

## Meca-Medina en Majcen (hogere voorziening): Convergentie gepreciseerd, Wouters bevestigd

mr. J.J.M. Sluijs en mr. M.C.A. van Woerkom<sup>1</sup>

**M**et de bekendmaking dat de winnaar van de Tour de France van dit jaar, Floyd Landis, positief was getest op het gebruik van testosteron is het dopinggebruik in de sport wederom een veel besproken onderwerp. Naast de juridische discussie over het feit of atleten met de huidige regelgeving wel in staat worden gesteld hun onschuld te bewijzen, oftewel of er sprake is van mogelijke strijdigheid van de dopingregelgeving met de onschuldpresumptie die volgt uit artikel 6 EVRM,<sup>2</sup> is ook de verenigbaarheid van dopingregelgeving met de gemeenschapsregels ter discussie gesteld. Deze uitspraak in hoger beroep betreft de vraag of bepaalde voorschriften van het Internationaal Olympisch Comité (IOC) die door de internationale zwemfederatie FINA zijn uitgevoerd, en bepaalde praktijken inzake dopingcontrole, verenigbaar zijn met het mededingingsrecht en het vrije verkeer van diensten.<sup>3</sup>

*HvJ EG 18 juli 2006, zaak C 519/04 P, Meca-Medina en Majcen t. Commissie, n.n.g.*

### De feiten

De heren Meca-Medina en Majcen (rekwiranten) zijn beroepssporters die doen aan langeafstandswemmen. Bij een dopingcontrole tijdens een Wereldbekerwedstrijd in 1999 zijn rekwiranten positief getest op nandrolon. De gemeten nandrolonwaardes van respectievelijk 9,7 ng/ml en 3,9 ng/ml overschreden het maximale toegestane niveau van 2 ng/ml.<sup>4</sup> Naar aanleiding van deze schending van de regels van de antidopingcode van de Olympische Beweging besloot het Doping Panel van de FINA rekwiranten voor vier jaar te schorsen. Het Hof van Arbitrage voor de Sport heeft bij arbitrage-uitspraak van 23 mei 2001 de duur van de schorsing van rekwiranten verlaagd tot twee jaar. Uit wetenschappelijk onderzoek bleek namelijk dat bij consumptie van bepaalde voedingsmiddelen het menselijk lichaam zelf nandrolon kan aanmaken en hierdoor de door dopingregelgeving toegelaten grenswaarde van nandrolon in het lichaam kan worden overschreden. Een week later dienden rekwiranten een klacht in bij de Commissie waarbij zij een beroep deden op schending van artikel 81 EG en/of artikel 82 EG. Zij betwistten de verenigbaar-

heid van bepaalde voorschriften van het IOC, die door de FINA zijn uitgevoerd, en bepaalde praktijken inzake dopingcontrole met de gemeenschapsregels betreffende de mededinging én het vrij verrichten van diensten.

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. 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. Wat betreft 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 Wouters<sup>5</sup> tot de conclusie 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 rekwiranten (pt. 29-32 van het bestreden 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.

<sup>1</sup> Met dank aan A.J. Vossestein voor zijn inbreng in dit stuk.

<sup>2</sup> Over deze discussie, J. Soek, *The strict liability principle and the human rights of athletes in doping cases*, diss. EUR 2006.

<sup>3</sup> Over het beroep bij het Gerecht, zie J.J.M. Sluijs, 'Meca-Medina en Majcen t. Commissie', *NTER* 2004, p. 326 e.v.

<sup>4</sup> Ng/ml = aantal nanogram per milliliter urine.

<sup>5</sup> Zaak C-309/99, *Wouters e.a.*, Jur. 2002, p. I-1577.

## Beoordeling door het Gerecht

Bij het bestreden arrest van 30 september 2004 heeft het Gerecht het beroep van rekwiranten verworpen. Daartoe overweegt het Gerecht het volgende.

De verbodsbepalingen van de artikelen 39 en 49 EG zijn van toepassing op de op het gebied van de sport vastgestelde regels betreffende het economische aspect van de sportieve activiteit. De verbodsbepalingen hebben daarentegen geen betrekking op zuiver sportieve regels, oftewel regelgeving betreffende vraagstukken die alleen verband houden met de sport en als dusdanig buiten de economische activiteit staan.<sup>6</sup>

Zuiver sportieve regelgeving staat buiten de economische activiteit. Dit betekent dat deze regelgeving niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 39 en 49 EG valt, én dat zij buiten de economische mededingingsverhoudingen staat, waardoor zij evenmin binnen de werkingssfeer van de artikelen 81 en 82 EG valt.<sup>7</sup>

Het dopingverbod berust op zuiver sportieve overwegingen en staat dus los van elke economische overweging, zodat de regels inzake dopingbestrijding niet binnen de werkingssfeer van de Verdragsbepalingen betreffende de economische vrijheden, met name de artikelen 49, 81 en 82 EG, vallen.<sup>8</sup>

Het Gerecht stelt vast dat de litigieuze antidopingregelgeving, waarvan het nagestreefde doel niet discriminerend is, nauw met sport verbonden is. Het feit dat het IOC bij de vaststelling van deze regelgeving wellicht het uiteindelijke doel had om het economisch potentieel van de Olympische Spelen te vrijwaren, heeft niet tot gevolg dat deze regelgeving haar zuiver sportieve aard verliest.<sup>9</sup>

Het Gerecht stelt voorts dat de conclusie van de Commissie in de bestreden beschikking dat de litigieuze antidopingregelgeving niet onder de werkingssfeer van de artikelen 81 en 82 EG viel wegens haar zuiver sportieve aard, in geen geval kan worden ontkracht door de verwijzing, in die beschikking, naar de beoordelingsmethode in het arrest Wouters.<sup>10</sup>

Het Gerecht heeft het derde middel afgewezen door te oordeelen dat de litigieuze antidopingregelgeving wegens haar zuiver sportieve aard niet binnen de werkingssfeer van artikel 49 EG viel.<sup>11</sup>

## De hogere voorziening

Rekwiranten hebben vervolgens bij het Hof hoger beroep ingesteld tot nietigverklaring van de uitspraak van het Gerecht.

Rekwiranten voeren hierbij vier middelen aan. Met het eerste middel stellen zij dat de uitspraak van het Gerecht op een onjuiste rechtsopvatting berust omdat het Gerecht oordeelde dat de litigieuze antidopingregelgeving niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 49, 81 en 82 EG viel. Het Hof constateert, zoals hieronder zal blijken, dat het Gerecht inderdaad blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De andere middelen blijven in deze bijdrage daarom onbesproken.

Volgens rekwiranten heeft het Hof zuiver sportieve regelgevingen nooit algemeen van de werkingssfeer van de Verdragsbepalingen uitgesloten. Uit de rechtspraak van het Hof, waarin het vaststelt dat de opstelling van nationale ploegen alleen verband houdt met de sport en als zodanig buiten de economische activiteit staat, kon het Gerecht niet afleiden dat elke regel die alleen verband houdt met de sport, als zodanig buiten de economische activiteit staat en bijgevolg niet onder de in de artikelen 39, 49, 81 en 82 EG neergelegde verboden valt.

Rekwiranten stellen verder dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat regelgeving die alleen verband houdt met sport, noodzakelijkerwijze nauw verbonden is met de organisatie en het goede verloop van de competitie, terwijl deze regelgeving volgens de rechtspraak van het Hof ook verband moet houden met de aard en het specifieke kader van sportwedstrijden.

Volgens de Commissie heeft het Gerecht de desbetreffende rechtspraak van het Hof nauwgezet toegepast. Het gaat om een uitzondering met algemene draagwijdte voor zuiver sportieve regels, die derhalve niet enkel geldt voor de samenstelling en de opstelling van nationale ploegen. Verder acht de Commissie het uitgesloten dat een regel die alleen de sport betreft en die verband houdt met het specifieke karakter van wedstrijden, niet nauw verbonden zou zijn met het goede verloop van de wedstrijden.

## Beoordeling door het Hof

### Convergentie tussen het vrijverkeer en mededinging

Met verwijzingen naar diverse sportuitspraken<sup>12</sup> brengt het Hof op de eerste plaats in herinnering 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 vormt (pt. 22).

Daarom valt een sportieve activiteit, wanneer zij het karakter van arbeid in loondienst of van een bezoldigde dienstverrichting heeft, wat het geval is bij beroeps- of semi-beroepssporters, meer in het bijzonder binnen de werkingssfeer van de artikelen 39 EG e.v. of van de artikelen 49 EG e.v. (pt. 23).

Deze gemeenschapsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten gelden niet alleen voor het optreden van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en van het verrichten van diensten (pt. 24).

Het Hof heeft echter geoordeeld dat de in deze Verdragsbepalingen neergelegde verboden niet gelden voor de regels betreffende vraagstukken die alleen verband houden met de sport en als zodanig buiten de economische activiteit staan (pt. 25).

Met betrekking tot de moeilijkheid om de economische aspecten van een sportieve activiteit te scheiden van de sportieve aspecten, heeft het Hof erkend, dat de gemeenschapsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten zich niet verzetten tegen regelgevingen of praktijken die worden gerechtvaardigd door niet-economische overwegingen die verband houden met het specifieke karakter en kader van bepaalde wedstrijden. Het heeft er evenwel op gewezen, dat deze inperking van de werkingssfeer van de betrokken bepalingen beperkt moet blijven tot haar eigenlijke doel. Zij kan derhalve niet worden aangewend om

<sup>6</sup> Zie pt. 40 en 41 van het bestreden arrest.

<sup>7</sup> Zie pt. 42 van het bestreden arrest.

<sup>8</sup> Zie pt. 44 en 47 van het bestreden arrest.

<sup>9</sup> Zie pt. 49 en 57 van het bestreden arrest.

<sup>10</sup> Zie pt. 66 van het bestreden arrest.

<sup>11</sup> Zie pt. 68 van het bestreden arrest.

<sup>12</sup> Zaak 36/74, Walrave en Koch, Jur. 1974, p. 1405; zaak 13/76, Donà, Jur. 1976, p. 1333; zaak C-415/93, Bosman, Jur. 1995, p. I-4921; zaak C-51/96 e.a., Deliège, Jur. 2000, p. I-2549 en zaak C-176/96, Lehtonen, Jur. 2000, p. I-2681.

elke sportieve activiteit van de werkingsfeer van het Verdrag uit te sluiten (pt. 26).

Het Hof concludeert hieruit dat de enkele omstandigheid dat een regel zuiver sportief is, niet hoeft te betekenen dat de persoon die de door deze regel beheerste activiteit uitoefent of het orgaan dat deze regel heeft uitgevaardigd, ook buiten de werkingsfeer van het Verdrag valt (pt. 27).

Het Hof overweegt voorts dat indien de betrokken sportieve activiteit binnen de werkingsfeer van het Verdrag valt, de voorwaarden voor de uitoefening ervan zijn onderworpen aan alle uit de verschillende bepalingen van het Verdrag voortvloeiende verplichtingen. Bijgevolg moeten de regels die deze activiteit beheersen voldoen aan de voorwaarden voor de toepassing van deze bepalingen, die onder meer het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting of de mededinging beogen te verzekeren (pt. 28).

Zo zal, wanneer de uitoefening van deze sportieve activiteit moet worden getoetst aan de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers of het vrij verrichten van diensten, moeten worden nagegaan of de regels die deze activiteit beheersen voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van de artikelen 39 en 49 EG, dat wil zeggen geen door deze artikelen verboden beperkingen vormen (pt. 29).

Evenzo zal, wanneer de uitoefening van sportieve activiteit moet worden getoetst aan de Verdragsbepalingen inzake mededinging, moeten worden nagegaan of, gelet op de specifieke voorwaarden voor toepassing van de artikelen 81 en 82 EG, de regels die de sportieve activiteit beheersen uitgaan van een onderneming, of deze laatste de mededinging beperkt of misbruik maakt van haar machtspositie en of deze beperking of dit misbruik de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt (pt. 30).

Stel dat mag worden aangenomen dat de bovengenoemde 'sportieve regels' het vrije verkeer niet beperken – omdat zij vraagstukken betreffen die alleen verband houden met de sport en als zodanig buiten de economische activiteit staan – dan impliceert dat volgens het Hof niet dat de sportieve activiteit noodzakelijkerwijze buiten de werkingsfeer van de artikelen 81 en 82 EG valt. Evenmin betekent dit enkele feit dat die 'sportieve regels' de specifieke voorwaarden voor toepassing van de artikelen 81 en 82 EG niet vervullen (pt. 31).

Nu het Gerecht in punt 42 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de litigieuze regelgeving meteen al van de werkingsfeer van de artikelen 81 en 82 EG kon worden uitgesloten op de enkele grond dat zij werd beschouwd als zuiver sportief voor de toepassing van de artikelen 39 en 49 EG, zonder dat het Gerecht daarbij is nagegaan of de litigieuze regelgeving voldeed aan de specifieke voorwaarden voor toepassing van de artikelen 81 en 82 EG, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Het Hof verklaart het eerste middel van rekwiranten dan ook gegrond en vernietigt het bestreden arrest.

### Oordeel ten gronde

Het Hof moet, nu de zaak in staat van wijzen is, ten gronde uitspraak doen over de vorderingen van rekwiranten strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking van de Commissie.

Het Hof brengt opnieuw de drie middelen van rekwiranten in herinnering. Rekwiranten verwijten de Commissie dat zij zich op het standpunt heeft gesteld dat

- 1 het IOC geen onderneming is,
- 2 de litigieuze antidopingregelgeving geen beperking van de mededinging is, en
- 3 hun klacht geen feiten bevat die de conclusie wettigen dat artikel 49 EG geschonden zou zijn.

### Eerste middel

Volgens het Hof staat vast dat de Commissie in haar beschikking ervan uit is gegaan dat het IOC moest worden beschouwd als een onderneming en, binnen de Olympische beweging, als een vereniging van nationale en internationale ondernemingsverenigingen. Het eerste middel kan om die reden dan ook niet slagen.

### Tweede middel

Rekwiranten stellen dat de Commissie ter rechtvaardiging van de beperkende gevolgen van de litigieuze antidopingregelgeving op de handelingsvrijheid van rekwiranten, de criteria uit het arrest Wouters onjuist heeft toegepast. Volgens hen is de litigieuze antidopingregelgeving namelijk, anders dan de Commissie heeft geoordeeld, niet onlosmakelijk verbonden met de doelstellingen om de integriteit van de competitie en de gezondheid van de sporters te behouden, maar dient zij de economische belangen van het IOC veilig te stellen. Voorts zou deze regelgeving, aangezien zij een maximumwaarde van 2 ng/ml urine stelt zonder dat deze aan enig wetenschappelijk veilig criterium voldoet, buitensporig zijn en gaat zij verder dan noodzakelijk is om doping doeltreffend te bestrijden.

Met verwijzing naar het arrest DLG<sup>13</sup> merkt het Hof op dat de verenigbaarheid van een regeling met de communautaire mededingingsregels niet in abstracto kan worden beoordeeld. Niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging waardoor de handelingsvrijheid van de partijen of van een van hen wordt beperkt, valt noodzakelijkerwijs onder het verbod van artikel 81, lid 1 EG. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet volgens het Hof in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan. Vervolgens moet worden onderzocht, of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden (zie arrest Wouters, pt. 97) en of zij evenredig zijn aan deze doeleinden (pt. 42).

Het Hof oordeelt dat de Commissie ten aanzien van de algehele context waarin de litigieuze regelgeving tot stand is gekomen, terecht heeft overwogen dat de algemene doelstelling van deze regelgeving – zoals door geen van de partijen wordt betwist – bestaat in de dopingbestrijding met het oog op een eerlijk verloop van de sportcompetitie, en dat daartoe ook de gelijke kansen van de sporters, hun gezondheid, de integriteit en de objectiviteit van de competitie alsook de ethische waarden in de sport moeten worden gewaarborgd (pt. 43).

Vervolgens oordeelt het Hof dat sancties noodzakelijk zijn om te verzekeren dat het dopingverbod wordt nageleefd, en dat de invloed

<sup>13</sup> Zaak C-250/92, Jur. 1994, p. I-5641, pt. 31.

die deze hebben op de handelingsvrijheid van de sporters in beginsel inherent is aan de antidopingregels.<sup>14</sup>

Het Hof overweegt hierna in pt. 45 dat al zou de litigieuze antidopingregelgeving moeten worden beschouwd als een besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid van rekwiranten beperkt, dit besluit desondanks niet een beperking van de mededinging is in de zin van artikel 81 EG, omdat zij haar rechtvaardiging vindt in een legitiem doel. Een dergelijke beperking is volgens het Hof namelijk onlosmakelijk verbonden met de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie en beoogt juist een gezonde wedijver tussen de sporters te verzekeren.

Ofschoon rekwiranten deze doelstelling niet bestrijden, betogen zij niettemin dat de litigieuze antidopingregelgeving eveneens ertoe strekt, de economische belangen van het IOC te vrijwaren en dat, om deze doelstelling veilig te stellen, buitensporige regels, zoals in casu, zijn vastgesteld. Deze regels kunnen volgens hen derhalve niet worden beschouwd als aan het goede verloop van de sportcompetitie inherente regels die buiten de verbodsbepalingen van artikel 81 EG vallen.

Toegegeven moet worden, zo overweegt het Hof in pt. 47, dat het repressieve karakter van de litigieuze antidopingregelgeving en de zwaarte van de in geval van overtreding van deze regelgeving toepasselijke sancties, de mededinging ongunstig kunnen beïnvloeden aangezien zij, wanneer de sancties uiteindelijk ongegrond zouden blijken, ertoe zouden kunnen leiden dat de sporter ten onrechte van competities wordt uitgesloten, waardoor de voorwaarden voor de uitoefening van de betrokken activiteit zouden worden vervalst. De door de antidopingregelgeving opgelegde beperkingen vallen derhalve slechts buiten het verbod van artikel 81, lid 1 EG indien zij niet verder gaan dan noodzakelijk is om het goede verloop van de sportcompetitie te verzekeren (zie ook in die zin arrest DLG, punt 35).

Naar het oordeel van het Hof zou een antidopingregelgeving buitensporig kunnen zijn, in de eerste plaats met betrekking tot de voorwaarden om de scheidingslijn te trekken tussen situaties die onder strafbaar dopinggebruik vallen en situaties die daar niet onder vallen, en in de tweede plaats wat de strengheid van de sancties betreft (pt. 48).

In de litigieuze antidopingregelgeving wordt deze scheidingslijn bepaald door de grenswaarde van 2 ng/ml urine, vanaf welke de aanwezigheid van nandrolon als doping wordt beschouwd. Rekwiranten betwisten deze regel met de stelling dat deze grenswaarde is vastgesteld op een buitensporig laag niveau, dat op geen wetenschappelijk veilig criterium berust.

Het Hof meent dat rekwiranten echter niet aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de regel op zichzelf als gerechtvaardigd te beschouwen. Dit omdat vaststaat dat nandrolon een anabolicum is waarvan de aanwezigheid in het lichaam van sporters hun prestaties kan verbeteren en het eerlijke verloop van de competities waaraan de betrokken sporters deelnemen, kan vervalsen. Gezien de doelstelling van de antidopingregelgeving is het principiële verbod dat op deze stof rust, bijgevolg gerechtvaardigd (pt. 51 en 52).

Het Hof overweegt voorts dat eveneens vaststaat dat nandrolon ook op endogene wijze kan worden aangemaakt en dat, teneinde rekening te houden met dit verschijnsel, de sportieve instanties, in het bijzonder het IOC in het kader van de litigieuze antidopingregelgeving, hebben erkend dat van doping pas sprake is wanneer de aanwezigheid van de genoemde stof een bepaalde grenswaarde overschrijdt. Gelet op de stand van de wetenschap op het tijdstip

van de vaststelling van de litigieuze antidopingregelgeving, of zelfs op het tijdstip waarop deze, in 1999, werd toegepast ter bestraffing van rekwiranten, zou dus slechts moeten worden geoordeeld dat die regelgeving niet wordt gerechtvaardigd door haar doel, indien de grenswaarde op een zodanig laag niveau is vastgelegd dat zij moet worden geacht met dit verschijnsel onvoldoende rekening te houden (pt. 52).

Uit de stukken blijkt volgens het Hof dat op het relevante tijdstip de in alle toen bekendgemaakte studies vastgestelde endogene aanmaak twintig keer lager lag dan 2 ng/ml urine en dat de vastgestelde maximumwaarde van de endogene aanmaak bijna een derde lager lag. Hoewel rekwiranten stellen dat het IOC reeds in 1993 niet onwetend kon zijn van het door een deskundige gesignaleerde risico dat de loutere consumptie van een kleine hoeveelheid vlees van een ongecastreerd varken ertoe kon leiden dat volledig onschuldige sporters de grenswaarde overschreden, is het volgens het Hof in elk geval niet komen vast te staan dat dit risico op het relevante tijdstip de heersende mening was in de wetenschap (pt. 53).

Nu rekwiranten niet preciseren op welk niveau de betrokken grenswaarde op het relevante tijdstip had moeten worden vastgesteld, kan naar het oordeel van het Hof derhalve niet worden geconcludeerd dat de beperkingen die door deze grenswaarde aan beroepssporters worden opgelegd verder gaan dan noodzakelijk is om het verloop en het goed functioneren van sportcompetities te verzekeren (pt. 54).

### Derde middel

Rekwiranten betogen dat de bestreden beschikking op een onjuiste rechtsopvatting berust omdat de Commissie hun argument dat de regels van het IOC de bepalingen van artikel 49 EG schenden, afwijst.

Het Hof merkt hierover kort gezegd op dat het aanhangig gemaakte beroep betrekking heeft op de rechtmatigheid van een Commissiebeschikking in een klachtenprocedure ex Verordening 17. Bijgevolg moet het rechterlijk toezicht op deze beschikking noodzakelijkerwijze beperkt blijven tot de mededingingsregels zoals neergelegd in de artikelen 81 en 82 EG, en mag het zich derhalve niet uitstrekken tot de eerbiediging van de overige Verdragsbepalingen (zie in die zin beschikking van het Hof van 23 februari 2006, zaak C-171/05 P, Piau, punt 58).

Het Hof oordeelt dan ook dat ongeacht de motivering waarmee de Commissie het door rekwiranten aangevoerde argument inzake artikel 49 EG heeft afgewezen, het aangevoerde middel niet kan slagen en het bijgevolg moet worden afgewezen.

### Commentaar

#### Convergentie

Het Hof preciseert de convergentie tussen de vrijeverkeersbepalingen en de mededingingsregels. Anders dan het Gerecht wijst het Hof uitdrukkelijk op de materiële en personele werkingssfeer van de Verdragsbepalingen.

<sup>14</sup> Zelfs met deze uitsluitingsmaatregelen blijven sporters op dopinggebied op grote schaal de grenzen van het toelaatbare opzoeken en overschrijden (bijv. de positieve dopingtest van wereldkampioen sprint op de 100 meter, Justin Gatlin en het bloeddingschandaal in de Tour de France van 2006).

De materiële werkingssfeer van de vrijeverkeers- en mededingingsbepalingen strekt zich uit tot in beginsel alle economische activiteiten/sectoren, tenzij het Verdrag uitdrukkelijk in een uitzondering heeft voorzien. Zo is voor de toepassing van het mededingingsrecht bijvoorbeeld een uitzondering gemaakt voor de handel in landbouwproducten en militair materieel (respectievelijk artikel 36 en 296 EG). En heeft het Hof bepaald dat het sluiten van overeenkomsten tussen sociale partners, in het kader van hun collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg, die verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden voorstaan, vanwege hun 'aard en doel' buiten de werkingssfeer vallen van artikel 81, lid 1 EG.<sup>15</sup>

Onder de personele werkingssfeer kan worden verstaan de geadresseerde van de vrijeverkeers- en mededingingsbepalingen,<sup>16</sup> en ook degene die door deze Verdragsbepalingen worden beschermd.

Beide werkingssferen blijken van belang om te kunnen vaststellen of de litigieuze regelgeving al dan niet kan worden getoetst aan de artikelen 81 en 82 EG. Het Hof neemt als vertrekpunt van zijn argumentatie artikel 2 van het EG-Verdrag; sportbeoefening valt slechts onder het gemeenschapsrecht in zoverre zij een economische activiteit in de zin van artikel 2 EG vormt (pt. 22). Het Hof overweegt voorts (het omgekeerde dat natuurlijk ook waar is, namelijk) dat de in de Verdragsbepalingen neergelegde verboden niet gelden voor de regels betreffende vraagstukken die alleen verband houden met de sport en als zodanig buiten de economische activiteit staan (pt. 25). Maar ja, wat kwalificeer je als economisch en wat als niet-economisch aspect van een sportieve activiteit? In punt 26 van de uitspraak stelt het Hof hierover dat de gemeenschapsbepalingen zich niet verzetten tegen regelgeving of praktijken die worden gerechtvaardigd door niet-economische overwegingen die verband houden met het specifieke karakter en kader van bepaalde wedstrijden. Deze inper-

king van de werkingssfeer moet evenwel beperkt blijven tot haar eigenlijke doel; zij kan niet worden aangewend om elke sportieve activiteit van de werkingssfeer van het Verdrag uit te sluiten.

Het Hof verbindt aan zijn argumentatie de conclusie 'dat de enkele omstandigheid dat een regel zuiver sportief is, de persoon die de door deze regel beheerste activiteit uitoefent of het orgaan dat deze regel heeft uitgevaardigd, nog niet buiten de werkingssfeer van het Verdrag brengt (pt. 27)'. Het Hof wijst hier op de materiële en personele werkingssfeer van het Verdrag.

In de overwegingen daarna (pt. 28 t/m 30 van het arrest) wordt de betekenis hiervan duidelijk(er). Wanneer de sporter namelijk een economische activiteit verricht, moet worden nagegaan of de regels die de desbetreffende sportactiviteit beheersen, uitgaan van een onderneming [of een ondernemingsvereniging, *auteurs*] en de mededinging beperken. Het 'personele' aanknopingspunt is derhalve de sporter, die kan/zou moeten worden beschermd tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de regels die zijn activiteit beheersen.<sup>17</sup>

Uit deze overwegingen leiden wij af dat het Hof meent dat de litigieuze antidopingregelgeving verder gaat/kan gaan dan haar eigenlijke doel, nu zij het gedrag van marktdeelnemers (profsporters) beheerst/kan beheersen.<sup>18</sup> De beoordeling van de antidopingregelgeving kan daarom – via de personele werkingssfeer van de Verdragsbepalingen – aan een mededingingsrechtelijk oordeel worden onderworpen.

Nu het Gerecht de bovenbeschreven stappen niet heeft gezet, c.q. de antidopingregelgeving niet heeft beoordeeld in het licht van de personele werkingssfeer van de mededingingsbepalingen, vernietigt het Hof de bestreden uitspraak.

Hoewel het Hof zich niet expliciet uitspreekt over de vraag in hoeverre deze casus onder de personele werkingssfeer van het mededingingsrecht valt, ziet het Hof, na bovengenoemde conclusie, zich gesteld voor de vraag of de beschikking van de Commissie al dan niet een juist rechtsoordeel omvat. Aangezien de Commissie ervan uitging dat het IOC moest worden beschouwd als onderneming en, binnen de Olympische beweging, als een vereniging van nationale en internationale ondernemingsverenigingen, lijkt de toepassing van het mededingingsrecht voor het Hof een gegeven. Geen van de betrokken partijen bestrijden dit gegeven ook.

Het Hof toetst vervolgens de litigieuze antidopingregelgeving aan het kartelverbod. En wel aan het eerste lid van artikel 81 EG, waarmee het Hof – anders dan het Gerecht in het arrest Piau – de toepassing van de Wouters-route vooreerst bevestigt.<sup>19</sup>

### Wouters bevestigt en kwesties over proportionaliteit

Uit de overwegingen 'ten gronde' menen wij af te leiden dat het Hof de litigieuze antidopingregelgeving kwalificeert als een besluit van een ondernemingsvereniging.

Het uitgangspunt van de materiële beoordeling is punt 42 van het arrest. Daarin wordt het belang onderstreept van het schetsen van de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemingsvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder de doelstellingen daarvan. Vervolgens moet worden onderzocht of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan de nagestreefde doeleinden en of zij evenredig zijn aan deze doeleinden.

Het Hof is van oordeel dat het doel van de antidopingregelgeving (binnen de algehele context) legitiem is. In punt 43 van het arrest oordeelt het Hof dat de Commissie terecht heeft overwo-

<sup>15</sup> Zaak C-115/97 e.a., Brentjens, Jur. 1999, p. I-6025, pt. 54-57. Voor de goede orde, het Hof concludeerde in dit arrest niet dat het sluiten van bedoelde CAO's een niet-economische activiteit was, op grond waarvan dergelijke overeenkomsten buiten de toepassing van het kartelverbod zouden vallen. Het tegendeel was eerder waar; het Hof erkende dat van collectieve overeenkomsten tussen sociale partners een zekere mededingingsbeperkende werking kan uitgaan (pt. 56).

<sup>16</sup> Resp. in beginsel lidstaten en ondernemingen/ondernemingsverenigingen.

<sup>17</sup> In het oordeel ten gronde wordt pas duidelijk hoe het Hof een eventuele mededingingsbeperking ziet. Wanneer de vaststelling van de overtreding namelijk ongegrond zou blijken, kan dit ertoe leiden dat de sporter ten onrechte van competities wordt uitgesloten, waardoor de voorwaarden voor de uitoefening van de betrokken activiteit zouden worden vervalst (pt. 47).

<sup>18</sup> Dit geldt ons inziens bijvoorbeeld voor de strafmaat. Het langdurig uitsluiten van een profsporter van deelname aan wedstrijden kan verder gaan dan het 'eigenlijke doel' van de sportieve regeling; het raakt evident de economische activiteiten van de sporter (zie ook J.J.M. Sluijs, a.w., *NTER* 2004, p. 330).

<sup>19</sup> A.P.L. Vermeersch, 'Piau t. Commissie: Sportieve competitie eindigt op 0-1', *NTER* 2005, p. 101 e.v. Zie J.W. van de Gronden, *SEW* 2006, 5 (Zaak T-193/02 Piau t. Commissie) voor een kritisch commentaar bij de aangenomen convergentie tussen het mededingingsrecht en het vrije verkeersrecht in dit arrest. De hogere voorziening is bij beschikking van het Hof van 23 februari 2006 ten dele kennelijk niet-ontvankelijk en ten dele kennelijk ongegrond verklaard (zaak C-171/05 P, Pb. 2006, C 154/3).

gen dat de antidopingregelgeving het doel heeft dopinggebruik te bestrijden met het oog op een eerlijk competitieverloop, om de integriteit en objectiviteit en de ethische waarden in sport te bewaken en om de gezondheid van atleten te waarborgen. In de niet-economische belangensfeer heeft het Hof nu naast deontologische regels ook bepaalde sportieve regels als legitiem doel geaccepteerd die de mededinging inherent beperken. De vraag rijst wat het volgende legitieme doel is in deze sfeer. Bijvoorbeeld kwaliteitsbevordering in de zorgsector, zoals de NMa die ziet?<sup>20</sup>

Het opleggen van sancties en een kenbaar sanctiebeleid kunnen noodzakelijk zijn om te verzekeren dat het legitieme doel van de antidopingregelgeving wordt nageleefd. Dat dit invloed kan hebben op de (economische) handelingsvrijheid van de sporter, kan als vanzelfsprekend worden geacht, en is in mededingingsrechtelijke termen daarom te kwalificeren als een inherente beperking (pt. 44).

Behalve dat het Hof accepteert dat bij de handhaving van de antidopingregelgeving de mogelijkheid van het opleggen van sancties noodzakelijk is om overtredingen van de regelgeving te voorkomen, accepteert het Hof tevens dat – op basis van overschrijding van een wetenschappelijk vastgestelde maximaal toegestane grenswaarde nandrolon in het lichaam – wordt vastgesteld dat de antidopingregelgeving is overtreden.

#### Vaststelling van de overtreding

De redenering van het Hof ten aanzien van dit laatste punt (pt. 54) is in wezen dat, aangezien rekwiranten niet hebben aangegeven waar de vastgestelde grenswaarde voor nandrolon op het relevante tijdstip redelijkerwijs wel had moeten liggen, niet kan worden geconcludeerd dat de onderhavige grenswaarde onevenredig is. Het Hof zou ons inziens moeten vaststellen dat er met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat een atleet daadwerkelijk doping heeft gebruikt. Het Hof doet dit impliciet ook met de opmerking dat de op basis van de *toenmalig* heersende wetenschappelijke opinie het risico van een overschrijding van de maximaal toegestane grenswaarde van nandrolon door het eten van vlees van een ongecastreerd varken niet aanwezig werd geacht. Het is de vraag hoe valide deze redenering is, aangezien in een later stadium op basis van de mogelijke beïnvloeding van het nandrolongehalte door het consumeren van ‘bepaalde voedingsmiddelen’ de straf neerwaarts werd bijgesteld. Het is echter wel te begrijpen dat het Hof kiest voor een redenering zoals hierboven. Op basis van gezond verstand kan, rekening houdend met de beperkingen van de wetenschap, dit dilemma ons inziens ook niet anders worden opgelost. De vraag blijft natuurlijk of de bij beide atleten gemeten (hoge) nandrolonwaardes bereikt hadden kunnen worden zonder daadwerkelijk nandrolon te gebruiken. Hoeveel en wat hebben de heren eigenlijk gegeten?

#### De strafmaat

Blijft over de vraag of de gehanteerde strafmaat bij dopinggebruik verder gaat dan noodzakelijk.

Het Hof brengt in punt 48 naar voren dat regelgeving buitensporig kan zijn op basis van de strengheid van de sancties bij een overtreding van deze regelgeving.

Bij het vaststellen van overtredingen van de antidopingregelgeving wordt volgens het Hof een dermate hoge grenswaarde gebruikt dat afwijkingen die zouden kunnen optreden zonder dat er sprake is van dopinggebruik in principe niet boven de vastgestelde grenswaarde kunnen uitkomen (pt. 53). Vergelijk dit bijvoorbeeld met het vaststellen van snelheidsovertredingen, waar een neerwaartse correctie

op de gemeten snelheid plaatsvindt om zeker te zijn van het feit dat er daadwerkelijk te hard is gereden. Hoewel er sprake is van een ander rechtssysteem veroorloven wij ons voor de beeldvorming met deze vergelijking door te gaan. In beide gevallen wordt een correctiemethode gebruikt om zeker te zijn van een overtreding van de geldende regels. Bij het (in het onderhavige geval) eenmalig overtreden van de antidopingregelgeving is het gevolg dat de atleet vier jaar kan worden geschorst. In Nederland volgt bij een kleine snelheidsovertreding veelal een boete. Bij grove snelheidsovertredingen kan ontzegging van de rijbevoegdheid volgen (‘schorsing’). De Nederlandse wetgever meent kennelijk dat de verkeersregels – indachtig onder andere het doel van verkeersveiligheid – in een dergelijk geval op een wijze worden overtreden dat een rijverbod een passende sanctie is. Dit zou in gevallen van personen die ter uitoefening van hun beroep moeten rijden tot uitsluiting van beroepsuitoefening kunnen leiden. Het blijkt echter dat de Nederlandse rechter, naast het feit dat een eerste overtreding niet altijd tot een ontzegging van rijbevoegdheid behoeft te leiden, rekening houdt met de omstandigheid dat overtreders het rijbewijs mogelijk nodig hebben om hun beroep uit te oefenen. Is het schorsen van atleten voor vier jaar bij een eerste overtreding van de antidopingregelgeving dan niet buitensporig te noemen?

Het Hof oordeelt dat de onevenredigheid van de antidopingregelgeving niet is komen vast te staan omdat rekwiranten niet hebben aangevoerd dat de hier van toepassing zijnde sancties buitensporig zijn (pt. 55). Met deze redenering ontsnapt het Hof aan het geven van een indicatie of er (in casu) bij de handhaving van antidopingregelgeving op proportionele wijze (is) wordt gestraft. Dat het Hof in eerste instantie aangeeft dat de strengheid van bestraffen meespeelt bij het beoordelen van de proportionaliteit van regelgeving, maar er vervolgens geen oordeel over velt is jammer.

Het blijft voorlopig dus de vraag of de straf alleen het doel van de regelgeving (het tegengaan van dopinggebruik) mag bereiken, of dat de straf strenger mag zijn omdat het bestraffen van dopinggebruik ook een punitief element in zich moet/mag hebben. In dat laatste geval komt de eerdergenoemde discussie over de onschuldpresumptie alweer om de hoek kijken.

<sup>20</sup> Zie Richtsnoeren voor de zorgsector, *Stcrt.* 2002, 206, p. 18, rnr. 114 en J.W. van de Gronden die deze zienswijze van de NMa kwalificeerde als Wouters avant la lettre (‘Richtsnoeren voor de zorgsector: codificatie van de NMa-beleidspraktijk’, *M&M* 2003, p. 47).