

Rechtspraak

Meca-Medina en Majcen t. Commissie

Mr.dr.J.J.M. Sluijs¹

Onderhavige uitspraak betreft de vraag of antidopingregelgeving verenigbaar is met artikel 49 EG, 81 EG en 82 EG. Daarmee is dit de eerste zaak waarin de communautaire rechter zich uitsprekt over de verhouding tussen de mededingingsregels en 'sport'. Het Gerecht van Eerste Aanleg overweegt dat de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen betreffende de toepassing van de communautaire bepalingen inzake het vrij verkeer van personen en het vrij verkeer van diensten op sportregelgeving, ook gelden voor de verdragsbepalingen betreffende de mededinging: zuiver sportieve regelgeving valt niet binnen de werkingsfeer van artikel 39 en 49 EG, noch binnen de werkingsfeer van artikel 81 en 82 EG. De in casu aan de orde zijnde antidopingregelgeving is zulk een zuiver sportieve regelgeving.

GvEA EG 30 september 2004, zaak T-313/02, Meca-Medina en Majcen t. Commissie, n.n.g.

De feiten

Deze zaak betreft een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 1 augustus 2002 tot afwijzing van de door verzoekers neergelegde klacht tegen het Internationaal Olympisch Comité (IOC),² de hoogste autoriteit van de Olympische Beweging. De klacht van verzoekers strekte tot vaststelling dat bepaalde voorschriften van het IOC die door de FINA, de internationale zwemfederatie, zijn uitgevoerd, alsmede praktijken inzake dopingcontrole onverenigbaar zijn met de gemeenschapsregels betreffende de mededinging en het vrij verrichten van diensten.³

Verzoekers, David Meca-Medina en Igor Majcen, zijn twee beroepssporters die doen aan langeafstandswemmen. Bij een dopingcontrole in 1999, tijdens de Wereldbeker in deze discipline, waar zij respectievelijk als eerste en tweede waren geëindigd, zijn verzoekers positief bevonden op nandrolon.⁴ Verzoekers schonden daarmee de regels inzake dopingcontrole van de FINA die voor de zwemsport uitvoering geven aan de antidopingcode van de Olympische Beweging. Het dopingcomité van de FINA besloot daarop verzoekers voor vier jaar te schorsen. Het Hof van Arbitrage voor de Sport heeft uiteindelijk op 23 mei 2001 de duur van de schorsing verlaagd tot twee jaar. Eén week daarna dienden verzoekers genoemde klacht in bij de Commissie.

Bij beschikking van 1 augustus 2002 heeft de Commissie geconcludeerd dat de betrokken regelgeving niet onder het verbod van de artikelen 81 en 82 EG viel en de klacht van verzoekers afgewezen. De Commissie heeft in dit verband onderzocht of de betrokken regels, in de juridische en economische context waarin zij worden uitgevoerd, tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt; zij heeft dadelijk opgemerkt dat deze regels er niet toe strekken de mededinging te beperken. Volgens de Commissie gaat het om instrumenten die uitsluitend gericht zijn op dopingbestrijding en waarvan het enige doel is te verzekeren dat sporters die hun verplichtingen inzake het gebruik van verboden stoffen en methoden niet naleven, worden geïdentificeerd en gestraft. Aangaande de invloed op de mededinging heeft de Commissie gesteld, dat de antidopingregels tot gevolg kunnen hebben dat de handelingsvrijheid van de sporter wordt begrensd, maar dat deze begrenzing niet noodzakelijk een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81 EG is omdat zij inherent kan zijn aan de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie. Verder in de beschikking komt de Commissie op basis van het arrest Wouters⁵ tot de conclusie

¹ Met dank aan A.J. Vossestein voor zijn waardevolle inbreng op dit stuk.

² Zaak COMP/38.158, IP/02/1211; niet gepubliceerd in het Publicatieblad.

³ In hun klacht voerden verzoekers aan dat: (1) de vaststelling van de grenswaarde op 2 ng/ml een onderling afgestemde feitelijke gedraging was tussen het IOC en de 27 door het IOC geaccrediteerde laboratoria; deze waarde had geen wetenschappelijke grondslag en kon leiden tot de uitsluiting van onschuldige of louter onachtzame sporters; en (2) het door het IOC ingevoerde mechanisme van objectieve aansprakelijkheid en de oprichting van instanties belast met de arbitrale beslechting van sportgeschillen die onvoldoende onafhankelijk zijn van het IOC, het mededingingsversturende karakter van deze waarde versterken. De toepassing van deze regels (hierna ook: 'litigieuze antidopingregels' of 'litigieuze antidopingregelgeving') zou in strijd zijn met artikel 49 EG en artikelen 81 en 82 EG (pt. 17 van het arrest).

⁴ Deze aanwezigheid van nandrolon werd als doping aangemerkt, aangezien de grenswaarde van 2 ng/ml werd overschreden.

⁵ HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters e.a., Jur. 2002, I-1577.

dat de antidopingregels nauw verbonden zijn met het goede verloop van de sportcompetitie, dat zij noodzakelijk zijn voor een doeltreffende dopingbestrijding en dat de begrenzing van de handelingsvrijheid van de sporters niet verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken. Bijgevolg vallen zij volgens de Commissie niet onder het verbod van artikel 81 EG.

In beroep betogen verzoekers (pt. 29-32 van het arrest), kort gezegd, dat de Commissie:

- 1 ten onrechte heeft gesteld dat het IOC geen onderneming is;
- 2 de criteria van het arrest Wouters verkeerd heeft toegepast;
- 3 een kennelijke fout heeft gemaakt door te oordelen dat artikel 49 EG niet is geschonden op de grond dat geen enkel element wijst op de aansprakelijkheid van een autoriteit van een lidstaat voor handelingen die strijdig zouden kunnen zijn met het beginsel van het vrij verrichten van diensten.⁶

De beoordeling door het Gerecht

Het Gerecht merkt eerst op (pt. 35), dat het onderhavige beroep, dat strekt tot nietigverklaring van een beschikking tot afwijzing van een klacht na een procedure betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG, in wezen de vraag doet rijzen of antidopingregelgeving kan worden aangevochten op basis van artikel 49 EG en welke de eventuele gevolgtrekkingen zijn ten aanzien van het communautaire mededingingsrecht. Voor het antwoord op deze vraag moeten volgens het Gerecht (pt. 36) de aard en de inhoud van de litigieuze antidopingregelgeving worden bepaald aan de hand van de rechtspraak van het Hof over de toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de economische vrijheden op sportregelgeving en, inzonderheid, van de toepasselijke bepalingen betreffende het vrij verkeer van werknemers, het vrij verrichten van diensten en de mededinging.

De toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de economische vrijheden op sportregelgeving

Het Gerecht herinnert er vooraf aan dat het vaste rechtspraak van het Hof is dat, gelet op de doelstellingen van de Gemeenschap, sportbeoefening slechts onder het gemeenschapsrecht valt in zoverre zij een economische activiteit in de zin van artikel 2 EG is.⁷ Het Gerecht wijst erop, dat het Hof bovendien heeft erkend dat de sportieve activiteit van grote maatschappelijke betekenis is in de Gemeenschap.⁸ Vervolgens wijst het erop (pt. 39), dat indien het bij een sportieve activiteit gaat om arbeid in loondienst of bezoldigde dienstverrichting, zij meer in het bijzonder binnen de werkingssfeer valt van, naargelang het geval, de artikelen 39 EG en volgende of de artikelen 49 EG en volgende.⁹ Aldus zijn, oordeelt het Gerecht (pt. 40), de verbodsbepalingen van deze verdragsartikelen volgens het Hof van toepassing op de op het gebied van de sport vastgestelde regels betreffende het economische aspect van de sportieve activiteit.¹⁰ Het Gerecht overweegt dan (pt. 41):

‘Deze verbodsbepalingen hebben echter geen betrekking op zuiver sportieve regels, te weten regels betreffende vraagstukken die alleen verband houden met de sport en als dusdanig buiten de economische activiteit staan (arrest Walrave, punt 8). Zulke regelgeving, die voortkomt uit het specifieke karakter en kader van sportwedstrijden, is inherent aan de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie en kan niet worden aangemerkt als een beperking van de gemeenschapsregels betreffende het vrije verkeer van werknemers en het vrije verrichten van diensten. In dit verband is geoordeeld dat moeten worden beschouwd als

zuiver sportieve regels, die dus van nature buiten de werkingssfeer van de artikelen 39 en 49 EG vallen, de regels betreffende de samenstelling van nationale ploegen (arresten Walrave, punt 8, en Donà, punt 14), of de selectieregels die sportfederaties hanteren om te bepalen welke leden aan internationale sportwedstrijden op topniveau mogen deelnemen (arrest Deliège, punt 64). De “spelregels” in enge zin, zoals de regels die de duur van de wedstrijden of het aantal spelers op het terrein vaststellen, maken ook deel uit van deze regels, aangezien welomlijnde regels noodzakelijk zijn voor het bestaan en het functioneren van de sport. Deze inperking van de werkingssfeer van bovenvermelde verdragsbepalingen moet echter beperkt blijven tot haar eigenlijke doel (arresten Walrave, punt 9, Donà, punt 15, Bosman, punten 76 en 127, Deliège, punt 43, en Lehtonen, punt 34).’

En in pt. 42 overweegt het Gerecht:

‘Opgemerkt moet worden dat het Hof zich in bedoelde arresten niet hoeft te spreken over de vraag of de aan de orde zijnde sportieve regels onderworpen waren aan de verdragsbepalingen betreffende de mededinging (zie in dat verband arresten Bosman, punt 138, Deliège, punten 36-40, en Lehtonen, punt 28). De in de rechtspraak ontwikkelde beginselen betreffende de toepassing van de communautaire bepalingen inzake het vrije verkeer van personen en het vrije verrichten van diensten op sportregelgeving, gelden ook voor de verdragsbepalingen betreffende de mededinging. Dat zuiver sportieve regelgeving buiten de economische

⁶ De Commissie verweert zich, kort weergegeven, als volgt: (1) in de beschikking is het IOC gekwalificeerd als onderneming en het IOC kan binnen de Olympische Beweging worden gekwalificeerd als een vereniging van nationale en internationale ondernemingsverenigingen; (2) de criteria van Wouters heeft zij niet genegeerd; (3) de klacht m.b.t. artikel 49 EG heeft zij terecht afgewezen, daar deze klacht geen elementen bevat die toelaten te concluderen dat een lidstaat of een geassocieerde staat deze bepaling heeft geschonden (pt. 33).

⁷ Pt. 37 van de uitspraak. Het Gerecht wijst op de volgende zaken: Hof 12 december 1974, zaak 36/74, Walrave, Jur. 1974, p. 1405, pt. 4; HvJ EG 14 juli 1976, zaak 13/76 Donà, Jur. blz. 1333, pt. 12; HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, I-4921, pt. 73; HvJ EG 11 april 2000, zaak C-51/96 e.a., Deliège, Jur. 2000, I-2549, pt. 41; HvJ EG 13 april 2000, zaak C-176/96, Lehtonen, Jur. 2000, I-2681, pt. 32.

⁸ Het Gerecht verwijst naar de, hiervóór in noot 7 aangehaalde, arresten Bosman, pt. 106 en Deliège, pt. 41. Deze rechtspraak vindt, aldus het Gerecht, bovendien steun in Verklaring nr. 29 betreffende sport, die als bijlage aan de Slotakte van de conferentie tot vaststelling van het Verdrag van Amsterdam is gehecht.

⁹ Het Gerecht verwijst naar de, hiervóór in noot 7 aangehaalde, arresten Walrave, pt. 5, Donà, pt. 12 en 13 en Bosman, pt. 73.

¹⁰ Het Gerecht wijst erop, dat het Hof heeft geoordeeld dat de regels die bepalen dat bij de transfer van beroepsspelers tussen clubs vergoedingen moeten worden betaald, die het aantal beroepsspelers van andere lidstaten dat deze clubs bij wedstrijden mogen opstellen beperken, of die, zonder objectieve redenen die uitsluitend verband houden met de sport of met verschillen in de situatie van de spelers, verschillende uiterste transferdata vaststellen voor spelers uit andere lidstaten, onder deze verdragsbepalingen vallen en onderworpen zijn aan de verbodsbepalingen die zij bevatten. Het Gerecht verwijst hier naar de, hiervóór in noot 7 aangehaalde, arresten Bosman, pt. 114 en 137, Lehtonen, pt. 60, en HvJ EG 8 mei 2003, zaak C-438/00, Deutscher Handballbund (‘Kolpak’), Jur. 2003, I-4135, pt. 56-58.

activiteit staat, wat volgens het Hof tot gevolg heeft dat zij niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 39 en 49 EG valt, betekent immers ook dat zij buiten de economische mededingingsverhoudingen staat, waardoor zij evenmin binnen de werkingssfeer van de artikelen 81 en 82 EG valt. Omgekeerd valt regelgeving die, hoewel vastgesteld op het gebied van de sport, niet zuiver sportief is, maar betrekking heeft op het economische aspect van de sportieve activiteit, binnen de werkingssfeer van zowel de artikelen 39 en 49 EG als de artikelen 81 en 82 EG en zij kan in voorkomend geval de door deze bepalingen gewaarborgde vrijheden aantasten [...]”¹¹ en zij kan het voorwerp zijn van een procedure betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG.’

In het licht van deze overwegingen bepaalt het Gerecht de aard van antidopingregelgeving en, in casu, van de litigieuze antidopingregels (pt. 43).

De aard van de litigieuze antidopingregels

Het Gerecht oordeelt (pt. 47) dat het dopingverbod berust op zuiver sportieve overwegingen en dus losstaat van elke economische overweging. Hoewel topsport in ruime mate een economische activiteit is geworden, streeft de strijd tegen doping geen enkele economische doelstelling na (pt. 44). Dopingbestrijding is immers in eerste instantie gericht op het behoud van het fair play, zonder welke, of het nu gaat om amateursport of beroepssport, geen sprake meer is van sport. Bovendien is (pt. 45) sportbeoefening in wezen een belangeloze, niet-economische handeling, zelfs in het geval van een sportieve beroepsactiviteit. Met andere woorden, aldus het Gerecht (pt. 45), ook bij de sportbeoefening door een beroepssporter houden het dopingverbod en de antidopingregelgeving uitsluitend verband met

de niet-economische dimensie, het wezen zelf, van deze sportbeoefening.¹² De regels inzake dopingbestrijding vallen dan in de visie van het Gerecht evenmin als de regelgeving in Walrave, Donà en Deliège binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen betreffende de economische vrijheden, met name de artikelen 49, 81 en 82 EG. De antidopingregels zijn immers nauw verbonden met sport als dusdanig (pt. 47).

Het Gerecht komt tot hetzelfde oordeel voor de litigieuze antidopingregelgeving (pt. 48 e.v.). Enerzijds is het door deze regelgeving nagestreefde doel niet discriminerend. Met name hebben verzoekers geenszins gesteld, dat de grenswaarde selectief wordt toegepast op bepaalde sporters of categorieën sporters, teneinde deze van de competities uit te sluiten.¹³ Anderzijds is het Gerecht van oordeel (pt. 50), dat de argumenten waarmee verzoekers de zuiver sportieve aard van de litigieuze antidopingregelgeving met twee verschillende benaderingen ter discussie trachten te stellen, niet kunnen slagen. De eerste benadering (pt. 51), die erop neerkomt te stellen dat regelgeving niet zuiver sportief kan zijn als zij economische gevolgen met zich brengt, is volgens het Gerecht in strijd met de rechtspraak van het Hof: juist voorzover, in de eerste plaats, sportregelgeving economische gevolgen heeft voor beroepssporters en, in de tweede plaats, bepaalde van deze sporters deze regelgeving buitensporig vinden, ontstaat immers een geschil en rijst de vraag of deze regelgeving zuiver sportief is (het geval van de regelgeving in Walrave, Deliège en Donà) dan wel betrekking heeft op de economische dimensie van de sportieve activiteit (het geval van de regelgeving in Bosman, Lehtonen en Kolpak). Ook indien de litigieuze antidopingregels buitensporig mochten zijn, volgt daaruit niet, aldus het Gerecht (pt. 55), dat zij geen zuiver sportieve regels meer zijn en dat hun rechtmatigheid volgens de economische criteria van het mededingingsrecht moet worden beoordeeld; zij blijven immers beperkt tot hun eigenlijke doel (dopingbestrijding en behoud van het fair play).

Volgens de tweede benadering was de litigieuze antidopingregelgeving ook ingegeven door eigen economische overwegingen van het IOC (de wens om het economisch potentieel van de Olympische Spelen niet verminderd te zien door dopingschandalen). In de visie van het Gerecht (pt. 56) heeft dit op zich niet tot gevolg dat deze regelgeving haar zuiver sportieve aard verliest. Ook al was bewezen dat het IOC uitsluitend ter bescherming van zijn eigen economische belangen heeft gehandeld, is er bovendien alle reden om te veronderstellen dat het de wetenschappelijk meest onderbouwde grens als grenswaarde in aanmerking zou hebben genomen (pt. 58).

Aangaande de mededingingsregels acht het Gerecht de conclusie van de Commissie dat de litigieuze regels en praktijken niet onder het verbod van de artikelen 81 en 82 EG vallen, juist (pt. 60). De Commissie heeft ter terechtzitting op een vraag van het Gerecht geantwoord dat de beschikking is gebaseerd op Walrave, Donà en Deliège, en dus op de zuiver sportieve aard van de litigieuze antidopingregelgeving. Zij heeft hieraan toegevoegd dat zij de antidopingregelgeving, die nochtans zuiver sportief is, slechts ‘subsidiar’ of ‘zeer subsidiar’ aan het mededingingsrecht heeft getoetst volgens de in Wouters ontwikkelde beoordelingsmethode.¹⁴ Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie de antidopingregelgeving niet noodzakelijk aan het mededingingsrecht had dienen te toetsen: gelet op Walrave, Donà en Deliège was zulks niet noodzakelijk voor een zuiver sportieve regelgeving (pt. 64). Bovendien onderscheidt het onderhavige geval zich van Wouters (pt. 65): de litigieuze regelgeving in Wouters betrof immers marktgedrag – het oprichten van samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants – en zij

¹¹ Het Gerecht verwijst naar de conclusies van A-G Lenz in Bosman, supra noot, pt. 253-286, en m.n. pt. 262, 277 en 278, van A-G Cosmas in Deliège, supra noot 7, pt. 103-112, en van A-G Alber in Lehtonen, supra noot 7, pt. 110 en 115.

¹² Het Gerecht merkt voorts op (pt. 46), dat deze overwegingen in een aantal communautaire documenten worden weerspiegeld: COM(1999) 643 def.; werkdocument van de Commissie van 29 september 1998, getiteld ‘Ontwikkeling en vooruitzichten van de communautaire actie op sportgebied’; en COM(1999) 644 def.

¹³ Het Gerecht voegt hieraan toe, dat, gesteld dat deze discriminatie aanwezig is, de inperking van de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake de economische vrijheden, die door het Hof is erkend voor zuiver sportieve regelgeving (Walrave, supra noot 7, pt. 9) uiteraard niet van toepassing kan zijn op de betrokken regelgeving. Deze inperking zou dan immers niet beperkt zijn tot het eigenlijke doel ervan, namelijk de bescherming van ‘een hoger competitiedoel en andere idealen van sport’ (conclusie van A-G Cosmas in Deliège, supra noot 7, pt. 50 en 74). Deze regelgeving zou dus niet buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen betreffende de economische vrijheden vallen en er zou sprake kunnen zijn van aantasting van deze vrijheden. Indien de betrokken regelgeving niet strookt met de mededingingsregels, moet de Commissie deze schending vaststellen en hier tegen optreden in het kader van een procedure betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG.

¹⁴ M.n. om zich ervan te verzekeren dat de litigieuze regelgeving niet discriminerend was (pt. 62). In dit verband merkt het Gerecht op, dat in de klacht geenszins was gesteld dat de antidopingregelgeving discriminerend was. Veeleer stond vast dat zij op alle sporters van toepassing was. In de visie van het Gerecht gaat dit vaststaande feit overigens schuil achter de bestreden beschikking.

was van toepassing op een in wezen economische activiteit, het beroep van advocaat. Onderhavige regelgeving betreft daarentegen een gedrag – dopinggebruik – dat niet met marktgedrag kan worden gelijkgesteld zonder sport zijn betekenis te ontnemen, en zij is van toepassing op een activiteit, de sportbeoefening, die, in wezen buiten elke economische overweging staat. De verwijzing naar de beoordelingsmethode in Wouters kan dan ook (pt. 66) in geen geval afdoen aan de conclusie van de Commissie dat de antidopingregelgeving niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 81 en 82 EG valt, daar deze conclusie tenslotte berust op de overweging dat de litigieuze antidopingregelgeving een zuiver sportieve regelgeving is.¹⁵

Gelet op alle voorgaande overwegingen stelt het Gerecht vast (pt. 68) dat de drie middelen tot nietigverklaring die verzoekers ter ondersteuning van het onderhavige beroep hebben aangevoerd¹⁶ niet ter zake doen. Het Gerecht verklaart het beroep bijgevolg ongegrond.

Commentaar

Dit is de eerste zaak waarin de communautaire rechter zich uitspreekt over de verhouding tussen de mededingingsregels en sport. In de eerdere arresten Bosman, Deliège en Lehtonen strandden pogingen om antwoord te krijgen op de toepassing van de mededingingsregels in sport, na het rechterlijke oordeel over de toepassing van de vrijverkeerregels.¹⁷ Het oordeel van het Gerecht vormt het complement op deze arresten. In tegenstelling tot de hiervoor genoemde arresten ligt de nadruk niet op de mogelijk economische aspecten van sport, maar wordt de 'aard' van de sportregel beklemtoond. Zuivere sportregels vallen buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen betreffende de economische vrijheden (de interne-marktbepalingen en de mededingingsbepalingen). Hieronder wordt ingegaan op de plaats van deze sportexceptie.¹⁸

Plaats van de sportexceptie in de EG-marktbepalingen

Hoe moet de sportexceptie worden geplaatst in het leerstuk van de EG-Verdragsbepalingen betreffende de economische vrijheden, zoals in casu de interne-marktbepalingen inzake het vrij werknemersverkeer en vrij dienstenverkeer, en de ondernemingsbepalingen inzake de mededinging (hierna ook tezamen aangeduid: de EG-marktbepalingen)?

Vooraf zij opgemerkt dat de werkingssfeer van de EG-marktbepalingen zich in beginsel kan uitstrekken tot alle sectoren, tenzij het EG-Verdrag uitdrukkelijk in een uitzondering heeft voorzien.¹⁹ Niet alleen hierdoor is de werkingssfeer ruim, dit is ook een gevolg van ruim uitgelegde concepten. Zo wordt voor het vrij werknemersverkeer (artikel 39 EG) als meest bepalende criterium het concept van arbeidsverhouding (arbeid in loondienst) gehanteerd. Het vrij dienstenverkeer (artikel 49 EG) kenmerkt zich door een ruim uitgelegd concept van diensten, die zich bovendien op vrijwel elk denkbare wijze door de Gemeenschap kunnen verplaatsen.²⁰ En in het mededingingsrecht (artikelen 81 en 82 EG) is een ruim ondernemingsbegrip bepalend voor de toegang tot de werkingssfeer.

Deze werkingssfeer van de EG-marktbepalingen is echter niet onbegrensd en er bestaan bovendien zowel geschreven als ongeschreven uitzonderingen. Alvorens op de begrenzing wordt ingegaan wordt eerst stilgestaan bij de uitzonderingen.

Geschreven en ongeschreven uitzonderingen

Voor de genoemde interne-marktbepalingen maakt het EG-Verdrag onder meer een uitzondering omwille van de openbare orde, openbare veiligheid en (volks)gezondheid (artikelen 39 en 55 j^o 46 EG). Voor het mededingingsrecht maakt het EG-Verdrag een uitzondering voor pro-competitieve kartelgedragingen (artikel 81, lid 3 EG) en gedragingen die proportioneel zijn ter uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang (artikel 86, lid 2 EG). Naast deze (geschreven) EG-Verdragsexcepties heeft het Hof in zijn rechtspraak ook (ongeschreven) uitzonderingsmogelijkheden geformuleerd. Zo deed in 1979 de zogenoemde rule of reason-exceptie haar intrede voor de interne-marktbepalingen, zulks vooreerst in het vrij goederenverkeer.²¹ De rule of reason-exceptie houdt kort gezegd in dat beperkende maatregelen zijn toegestaan in verband met eisen van algemeen belang, mits deze maatregelen noodzakelijk zijn voor het te bereiken doel en niet beperkender zijn dan nodig is. De exceptie van artikel 86, lid 2 EG wordt door het Hof op dezelfde wijze ingevuld. In het arrest Wouters paste het Hof deze rule of reason-benadering toe met betrekking tot de toetsing van ondernemingsgedragingen in het kader van artikel 81 EG.²² Inmiddels bestaat een ruime catalogus van uitzonderingen.²³

Begrenzing van de werkingssfeer

De begrenzing van de werkingssfeer van de EG-marktbepalingen wordt in belangrijke mate bepaald door het concept economische activiteit. Dit concept wordt op het punt van sportregelgeving, zo volgt uit de uitspraak van het Gerecht (pt. 42), voor zowel de genoemde interne-marktbepalingen als de mededingingsbepalingen op dezelfde wijze uitgelegd. Het Hof heeft verschillende activiteiten als niet-economisch bestempeld. Deze activiteiten vallen dus buiten de werkingssfeer van de EG-marktbepalingen. Op het gebied van het vrij werknemersverkeer gaat het om activiteiten van niet-economische aard, zoals zuivere amateursport,²⁴ studeren zonder bijbaan,²⁵ en het optreden in nationale sportploegen.²⁶ Buiten de werkingssfeer van het vrij dienstenverkeer vallen niet-economische activiteiten, zoals nagenoeg geheel door de overheid gefinancierde

¹⁵ In pt. 67 merkt het Gerecht op dat, nu het hier gaat om een zuiver sportieve regelgeving, de betwisting van de litigieuze antidopingregelgeving door verzoekers onder de sportregelgeving valt en zij behoort tot de bevoegdheid van de organen die sportgeschillen beslechten.

¹⁶ Zie noot 3.

¹⁷ Supra noot 7.

¹⁸ Algemeen en uitvoerig over het Europese sportbeleid, A.P.L. Vermeersch, 'Europees sportbeleid in de startblokken', NTER, p. 326-332.

¹⁹ Vgl. HvJ EG 30 april 1986, C-209/84 e.a., Asjes, Jur. 1986, p. 1425, pt. 40.

²⁰ Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer: 2003, p. 618-620.

²¹ HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, Cassis de Dijon, Jur. 1979, p. 649.

²² Wouters, supra noot 5, pt. 97, 110 en 122.

²³ Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w. 2003, p. 560-561, 628-629.

²⁴ Walrave, supra noot 7.

²⁵ HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-224/98, D'Hoop, Jur. 2002, I-6191.

²⁶ Deliège, supra noot 7. Zie ook Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w. 2003, p. 579.

diensten waartegenover slechts een beperkte vergoeding staat.²⁷ En op het gebied van het mededingingsrecht ten slotte, vallen buiten het concept van economische activiteiten, de uitoefening van overheidsprerogatieven en bepaalde activiteiten in de sfeer van sociale zekerheid (Poucet-zaken).²⁸ Deze beide categorieën vallen vanwege hun aard en doel en de wettelijke regels waaraan zij zijn onderworpen, buiten de werkingsfeer. Voorbeelden van door het Hof benoemde overheidsprerogatieven zijn de controle en toezicht op het luchtruim, en milieu-inspectie.²⁹ De NMa past de overheidsprerogatieven-rechtspraak regelmatig toe.³⁰

Een bijzondere inperking van de werkingsfeer van het mededingingsrecht is de in het arrest Brentjens geformuleerde CAO-

²⁷ HvJ EG 7 december 1993, zaak C-109/92, Wirth, Jur. 1993, I-6447.

²⁸ HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-151/91, Poucet, Jur. 1993, I-637.

²⁹ Resp. HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, SAT, Jur. 1994, I-43 en HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-35/96, Diego Cali, Jur. 1997, I-1547.

³⁰ Rb. Rotterdam, 1 augustus 2001, MEDED 99/1874-SIMO, A t d-g NMa Amsterdamse Bloemenmarkt, CBb 18 april 2003, AWB 01/753, Van Vollenhoven Olie B.V., d-g NMa 13 april 2004, zaak 2061, Nederlandse Associatie voor Psychotherapie (beroep aanhangig bij Rb Rotterdam).

³¹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97 e.a., Brentjens, Jur. 1999, I-6025.

³² Aangenomen mag worden dat de CAO-immuniteit ook geldt voor misbruik e.m.p. in de situatie dat van werkgeverszijde sprake is van een collectieve machtspositie.

³³ Brentjens, supra noot 31, pt. 56

³⁴ In casu de mededingingsbepalingen en de bepalingen die doelstellingen van sociale politiek nastreven. Zie verder Brentjens, supra noot 31, pt. 59-61.

³⁵ HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98 e.a., Pavlov, Jur. 2000, I-6451, pt. 70.

³⁶ Bevoegdheden op het terrein van doping zijn in belangrijke mate neergelegd bij de World Anti Doping Agency (WADA, in 1999 opgericht door het IOC). Ook de WADA is een privaatrechtelijke organisatie en stelt zich o.m. ten doel het internationaal coördineren en harmoniseren van antidopingbeleid. Uitgebreid over de WADA en haar code, zie Vereniging voor Sport en Recht, Sport en Recht, deel 10, De Vrieseborch, Haarlem: 2003.

³⁷ Deze verklaring benadrukt de grote maatschappelijke betekenis van sport en nodigt inzonderheid de instellingen van de Europese Unie uit om heel speciaal rekening te houden met de bijzonderheden van amateursport. Verklaring nr. 29 strookt volgens het Gerecht met de rechtspraak voorzover zij betrekking heeft op situaties waarin sportbeoefening een economische activiteit is.

³⁸ Supra noot 12.

³⁹ Artikel III-282, lid 1, sub g bepaalt: Het optreden van de Europese Unie is erop gericht de Europese dimensie van de sport te ontwikkelen, door de eerlijkheid en de openheid van sportcompetities en de samenwerking tussen de verantwoordelijke sportorganisaties te bevorderen, en door de fysieke en morele integriteit van sportlieden, met name jonge sporters, te beschermen.

⁴⁰ Tot heden ontbreekt een volwaardig communautair antidopingbeleid, zie A.P.L. Vermeersch, a.w. NTER 2003, p. 330.

⁴¹ Strenge antidopingregelgeving lijkt vooral gezondheidsdoelstellingen (zie ook pt. 44) te dienen. Het vrijelijk mogen gebruiken van doping zal in principe de prestaties van een sporter ten goede komen, hetgeen het spel voor het publiek aantrekkelijker kan maken. Stel je voor, astronomische snelheidsrecords op de 100m hardlopen.

immunitet.³¹ Deze houdt in dat afspraken tussen sociale partners in het kader van hun collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg, die verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden voortaan buiten het kartelverbod vallen.³² De bijzonderheid schuilt hierin, dat het Hof enerzijds erkent dat van collectieve overeenkomsten tussen sociale partners een zekere mededingingsbeperkende werking kan uitgaan, hetgeen suggereert dat de betrokken gedragingen binnen het concept van economische activiteiten vallen. Anderzijds zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde sociale doelstellingen ernstig worden belemmerd, als sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning om de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich onverkort aan het kartelverbod moesten houden.³³ Op grond van een nuttige en coherente uitlegging van de betrokken EG-Verdragsbepalingen,³⁴ toetst het Hof de desbetreffende mededingingsbeperking niet onder een rechtvaardigingsgrond, maar verklaart deze 'immuun' voor toepassing van het mededingingsrecht. Uitdrukkelijk zij gewezen op de aard van de overeenkomst, want een sociale regeling die niet in CAO-verband wordt overeengekomen, kan wel onder de werkingsfeer van het kartelverbod vallen.³⁵

Welke route wordt nu gevolgd bij de sportexceptie? Het Gerecht gaat grofmazig te werk door alleen de *aard* en het *doel* van de sportregelgeving te beoordelen (pt. 43 en 44). Anders dan bij Poucet-zaken en overheidsprerogatieven, beoordeelt het Gerecht niet de wettelijke regels waaraan de antidopingregelgeving is onderworpen. Overigens kon de route van overheidsprerogatieven niet worden gevolgd, omdat het in casu 'prerogatieven' van het IOC betrof³⁶ – een private ondernemingsvereniging – en niet een prerogatief van de overheid. Door de verwijzing naar het maatschappelijk belang van sport in Verklaring nr. 29 betreffende sport (pt. 38)³⁷ en een aantal communautaire documenten die het 'wezen' van sportbeoefening weerspiegelen (pt. 46),³⁸ lijkt de uitspraak van het Gerecht de Brentjens-route te willen volgen. Dat wil zeggen door middel van een weging van twee gemeenschapsbelangen tot de slotsom komen dat het ene belang, in casu het mededingingsbelang, niet het sportbelang mag doorkruisen. In de juridisch niet-bindende Verklaring nr. 29 wordt echter hoofdzakelijk het maatschappelijk belang van amateursport onderstreept en niet zozeer de profsport waaraan zo dikwijls economische aspecten kleven. Meer houvast biedt in de toekomst de Europese grondwet. Hierin is een bepaling opgenomen, waarin op het terrein van sport de Europese Unie 'ondersteunend, coördinerend of aanvullend' kan optreden (artikel III-282).³⁹ Deze bepaling biedt wellicht ook mogelijkheden voor een Europees antidopingbeleid.⁴⁰

Over de aard van de antidopingregeling wordt tot slot het volgende opgemerkt. Volgens het Gerecht wijzigt de buitensporigheid van een (zuivere) sportregel de aard van de sportregel niet (pt. 53 t/m 55). Maar is niet een omslagpunt denkbaar waarop de buitensporigheid het eigenlijke sportieve doel van de regel ('een hoger competitiedoel en andere idealen van de sport', zoals 'fair play', pt. 49 en 55) voorbij schiet of waarbij de economische aspecten van de sport in zicht komen (vgl. pt. 49)?⁴¹ Mutatis mutandis geldt dit mogelijk voor de opgelegde (en niet in het arrest aan de orde zijnde) tuchtmaatregel. Verdedigbaar is dat het langdurig uitsluiten van een beroepssporter van deelname aan wedstrijden, kan worden gekwalificeerd als economische aspecten van de sport. Op deze voet verder rijst de vraag of de economische beperking mogelijk is gerechtvaardigd. Het zal daarbij in hoofdzaak gaan om een proportionaliteits-toets, waarbij overigens opnieuw kan worden beoordeeld in welke

mate de regel met de sport is verbonden. Zo werd in het arrest Lehtonen door het Hof geoordeeld dat regels over transferdata op zichzelf uitsluitend verband konden houden met de sport als zodanig.⁴² Aangezien de in dat arrest in geding zijnde regels discriminerend waren, diende de nationale rechter te bepalen of zulks gerechtvaardigd was.⁴³

Opvallend is dat de Commissie de onderhavige antidopingcasus wel binnen de werkingssfeer van het mededingingsrecht oploste,⁴⁴ en de (inherente) beperkingen rechtvaardigde, zich daarbij reken-schap gevend van de mate waarin de regeling verbonden was aan het wezen van sportbeoefening. Het Gerecht volgde deze weg dus niet, maar weerhield de antidopingregeling de toegang tot de poort.

Tot besluit

Wat de Nederlandse mededingingspraktijk betreft, is thans bij de rechtbank Rotterdam aanhangig het beroep tegen het besluit van de d-g NMa van 20 december 2002, zaak 2805/R. en G. t. Nederlandse Golf Federatie. De zaak betreft een klacht van twee golfprofessionals tegen de Nederlandse Golf Federatie. Klagers keren zich

tegen een voorschrift op grond waarvan aanmelding van een golfleerling voor het examen van een golfvaardigheidsbewijs alleen kan geschieden door, kort gezegd, erkende golfprofessionals. De NMa heeft de klacht afgewezen, waarbij onder meer wordt overwogen dat de criteria voor erkenning nauw verband houden met de golfsport dan wel de golfopleiding als zodanig. Een eerste oordeel van de Nederlandse bestuursrechter over de verhouding tussen sport en de Mededingingswet en de betekenis van het besproken arrest Meca-Medina zal dan ook mogelijk niet lang op zich laten wachten.

⁴² Lehtonen, supra noot 7, pt. 53 en 54.

⁴³ Lehtonen, supra noot 7, pt. 59.

⁴⁴ Weliswaar stelt de Commissie ter terechtzitting dat zij de litigieuze antidopingregelgeving slechts 'subsidiar' of 'zeer subsidiar' aan het mededingingsrecht heeft getoetst.