CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. RANTOS
van 15 december 2022 [1]

Zaak C-124/21 P

International Skating Union
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Mededinging – Reglement dat is vastgesteld door een internationale sportfederatie die zowel regelingsbevoegdheid heeft als een economische activiteit verricht – Regels inzake toestemming voor het houden van wedstrijden, inzake deelname van atleten daaraan en inzake arbitrale geschillenbeslechting – Artikel 101, lid 1, VWEU – Mededingingsbeperking naar strekking – Rechtvaardiging”

I. Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt de International Skating Union (Internationale Schaatsunie; hierna: „ISU” of „rekwirante”) om gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 16 december 2020, International Skating Union/Commissie (T-93/18, EU:T:2020:610; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van besluit C(2017) 8230 final van de Commissie van 8 december 2017 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak AT/40208 – Toelatingsregels van de internationale schaatsunie) (hierna: „litigieuze besluit”) ten dele heeft verworpen.

2. Parallel daaraan hebben de twee atleten die de klacht hadden ingediend op grond waarvan de Commissie de procedure tegen de ISU heeft ingeleid, namelijk Tuitert en Kerstholt, alsook de European Elite Athletes Association (Europese vereniging van topsporters), interveniënten in eerste aanleg (hierna: „interveniënten” en „rekwiranten in de incidentele hogere voorziening”), een incidentele hogere voorziening ingesteld die eveneens strekt tot gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest.

3. Net als zaak C-333/21, European Super League, waarin ik mijn conclusie op dezelfde dag neem als hier, draait de onderhavige zaak in de kern om de banden en de verhouding tussen mededingingsrecht en sport en werpt zij vragen op die, afgezien van het feit dat sommige ervan juridisch nooit eerder aan de orde zijn geweest, voor sportfederaties tevens van groot belang zijn vanuit „existentieel” oogpunt.

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

II. Voorgeschiedenis van het geding

4. De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 37 van het bestreden arrest en kan ten behoeve van deze conclusie als volgt worden samengevat.

A. Feitelijke achtergrond

5. De ISU is de enige door het Internationaal Olympisch Comité (IOC) erkende internationale sportfederatie op het gebied van kunstrijden en hardrijden op de schaats. Haar leden zijn nationale schaatsbonden waarbij clubs en schaatsers zijn aangesloten.

6. De ISU vervult een dubbele rol, aangezien zij zich enerzijds toelegt op de reglementering, de organisatie, het beheer en de promotie van kunstrijden en hardrijden op de schaats op internationaal niveau, en anderzijds een economische activiteit verricht door het organiseren van internationale wedstrijden hardrijden op de schaats en kunstrijden.

7. In het kader van haar „regelgevende" functies heeft de ISU een geheel van reglementen, codes en mededelingen uitgevaardigd, waaronder de navolgende regels. De algemene reglementen van de ISU bevatten regels die worden aangeduid als „toelatingsregels" en waarin de voorwaarden zijn vastgesteld waaronder schaatsers mogen deelnemen aan schaatswedstrijden. Die toelatingsregels bepalen dat dergelijke wedstrijden om te beginnen moeten zijn toegestaan door de ISU of haar leden, en voorts de door deze federatie ingestelde regels moeten naleven.

8. De in 2014 vastgestelde versie van die toelatingsregels bepaalde met name in regel 102, lid 2, onder c), regel 102, lid 7, en regel 103, lid 2, ervan dat atleten die aan een niet door de ISU of een van haar leden toegestane wedstrijd deelnamen, voor het leven konden worden geschorst van alle door genoemde federatie georganiseerde wedstrijden.

9. Voorts bepaalde regel 102, lid 1, onder a), i), van diezelfde toelatingsregels dat eenieder die wilde „deelnemen aan de activiteiten en wedstrijden die onder de bevoegdheid van de ISU [vielen], de beginselen en beleidsregels [diende] na te leven die in de statuten van de ISU [waren] neergelegd", en bepaalde artikel 102, lid 1, onder a), ii), ervan dat „de toelatingsvoorwaarde […] in het leven [was] geroepen voor de adequate bescherming van de economische en andere belangen van de ISU, die haar financiële inkomsten aanwendt voor het beheer en de ontwikkeling van haar sportdisciplines en ter ondersteuning of ten bate van haar leden en hun schaatsers".

10. De toelatingsregels zijn in de loop van 2016 herzien.

11. Sinds die herziening bepaalt regel 102, lid 7, ervan dat de sancties voor atleten die deelnemen aan een wedstrijd waarvoor de ISU geen toestemming heeft verleend, afhankelijk zijn van de ernst van de inbreuk. Voorts voorziet de sanctieregeling in een waarschuwing voor een eerste inbreuk, in een schorsing van maximaal vijf jaar voor deelname aan een niet-toegestane wedstrijd waarbij sprake is van onzorgvuldigheid van de deelnemer, in een schorsing van maximaal tien jaar voor deelnemers die willens en wetens hebben deelgenomen aan een niet-toegestane wedstrijd en, tot slot, in een levenslange schorsing voor „zeer ernstige" inbreuken.

12. Bovendien verwijst regel 102, lid 1, onder a), ii), van de toelatingsregels thans niet meer naar de adequate bescherming van de economische belangen van de ISU en bepaalt deze in plaats daarvan dat „de toelatingsvoorwaarde […] in het leven [is] geroepen voor de adequate bescherming van de ethische waarden, de statutaire doelstellingen en andere legitieme belangen"

van genoemde federatie „die haar financiële inkomsten aanwendt voor het beheer en de ontwikkeling van de sportdisciplines […] en ter ondersteuning of ten bate van haar leden en hun schaatsers”.

13. Parallel aan die verschillende regels bepaalt artikel 25 van de statuten van de ISU, zoals deze gelden sinds 30 juni 2006, dat eventuele beroepen van atleten tegen hen betreffende besluiten tot niet-toelating enkel aanhangig kunnen worden gemaakt bij het Hof van Arbitrage voor Sport (hierna: „CAS”) te Lausanne (Zwitserland).

14. Op 25 oktober 2015 heeft de ISU mededeling nr. 1974, „Open internationale wedstrijden” (hierna: „mededeling nr. 1974”), bekendgemaakt, waarin de te volgen procedure is vastgelegd voor het verkrijgen van toestemming voor het organiseren van een internationale schaatswedstrijd. Die procedure is zowel van toepassing op de leden van genoemde federatie als op externe organisatoren.

15. Die mededeling bepaalt dat voor al die wedstrijden vooraf door de ISU toestemming moet worden gegeven en dat zij volgens de door haar ingestelde regels moeten worden georganiseerd. Bovendien bevat die mededeling een reeks algemene financiële, technische, sportieve en ethische vereisten waaraan alle organisatoren van schaatswedstrijden moeten voldoen. Volgens die vereisten moet elk verzoek om toestemming met name vergezeld gaan van technische en sportieve informatie (plaats van de wedstrijd, bedrag van de uit te reiken prijzen, businessplan, begroting, televisieverslaggeving enz.), moet elke organisator een verklaring overleggen waarin hij instemt met de gedragscode van de ISU en kan laatstgenoemde voor al die vereisten om aanvullende informatie verzoeken. Zoals blijkt uit artikel 4, onder h), van de sinds 25 januari 2012 geldende gedragscode van de ISU, dient elke organisator zich met name „te onthouden van deelname aan iedere vorm van weddenschap en mag hij geen weddenschappen of kansspelen in welke vorm dan ook ondersteunen die verband houden met wedstrijden of activiteiten die vallen onder de bevoegdheid” van die federatie.

16. Op grond van mededeling nr. 1974 kan de ISU de toewijzing of afwijzing van een verzoek om toestemming dus baseren op de in die mededeling opgenomen vereisten, alsook op de door haar nagestreefde fundamentele doelstellingen, zoals met name omschreven in artikel 3, lid 1, van haar statuten. Indien een verzoek wordt afgewezen, kan de organisator overeenkomstig de procedureregels van de ISU beroep instellen bij het CAS.

17. Tot slot bepaalt voornoemde mededeling dat alle organisatoren van schaatswedstrijden een solidariteitsbijdrage aan de ISU dienen te betalen, waarvan het bedrag per geval wordt bepaald. Deze bijdrage is bestemd voor de promotie en de ontwikkeling van de sportdisciplines waarop die federatie toezicht uitoefent.

B. Administratieve procedure en litigieuze besluit

18. Op 8 december 2017 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld, dat zowel betrekking heeft op de in 2014 vastgestelde regels van de ISU als op de in 2016 herziene regels.

19. In dat besluit heeft de Commissie in de eerste plaats de betrokken markt afgebakend als de internationale markt voor de organisatie en commerciële exploitatie van wedstrijden hardrijden op de schaats. Deze instelling heeft ook opgemerkt dat de ISU de mededinging op die markt

wezenlijk kon beïnvloeden in haar dubbele hoedanigheid van bevoegde entiteit voor het verlenen van toestemming voor internationale wedstrijden in die discipline en van verantwoordelijke entiteit voor de organisatie van de belangrijkste schaatswedstrijden.

20. In de tweede plaats heeft de Commissie geoordeeld dat de ISU kon worden beschouwd als een ondernemingsvereniging en dat de door haar vastgestelde regels een besluit van een ondernemingsvereniging vormden in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU.

21. In de derde plaats heeft deze instelling geconcludeerd dat de door de ISU ingestelde toelatings- en toestemmingsregels een mededingingsbeperkende strekking hadden in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, in wezen omdat uit de analyse van de inhoud, de doelstellingen en de economische en juridische context van die regels was gebleken dat zij konden worden gebruikt om potentiële organisatoren van concurrerende internationale wedstrijden hardrijden op de schaats toegang tot de relevante markt te ontzeggen en dat zij de mogelijkheden voor professionele hardrijders op de schaats beperkten om vrij deel te nemen aan dergelijke wedstrijden, waardoor potentiële organisatoren van concurrerende wedstrijden verstoken bleven van de diensten van atleten die noodzakelijk zijn om die wedstrijden te organiseren.

22. In de vierde plaats heeft de Commissie opgemerkt dat het niet nodig was om te onderzoeken wat de gevolgen van de desbetreffende regels voor de mededinging zijn, om vervolgens de redenen uiteen te zetten waarom die regels volgens haar tevens als een mededingingsbeperking naar gevolg konden worden aangemerkt.

23. In de vijfde plaats heeft zij in wezen geoordeeld dat genoemde regels niet konden worden geacht buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU te vallen op grond dat de daaruit voortvloeiende beperkingen inherent en evenredig waren aan het nastreven van legitieme doelstellingen, zodat zij, gelet op het doel en de mededingingsbeperkende gevolgen ervan, moesten worden aangemerkt als een door deze bepaling verboden beperking.

24. In deze zesde plaats heeft de Commissie geoordeeld dat de door de ISU vastgestelde arbitrageregeling op zich de mededinging niet beperkte, maar dat zij in casu de mededingingsbeperkende gevolgen van de door deze federatie ingestelde toelatings- en toestemmingsregels niettemin versterkte.

25. In de zevende en laatste plaats heeft de Commissie geoordeeld dat voornoemde toelatings- en toestemmingsregels niet voldeden aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU teneinde in aanmerking te komen voor een vrijstelling op grond van die bepaling, dat zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedden, dat zij zowel op het grondgebied van de Unie als op dat van de Europese Economische Ruimte (EER) gevolgen sorteerden en dat de ISU moest worden gelast om de aldus gekwalificeerde inbreuk te beëindigen op straffe van dwangsommen, zonder haar evenwel een boete op te leggen, met name gelet op het ontbreken van een eerder besluit met „precedentwerking” op dit gebied.

26. Het dispositief van het litigieuze besluit bepaalt in artikel 1 dat de ISU „inbreuk [heeft] gemaakt op artikel 101 [VWEU] en op artikel 53 van de [EER-Overeenkomst] door de toelatingsregels voor hardrijden op de schaats, en met name de regels 102 en 103 van de algemene reglementen van 2014 en 2016 […] vast te stellen en toe te passen”. In artikel 2 wordt de ISU bevolen deze inbreuk te beëindigen en zich van herhaling ervan te onthouden, en in artikel 4 is voorzien in de oplegging van dwangsommen in geval van niet-nakoming van deze bevelen.

C. Gerechtelijke procedure en bestreden arrest

27. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 19 februari 2018, heeft de ISU nietigverklaring van het litigieuze besluit gevorderd. Ter ondersteuning van haar conclusies heeft zij acht middelen aangevoerd. Het eerste middel is in wezen ontleend aan niet-nakoming van de motiveringsplicht, het tweede tot en met het vijfde middel aan schending van artikel 101 VWEU voor zover dat artikel werd toegepast op haar toelatings- en toestemmingsregels[2], het zesde middel aan schending van datzelfde artikel voor zover dat werd toegepast op haar arbitrageregeling, en het zevende en het achtste middel aan onrechtmatigheid van de aan haar opgelegde bevelen en dwangsommen.

28. Op 16 december 2020 heeft het Gerecht het bestreden arrest gewezen, waarin het in wezen heeft geoordeeld dat het litigieuze besluit niet onrechtmatig was voor zover het betrekking had op de toelatings- en toestemmingsregels van de ISU, maar dat het onrechtmatig was voor zover het betrekking had op de door deze federatie ingestelde arbitrageregeling.

D. Conclusie van partijen

1. Conclusies in hogere voorziening

29. Met haar hogere voorziening verzoekt de ISU het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarbij het beroep in eerste aanleg ten dele is verworpen;

– het litigieuze besluit nietig te verklaren voor zover dit nog niet bij het bestreden arrest nietig is verklaard, en

– de Commissie en interveniënten te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening.

30. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van de ISU in de kosten.

31. Interveniënten concluderen tot afwijzing van de hogere voorziening.

2. Conclusies in incidentele hogere voorziening

32. Met hun incidentele hogere voorziening verzoeken rekwiranten in de incidentele hogere voorziening het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarbij het litigieuze besluit ten dele nietig is verklaard;

[2] Het tweede middel van de ISU had betrekking op de vaststelling van een mededingingsbeperkende strekking en het derde en het vierde middel hadden betrekking op de beoordeling van de Commissie of de mededingingsbeperking inherent en evenredig was aan het nastreven van legitieme doelstellingen.

– het beroep in eerste aanleg te verwerpen voor zover dit nog niet bij het bestreden arrest is verworpen, en

– de ISU te verwijzen in de kosten die in hogere voorziening zijn gemaakt.

33. De Commissie concludeert tot toewijzing van de incidentele hogere voorziening en tot verwijzing van de ISU in de kosten.

34. De ISU concludeert tot afwijzing van de incidentele hogere voorziening en tot verwijzing van interveniënten in de kosten.

III. Analyse van de hogere voorziening

A. Opmerkingen vooraf

35. Alvorens de hogere voorziening te onderzoeken, lijkt het mij nuttig om nader in te gaan op het analysekader dat moet worden toegepast wanneer door sportfederaties uitgevaardigde regels worden getoetst aan het mededingingsrecht.

1. Toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU op door sportfederaties vastgestelde regels

36. Volgens de rechtspraak van het Hof valt sportbeoefening onder de regels van het VWEU inzake mededinging voor zover zij een economische activiteit vormt.[3] Hieruit volgt dat de regels van sportbestuursorganen, zoals die van de ISU, in beginsel niet buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht van de Unie vallen.[4]

37. Toch valt niet elke door een sportfederatie genomen maatregel die een mededingingsbeperkend effect kan hebben, noodzakelijkerwijs onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet namelijk allereerst rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen die maatregel is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan.[5]

38. Zo kunnen, in het kader van de toepassing van het mededingingsrecht op door sportfederaties vastgestelde regels, de in artikel 165 VWEU opgenomen verwijzingen naar de specifieke kenmerken van sport relevant zijn, met name voor de beoordeling van eventuele rechtvaardigingsgronden voor mededingingsbeperkingen.[6]

39. Wanneer derhalve de uit een litigieus reglement van een sportfederatie voortvloeiende beperkende gevolgen redelijkerwijs noodzakelijk konden worden geacht ter verwezenlijking van een legitiem „sportdoel” en indien genoemde gevolgen niet verder gaan dan noodzakelijk is om het nastreven van dat doel te verzekeren, dan vallen die maatregelen niet binnen de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU.[7]

3 Zie arrest van 25 april 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

4 Zie in die zin arrest van 18 juli 2006, Meca-Medina en Majcen/Commissie (C-519/04 P, EU:C:2006:492, punten 29-34; hierna: „arrest Meca-Medina”).

5 Zie arrest van 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, EU:C:2002:98, punt 97).

6 Zie arrest van 16 maart 2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, punt 40).

7 Zie arrest Meca-Medina (punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsook punt 45).

40. In dit verband zij opgemerkt dat de analyse van nevenrestricties en de vraag of een welbepaald gedrag buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt op grond dat het evenredig is aan het ermee nagestreefde legitieme doel, losstaan van de vraag of dit gedrag tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Zoals duidelijk blijkt uit de rechtspraak van het Hof, zal het Hof pas na in een eerste stap te hebben vastgesteld dat een maatregel de mededinging kan beperken in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU – zonder daarbij altijd uitdrukkelijk vast te stellen dat er sprake is van mededingingsbeperking naar strekking of naar gevolg –, in een tweede stap onderzoeken of de beperkende gevolgen voor de mededinging inherent en evenredig zijn aan de nagestreefde legitieme doelstellingen en zodoende buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU vallen. [8]

41. Vastgesteld moet worden dat het Gerecht in het bestreden arrest, in tegenstelling tot de door de Commissie in het litigieuze besluit gevolgde benadering, het tweede middel van de ISU, betreffende de vaststelling dat de toelatingsregels een mededingingsbeperkende strekking hadden, gezamenlijk heeft onderzocht met het derde en het vierde middel, betreffende de beoordeling door de Commissie of de mededingingsbeperking inherent en evenredig is aan de nagestreefde legitieme doelstellingen. [9]

42. Bovendien houdt de toepassing van het begrip „nevenrestrictie” niet in dat zij een afweging van de positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging impliceert, aangezien die analyse enkel in het specifieke kader van artikel 101, lid 3, VWEU kan worden verricht. [10] Hieruit volgt dat de theorie van de nevenrestricties bijzonder relevant kan zijn in het geval van door sportfederaties uitgevaardigde regels, aangezien de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor de vrijstelling van artikel 101, lid 3, VWEU moeilijker lijken te kunnen worden vervuld dan die welke zijn bedoeld in het arrest Meca-Medina. [11] In dit verband zij eraan herinnerd dat een maatregel moet voldoen aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU om in aanmerking te komen voor een individuele vrijstelling op grond van dat artikel en dat het aan de van een schending van de mededingingsregels beschuldigde partij staat om aan te tonen dat de mededingingsbevorderende gevolgen in de vorm van – voornamelijk met economische voordelen samenhangende – efficiëntieverbeteringen, zoals het creëren van toegevoegde waarde door het verlagen van de productiekosten, het verbeteren van een product of het creëren van een nieuw product, opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging.

43. Wanneer tot slot de beperkende gevolgen verder gaan dan noodzakelijk is om de verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel te waarborgen, moeten de gevolgen ervan voor de mededinging worden beoordeeld volgens de gebruikelijke analyse van artikel 101, lid 1, VWEU, zonder de mogelijkheid uit te sluiten van een eventuele rechtvaardiging op grond van artikel 101, lid 3, VWEU. [12]

8 Zie arresten van 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, EU:C:2002:98, punt 110); 4 september 2014, API e.a. (C-184/13–C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, EU:C:2014:2147, punten 43 en 49), en 23 november 2017, CHEZ Elektro Bulgaria en Frontex International (C-427/16 en C-428/16, EU:C:2017:890, punten 51 en 57).

9 Zie de punten 87-89 van deze conclusie.

10 Zie de overwegingen 29 en 30 van de mededeling van de Commissie over de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB 2004, C 101, blz. 97).

11 Zie punt 40 van deze conclusie.

12 Zie arrest van 28 februari 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (C-1/12, EU:C:2013:127, punten 101-103; hierna: „arrest OTOC”).

2. Verplichtingen die rusten op een sportfederatie die bevoegd is om toestemming te verlenen voor sportevenementen en die een monopolie op de organisatie daarvan bezit

44. Gelet op de rol die traditioneel aan sportfederaties wordt toegekend, zijn laatstgenoemde blootgesteld aan het risico van belangenconflicten doordat zij een regelgevende bevoegdheid bezitten en tegelijkertijd een economische activiteit uitoefenen.

45. Wanneer de uitoefening van die bevoegdheid niet aan beperkingen, verplichtingen of controle wordt onderworpen, kan de sportfederatie die genoemde bevoegdheid heeft, de mededinging dan ook vervalsen door andere marktdeelnemers de toegang tot de relevante markt te ontzeggen door de wedstrijd(en) die zij zelf organiseert, te begunstigen. Een stelsel van onvervalste mededinging kan slechts worden gewaarborgd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers. [13]

46. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de Commissie gevolgd in haar standpunt over het risico van een belangenconflict, aangezien deze instelling had gewezen op de noodzaak om deze cumulatie van bevoegdheden te onderwerpen aan een geheel van beperkingen en controles, met name door de uitoefening van de toestemmings- en sanctiebevoegdheden van een sportfederatie te omkleden met transparante, objectieve, niet-discriminatoire en evenredige criteria ter voorkoming van elk risico op misbruik, zoals het begunstigen van de economische activiteit van de betrokkene, het benadelen van die van haar concurrenten of zelfs het uitsluiten van elke mededinging. In dit verband heeft het Gerecht zijn analyse hoofdzakelijk gebaseerd op de door het Hof in de arresten MOTOE en OTOC ontwikkelde rechtspraak. [14]

47. Bijgevolg moet in casu worden vastgesteld dat die situatie, waarin de ISU zelf wedstrijden organiseert en tevens bevoegd is om toestemming te verlenen voor wedstrijden die door derden worden georganiseerd, tot tegenstrijdige belangen kan leiden, hetgeen meebrengt dat deze federatie bij de uitoefening van haar regelgevende activiteit gebonden moet zijn aan bepaalde verplichtingen om mededingingsvervalsing te voorkomen.

48. Niettemin zij erop gewezen dat de enkele omstandigheid dat eenzelfde entiteit zowel regelgevende als organisatorische activiteiten op het gebied van sportwedstrijden verricht, op zich geen schending van het mededingingsrecht van de Unie inhoudt. Bovendien, en zonder dat er een structurele scheiding tussen die beide functies hoeft te worden aangebracht, volgt uit de in punt 46 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak dat de belangrijkste verplichting van een sportfederatie als de ISU erin bestaat om erop toe te zien dat die derden niet onterecht van de markt worden geweerd, waardoor de mededinging op die markt zou worden vervalst.

49. Hieruit volgt dat sportfederaties onder bepaalde voorwaarden aan derden de toegang tot de markt kunnen weigeren, zonder dat dit een schending van artikel 101, lid 1, VWEU oplevert, mits die weigering wordt gerechtvaardigd door legitieme doelstellingen en de door die sportfederaties genomen maatregelen evenredig zijn aan die doelstellingen.

[13] Zie arresten van 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punt 51; hierna: „arrest MOTOE”), en OTOC (punt 88).

[14] Zie arresten MOTOE (punten 49-52) en OTOC (punten 69-92).

B. Eerste middel van de principale hogere voorziening en tweede middel van de incidentele hogere voorziening

1. Opmerkingen vooraf

50. Met de drie onderdelen van haar eerste middel komt de ISU op tegen het gedeelte van het bestreden arrest waarin is bevestigd dat er sprake is van een ongerechtvaardigde mededingingsbeperking naar strekking, wegens het met haar regels ingestelde systeem van voorafgaande toestemming en de in die regels vastgelegde exclusiviteitsclausule waaraan sancties zijn verbonden. Meer bepaald verwijt zij het Gerecht:

– met het eerste onderdeel, dat het heeft verzuimd haar argumenten te onderzoeken die waren gericht tegen de beoordeling door de Commissie van bepaalde feiten die ten grondslag lagen aan de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking;

– met het tweede onderdeel, dat het zijn feitelijke en juridische beoordeling in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, door op basis van een onjuiste uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU te oordelen dat er sprake was van een andere inbreuk dan die welke in artikel 1 van het litigieuze besluit is vastgesteld;

– met het derde onderdeel, dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn algehele analyse van de vier elementen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd voor de vaststelling dat de toelatingsregels een mededingingsbeperkende strekking hadden [15].

51. Met het tweede middel van hun incidentele hogere voorziening komen interveniënten tevens op tegen het in het derde onderdeel van het eerste middel bedoelde gedeelte van het arrest, zij het vanuit een andere hoek, namelijk het feit dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het op de bescherming van haar eigen economische belangen gerichte gedrag van de ISU op zich geen mededingingsbeperkende strekking had.

52. Met deze middelen, waarvan meerdere onderdelen elkaar overlappen, wordt primair de vraag opgeworpen of het Gerecht een uitlegging heeft gegeven van artikel 101, lid 1, VWEU die niet op een onjuiste rechtsopvatting berust, door het litigieuze besluit te bevestigen voor zover daarin was vastgesteld dat er sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking.

53. Bijgevolg zal ik deze middelen en onderdelen gezamenlijk onderzoeken, waarbij ik in de hiernavolgende analyse waar nodig zal stilstaan bij de specifieke punten van sommige van deze middelen of onderdelen.

2. Ontvankelijkheid

54. Alvorens over te gaan tot het onderzoek van het eerste middel dienen allereerst de door interveniënten opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid met betrekking tot het eerste onderdeel en een deel van het derde onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen.

[15] Nauwkeuriger gesteld betoogt ISU dat uit het onderzoek door het Gerecht van de inhoud van de door haar vastgestelde regels, van de juridische en economische context waarvan zij deel uitmaken en de doelen die daarmee worden nagestreefd, niet blijkt dat er sprake is van de mate van schadelijkheid die vereist is om als mededingingsbeperking naar strekking te worden gekwalificeerd.

55. Anders dan genoemde partijen aanvoeren, vormt het betoog van de ISU geen verzoek tot herbeoordeling dat onder het mom van vermeende onjuiste rechtsopvattingen is ingediend. Dit betoog betreft immers wel degelijk een rechtsvraag en, meer in bijzonder, de door het Gerecht gegeven uitlegging aan artikel 101, lid 1, VWEU, aangezien de ISU aanvoert dat het Gerecht een onjuist juridisch criterium heeft gehanteerd bij de toepassing van de voorwaarden voor de vaststelling van een inbreuk op het mededingingsrecht.

56. Vervolgens moet de door de ISU opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid met betrekking tot het tweede middel van de incidentele hogere voorziening om soortgelijke redenen worden afgewezen. Het betoog van interveniënten betreft immers niet een vraag betreffende de feiten maar een zuiver juridische beoordeling door het Gerecht. Zoals is aangegeven in punt 102 van deze conclusie, voert de ISU een onjuiste rechtsopvatting aan door het Gerecht te verwijten dat het geen rekening heeft gehouden met het feit dat zij zich in een andere situatie bevindt dan enige andere onderneming waarvoor de bescherming van de eigen economische belangen een legitieme doelstelling is.

57. Tot slot dient het verzoek van de ISU om dit middel als niet ter zake dienend af te wijzen op grond dat het Gerecht – ongeacht de door interveniënten opgeworpen problematiek – de conclusie van de Commissie over het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking uiteindelijk heeft bevestigd, te worden afgewezen. Het tweede middel van de incidentele hogere voorziening betreft immers een kwestie die verband houdt met de juridische en economische context van de onderhavige zaak en met de meer algemene problematiek van het voorkomen van belangenconflicten.

3. Ten gronde: vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking

a) Algemene overwegingen over de contouren van het begrip „mededingingsbeperkende strekking” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU

58. Overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen vallen slechts onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU indien zij „ertoe strekken of ten gevolge hebben” dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

59. In dit verband zij eraan herinnerd dat de mededingingsbeperkende strekking en gevolgen van een overeenkomst geen cumulatieve, maar alternatieve voorwaarden zijn om te beoordelen of een dergelijke overeenkomst onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden – wat blijkt uit het voegwoord „of” – dat eerst moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst tegen de achtergrond van de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. [16]

[16] Zie arrest van 18 november 2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat bepaalde soorten coördinatie tussen ondernemingen de goede werking van de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.[17] Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.[18]

61. Uit de rechtspraak van het Hof volgt tevens dat de gevolgen van een overeenkomst niet hoeven te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft.[19] Wanneer uit de analyse van een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen evenwel niet blijkt dat de mededinging daardoor in voldoende mate wordt verstoord, moeten daarentegen de gevolgen ervan worden onderzocht en kan deze vorm van coördinatie slechts worden verboden indien alle factoren aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd, beperkt of vervalst.[20]

62. Bij de beoordeling of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context.[21]

63. Na deze toelichtingen dient thans te worden ingegaan op de door het Gerecht verrichte analyse teneinde na te gaan of het terecht heeft geoordeeld dat de regels van de ISU in die mate schadelijk waren dat kon worden aangenomen dat zij negatieve gevolgen hadden voor de mededinging.

b) Beoordeling van het bestaan in het onderhavige geval van een mededingingsbeperking naar strekking

64. Ik stel voor om het „klassieke” analytische schema te hanteren voor de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking, waarbij eerst de door het Gerecht verrichte analyse van de inhoud [eerste onderdeel] en de doelstellingen [tweede onderdeel] van de toelatingsregels wordt onderzocht, hetgeen mij tot een voorlopige conclusie zal brengen [derde onderdeel], alvorens vervolgens nader in te gaan op de door rekwirante aangevoerde argumenten met betrekking tot de vermeende fouten die het Gerecht heeft begaan bij de beoordeling van de juridische en de economische context [vierde onderdeel] en op de weigering om rekening te houden met de intentie van partijen [vijfde onderdeel].

1) Analyse van de inhoud van de toelatingsregels

65. Vooraf zij eraan herinnerd dat uit de vaststellingen van het Gerecht blijkt dat de regels van de ISU, zoals die van kracht waren vóór de in 2016 aangebrachte wijzigingen en de publicatie van mededeling nr. 1974, geen enkel toelatingscriterium bevatten voor wedstrijden die derden wilden organiseren, en dat elke deelname aan evenementen van derden werd bestraft met levenslange

[17] Zie arrest van 18 november 2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[18] Zie arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest CB/Commissie”).

[19] Zie arrest van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 28 en 30).

[20] Zie arrest CB/Commissie (punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[21] Zie arrest van 16 juli 2015, ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:484, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

uitsluiting. Bijgevolg heeft het Gerecht geoordeeld dat de ISU vóór de publicatie van die mededeling volledig discretionair kon beslissen om te weigeren om toestemming te verlenen voor dergelijke wedstrijden. [22]

66. De vaststelling van mededeling nr. 1974 heeft de toelatingsregels gewijzigd door de procedure vast te leggen die een externe organisator in het kader van het systeem van voorafgaande toestemming moet volgen om toestemming te verkrijgen voor het organiseren van een wedstrijd en door te dien einde een reeks algemene, financiële, technische, sportieve en ethische vereisten in te voeren. [23] Niettegenstaande de op grond van die mededeling aangebrachte wijzigingen heeft het Gerecht vastgesteld dat de discretionaire bevoegdheid van de ISU niet wezenlijk was gewijzigd. Zo heeft het Gerecht geoordeeld dat de ISU over een ruime beoordelingsmarge bleef beschikken om elke concurrent de toegang tot de markt te ontzeggen op basis van vaag omschreven voorwaarden, waarbij zij zich ook kon baseren op niet expliciet in de toelatingsregels of in de gedragscode vermelde gronden, wat tot afwijzingsbesluiten kon leiden die op onrechtmatige gronden waren vastgesteld. [24] Bovendien legt de ISU zware sancties op – althans dreigt zij daarmee – aan schaatsers die deelnemen aan door concurrenten georganiseerde wedstrijden waarvoor zij geen toestemming heeft verleend.

67. Op grond van deze vaststellingen is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat de toelatingsregels een mededingingsbeperkende strekking hadden, omdat de analyse van de inhoud van de toelatingsregels die het Gerecht heeft verricht ten eerste was toegespitst op de toestemmingscriteria [25] en ten tweede op de zwaarte van de in deze regels vastgelegde sancties [26]. Deze aspecten zal ik hieronder afzonderlijk onderzoeken.

i) In de toelatingsregels opgenomen toestemmingscriteria

68. In dat verband breng ik vooraf in herinnering dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het essentiële juridische criterium om uit te maken of een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, samenvalt met de vraag of deze overeenkomst op zich *in voldoende mate schadelijk* is voor de mededinging om aan te nemen dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht. [27] Een dergelijke vaststelling moet zich dus beperken tot die vormen van coördinatie tussen ondernemingen die *naar hun aard* kunnen worden geacht *schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging* [28] en waarvan het schadelijke karakter *gemakkelijk kan worden aangetoond* [29], hetgeen noopt tot een restrictieve uitlegging van het begrip „mededingingsbeperking naar strekking”. [30]

22 Zie punt 86 van het bestreden arrest.

23 Zie punt 15 van deze conclusie.

24 Zie de punten 89 en 95 van het bestreden arrest.

25 Zie de punten 84-89 en 96-98 van het bestreden arrest.

26 Zie de punten 90-95 van het bestreden arrest.

27 Zie arrest van 2 april 2020, Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2020:265, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Zie arrest CB/Commissie (punt 50), en de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 39).

29 Zie de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 56), en de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2019:678, punt 42).

30 Zie arrest van 2 april 2020, Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2020:265, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69. Bovendien moet worden opgemerkt dat, om te rechtvaardigen dat een overeenkomst wordt aangemerkt als een beperking van de mededinging „naar strekking" zonder dat de gevolgen ervan hoeven te worden onderzocht, er sprake moet zijn van dermate solide en betrouwbare ervaring met dergelijke overeenkomsten dat deze overeenkomst kan worden geacht naar haar aard schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging. [31]

70. Vastgesteld zij, in de eerste plaats, dat het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat de mededingingsbeperkende strekking van de regels van de ISU kan worden afgeleid uit het feit dat laatstgenoemde over een *ruime beoordelingsmarge beschikte om door derden voorgestelde wedstrijden niet toe te staan*, wat tot afwijzingsbesluiten *kon leiden* die op onrechtmatige gronden waren vastgesteld. De mededingingsbeperkende strekking zou volgens het Gerecht bijgevolg voortvloeien uit de discretionaire bevoegdheid van de ISU – en dus uit de mogelijkheid voor die federatie – om derden geen toestemming te verlenen voor het organiseren van wedstrijden.

71. De Commissie verdedigt dit standpunt onder verwijzing naar het arrest T-Mobile Netherlands e.a. [32], en voert aan dat de mededingingsbeperkende strekking in het onderhavige geval kan worden afgeleid uit het feit dat de regels van de ISU de mededinging „kunnen" beperken.

72. Ik betwijfel echter of ervan kan worden uitgegaan dat de *theoretische mogelijkheid* van mededingingsverstoring door de *ruime beoordelingsmarge* waarover een sportfederatie kan beschikken, kan volstaan om aan te tonen dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, te meer daar de mededingingsbeperkende gevolgen, die in beginsel moeten kunnen worden aangenomen, onzeker zijn en hoe dan ook niet blijken uit de door het Gerecht verrichte analyse, aangezien die beperkt is gebleven tot een abstracte uitlegging van de betrokken regels van de ISU, zonder enig concreet toepassingsvoorbeeld ervan te onderzoeken.

73. Ik wijs er tevens op dat het feit dat er een systeem van voorafgaande toestemming bestaat dat externe organisatoren de mogelijkheid biedt om markttoegang aan te vragen – los van de discretionaire bevoegdheid van de ISU om dergelijke aanvragen af te wijzen – op zich zou moeten volstaan om vraagtekens te plaatsen bij het voldoende schadelijke karakter van de regels van de ISU vanuit mededingingsoogpunt. De vraag of het bestaande systeem inderdaad volstaat om daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te waarborgen dan wel of het de mededinging beperkt, kan mijns inziens alleen worden beantwoord op basis van een analyse van de mededingingsbeperkende gevolgen.

74. Bij nader onderzoek van de elementen die door het Gerecht bij de analyse van de inhoud van de toelatingsregels in aanmerking zijn genomen om de beoordelingsmarge van de ISU vast te stellen, lijkt het mij bovendien betwistbaar dat deze elementen het door de rechtspraak van het Hof vereiste voldoende schadelijke karakter bezitten om een mededingingsbeperking naar strekking te kunnen aantonen. [33] In dit verband breng ik in herinnering dat het Gerecht bij de analyse van de inhoud van de toelatingsregels niet alleen rekening heeft gehouden met de sancties, maar ook met het ontbreken van een rechtstreeks verband tussen enerzijds de toelatingsregels en anderzijds legitieme doelstellingen of een wedstrijd of reeks wedstrijden die door de ISU worden georganiseerd.

[31] Zie arrest van 2 april 2020, Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2020:265, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2019:678, punt 54 en punten 63-73).

[32] Arrest van 4 juni 2009 (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 31).

[33] Zie punt 68 van deze conclusie.

75. Zo kan bijvoorbeeld het feit dat een sportfederatie in haar regels niet voldoende duidelijk vermeldt welke legitieme doelstellingen zij nastreven door zich te beperken tot „vage bewoordingen", of dat zij geen uitputtende opsomming geeft van de vereisten voor toestemming voor een door derden georganiseerde wedstrijd (waarbij zij zich het recht voorbehoudt om de organisatoren om aanvullende informatie te verzoeken in verband met de verschillende hierboven genoemde vereisten), zoals het Hof in de punten 85 en 87 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, inderdaad wijzen op de zeer ruime en zelfs buitensporige draagwijdte van de toelatingsregels en op de aanzienlijke beoordelingsmarge waarover die federatie beschikt, maar dat duidt geenszins op een schadelijk karakter vanuit mededingingsoogpunt of op een mededingingsbeperking naar strekking. [34] Hetzelfde geldt voor de vaststellingen van het Gerecht in punt 97 van het bestreden arrest met betrekking tot het ontbreken van een verband tussen de toelatingsregels van de ISU en een door haar georganiseerde wedstrijd of reeks wedstrijden.

76. In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat, zoals de ISU overigens opmerkt, het Gerecht zich voornamelijk heeft gebaseerd op de rechtspraak van het Hof in het kader van zaken betreffende mededingingsbeperkingen *naar gevolg* om te concluderen dat er sprake is van een mededingingsbeperking *naar strekking*.

77. Meer bepaald met betrekking tot mededeling nr. 1974 heeft het Gerecht in punt 88 van het bestreden arrest geoordeeld dat deze geen „duidelijk omschreven, transparante, niet-discriminatoire en verifieerbare [toestemmingscriteria]" bevatte „die de daadwerkelijke toegang van wedstrijdorganisatoren tot de relevante markt kunnen waarborgen" in de zin van de uit het arrest OTOC [35] voortvloeiende rechtspraak. Het ontbreken van dergelijke criteria in de regels van de ISU is naar het oordeel van het Gerecht een relevant gegeven voor de vaststelling dat er sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking.

78. Niettemin moet worden vastgesteld dat, ook al heeft het Hof in het arrest OTOC verklaard dat het ontbreken van de voornoemde criteria de mededinging kan beperken, het niet heeft geoordeeld dat het ontbreken van dergelijke criteria automatisch leidt tot de kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking, maar veeleer duidt op mededingingsbeperkende gevolgen die voortvloeien uit een reglement dat geen dergelijke criteria bevat. [36]

79. Ondanks het feit dat het Gerecht in punt 72 van het bestreden arrest zelf uitdrukkelijk heeft erkend dat het Hof het aan de orde zijnde reglement in de zaak die heeft geleid tot het arrest OTOC als een mededingingsbeperking naar gevolg heeft aangemerkt, heeft het niettemin geoordeeld dat dit feit er niet aan in de weg staat dat die rechtspraak (alsook die welke is ontwikkeld in het arrest MOTOE) wordt toegepast om een mededingingsbeperking naar strekking te onderzoeken. Ter rechtvaardiging van zijn zienswijze heeft het Gerecht zich gebaseerd op het arrest Generics (UK) e.a. [37], en met name op punt 84 ervan, waaruit volgens het Gerecht volgt dat een overeenkomst in een specifieke context een mededingingsbeperkende strekking kan hebben, terwijl in andere omstandigheden een onderzoek van de gevolgen ervan noodzakelijk is.

[34] Met deze elementen kan echter rekening worden gehouden bij de analyse van de nevenrestricties teneinde het onevenredige karakter van de regels van de ISU aan te tonen.

[35] Zie arrest OTOC (punt 99).

[36] Zie arrest OTOC (punten 70-100).

[37] Arrest van 30 januari 2020 (C-307/18, EU:C:2020:52).

80. Hoewel buiten kijf staat dat een overeenkomst naargelang van de context ervan in sommige gevallen een mededingingsbeperkende strekking kan hebben, terwijl in andere gevallen de gevolgen ervan moeten worden onderzocht, betekent dit niet dat de aan het arrest OTOC (of aan het arrest MOTOE) ontleende criteria rechtstreeks op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast om een mededingingsbeperking naar strekking vast te stellen.

81. In de onderhavige zaak verduidelijkt het Gerecht niet welke „specifieke context" de kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking rechtvaardigt, en met name ook niet in welk opzicht die context zich onderscheidt van die welke aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest OTOC, teneinde te rechtvaardigen dat de vastgestelde mededingingsbeperking anders wordt gekwalificeerd.

ii) Zwaarte van de sancties in de toelatingsregels

82. Wat de in de toelatingsregels opgenomen sancties betreft, voert de ISU aan dat de zwaarte van de sancties die worden opgelegd aan schaatsers die deelnemen aan een door een derde georganiseerde wedstrijd, op zich niet relevant is om te bepalen of haar toelatingsregels al dan niet een mededingingsbeperkende strekking hebben, aangezien die sancties de mededinging slechts ongunstig kunnen beïnvloeden indien de toestemming voor die wedstrijd op onrechtmatige gronden zou zijn geweigerd.

83. Anders dan rekwirante betoogt en niettegenstaande het feit dat sancties in een later stadium zouden kunnen worden gerechtvaardigd door legitieme doelstellingen (waardoor zij volledig buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU zouden kunnen vallen), neemt dit echter niet weg dat het repressieve karakter van een regeling en de zwaarte van de sancties die van toepassing zijn bij overtreding ervan, bijzonder relevante elementen zijn voor de analyse van de inhoud van de toelatingsregels, aangezien zij de mededinging ongunstig kunnen beïnvloeden. Zoals het Gerecht terecht heeft vastgesteld in de punten 91 en 95 van het bestreden arrest, kunnen die zware sancties atleten er immers van weerhouden om deel te nemen aan wedstrijden waarvoor de ISU geen toestemming heeft verleend en er bijgevolg toe leiden dat de markt wordt afgeschermd voor potentiële concurrenten, die verstoken blijven van de deelname van atleten die zij nodig hebben om een sportwedstrijd te organiseren.

84. Niettemin kunnen de gevolgen van de sanctieregeling voor de mededinging niet in abstracto worden beoordeeld zonder rekening te houden met de algehele context waarbinnen die regeling is ingesteld. Zoals het Gerecht terecht heeft vastgesteld in de punten 89 en 95 van het bestreden arrest, kan niet uitsluitend uit een afzonderlijke beoordeling van de zwaarte van de sancties worden afgeleid dat de regels van de ISU het gestelde mededingingsbeperkende doel hebben, maar moet dat doel veeleer worden beoordeeld in de (meer algemene) context van de vaststelling dat de ISU over een „ruime beoordelingsmarge" beschikte om door derden voorgestelde wedstrijden niet toe te staan. [38]

85. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de elementen die het Gerecht heeft gebruikt in zijn analyse van de inhoud van de toelatingsregels, niet de slotsom rechtvaardigen dat er sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking met betrekking tot de toelatingsregels van de ISU.

[38] Zie de punten 89 en 95 van het bestreden arrest.

2) Analyse van de doelstellingen van de toelatingsregels

86. Wat de doelstellingen van de regels van de ISU betreft, zij eraan herinnerd dat de analyse van het Gerecht is toegespitst op de bescherming van legitieme doelstellingen [39] enerzijds en op de bescherming van de economische belangen van de ISU [40] anderzijds. Deze aspecten zal ik hierna afzonderlijk onderzoeken.

i) Bescherming van de door de ISU nagestreefde legitieme doelstellingen

87. Vooraf zij opgemerkt dat de ISU met het tweede onderdeel van het eerste middel van haar hogere voorziening het Gerecht verwijt dat het een nieuwe inbreuk heeft vastgesteld, bestaande in een andere beperking van de mededinging naar strekking dan die welke in het litigieuze besluit is vastgesteld. Meer bepaald voert de ISU aan dat het Gerecht zijn eigen beoordeling in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie door zich grotendeels te baseren op elementen die de Commissie heeft besproken in afdeling 8.5 van het litigieuze besluit (met als opschrift „De toelatingsregels vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 101 van het Verdrag"), terwijl deze elementen niet zijn opgenomen in afdeling 8.3 (met als opschrift „Beperking naar strekking"), die betrekking had op de vaststelling van het bestaan van een inbreuk naar strekking.

88. Rekwirante baseert zich met name op het feit dat de bescherming van de legitieme belangen van de ISU door de Commissie niet grondig is onderzocht in het kader van haar analyse van de beperking naar strekking (afdeling 8.3 van het litigieuze besluit) [41], maar is besproken in afdeling 8.5 van dat besluit, waarin de Commissie heeft onderzocht of de toelatingsregels binnen het toepassingsgebied vielen van artikel 101 VWEU.

89. Anders dan de door de Commissie gevolgde benadering, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen die beide onderzoekskaders, heeft het Gerecht, zoals het zelf in punt 64 van het bestreden arrest heeft aangegeven, het passend geacht om het tweede middel (betreffende de vaststelling van een beperking naar strekking) en het derde en het vierde middel (betreffende de beoordeling door de Commissie of de mededingingsbeperking inherent en evenredig is aan de doelstelling om de integriteit van het hardrijden op de schaats te beschermen tegen sportweddenschappen) gezamenlijk te onderzoeken. [42] Zodoende heeft het Gerecht de kwestie dat rekening is gehouden met doelstellingen van algemeen belang behandeld in het kader van de vaststelling van de mededingingsbeperking naar strekking.

90. Derhalve rijst de vraag of het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, middels een „gecombineerde" of „parallelle" analyse kon onderzoeken of er sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking en of deze al dan niet objectief gerechtvaardigd en evenredig was.

91. Meteen moet worden vastgesteld dat deze benadering van het Gerecht tot een zekere verwarring heeft geleid, aangezien zij tot gevolg heeft dat niet duidelijk naar voren komt welke analyse er wordt gevolgd. Zo heeft het Gerecht in een eerste fase de klassieke benadering gevolgd

[39] Zie de punten 100-104 van het bestreden arrest.

[40] Zie de punten 105-114 van het bestreden arrest.

[41] Hoewel de Commissie in overweging 163 van het litigieuze besluit verwijst naar het ontbreken van een rechtstreeks verband tussen de toelatingsregels van de ISU en legitieme doelstellingen, een element dat voornamelijk is onderzocht in het kader van de analyse van de inhoud van die regels, laat overweging 171 van datzelfde besluit echter geen enkele twijfel bestaan over de door de Commissie gevolgde benadering om bij de analyse van de mededingingsbeperkende strekking geen rekening te houden met legitieme doelstellingen.

[42] Zie de punten 99-114 van het bestreden arrest.

voor het vaststellen van een mededingingsbeperking naar strekking door eerst de inhoud van de toelatingsregels te analyseren. In een tweede fase, bij het onderzoek van de doelstellingen van die regels, lijkt het Gerecht deze echter te hebben getoetst aan de in het arrest Meca-Medina ontwikkelde criteria, door vast te stellen dat de door de ISU aangevoerde doelstelling, namelijk dat haar regels de integriteit van het hardrijden op de schaats beogen te beschermen tegen weddenschappen, wel degelijk legitiem is, maar geen rechtvaardiging oplevert voor de vastgestelde beperkingen die niet inherent zijn aan de nagestreefde doelstelling en als onevenredig worden beoordeeld. De vaststelling dat de regels van de ISU onevenredig zijn aan de nagestreefde doelstellingen leidt volgens het Gerecht dus zowel tot de niet-toepasselijkheid van de „uitzondering ten aanzien van nevenrestricties" als tot de automatische kwalificatie ervan als beperking naar strekking.

92. Alvorens een standpunt in te nemen over de door het Gerecht gevolgde benadering, zij eraan herinnerd dat de door een overeenkomst of door een besluit van een ondernemersvereniging nagestreefde doelstellingen in twee opzichten een rol kunnen spelen bij de beoordeling ervan in de context van artikel 101, lid 1, VWEU.

93. Ten eerste dient, teneinde vast te stellen of een overeenkomst onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt, te worden gelet op de objectieve doelen ervan.[43] Die objectieve doelen, die duidelijk uit de betrokken maatregelen naar voren moeten komen, mogen niet worden verward met de subjectieve bedoelingen om al dan niet de mededinging te beperken en evenmin met de door de betrokken ondernemingen eventueel nagestreefde legitieme doeleinden.[44] Hierbij moet worden gepreciseerd dat uit vaste rechtspraak volgt dat het feit dat een maatregel wordt geacht een legitiem doel na te streven, niet uitsluit dat die maatregel kan worden geacht naar strekking de mededinging te beperken.[45] In het kader van de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking beoogt de analyse van de doelstellingen dan ook om (aan de hand van andere elementen zoals de inhoud van een overeenkomst en de juridische en economische context ervan) het mededingingsverstorende en voldoende schadelijke doel of karakter van de overeenkomst vast te stellen. In dit stadium van de analyse wordt dus geen rekening gehouden met legitieme doelstellingen, ook al kunnen die in voorkomend geval in aanmerking worden genomen met het oog op het verkrijgen van een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, VWEU.

94. Ten tweede spelen de doelstellingen van een overeenkomst ook een rol bij de analyse van nevenrestricties. Die analyse is erop gericht na te gaan of de uit een bepaalde maatregel voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen inherent en evenredig zijn aan het nastreven van een legitieme doelstelling. Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, valt de overeenkomst met de betrokken maatregel volledig buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU. In dit kader vormen de vaststelling van die doelstelling en de erkenning van de legitimiteit ervan de eerste fase van deze analyse.

95. Ook al kunnen sommige aspecten van deze beide – in beginsel onderscheiden – analyses elkaar overlappen, dit neemt niet weg dat het onderzoek van de doelstellingen van de betrokken maatregelen in beide gevallen conceptueel verschillend is. Hetzelfde geldt voor de consequenties die aan die beide analyses moeten worden verbonden.

43 Zie arrest CB/Commissie (punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Zie de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 117).

45 Zie arrest van 2 april 2020, Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2020:265, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

96. Zo leidt de onevenredigheid van een maatregel ten opzichte van een legitieme doelstelling, anders dan het Gerecht lijkt te stellen, niet automatisch tot de kwalificatie als „mededingingsbeperking naar strekking". Meer bepaald houdt het feit dat een maatregel niet voldoet aan de door het arrest Meca-Medina voorgeschreven toetsingscriteria enkel in dat hij moet worden onderworpen (of onderworpen blijft) aan de „klassieke analyse" in het licht van artikel 101 VWEU, daaronder begrepen het onderzoek of eventueel een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, VWEU toepassing vindt. Hieruit volgt dat, hoewel het immers waarschijnlijk is dat een als „mededingingsbeperkend naar strekking" aangemerkte maatregel naar zijn aard onevenredig is aan een nagestreefde legitieme doelstelling, het tegendeel niet noodzakelijkerwijs het geval is.

97. In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 110 en 111 van het bestreden arrest te oordelen dat het systeem van voorafgaande toestemming van de ISU kon worden aangemerkt als een mededingingsbeperking naar strekking omdat het verder zou gaan dan nodig is om ervoor te zorgen dat sportwedstrijden aan gemeenschappelijk standaarden voldoen.

98. Niettemin zij opgemerkt dat hoewel de door het Gerecht onderzochte elementen op grond waarvan het tot de slotsom is gekomen dat de toelatingsregels onevenredig zijn aan de nagestreefde legitieme doelstellingen, geen grondslag kunnen vormen voor de vaststelling van een beperking naar strekking, die elementen alsnog relevant kunnen zijn voor de vaststelling van een beperking naar strekking indien zij ertoe zouden kunnen leiden dat externe organisatoren van sportwedstrijden ten onrechte worden uitgesloten, zoals het Hof heeft aangegeven in de arresten Meca-Medina [46] en OTOC [47].

99. Tot slot wijs ik erop dat het door het Gerecht ingenomen standpunt – zowel wat betreft de uitlegging van de inhoud van de regels van de ISU als wat betreft zijn beoordeling volgens welke de onevenredigheid van de regels van de ISU ten opzichte van de nagestreefde doelstellingen volstaat voor de vaststelling dat er sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking – zou kunnen leiden tot een verruiming van het begrip „mededingingsbeperking naar strekking", hetgeen indruist tegen de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke dat begrip restrictief moet worden uitgelegd. [48]

ii) Bescherming van de economische belangen van de ISU

100. Meteen zij eraan herinnerd dat het Gerecht, anders dan de Commissie had vastgesteld in overweging 169 van het litigieuze besluit, in de punten 108 en 109 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat ook al zou blijken dat de toelatingsregels van 2016 tevens de bescherming van de economische belangen van de ISU beogen, de doelstelling van een federatie om haar economische belangen te beschermen op zich niet de mededinging verstoort.

101. Deze beoordeling van het Gerecht wordt door interveniënten betwist in het kader van het tweede middel van de incidentele hogere voorziening, dat ik om de in punt 51 van deze conclusie genoemde redenen in dit stadium van mijn analyse wil onderzoeken.

[46] Punt 47 van dat arrest.

[47] Punten 70-100 van dat arrest.

[48] Zie punt 68 van deze conclusie.

102. Meer in het bijzonder verwijten interveniënten het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door te concluderen dat de doelstelling van de ISU om haar economische belangen te beschermen op zich niet de mededinging verstoort. Naar de mening van interveniënten kan het beginsel dat het een onderneming over het algemeen is toegestaan om haar economische belangen na te streven, vanwege de bijzondere situatie van de ISU niet op haar worden toegepast. In haar dubbele hoedanigheid van regelgevend orgaan en van economische entiteit zou zij immers geen economische belangen mogen nastreven die samenhangen met haar regelgevende rol, dat wil zeggen door derden georganiseerde wedstrijden toestaan of weigeren ten nadele van haar concurrenten. De onderhavige zaak draait bijgevolg in wezen om het feit dat de ISU op grond van haar toelatingsregels haar concurrenten de toegang tot de markt kan ontzeggen. Bijgevolg hebben die regels en de daaruit voortvloeiende afwijzingsbesluiten ook een negatief effect op de (economische) belangen van professionele hardrijders op de schaats en van externe organisatoren van wedstrijden. Volgens interveniënten had het Gerecht in het licht van deze omstandigheden moeten vaststellen of een onderneming gerechtigd was om haar eigen economische belangen na te streven. Dit standpunt wordt ook gedeeld door de Commissie.

103. Om de navolgende redenen ben ik van mening dat de analyse van het Gerecht niet berust op een onjuiste rechtsopvatting en dat de door interveniënten ter ondersteuning van het tweede middel van de incidentele hogere voorziening aangevoerde argumenten moeten worden afgewezen.

104. Zoals uiteengezet in de punten 44 tot en met 49 van deze conclusie kan, wanneer op sportfederaties bepaalde verplichtingen rusten om hun bevoegdheden af te bakenen en toe te zien op de correcte uitoefening ervan, de bescherming van de economische belangen van een sportfederatie zoals de ISU, alleen problematisch zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt wanneer daarbij een concurrent op *ongerechtvaardigde* wijze de toegang tot de markt wordt ontzegd.

105. Indien de uitlegging van interveniënten wordt aanvaard, zou dat betekenen dat het sportfederaties in dezelfde situatie als de ISU wordt verboden om enige economische activiteit te verrichten, een situatie die moeilijk te verzoenen valt met het feit dat die federaties, niettegenstaande hun bijzondere kenmerken, tegelijkertijd ondernemingen zijn waarvoor – zoals voor elke andere onderneming – het nastreven van economische doelstellingen inherent is aan hun activiteit. Bovendien zijn de economische activiteiten van die federaties in de meeste gevallen niet alleen verbonden, maar juist nauw verweven met hun sportactiviteiten en kunnen zij bijgevolg daarvan niet worden losgekoppeld.

106. In het licht van het voorgaande moet worden vastgesteld dat het feit dat een sportfederatie zoals de ISU haar eigen economische belangen nastreeft op zich niet de mededinging verstoort en bijgevolg in het kader van de beoordeling van een mededingingsbeperking niet kan worden aangevoerd als een gegeven dat duidt op een mededingingsbeperkende strekking.

107. Tot slot merk ik op dat het Gerecht zelf heeft erkend dat de regels van de ISU legitieme doelstellingen nastreefden op het vlak van de bescherming van zowel de economische als de sportgerelateerde belangen van de ISU, waardoor het Gerecht had moeten terugkomen van zijn vaststelling dat het doel van die regels naar zijn aard geacht kon worden schadelijk te zijn voor de normale mededinging. [49]

[49] Zie arrest CB/Commissie (punt 75).

3) Voorlopige conclusie over de analyse van de inhoud en de doelstellingen van de toelatingsregels

108. De bovenstaande analyse van de inhoud en de doelstellingen van de toelatingsregels is op zich voldoende om te concluderen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de toelatingsregels van de ISU aan te merken als mededingingsbeperking(en) naar strekking, zonder dat behoeft te worden ingegaan op de door rekwirante aangevoerde argumenten ter betwisting van de door het Gerecht verrichte analyse van ten eerste de juridische en economische context en ten tweede de intentie van partijen. Volledigheidshalve zal ik niettemin beknopt stilstaan bij die twee door de ISU opgeworpen punten, met name met het oog op de eventuele relevantie ervan in het kader van de analyse van de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen van de regels van de ISU.

4) Analyse van de juridische en economische context van de toelatingsregels

109. In de punten 115 tot en met 123 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de analyse van de juridische en economische context van de toelatings- en toestemmingsregels van de ISU niet afdeed aan de vaststelling van de Commissie dat er sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, zodat een verder onderzoek van de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van die regels voor de mededinging niet nodig was.

110. In dit verband voert rekwirante aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in zijn analyse van de relevante markt aan de hand van de context ervan. In het bijzonder is zij van mening dat het Gerecht ten onrechte heeft geweigerd om rekening te houden met de door haar goedgekeurde wedstrijden kunstrijden op de schaats. Meer bepaald verwijt zij het Gerecht dat het de toepassing heeft afgewezen van de uit het arrest CB/Commissie voortgekomen rechtspraak, volgens welke bij de beoordeling van een beperking naar strekking rekening moet worden gehouden met alle relevante elementen van de economische en de juridische context ervan, met name de aard van de betrokken diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de markten, waarbij het irrelevant is of die elementen tot de relevante markt behoren. [50]

111. In dit verband zij eraan herinnerd dat het Gerecht heeft geoordeeld dat er in de zaak die tot die rechtspraak heeft geleid weliswaar sprake was van interacties tussen de relevante markt en een verwante maar afzonderlijke markt, doch dat dit in casu niet is vastgesteld. Volgens het Gerecht is de omstandigheid dat de ISU toestemming heeft gegeven voor wedstrijden kunstrijden op de schaats, gesteld al dat het hier werkelijk om onafhankelijke wedstrijden ging, niet relevant voor de analyse van de context van de toelatingsregels, omdat die omstandigheid niet afdoet aan de vaststelling dat de ISU met die toelatingsregels de mededinging op de relevante markt kan vervalsen door haar eigen wedstrijden ten nadele van de wedstrijden van derden te bevoordelen, en dat die regels dus geen daadwerkelijke toegang tot die markt waarborgen. [51]

112. De Commissie betoogt dat het argument betreffende de vermeend onjuiste uitlegging van het arrest CB/Commissie niet ter zake dienend is, aangezien *zelfs* wanneer het Gerecht dat wat door het Hof in dat arrest als voorbeeld was gegeven van een specifieke situatie waarin het

[50] Zie arrest CB/Commissie (punt 78).

[51] Zie de punten 118 en 119 van het bestreden arrest.

relevant is om rekening te houden met een element met betrekking tot een andere dan de relevante markt, had verward met een regel van algemene aard, dit niet zou afdoen aan de in het voorgaande punt van deze conclusie beschreven doorslaggevende redenering.

113. In dit verband ben ik, anders dan de Commissie betoogt, van mening dat, door aan te nemen dat de ISU toestemming heeft gegeven voor onafhankelijke wedstrijden kunstrijden op de schaats – zoals het Gerecht op zijn minst in theorie heeft gedaan –, er vragen zouden kunnen rijzen over de kwalificatie als „mededingingsbeperking naar strekking".

114. Hoewel het juist is dat de door het Hof in het arrest CB/Commissie verrichte analyse zich in een specifieke feitelijke context situeert (namelijk het bestaan van interacties tussen de twee onderdelen van een tweeledig systeem en tussen de relevante en een verwante maar afzonderlijke markt), neemt dit niet weg dat de besluitvormingspraktijk van de ISU met betrekking tot kunstrijden relevant kan zijn bij de analyse van de juridische context van de betrokken regels.

115. Zoals het Gerecht immers heeft vastgesteld in punt 117 van het bestreden arrest, moet ten eerste worden opgemerkt dat dezelfde regeling van toepassing is op beide disciplines (te weten kunstrijden op de schaats en hardrijden op de schaats), ondanks de karakterisering ervan door de Commissie als afzonderlijke markten – een marktafbakening die rekwirante niet betwist –, en dat derhalve dezelfde regels inzake voorafgaande toestemming en sancties van toepassing zijn op die beide disciplines, en ten tweede dat hetzelfde orgaan, namelijk de ISU, bevoegd is om toestemming te geven of te weigeren voor de organisatie van onafhankelijke wedstrijden in beide disciplines.

116. Precies dit element kan een bijzondere omstandigheid vormen die twijfel kan doen rijzen over het vermeende schadelijke karakter van de regels van de ISU, indien mocht blijken dat laatstgenoemde toestemming had verleend voor onafhankelijke wedstrijden kunstrijden op de schaats. Bijgevolg ben ik van mening dat wanneer er bij het onderzoek van de juridische en economische context van een overeenkomst met een vermeende mededingingsbeperkende strekking sprake is van elementen die twijfel doen rijzen over het vereiste mate van schadelijkheid ervan of die tegenstrijdig lijken te zijn, een analyse van de gevolgen ervan noodzakelijk is.

117. Hoewel het juist is dat de analyse van de economische en juridische context van een maatregel beperkt moet blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen aantonen dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, en zich niet dient uit te strekken tot een analyse van de gevolgen van de betrokken maatregel[52], lijkt mij de inaanmerkingneming van de besluitvormingspraktijk van de ISU, in het bredere kader van de analyse van haar rol en van de aan haar verleende bevoegdheden, niet de grenzen te buiten te gaan van het beoordelingskader van een mededingingsbeperking naar strekking.

118. Dit gezegd zijnde, dient in casu te worden verduidelijkt dat de inaanmerkingneming van de besluitvormingspraktijk van de ISU op de markt voor kunstrijden op de schaats zal afhangen van de beoordeling van de feitelijke omstandigheden, waarover het Hof geen uitspraak dient te doen en waartoe het ook niet over de noodzakelijke elementen beschikt, aangezien die niet door het Gerecht zijn beoordeeld.[53]

[52] Zie arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26, punt 29).

[53] In dit verband zij opgemerkt dat de informatie over de wedstrijden kunstrijden waarvoor de ISU toestemming zou hebben verleend, op verschillende wijze wordt uitgelegd door de Commissie en de ISU.

5) Analyse van de intenties van partijen

119. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het Hof volgens welke intentionele elementen niet noodzakelijk zijn om uit te maken of er sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking [54], en voorts ervan uitgaande dat het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking voldoende was onderbouwd door het onderzoek van de inhoud en doelstellingen van de toelatingsregels en van de context daarvan, heeft het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest de door de ISU aangevoerde argumenten tegen dit onderdeel van het onderzoek van de beperking naar strekking als niet ter zake doende van de hand gewezen.

120. Rekwirante betwist deze beoordeling, zowel met het eerste onderdeel van haar eerste middel als in een deel van het derde onderdeel ervan, en verwijt het Gerecht in wezen dat het heeft verzuimd haar argumenten te onderzoeken die waren gericht tegen de feitenbeoordeling van de Commissie ter ondersteuning van haar vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking, zoals die blijkt uit het litigieuze besluit.

121. In dit verband zij erop gewezen dat de feitelijke elementen waarop de Commissie haar analyse zou hebben gebaseerd en die het Gerecht zou hebben verzuimd te onderzoeken – en die rekwirante overigens betwist, zonder zich evenwel te beroepen op een onjuiste opvatting van feiten –, allemaal betrekking hebben op voorbeelden van onafhankelijke wedstrijden die volgens de Commissie zouden aantonen dat de ISU de intentie had om concurrenten de toegang tot de relevante markt te ontzeggen. [55]

122. In het licht van de bovenstaande analyse, op grond waarvan ik in overweging geef om het eerste middel van de hogere voorziening te aanvaarden en het arrest van het Gerecht te vernietigen voor zover het de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking betreft, ben ik van mening dat voornoemde feitelijke elementen relevant kunnen zijn bij de analyse van de gevolgen van de regels van de ISU. Wat de gegrondheid van de motivering betreft, ben ik in het licht van de bovenstaande overwegingen tevens van mening dat het aan een motiveringsgebrek ontleende middel niet meer behoeft te worden onderzocht.

4. Conclusie over het eerste middel

123. Indien een beperking naar strekking niet duidelijk is aangetoond, moet voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU een volledige analyse van de gevolgen ervan worden verricht. Een dergelijke analyse beoogt vast te stellen welke gevolgen de overeenkomst kan hebben voor de mededinging op de relevante markt. In het onderhavige geval zal alleen een onderzoek van de wijze waarop de regels door de ISU in de praktijk worden uitgelegd en toegepast, uitsluitsel kunnen geven over de vraag of die regels een nadelige invloed op de mededinging kunnen hebben. Anders gezegd: nagegaan moet worden of de ISU, op grond van de beoordelingsbevoegdheid waarover zij beschikt, de mededinging heeft kunnen beperken door de toegang tot de relevante markt te ontzeggen. Dit onderzoek kan in beginsel uitsluitend worden verricht wanneer de (concrete) *gevolgen* van de betrokken maatregel in aanmerking worden genomen.

124. Gelet op het voorgaande dient het eerste middel van de hogere voorziening te worden aanvaard.

[54] Zie arrest van 6 april 2006, General Motors/Commissie (C-551/03 P, EU:C:2006:229, punt 77).

[55] Zie de overwegingen 175-177 van het litigieuze besluit.

C. Tweede middel van de hogere voorziening

125. Met het tweede middel van haar hogere voorziening betoogt de ISU dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het vierde middel van haar verzoekschrift niet te behandelen, waarmee zij stelde dat haar besluit om geen toestemming te verlenen voor de „Icederby", een door een derde georganiseerd evenement dat in Dubai (Verenigde Arabische Emiraten) had moeten plaatsvinden (hierna: „sportevenement in Dubai"), buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU viel, aangezien met dit besluit volgens haar een legitiem doel werd nagestreefd in overeenstemming met de gedragscode van de ISU, die iedere vorm van ondersteuning van weddenschappen verbiedt.

126. Vooraf dient de door de interveniënten opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te worden afgewezen, waarmee zij stellen dat de ISU weliswaar formeel aanvoert dat er sprake is van onjuiste rechtsopvattingen, maar dat zij het Hof in wezen verzoekt om de feiten opnieuw te beoordelen, hetgeen een niet-ontvankelijk verzoek is, zonder evenwel te stellen dat het Gerecht die feiten verkeerd zou hebben opgevat. ISU verwijt het Gerecht met haar tweede middel mijns inziens immers een motiveringsgebrek voor zover het heeft verzuimd te antwoorden op een fundamenteel deel van haar betoog. [56]

127. Ten gronde moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de ISU met het tweede middel van haar hogere voorziening niet betoogt dat de toelatingsregels niet binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen, maar alleen dat haar besluit om geen toestemming te verlenen voor het sportevenement in Dubai van de werkingssfeer van die bepaling moet worden uitgesloten omdat met dit besluit een legitieme doelstelling werd nagestreefd.

128. Niettemin moet worden vastgesteld dat noch het litigieuze besluit noch het bestreden arrest specifiek ziet op het afwijzingsbesluit met betrekking tot het sportevenement in Dubai. Ook al lijkt de weigering in verband met dat evenement inderdaad ten grondslag te liggen aan het door de Commissie ingestelde onderzoek (als gevolg van de door Tuitert en Kerstholt bij haar ingediende klacht) dat tot het litigieuze besluit heeft geleid, en is die weigering samen met andere voorbeelden van wedstrijden aangehaald ter illustratie van de wijze waarop genoemde regels in de praktijk werden toegepast, dit neemt niet weg dat het litigieuze besluit betrekking heeft op de door de ISU vastgestelde toelatingsregels en de verenigbaarheid ervan met artikel 101 VWEU. Het Gerecht heeft derhalve geoordeeld dat die regels op zich volstonden ter onderbouwing van de conclusie dat zij problematisch waren vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt, los van de betrokken specifieke wedstrijd. [57]

129. In dit verband zij opgemerkt dat, anders dan rekwirante betoogt, het gebruik van de term „toepassen" in artikel 1 van het litigieuze besluit niet mag worden begrepen als doelend op het sportevenement in Dubai, maar veeleer voortvloeit uit de vaststelling van de Commissie van een mededingingsbeperking, zowel naar strekking als naar gevolg (hetgeen wordt toegelicht in de afdelingen 8.3 en 8.4 van het litigieuze besluit). [58]

[56] Zie arrest van 11 april 2013, Mindo/Commissie (C-652/11 P, EU:C:2013:229, punt 41).

[57] Die vaststelling van het Gerecht lijkt te worden bevestigd door de analyse van de Commissie in de overwegingen 251-266 van het litigieuze besluit, die betrekking heeft op de evenredigheid van die regels in het licht van de nagestreefde doelstellingen, zonder dat die analyse specifiek ingaat op het sportevenement in Dubai.

[58] In dit verband herhaalt de ISU het in het eerste onderdeel en in een deel van het derde onderdeel van het eerste middel aangevoerde argument dat de Commissie zich had gebaseerd op het sportevenement in Dubai om in artikel 1 van het litigieuze besluit vast te stellen dat de ISU artikel 101 VWEU had geschonden door de toelatingsregels „vast te stellen en *toe te passen*" (cursivering van mij).

130. In de tweede plaats heeft het Gerecht, anders dan rekwirante aanvoert, niet verzuimd om in te gaan op het vierde middel van het verzoekschrift, maar heeft het dit gezamenlijk met het tweede en het derde middel onderzocht in de punten 64 en volgende van het bestreden arrest. [59]

131. Wat betreft de meer algemene vraag of de toelatingsregels als nevenrestricties buiten de werkingssfeer kunnen vallen van artikel 101 VWEU, heeft het Gerecht – na eerst te hebben erkend dat de door de ISU nagestreefde doelstellingen legitiem zijn, en met name die welke beoogt de integriteit van het hardrijden op de schaats te beschermen tegen weddenschappen [60], en dat een stelsel van voorafgaande toestemming waarmee ervoor moet worden gezorgd dat elke organisator de gemeenschappelijke normen in acht neemt, een geschikt instrument is om de met de specifieke aard van sport verband houdende doelstellingen te verwezenlijken [61] – vervolgens geoordeeld dat de willekeur en het onevenredige karakter van die toelatingsregels, en vooral van de in casu door de ISU vastgestelde sancties, verder gingen dan nodig is voor de verwezenlijking van die doelstellingen in de zin van de rechtspraak over nevenrestricties en met name van het arrest Meca-Medina. [62]

132. In de laatste plaats moet het argument worden afgewezen waarmee de ISU de Commissie en het Gerecht verwijt dat zij geen rekening hebben gehouden met de wetgevende ontwikkelingen in Korea (land van herkomst van het Icederby-concept) op het gebied van weddenschappen, aangezien dit element irrelevant is voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de regels van de ISU met het mededingingsrecht van de Unie. Bijgevolg ben ik van mening dat het Gerecht dit element terecht niet in aanmerking heeft aangenomen.

133. In het licht van het voorgaande ben ik de mening toegedaan dat het tweede middel van de hogere voorziening moet worden afgewezen.

D. Verzoek tot afdoening van het geding en terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht

134. Krachtens artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht in geval van gegrondheid van de hogere voorziening. Het Hof kan de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening terugverwijzen naar het Gerecht.

135. In dit verband zij opgemerkt dat de ISU een verzoek tot afdoening van het geding heeft ingediend, ervan uitgaande dat het Hof in geval van vernietiging van het bestreden arrest in staat zou zijn om het geding in zijn geheel af te doen. Niettemin moet worden vastgesteld dat de gronden voor vernietiging van het bestreden arrest niet kunnen leiden tot nietigverklaring van het gehele litigieuze besluit. Die gronden brengen immers enkel met zich mee dat dit besluit nietig moet worden verklaard voor zover daarin is vastgesteld dat de betrokken maatregelen ertoe strekken de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU. Overeenkomstig de in punt 123 van deze conclusie in herinnering gebrachte rechtspraak moet

[59] Zie punt 96 van deze conclusie.

[60] Zie de punten 100-104 van het bestreden arrest.

[61] Zie punt 108 van het bestreden arrest.

[62] Met betrekking tot de gegevens die het Gerecht in aanmerking heeft genomen, moet er in het bijzonder op worden gewezen dat het Gerecht in punt 97 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat de toelatingsregels de ISU toestaan om atleten te schorsen in geval van deelname aan niet-toegestane wedstrijden, zelfs wanneer er op hetzelfde tijdstip geen wedstrijd van de ISU is ingepland of de betrokken atleten om welke reden dan ook niet aan de wedstrijden van de ISU kunnen deelnemen.

derhalve worden nagegaan of, zoals de Commissie in het litigieuze besluit heeft gesteld, de betrokken regels „ten gevolge" hebben dat de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU.

136. Dit aspect van het geding vergt evenwel dat feitelijke vragen worden onderzocht op basis van elementen die het Gerecht in het bestreden arrest niet heeft beoordeeld, aangezien het heeft geoordeeld dat een dergelijk onderzoek overbodig was daar de Commissie geen vergissing had begaan door in het litigieuze besluit vast te stellen dat de betrokken maatregelen een mededingingsbeperkende strekking hadden. Hoewel bepaalde feitelijke aspecten wel degelijk aan de orde zijn gekomen tijdens de schriftelijke en de mondelinge behandeling voor het Gerecht, neemt dit niet weg dat alleen laatstgenoemde instantie bevoegd is om de feiten te beoordelen. Daarbij komt dat de vragen betreffende de analyse van de gevolgen voor de mededinging niet voor het Hof zijn besproken, zodat de zaak op dit punt niet in staat van wijzen is.

137. Bijgevolg dient de zaak te worden terugverwezen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten te worden aangehouden.

IV. Analyse van het eerste middel van de incidentele hogere voorziening

138. Met hun eerste middel, dat uit twee onderdelen bestaat, betwisten rekwiranten in de incidentele hogere voorziening het deel van het bestreden arrest waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat het door de ISU ingevoerde stelsel van exclusieve en verplichte arbitrage niet kon worden geacht de door de Commissie vastgestelde mededingingsbeperking naar strekking te „versterken".

139. Meer bepaald voeren rekwiranten in de incidentele hogere voorziening aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie in afdeling 8.7 van het litigieuze besluit niet kon concluderen dat de arbitrageregeling van de ISU de uit de toelatingsregels voortvloeiende mededingingsbeperking naar strekking versterkte. [63]

140. In het bestreden arrest heeft het Gerecht, anders dan de Commissie in het litigieuze besluit, in het algemeen geoordeeld dat de door de ISU ingestelde regels inzake de toepassing van arbitrage op het gebied van sport legitiem zijn [64] – welke regels het heeft onderzocht als een „verzwarende omstandigheid" en geanalyseerd op het gebied van de berekening van geldboeten [65] – en dat het volstaat dat benadeelde atleten de mogelijkheid hebben om achteraf een vordering tot schadevergoeding in te stellen bij de nationale rechter of een klacht in te dienen bij de nationale mededingingsautoriteiten of bij de Commissie teneinde de doeltreffendheid van de mededingingsregels van de Unie en het recht op effectieve rechterlijke bescherming te waarborgen. [66]

63 Zie de punten 131-164 van het bestreden arrest.

64 Zie de punten 154-156 van het bestreden arrest.

65 Punten 142-153 van het bestreden arrest.

66 Zie de punten 157-161 van het bestreden arrest.

A. Ontvankelijkheid en relevantie van het eerste middel

141. De door de ISU opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, waarin zij aanvoert dat het eerste middel van de incidentele hogere voorziening het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigt, dient meteen te worden afgewezen. Ook al vallen bepaalde door rekwiranten in de hogere voorziening aangehaalde elementen, zoals de vraag naar de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het CAS, inderdaad buiten het door het litigieuze besluit en het bestreden arrest afgebakende kader en moeten zij bijgevolg bij deze analyse buiten beschouwing worden gelaten, dit neemt niet weg dat de meeste van de door deze partijen aangedragen argumenten tijdens de procedure voor de Commissie en het Gerecht zijn besproken en thans geldig worden aangevoerd ter betwisting van het bestreden arrest.

142. Bovendien is de ISU van mening dat dit middel irrelevant is, aangezien de Commissie, zoals het Gerecht in de punten 132 en 137 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, in het litigieuze besluit slechts ten overvloede heeft geconcludeerd dat de door de ISU vastgestelde arbitrageregels hadden geleid tot een versterking van de mededingingsbeperking naar strekking, die door andere door haar ingestelde regels was teweeggebracht, namelijk de toelatings- en toestemmingsregels. Om die reden berust noch artikel 1 van het litigieuze besluit, waarin het bestaan van een inbreuk is vastgesteld, noch het deel van het bestreden arrest waarin de door de ISU aangevoerde beroepsmiddelen tegen dat artikel zijn afgewezen, volgens de ISU op enigerlei wijze op de beoordelingen van de Commissie en van het Gerecht met betrekking tot genoemde regels.

143. Niettemin moet worden vastgesteld dat, ook al konden die overwegingen als ten overvloede worden beschouwd doordat zij geen deel uitmaakten van die welke ten grondslag lagen aan de vaststelling van een inbreuk in artikel 1 van het litigieuze besluit, het Gerecht naar die beoordelingen heeft verwezen (zoals overigens ook de ISU zelf erkent in haar opmerkingen) om de artikelen 2 en 4 van het litigieuze besluit, waarin de Commissie de ISU op straffe van dwangsom heeft gelast om de vastgestelde inbreuk te beëindigen door haar regels te wijzigen (haar arbitrageregels daaronder begrepen), deels nietig te verklaren.[67]

144. Derhalve ben ik, onder voorbehoud van de vaststellingen in punt 141 van deze conclusie, van mening dat dit middel ontvankelijk en relevant moet worden geacht.

B. Ten gronde

1. Inleidende opmerkingen

145. Vooraf moet worden opgemerkt dat de woorden „verzwarende omstandigheid” die het Gerecht hanteert in verband met de door de ISU ingestelde arbitrageregels, en de analyse daarvan op het gebied van de berekening van geldboeten, voor enige verwarring zorgen.[68] Hetzelfde geldt voor de in het litigieuze besluit door de Commissie gegeven kwalificatie van de arbitrageregels als „versterkende factor” voor een mededingingsbeperking.

[67] Zie de punten 138 en 145 van het bestreden arrest.

[68] Zie de punten 142-153 van het bestreden arrest.

146. Wat in de eerste plaats het door het Gerecht gehanteerde begrip „verzwarende omstandigheid" betreft, verwijst het litigieuze besluit, zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt in punt 144 van het bestreden arrest, noch naar dit begrip, noch naar de richtsnoeren van 2006 voor de berekening van geldboeten [69]. Tegen die achtergrond valt moeilijk te begrijpen hoe het Gerecht in punt 148 van het bestreden arrest heeft kunnen oordelen dat de Commissie „de arbitrageregeling ten onrechte [had] aangemerkt als een verzwarende omstandigheid in de zin van de richtsnoeren van 2006".

147. Die verwarring komt ook tot uitdrukking in de opmerkingen van partijen. Terwijl de Commissie het Gerecht verwijt zijn redenering te hebben gebaseerd op de richtsnoeren van 2006, ook al heeft zij in het litigieuze besluit niet geoordeeld dat de arbitrageregeling een verzwarende omstandigheid vormde in de zin van die richtsnoeren, maken rekwiranten in de hogere voorziening in hun verwijzingen naar het litigieuze besluit geen gebruik van de door de Commissie in dat besluit gehanteerde woorden „versterkende factor", maar wel van de woorden „verzwarende omstandigheid", en voeren zij aan dat de Commissie de arbitrageregeling (naar hun mening terecht) heeft aangemerkt als een „verzwarende omstandigheid".

148. Niettemin moet worden vastgesteld dat de woorden „verzwarende omstandigheden" in overweging 28 van genoemde richtsnoeren worden gebruikt in verband met bepaalde situaties waarin een verhoging van een door de Commissie aan een inbreukmakende onderneming opgelegde boete gerechtvaardigd is, zoals recidivegedrag, weigering van medewerking of obstructie tijdens het verloop van het onderzoek, of ook het feit dat de betrokken onderneming een leidinggevende rol heeft gespeeld of tot de inbreuk heeft aangezet. [70]

149. Hoewel de verzwarende omstandigheden in de lijst in punt 28 van de richtsnoeren van 2006 niet uitputtend zijn opgesomd, hebben zij, zoals het Gerecht in punt 152 van het bestreden arrest terecht heeft vastgesteld, met elkaar gemeen hebben dat zij ongeoorloofde gedragingen of omstandigheden beschrijven die de inbreuk verergeren en een bijzondere veroordeling rechtvaardigen die zich vertaalt in een verhoging van de aan de verantwoordelijke onderneming opgelegde sanctie. Het is dan ook moeilijk voorstelbaar dat de opneming van een arbitrageclausule in de statuten van een sportfederatie – waarvan de legitimiteit vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt overigens niet wordt betwist door de Commissie – tot dergelijke situaties zou kunnen worden gerekend.

150. Wat betreft, in de tweede plaats, de door de Commissie gegeven kwalificatie van de arbitrageregels als „versterkende factor" voor een mededingingsbeperking, werpt deze benadering ook vragen op vanuit zowel materieelrechtelijk als methodologisch oogpunt. Met name rijst de vraag waarom de Commissie heeft vastgesteld dat er sprake was van elementen die een mededingingsbeperking kunnen versterken en de mogelijke rechtvaardiging daarvan kunnen beïnvloeden, zonder dat die elementen op zich een inbreuk vormen. Overigens vraag ik mij af wat de juridische waarde en het doel van een dergelijke kwalificatie is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt, aangezien die kwalificatie ten overvloede is verricht.

151. Bovendien is de beslissing van de Commissie om het stelsel van de exclusieve en verplichte arbitrage in het kader van een afzonderlijke analyse, los van de vaststelling van de inbreuk, aan te merken als „versterkende factor" voor de mededingingsbeperking op zijn minst merkwaardig te

[69] Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006").

[70] Zie de punten 150-152 van het bestreden arrest.

noemen.[71] In dit verband kan de vraag worden gesteld waarom de Commissie het onderzoek van de arbitrageclausules niet gewoon heeft meegenomen in haar analyse van de door de ISU uitgevaardigde regels, indien zij van oordeel was dat die regels de mededinging op enigerlei wijze ongunstig konden beïnvloeden. Dit wekt des te meer verbazing nu de Commissie alle door de ISU ingestelde regels (of haar normatieve „ecosysteem") lijkt te hebben beoordeeld om vast te stellen dat die de mededinging belemmerden.[72]

152. Na deze preciseringen moet thans worden nagegaan of het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, heeft kunnen oordelen dat het stelsel van exclusieve en verplichte arbitrage niet kon worden geacht de vastgestelde mededingingsbeperking te „versterken".

2. Eerste onderdeel van het eerste middel van de incidentele hogere voorziening

153. Met het eerste onderdeel van het eerste middel verwijten rekwiranten in de incidentele hogere voorziening het Gerecht dat het fouten heeft begaan bij zijn analyse van de rechtvaardigingsgronden van de exclusieve bevoegdheid van het CAS voor geschillen betreffende mededingingsbeperkende aspecten van niet-toelatingsbesluiten van de ISU.

154. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het betoog van rekwiranten in de incidentele hogere voorziening voornamelijk berust op een door hen gemaakt onderscheid tussen specifiek sportgerelateerde zaken waarvoor arbitrage door het CAS in beginsel kan worden gerechtvaardigd door legitieme belangen, en zaken met een economische dimensie zonder duidelijke verbanden met sport, die bijgevolg niet mogen worden onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van het CAS.

155. Die redenering is mijns inziens weinig overtuigend, aangezien zij steunt op een onderscheid dat „kunstmatig" aandoet. Hoewel in sommige gevallen een theoretisch onderscheid kan worden gemaakt tussen „zuiver sportzaken" (of zaken betreffende niet-economische aspecten van de sport) en „zuiver economische" zaken, is deze tweedeling in de praktijk echter verre van vanzelfsprekend, aangezien beide aspecten moeilijk van elkaar te scheiden zijn.

156. Neem nu het voorbeeld dat rekwiranten in de incidentele hogere voorziening hebben aangedragen ter ondersteuning van hun betoog, namelijk dat van een tot een individuele atleet gericht niet-toelatingsbesluit dat zou zijn genomen op basis van toelatingsregels die in strijd zouden zijn met het mededingingsrecht. Ik ben niet zeker of ik de redenering van die partijen kan volgen waar zij betogen dat een dergelijk besluit voornamelijk een kwestie van mededingingsrecht is en dat het feit dat het geschil in het kader van professionele sportbeoefening is gerezen, hooguit bijkomstig is. Het feit dat door een sportfederatie uitgevaardigde regels vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt worden aangevochten, betekent niet noodzakelijkerwijs dat een tegen een individuele atleet (op basis van die regels) genomen niet-toelatingsbesluit geen (zuivere) sportkwestie betreft. De omstandigheid dat door een sportfederatie uitgevaardigde regels inzake de organisatie van en de deelname van atleten aan bepaalde sportwedstrijden

[71] De beoordelingen betreffende de arbitrageregeling staan in een afdeling na de conclusie over het bestaan van een mededingingsbeperking, te weten afdeling 8.7 van het litigieuze besluit. In die afdeling is de Commissie niet tot de slotsom gekomen dat de arbitrageregeling een autonome inbreuk op het mededingingsrecht vormde, maar enkel dat deze de door de toelatingsregels teweeggebrachte mededingingsbeperking versterkte.

[72] Zo moet bijvoorbeeld worden vastgesteld dat de Commissie in besluit C(2018) 4761 final van 18 juli 2018 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-Overeenkomst (zaak AT.40099 – Google Android) „versterkende factoren" voor de vastgestelde beperking van de mededinging heeft onderzocht in de aan die vaststelling gewijde afdeling (overwegingen 1132-1145) en niet in een afzonderlijke afdeling volgend op die vaststelling.

onevenredig kunnen zijn aan de nagestreefde doelstellingen en negatieve gevolgen voor de mededinging kunnen hebben, houdt bijgevolg niet in dat de nagestreefde „sportdoelstellingen" zelf niet legitiem zijn.

157. In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat zowel de Commissie – in het litigieuze besluit – als het Gerecht – in het bestreden arrest – terecht heeft erkend dat het gebruik van een stelsel van exclusieve en verplichte arbitrage een algemeen aanvaarde methode voor geschillenbeslechting is en dat het aangaan van een arbitragebeding als zodanig niet de mededinging beperkt [73]. Bovendien is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) tot dezelfde conclusie gekomen door te oordelen dat het in een sportieve context gewettigd is om geschillen voor te leggen aan een gespecialiseerd internationaal arbitragetribunaal zoals het CAS, aangezien een dergelijk stelsel zorgt voor procedurele uniformiteit, rechtszekerheid alsook een snelle en efficiënte rechtsbedeling, waarbij het EHRM overigens ook de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het CAS heeft erkend. [74]

158. De organisatie of het verloop van om het even welke sportwedstrijd of -competitie is immers moeilijk denkbaar wanneer elke deelnemer (atleet of sportclub) de mogelijkheid zou hebben om een of ander aspect van een dergelijk evenement op welke rechtsgrondslag dan ook aan te vechten bij een nationale rechter of een andere rechterlijke instantie, met name omdat het hier internationale wedstrijden of competities betreft in het kader waarvan per definitie een groot aantal nationale rechters zou kunnen worden aangezocht, hetgeen automatisch tot versnippering van het huidige systeem zou leiden.

159. Gelet op het voorgaande ben ik het eens met de beoordeling van het Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest, volgens welke het bindende karakter van arbitrage en het feit dat de arbitrageregeling bepaalt dat enkel het CAS bevoegd is om kennis te nemen van geschillen over niet-toelatingsbesluiten, kunnen worden gerechtvaardigd door legitieme belangen die verband houden met de specifieke kenmerken van sport. Derhalve ben ik van mening dat een niet-statelijk stelsel van geschillenbeslechting in eerste of tweede aanleg door een instantie zoals het CAS, waarvan de besluiten – hoe beperkt ook – openstaan voor beroep in laatste aanleg bij een nationale rechter, passend is op het gebied van internationale sportarbitrage.

160. Gelet op een en ander ben ik van mening dat het eerste onderdeel van het eerste middel van de incidentele hogere voorziening moet worden afgewezen.

C. Tweede onderdeel van het eerste middel van de hogere voorziening

161. Met het tweede onderdeel van hun eerste middel betogen rekwiranten in de incidentele hogere voorziening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door tot de slotsom te komen dat de arbitrageregeling de volle doeltreffendheid van het mededingingsrecht van de Unie en het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming niet ondermijnt. In dit verband werpen die rekwiranten een reeks vragen op die zijn besproken tijdens de procedure bij de Commissie en het Gerecht en die zij thans aanvoeren om het bestreden arrest te betwisten. Meer bepaald stellen zij de beoordeling van het Gerecht ter discussie met betrekking tot, ten eerste, het feit dat het CAS en het Zwitserse federale gerechtshof „geen deel uitmaken" van het rechterlijke systeem van de Unie en de grenzen waarbinnen die beide instanties rekening houden met het mededingingsrecht van de Unie, ten tweede, het de facto verplichte karakter van het

[73] Zie punt 154 van het bestreden arrest en overweging 269 van het litigieuze besluit.

[74] Zie EHRM, 2 oktober 2018, Mutu en Pechstein tegen Zwitserland, CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, §§ 98 en 159.

betrokken arbitragestelsel voor de atleten en, ten derde en tot slot, de versnipperde, beperkte en uiteindelijk ondoeltreffende mogelijkheden voor nationale rechters om controle uit te oefenen op disciplinaire maatregelen van de ISU en op de scheidsrechterlijke uitspraken in dat verband. [75]

162. In de eerste plaats breng ik in herinnering dat de rechtsorde van de Unie berust op een rechterlijk systeem dat de coherente en eenvormige uitlegging van het Unierecht dient te verzekeren. In dat kader staat het aan de nationale rechterlijke instanties en aan het Hof om te waarborgen dat het Unierecht in alle lidstaten ten volle en doeltreffend wordt toegepast en dat de justitiabelen rechterlijke bescherming genieten van de rechten die zij aan dat recht ontlenen [76], daaronder begrepen op het gebied van het mededingingsrecht [77]. In dit kader kan het gebruik van een arbitrageprocedure afbreuk doen aan de volle werking en de eenvormigheid van het Unierecht alsmede aan de mogelijkheid om effectieve rechterlijke bescherming te verkrijgen wanneer het scheidsgerecht geen deel uitmaakt van het rechterlijke systeem van de Unie en niet is onderworpen aan een volle toetsing van de naleving van het mededingingsrecht van de Unie door nationale rechters. [78]

163. In dit verband zij opgemerkt dat het Hof onderscheid maakt tussen enerzijds met lidstaten gesloten verdragen waarin de arbitrageprocedure aan de particuliere partijen wordt opgelegd en beoogt geschillen te onttrekken aan de bevoegdheid van hun eigen rechterlijke instanties, en anderzijds handelsarbitrage die voortkomt uit de vrijelijk uitgedrukte wil van de betrokken partijen met betrekking tot geschillen tussen partijen van gelijke rang. [79]

164. Ter ondersteuning van hun incidentele hogere voorziening betogen rekwiranten dat de hier aan de orde zijnde arbitrageregeling geen werkelijke handelsarbitrage is en op dezelfde grondslag moet worden beoordeeld als in de zaken Achmea en PL Holdings, aangezien de aan de atleten opgelegde exclusieve bevoegdheid van het CAS vergelijkbaar is met die welke de lidstaten opleggen aan particulieren in het kader van bilaterale investeringsverdragen. Ik ben evenwel van mening dat de in die zaken gevolgde redenering hoe dan ook niet kan worden toegepast op de arbitrageregeling die in de onderhavige zaak aan de orde is, met name vanwege de verschillen in arbitrageprocedures.

165. Anders dan in de zaken Achmea en PL Holdings, die betrekking hadden op een met een lidstaat gesloten (bilateraal investerings)verdrag en waarin de beginselen van wederzijds vertrouwen en loyale samenwerking tussen de lidstaten aan de orde waren, op grond waarvan lidstaten niet mogen toestaan dat particulieren geschillen onderwerpen aan een orgaan dat geen deel uitmaakt van het rechterlijke systeem van de Unie [80], is de in het hoofgeding aan de orde zijnde arbitrageregeling van toepassing op de relaties tussen particuliere partijen en een internationale sportfederatie (en niet een lidstaat). Zoals het Gerecht heeft opgemerkt in punt 162 van het bestreden arrest, is het CAS immers niet opgericht bij een verdrag waarbij de lidstaten ermee hebben ingestemd om geschillen die betrekking kunnen hebben op de toepassing

[75] Zie de overwegingen 270-286 van het litigieuze besluit.

[76] Zie arrest van 6 maart 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punten 35 en 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[77] Zie arrest van 9 februari 2022, Sped-Pro/Commissie (T-791/19, EU:T:2022:67, punt 91).

[78] Zie arresten van 26 oktober 2021, PL Holdings (C-109/20, EU:C:2021:875, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 6 maart 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punten 58-60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[79] Zie arrest van 6 maart 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[80] Zie arresten van 26 oktober 2021, PL Holdings (C-109/20, EU:C:2021:875, punten 45-47), en 6 maart 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punten 58-60).

of de uitlegging van het mededingingsrecht te onttrekken aan de bevoegdheden van hun eigen rechters. Bijgevolg moet een toepassing naar analogie van de uit genoemde arresten voortvloeiende beginselen om bovengenoemde redenen worden afgewezen.

166. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat zowel rekwiranten in de incidentele hogere voorziening als de Commissie het Gerecht verwijten geen rekening te hebben gehouden met de concrete modaliteiten van sportarbitrage, en met name met het feit dat hier eigenlijk geen sprake is van een handelsarbitrageprocedure die beide partijen vrijelijk zijn overeengekomen, maar van een eenzijdig en exclusief door de ISU aan de atleten opgelegde arbitrageregeling, op straffe van een verbod op deelname aan de door die federatie georganiseerde wedstrijden, hetgeen er dus op neerkomt dat het voor die atleten onmogelijk wordt om hun beroep uit te oefenen.

167. Zelfs al zou er sprake zijn van een „ongelijke machtsverhouding" tussen een sportfederatie en de atleten, die tot de aanname kan leiden dat zij geen andere keuze hebben dan de regels van die federatie te volgen [81], dan nog ben ik van mening dat een dergelijk argument niet kan slagen wanneer, ten eerste, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het CAS niet in twijfel worden getrokken en, ten tweede, de gebruikmaking van de arbitrage van het CAS kan worden gerechtvaardigd door legitieme belangen in verband met het vereiste dat sportgeschillen worden voorgelegd aan een gespecialiseerde rechter [82].

168. Bijgevolg ben ik net als het Gerecht van mening dat de hier in geding zijnde arbitrageregeling in concreto en op zich niet kan leiden tot een versterking van de door de toelatingsregels van de ISU teweeggebrachte mededingingsbeperking.

169. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat het eerste middel van de incidentele hogere voorziening moet worden afgewezen.

V. Conclusie

170. Gelet op het bovenstaande geeft ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

– het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 16 december 2020, International Skating Union/Commissie (T-93/18, EU:T:2020:610), wordt vernietigd;

– de zaak wordt terugverwezen naar het Gerecht van de Europese Unie;

– de incidentele hogere voorziening wordt afgewezen;

– de beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

[81] Zie EHRM, 2 oktober 2018, Mutu en Pechstein tegen Zwitserland, CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, §§ 113-115.

[82] Zie de punten 157-159 van deze conclusie.