

Impressies

De uitleg van een olympische Topsportersovereenkomst: Van Gelder/ NOC*NSF onder de loep

Mr. M.A. de Vlieger*

1. Inleiding

Niet vaak trok een civiele rechtszaak zoveel media-aandacht als het kort geding dat op 12 augustus 2016 diende tussen NOC*NSF en topturner Yuri van Gelder. Verscheidene media zetten livestreams op, zodat heel Nederland mee kon kijken en luisteren naar de mondelinge behandeling die plaatsvond ten overstaan van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland. De aanleiding van het geding zal in de herinnering van menig sportliefhebber nog wel even blijven beklijven. Op 6 augustus 2016 kwalificeerde Van Gelder zich voor de individuele olympische ringenfinale in Rio de Janeiro, een resultaat dat hij vierde met een nachtelijk uitstapje met alcoholgebruik buiten het olympisch dorp. Het gaf NOC*NSF aanleiding om Van Gelder uit te sluiten van verdere deelname aan de Olympische Spelen en naar huis te sturen. Van Gelder vocht dit besluit aan via een kort geding voor de civiele rechter en vorderde van NOC*NSF alles te doen wat nodig was om hem alsnog in staat te stellen de ringenfinale in Rio te turnen. De kern van de zaak was dus: was Van Gelder terecht of onterecht naar huis gestuurd? Terecht, zo vond de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland. Enkele uren na de zitting van 12 augustus 2016 publiceerde de Rechtbank Gelderland een zogenoemd kop-staartvonnis. Meteen werd duidelijk dat Van Gelder bakzeil haalde bij de voorzieningenrechter. NOC*NSF werd in het

gelijk gesteld en Van Gelder kon definitief fluiten naar de olympische ringenfinale. Het volledige vonnis werd op 15 augustus 2016 gepubliceerd (hierna: het vonnis).¹

Naar zijn aard is het vonnis een oordeel met een voorlopig karakter. In kort geding beperkt een voorzieningenrechter zich nu eenmaal tot een voorlopige inschatting van de uitkomst van een (eventuele) bodemzaak. Niettemin geeft het vonnis aanleiding tot een kritische evaluatie. Zo zal ook in kort geding het juiste toetsingskader moeten worden toegepast; de bodemrechter zal daar ook van uit moeten gaan en daar dient een voorzieningenrechter op te anticiperen.

In deze bijdrage stel ik het in Van Gelder/NOC*NSF toegepaste toetsingskader ter discussie. De bijdrage is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een analyse van het vonnis van de voorzieningenrechter. In paragraaf 3 wordt bepleit dat de voorzieningenrechter (deels) uit is gegaan van een onjuist toetsingskader. Naar mijn oordeel heeft de voorzieningenrechter bij de voorlopige uitleg van de tussen Van Gelder en NOC*NSF gesloten overeenkomst ten onrechte verzuimd acht te slaan op de Haviltex-criteria. Paragraaf 4 is gewijd aan de gewenste rol van het proportionaliteitsbeginsel in de kwestie Van Gelder. Ten slotte concludeer ik dat toepassing van het juiste toetsingskader tot een ander resultaat had kunnen leiden en geef ik enkele suggesties over de wijze waarop afspraken tussen het NOC*NSF en olympische atleten in de toekomst vormgegeven zouden kunnen worden.

* Mr. M.A. de Vlieger is advocaat bij BASE Advocaten in Rotterdam.

1. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504 (Van Gelder/NOC*NSF).

2. Het vonnis

2.1 De feiten

Uit het vonnis blijkt dat de voorzieningenrechter kortweg van de volgende feiten uitgaat.² Van Gelder verliet op 6 augustus 2016 om 19.08 uur het olympisch dorp en keerde op zondagmorgen 7 augustus 2016 om 5.08 uur terug. Dit volgt uit de pasregistratie. Wat zich die nacht exact heeft afgespeeld, kan niet nauwkeurig worden vastgesteld. Wel staat volgens de rechter vast dat Van Gelder in het Holland Heineken House vier of vijf bierjes heeft gedronken en op enig moment een nachtclub heeft bezocht. Ook moet het er, aldus de voorzieningenrechter, voor gehouden worden dat Van Gelder na het verlaten van het Holland Heineken House aanmerkelijk meer heeft gedronken en die nacht behoorlijk is doorgezakt. Verder wordt een WhatsApp-bericht aangehaald dat de trainer van Van Gelder op 6 augustus 2016 rond 21.00 uur aan Van Gelder verstuurd: 'We moeten morgen trainen!!! Ochtend van 9.30 tot 11!! Dan komt het goed uit met nog 4 volle trainingen!' Volgens de rechter was dit een training die 'paste in het trainingsprogramma'. Van Gelder reageerde niet op het bericht van zijn trainer en op zondagochtend 7 augustus 2016 verscheen Van Gelder niet op de desbetreffende training. Op 8 augustus 2016 besloot NOC*NSF na enkele gesprekken met Van Gelder, waarin Van Gelder zich kennelijk niet erg coöperatief of schuld bewust opstelde, en na verder intern beraad om Van Gelder uit te sluiten van verdere deelname aan de Olympische Spelen. Van Gelder is vervolgens naar het vliegveld begeleid voor een terugvlucht naar Nederland. NOC*NSF meldde Van Gelder vervolgens bij de internationale gymnastiekfederatie af voor de ringfinale.

2.2 De rechtsverhouding

De beslissing van NOC*NSF is volgens de voorzieningenrechter genomen op basis van de tussen NOC*NSF en Van Gelder in het kader van de voorbereiding en deelname aan de Olympische Spelen van Rio 2016 gesloten Topsportersovereenkomst die NOC*NSF met alle olympische atleten sloot.³ In deze Topsportersovereenkomst, waardoor de rechtsverhouding tussen partijen dus werd bepaald, staat onder meer het volgende:⁴

'Artikel 6.3

De Topsporter spant zich zoveel als mogelijk in om maximaal sportieve prestaties te leveren zowel ter voorbereiding op als tijdens de Olympische Spelen en geeft daartoe volledig en toegewijd en met een optimale sportieve inzet uitvoering aan het Programma.

Artikel 6.4

De Topsporter gedraagt zich op een zodanige wijze als van een goed lid van TeamNL (Rio 2016) ver-

wacht mag worden, zowel tijdens de sportbeoefening als daarbuiten en neemt daarbij onder meer maar niet uitsluitend het gestelde in de IOC Code of Ethics in acht.

Artikel 20

1. NOC*NSF kan bij niet-naleving door de Topsporter van een of meer van in deze overeenkomst opgenomen verplichtingen, een of meer van de navolgende maatregelen nemen:

a) uitsluiting van deelname aan de Olympische Spelen;

b) verlies van (het recht op) de medaillebonus;

c) uitsluitend in geval van schending van die artikelen dan wel regels met betrekking tot associatie met Olympische symbolen en terminologie, marketing, media en publiciteit: het opleggen van een boete met een maximum van € 25.000,- per overtreding. De hoogte van de opgelegde boete is afhankelijk van de ernst van de schending en de draagkracht van de Topsporter.

2. Voordat NOC*NSF een besluit neemt over het al dan niet naleven van de in de overeenkomst opgenomen verplichtingen en het opleggen van een maatregel zoals bedoeld in lid 1 van dit artikel wordt de Topsporter altijd gehoord.

3. Indien de Topsporter zijn/haar verplichtingen uit deze overeenkomst niet, niet volledig of niet tijdig nakomt, is NOC*NSF tevens gerechtigd deze overeenkomst met onmiddellijke ingang tussentijds te beëindigen.'

2.3 De motivering

In zijn motivering hanteert de voorzieningenrechter de toetsingsmaatstaf of NOC*NSF onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid had kunnen komen tot de maatregel om Van Gelder uit te sluiten van verdere deelname aan de Olympische Spelen. Bij deze rechterlijke toetsing dient volgens het vonnis terughoudendheid te worden betracht.⁵ De conclusie van de voorzieningenrechter luidt:

'Met de terughoudendheid die bij de rechterlijke toetsing in een geval als dit moet worden betracht, kan echter niet worden gezegd dat NOC*NSF in redelijkheid niet tot deze maatregel heeft kunnen komen.'⁶

Daartoe voert de rechter kort gezegd de volgende redenen aan:⁷

1. Er was sprake van een niet-nakoming van verplichtingen die NOC*NSF in de gegeven omstandigheden ernstig kon opnemen. In aanmerking genomen het problematische verleden van Van Gelder en het feit dat hij zelf te kennen gaf niet in te zien dat hij iets verkeerd heeft gedaan, is het begrijpelijk dat

2. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 2.5-2.8 en r.o. 4.3-4.4.

3. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 2.5-2.8 en r.o. 4.2.

4. Te raadplegen via <www.nocnsf.nl/rio-2016/overeenkomsten>.

5. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.9.

6. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.9.

7. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.9.

NOC*NSF geen vertrouwen meer in Van Gelder had.

2. Het is aannemelijk dat de gedragingen van Van Gelder en een acceptatie daarvan door NOC*NSF ondermijnend zouden zijn voor het moreel van de andere leden van het turnteam en voor het hele Team NL.
3. Het is duidelijk dat er door het gebeurde tussen de coach en Van Gelder een complete vertrouwensbreuk is ontstaan die NOC*NSF niet meer meende te kunnen lijmen.

De crux van de motivering zit hem in de gestelde tekortkoming die NOC*NSF volgens de voorzieningenrechter ernstig kon opnemen. De nachtelijke escapade van Van Gelder achtte de rechter weliswaar aannemelijk, maar opzienbarend genoeg leverde die escapade op zichzelf niet een tekortkoming op onder de Topsportersovereenkomst. Er kon immers niet worden vastgesteld dat er in dat kader 'nauwkeurig en welomschreven gedragsregels zijn en dat, en zo ja op welke wijze, NOC*NSF die met de teamleden heeft gecommuniceerd'.⁸ Gelet op de vergaande maatregelen die NOC*NSF contractueel ten dienste stonden bij de niet-nakoming van de Topsportersovereenkomst, mocht van NOC*NSF op dit punt meer zorgvuldigheid worden verwacht en had het vooraf verificerbaar duidelijk moeten zijn welke gedrag verwacht werd en welk gedrag niet werd geaccepteerd. Dus, zo luidt het vonnis:

'Het enkele feit dat Van Gelder zonder toestemming het Olympisch dorp heeft verlaten en alcohol heeft gedronken (los van de hoeveelheid daarvan) kan (...) niet als schending van art. 6.4 van de overeenkomst worden beschouwd. Dat enkele feit zou ook in redelijkheid niet een maatregel van uitsluiting van deelname hebben kunnen rechtvaardigen.'⁹

Met andere woorden: het nachtelijke uitstapje van Van Gelder maakte op zichzelf niet dat hij zich heeft gedragen in strijd met hetgeen van een goed lid van TeamNL verwacht mocht worden en rechtvaardigde de uitsluiting niet. Wat dan wel? Wel, de nachtelijke escapade droeg er volgens de voorzieningenrechter aan bij dat Van Gelder de volgende ochtend een training miste.¹⁰ Het missen van die training levert, zo luidt het vonnis, in de gegeven omstandigheden een tamelijk ernstige tekortkoming op in de nakoming van artikel 6.3 van de Topsportersovereenkomst. Dat artikel verlangt van de topsporter dat hij volledig en toegewijd en met optimale sportieve inzet uitvoering geeft aan het wedstrijd- en trainingsprogramma. De door Van Gelder gemiste training, zo stelt het vonnis, vormde klaarblijkelijk een onmisbaar onderdeel in het schema van trainingen in de aanloop naar de ringenfinale. Anders gezegd: was Van Gelder ondanks zijn nachtelijke uitstapje gewoon op de ochtendtraining verschenen, dan was er volgens de voorzie-

ningenrechter onvoldoende reden geweest voor NOC*NSF om hem naar huis te sturen.

3. Het gehanteerde toetsingskader

Uit het vonnis blijkt dat de rechter heeft willen beoordelen of het besluit tot uitsluiting van Van Gelder van verdere deelname aan de Olympische Spelen vernietigbaar is.¹¹ De rechter is uitgegaan van de marginale toetsing of NOC*NSF in redelijkheid tot de genomen maatregel heeft kunnen komen. Daarbij past, aldus het vonnis, de rechter aanmerkelijke terughoudendheid.¹² Welke wettelijke norm de rechter gehanteerd heeft, is niet volstrekt duidelijk. In het vonnis wordt de beslissing van NOC*NSF wel vergeleken met een bindende partijbeslissing als bedoeld in artikel 7:900 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarop artikel 7:904 lid 1 in verbinding met artikel 7:906 BW van toepassing zou zijn,¹³ maar of de rechter die artikelen rechtstreeks van toepassing achtte komt niet eenduidig naar voren.

Een andere mogelijkheid is – maar het vonnis biedt daar geen concrete aanwijzing voor – dat de rechter aansluiting heeft gezocht bij het toetsingskader van artikel 2:15 lid 1 sub b BW: een besluit van een orgaan van een rechtspersoon is vernietigbaar wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geeïst. Ook daarbij past immers de gehanteerde marginale toets of NOC*NSF in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen.¹⁴ Deze maatstaf wordt logischerwijs veel toegepast in zaken waarin besluitvorming van sportbonden door een club of sporter wordt aangevochten.¹⁵ Het gaat dan immers veelal om besluiten van een verenigingsorgaan op basis van door een vereniging aan haar leden opgelegde verplichtingen die vaak zijn opgenomen in de verenigingsreglementen.

Ik laat hierna echter zien dat er op onderdelen sterke argumenten zijn tegen de marginale toets die de voorzieningenrechter in Van Gelder/NOC*NSF heeft aangelegd.

8. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.6.

9. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.6.

10. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.7.

11. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.2.

12. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.2.

13. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.2.

Uit de zinsnede 'zoals voor het geval van een bindende partij beslissing ook volgt uit art. 7:904 lid 1 in verbinding met art. 7:906 BW' kan mijns inziens ten minste worden afgeleid dat de rechter niet van rechtstreekse toepassing van deze wetsartikelen is uitgegaan.

14. Vergelijk Hof Den Bosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ5898, r.o. 4.3.2.

15. Vergelijk Rb. Midden-Nederland 10 juni 2016, ECLI:NL:RBME:2016:3107 (FC Twente/KNVB); Rb. Midden-Nederland 4 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8689 (Kozakken Boys/KNVB); Rb. Arnhem 26 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX0082 (Boonstra/NOC*NSF).

4. Artikel 2:15 BW niet van toepassing

4.1 Geen lidmaatschapsverhouding

Het staat wat mij betreft buiten kijf dat de voorzieningenrechter niet op grond van artikel 2:15 BW tot het gehanteerde toetsingskader had kunnen komen. Daar zijn twee redenen voor. Ten eerste geldt het besluit NOC*NSF niet als een intern besluit van een orgaan van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:15 BW. NOC*NSF is dan wel een vereniging, maar van een lidmaatschapsverhouding met Van Gelder is geen sprake. Dat is ook logisch, aangezien niet de topsporters maar 'verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die de beoefening van een bepaalde sport of van meer dan één sport bevorderen en organiseren' in een (gewone) lidmaatschapsverhouding staan tot NOC*NSF, mits zij aan de toelatingseisen van NOC*NSF voldoen.¹⁶ Met andere woorden: de leden van NOC*NSF zijn sportbonden. Van Gelder is dus geen lid van NOC*NSF en geen onderdeel van de interne organisatie van NOC*NSF als rechtspersoon. De gehanteerde marginale toetsingsmaatstaf van artikel 2:15 lid 1 sub b BW steunt echter volledig op de redelijkheid en billijkheid in de *interne* verhouding van de vereniging. Ik meen dat die interne verhouding ontbreekt, zodat de kwestie ook buiten de reikwijdte van artikel 2:15 lid 1 sub b BW valt.

4.2 Geen besluit verenigingsorgaan

Ten tweede is artikel 2:15 lid 1 sub b BW alleen dan van toepassing als het een besluit van een *orgaan* van een rechtspersoon betreft. Ook daar is geen sprake van. Volgens het persbericht van NOC*NSF is het besluit om Van Gelder naar huis te sturen echter genomen door 'de leiding van TeamNL'.¹⁷ In de Topsportersovereenkomst is de chef de mission contractueel gedefinieerd als 'de eindverantwoordelijk leider van het Projectteam OS Rio 2016 en van TeamNL Rio 2016 vanaf de Teampresentatie tot en met de Huldiging in Nederland'.¹⁸ Onder Projectteam OS Rio 2016 wordt contractueel verstaan 'het team van personen benoemd door NOC*NSF dat verantwoordelijk is voor de voorbereiding en uitzending van TeamNL Rio 2016'.¹⁹ TeamNL is in de overeenkomst kort gezegd gedefinieerd als het geheel van topsporters en begeleiders dat zich voorbereidt op of heeft gekwalificeerd voor deelname aan de Olympische Spelen en met wie NOC*NSF een overeenkomst Olympische Spelen Rio 2016 heeft gesloten.²⁰ Men kan er dus genoegzaam van uitgaan dat de chef de mission de leiding van TeamNL vertegenwoordigde en verantwoordelijk was voor het besluit om Van Gelder uit te sluiten van de ringenfinale. De vraag is of de chef de mission,

althans TeamNL, kwalificeert als orgaan van NOC*NSF. Ik denk dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. De wet geeft geen definitie van het begrip verenigingsorgaan in de zin van artikel 2:15 BW, maar die definitie kan vrij eenduidig worden vastgesteld aan de hand van rechtspraak en literatuur. Het Hof Arnhem-Leeuwarden duidt een orgaan van een rechtspersoon aan als 'een uit één of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of statuten met beslissingsbevoegdheid in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed'²¹ en volgt daarmee het orgaanbegrip van Van Schilfgaarde.²² De definitie van Dijk/Van der Ploeg wijkt daar niet wezenlijk van af:

'Een of meer natuurlijke en/of rechtspersonen, die bij het optreden in functie krachtens enige bepaling in de statuten belast zijn met een nader omschreven taak en aan wie daarbij beslissingsbevoegdheid is toegekend.'²³

Eensgezindheid lijkt dus te bestaan over het uitgangspunt dat een orgaan van een rechtspersoon alleen bij of krachtens de wet of statuten gecreëerd kan worden.²⁴

Duidelijk is dat de chef de mission zijn taak niet ontleent aan enige bepalingen uit de wet of statuten. Uit de statuten van NOC*NSF kan worden afgeleid dat het bestuur en de algemene ledenvergadering organen vormen van de vereniging. Daarmee sluit de organisatie van NOC*NSF aan bij de wettelijke grondstructuur van een vereniging.²⁵ De statuten staan het instellen van commissies weliswaar toe, maar de chef de mission is geen onderdeel van een krachtens de statuten ingestelde (advies)commissies die het bestuur en de algemene vergadering van NOC*NSF kennen.²⁶ Met de Topsportersovereenkomst zou verder niet stroken dat de chef de mission als verlengstuk of vertegenwoordiging van het bestuur van NOC*NSF gezien kan worden – NOC*NSF werd in het kader van de Topsportersovereenkomst immers vertegenwoordigd door zijn algemeen directeur. Ik zie dan ook niet in hoe een besluit van de chef de mission als leiding van TeamNL zou kunnen kwalificeren als besluit van een orgaan van een rechtspersoon.

16. Zie art. 1.1 van het Reglement Toelatingseisen NOC*NSF, te raadplegen via <www.nocnsf.nl/nocnsf.nl/over-nocnsf/algemeen/organisatie/toelatingseisen>.

17. Zie <www.nocnsf.nl/persbericht-yuri-van-gelder>.

18. Zie art. 1 Topsportersovereenkomst.

19. Zie art. 1 Topsportersovereenkomst.

20. Zie art. 1 Topsportersovereenkomst.

21. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0853, r.o. 4.4.

22. P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3.

23. P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van de vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Kluwer 2013, p. 93.

24. Zie ook Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 96.

25. Asser/Rensen 2-III*/43.

26. De algemene vergadering van NOC*NSF kent vier formele adviescommissies, namelijk de Auditcommissie Seksuele Intimidatie, de Commissie Registratie Persoonsgegevens, de Financiële Commissie en de Commissie Richtlijnen en Bestedingsplan Sportagenda. Het bestuur van NOC*NSF kent ook vier adviescommissies: de Atletencommissie, de Auditcommissie, de Nominatie- en Remuneratiecommissie en de Auditcommissie Verdelen Middelen Sportagenda. Zie o.m. par. 1.2.15 van het Financieel jaarverslag 2015 NOC*NSF, te raadplegen via <www.nocnsf.nl/jaarverslag>.

Toepassing van een op artikel 2:15 lid 1 sub b BW gebaseerde maatstaf lijkt mij dus onjuist.

5. Bindende partijbeslissing en Haviltex

5.1 Bindende partijbeslissing? Kwestie van uitleg

Resteert de vraag of de voorzieningenrechter het door hem toegepaste toetsingskader heeft kunnen ontlenuen aan artikel 7:904 BW. Ik meen dat het antwoord op die vraag slechts voor een deel bevestigend kan luiden. Het besluit van NOC*NSF is genomen op basis van artikel 20 van de Topsportersovereenkomst. Dit artikel geeft NOC*NSF het recht bepaalde maatregelen op te leggen aan atleten bij niet-naleving van de Topsportersovereenkomst en bevat dus als zodanig twee hoofdcomponenten: er moet (1) sprake zijn van een niet-naleving van de overeenkomst door de atleet en pas dan (2) is NOC*NSF bevoegd sancties op te leggen. De vraag is of artikel 20 van de Topsportersovereenkomst aldus kan worden uitgelegd dat NOC*NSF naar eigen discretie bindend mocht vaststellen én (1) of er sprake was van een niet-naleving door Van Gelder van de overeenkomst, én (2) of en welke maatregelen getroffen konden worden.

Alhoewel ik met Segaar en Wilms²⁷ inzie dat artikel 20 van de Topsportersovereenkomst NOC*NSF de eenzijdige bevoegdheid gaf om maatregelen te treffen jegens een atleet *indien* sprake was van een niet-naleving, betwijfel ik ten zeerste of dit artikel zo ver gaat dat NOC*NSF ook eenzijdig mocht bepalen *dat* er sprake was van zo'n niet-naleving. Om te bepalen of partijen met artikel 20 van de Topsportersovereenkomst mede beoogd hebben de beslissing omtrent de vaststelling van een eventuele niet-naleving door de atleet aan NOC*NSF op te dragen, is uitleg van het desbetreffende beding vereist. Uitleg van een overeenkomst dient uiteraard plaats te vinden aan de hand van de daarvoor geldende regels. In de (recente) jurisprudentie van de Hoge Raad is nog altijd stevig verankerd dat overeenkomsten uitgelegd moeten worden aan de hand van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van partijen kan worden verwacht.²⁸

Het lijkt mij onjuist dat de voorzieningenrechter deze maatstaf niet betrokken heeft in zijn – voorlopige – oor-

deel over de aard van artikel 20 van de Topsportersovereenkomst.²⁹

De Topsportersovereenkomst geeft mijns inziens een sterke indicatie dat met artikel 20 niet beoogd is NOC*NSF de bevoegdheid te geven met een bindende partijbeslissing vast te stellen of er al dan niet sprake is van een niet-naleving door de atleet. Zoals in de kwestie Van Gelder/NOC*NSF zullen partijen veelal twisten over de vraag of van zo'n niet-naleving sprake is. Het komt mij dan ook logisch en redelijk voor dat dergelijke geschillen via de in artikel 22 van de Topsportersovereenkomst opgenomen geschillenregeling beslecht behoren te worden. Die geschillenregeling bepaalt kortweg dat een geschil tussen NOC*NSF en de atleet, indien niet opgelost via mediation, door bindend adviseurs moet worden beslecht. Een dergelijk bindend advies zou dan zeker kwalificeren als een vaststelling in de zin van artikel 7:900 BW en zou in rechte slechts marginaal getoetst kunnen worden. Maar daar is het in Van Gelder/NOC*NSF niet van gekomen; de geschillenregeling is namelijk niet gevolgd. Met het bestaan van een geschillenregeling lijkt in ieder geval onverenigbaar dat de vaststelling van een niet-naleving door de atleet bij bindende partijbeslissing door NOC*NSF kon geschieden. Als dat de bedoeling was geweest, dan valt niet in te zien waarom de overeenkomst voorziet in een specifieke wijze van geschillenbeslechting die juist niet is overgelaten aan NOC*NSF als contractspartij.

5.2 Volledige beoordeling: Haviltex

Ik schaar mij dan ook achter het standpunt van Loesberg dat de voorzieningenrechter had moeten anticiperen op de situatie dat de bodemrechter ten volle had moeten toetsen of Van Gelder de Topsportersovereenkomst al dan niet had nageleefd.³⁰ En daar wringt wat mij betreft de schoen. Bij een volledige toetsing van het al dan niet naleven van een overeenkomst past namelijk dat de overeenkomst uitgelegd wordt op grond van de daarvoor geldende regels.

Of er sprake was van een niet-naleving door Van Gelder, had dus beantwoord moeten worden aan de hand van de hiervoor genoemde Haviltex-criteria,³¹ die nu eenmaal nog altijd beslissend zijn bij de uitleg van een overeenkomst. Met andere woorden: de rechter had ten aanzien van de niet-naleving niet mogen volstaan met een marginale toetsing, maar had bij zijn voorlopige oordeel op basis van de Haviltex-criteria ten volle moeten beoordelen of de Topsportersovereenkomst aldus kon worden uitgelegd dat het gedrag van Van Gelder een tekortkoming opleverde die gebruikmaking van de contractuele bevoegdheid tot het opleggen van sancties aan Van Gelder rechtvaardigde.

27. C.A. Segaar & T.A. Wilms, Van Gelder/NOC*NSF: een analyse vanuit Nederlands (proces)recht en het internationale sportrecht, TvSR 2016/3, p. 56-61.

28. HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260, r.o. 4.2.2 (Afvalzorg/Slotereind); HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

29. Rb. Gelderland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4504, r.o. 4.2.

30. E. Loesberg, De vordering tot nakoming van een overeenkomst in kort geding, ORP 2017/2, p. 75.

31. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Haviltex).

Het is niet ondenkbaar dat toepassing van de Haviltex-criteria tot een andere uitkomst had kunnen leiden. Ik benoem in dat kader enkele punten van aandacht.

5.2.1 Kernverplichting atleet

Ten eerste iets over de kernverplichting van de topsporter onder de Topsportersovereenkomst. Artikel 6 lid 3 van die overeenkomst bepaalt dat de topsporter zich zo veel als mogelijk inspant 'om maximale sportieve prestaties te leveren' en 'daartoe volledig en toegewijd en met een optimale sportieve inzet uitvoering [geeft] aan het Programma'. Er zal weinig discussie bestaan over de geest van deze inspanningsverplichting: toewerken naar maximale sportieve prestaties op de Olympische Spelen. Andere verplichtingen, zoals het volgen van het wedstrijd- en trainingsprogramma, zijn – vide het woord 'daartoe' – daaraan dienstig gemaakt. Van Gelder kan niet ontzegd worden dat hij tot het moment van uitsluiting maximale sportieve prestaties heeft geleverd tijdens Rio 2016; hij bereikte immers de olympische ringenfinale en had kansen op een medaille. Het komt mij voor dat die omstandigheid bij een beoordeling op grond van de Haviltex-criteria behoorlijk wat gewicht in de schaal had gelegd.

5.2.2 Gedragingen NOC*NSF

De voorzieningenrechter rekent Van Gelder ten tweede hoofdzakelijk aan dat hij de ochtend na zijn nachtelijke escapade een training miste. Onder de gegeven omstandigheden is dat nogal opmerkelijk. In het persbericht van NOC*NSF over de uitsluiting van Van Gelder wordt namelijk met geen woord gerept over het missen van een training. Als reden voor die uitsluiting gaf NOC*NSF op dat Van Gelder na zijn uitstapje 'tegen de afspraak in pas in de vroege ochtenduren [was] teruggekeerd' en dat hij 'tijdens zijn verblijf buiten het dorp alcohol heeft geconsumeerd'. Dit duidt erop dat NOC*NSF (ex tunc) juist uitsluitend de nachtelijke escapade en het alcoholgebruik aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd. Ook al heeft NOC*NSF ter zitting aangevoerd dat Van Gelder de ochtendtraining miste, is het doen uitgaan van het genoemde persbericht naar mijn inzicht een omstandigheid die de voorzieningenrechter had moeten meewegen. Ook partijgedragingen van na het sluiten van de overeenkomst kunnen immers van belang zijn voor de aan de overeenkomst te geven uitleg,³² en het persbericht zegt wel degelijk iets over de uitleg die NOC*NSF aan de overeenkomst gaf. Als uit de gedragingen van NOC*NSF moet worden afgeleid dat alleen het nachtelijke uitstapje van Van Gelder reden is geweest hem weg te sturen en dus niet het missen van de ochtendtraining, dan is verdedigbaar dat de voorzieningenrechter daar bij toepassing van de Haviltex-norm rekening mee had moeten houden. Zeker nu die gedragingen volgens de voorzieningenrechter op zichzelf juist geen tekortkoming onder de Topsportersovereenkomst opleverden en de uitsluiting van verdere

deelname aan de Olympische Spelen niet rechtvaardigden.

5.2.3 Was training onderdeel van het programma?

De vraag is verder of Van Gelder – gegeven het feit dat hij tot het moment van uitsluiting maximale sportieve prestatie had geleverd – de Topsportersovereenkomst in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs zo had moeten opvatten dat het missen van een enkele ochtendtraining als gevolg van zijn nachtje 'uit' in Rio de Janeiro een tekortkoming opleverde onder de Topsportersovereenkomst. Een tekortkoming bovendien waarvan de uitsluiting van deelname aan de olympische ringenfinale een redelijkerwijs voorzienbaar gevolg zou zijn. Uit het vonnis blijkt niet dat deugdelijk onderzocht is of deze specifieke training inderdaad onderdeel was van het programma als bedoeld in de Topsportersovereenkomst. Wellicht heeft het debat hierover onvoldoende plaatsgevonden ter zitting. Het ligt echter meer in de rede dat deze training naderhand was ingelast toen duidelijk was dat Van Gelder zich geplaatst had voor de ringenfinale. Het programma is in de Topsportersovereenkomst gedefinieerd als:

'het door de Bond, na overleg met NOC*NSF met het oog op de kwalificatie voor en deelname aan de Olympische Spelen, voor de Topsporter goedgekeurde trainings- en wedstrijdprogramma van de Topsporter'.³³

Dit lijkt te impliceren dat het programma voorafgaand aan de Olympische Spelen en zelfs voorafgaand aan de kwalificatiewedstrijden is opgesteld en goedgekeurd. Op dat moment was allerminst zeker dat Van Gelder zich zou plaatsen voor de finale. Onduidelijk is bovendien of de gemiste training na overleg met NOC*NSF was ingelast. Het lijkt dus niet op voorhand aannemelijk dat de desbetreffende training onderdeel was van het programma en dat het missen ervan dus een schending was van de inspanningsverplichting om volledig en toegewijd en met een optimale sportieve inzet aan het programma uitvoering te geven.³⁴

5.2.4 Standaardovereenkomst en contra proferentem

Het vonnis geeft er daarnaast geen blijk van dat de rechter de rechtskennis van partijen en de wijze van totstandkoming van de Topsportersovereenkomst heeft onderzocht. Het komt mij voor dat dit relevante omstandigheden zijn die in het licht van de Haviltex-criteria beoordeling verdienen in het kader van de uitleg van de overeenkomst. Aangenomen mag worden dat de Topsportersovereenkomst eenzijdig is opgesteld door NOC*NSF. Het is immers een standaardovereenkomst die elke topsporter met olympische ambities heeft moeten sluiten met NOC*NSF. Ook dat lijkt mij van belang voor de uitleg van de overeenkomst. Zelfs toepasselijkheid van artikel 6:238 lid 2 BW, dat bij consumententransacties de twijfel over de betekenis van een beding

32. HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5572, r.o. 3.5 (Silo Architecten/Montessori).

33. Art. 1 Topsportersovereenkomst.

34. Art. 6.3 Topsportersovereenkomst.

de voor de consument gunstigste uitleg laat prevaleren, is in het geval van Van Gelder/NOC*NSF niet uit te sluiten. Daarbij hoort echter de kanttekening dat gediscussieerd kan worden over de vraag of Van Gelder al dan niet handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Een invulling van de uitlegmethode conform de Haviltex-norm zou onder omstandigheden ook buiten het consumentenrecht kunnen meebrengen dat degene die de overeenkomst eenzijdig heeft opgesteld, ook het risico draagt van eventuele onduidelijkheden daarin (*contra proferentem*).³⁵ In dit kader zou ook het feit dat de Court of Arbitration in Sport (CAS) de *contra proferentem*-regel in analoge zin toepast op bijvoorbeeld tuchtregels in de sport, als omstandigheid kunnen meewegen.³⁶ Het CAS was tijdens de Olympische Spelen via een speciale ad-hocdivisie immers ook zelf bevoegd tot beslechting van geschillen tussen atleten en NOC's.³⁷

Daarop voortbordurend roept het vraagtekens op dat het *specifieke* verleden van Van Gelder ten nadele van hem een rol heeft gespeeld in de uitleg van een en dezelfde, eenzijdig opgestelde standaardovereenkomst die door alle sporters is ondertekend. De voorzieningenrechter heeft het 'problematische verleden' van Van Gelder duidelijk laten meewegen in zijn beslissing, net als de daarmee verband houdende vertrouwensbreuk tussen Van Gelder en zijn coach. Het heeft er dus alle schijn van dat de voorzieningenrechter in het geval van Van Gelder een optelsom uit het verleden heeft meegewogen bij de uitleg van een eenzijdige, aan alle olympiërs opgelegde standaardovereenkomst, terwijl op grond van de *contra proferentem*-regel onduidelijkheden in de Topsportersovereenkomst allicht eerder in het voordeel van Van Gelder uitgelegd hadden moeten worden.

5.2.5 Andere uitkomst was mogelijk

Of de voorzieningenrechter op grond van de Haviltex-criteria tot het oordeel had kunnen komen dat er sprake is geweest van een tekortkoming die NOC*NSF de bevoegdheid gaf maatregelen te treffen, is twijfelachtig. Van Gelder presteerde tot het moment van uitsluiting maximaal, en of de gemiste training onder het vooraf afgestemde programma viel, is op z'n minst genomen onduidelijk. Er zijn dus zeker aanwijzingen dat de bodemrechter tot het oordeel had kunnen komen dat er geen sprake was van een tekortkoming van Van Gelder onder de Topsportersovereenkomst.

Had de voorzieningenrechter deze weg gevolgd, dan had hij tot het – voorlopig – oordeel moeten komen dat juist NOC*NSF jegens Van Gelder tekort was geschoten in de nakoming van de Topsportersovereenkomst door onbevoegd de verstrekkende maatregel van uitsluiting

op te leggen terwijl NOC*NSF zich diende in te spannen om Van Gelder zo succesvol mogelijk te laten deelnemen aan de Olympische Spelen.³⁸ De voorzieningenrechter had dan bijvoorbeeld een nakomingsverplichting kunnen opleggen aan NOC*NSF om alles te doen wat in zijn macht lag om te bewerkstelligen dat Van Gelder de olympische ringenfinale kon turnen. Dat was immers wat Van Gelder vorderde.

6. Proportionaliteit

Ervan uitgaande dat de Haviltex-norm evenzeer tot het oordeel had geleid dat Van Gelder tekort was geschoten onder de Topsportersovereenkomst, dan was de marginale toetsing van het besluit van NOC*NSF om Van Gelder naar huis te sturen op zijn plaats. Welke sanctie paste bij niet-naleving van de overeenkomst door een atleet, kon NOC*NSF immers wel bij bindende partijbeslissing vaststellen. Zodoende is het toetsingskader van artikel 7:904 BW op dat besluit van toepassing. De vraag is dan: heeft NOC*NSF in redelijkheid tot dat besluit kunnen komen? Ik bepleit dat daarbij zwaarwichtig belang toekomt aan de eisen van proportionaliteit: stond de door NOC*NSF gekozen maatregel in verhouding met het belang dat ermee gediend werd, en werd Van Gelder daardoor niet onevenredig zwaar getroffen? Deze vraag is van belang, omdat NOC*NSF andere remedies ter beschikking stond. Zo had NOC*NSF Van Gelder bijvoorbeeld het recht op een eventuele medaillebonus op voorhand kunnen ontnemen,³⁹ of Van Gelder simpelweg op grond van artikel 6:74 lid 1 BW aansprakelijk kunnen houden voor de schade die NOC*NSF zou lijden als gevolg van zijn tekortkoming.

In het internationale sportrecht is proportionaliteit een breed aanvaard beginsel.⁴⁰ Proportionaliteit wordt bovendien gezien als een belangrijke factor in de beoordeling van sportreglementen.⁴¹ In met name dopingzaken heeft ook het CAS opgelegde sancties stelselmatig afgewogen aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel, zowel vóór de introductie van de World Anti-Doping Code⁴² als daarna.⁴³

Ook in privaatrechtelijke kwesties buiten een sec (sport)reglementaire context is toepassing van het beginsel van proportionaliteit geschikt.⁴⁴ Een schuldeiser is volgens de Hoge Raad niet geheel vrij in zijn remediekeuze, maar heeft de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht te nemen, waarbij de gerechtvaardig-

35. Zie bijv. Hof Den Bosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1195, r.o. 4.11.

36. Vgl. CAS 2014/A/3516 (George Yerolimpos/World Karate Federation); CAS 2014/A/3832 & 3833 (Vanessa Vanakorn/FIS).

37. Zie art. 1 Arbitration Rules applicable to the CAS ad hoc division for the Olympic Games, te raadplegen via <www.tas-cas.org/en/arbitration/ad-hoc-division.html>.

38. Art. 6 lid 1 Topsportersovereenkomst.

39. Art. 20 Topsportersovereenkomst.

40. Vgl. R.C.R. Siekmann, Introduction to International and European Sports Law: Capita Selecta, Den Haag: Asser 2012, p. 321.

41. Vgl. M. Viret, Evidence in Anti-Doping at the Intersection of Science & Law, Den Haag: Asser 2016, p. 133.

42. Vgl. CAS 1996/56; CAS 2002/A/396; CAS 2001/A/337.

43. Vgl. CAS 2005/A/830; CAS 2010/A/2268.

44. Asser/Hartkamp 3-1 2015/131.

de belangen van de wederpartij een rol spelen.⁴⁵ In de literatuur gaan geluiden op om de uitoefening van privaatrechtelijke remedies te toetsen aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Stolp pleit hiervoor in haar proefschrift. Zij acht het wenselijk dat onderzocht kan worden of het belang dat met de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid wordt nagestreefd, niet evengoed kan worden gediend door een bevoegdheidsuitoefening met minder ingrijpende gevolgen.⁴⁶ Stolp betoogt dat uit het remediarsenaal de minst vergaande maatregel dient te worden toegepast en de schuldeiser daarin dus geen volledige keuzevrijheid toekomt, en dat het proportionaliteitsbeginsel een ‘vangnetfunctie’ heeft; zelfs als een remedie volgens het subsidiariteitsbeginsel gerechtvaardigd is, kan zij alsnog afketsen op het feit dat de remedie het belang van de schuldenaar onevenredig zwaar treft.⁴⁷

Ook al is het proefschrift van Stolp geen positief recht, meen ik dat proportionaliteit en subsidiariteit juist in de relatie tussen sportbond en sporter, of die nu steunt op een lidmaatschapsverhouding of een ‘gewone’ overeenkomst, hoog in het vaandel dienen te staan. Sportbonden hebben vaak discretionaire bevoegdheden tot het opleggen van ingrijpende maatregelen. Bij de uitoefening daarvan dienen sportbonden naar mijn inzicht te allen tijde binnen de kaders van de fundamentele rechtsbeginselen te blijven. Ook de marginale toetsing of een sportbond in redelijkheid tot het genomen besluit heeft kunnen komen, laat ruimte voor de weging van belangen. Dat betekent naar mijn mening dat een maatregel proportioneel moet zijn, ergo, dat de belangen van degene aan wie de maatregel wordt opgelegd daardoor niet onevenredig worden geschaad. In zoverre is dit ook wettelijk verankerd in artikel 3:13 lid 2 BW. Deze toets zie ik echter niet, althans onvoldoende, terug in Van Gelder/NOC*NSF. De voorzieningenrechter meende dan wel dat ‘niet kan worden gezegd dat de maatregel van uitsluiting in geen verhouding stond met de situatie die door toedoen van [eiser] is ontstaan’, maar had naar mijn idee moeten afwegen of de maatregel *niet in een onevenredige verhouding stond met de gevolgen* die de maatregel voor Van Gelder meebracht én of NOC*NSF in de nastreving van zijn belang niet voor een minder ingrijpende maatregel had kunnen kiezen. NOC*NSF koos voor de meest verstrekkende maatregel met vrijwel onomkeerbare gevolgen. Bedenk daarbij nogmaals dat op de sportieve prestaties van Van Gelder niets was aan te merken. De medaillekansen van Van Gelder diende niet alleen zijn eigen belang, maar ook het belang van NOC*NSF, dat graag zag dat de equipe met zo veel mogelijk medailles huiswaarts zou keren. Had NOC*NSF dan een zo zwaarwegend ander belang dat

een dergelijk ingrijpende maatregel gerechtvaardigd was? Op basis van de bekende feiten vind ik dat moeilijk voor te stellen. Het valt te betreuren dat dit debat niet (goed) van de grond is gekomen in Van Gelder/NOC*NSF.

7. Conclusie

Op de terughoudendheid die de voorzieningenrechter zich in Van Gelder/NOC*NSF heeft aangemeten bij de beoordeling van het besluit van NOC*NSF, kan met twijfel worden teruggekeken. De rechter had ten aanzien van de gestelde niet-naleving door Van Gelder van de Topsportersovereenkomst niet zonder meer tot de vergelijking met een bindende partijbeslissing kunnen komen die slechts aan een marginale toetsing onderworpen kon worden. Uitleg van de overeenkomst was daarvoor geboden aan de hand van de Haviltex-criteria. Die criteria hadden er goed toe kunnen leiden dat de beslissing omtrent de niet-naleving door Van Gelder van de Topsportersovereenkomst niet bindend was overgelaten aan de discretie van NOC*NSF. In dat geval had het voor de hand gelegen dat de voorzieningenrechter had geanticipeerd op een volledige in plaats van een terughoudende beoordeling van die vraag door de bodemrechter. Daarbij had de voorzieningenrechter evenzeer acht moeten slaan op de Haviltex-criteria. Ik kan mij voorstellen dat de toepassing van de Haviltex-criteria een andere uitkomst had kunnen rechtvaardigen, zeker als daarin het debat over de fundamentele beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit ten volle was betrokken. Of het juiste toetsingskader ertoe had geleid dat Van Gelder de ringfinale had geturnd, is echter maar zeer de vraag. Van Gelder was al afgemeld voor de finale en de Fransman Danny Rodrigues was al aangewezen om in zijn plaats aan de finale deel te nemen. Dat leek een vrij onomkeerbaar feit. Dat maakt de juridische discussie echter niet minder van belang. Als NOC*NSF concreet gedrag of nalaten verwacht van atleten, zowel binnen als buiten het olympisch dorp, dan doet het er verstandig aan om daarover ook duidelijkere afspraken te maken. Natuurlijk kunnen open normen niet altijd vermeden worden, maar enige leidraad voor de atleten zou wel op zijn plaats zijn. Zo nodig worden die afspraken op het specifieke individu geënt, zodat geen standaardwerk maar maatwerk kan worden toegepast. Voor de individuele atleten geldt dat zij door NOC*NSF gefaciliteerd worden om maximaal te presteren op het hoogst denkbare podium. Daar past in mijn ogen een flinke dosis eigen verantwoordelijkheid en normbesef bij. Atleten moeten zich ervan bewust zijn dat dergelijke omstandigheden een grote rol kunnen spelen bij de uitleg van de Topsportersovereenkomst, en zouden zich er altijd van moeten vergewissen welke consequenties aan bepaald gedrag kunnen kleven. Al met al zouden duidelijke afspraken en goede onderlinge communicatie ongewenste situaties tijdens de Olympische Spelen grotendeels moeten kunnen voorkomen. Als het dan toch tot

45. HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR2001:AA9311, r.o. 3.5 (Multi Vastgoed/Nethou).

46. M.M. Stolp, Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (diss.), Deventer: Kluwer 2007.

47. Zie ook: M.M. Stolp, Proefschrift: drie stellingen, WPNR (2007) 6728, p. 889-896.

een geschil komt, dan is het uiteraard wel aan de rechter om de juiste normen toe te passen.