

ANNOTATIE

Ali Riza e.a. t. Turkije (EHRM, nrs. 30226/10 e.a.) – Het recht op een eerlijk proces in (gedwongen) sportarbitragezaken: Deel II

D.A.G. van Toor

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28-01-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0128JUD003022610 (EHRC-2020-0074)

1. Het arrest in de onderhavige zaak kan als vervolg worden gezien op het vorig jaar door mij geannoteerde arrest *Mutu & Pechstein*[1] over sportarbitrage (en een derde deel over dezelfde kwestie wordt verwacht omdat de eerste klager een separate klacht tegen Zwitserland, huisvester van het TAS-CAS, heeft ingediend[2]). Deze annotatie begint dan ook met een korte samenvatting van *Mutu & Pechstein* (randnummers 2-3). Daarin wordt de klacht over de partijdigheid en afhankelijkheid van de arbiters in *concreto* getoetst, ondanks duidelijke aanwijzingen van structurele, organisatorische en financiële afhankelijkheid in *abstracto*. In *Ali Riza e.a.* wordt het algemene uitgangspunt van toetsing in *concreto* gehandhaafd, maar het EHRM toetst in de onderhavige zaak echter zeer abstract en overweegt dat structuurkenmerken mede aanleiding kunnen geven om van afhankelijkheid en partijdigheid van arbiters in *abstracto* te spreken (randnummers 4 en 6). Dit is het belangrijkste punt uit het onderhavige arrest. Daarnaast maakt het EHRM een belangrijk onderscheid in het toepassingsbereik van art. 6 EVRM, namelijk dat alleen wanneer bewezen kan worden dat de sporter inkomsten derft hij een beroep kan doen op de bescherming van het eerlijk-procesrecht onder de *civil limb* (randnummer 5). In randnummer 8 worden de vereisten voor gedwongen arbitrage, zoals die volgen uit *Mutu & Pechstein* en *Ali Riza e.a.*, samengevat en op een rijtje gezet.

2. Het arrest *Mutu & Pechstein* werd door het sportarbitrage­tribunaal (TAS-CAS) als overwinning gevierd,[3] ondanks dat het EHRM ook kritisch op de procedure bij het TAS-CAS was. Het TAS-CAS ziet het arrest in *Mutu & Pechstein* als een bevestiging dat het sportarbitrage­tribunaal een noodzakelijk tribunaal is voor de uniformiteit van uitspraken van verschillende landen in geschillen tussen sporters en sportbonden (met een internationaal karakter). Deze uitkomst lag in de lijn der verwachting op basis van eerdere nationale rechtspraak over dit thema uit Duitsland en Zwitserland.[4] Bij het EHRM ging het echter niet zozeer om de *status* van het TAS-CAS, maar vooral over de *procedure* bij het tribunaal.

De belangrijkste vraag voor het EHRM in *Mutu & Pechstein* betrof of de sportarbitrage­procedure moet voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM. Het EHRM oordeelde dat daarvan geen sprake is als vrijwillig, rechtmatig en ondubbelzinnig afstand wordt gedaan van dit recht (par. 103), en als het TAS-CAS ‘een onafhankelijk en onpartijdig gerecht [is] dat bij de wet is ingesteld’[5]. In *Pechstein* werd geoordeeld dat bij professionele schaatsers en schaatssters sprake was van *gedwongen* arbitrage, doordat de Internationale Schaatsbond (ISU) oplegt dat conflicten door het TAS-CAS worden beslecht en de sporters anders van deelname aan wedstrijden georganiseerd onder de vlag van de ISU worden uitgesloten, waardoor art. 6 EVRM van toepassing is op de procedure (par. 115). In *Mutu* werd geoordeeld dat de klager niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van de toepassing van art. 6 EVRM (par. 121), ondanks dat de Wereldvoetbalbond (FIFA) en de Britse Voetbalassociatie (FA) geen arbitrage voorschrijven in voetbal gerelateerde kwesties.

Doordat in beide zaken sprake is van gedwongen arbitrage, is art. 6 EVRM van toepassing (par. 145) omdat sprake is van een beslissing door een “gerecht dat bij wet is ingesteld” (par. 149). In beide zaken werd echter *in concreto* geen schending van art. 6 EVRM begaan in de procedure bij het TAS-CAS.

3. Toch zitten er wel een aantal haken en ogen aan het arrest *Mutu & Pechstein*. Het oordeel van het EHRM dat de arbiters in de onderhavige zaken (dus *in concreto*) in voldoende mate onafhankelijk en onpartijdig zijn, is goed te volgen. Dat laat echter onverlet dat op structureel, organisatorisch en financieel niveau de olympische comités en de sportbonden een (hele dikke) vinger in de pap van het TAS-CAS hebben. In mijn annotatie bij *Mutu & Pechstein* is beschreven hoe de arbiters worden benoemd.[6]

Kort gezegd, verkrijgen alle raadsliden bij organen die de arbiters benoemen hun positie direct of indirect doordat zij door de *sports governing bodies* (SGB’s) worden benoemd. De vraag is dus of het TAS-CAS als structuur en als organisatie wel voldoende onafhankelijk en onpartijdig is van de sportbonden, zeker wanneer een sporter tegen een sportbond klaagt.[7]^[8]

4. Het EHRM maakte in *Mutu & Pechstein*, en ook in de algemene overwegingen in *Ali Riza e.a.* (par. 209), duidelijk dat een *gebiaste* benoemingsprocedure niet betekent dat arbiters *in een concrete zaak* afhankelijk van de sportbonden of verenigingen en partijdig voor diezelfde organisaties oordelen. In beginsel moet de onafhankelijkheid en onpartijdigheid altijd *in concreto* worden getoetst. In *Mutu & Pechstein* leidde de structurele, organisatorische en financiële afhankelijkheid – en de daardoor ontstane (grote?) kans op partijdigheid – enkel tot een vlijmscherpe *dissent* van Keller en Serghides.

Onder voorzitterschap van Spano wordt in *Ali Riza e.a.*, ondanks de herhaling van het algemene uitgangspunt dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid *in concreto* moeten worden getoetst, overwogen dat een gerechtvaardigde twijfel over de onafhankelijkheid van arbiters op basis van structuurkenmerken *in abstracto* kunnen ontstaan (par. 222). Op dit punt is het arrest in *Ali Riza e.a.* van groot belang voor gedwongen (sport)arbitrage. Dit punt wordt hieronder in randnummer 6 nader uitgewerkt.

5. Een tweede interessant punt is het onderscheid dat het EHRM maakt tussen gedwongen arbitrage bij professionele sporters en amateursporters. Wanneer inkomstenverlies op het spel staat in de gedwongen arbitrageprocedure dan is art. 6 EVRM (de civiele poot) van toepassing, terwijl dit niet zo is als “slechts” het uitoefenen van een hobby wordt beperkt door een schorsing. Dat amateurvoetballers aardig wat (zwart) geld kunnen verdienen doet niet ter zake.[9] Pas als de amateursporters kunnen bewijzen dat zij inkomsten genieten door de uitoefening van de sport kunnen zij aanspraak maken op bescherming van art. 6 EVRM bij gedwongen sportarbitrage (par. 155).

6. Laat ik, voordat een inhoudelijke analyse van de belangrijkste overwegingen met betrekking tot de toetsing van onafhankelijkheid *in abstracto* plaatsvindt, beginnen met de opmerking dat het Turkse voetbal bekend staat om disputen over het niet betalen van salarissen (en het op allerlei manieren dwingen van spelers om onder contracten uit te komen).[10] Om het systeem van het niet nakomen van verplichtingen in stand te houden, is het logisch dat de voetbalverenigingen kiezen voor een gedwongen arbitrageprocedure (zonder mogelijkheid tot toegang tot nationale of internationale gerechten) op basis van structurele, organisatorische en financiële afhankelijk van de arbiters aan organen waarin de verenigingen de meerderheid van de stemmen hebben. Dit klinkt cynisch, maar ik geloof niet in de toevalligheid van de samenloop tussen de voetbalcompetitie met de grootste betalingsachterstand en een waardeloos arbitragesysteem. De FIFPRO, de wereldwijd actieve belangenorganisatie voor professionele voetballers, ook niet. Deze organisatie was er na het onderhavige arrest als de kippen bij om de Turkse voetbalbond op te roepen de kritiek eindelijk eens serieus te nemen en drastische hervormingen door te voeren.[11]

Een van de structurele tekortkomingen in de benoemingsprocedure van arbiters ten tijde van de onderhavige zaak is dat het *Congres* van de TFF (volgens de reglementen van de Turkse voetbalbond is dit de *main decision-making organ* (par. 55)) en de *Board of Directors* voor de meerderheid bestaan uit vertegenwoordigers van de betaald voetbalverenigingen (par. 210-211). De bestuursraad, de executieve “macht” met veertien leden plus een voorzitter, wordt bij eenvoudige meerderheid door het congres benoemd, maar niet noodzakelijkerwijs uit de rangen van het congres (par. 64). In het congres hebben onder andere de voorzitters van de voetbalverenigingen uit de hoogste divisie zitting, en zij mogen zes (!) extra gedelegeerden benoemen. Voorzitters van verenigingen tot met het vierde niveau hebben zitting in het congres. Daar staat tegenover dat alleen vijf gepensioneerde voetballers die meer dan 75 keer voor het nationale elftal zijn uitgekomen zitting hebben in het congres. Actieve spelers of belangenorganisaties van actieve spelers hebben geen zitting in het congres.

De leden van de *Arbitration Committee* (AC) – een voorzitter, zes leden en zes vervangende leden – worden allen op voordracht door de voorzitter van de bestuursraad door de bestuursraad benoemd. Dus doordat het congres voor de meerderheid bestaat uit belangenbehartigers van de verenigingen, het congres bij eenvoudige meerderheid de bestuursraad kiest, en de bestuursraad de arbiters benoemd, hebben de belangenbehartigers van de voetbalverenigingen indirect de zeggenschap over de benoeming van arbiters. Dit is een structurele tekortkoming in de onafhankelijke positie van de arbiters ten opzichte van een van de twee partijen in een geschil tussen voetballers/werknemers enerzijds en de vereniging/werkgever anderzijds. Vanwege de precedentenwerking die oordelen van de AC ten opzichte van alle clubs heeft, ligt het voor de hand dat de AC stelselmatig de zijde van de verenigingen kiest (par. 220).

Het EHRM noemt nog verdere structurele, organisatorische en financiële tekortkomingen binnen de organisatie van de TFF. Ten eerste is dat de koppeling van de benoemingsperiode van arbiters aan de benoemingsperiode van de bestuursraad (par. 213), die slechts vier jaar bedraagt, waarbij een lange termijn juist een waarborg voor onafhankelijk is (*partly concurring partly dissenting opinion* Bosnjak, rn. 4). Ten tweede het feit dat de betaling wordt geregeld door de voetbalbond. Maar het EHRM benadrukt ook dat enkel de financiële afhankelijkheid onvoldoende is om afhankelijk en partijdigheid in *abstracto* vast te stellen (een Staat betaalt namelijk altijd zijn rechters, par. 214). Ten derde is niet in een wrakingsprocedure voor arbiters binnen het TFF voorzien (par. 215). Ten vierde genieten de arbiters geen immuniteit, en zijn dus afhankelijk van de bestuursraad (*partly concurring partly dissenting opinion* Bosnjak, rn. 3). Deze ‘structural deficiencies of the Arbitration Committee’ en ‘the vast powers given to the Board of Directors over its organisation and operation’ leiden volgens het EHRM tot gerechtvaardigde twijfel dat onvoldoende waarborgen bestaan om de onafhankelijkheid en

onpartijdigheid van arbiters te garanderen (par. 222). Deze toetsing in *abstracto* – het EHRM heeft het namelijk niet over de in de twee zaken oordelende arbiters – is voor het EHRM voldoende om een schending van art. 6 EVRM vast te stellen.

Hier blijft het echter niet bij. Op basis van art. 46 EVRM oordeelt het Hof dat sprake is van systematische problemen (par. 241) en dat Turkije, waarschijnlijk bij monde van de voetbalbond, de institutionele basis van de AC moet herzien zodat de AC organisatorisch onafhankelijk van de bestuursraad kan opereren. Dit is van groot belang omdat in gedwongen arbitrageprocedures in het algemeen, maar bij de Turkse voetbalbond in het bijzonder, vaak één zwakke partij (in dit geval sporters) moet opboksen tegen de macht van georganiseerde bonden en de daaronder uitkomende verenigingen.

7. Om de situatie bij de TFF beter te kunnen beoordelen, wordt hier een korte vergelijking gemaakt met de benoeming van arbiters bij de KNVB. In het Arbitragereglement van de KNVB van januari 2020^[12] is de benoeming van arbiters in art. 4 tot en met 6 geregeld. Het College van Arbiters bestaat uit 17 leden, waarvan vijf A-leden en twaalf B-leden. A-leden moeten lid zijn van de KNVB en een universitaire rechtenopleiding hebben voltooid. De B-leden, die ook lid van de KNVB moeten zijn, vertegenwoordigen de drie partijen: (i) bestuurders; (ii) oefenmeesters; en (iii) spelers. Alle drie de partijen hebben het recht om eenderde van de twaalf leden voor te dragen. Op grond van art. 6 benoemt de bondsvergadering van de KNVB uit een door het bondsbestuur van de KNVB op te maken bindende voordracht de A-leden en uit een bindende voordracht vanuit een van voornoemde partijen de B-leden.

Het bondsbestuur is het bestuur van de KNVB (een vereniging) en bestaat uit de bondsvoorzitter, de voorzitter van het bestuur Betaald Voetbal en de voorzitter van het bestuur Amateur Voetbal. De bondsvoorzitter wordt benoemd door de bondsvergadering, en de laatste keer geselecteerd door een speciaal daarvoor samengestelde sollicitatiecommissie.^[13] De bondsvergadering (de algemene vergadering van de vereniging) bestaat uit vertegenwoordigers van zowel het betaald (dertig vertegenwoordigers; vijftien per betaald voetbal divisie) als het amateur voetbal (dertig vertegenwoordigers). Bij de benoeming van de arbiters zijn zij echter gebonden aan de voordracht van het bestuur (vijf leden) of de partijen (twaalf leden). In *abstracto* speelt bij de KNVB dus niet de dominantie van de betaald voetbal verenigingen bij de samenstelling van het College van Arbiters.

In *concreto* wordt een geschil beslecht door een A-lid als voorzitter en geflankeerd door twee B-leden (art. 20). Verschillende regelingen omtrent het einde van het lidmaatschap van het College van Arbiters zijn neergelegd in art. 8, waaronder de maximale zittingsduur van twaalf jaar. In art. 23 en 24 zijn respectievelijk de ontheffing van een arbiter en de wraking geregeld. Hoger beroep tegen het vonnis staat niet open (art. 74), maar vernietiging op limitatieve

gronden (bij marginale toetsing) is wel mogelijk op grond van art. 1065 Rv.[14] Ook in *concreto* bestaan derhalve mogelijkheden om de afhankelijkheid en partijdigheid tijdens de procedure of daarna aan de kaak te stellen. Onder de mogelijkheid tot vernietiging op basis van art. 1065 lid 1 onder e RV – strijd met de openbare orde – valt onder andere de situatie dat de institutionele wrakingsprocedure niet de vereiste onafhankelijkheid bood.[15]

8. Afsluitend kom ik terug op de onderhavige zaak, en het arrest in *Mutu & Pechstein*. Aan de hand van deze arresten kunnen de volgende conclusies over arbitrage worden getrokken: als sprake is van vrijwillige arbitrage en een *unequivocal waiver* dan zijn de eerlijk-procesrechten niet van toepassing op de procedure (*Mutu*). Bij een gedwongen procedure, en bij vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (vgl. het verschil tussen professionele sporters en hobbyisten, *Ali Riza e.a.*), is art. 6 EVRM van toepassing op de arbitrageprocedure. Dat houdt onder meer in dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid in *abstracto* van de arbiters moet zijn gewaarborgd (*Ali Riza e.a.*). Die is niet gewaarborgd als een structurele disbalans bestaat tussen leden van het tribunaal benoemd door de verenigingen en leden benoemd door de sporters in de organen die arbiters benoemen. Om de abstracte onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen lijken immuniteit voor arbiters en een benoemingsperiode van voldoende lengte noodzakelijk (*Ali Riza e.a.*). Ook moeten “normale” processuele mogelijkheden bestaan om de partijdigheid en afhankelijkheid van arbiters aan de kaak te stellen (*Ali Riza e.a.*). Ten slotte moeten redelijke verzoeken van personen die worden gedwongen tot arbitrage op het toepassen van een eerlijk-procesrecht, in dit geval een openbare zitting, worden gehonoreerd (*Pechstein*).

In deze samenvatting zijn de arresten *Mutu & Pechstein* en *Ali Riza e.a.* tezamen besproken. De vraag is of dit volledig terecht is. In *Mutu & Pechstein* ging het om een internationaal sportarbitrage-tribunaal dat is opgericht om uniformiteit in sportrecht bij internationale geschillen te garanderen (zodat vergelijkbare zaken binnen verschillende landen niet anders worden berecht),[16] waartegen cassatie bij een nationaal gerecht – namelijk het Zwitserse Hooggerechtshof – openstaat. In *Ali Riza e.a.* gaat het om een volledig nationaal georiënteerd arbitrage-tribunaal, waartegen *geen* beroep of cassatie openstaat. Omdat tegen uitspraken van het TAS-CAS cassatie kan worden ingesteld bij een duidelijk onafhankelijk en onpartijdig Hooggerechtshof maar dat bij de Turkse AC niet kan, is het mogelijk dat de toetsing in *abstracto* van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid alleen geldt voor *gesloten* stelsel van arbitrage. Mogelijk biedt de eerder aangestipte klacht tegen Zwitserland van de eerste klager in onderhavige zaak daarover uitkomst.

Dave van Toor

- [1] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor.
- [2] *Ali Rıza t. Switzerland*, nr. 74989/11.
- [3] <https://www.tas-cas.org/medias/liste-de-diffusion/cas-statement-on-the-echr-decision-in-the-case-pechstein-mutu-and-switzerland.html>, laatst geraadpleegd op 12 maart 2020.
- [4] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 1.
- [5] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 7.
- [6] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 3.
- [7] *Mutu & Pechstein t. Zwitserland*, EHRM 2 oktober 2018, nrs. 40575/10 & 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, «EHRC» 2019/43 m.nt. Van Toor, rn. 8.
- [8] Overigens heeft het TAS-CAS begin 2019 wijzigingen doorgevoerd in *The Code of Sports-related Arbitration*, maar het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om de wijzigingen te bespreken. Zie een bestand met *track changes*: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Amendments_Code_2019__en_.pdf, laatst geraadpleegd op 16 maart 2020.
- [9] Zie bijvoorbeeld <https://nos.nl/artikel/2293566-hoe-hoger-het-niveau-in-het-amateurvoetbal-hoe-slechter-de-financien.html>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.
- [10] Zie een bericht uit november 2019 van het representatieve orgaan voor professionele voetballers: <https://www.fifpro.org/en/rights/warning-on-turkish-football-clubs>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020. Zeven jaar geleden werden voetballers al gewaarschuwd niet naar de Egeïsche regio te transfereren. <http://www.businessofsoccer.com/2013/08/22/unpaid-wages-becoming-a-consistent-issue/>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020. De VVCS, de Nederlandse belangenorganisatie voor betaald voetballers, uitte destijds de verwachting dat 50% van de Nederlandse voetballers in die regio te maken zouden krijgen met betalingsproblemen.
- [11] <https://fifpro.org/en/rights/turkish-arbitration-needs-reform>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.
- [12] <https://www.knvb.nl/downloads/bestand/18807/reglementen-bondsvergadering-seizoenen>

2019-20, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.

[13] <https://www.knvb.nl/nieuws/organisatie/berichten/55404/bondsbestuur-draagt-just-spee-voor-als-nieuwe-voorzitter-knvb>, laatst geraadpleegd op 13 maart 2020.

[14] Bij bedrog bestaat de mogelijkheid tot herroeping, artikel 1068 Rv.

[15] I.P.M. van den Nieuwendijk, 'De nieuwe arbitragewet gezien vanuit het perspectief van de gewone rechter', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2014, 4, p. 107.

[16] F.M. de Weger, 'De procedure voor het internationale sport- arbitragehof CAS', *Tijdschrift voor Sport & Recht* 2018, 4, p. 76.