *European Superleague*, punt 38-43.

onderwerpen aan gemeenschappelijke regels die onder meer tot doel hebben de coördinatie van deze competities en de gelijkheid van kansen te bevorderen.³⁹ Bij gebreke aan materiële criteria en procedurele regelingen die waarborgen dat de in samenhang met deze regels ingestelde sancties transparant, objectief, nauwkeurig, niet-discriminerend en evenredig zijn, moeten sancties echter worden geacht naar hun aard in strijd te zijn met artikel 102 VWEU.⁴⁰ Voor zover de regels van FIFA/UEFA (op grond waarvan bijvoorbeeld voorafgaande toestemming is vereist voor de oprichting van een nieuwe clubvoetbalcompetitie) niet aan deze eisen voldoen, is sprake van misbruik machtspositie.⁴¹

Het is aan de verwijzende rechter om de FIFA/UEFA-regels te kwalificeren in het licht van artikel 102 VWEU.⁴² Het arrest is echter erg sturend, en laat de Spaanse rechter weinig ruimte om tot een ander oordeel dan misbruik te komen. Het Hof van Justitie staat de nationale rechter toe de aanvullende verificaties te verrichten die hij noodzakelijk acht. Die 'verificaties' in kwestie lijken vooral te doelen op een check of er inderdaad al dan niet materiële en procedurele regels zijn die de FIFA/UEFA-bevoegdheden afbakenen. Zo niet dan lijkt het antwoord gegeven.⁴³

- *Verenigbaarheid met artikel 101 VWEU: regels ten aanzien van voorafgaande toestemming en deelname*

Het Hof van Justitie benadrukt in het arrest dat een en dezelfde gedraging aanleiding kan geven tot een inbreuk op zowel artikel 101 als artikel 102 VWEU, en dat deze bepalingen op coherente wijze dienen te worden uitgelegd en toegepast.⁴⁴

Het Hof van Justitie leidt de toepassing van artikel 101 VWEU in met de inmiddels bekende verhandeling over het onderscheid tussen inbreuken die de *strekking* hebben de mededinging te beperken, en inbreuken die mededingingsbeperkende *gevolgen* hebben.⁴⁵ Bij een gevolgsbeding moeten de daadwerkelijke of potentiële gevolgen voor de mededinging worden aangetoond met inbegrip van een onderzoek naar de mededingingssituatie zónder de afspraak (de 'counterfactual').⁴⁶ Het Hof van Justitie licht toe dat, hoewel de categorisering van een beperking als een strekkingsbeding strikt moet worden toegepast, deze categorie niet slechts klassieke kartelafspraken zoals prijs- en marktverdelingsafspraken omvat.⁴⁷ Bepaalde soorten horizontale overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen, die niet kwalificeren als klassieke kartelafspraken, maar die wel tot gevolg hebben dat concurrerende ondernemingen van de markt worden uitgesloten kunnen óók de strek-

king hebben de mededinging te beperken als deze naar hun aard voldoende schadelijk zijn voor de mededinging.⁴⁸

Het is interessant om de benadering van het Hof van Justitie in *Superleague* te leggen naast de redeneerwijze van het Hof in het *Generics*-arrest. Dan vallen twee dingen op. Enerzijds lijkt het Hof van Justitie in *Generics* een striktere benadering te volgen wat betreft de kwalificatie van een afstemming tussen ondernemingen als een doelbeperking:

‘Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat het begrip “beperking naar strekking” strikt moet worden uitgelegd en slechts kan worden toegepast op bepaalde collusiepraktijken tussen ondernemingen, waaruit op zich en gelet op de bewoordingen, de doelstellingen en de economische en juridische context ervan blijkt dat zij in voldoende mate schadelijk zijn voor de mededinging dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht, aangezien bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging (...).’⁴⁹ [cursivering door auteurs]

Anderzijds oordeelde het Hof van Justitie in het *Generics*-arrest dat procompetitieve effecten meegewogen kunnen worden in het kader van de kwalificatie óf sprake is van een doelbeperking:

‘Ten slotte (...) dient te worden opgemerkt dat wanneer de partijen bij deze overeenkomst zich beroepen op de voor de mededinging gunstige gevolgen van de overeenkomst, met deze gevolgen voor de kwalificatie ervan als “beperking naar strekking” naar behoren rekening moet worden gehouden als elementen van de context van deze overeenkomst (...), aangezien zij de algehele beoordeling van de mate van schadelijkheid van de collusie voor de mededinging en bijgevolg de kwalificatie als “beperking naar strekking” op de helling kunnen zetten.’⁵⁰ [cursivering door auteurs]

Een expliciete verwijzing naar deze lijn treft men niet aan in het *Superleague*-arrest. Het Hof van Justitie vindt dit aspect dus blijkbaar niet relevant⁵¹ (althans niet in het bestek van de onderhavige zaak). Wellicht heeft dit ermee te maken dat het Hof van Justitie in het *Superleague*-arrest wel uitgebreid ingaat op de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU⁵² waar positieve effecten in beginsel aan bod (horen te) komen.

Vervolgens onderzoekt het Hof van Justitie de aard en bewoordingen van de regels van FIFA en UEFA, de eco-

39 *European Superleague*, punt 144.

40 *European Superleague*, punt 148.

41 *European Superleague*, punt 152.

42 *European Superleague*, punt 150.

43 Vgl. ook *European Superleague*, punt 152.

44 *European Superleague*, punt 119.

45 *European Superleague*, punt 153-170.

46 HvJ 30 juni 1966, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38 (LTM), p. 415; en HvJ 30 januari 2020, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics (UK) Ltd e.a./Competition and Markets Authority*), punt 118.

47 *European Superleague*, punt 161-163.

48 *European Superleague*, punt 164. Zie ook HvJ, *ISU*, punt 104; en *Royal Antwerp*, punt 91.

49 *Zie Generics (UK) Ltd e.a./Competition and Markets Authority*, punt 67.

50 *Zie Generics (UK) Ltd e.a./Competition and Markets Authority*, punt 103.

51 Zie ook G. Monti, 'EU Competition Law after the Grand Chamber's December 2023 Sports Trilogy: European Superleague, International Skating Union and Royal Antwerp FC', 7 januari 2024, TILEC Discussion Paper, beschikbaar via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4686842> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4686842>, p. 8.

52 *Zie European Superleague*, punt 189 e.v.

nomische en juridische context waarin deze regels zijn vastgesteld, en de doelstellingen van de regels.⁵³ Het Hof van Justitie overweegt dat regels over voorafgaande toestemming kunnen zijn ingegeven door de specifieke aard van internationale voetbalcompetities en het nastreven van bepaalde legitieme doelstellingen, zoals het waarborgen van de spelregels die aan het professionele voetbal ten grondslag liggen. Genoemde regels verlenen echter (tevens) de bevoegdheid om de toegang van elke potentieel concurrerende onderneming tot de betrokken markt te controleren.⁵⁴

In een ogenschijnlijke parallel met het kader van artikel 102 VWEU benoemt het Hof van Justitie dat ook aan ondernemingen die even efficiënt zijn de toegang tot de markt wordt ontzegd.⁵⁵ Het oordeel van het Hof van Justitie komt erop neer dat voor zover dergelijke regels van FIFA/UEFA niet worden ingekaderd door (c.q. voorzien van) materiële criteria en procedurele regelingen die kunnen waarborgen dat deze regels transparant, objectief, nauwkeurig, niet-discriminerend en evenredig zijn, de uitoefening van deze bevoegdheden ertoe *strekt* de mededinging te beperken.⁵⁶ De door de FIFA en UEFA bepaalde sancties kunnen volgens het Hof van Justitie duidelijk leiden tot het *versterken* van de inherent mededingingsbeperkende strekking van een stelsel van voorafgaande toestemming dat niet ingekaderd is door materiële criteria en procedurele regelingen.⁵⁷

- *Rechtsvaardigingsgronden onder artikel 101 lid 1 en lid 3, en onder artikel 102 VWEU*

Het Hof van Justitie behandelt vervolgens de vraag of de genoemde regels van de FIFA en UEFA buiten het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 en artikel 102 VWEU kunnen vallen omdat deze mogelijk gerechtvaardigd worden door legitieme doelstellingen in het algemeen belang,⁵⁸ ook wel de (algemeen belang) 'rule of reason'⁵⁹ genoemd⁶⁰ of de leer van de inherente beperkingen.⁶¹ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie valt niet elke mededingingsbeperkende overeenkomst tussen ondernemingen of elk mededingingsbeperkend besluit van een ondernemersvereniging automatisch on-

der het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU.⁶² Uit het onderzoek van de economische en juridische context waarin bepaalde van die overeenkomsten en besluiten moeten worden geplaatst, kan blijken dat deze worden gerechtvaardigd door het nastreven van legitieme doelstellingen van algemeen belang die als zodanig niet mededingingsverstoring zijn. De middelen waarmee deze doelstellingen worden nagestreefd moeten wel noodzakelijk en proportioneel zijn.⁶³ De mededingingsbeperkende maatregelen vallen in dat geval buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht.

Het Hof van Justitie oordeelt echter dat de uitzondering die uit *Wouters* en *Meca-Medina* volgt niet van toepassing is op gedragingen die *naar hun aard* inbreuk maken op artikel 102 VWEU,⁶⁴ en ook niet van toepassing is op overeenkomsten of gedragingen die *de strekking hebben* de mededinging te beperken in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU.⁶⁵ De exceptie zou dus alleen op kunnen gaan in zaken met gevolgbeperkingen.

Het Hof van Justitie behandelt na deze constatering de voorwaarden om de regels van de FIFA en UEFA te kunnen rechtvaardigen op basis van artikel 101 lid 3 VWEU en de (andere) rechtvaardigingsgronden die uit de rechtspraak over artikel 102 VWEU volgen.

Het Hof van Justitie somt eerst de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU op en benadrukt dat deze voorwaarden strikter zijn dan de toepassing van de hiervoor genoemde uitzondering die uit *Wouters* en *Meca-Medina* volgt.⁶⁶ De voorwaarden uit artikel 101 lid 3 vormen simpelweg een ander toetsingskader (met deels afwijkende criteria) dan de *Wouters/Meca-Medina*-exceptie.⁶⁷ Hoewel de toepassing van de voorwaarden aan de verwijzende rechter wordt gelaten, geeft het Hof van Justitie ten aanzien van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 aan dat vermeende voordelen van de regels een gunstige uitwerking moeten hebben op alle gebruikers (zowel beroepsbeoefenaren, tussenconsumenten als eindconsumenten in de verschillende betrokken sectoren of markten).⁶⁸ Het gaat bij gebruikers dan om (in ieder geval) de nationale voetbalbonden, de professionele of amateurclubs, de professionele of amateurspelers,

53 *European Superleague*, punt 171-179.

54 *European Superleague*, punt 176.

55 *European Superleague*, punt 176 en 177.

56 *European Superleague*, punt 179.

57 *European Superleague*, punt 177.

58 *European Superleague*, punt 183-188.

59 Het Hof van Justitie heeft de *economische* rule of reason zoals ontwikkeld in het Amerikaanse mededingingsrecht altijd buiten de reikwijdte van art. 101 lid 1 VWEU willen houden omdat deze uitzondering haar plaats had in lid 3, al kunnen bij dit uitgangspunt inmiddels vraagtekens worden gezet met de 'juridische en economische context'-leer van het Hof in het kader van lid 1. De publiekrechtelijke of 'algemeen belang'-rule of reason is in het *Wouters*-arrest door het Hof van Justitie erkend/ingesteld en maakt sindsdien onderdeel uit van het EU-mededingingsrecht. Om misverstanden te voorkomen kan deze algemeen belang rule of reason ook *Wouters*-exceptie o.i.d. worden genoemd. Het leerstuk van de inherente beperkingen schurkt aan tegen de openbaar belang rule of reason (het is wellicht iets smaller in zijn toepassing), maar vormt onzes inziens gewoon een toepassingsvariant van die rule of reason.

60 Zie J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 88-96.

61 Houdijk 2009, p. 96 en 97.

62 *European Superleague*, punt 183.

63 Zie in die zin HvJ 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters e.a.*), punt 97; HvJ 18 juli 2006, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina en Majcen/Commissie*), punt 42-48; en *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, punt 93, 96 en 97.

64 *European Superleague*, punt 185, onder verwijzing naar *MOTOE*, punt 53.

65 *European Superleague*, punt 186-187.

66 *European Superleague*, punt 189 en 190.

67 De excepties van art. 101 lid 3 VWEU en van de *Wouters*-leer vormen een elkaar aanvullend toetsingskader. Zie ook B. Van Rompuy, 'EU Court of Justice delineates the scope of the Wouters Exception', *Kluwer Competition Law Blog* 2024: '(...) the Court sheds some light on the overlap between the Wouters exception and the traditional framework laid down in Article 101(3) TFEU. It maintains that the two frameworks are not mutually exclusive. Still, in practice, an efficiency defence under Article 101(3) TFEU will not be successful if the conduct fails the Wouters test on the same grounds. The Court explicitly recognizes that the Wouters exception offers greater flexibility.'

68 *European Superleague*, punt 193, onder verwijzing naar HvJ 23 november 2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 (*Asnef-Equifax*), punt 70; en HvJ 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard e.a./Commissie*), punt 236 en 242.

jonge spelers en ook consumenten meer in het algemeen, ongeacht of dit toeschouwers of televisiekijkers betreft.⁶⁹

Op grond van de vierde voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU mag een overeenkomst, besluit of gedraging niet tot gevolg hebben dat de mededinging voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld. Het Hof van Justitie acht het in dit kader – wederom – relevant of de regels inzake voorafgaande toestemming (zowel materieel als procedureel) transparant, objectief, nauwkeurig en niet-discriminerend zijn.⁷⁰ Het Hof van Justitie concludeert dat in casu van een dergelijke inkadering geen sprake is en dat dit voetbalbonden zoals UEFA en FIFA in staat stelt om iedere concurrentie op de markt van de organisatie van interclubcompetities uit te sluiten.⁷¹

Het Hof van Justitie herhaalt deze redenering bij de bespreking van de rechtvaardigingsgronden die volgen uit de jurisprudentie over artikel 102 VWEU. Op grond van inmiddels vaste rechtspraak kunnen in het kader van artikel 102 VWEU gedragingen worden uitgezonderd van het misbruikverbod als deze ofwel (1) objectief gerechtvaardigd zijn, ofwel (2) worden gecompenseerd of gneutraliseerd door efficiëntieverbeteringen die ook aan de consument ten goede komen.⁷² Het Hof van Justitie overweegt dat het stelsel van voorafgaande toestemming van de FIFA en UEFA niet objectief gerechtvaardigd kan worden wegens het discretionaire karakter ervan.⁷³ Vervolgens gaat het Hof van Justitie nader in op de uitzonderingsgrond van de efficiëntieverbeteringen. Het Hof van Justitie werkt vier toepassingscriteria uit voor deze exceptie en benadrukt daarbij dat de vierde voorwaarde identiek is aan de vierde voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU.⁷⁴ Bijgevolg plaatst het Hof van Justitie ook hier de kanttekening over het gebrek aan materiële criteria en procedurele regelingen die de bevoegdheden van de FIFA en UEFA kunnen inkaderen.⁷⁵

- *Exploitatie van rechten: inbreuk op artikel 101 en artikel 102 VWEU?*

Het Hof van Justitie gaat vervolgens relatief kort in op de exploitatie van rechten die verband houden met de door FIFA en UEFA georganiseerde competities. De statuten van FIFA en UEFA kennen deze organisaties de bevoegdheid toe om te bepalen hoe de rechten die verband houden met eigen competities door derden worden gebruikt, met inbegrip van de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming voor de uitzending van wedstrijden of evenementen.⁷⁶

Monopolie op de exploitatie van rechten onder het kartelverbod

Dit stelsel van exclusieve en collectieve exploitatie van rechten brengt met zich dat elke mededinging tussen professionele voetbalclubs betreffende de rechten van wedstrijden waaraan zij deelnemen wordt verhinderd.⁷⁷ Het Hof van Justitie benadrukt dat het monopolie op de exploitatie van rechten ten aanzien van internationale clubvoetbalcompetities complementair is aan de exclusieve bevoegdheid om dergelijke competities te organiseren, en deze bevoegdheden dus intrinsiek met elkaar verbonden zijn.⁷⁸

Het monopolie dat aan de FIFA en UEFA wordt verleend zorgt er tevens voor dat deze organisaties exclusieve controle hebben over het aanbod, met als gevolg dat potentiële kopers van rechten zich enkel kunnen wenden tot deze organisaties met het gevaar dat er minder keuze en innovatie is en hoge, en mogelijk zelfs onrechtmatige, prijzen kunnen worden verlangd van kopers en uiteindelijk consumenten.⁷⁹

Volgens het Hof van Justitie kan het exclusieve en collectieve stelsel van exploitatie van rechten aldus *prima facie* worden gekwalificeerd als een strekkingsbeperking in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU en tevens als misbruik van machtspositie.⁸⁰

Rechtvaardigings-/uitzonderingsgronden

Het Hof van Justitie gaat vervolgens in op de mogelijkheden om deze strekkingsbeperking annex misbruik te rechtvaardigen.⁸¹ Zonder echt onderscheid te maken tussen de verschillende toetsingskaders onder artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 102 VWEU overweegt het Hof van Justitie dat er op het eerste gezicht overtuigende argumenten zijn om aan te nemen dat het stelsel van exclusieve en collectieve exploitatie leidt tot efficiëntieverbeteringen.⁸² Zo zou het bundelen van rechten bijvoorbeeld voor een aantrekkelijker product zorgen. De verkoop van de rechten zou in aanzienlijke mate worden bestemd voor financieringen of projecten die moeten zorgen voor een solidaire herverdeling van de winsten, wat uiteindelijk ook ten goede komt aan bijvoorbeeld amateurs en de ontwikkeling van jonge spelers en het vrouwenvoetbal.⁸³

Het Hof van Justitie geeft aan dat het uiteindelijk aan de verwijzende rechter is om in het licht van door partijen over te leggen boekhoudkundige en financiële bewijzen af te wegen of deze argumenten inderdaad overtuigend zijn.⁸⁴ Hierbij geeft het Hof van Justitie nog als vingerwijzing mee dat ten aanzien van de vierde voorwaarde onder zowel artikel 101 lid 3 VWEU als de rechtvaardigingsgrond van artikel 102 VWEU bij gebrek aan mededinging tussen *verkopers*, nog wel mededinging kan wor-

69 *European Superleague*, punt 195.

70 *European Superleague*, punt 198-199.

71 *European Superleague*, punt 198-199.

72 *European Superleague*, punt 202, onder verwijzing naar *Post Danmark*, punt 41, en HvJ 12 mei 2022, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 (*Servizio Elettrico Nazionale*), punt 46 en 86.

73 *European Superleague*, punt 203.

74 *European Superleague*, punt 204 en 207.

75 *European Superleague*, punt 207.

76 *European Superleague*, punt 217-221.

77 *European Superleague*, punt 222.

78 *European Superleague*, punt 223-224.

79 *European Superleague*, punt 228-229.

80 *European Superleague*, punt 230.

81 *European Superleague*, punt 231-241.

82 *European Superleague*, punt 232-235.

83 *European Superleague*, punt 232-235.

84 *European Superleague*, punt 236-239.

den gecreëerd door het organiseren van een niet-discriminerende veiling-, selectie- of biedprocedure. Op deze wijze kunnen potentiële *kopers* (denk aan mediabedrijven) een daadwerkelijke en onvervalste mededinging voor het aangeboden product aangaan,⁸⁵ waardoor er toch concurrentie aanwezig blijft in de markt.

ISU

Dit arrest van het Hof van Justitie komt voort uit het hoger beroep in de zaak tussen de International Skating Union (ISU) en de Europese Commissie.⁸⁶ In het arrest gaat het Hof van Justitie in op de verenigbaarheid met artikel 101 lid 1 VWEU van de regels van de ISU die voorafgaande toestemming vereisen voor het organiseren van schaatscompetities, alsook het sanctiemechanisme op grond waarvan atleten voor het leven uitgesloten kunnen worden na deelname aan niet-toegestane competities. Daarnaast gaat het Hof van Justitie in op de rol van de door het ISU verplicht gestelde arbitrageregeling bij het vaststellen van een schending van artikel 101 VWEU.

- *Achtergrond van het geschil*

De ISU is een door het Internationaal Olympisch Comité (IOC) erkende sportfederatie op het gebied van kunsten (snel)schaatsen. De leden van ISU zijn nationale kunstschaats- en schaatsbonden, waarvan de leden of aangeslotenen op hun beurt verenigingen en ploegen zijn waartoe met name professionele schaatsers behoren. De activiteiten van ISU zijn enerzijds gericht op het reguleren en promoten van de schaatssport en anderzijds op het organiseren van internationale schaatsevenementen en het exploiteren van daarmee gepaard gaande rechten.⁸⁷

De regels van de ISU bepalen dat de organisatie van internationale competities voorafgaande goedkeuring van de ISU vereist.⁸⁸ Atleten die deelnemen aan een competitie die niet is goedgekeurd door ISU lopen het risico te worden uitgesloten van alle competities voor een bepaalde periode of voor het leven.⁸⁹ Weigeringen van vergunningen en sancties kunnen alleen worden aangevochten voor het Hof van Arbitrage voor Sport (CAS) in Lausanne (Zwitserland).

In 2017 constateerde de Europese Commissie naar aanleiding van een klacht ingesteld door twee Nederlandse (voormalig) topschaatsers, Mark Tuitert en Niels Kerstholt, dat de ISU-regels voor voorafgaande toestemming en de daaraan verbonden sancties voor deelname van atleten inbreuk maken op artikel 101 VWEU.⁹⁰ De regels stellen ISU in staat de organisatie van evenementen die concurreren met de eigen organisatie te voorkomen en te verhinderen dat professionele schaatsers hieraan

deelnemen. Hoewel de regels inzake arbitrage volgens de Commissie op zichzelf geen beperking van de mededinging opleveren, versterken zij de hierboven omschreven mededingingsbeperkingen wel.

In 2020 heeft het Gerecht van de Europese Unie het beroep van ISU verworpen voor zover dit was gericht tegen het besluit van de Commissie waarin zij de regels van ISU inzake het organiseren van schaatsevenementen en deelname hieraan onrechtmatig heeft bevonden.⁹¹ Het Gerecht oordeelde wél dat de Commissie ten onrechte de arbitrageregeling als een verzwarende omstandigheid heeft aangemerkt die de mededingingsinbreuk versterkt.⁹²

- *Toepasselijkheid van het Unierecht op sport en op de activiteiten van de sportverenigingen*

Net als in *European Superleague* merkt het Hof van Justitie in dit arrest op dat sport niet als zodanig kan worden uitgezonderd van het toepassingsbereik van de mededingingsbepalingen in het VWEU, en dat de organisatie en vermarkting van sportcompetities alsook de deelname hieraan een economische activiteit vormen. De regels die met de organisatie verband houden vallen daarvoor binnen de werkingssfeer van het Unierecht.⁹³ Sportverenigingen en federaties zoals de ISU en de daarbij aangesloten nationale sportbonden kunnen in dat verband worden beschouwd als ondernemingen; regels van deze verenigingen als besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 101 VWEU.⁹⁴

- *Verenigbaarheid met artikel 101 VWEU*

Het Hof van Justitie begint met een overzicht van inmiddels vaste rechtspraak over de vaststelling van inbreuken op artikel 101 VWEU en het onderscheid tussen strekkings- en gevolgbedingen.⁹⁵ Ook in *ISU* overweegt het Hof van Justitie dat gedragingen of regels die de strekking hebben de mededinging te beperken niet kunnen worden uitgesloten van het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU op de grond dat deze gedragingen of regels legitieme doelstellingen in het algemeen belang nastreven en deze gedragingen of regels noodzakelijk en geschikt zijn om dit gestelde doel te bereiken.⁹⁶

Kwalificatie van de ISU-regels inz. voorafgaande toestemming en deelname in het licht van artikel 101 VWEU

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de kwalificatie van de regels van de ISU voor voorafgaande toestemming en deelname in het licht van artikel 101 VWEU.⁹⁷ Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het behoud of de ontwikkeling van onvervalste concurrentie op de interne markt alleen kan worden gegaran-

85 *European Superleague*, punt 240.

86 Zie ook het arrest van het Gerecht van de Europese Unie in deze zaak: Gerecht 16 december 2020, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610 (*International Skating Union*).

87 HvJ, *ISU*, punt 4-7.

88 HvJ, *ISU*, punt 9.

89 HvJ, *ISU*, punt 15 en 18.

90 Zie het persbericht van de Europese Commissie op 8 december 2017 in de zaak met zaaknummer AT.40208.

91 Gerecht 16 december 2020, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610 (*International Skating Union/Europese Commissie*).

92 Gerecht, *ISU*, punt 141-164.

93 HvJ, *ISU*, punt 91-96.

94 HvJ, *ISU*, punt 93.

95 HvJ, *ISU*, punt 91-110.

96 HvJ, *ISU*, punt 111-114.

97 HvJ, *ISU*, punt 116-149.

deerd als gelijke kansen tussen ondernemingen worden gewaarborgd.⁹⁸

Als een onderneming bij de uitoefening van een bepaalde economische activiteit, de bevoegdheid krijgt om *de jure* of zelfs *de facto* te bepalen welke andere ondernemingen ook bevoegd zijn om die activiteit uit te oefenen of onder welke voorwaarden deelname plaatsvindt, ontstaat een belangenconflict en een duidelijk voordeel voor deze onderneming ten opzichte van haar concurrenten door hun de toegang tot de relevante markt te ontzeggen of haar eigen activiteit te bevoordelen.⁹⁹ Daarmee controleert deze onderneming in wezen de (mate van) concurrentie op de markt.

Wanneer een dergelijke bevoegdheid niet wordt ingekaderd door (voorzien van) transparante, nauwkeurige en duidelijke materiële criteria en procedurele regelingen die een niet-discriminerende en evenredige toepassing waarborgen en een mogelijkheid bieden om beslissingen aan te vechten, moet deze volgens het Hof van Justitie worden geacht *tot doel* te hebben de mededinging te beperken.¹⁰⁰

Het Hof van Justitie overweegt dus dat een bevoegdheid waarmee de toegang tot een markt wordt gereguleerd en sancties worden opgelegd slechts mag worden toegekend aan een onderneming op voorwaarde dat zij onderworpen is aan beperkingen, verplichtingen en toezicht.¹⁰¹ Dat een sportfederatie zoals ISU regels en sancties mag vaststellen om de organisatie van internationale competities te waarborgen, doet hier niet aan af.¹⁰²

Samenloop van artikel 101 VWEU en artikel 102 VWEU

Hoewel het verbod op misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU geen onderdeel is van het beroep, besteedt het Hof van Justitie in enkele overwegingen aandacht aan de rechtspraak onder artikel 102 VWEU.¹⁰³ Zo verwijst het Hof van Justitie naar *MOTOE* om aan te geven dat ondernemingen met een machtspositie deze positie misbruiken op het moment dat regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden niet worden ingeperkt.¹⁰⁴ Daarmee loopt het misbruikverbod in het spoor van (doelbeperkingen binnen) het kartelverbod.¹⁰⁵ Net als in *European Superleague* benoemt het Hof van Justitie ook de relevantie van artikel 106 VWEU in situaties waarin een private organisatie regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden heeft.¹⁰⁶

98 HvJ, ISU, punt 125.

99 HvJ, ISU, punt 125.

100 HvJ, ISU, punt 125-128, 131-133, 135-136.

101 HvJ, ISU, punt 136 en 139.

102 Zie ook: HvJ, ISU, punt 144.

103 Zie in het bijzonder: HvJ, ISU, punt 127, 128 en 146. In punt 146 overweegt het Hof van Justitie zelfs: 'Those rules are thus able to be used to allow or exclude from that market any competing undertaking, even an equally efficient undertaking, or at least restrict the creation and marketing of alternative new competitions (...)' Dit klinkt als een 102-overweging die onder art. 101 VWEU wordt meegewogen.

104 HvJ, ISU, punt 127.

105 HvJ, ISU, punt 128.

106 HvJ, ISU, punt 126-127.

• Arbitrageregeling

In tegenstelling tot het Gerecht oordeelt het Hof van Justitie dat de Europese Commissie op goede gronden tot de conclusie is gekomen dat de arbitrageregeling de inbreuk op het Unierecht versterkt.¹⁰⁷ Redengevend daartoe is onder meer dat via een procedure bij CAS noch toetsing kan plaatsvinden van de artikelen 101 en 102 VWEU noch een verwijzing in een prejudiciële vraagstellingsprocedure naar het Hof van Justitie kan plaatsvinden.¹⁰⁸

Royal Antwerp

In een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie, aanhangig gemaakt door de rechtbank in eerste aanleg in Brussel, gaat het Hof van Justitie in op de statuten van de UEFA, en nader vastgestelde regels van de Belgische voetbalbond die bepalen dat voetbalclubs een minimumaantal *home-grown players* op het wedstrijdblad moet vermelden. De vraag die voorligt, is of artikel 101 VWEU zicht verzet tegen een dergelijke regeling.

• Feiten

In deze zaak betwisten een profvoetballer en SA Royal Antwerp Football Club (Royal Antwerp) de regels van UEFA en VZW Koninklijke Belgische Voetbalbond (KBVB of Belgische voetbalbond) op grond waarvan de clubs in hun ploegen een minimumaantal *home-grown players* (= lokaal opgeleide spelers; HGP's) moeten opnemen. HGP's zijn spelers die, ongeacht hun nationaliteit, in de leeftijd tussen 15 en 21 jaar gedurende minstens drie jaren zijn opgeleid door hun club of door een andere club die bij dezelfde nationale voetbalbond is aangesloten.¹⁰⁹ Volgens de voetballer en Royal Antwerp zijn deze regels in strijd met artikel 101 VWEU. Zij hebben UEFA en KBVB na een arbitrale uitspraak gedagvaard voor de *tribunal de première instance francophone de Bruxelles*.

• Prejudiciële vragen

Aan het Hof van Justitie is door de Belgische verwijzende rechter in de kern de vraag voorgelegd of de regels inzake HGP's binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen en hiermee al dan niet verenigbaar zijn.¹¹⁰ Eenzelfde vraag strekte zich uit over het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU).¹¹¹

• Toepasselijkheid van het Unierecht op sport en activiteiten van sportverenigingen

Het Hof van Justitie merkt net als in *European Superleague* en *ISU* op dat enkel bepaalde regels die uitsluitend zijn vastgesteld om niet-economische redenen, kunnen worden beschouwd als regels die niets te maken hebben met een economische activiteit en daarmee *a priori* bui-

107 HvJ, ISU, punt 228.

108 HvJ, ISU, punt 223.

109 *Royal Antwerp*, punt 6.

110 *Royal Antwerp*, punt 25.

111 De bepalingen betreffende het EU-vrijverkeersrecht (waaronder het vrij verkeer van werknemers) zullen wij ter limitering van de omvang van deze bijdrage buiten beschouwing laten in dit artikel.

ten het toepassingsbereik van het Unierecht vallen.¹¹² De regels inzake HGP behoren volgens het Hof van Justitie niet tot deze categorie.¹¹³

Ook al beheersen de HGP-regels de arbeidsvoorwaarden van de spelers niet formeel, dan nog moeten zij worden geacht een directe uitwerking te hebben op die arbeid en een van de parameters van competitie (en dus van mededinging in topsport) te vormen. Deze regels stellen bepaalde vereisten aan de samenstelling van de ploegen die in aanmerking komen voor deelname aan de clubcompetities, en dus aan de deelname van de spelers zelf aan die competitie.¹¹⁴ Bovendien bestaan er sancties op niet-naleving van de HGP-regels.

Het Hof van Justitie benadrukt, evenals in *European Superleague*, dat regels die worden opgesteld en die voorschriften bevatten voor particulieren de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid in acht moeten nemen.¹¹⁵

- *Artikel 165 VWEU*

Ook in *Royal Antwerp* komt artikel 165 VWEU aan de orde, en hebben meerdere partijen opmerkingen ingediend over de relevantie van deze verdragsbepaling. Het Hof van Justitie herhaalt de (wet)systematische beschouwing uit *European Superleague* en meent dat deze bepaling geen ‘transversale, algemeen toepasselijke bepaling’ is.¹¹⁶ Aspecten van de sport en de structuren en verhoudingen tussen verschillende actoren, en daarmee ook artikel 165 VWEU zelf, kunnen dus worden meegenomen bij het onderzoek naar de vaststelling van een mogelijke schending van artikel 101 VWEU, maar artikel 165 VWEU kan de toepassing van deze bepaling dus niet opzijzetten.¹¹⁷

- *Verenigbaarheid met artikel 101 VWEU*

Ook in *Royal Antwerp* verschaft het Hof van Justitie een overzicht van de vaste rechtspraak inzake artikel 101 VWEU en het onderscheid tussen strekkings- en gevolgbepalingen.¹¹⁸ Daarnaast benadrukt het Hof van Justitie wederom dat in het geval sprake is van een strekkingsbepaling, de regels in kwestie niet kunnen worden uitgesloten van het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU.¹¹⁹

Kwalificatie van de regels inzake HGP's onder het kartelverbod

De regels inzake HGP's leggen profvoetbalclubs de verplichting op om op het wedstrijdblad een minimumaantal spelers in te schrijven dat voldoet aan de vereisten om te worden beschouwd als HGP's. Doen zij dat niet, dan krijgen zij een sanctie opgelegd. Volgens het Hof

van Justitie beperken die regels uit hun aard de mogelijkheid van profvoetbalclubs om op dat blad spelers te zetten die niet aan dergelijke vereisten voldoen¹²⁰ (hetgeen hier overigens niet automatisch betekent dat ook sprake is van een doelbeperking). Deze regels mogen dan gelden vanuit sportieve doelstellingen, ze hebben ook effect op het aantrekken van spelers en de concurrentie tussen clubs.¹²¹

Volgens het Hof van Justitie ligt het op de weg van de verwijzende rechter om te bepalen of de HGP-regels zodanig schadelijk zijn voor de mededinging dat zij *naar hun aard* de mededinging beperken. Indien dat niet het geval is, zal de verwijzende rechter *de gevolgen* van de regels voor de mededinging moeten onderzoeken.

Beroep op een uitzondering

Het Hof van Justitie biedt ook nog enkele gezichtspunten ten aanzien van de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU – en dus de mogelijkheid om de HGP-regels te rechtvaardigen (mocht komen vast te staan dat deze regels mededingingsbeperkend zijn).¹²² Het Hof van Justitie benadrukt daarbij dat de voorwaarden voor toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU strikter zijn dan de toepassing van de uitzondering uit onder andere de arresten *Wouters* en *Meca-Medina* onder artikel 101 lid 1 VWEU voor regels met legitieme doelstellingen in het algemeen belang.¹²³

Het Hof van Justitie overweegt ten aanzien van de eerste voorwaarde onder artikel 101 lid 3 VWEU, dat mogelijk in het voordeel van de HGP-regels spreekt dat de regels een stimulans kunnen vormen voor profvoetbalclubs om jonge spelers te contracteren en op te leiden, en dus om de concurrentie door middel van opleiding op te voeren. Het Hof van Justitie ziet hierin een taak voor de verwijzende rechter om dit standpunt aan de hand van concrete economische, statistische of andere bewijzen overgelegd (of over te leggen) door partijen na te gaan.¹²⁴ Ten aanzien van de tweede voorwaarde meent het Hof van Justitie dat bijvoorbeeld tv-kijkers en toeschouwers mogelijk waarde hechten aan lokaal opgeleide spelers, en vraagt zich af in hoeverre dit voelbaar is, of dat de HGP-regels – zoals ook is betoogd – eerder bepaalde groepen clubs bevoordelen ten opzichte van andere.¹²⁵ Met betrekking tot de derde en vierde voorwaarde gaat het Hof van Justitie in op voorstellen en argumenten die voor het Hof van Justitie naar voren zijn gebracht en die specifiekere betrekking hebben op alternatieve maatregelen om het aantal lokaal opgeleide spelers te stimuleren, en de vraag of de minimale verhoudingen van HGP's ten opzichte van niet-HGP's op het wedstrijdblad evenredig is.¹²⁶ Bij het onderzoek of voldaan is aan alle voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU, kan de situatie op

112 Zie in die zin *Walrave en Koch*, punt 8; *Bosman*, punt 76 en 127; en *Deliège*, punt 43, 44, 63, 64 en 69.

113 *Royal Antwerp*, punt 54.

114 *Royal Antwerp*, punt 61 en 107-109. Zie in die zin ook *Bosman*, punt 116 en 119.

115 *Royal Antwerp*, punt 57.

116 *Royal Antwerp*, punt 68.

117 *Royal Antwerp*, punt 69 en 72.

118 *Royal Antwerp*, punt 80-117.

119 *Royal Antwerp*, punt 113-115.

120 *Royal Antwerp*, punt 101.

121 *Royal Antwerp*, punt 106.

122 *Royal Antwerp*, punt 118-135.

123 *Royal Antwerp*, punt 118, gelezen in combinatie met punt 113.

124 *Royal Antwerp*, punt 129.

125 *Royal Antwerp*, punt 130.

126 *Royal Antwerp*, punt 131-132.

de markt zónder de maatregel worden meegenomen ('*counterfactual*').¹²⁷

Op dit punt is derhalve een duidelijk contrast waarneembaar tussen *European Superleague* en ISU enerzijds, en *Royal Antwerp* anderzijds. Zo lijkt het Hof van Justitie ten aanzien van de HGP-regels meer ruimte te zien om de regels te rechtvaardigen, en is het bepaald geen uitgemaakte zaak of de regels in kwestie resulteren in een strekkings- of gevolgbeperking.

Wat zijn de belangrijkste kernpunten uit de drie sportarresten?

De sportarresten hebben op een aantal onderdelen nieuwe inzichten en verduidelijkingen van de EU-rechter gegeven omtrent de toepassing van het mededingingsrecht in de sportsector en daarbuiten. Wij gaan, zoals eerder aangegeven, nader in op de volgende (gemeenschappelijke) thema's: Heeft de (top)sportsector een aparte status binnen het mededingingsrecht? Hoe moeten sportbonden zoals UEFA/FIFA en ISU uitvoering geven aan de voorwaarden van objectiviteit, non-discriminatie, nauwkeurigheid en onafhankelijkheid? Wat is de reikwijdte van de *rule of reason* (en kan zij van toepassing zijn op doelbeperkingen)? Wat is de betekenis van de drie sportarresten buiten het domein van voetbal- en schaatsbonden?

Heeft de (top)sportsector een aparte status binnen het mededingingsrecht?

Uit de arresten van het Hof van Justitie komt duidelijk naar voren dat de (top)sportsector géén 'status aparte' heeft in het Europese recht wat betreft de toepassing van het EU-mededingingsrecht. Dat was voorafgaand aan de sportarresten nog geen uitgemaakte zaak, onder meer door een verschil in opinie op dit onderwerp tussen de advocaten-generaal Rantos en Szpunar.

Advocaat-generaal Rantos reserveerde in zijn conclusie in de *Superleague*-zaak een leidende rol voor artikel 165 VWEU als grondslag van een Europees sportmodel bij de toepassing van het mededingingsrecht op de sportsector.¹²⁸ Hij leest in artikel 165 VWEU een *lex specialis* die leidend is in situaties waarin sportbonden regels vaststellen die ertoe strekken het Europees sportmodel te beschermen.¹²⁹

Advocaat-generaal Szpunar sloeg in zijn conclusie bij *Royal Antwerp*¹³⁰ (die zich uiteindelijk beperkt tot een bespreking van de vrijverkeersbepalingen) een veel relativerender toon aan ten opzichte van artikel 165 VWEU. Artikel 165 VWEU heeft een plaats binnen het VWEU zoals alle andere beleidsterreinen van de Unie en vormt

geen algemeen toepasselijke bepaling in de zin van het eerste deel van het VWEU. Het is al helemaal geen *lex specialis*. Handelingen van sportbonden als UEFA en KBVB moeten net als alle andere mogelijke beperkingen van het economische Europese recht volgens standaardbeginselen van het EU-recht worden beoordeeld, aldus Szpunar.¹³¹

Het Hof van Justitie volgt de Rantos-lijn echter niet, en lijkt meer te voelen voor de benadering die Szpunar kiest.¹³² Volgens het Hof van Justitie vormt artikel 165 VWEU géén 'transversale, algemeen toepasselijke' bepaling die 'dwingend' in aanmerking dient te worden genomen. Dit is de eerste keer dat het Hof van Justitie deze kwalificatie zo gebruikt in zijn jurisprudentie.¹³³ Artikel 165 VWEU onttrekt sport dan ook niet aan de toepassing van de vrijverkeer- en mededingingsbepalingen in het primaire Unierecht.¹³⁴

Het Hof van Justitie relateert daarmee de specifieke kenmerken van sport en de rol van het Europese sportmodel zoals die door advocaat-generaal Rantos in de verf waren gezet. Het Hof van Justitie erkent dat er specifieke kenmerken van sport zijn, die mogelijk relevant zijn bij de toepassing van bepalingen van het EU-recht. Dat geldt echter in dezelfde mate als bij de specifieke kenmerken van andere economische sectoren die te maken krijgen met een potentiële toepassing van het EU-mededingingsrecht.

Hoe moeten sportbonden uitvoering geven aan voorwaarden van objectiviteit, non-discriminatie, nauwkeurigheid en onafhankelijkheid?

In de sportarresten ontleent het Hof van Justitie sportbonden zoals ISU, FIFA en UEFA niet de mogelijkheid om hun eigen competities en (aspirant)competities van derden door middel van bepaalde maatregelen te reguleren. Ook leggen de arresten de sportbonden geen directe opsplitsingsverplichting op in enerzijds een regulerende organisatie en anderzijds een commerciële entiteit. Tijdens de mondelinge behandelingen van de zaken is er veel discussie geweest over de *conflicts of interests* en de noodzaak om op te splitsen. Het Hof van Justitie geeft echter wel duidelijk aan dat de sportbonden inhoudelijke en procedurele waarborgen moeten instellen met betrekking tot hun beoordeling van potentieel concurrerende sportevenementen teneinde in lijn te zijn met het EU-mededingingsrecht.¹³⁵

- *Hoe luiden de uitgangspunten voor sportfederaties?*

Hierbij gelden de volgende uitgangspunten. De vaststelling van regels betreffende de voorafgaande toestem-

127 *Royal Antwerp*, punt 133.

128 Vgl. concl. A-G Rantos, *European Superleague*, punt 35.

129 Concl. A-G Rantos, *European Superleague*, punt 30-32, 35 en 42.

130 Concl. A-G Szpunar 9 maart 2023, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:188 (*Royal Antwerp*), punt 52-54.

131 Zie concl. A-G Szpunar, *Royal Antwerp*, punt 52-54.

132 Zo komen elementen van het wetsystematische betoog van A-G Szpunar in *Royal Antwerp* over art. 165 VWEU terug in de sportarresten. Zie ook R. Houben, 'The Super League case at the crossroads of law and politics', *Les cahiers de droit du sport* 2023/63, p. 144-145.

133 Zie Monti, 7 januari 2024, p. 4.

134 *European Superleague*, punt 100, 101, 104 en 105.

135 Zie bijv. *European Superleague*, punt 178: '(...) materiële criteria en procedurele regelingen die kunnen waarborgen dat zij transparant, objectief, niet-discriminerend en evenredig zijn (...)'

ming voor door derden te organiseren competities en wedstrijden en de deelname van professionele sportclubs en sporters aan deze competities kan worden gerechtvaardigd door doelstellingen van algemeen belang zoals de waarden van openheid, verdienste en solidariteit. Hiertoe hoort ook het belang dat de competities op een materieel homogene en in de tijd gecoördineerde wijze worden geïntegreerd in het 'georganiseerde systeem' van nationale, Europese en internationale competities die kenmerkend zijn voor de sport.

De vaststelling van regels omtrent voorafgaande toestemming voor de organisatie van competities en wedstrijden is echter enkel gerechtvaardigd wanneer deze regels gepaard gaan met materiële criteria en procedurele regelingen die kunnen waarborgen dat zij transparant, objectief, nauwkeurig en niet-discriminerend zijn. Ook mogen de toegepaste criteria het niet *de facto* onmogelijk maken voor concurrenten om tot de markt toe te treden.¹³⁶ Als deze voorwaarden niet in acht worden genomen, komen de sportorganisatieregels neer op een mededingingsbeperking naar doel. Het hoeft geen betoog dat het Hof van Justitie van oordeel is dat de huidige reglementen van ISU en UEFA/FIFA niet aan genoemde materiële en procedurele waarborgen voldoen. De door het Hof van Justitie uitgesponnen beginselen zijn bepaald niet nieuw en zijn bijvoorbeeld al terug te vinden in het hoofdstuk over erkenningsregelingen van de ACM-Leidraad 'Samenwerking tussen concurrenten'.¹³⁷

- *Wat betekenen de uitgangspunten in de praktijk voor sportbonden?*

Wat betekenen deze uitgangspunten nu in de praktijk? Dwingen de toetsingscriteria zoals non-discriminatie en transparantie een 'gevestigde' sportbond om ruimte te maken op de jaarkalender voor concurrerende competities of wedstrijden, wanneer die jaarkalender al helemaal is gevuld met sportactiviteiten van de sportbond in kwestie? Om een voorbeeld te geven: moeten UEFA en FIFA hun competities c.q. wedstrijden in aantal of omvang terugbrengen om ruimte te creëren voor alternatieve competities? Beide organisaties hebben de laatste jaren juist hun best gedaan om de internationale voetbalkalender nog verder te vullen met onder meer de introductie van de Nations League (UEFA) en van een uitgebreidere versie van het wereldkampioenschap voor clubs (FIFA). De belastbaarheid van voetballers zou in het gedrang kunnen komen als er nog een nieuwe competitie of toernooi van derden bijkomt. En moeten gevestigde sportbonden ruimte bieden aan alternatieve competities, waarbij het dan aan de clubs is om te bepalen voor welk competitieformat zij kiezen?

136 Vgl. HvJ, ISU, punt 133, en Monti, 7 januari 2024, p. 11.

137 Zie hoofdstuk 3.3. 'Erkeningsregelingen' van de ACM-Leidraad 'Samenwerking tussen concurrenten' (randnr. 42): 'Om ongerechtvaardigde uitsluiting te voorkomen moet de erkenningsregeling: (a) een open karakter hebben, (b) eisen stellen die objectief, niet-discriminerend en vóóraf duidelijk zijn, (c) een (toelatings)procedure voor erkenning hebben die transparant is, en (d) een (toelatings)procedure voor erkenning hebben die voorziet in een onafhankelijke beslissing over de toelating bij de eerste beoordeling, of nadat erkenning is geweigerd, in beroep.'

Het is duidelijk dat voor besluitvorming en besluitvormingsregels niet zomaar één standaardoplossing voor de sportwereld bestaat. In de harde realiteit van de professionele sport kunnen beide uitgangspunten in bepaalde situaties zelfs op elkaar botsen. Denk aan maatregelen om de jaarbelasting van sporters in de hand te houden tegenover de verlening van toestemming om extra evenementen op de jaarkalender te plaatsen.

In de eerste plaats zal de balanceeroefening sportspecifiek zijn. Sporten en daarin opererende sportbonden verschillen in hun sportieve opzet, organisatie en jaarkalender sterk van elkaar.¹³⁸ Het maakt een groot verschil of sprake is van een aanvraag voor de organisatie van een separate, incidentele schaatswedstrijd gedurende enkele dagen in de zomerperiode of van een concurrerende jaarcompetitie. Men kan zich voorstellen dat er in het professionele tennis ruimte bestaat op de jaarkalender om nieuwe tennistoernooien in te voegen, terwijl die ruimte er minder is in sporten die worden geregeerd door een doorlopende wekelijkse jaarcompetitie.

In de tweede plaats bestaat onzes inziens binnen het regelgevingskader dat het Hof van Justitie heeft neergelegd ruimte voor sportbonden om te waarborgen dat intredende (concurrerende) sportevenementen voldoen aan een aantal basisvoorwaarden van het Europese sportmodel (zonder dat daarvoor een constitutionalisering van sport conform de Rantos-lijn nodig is).¹³⁹ Dit houdt onder meer in dat een eventuele concurrerende competitie zoals de European Superleague geen gesloten unit is, maar wordt gekenmerkt door de regel van promotie/degradatie dan wel door jaarlijkse kwalificatie op grond van behaalde resultaten in nationale competities. Het houdt ook in dat een deel van de behaalde winst naar de amateursport vloeit. In het nieuwe voorstel van de initiatiefnemers¹⁴⁰ achter de European Superleague (inmiddels omgedoopt tot Unify League) wordt aan deze voorwaarden overigens voldaan.¹⁴¹

138 Er zijn ook uiteenlopende zaken aanhangig bij nationale rechters en mededingingsautoriteiten op het snijvlak van mededingingsrecht en sport. Zie onder meer: Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:919 en Rb. Zeeland-West-Brabant 15 december 2021, ECLI:NL:RB-ZWB:2021:6501. Deze zaak draaide om een conflict tussen de UCI, de wereldbond voor wielrennen, en de CPA, de belangenvereniging van professionele wielrenners. Het betrof de manier waarop de prijs- en contractbeheerregels in de wielersport werden uitgevoerd. Op 15 oktober 2024 heeft de Poolse Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) bijna 1 miljoen PLN aan boetes uitgedeeld aan verschillende basketbalclubs en de Poolse basketbal league. Na de eerdere beëindiging van het basketbalseizoen in 2019/2020 hadden de verschillende clubs afspraken gemaakt over het uitbetalen van salarissen en contracten die tegen het Europees en Poolse mededingingsrecht in gingen. Zie persbericht van UOKiK d.d. 25 oktober 2022, 'Basketball clubs violated competition – decision of President of UOKiK'.

139 Het Hof van Justitie heeft in het *Superleague*-arrest expliciet opgemerkt dat de verwijzende rechter niet heeft gevraagd om een uitleg van het VWEU met het oog op de activiteiten van de Superleague, waardoor dit arrest niet dwingend voorschrijft in welke precieze vorm de ESL al dan niet geaccepteerd zou moeten worden door de UEFA. Zie *European Superleague*, punt 80 en 81.

140 Dit zijn de European Superleague Company S.L. (ESLC) en A22 Sports Management S.L. (A22).

141 Zie persbericht 'European Super League promoter confident Uefa will accept new plans', *The Guardian* 17 december 2024; en *Football Daily news-*

Het is natuurlijk een grote strategische fout van de ESLC geweest om de strijd met de UEFA te openen met een voorstel voor een besloten competitie. In het nieuwe voorstel is sprake van vier leagues met 96 deelnemers. Dit nieuwe voorstel zou de Champions League, Europa League, en Conference League normaliter volledig (kunnen) vervangen. In de praktijk zal een competitie als de ESL alleen kunnen fungeren als een groot deel van de Europese topclubs toetreedt. Die worden dan gemist in de Champions League, en vice versa. Vanuit sportief opzicht zou het bepaald suboptimaal zijn om tot een versplintering van competities te komen. Om een vergelijking te maken: het blijft sportief gezien merkwaardig dat er in de bokssport per gewichtsklasse stevast vier wereldkampioenen tegelijk rondlopen. Maar onmogelijk is het niet, zeker niet in de lijn die het Hof van Justitie in de sportarresten heeft neergelegd.

In juni 2022 heeft de UEFA de *UEFA Authorisation Rules governing International Club Competitions* uitgevaardigd (geen onderwerp van de sportarresten) met daarin de regel dat een nieuwe competitie geen negatieve invloed mag hebben op de goede werking van de UEFA Champions League.¹⁴² Het is sterk de vraag of deze regel de non-discriminatietoets van het Hof van Justitie in de sportarresten kan doorstaan, omdat toelating van een dergelijk argument de nieuwe normset van het Hof van Justitie uit de sportarresten in feite tandeloos zou maken. Het zou bovendien de ultieme *incentive* zijn voor iedere sportbond om de jaarkalender zo snel mogelijk vol te schieten met ‘eigen’ evenementen (met als argument dat die te allen tijde gepreserveerd dienen te blijven), voor zover sportfederaties zoals UEFA en FIFA dat al niet hebben gedaan in de voetbalsector.

De beoordeling (en daaropvolgende toelating) van alternatieve competities zoals de Unify League kan ertoe leiden dat twee Europese competities naast elkaar beschikbaar komen. De markt (in het bijzonder de voetbalclubs met op de achtergrond andere *stakeholders* zoals mediabedrijven) zal dan moeten bepalen welke van die competities de slag wint. In theorie zou dit bijvoorbeeld in kunnen houden dat enige jaren versplinterde competities naast elkaar bestaan.

Wat is de reikwijdte van de rule of reason (en kan zij van toepassing zijn op doelbeperkingen)?

Het Hof van Justitie heeft zich in de sportarresten uitgelaten over enige aspecten van de reikwijdte van de *rule of reason* (dat is het uitzonderingsinstrument dat het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in onder meer de zaken *Wouters* en *Meca-Medina*). Zo boog het Hof van Justitie zich over de vraag ten aanzien van *welk type beperking* de *rule of reason* van toepassing kan zijn: gevolgbeperkingen én doelbeperkingen, of enkel gevolgbeperkingen? Het antwoord van het Hof van Jus-

titie was het laatste:¹⁴³ de exceptie zou dus alleen op kunnen gaan in zaken met gevolgbeperkingen. Ook is het Hof van Justitie kort ingegaan op het punt in *welk type zaken* de *rule of reason* van toepassing kan zijn: enkel in zelfreguleringszaken van ondernemersverenigingen of ook in andersoortige zaken? Het antwoord van het Hof van Justitie op dit vraagstuk was niet geheel eenduidig.¹⁴⁴ Hieronder gaan wij nader in op beide aspecten van de sportarresten.

- *Reikwijdte van de rule of reason: op welk type beperking is zij van toepassing?*

De *rule of reason* is ooit tot ontwikkeling gekomen in de *Wouters*-zaak.¹⁴⁵ Het Hof van Justitie leek in die zaak een verbod op geïntegreerde samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants als een gevolgbeperking te benaderen, al wordt dat niet zo geëxpliciteerd in het arrest.¹⁴⁶ Bedenk dat het *Wouters*-arrest is geweest in een tijd dat het scherpe onderscheid tussen strekkings- en effectbeperkingen nog niet placht te worden gemaakt in de rechtspraak van de Unierechter.¹⁴⁷ De advocaat-generaal in *Wouters* was eerder tot de conclusie gekomen dat van een doelbeperking geen sprake was omdat de Raad van State in zijn verwijzingsuitspraak had vastgesteld dat voornoemd samenwerkingsverbod tot doel had de onafhankelijkheid en partijdigheid van de rechtshulpverlenende advocaat te waarborgen.¹⁴⁸

Deze conclusie van de advocaat-generaal neemt niet weg dat het samenwerkingsverbod in *Wouters* accountants verbood om hun diensten in een geïntegreerd verband met advocaten aan te bieden in de markt. Het samenwerkingsverbod zorgde er zo voor dat (sub)markten verdeeld c.q. opgesplitst bleven. Men kan in het verbod van geïntegreerde samenwerkingsverbanden dus wel degelijk een doelbeperking zien.¹⁴⁹ Het feit dat het in *Wouters* ging om beroepsdeontologie ontnemt niet automatisch de zwaarte aan de in beroepsregelgeving inbegrepen mededingingsbeperking voor de markt.

Het Hof van Justitie heeft in een uitspraak in de zaak *CHEZ Elektro Bulgaria en FrontEx International*¹⁵⁰ voorts

143 *European Superleague*, punt 185-187; HvJ, *ISU*, punt 113; *Royal Antwerp*, punt 113-115.

144 *European Superleague*, punt 183; *Royal Antwerp*, punt 113.

145 Zie HvJ 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters e.a.*).

146 Zie *Wouters e.a.*, punt 109: ‘Bijgevolg lijken de mededingingsbeperkende gevolgen, zoals die welke een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 heeft voor in Nederland werkzame advocaten, niet verder te gaan dan noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat (...)’. En punt 110: ‘Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat een nationale regeling als de Samenwerkingsverordening 1993, die is vastgesteld door een instelling als de Nederlandse Orde van Advocaten, geen inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, aangezien deze instelling zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dit in de betrokken lidstaat is georganiseerd’.

147 Zie Pijnacker Hordijk 2024, p. 82.

148 Zie concl. A-G Léger 10 juli 2001, C-309/99, ECLI:EU:C:2001:390 (*Wouters e.a.*), punt 95.

149 Zie ook Pijnacker Hordijk 2024, p. 82.

150 Zie HvJ 23 november 2017, gevoegde zaken C-427/16 en C-428/16, ECLI:EU:C:2017:890 (*CHEZ Elektro Bulgaria en FrontEx International*), punt 51,

letter, ‘ESL is back with a Marvel movie rebrand in its aim to make money’, *The Guardian* 17 december 2024.

142 Zie J. Mulder, S. Cnossen & I. Barends, ‘Een onrustig bezit: de positie van poortwachters na de arresten ESL, ISU en Royal Antwerp’, *M&M* 2024, afl. 2, p. 69.

nog de optie opengehouden van het bestaan van gerechtvaardigde mededingingsbeperkingen bij een *doelbeperking* in een zaak die draaide om de vaststelling van minimumtarieven in de advocatuur. In de sportarresten vaart het Hof van Justitie dus een andere koers.

Het Hof van Justitie heeft wellicht gedacht: voor ernstige mededingingsbeperkingen moeten we de *Wouters*-exceptie niet openstellen. Zo is het wel duidelijk dat het Hof van Justitie in de *Superleague*-zaak niets moest hebben van de wijze waarop de UEFA omging met de initiatieven van de ESL, en dat het Hof van Justitie de aanpak van de UEFA niet te rechtvaardigen achtte. 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.¹⁵¹

Maar de vraag is: waarom zou de *Wouters*-exceptie eigenlijk niet open kunnen staan voor ernstige mededingingsbeperkingen? Binnen de *rule of reason* bestaat altijd nog de proportionaliteitstoets (bestaande uit de elementen van geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid)¹⁵² die als filter kan dienen. Hoe zwaarder de mededingingsbeperking, hoe lastiger het besluit of de afspraak te rechtvaardigen zal zijn. Waarom zou men dit pad *a priori* afsluiten? Dat een afweging in de praktijk moeilijk kan zijn, is geen reden om het exceptie-instrument als zodanig af te schaffen.

Bovendien lost de benadering van het Hof van Justitie in de sportarresten de kwestie niet op maar werkt enkel verwarrend: waar het Hof van Justitie de *rule of reason* op de ene plek wegdrukt, komt zij op een andere plek (in een iets andere gedaante) weer boven. De enige mogelijkheid om toch rekening te houden met de borging van publieke belangen (waaronder sportwaarden en organisatiekenmerken van de sport) bij strekkingsbedingen is om deze in te vullen bij de *kwalificatie* van een beperking als doelbeperking. Bij de vraag óf sprake is van een doelbeperking, zou dan het gediende publieke belang (zoals sportbelangen) een rol spelen en afgewogen worden tegen de mededingingsbeperking die besloten zit in het sportbesluit of de sportregel.

Dit is vervolgens ook precies wat het Hof van Justitie doet in *European Superleague*: er vindt wel degelijk een *rule of reason*-achtige afweging plaats in het kader van doelbeperkingen, namelijk via de door het Hof van Justitie neergelegde materiële en procedurele voorwaarden van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en evenredigheid.¹⁵³ Indien de UEFA-regels betreffende

voorafgaande toestemming, deelname en sancties aan deze criteria voldoen, is er géén sprake van een doelbeperking. De voorwaarden van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en evenredigheid zijn (in ieder geval voor het allergrootste deel) onderdeel van de proportionaliteitstoets van de *rule of reason*. Het Hof van Justitie zegt nu eigenlijk: de *rule of reason* is niet van toepassing op doelbeperkingen, vermits het (meest) substantiële deel van die *rule of reason* in het kader van een contextanalyse van artikel 101 lid 1 VWEU tóch is toegepast en uitgevoerd.

De *rule of reason* is een exceptie die zijn plaats heeft binnen het bestek van lid 1 van het kartelverbod. In die zin is de *rule of reason* dus géén ‘externe’ exceptie zoals lid 3, maar leidt zij eerder tot een *versmalling* van het verbod. Vanuit dit perspectief kan de toetsingswijze omtrent de *rule of reason* al snel tot een semantische discussie leiden. Een treffend voorbeeld hiervan is te vinden in enkele passages van een recent artikel van Zelger:

‘First, the ECJ’s clarification in its judgment in ISU that a measure, once qualified as object restriction of competition, cannot be subject to the reasoning as developed in the line of the case-law developed in Meca-Medina and subsequent case-law is welcome. (...) In case an agreement has as its object the restriction of competition, the argument that such agreement pursues a legitimate objective would be ineffective. Object restrictions are, per definition, inherently detrimental, harmful to competition by their very nature and unambiguous from a competition law perspective. Hence, they are lacking any plausible explanation other than restricting competition.’¹⁵⁴

Wij volgen deze redenering niet. Het is niet bij voorbaat uitgesloten dat een overeenkomst die een doelbeperking in zich draagt een ‘plausibele verklaring’ heeft, alleen is dit geen *mededingings*verklaring maar een verklaring vanuit een ander (publiek) belang. De *rule of reason* dient er nu juist toe om het mededingingsbelang (lees: de mededingingsbeperking) *af te wegen* tegen het niet-mededingingsbelang (lees: een publiek belang) in kwestie. En natuurlijk is het daarbij zo dat hoe zwaarder de in het besluit of afspraak verdisconteerde mededingingsbeperking is, hoe lastiger het zal zijn voor het publieke belang om dat besluit of die regel te rechtvaardigen. De redenering van Zelger is daarmee niet ten einde, want die wordt vervolgd met de volgende passage die haar standpunt weer veel redelijker maakt, maar die onzes inziens illustratief is voor de semantische verwarring die uitgaat van de door het Hof van Justitie gekozen lijn: ‘Put differently, as soon as a measure is ambiguous from an antitrust harm perspective arguably serving a

zoals die welke in punt 151 van het onderhavige arrest zijn genoemd, naar hun aard voldoende schadelijk zijn voor de mededinging en er dus toe strekken deze te verhinderen.’

154 B. Zelger, ‘Object restrictions in sports after the ECJ’s decisions in ISU and Superleague’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2024, nr. 2, p. 91.

53, 56 en 57.

151 Zie Mulder, Cnossen & Barends 2024, p. 66; 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.

152 Zie hierover J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 92-96.

153 Zie onder meer deze passage in *European Superleague*, punt 178: ‘Om al deze redenen moet worden geoordeeld dat regels betreffende voorafgaande toestemming, deelname en sancties zoals die welke in het hoofdinging aan de orde zijn, wanneer zij niet worden afgebakend door materiële criteria en procedurele regelingen die kunnen waarborgen dat zij transparant, objectief, nauwkeurig, niet-discriminerend en evenredig zijn,

legitimate aim, such legitimate objective *precludes* the qualification of such a measure as object restriction.¹⁵⁵ [cursivering door auteurs]

Met andere woorden: het legitieme doel is toch aan bod gekomen bij de kwalificatievraag als doelbeperking in het kader van artikel 101 lid 1 VWEU, waar de gehele *rule of reason*-exercitie überhaupt plaatsvindt.¹⁵⁶

Momenteel lopen in Duitsland een aantal zaken tegen de nieuw uitgevaardigde FIFA Football Agents Regulations (FFAR) waarin nadere regels voor voetbalmakelaars zijn vervat. In een van die zaken heeft het Landgericht Dortmund beslist dat bepaalde regels uit de FFAR¹⁵⁷ een doelbeperking vormen onder het mededingingsrecht (in het bijzonder het kartelverbod).¹⁵⁸ In een eerdere uitspraak van het CAS had deze instantie echter de *Meca-Medina*-exceptie toegepast op de FFAR.¹⁵⁹ Het is de vraag hoe deze twee benaderingen met elkaar zijn te rijmen onder de exceptie die het Hof van Justitie heeft neergelegd in de sportarresten.

Het gehele strijdperk overziend lijkt het ons het zwaarst, nauwkeurigst én transparantst indien de *rule of reason* toepassing kan hebben op zowel gevolg- als doelbeperkingen. Wat betreft doelbeperkingen is het dan zo dat aan de proportionaliteitstoets (namelijk de elementen van geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid), die onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van de 'rule of reason', bij doelbeperkingen doorgaans minder gemakkelijk voldaan kan worden dan bij gevolgbeperkingen. De eerste oproepen aan het Hof van Justitie tot herziening in toekomstige rechtspraak van zijn *rule of reason*-lijn uit de sportarresten op dit punt zijn reeds gedaan.¹⁶⁰

- *Reikwijdte van de rule of reason: in welk type zaken is zij van toepassing?*

Het Hof van Justitie laat in *European Superleague* en in *Royal Antwerp* ruimte voor een bredere toepassing van de *rule of reason* dan louter in zaken die draaien rond beroepsdeontologie:

'Deze rechtspraak kan *in het bijzonder* toepassing vinden op overeenkomsten of besluiten die de vorm aannemen van regels die een bond, zoals een beroeps- of een sportbond, vaststelt om bepaalde ethische of deontologische doelstellingen na te streven en, meer algemeen, om de uitoefening van een beroepsactivi-

teit te regelen, indien de betrokken bond aantoont dat aan de bovengenoemde voorwaarden is voldaan.'¹⁶¹ [cursivering door auteurs]

Hiermee bestaat er een mogelijkheid om de *Wouters*-exceptie ook toe te passen op andere feitensets dan zaken die draaien om een besluit van een orde van advocaten,¹⁶² in ieder geval op feitencomplexen van (zelf)regulatorische aard. Discussie kan bestaan over de vraag of het Hof van Justitie met bovenvermelde passage beoogt de toepassing van de *rule of reason* te begrenzen tot zaken van zelfregulering door ondernemersverenigingen en -organisaties,¹⁶³ of toch ruimte laat voor een bredere toepassing van de *Wouters*-exceptie.¹⁶⁴

Onzes inziens legt het Hof van Justitie met deze passage de focus op toepassing van de *rule of reason* in zelfreguleringszaken zonder de deur geheel te sluiten voor een bredere applicatie van de *Wouters*-exceptie in andersoortige zaken. Het is belangrijk om in ogenschouw te houden dat voor een vrijstelling onder artikel 101 lid 3 VWEU *economische* voordelen moeten worden aangetoond, terwijl die bij publieke doelen niet altijd direct aanwijsbaar of op voorhand evident zijn.¹⁶⁵ In dat geval kan de *rule of reason* als toetsingsinstrument uitkomst bieden (hetgeen, voor de goede orde, met nadruk niet betekent dat een niet-mededingingsbelang automatisch voorrang krijgt).

Wat is de betekenis van de drie sportarresten buiten het domein van voetbal- en schaatsbonden?

De betekenis van de sportarresten buiten de schaats- en voetbalsector lijkt relatief groot. Zo gelden de uitgangspunten die het Hof van Justitie heeft neergelegd in deze arresten logischerwijs ook voor andere topsportdomeinen. De uitgangspunten van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en evenredigheid zullen moeten worden verankerd in de reglementen en statuten van sportbonden. De *uitwerking* van die uitgangspunten en de besluitvorming op grond van de regels kunnen echter per sport verschillen, aangezien andere sportbonden hun speelkalender bijvoorbeeld op een andere manier hebben ingericht en hun sporten anders zijn georganiseerd.

Doctrinaire ontwikkelingen zoals de begrenzing van de toepasbaarheid van de *rule of reason* tot afspraken/regels met gevolgbeperkingen zullen hun weg vanzelf vinden naar zaken buiten de sportsector, zoals naar het optreden van privaatrechtelijke organisaties met regula-

155 Zelger 2024, p. 91.

156 Zie ook Monti, 7 januari 2024, p. 18 en vgl. Mulder, Cnossen & Barends 2024, p. 66.

157 Denk hierbij aan een beperking van meervoudige vertegenwoordiging en aan een verplichte licentieverlening aan voetbalmakelaars.

158 Zie LG Dortmund, Urteil vom 24.05.2023 - 8 O 1/23 (Kart), te vinden via <https://openjur.de/u/2470417.html>. Zie ook T. Lichtenberg, 'FIFA's football agents regulation violates competition law', 20 juli 2023 via KCLB.

159 Zie arbitral award d.d. 24 juli 2023 in CAS 2023/O/9370 Professional Football Agents Association (PROFAA) v. FIFA. Zie ook T. Lichtenberg, 'International Skating Union, European Superleague and Royal Antwerp: The beautiful game and skating before the CJEU', 8 januari 2024 via KCLB.

160 Zie Ch. Bergqvist, 'Things that do not make sense. Super League and its ancillary restraints', 2 februari 2024, beschikbaar via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4714422> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4714422>, p. 9 en 10.

161 *European Superleague*, punt 183; *Royal Antwerp*, punt 113.

162 Zie ook Monti, 7 januari 2024, p. 18.

163 Zo stelt Van Rompuy dat de nadruk op de regels van een sportfederatie zo kan worden geïnterpreteerd dat de *rule of reason* geen bredere toepassing heeft op bijvoorbeeld duurzaamheidsvereenkomsten tussen commerciële partijen. Zie Van Rompuy 2024: 'This emphasis on rulemaking by professional bodies can be interpreted as limiting the broader application of the exception to, for instance, agreements setting sustainability agreements. (...)'

164 Zie over de distictie tussen de analyselijnen van Monti en die van Van Rompuy: E.H. Groen & E.V.P. Ederveen, 'Het juridische speelveld na de Sportarresten', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2024, afl. 4, p. 23 en 24.

165 Zie ook Groen & Ederveen 2024, p. 24.

toire bevoegdheden in andere sectoren. Hierbij denken dan als eerste aan met enige regelmaat opkomende dossiers over vrijeberoepsregulering en mededingingsrecht (waar de *rule of reason* op zich geen onbekende figuur is).

Een mogelijk bredere toepassing van de door het Hof van Justitie neergelegde lijn in de sportarresten zou kunnen gelden voor markten waarin sprake is van een poortwachter zoals ondernemingen actief in digitale markten (digitale platforms).¹⁶⁶ Ook in deze markten bestaan structuren waarin ondernemingen een positie hebben van waaruit zij bepalen wie toegang krijgt tot het verrichten van een economische activiteit. Deze ondernemingen treden dus op als een soort ‘private toezichthouders’ vis-à-vis andere marktpartijen, terwijl ze tegelijkertijd ook hun eigen commerciële activiteiten uitoefenen. De vergelijking met de positie van sportbonden dringt zich hierop. Voor digitale partijen in een dergelijke positie gelden natuurlijk al specifieke normen vanuit de Digitalemarktenverordening, dus het is de vraag welke restfunctie het generieke mededingingsrecht toekomt.

Algemener gesproken staan ondernemingen of ondernemersverenigingen die zich kunnen opstellen in een vergelijkbare positie als overheden, in de zin dat zij de voorwaarden voor toetreding tot een markt bepalen voor andere ondernemingen, nu in het vizier van het mededingingsrecht. Dit soort macht kan bijvoorbeeld aanwezig zijn bij het uitoefenen van toezichthoudende en/of regelgevende beslis- en sanctiebevoegdheden jegens derdepartijen in de markt. Uit de sportarresten kan worden afgeleid dat ondernemingen die zich bevinden in een dergelijke sleutelpositie worden geacht om net als overheden hun bevoegdheden te begrenzen of in ieder geval in te kaderen door middel van objectieve materiële criteria en procedurele regelingen (inclusief de instelling van een beroepsmogelijkheid om tegen genomen besluiten op te komen).

Slotbeschouwing

Soms moet er iets gebeuren voordat er iets gebeurt. De toepassing van het mededingingsrecht in de sport, meer specifiek ten aanzien van sportfederaties, heeft lange tijd op nadere uitwerking gewacht. Met de drie sportarresten heeft het Hof van Justitie nu een stap kunnen zetten in de uitwerking van het relevante toetsingskader, al is het de vraag of het Hof van Justitie daarin altijd de juiste keuzes heeft gemaakt.

De *European Superleague*-uitspraak vormt het meest uitgewerkte arrest van de drie, waarschijnlijk mede dankzij de uiteenzetting van de verwijzende rechter in Madrid. Conceptueel lijken de feiten van het *Superleague*-arrest op de feiten van de *ISU*-uitspraak. Beide zaken hebben betrekking op regels voor voorafgaande

goedkeuring van competities/wedstrijden door sportbesturen en op sancties om naleving van die regels af te dwingen. Praktisch bestaan er wel grote verschillen tussen de twee sporten waar het gaat om de sportkenmerken en de organisatie van de evenementenkalender. Het arrest *Royal Antwerp* is qua inhoud het verdict dat het minst ‘past’ in de gezamenlijke thematiek van de drie uitspraken, al zijn er ook tussen dit arrest en de andere twee uitspraken thematische gelijkenissen. Het Hof van Justitie heeft zich er in ieder geval niet van laten weerhouden om in alle drie de zaken op dezelfde dag uitspraak te doen. Uiteindelijk is er bij *Superleague* en *ISU* sprake van doelbeperkingen, terwijl in *Royal Antwerp* misschien sprake lijkt van een doelbeperking maar er een mogelijkheid is voor de nationale rechter om tot een andere afweging te komen. Wellicht vond het Hof van Justitie het ook belangrijk om de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in *Royal Antwerp* mee te nemen in één uitsprakenpakket, als een soort tegenwicht tegen de conclusies van advocaat-generaal Rantos in de andere twee zaken.

De sportarresten hebben op een aantal onderdelen nieuwe inzichten en verduidelijkingen van de EU-rechter gegeven omtrent de toepassing van het mededingingsrecht in de sportsector en daarbuiten. Zo heeft het Hof van Justitie duidelijkheid gegeven over de vraag of de (top)sportsector een aparte status heeft binnen het mededingingsrecht (‘nee’). Artikel 165 VWEU onttrekt sport niet aan de toepassing van het mededingingsrecht. Wel kunnen kenmerken van sport(organisaties) in aanmerking worden genomen bij de toepassing van het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie (net zoals dat het geval is bij andere sectoren waar handelingen van ondernemersverenigingen in aanraking komen met het mededingingsrecht). Het Hof van Justitie staat sportfederaties enkel toe om regels vast te stellen omtrent voorafgaande toestemming voor de organisatie van (nieuwe) competities en wedstrijden indien deze regels zowel materieel als procedureel transparant, objectief, niet-discriminerend en evenredig zijn. Als deze voorwaarden niet in acht worden genomen, komen de sportorganisatieregels neer op een mededingingsbeperking *naar doel*.

Het is duidelijk dat voor besluitvorming en besluitvormingsregels niet zomaar één standaardoplossing voor de sportwereld bestaat. In de eerste plaats zal de balanceroefening sportspecifiek zijn. Sporten en daarin opererende sportbonden verschillen in hun sportieve opzet, organisatie en jaarkalender sterk van elkaar. Het maakt een groot verschil of sprake is van een aanvraag voor de organisatie van een separate, incidentele schaatswedstrijd gedurende enkele dagen in de zomerperiode of van een concurrerende jaarcompetitie. In de tweede plaats bestaat onzes inziens binnen het regelgevingskader dat het Hof van Justitie heeft neergelegd ruimte voor sportbonden om te waarborgen dat intredende (concurrerende) sportevenementen voldoen aan een aantal basisvoorwaarden van het Europese sportmodel (zonder dat daarvoor een constitutionalisering van sport conform de Rantos-lijn nodig is). Dit houdt onder meer in

¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Zelger 2024, p. 100, met een verwijzing naar de *Google Shopping*-zaak.

dat een eventuele concurrerende competitie zoals de European Superleague geen gesloten unit is, maar wordt gekenmerkt door de regel van promotie/degradatie dan wel door jaarlijkse kwalificatie op grond van behaalde resultaten in nationale competities. Het houdt ook in dat een deel van de behaalde winst vloeit naar de amateursport. In het nieuwe voorstel van de initiatiefnemers achter de European Superleague (inmiddels omgedoopt tot Unify League) wordt aan deze voorwaarden overigens voldaan. In juni 2022 heeft de UEFA de *UEFA Authorisation Rules governing International Club Competitions* uitgevaardigd met daarin de regel dat een nieuwe competitie geen negatieve invloed mag hebben op de goede werking van de UEFA Champions League. Het is sterk de vraag of deze regel de non-discriminatietoets van het Hof van Justitie in de sportarresten kan doorstaan, omdat toelating van een dergelijk argument de nieuwe normset van het Hof van Justitie uit de sportarresten in feite tandeloos zou maken. Het zou bovendien de ultieme *incentive* zijn voor iedere sportbond om de jaarkalender zo snel mogelijk vol te schieten met ‘eigen’ evenementen (met als argument dat die te allen tijde gepreserveerd dienen te blijven), voor zover sportfederaties zoals UEFA en FIFA dat al niet hebben gedaan in de voetbalsector.

Het Hof van Justitie heeft zich in de sportarresten tevens uitgelaten over enige aspecten van de reikwijdte van de algemeen belang *rule of reason* (dat is het uitzonderingsinstrument dat het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in onder meer de zaken *Wouters* en *Meca-Medina*). Zo boog het Hof van Justitie zich over de vraag ten aanzien van *welk type beperking* de *rule of reason* van toepassing kan zijn. Het Hof van Justitie besliste dat deze exceptie enkel kan opgaan in zaken met gevolgbeperkingen. Ook is het Hof van Justitie kort ingegaan op het punt in *welk type zaken* de *rule of reason* van toepassing kan zijn: enkel in zelfreguleringszaken van ondernemersverenigingen of ook in andersoortige zaken? Het antwoord van het Hof van Justitie op dit vraagstuk was niet geheel eenduidig.

De *rule of reason*-benadering van het Hof van Justitie in de sportarresten komt ons verwarrend voor: waar het Hof van Justitie de *rule of reason* op de ene plek wegdrukt, komt zij op een andere plek (in een iets andere gedaante) weer boven. Het Hof van Justitie zegt nu eigenlijk: de *rule of reason* is niet van toepassing op doelbeperkingen, vermits het (meest) substantiële deel van die *rule of reason* in het kader van een contextanalyse van artikel 101 lid 1 VWEU tóch is toegepast en uitgevoerd. Na analyse van de voor- en tegenargumenten voor toepassing van de *rule of reason* in rechtspraak en literatuur, lijkt het ons het zuiverst, nauwkeurigst én transparantst indien de *rule of reason* toepassing kan hebben op zowel gevolg- als doelbeperkingen. Wat betreft doelbeperkingen is het dan zo dat aan de proportionaliteitstoets (namelijk de elementen van geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid), die onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van de *rule of reason*, bij doelbeperkingen doorgaans minder gemakkelijk voldaan kan worden dan bij gevolgbeperkingen.

De betekenis van de sportarresten buiten de schaats- en voetbalsector lijkt relatief groot. Zo gelden de uitgangspunten die het Hof van Justitie heeft neergelegd in deze arresten logischerwijs ook voor andere topsportdomeinen. De uitgangspunten van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en evenredigheid zullen moeten worden verankerd in de reglementen en statuten van sportbonden. De uitwerking van die uitgangspunten en de besluitvorming op grond van de regels kunnen echter per sport verschillen, aangezien andere sportbonden hun speelkalender bijvoorbeeld op een andere manier hebben ingericht en hun sporten anders zijn georganiseerd. Doctrinaire ontwikkelingen zoals de begrenzing van de toepasbaarheid van de *rule of reason* tot afspraken/regels met gevolgbeperkingen zullen hun weg vanzelf vinden naar zaken buiten de sportsector, zoals naar het optreden van privaatrechtelijke organisaties met regulatoire bevoegdheden in andere sectoren. Hierbij denkt men dan als eerste aan met enige regelmaat opkomende dossiers over vrijeberoepsregulering en mededingingsrecht (waar de *rule of reason* op zich geen onbekende figuur is). Een mogelijk bredere toepassing van de door het Hof van Justitie neergelegde lijn in de sportarresten zou kunnen gelden voor markten waarin sprake is van een poortwachter zoals ondernemingen actief in digitale markten (digitale platforms).

In de sportarresten zien we ten slotte in de uitwerking van de toepassingscriteria door het Hof van Justitie een convergentie plaatsvinden tussen artikel 101 en 102 VWEU die daarin als het ware naar elkaar toegroeien. Het Hof van Justitie stemt de interpretatie van artikel 101 en 102 VWEU op elkaar af, met name als het gaat om de inhoudelijke en procedurele waarborgen die de reglementen en statuten van sportbonden moeten bevatten om te voldoen aan het EU-mededingingsrecht, alsook bij de voorwaarden voor rechtvaardiging (art. 102 VWEU) en vrijstelling (art. 101 lid 3 VWEU).

Over het spanningsveld tussen sport en mededinging is het laatste woord nog niet gezegd. Het Hof van Justitie heeft met de arresten wel een ferme aanzet gegeven voor een verdere toepassing van het mededingingsrecht in de sportsector, en het Hof van Justitie heeft daarbij tevens jurisprudentie gemaakt die in andere sectoren van de economie een rol zal gaan spelen. Op het vlak van sport en mededinging staan alweer nieuwe zaken op de rol (of zij zijn zeer recent uitgekomen) op het vlak van de regulering van spelerstransfers¹⁶⁷ respectievelijk van zaakwaarnemers.¹⁶⁸ Deze zaken zullen verder invulling geven aan de toepassing van het mededingingsrecht in het domein van de sport.

167 Zie HvJ 4 oktober 2024, C-650/22, ECLI:EU:C:2024:824 (*Fédération internationale de football association (FIFA)/BZ*).

168 Zaak C-209/23 (*FT en RRC Sports GmbH / Fédération internationale de football association (FIFA)*): verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Landgericht Mainz (Duitsland) op 31 maart 2023.