

185. Sport en mededinging: ook sportbonden moeten eerlijk spelen

MR. J.M.M. VAN DE HEL EN MR. M. KOPPENOL

Vals spel in de sport. Het komt voor. Menigeen zal hierbij denken aan nietsontziende tackles en theatrale schwalbes of het gebruik van doping. Van vals spel kan ook worden gesproken als sporters, sponsors of een sportbonden zich niet aan de mededingingsregels houden. Denk hierbij aan afspraken over de deelname aan andere concurrerende competities, zoals in de ISU-zaak, maar ook aan verplichte sportarbitrage, zoals bekend van de Pechstein-zaak. En zijn anti-dopingregels niet (ook) zelf concurrentievervalsing? En zijn beperkingen die bonden opleggen aan individuele professionele sporters waar het reclame en sponsoring betreft wel conform het mededingingsrecht? En eisen die een bond stelt aan uitrusting?

Inleiding

Sporters hebben er doorgaans belang bij zich bij een sportbond of sportfederatie (hierna gezamenlijk aangeduid als “sportbond”) aan te sluiten, bijvoorbeeld via een sportvereniging. Zonder aansluiting bij een sportbond is het vaak niet mogelijk een wedstrijdlicentie te verkrijgen en deel te nemen aan competities en inkomsten te verwerven. Daar staat tegenover dat sportbonden voor hun inkomsten grotendeels afhankelijk zijn van de deelname door (bekende) topsporters of sportclubs aan hun evenementen. Zonder de deelname van grote namen zullen sponsors immers niet bereid zijn om (voor grote bedragen) te sponsoren. Sportbonden hebben daardoor veelal een prikkel om sporters en sportclubs aan hun evenementen en afspraken met sponsors te binden. Het is de vraag of dat in alle gevallen is toegestaan.

De afspraken tussen sportbonden en professionele sporters (dan wel sportclubs) zijn onderworpen aan mededingings-toezicht¹ voor zover het economische activiteiten betreffen.² Dat betekent dat zowel het kartelverbod als het verbod op misbruik van een machtspositie van toepassing is. In geval een inbreuk op (één van) deze bepalingen is vastgesteld, zal de vraag aan de orde komen of er een objectieve rechtvaardiging voor de inbreuk is. In het geval van sportbonden kan worden gedacht aan regels die weliswaar de mededinging beperken, maar die noodzakelijk zijn voor de sport of om (de gezondheid van) sporters te beschermen³. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de regel dat aan een Europees Kampioenschap voetbal geen clubteams mogen meedoen.

diging voor de inbreuk is. In het geval van sportbonden kan worden gedacht aan regels die weliswaar de mededinging beperken, maar die noodzakelijk zijn voor de sport of om (de gezondheid van) sporters te beschermen³. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de regel dat aan een Europees Kampioenschap voetbal geen clubteams mogen meedoen.

De rechtvaardiging zit dan in het feit dat het gaat om een sport- en spelregel

Die regel belemmert wellicht de concurrentie omdat het nationale clubteams uitsluit, maar is een noodzakelijke voorwaarde voor het sportevenement.⁴ De rechtvaardiging zit dan in het feit dat het gaat om een sport- en spelregel. Voor afspraken of gedragingen waarvoor een dergelijke rechtvaardiging niet opgaat, zijn de potentiële risico's groot. Niet alleen kunnen mededingingsautoriteiten hoge boetes opleggen voor een overtreding van de mededingingsregels, ook kunnen de sportbonden, sponsors of andere betrokkenen bij de overtreding in civiele procedures worden betrokken en aansprakelijk worden gesteld voor de schade die bijvoorbeeld door sporters, concurrerende bonden en concurrerende sponsors wordt geleden. Hierbij dient wel een kanttekening te worden geplaatst. Uit de praktijk blijkt namelijk dat civiele (standalone) procedures waarin een beroep wordt gedaan op het mededingingsrecht veelal

1 In deze bijdrage beperken wij ons tot een bespreking van artikel 6 Mw, artikel 101 VWEU en artikel 24 Mw, artikel 102 VWEU. Ook op het gebied van staatssteun vinden echter ontwikkelingen plaats binnen de sportwereld. Hierbij kan gedacht worden aan de steun die door de Spaanse overheid aan voetbalclubs werd verleend. De Europese Commissie heeft de Spaanse overheid opgedragen de verleende steun terug te vorderen. Hiertegen lopen diverse beroepsprocedures bij het Gerecht.

2 Zie onder meer HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74 (*Walrave en Koch*), HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (*Bosman*), HvJ EG 11 april 2000, zaak C-51/96 en C-191/97 (*Deliège*) en HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04P (*Meca-Medina*).

3 Beschikking van de Europese Commissie van 15 april 2002 in zaak COMP/37124 (*Piau*).

4 Zie in dat kader ook het Witboek sport van de Europese Commissie van 11 juli 2007, COM(2007) 391 def, paragraaf 4.1.

spaaak lopen op de hoge bewijsstandaard die daarvoor is bepaald in het arrest van de Hoge Raad in *ANVR/IATA*⁵. In het verleden was er weinig aandacht voor de toepassing van het mededingingsrecht in de sportwereld (op een enkele zaak na⁶). Slechts een enkele keer is er een klacht ingediend bij een mededingingsautoriteit. Zo heeft de vereniging van professionele schaatsteams ('VPST') zich eind jaren '90 van de vorige eeuw tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa') gewend met het verzoek de machtspositie (en het misbruik daarvan) door de Nederlandse schaatsbond ('KNSB') te onderzoeken. De VPST beklagde zich over de ruimte voor sponsorlogo's op schaatspakken, of beter: het tekort aan ruimte. Uiteindelijk wisten de KNSB en de VPST tot een compromis te komen. Tot een besluit van de NMa kwam het dan ook niet.

De afgelopen tijd is gebleken dat steeds meer partijen zich ervan bewust worden dat ook sportbonden onder de werking van het mededingingsrecht vallen. Het mededingingsrecht wordt dan ook steeds vaker als instrument ingezet om regelgeving van sportbonden te bestrijden. Wij verwachten dat in de toekomst vaker een beroep zal worden gedaan op het mededingingsrecht. Het is dan ook van belang dat onder meer sportbonden en sponsors zich ervan bewust zijn dat hun regelgeving (en gedrag) redelijk en rechtvaardig moet zijn. *Fair play* geldt met andere woorden niet alleen voor sporters, maar ook voor sportbonden en sponsors.

Een aantal recente voorbeelden worden hieronder op een rij gezet, waarbij we eerst ingaan op de (on)mogelijkheid voor sporters om deel te nemen aan wedstrijden buiten het bondsverband. Vervolgens gaan we in op de mogelijke mededingingsbeperking van anti-dopingregels. Daarna worden exclusieve overeenkomsten behandeld omtrent reclame, sponsoring en uitrusting waarin de belangen van de bond kunnen botsen met die van de sporter, omdat zij bijvoorbeeld een andere sponsor of uitrusting hebben. Wij sluiten af met een vooruitblik op de toepassing van het mededingingsrecht in de sport.

Exclusieve competities

In een aantal sporten zijn er meerdere (internationale) sportbonden of andere organisatoren buiten sportbondverband die sportevenementen organiseren. Hierdoor kan het gebeuren dat sportbonden en/of organisatoren met elkaar concurreren bij de organisatie van sportevenementen, mogelijk ten koste van sporters.

Schaatsen

Een in het oog springende zaak is de procedure van (onder meer) oud-schaatser Mark Tuitert en oud-shorttracker Niels Kerstholt tegen de Internationale Schaatsunie ('ISU'). De ISU organiseert grote (internationale) schaatswedstrij-

den. De WK, EK en World Cups shorttrack en langebaanschaatsen worden bijvoorbeeld door de ISU georganiseerd. Kortom: schaatseren die op het internationale toneel willen meedoen, kunnen niet om de ISU heen. Net als de meeste andere sportbonden behaalt de ISU een belangrijk deel van haar inkomsten met het organiseren van schaatswedstrijden. De ISU verbodt schaatseren om deel te nemen aan wedstrijden die niet door de ISU waren goedgekeurd. De straf op overtreding van deze regel kon oplopen tot een levenslange uitsluiting van de door de ISU georganiseerde wedstrijden.

Hierdoor kan het gebeuren dat sportbonden en/of organisatoren met elkaar concurreren bij de organisatie van sportevenementen, mogelijk ten koste van sporters

Op grond van haar reglementen heeft de ISU sporters bestraft die aan (schaats)wedstrijden deelnamen die niet door de ISU zijn goedgekeurd. Ten onrechte volgens onder meer Tuitert en Kerstholt, want deze regels zijn volgens hen concurrentiebeperkend en dus ontoelaatbaar. Zij hebben daarom op grond van artikel 101 en artikel 102 VWEU een klacht ingediend bij de Europese Commissie. En met succes. In haar beschikking van 8 december 2017 concludeerde de Europese Commissie dat de betreffende bepalingen inderdaad concurrentiebeperkend en in strijd met artikel 101 VWEU zijn.⁷ De Commissie is tot de conclusie gekomen dat de betreffende bepalingen zowel tot doel als tot gevolg hebben de mededinging te beperken. Volgens de Europese Commissie hebben de regels van de ISU in de eerste plaats tot gevolg dat schaatseren, die willen meedoen aan niet door de ISU goedgekeurde wedstrijden, zeer zware straffen opgelegd kunnen krijgen, zelfs als de betreffende wedstrijden geen risico's voor de sport meebrengen. In de tweede plaats concludeerde de Commissie dat de betreffende regelgeving de ISU in staat stelt om haar eigen commerciële doeleinden te beschermen, ten nadele van sporters en organisatoren van concurrerende wedstrijden. Tot slot oordeelde de Commissie dat de ISU regels onafhankelijke organisatoren van schaatswedstrijden verhinderen om wedstrijden te organiseren. Al met al concludeerde de Commissie dat de ISU de concurrentie heeft beperkt en dus in strijd heeft gehandeld met artikel 101 VWEU. Hoewel tevens een beroep was gedaan op artikel 102 VWEU, heeft de Commissie de zaak niet op basis van dit artikel onderzocht.⁸ De Europese Commissie heeft de ISU niet beboet, maar heeft de ISU opgedragen haar regelgeving aan te passen. Hoewel de ISU haar regelgeving heeft aangepast, heeft de ISU beroep⁹ ingesteld tegen de beschikking van de Europese Commissie. De ISU heeft in

5 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*ANVR/IATA*); zie daarover nader: T.Raats, J.Ruigewaard, 'De gevolgen van een *stand alone* civielrechtelijke vaststelling van een kartel', MP 2017/7-8, nr. 339.

6 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07 (*MOTOE*).

7 Beschikking van de Europese Commissie van 8 december 2017, zaak AT.40208.

8 *Idem*, para. 132.

9 De zaak staat geregistreerd bij het Gerecht onder nummer T-93/18.

een verklaring te kennen gegeven het oneens te zijn met de beschikking. Volgens de ISU heeft de Commissie het specifieke karakter van sport miskend door commerciële belangen voorop te plaatsen, in plaats van integriteit, gezondheid en veiligheid die *fair play* binnen de sport moeten waarborgen. De beschikking raakt volgens de verklaring niet enkel de ISU, maar de gehele schaatssport. Waarschijnlijk zal de ISU zich ook in de beroepsprocedure beroepen op deze rechtvaardiging. Uit de gronden van beroep van ISU blijkt dat zij verder onder meer bestrijdt dat haar regelgeving tot doel en tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Het is echter maar de vraag of het voorgaande als rechtvaardiging te gelden heeft. Feit is immers dat sporters worden verhinderd om deel te nemen aan evenementen van andere bonden, terwijl de betreffende evenementen niet per se een gevaar voor de sport of de sporters opleveren. En zelfs als het verbod om deel te nemen aan niet goedgekeurde evenementen gerechtvaardigd zou zijn, is op zijn minst twijfelachtig dat een levenslange uitsluiting van deelname door een sporter, die voor zijn inkomen afhankelijk is van deelname aan evenementen, gerechtvaardigd is. Wordt vervolgd dus.

Basketbal

De ISU is overigens niet de enige sportbond die sporters verhindert om deel te nemen aan wedstrijden van andere bonden. Een vergelijkbare zaak speelt in het basketbal. Begin 2016 heeft de Turkish Airlines Euroleague een klacht bij de Europese Commissie ingediend tegen de internationale basketbalfederatie ('FIBA'). Euroleague beschuldigt FIBA ervan clubs, spelers en scheidsrechters onder druk te zetten om uitsluitend deel te nemen aan FIBA wedstrijden. Op grond van haar reglementen kan FIBA bovendien sancties opleggen aan diegenen die betrokken zijn bij wedstrijden die niet zijn goedgekeurd door de FIBA.¹⁰ Hoewel de (eventuele) beschikking van de Europese Commissie op deze klacht nog op zich laat wachten, is de ISU-zaak een duidelijke aanwijzing voor het standpunt van de Europese Commissie. In reactie op de klacht van de Euroleague heeft FIBA op haar beurt een paar maanden later eveneens een klacht ingediend bij de Europese Commissie. Volgens FIBA heeft Euroleague ermee gedreigd teams uit te sluiten van de Euroleague, tenzij clubs ook deelnemen aan de Eurocup. Ook hierover heeft de Commissie zich nog niet uitgelaten. Inmiddels zijn Euroleague en FIBA in een nieuw conflict beland. De Euroleague heeft namelijk wedstrijden gepland tijdens de kwalificatiewedstrijden voor de internationale World Cup, die worden georganiseerd door de FIBA. Door de planning van de Euroleague worden basketballers belemmerd in hun keuze om uit te komen voor hun land

tijdens de kwalificatiewedstrijden voor de World Cup. De Europese Commissie heeft de FIBA en de Euroleague opgedragen om onderling tot een oplossing te komen die ten goede komt van de atleten en de gehele sport.¹¹

Paardensport

In de paardensport doen zich vergelijkbare mededingingsproblemen voor. Eén van de organisatoren van paardensportwedstrijden, de Global Champions League ('GCL'), beschuldigde de Federation Equestre Internationale ('FEI') er namelijk van exclusiviteitsbepalingen te hanteren die in strijd zijn met het mededingingsrecht. De exclusiviteitsbepaling van de FEI verbiedt ruiters, paarden en officials deel te nemen aan ieder niet door de FEI goedgekeurd evenement. Organisatoren van concurrerende evenementen worden daardoor belemmerd in hun mogelijkheden om ruiters, paarden en officials aan te trekken voor hun evenementen, waardoor de concurrentie tussen paardensportevenementen zou worden verstoord. De Belgische Mededingingsautoriteit ('BMA') was het in een voorlopig oordeel¹² met de GCL eens en verplichtte de FEI in 2015 om de exclusiviteitsbepalingen op te schorten. Uiteindelijk hebben de FEI en GCL een schikking getroffen. Onderdeel van de schikking is de intrekking door GCL van de klacht bij de BMA.

De schikking tussen de FEI en GCL betekende niet dat daarmee de kous af was. De schikking heeft aanleiding gegeven tot een nieuwe procedure. In het Memorandum of Understanding dat de partijen in het kader van de schikking zijn overeengekomen is bepaald dat GCL het percentage van de deelnemers aan haar competitie dat uitsluitend op basis van hun ranking wordt geselecteerd, zal verlagen van 60% naar 30%. Volgens een ruiter en een paardenhandelsstal zou dit tot gevolg kunnen hebben dat ruiters van een betalend team van de GCL zullen worden uitgenodigd in plaats van andere (hoger in ranking geplaatste) ruiters. De BMA is het in een voorlopig oordeel¹³ hiermee eens en concludeerde dat het niet onredelijk is om te denken dat de vermindering van 60% naar 30% een inbreuk kan vormen op de mededingingsregels. De BMA heeft – totdat de zaak inhoudelijk is afgehandeld – GCL opgedragen om ten minste 60% van de deelnemers te bepalen op basis van de rankings. Onlangs constateerde de BMA echter dat GCL en de FEI niet aan deze voorlopige maatregelen voldeden. Zij kregen daarvoor een boete opgelegd van € 466, respectievelijk € 182 per dag dat zij niet aan de voorlopige maatregelen voldoen. Deze zaak zal dus nog een staartje krijgen.

De hiervoor besproken zaken maken in ieder geval duidelijk dat mededingingsautoriteiten een actieve rol innemen bij de handhaving van het mededingingsrecht binnen de sport. Ook tonen deze zaken aan dat het feit dat het gaat om reglementen binnen de sport, niet maakt dat minder

10 Dit was bovendien onderwerp van een procedure voor de Duitse rechter, die Euroleague begin juni 2016, in het gelijk stelde. Naar aanleiding van die uitspraak heeft FIBA haar reglementen – op grond waarvan zij clubs, nationale leagues en nationale sportbonden kon bestraffen als zij zouden deelnemen aan de Euroleague of Eurocup – moeten aanpassen. FIBA heeft daartegen beroep ingesteld, waarna de Munich Court de voorlopige maatregelen heeft opgeheven.

11 Antwoord van Eurocommissaris Vestager namens de Europese Commissie d.d. 9 november 2017.

12 Zie het persbericht van de Belgische Mededingingsautoriteit van 28 juli 2015 (nr. 12/2015).

13 Persbericht van 21 december 2017 (nr. 22/2017).

strikt wordt toegezien op de gedragingen, alhoewel het achterwege blijven van een boete van de ISU en de opdracht van de Commissie aan de basketbalbonden tot een compromis te komen, een minder punitief karakter heeft. Zolang voor exclusiviteitsbepalingen van sportbonden geen objectieve rechtvaardiging (in het belang van de sport of sporters) bestaat, tonen deze zaken aan dat er mededingingsrechtelijke risico's zijn.

Anti-doping

De impact die anti-dopingregelgeving kan hebben werd recentelijk nogmaals duidelijk met de uitsluiting van de Russische sporters tijdens de Olympische Winterspelen in PyeongChang. Onlangs stond ook de deelname van Tour de France-winnaar Chris Froome aan de Giro d'Italia ter discussie vanwege vermeend dopinggebruik. Een interessante vraag is in hoeverre dit soort uitsluitingen in strijd met het mededingingsrecht kunnen zijn. Sporters kunnen immers doorgaans niet om de (nationale) sportbond en het internationale sporttribunaal (Hof van Arbitrage voor Sport, beter bekend als "CAS") heen. Daardoor zijn sporters die de anti-dopingregels van hun bond overtreden vaak in het geheel uitgesloten van deelname aan enige wedstrijd. De bonden dicteren echter de regels. Zij bepalen met andere woorden welke middelen verboden zijn. De door de sportbonden opgelegde anti-dopingregels (en de daarin opgenomen verboden middelen) kunnen dan ook verstreckende gevolgen hebben voor de carrière van een sporter. Het hof heeft in *Meca-Medina* geoordeeld dat anti-dopingregelgeving "nog niet noodzakelijkerwijs een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare beperking van de mededinging" is.¹⁴ Een belangrijke reden hiervoor is dat anti-dopingregels er niet enkel zijn voor het waarborgen van een eerlijke competitie, maar ook voor de bescherming van de gezondheid van sporters.

Zolang de anti-dopingregels niet verder gaan dan noodzakelijk om het goede verloop van de sportcompetitie te verzekeren, zijn dergelijke regels gerechtvaardigd

Zolang de anti-dopingregels niet verder gaan dan noodzakelijk om het goede verloop van de sportcompetitie te verzekeren, zijn dergelijke regels gerechtvaardigd, aldus het hof.¹⁵ Wanneer anti-dopingregels verder gaan dan noodzakelijk zou de rechtvaardiging er niet zijn, en evenmin als de sancties op dopinggebruik onrechtvaardig zwaar zijn.¹⁶ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan levenslange uitsluiting.

14 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04P (*Meca-Medina*), punt 45.

15 Idem, punt 47.

16 Idem, punt 48.

De Duitse schaatsster Claudia Pechstein ondervond reeds de verstreckende gevolgen van een dopingschorsing. Deze schorsing was volgens haar ten onrechte bekrachtigd door het CAS. Zij bestreed dan ook het vonnis van het CAS in diverse procedures. Pechstein bestreed daarin onder meer de rechtmatigheid van de verplichte arbitrageclausule van de ISU. Het Oberlandesgericht München stelde Pechstein in het gelijk en kwam tot de conclusie dat de verplichte arbitrageclausule misbruik van machtspositie opleverde. De vonnissen van het CAS zouden daarmee niet kunnen worden erkend in Duitsland. Het Duitse Bundesgerichtshof kwam echter tot de conclusie dat, hoewel de ISU wel over een machtspositie beschikt, geen sprake was van misbruik.¹⁷

Reclame, sponsoring en uitrusting

Reclame rondom Olympische Spelen

Vlak voor de start van de Olympische Winterspelen in PyeongChang heeft de Duitse mededingingsautoriteit (het Bundeskartellamt, 'BKa') aangekondigd¹⁸ aan het Olympisch Handvest van het Internationaal Olympisch Comité ('IOC') te onderzoeken. Op grond daarvan mogen de persoon, naam, afbeelding of sportprestaties van atleten, die deelnemen aan de Olympische Spelen, gedurende de Olympische Spelen (en een aantal dagen voor en na de Spelen) niet worden gebruikt voor reclaimedoeleinden (ook niet op social media). Met deze bepaling zouden het IOC en de Deutsche Olympische Sportbond ('DOSB') hun machtspositie mogelijk misbruiken volgens het BKa. Het IOC en de DOSB hebben inmiddels het toezeggingen voorgesteld aan het BKa. Deze toezeggingen komen erop neer dat de bepalingen van het handvest beperkt zullen worden toegepast. Toegezegd is dat generieke advertenties en felicitaties voor sporters onder omstandigheden zijn toegestaan. Ook is toegezegd dat sneller op verzoeken om een uitzondering op de bepaling wordt beslist, waarbij van een assumptie van goedkeuring wordt uitgegaan. Het is echter de vraag of deze toezeggingen ver genoeg gaan voor het BKa. Ook met deze toezeggingen worden reclames met atleten namelijk beperkt, terwijl (zeker als de betreffende reclame ruim voor of juist na de Spelen is gemaakt) een dergelijke beperking bij de meeste reclames moeilijk in het belang van de sporter kan worden genoemd.

Sponsors: sporter of bond

Ook exclusieve (sponsor)overeenkomsten zijn voer voor mededingingsrechtelijke procedures. Veel sporters dragen kleding van een bepaalde sponsor. En bij wedstrijden voor een nationaal team wordt vaak kleding gedragen van een sponsor waarmee de sportbond een overeenkomst heeft. Daarvoor worden vaak exclusiviteitscontracten gesloten. Die contracten houden per definitie in dat de sporters uitsluitend kleding dragen of materiaal gebruiken van de

17 Bundesgerichtshof Duitsland 7 juni 2016, kenmerk KZR 6/15 (*Pechstein/ISU*).

18 Persbericht BKa van 21 december 2017, *Market test on commitments of DOSB and IOC*.

betreffende sponsor, en dus niet van een andere fabrikant. Dat schoot lang geleden al in het verkeerde keelgat bij Johan Cruijff. Cruijff had immers een individueel contract met Puma en Puma verbood Cruijff om te spelen in het Adidas tenue van het Nederlands elftal. Cruijff heeft uiteindelijk in een ander tenue gespeeld dan de rest van het team.

Ook exclusieve (sponsor)overeenkomsten zijn voer voor mededingingsrechtelijke procedures

Iets recenter lag de Nederlandse Badmintonbond ('NBB') onder vuur vanwege een sponsorovereenkomst met Yonex. Op grond van die sponsorovereenkomst, die voor de duur van zeven jaar van kracht was, zijn de spelers van de nationale selectie verplicht om gedurende alle trainingen en wedstrijden, met uitzondering van de wedstrijden voor de nationale competitie en de nationale beker, uitsluitend met kleding en materieel van Yonex te spelen. Als een speler weigert om Yonex materiaal te gebruiken, selecteert de NBB de betreffende speler niet voor de nationale selectie. Een aantal spelers en een concurrerende producent van onder meer badmintonrackets (Dunlop) ging hiertegen in beroep. Spelers zijn op grond van hun individuele sponsorovereenkomsten met concurrerende producenten namelijk verplicht om zowel in individuele toernooien als in teamtoernooien materiaal van hun eigen sponsors te gebruiken. Door de sponsorovereenkomst moesten spelers kiezen tussen twee kwaden: zij moesten ofwel kiezen om voor de nationale ploeg uit te komen en in strijd te handelen met hun individuele sponsorcontract, ofwel om niet voor de nationale ploeg uit te komen, maar het individuele sponsorcontract te eerbiedigen. In de procedure bij de rechtbank Utrecht¹⁹ voerden Dunlop en de spelers (hierna Dunlop c.s.) onder meer aan dat de sponsorovereenkomst, met name vanwege de daarin opgenomen exclusiviteit, in strijd is met het mededingingsrecht.²⁰ Volgens Dunlop c.s. beperkt de sponsorovereenkomst de concurrentie op de markt voor badmintonrackets. Het beroep van Dunlop c.s. op het mededingingsrecht liep echter spaak op de (hoge) bewijsstandaard die geldt in het Nederlands civiele procesrecht ten aanzien van beroepen op het mededingingsrecht. De rechtbank concludeerde allereerst dat de sponsorovereenkomst niet tot doel heeft de mededinging te beperken. En ook zou Dunlop c.s. onvoldoende hebben onderbouwd dat de sponsorovereenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Dunlop c.s. heeft volgens de rechtbank – met name in het licht van de gemotiveerde betwisting van de NBB – haar stelling dat de relevante markt de Nederlandse markt voor badmintonrackets is onvoldoende onderbouwd. Om dezelfde reden ging het beroep op het

verbod op misbruik machtspositie nat. Toch had Dunlop c.s. succes. De sponsorovereenkomst zette volgens de rechtbank immers ten onrechte aan tot wanprestatie doordat van de spelers door middel van de sponsorovereenkomst werd verlangd om in strijd met hun individuele sponsorovereenkomsten te handelen. Hoewel Dunlop c.s. succes heeft gehad, is deze zaak vanuit mededingingsrechtelijk perspectief toch een gemiste kans. Het was onzes inziens voor de rechtsontwikkeling goed geweest om een oordeel van de rechtbank te krijgen over de rechtmatigheid van een exclusief sponsorcontract in het licht van de mededingingsregels. Er gaan immers wel degelijk marktafscherpende effecten uit van dergelijke exclusieve overeenkomsten (zowel voor sporters als voor concurrerende sponsors) en die overeenkomsten worden doorgaans niet met slechts één nationale bond gesloten. De marktafscherpende effecten zijn met andere woorden mogelijk groter door de cumulatieve effecten van de overeenkomsten.

Uitrusting: exclusieve fabrikant of objectieve eisen

Een vergelijkbaar mededingingsprobleem speelt bij de uitrusting van sporters. Zo kan het voorkomen dat op internationaal niveau de uitrusting van een sporter wordt voorgeschreven. Een voorbeeld daarvan is World Sailing. World Sailing is het internationale bestuursorgaan voor de zeilen en surfsport. In die hoedanigheid bepaalt World Sailing de (toegestane) uitrusting voor onder meer windsurfers tijdens Olympische evenementen. Daarvoor wijst World Sailing één fabrikant aan die de exclusieve bevoegdheid heeft om het materiaal te produceren. World Sailing heeft ingezien dat dit potentiële mededingingsrisico's met zich brengt. Het materiaal van andere fabrikanten kan door de exclusiviteit namelijk voor lange tijd niet gebruikt worden tijdens Olympische evenementen. World Sailing heeft om die reden besloten onderzoek te doen naar exclusiviteitsbepalingen voor de levering van uitrusting aan onder meer windsurfers.²¹ Het onderzoek heeft tot doel om te waarborgen dat er eerlijke en open mededinging is voor de uitrusting ten behoeve van een Olympisch evenement.

Een andere zaak betrof een wedstrijdkaatser die procedeerde tegen de eisen aan de uitrusting in het kaatsreglement van de Koninklijke Nederlandse Kaatsbond ('KNKB'). Het kaatsreglement bepaalt dat uitsluitend kaatshandschoenen van licentiehouders mogen worden gebruikt tijdens wedstrijden. De KNKB had aan slechts drie producenten van kaatshandschoenen een licentie verleend. Een wedstrijdkaatser, die tevens producent is van kaatshandschoenen, mocht de door hem vervaardigde kaatshandschoenen niet gebruiken, omdat de KNKB weigerde om een licentie te verlenen. In de procedure bij de rechtbank Noord-Nederland²² stond de vraag centraal of de KNKB mocht weigeren een licentie te verlenen aan de wedstrijdkaatser. Bij de rechtbank Noord-Nederland voerde de wedstrijdkaatser aan dat de toetreding van kaatshandschoenfabrikanten werd belemmerd door het kaatsreglement van de KNKB. Volgens de wedstrijd-

19 Rb. Utrecht 30 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU6292 (*Nationale Badmintonbond*).

20 Dunlop c.s. deed daarbij zowel een beroep op artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU, als op artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

21 Persbericht van 12 januari 2018 op de website van World Sailing.

22 Rb. Noord-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2475.

kaatser zou de KNKB haar machtspositie misbruiken door uitsluitend aan de drie fabrikanten een licentie te verlenen. Ook voerde de wedstrijdkaatser aan dat een mededingingsbeperkende afspraak was gemaakt. De vordering werd echter afgewezen. Hoewel de wedstrijdkaatser in de kort gedingprocedure een rapport omtrent de marktafbakening heeft ingediend, was het beroep op het mededingingsrecht volgens de rechtbank onvoldoende (overtuigend) onderbouwd. Voor het beroep van de wedstrijdkaatser op het mededingingsrecht valt onze inziens op het eerste gezicht zeker wat te zeggen. Weliswaar is er ook wat te zeggen voor de door de KNKB aangevoerde rechtvaardiging dat wedstrijdkaatsers met dezelfde handschoenen moeten spelen om de eerlijke concurrentie te waarborgen, het is twijfelachtig of het licentiesysteem noodzakelijk en proportioneel is om dat doel te bereiken. De eerlijke concurrentie kan immers ook gewaarborgd worden met een minder vergaand systeem. Zo kunnen bijvoorbeeld eisen worden gesteld waaraan alle kaatshandschoenen dienen te voldoen. In dat geval dienen alle handschoenen aan dezelfde eisen te voldoen, maar kunnen de handschoenen van in principe iedere fabrikant worden gebruikt in wedstrijden. Helaas kwam de rechtbank aan de mededingingsrechtelijke beoordeling van het kaatsreglement niet toe. Uit de uitspraak blijkt overigens dat de KNKB bezig was haar licentiebeleid te herzien. De KNKB heeft in dat kader al besloten om nieuwe toetreders toe te laten als licentiehouder op basis van objectieve criteria.

Uit het voorgaande kan een belangrijke les worden getrokken. Als men in een civiele procedure een beroep op het mededingingsrecht wil doen, moet er mee rekening worden gehouden dat daarvoor een zeer hoge bewijsstandaard geldt, waardoor het beroep zeer goed moet worden onderbouwd. Zolang de bewijslat zo hoog ligt, lijkt de weg naar de mededingingsautoriteit daarom in beginsel de voorkeur te hebben.

Vooruitblik

Het is onze verwachting dat het mededingingsrecht ook door de toegenomen commercialisering van de sport steeds vaker een (doorslaggevende) rol zal spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van regels van sportbonden. Wij denken bijvoorbeeld aan de kunstgrasproblematiek in de Nederlandse Eredivisie. Al jarenlang wordt gediscussieerd over de vraag of kunstgrasvelden wel wenselijk zijn binnen het Nederlands topvoetbal. Velen zeggen van niet: op Europees en internationaal niveau wordt immers vrijwel nooit op kunstgras gespeeld. Anderen vinden kunstgrasvelden een welkome ontwikkeling: het stelt voetbalclubs in

staat om – tegen relatief lage kosten – altijd een kwalitatief goed veld te hebben waar bovendien altijd op getraind kan worden. Hoewel de KNVB tot op heden uitsprekt dat voetbalclubs vrij zijn in hun keuze voor kunstgras, wordt tussen de KNVB en de topclubs in de Eredivisie ook gesproken over de optie om kunstgrasvelden te verbieden. Enkele kleinere Eredivisieclubs spelen echter op kunstgrasvelden van hun hoofdsponsor. Die velden zouden dan dus door regelgeving worden verbannen uit het Nederlands topvoetbal. Dit kan voor de betreffende clubs grote financiële gevolgen hebben.

De meningen zijn echter verdeeld over de toenemende handhaving van het mededingingsrecht binnen de sport. Het Europees Parlement heeft de Europese Commissie in 2015 expliciet opgedragen om de beperkende en misbruikelijke gedragingen van sportbonden te onderzoeken.²³ De president van het IOC heeft daarentegen tijdens een bespreking bij de Europese Raad in november vorig jaar een oproep gedaan om terughoudendheid te betrachten bij toepassing van het mededingingsrecht binnen de sport. Volgens de president van het IOC moet de belangrijke sociale rol van sport niet uit het oog worden verloren door sport gelijk te stellen met de commerciële wereld. Als alles vanuit een zakelijk perspectief wordt bekeken, gaat de sociale waarde van sport verloren, terwijl sport zoveel meer is dan alleen zakelijk, aldus de president van het IOC. Hoezeer ook juist is dat sport een bijzondere positie inneemt, lijkt de president van het IOC te miskennen dat zowel professionele sporters als sportbonden ondernemingen zijn onder het mededingingsrecht. Bonden hebben vanwege de sponsorgelden immers een economisch belang bij deelname van (bekende) sporters aan hun evenementen. Zij zijn daardoor veelal niet langer enkel een organisator die handelt in het belang van de sporters. En in die hoedanigheid zijn zij vergelijkbaar met “gewone” ondernemingen.²⁴ Kortom: de mededingingsregels die gelden voor het ondernemingen zijn evengoed van toepassing op de sportwereld waarbij uiteraard rekening moet worden gehouden met het bijzondere speelveld van de sport. Sportbonden en sponsors moeten er vooral voor waken om sporters en sportclubs niet onnodig in hun commerciële prestaties te beperken. *Fair play* geldt immers niet alleen voor de sporters.

Over de auteurs

Mr. J.M.M. (Martijn) van de Hel

Advocaat bij Maverick Advocaten N.V. en vaste medewerker van dit tijdschrift.

Mr. M. (Marlies) Koppenol

Advocaat bij Maverick Advocaten N.V.

23 Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2015 inzake het jaarverslag over het mededingingsbeleid van de EU, paragraaf 94.

24 Zie wederom HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04P (*Meca-Medina*).