

DIE REGSGELDIGHEID VAN VERPLIGTE ARBITRASIE BY GESKILLE OOR DIE GEBRUIK VAN VERBODE MIDDELS IN SPORT

Pechstein/Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft eV OLG München (15-01-2015)
– U 1110/14 Kart

1 *Inleiding*

Sport het gedurende die afgelope eeu ontwikkel in 'n enorme internasionale bedryf wat jaarliks nagenoeg R10 triljoen beloop (Andreff *Globalisation of the Sports Economy* (2008) 14). Maar dit is ook 'n bedryf wat waarskynlik meer as enige ander bedryf vandag verval in bykans eidelose skandale wat die integriteit en volhoubaarheid van sport in die algemeen in gedrang bring. Aantygings van korrupsie en wanbestuur op die hoogste vlakke van sport, wedstrydknoeiery, onwettige dobbelary, grootskaalse dwelmmisbruik en ernstige wangedrag op die speelveld en elders, is legio en wil maar net nie te ruste gelê word nie. Geen land of sportsoort is skynbaar immuun teen skande nie. Sport is weliswaar vandag op bykans alle vlakke onder beleg, maar wanneer die legitimiteit van instellings wat daargestel is om die integriteit van sport te beskerm, bevraagteken word, begin sport as bedryf werklik wankel en loop dit gevaar om van alle geloofwaardigheid ontbloot te word.

Dit is presies wat in die Duitse saak *Pechstein/Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft eV* (OLG München (15-01-2015) – U 1110/14 Kart) gebeur het toe die *Oberlandesgericht* München voor 'n beslissing van die tribunaal vir arbitrasie in sport (*TAS*) te staan gekom het. (Die *TAS* staan in Engels bekend as die *court of arbitration for sport (CAS)*, maar ek verkies die amptelike Franse titel *tribunal arbitral du sport* en afkorting *TAS* wat dan ook geredelik in Afrikaans vertaal as die tribunaal vir arbitrasie in sport.)

2 Feite

Die Duitse atleet Claudia Pechstein is die mees suksesvolle yssnelskaatser ooit. Sy het sedert 1992 aan 'n rekordaantal van ses Olimpiese Winterspele deelgeneem en altesame vyf goue medaljes, twee silwermedaljes en twee bronsmedaljes verwerf. Daarby kan sy vyf wêreldrekords, ses wêreldtitels en 39 medaljes by wêreldkampioenskappe, asook drie Europese titels en 13 medaljes by Europese kampioenskappe tel.

In 2009 het die Internasionale Ysskaatsunie (*ISU*) vir Pechstein daarvan beskuldig dat sy, in stryd met die toepaslike reëls teen die gebruik van ongeoorloofde middels in sport, bloedoortappings gekry het met die oënskynlike doel om haar uithouvermoë te verbeter. 'n Tugkomitee van die *ISU* het Pechstein skuldig bevind aan die gebruik van ongeoorloofde middels en haar vir twee jaar van alle mededinging geskors.

Ingevolge artikel 13.2.1 van die *ISU* se reëls teen die gebruik van verbode middels, het Pechstein en die *Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft (DESG* – Duitse Yssnelskaatsunie), hulle tot die *TAS* gewend om teen die beslissing van die *ISU* te appelleer (*P v International Skating Union CAS 2009/A/1912; Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft eV v International Skating Union CAS 2009/A/1913*). Die *TAS* merk op dat Pechstein dikwels aan dwelmtoetse onderwerp is en geen verbode middels is ooit in enige van die toetse opgespoor nie. Sy is van bloedoortappings beskuldig op grond van onreëlmatige vlakke van *reticulocyten* in haar bloed wat aan die lig gebring is deur verskeie bloedtoetse wat binne en buite kompetisieverband gedoen is. Pechstein het beweer dat die abnormale vlakke van *reticulocyten* verduidelik kan word aan die hand van 'n aangebore kwaal, sferositose, wat 'n mate van anemie veroorsaak en dat dit dus nie aanduidend van bloedoortappings is nie. Die *TAS*-paneel bevind egter dat die deskundige getuienis voor die *TAS* nie daarop dui dat Pechstein inderdaad aan oorerflike sferositose ly nie (par 100-141) en die appèlle van sowel Pechstein as die *DESG* word van die hand gewys (par 145).

Aangesien die *TAS* in Lausanne, Switserland gesetel is, het Pechstein haar vervolgens tot die Switserse *Bundesgericht* gewend om die beslissing van die *TAS* ter syde te stel. Die *Bundesgericht* het egter haar aansoek van die hand gewys (*Pechstein/Tribunal Arbitral du Sport BGH Lausanne (28-09-2010) – 4A_144/2010*).

Intussen is Pechstein, 'n polisiebeampte, weens die aantygings dat sy verbode middels in stryd met die toepaslike reëls van die *ISU* gebruik het, ook deur haar werkgewer van wangedrag aangekla. Die tugkomitee bevind egter dat die aanklagte nie bo redelike twyfel bewys kon word nie. Die tugkomitee wys ook daarop dat die bewyslas voor die tugkomitee nie dieselfde is as die bewyslas voor die *TAS* nie. (“Disziplinarverfahren gegen Polizeihauptmeisterin Claudia Pechstein eingestellt” persverklaring uitgereik deur die *Bundesministerium des Innern* op 16-08-2010 beskikbaar by http://www.bmi.bund.de/cln_156/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/08/pechstein.html (02-02-2015).)

Vervolgens stel Pechstein 'n eis vir skadevergoeding van nagenoeg €3.5 miljoen teen die *DESG* en die *ISU* in die *Landgericht München* in (*Pechstein/Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft eV LG München I (26-02-2014) – Az 37 O 28331/12*). Sy voer aan dat haar skuldigbevinding en skorsing weens die gebruik van verbode middels onregmatig was en dat sy skade gely het omdat sy weens die skorsing vanaf 9 Februarie 2009 tot 8 Februarie 2011 nie kon deelneem nie en dus ook nie enige inkomste as professionele atleet kon verdien nie.

Sy baseer haar eis hoofsaaklik daarop dat die *ISU* en *DESG* monopolisties optree en dat die geskilbeslegtingsklousule in haar deelnemerskontrak met die *ISU*,

waarvolgens geskille tot uitsluiting van die gewone geregshowe na die *TAS* verwys móét word en die beslissings van die *TAS* finaal en bindend is, ongeldig is omdat dit nie voldoen aan die vereistes van 'n billike verhoor nie. In hierdie verband wys Pechstein daarop dat die arbiters op 'n *TAS*-paneel ingevolge artikel R33 van die *International Council of Arbitration for Sport (ICAS)* se statuut slegs saamgestel kan word uit 'n geslote lys van arbiters wat die *ICAS* saamstel. Elke party nomineer een arbiter (R48, R53) en die voorsitter vir elke paneel word deur die president van die afdeling vir appèl-arbitrasie van die *TAS* aangewys (R54). Ingevolge artikel S13 van die *ICAS*-statuut, stel die *ICAS* die lys van arbiters saam uit name wat die *ICAS* self op grond van bepaalde kundigheid identifiseer of wat deur die Internasionale Olimpiese Komitee (IOK), internasionale sportfederasies of nasionale Olimpiese komitees aan die *ICAS* voorgelê word.

Die *ICAS* self bestaan uit 20 lede. Vier lede word deur internasionale sportfederasies aangewys, vier lede word deur die Vereniging van Nasionale Olimpiese Komitees aangewys en vier lede word deur die IOK aangewys. Hierdie twaalf lede wys dan vier lede aan om die belange van atlete te verteenwoordig. Daardie sestien lede wys dan saam nog vier onpartydige lede aan. Pechstein voer aan dat die *ICAS* dus hoofsaaklik die belange van die IOK en internasionale sportfederasies verteenwoordig en dat selfs die vier lede van die *ICAS* wat kwansuis aangewys word om die belange van atlete te verteenwoordig, deur die verteenwoordigers van die IOK en internasionale sportfederasies aangewys word en dus kwalik as ware verteenwoordigers van atlete beskou kan word. Dieselfde geld vir die sogenaamde onafhanklike lede van die *ICAS*. Pechstein voer dus aan dat die *ICAS* nie onpartydig is nie en bygevolg kan die geslote lys van arbiters wat die *ICAS* saamstel ook nie onpartydig wees nie.

Pechstein se eis word in die *Landgericht München* van die hand gewys. Daarop neem sy die saak suksesvol op appèl na die *Oberlandesgericht München (Pechstein/Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft eV OLG München (15-01-2015) – U 1110/14 Kart)*.

3 Uitspraak

Die *Oberlandesgericht München* beslis (par 80) dat die *ISU* 'n bepaalde mark bedien en, vir die doeleindes van hierdie saak, die wêreldkampioenskappe vir yssnelskaats in die betrokke mark voorsien. Aangesien die *ISU* die enigste aanbieder van wêreldkampioenskappe in yssnelskaats is, is die *ISU* op grond van die *Ein-Platz-Prinzip* of een plek–beginsel, wat yssnelskaats aanbetref, 'n dominante onderneming soos beoog in artikel 19 van die *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* of mededingingswetgewing. Artikel 19.2 en 4 van daardie wet bepaal dat 'n onderneming sy dominante posisie misbruik indien die onderneming dienste lewer ooreenkomstig handelsterme wat anders is as wat waarskynlik sou gegeld het indien daar sterker mededinging deur ander ondernemings was (par 81). Die hof verduidelik (par 83) dat handelsterme enige aspek omvat wat partye kontraktueel kan reël en daarom ook arbitrasie-ooreenkomste insluit. (Artikel 19.4 is sedertdien in 2013 herroep deur die agste wysiging van die wet.)

In teenstelling met die betoë wat die *ISU* voor die hof geplaas het, beslis die hof voorts dat die toepassing van artikel 19.2 en 4 van die wet nie uitgesluit word vanweë die Internasionale Konvensie teen Dwelmmisbruik in Sport wat op 19 Oktober 2005 deur Switserland geratifiseer is nie (par 85). Die konvensie verwys weliswaar na die *World Anti-doping Code (WADC)*, wat aandui dat appèlle teen die bevindings van dwelm-tugkomitees slegs deur die *TAS* bereg kán word, maar die konvensie plaas geen verpligting op lidstate om arbitrasie voor die *TAS* verpligtend

te maak nie. Daarbenewens is die ander redes wat die *ISU* genoop het om die arbitrasie-ooreenkoms ten gunste van die *TAS* in hulle reëls in te sluit, soos om te voldoen aan vereistes vir affiliasie by die IOK, nie ter sake in die konteks van die mededingingsreg nie (par 86).

Die hof veronderstel dat atlete, indien daar vrye mededinging sou wees, sou kon aangedring het op arbitrasie voor 'n onpartydige tribunaal (par 94-110). Die wyse waarop die *ICAS* saamgestel word en die *TAS*-arbiters aangewys word, is egter eensydig en bevoordeel die IOK en internasionale sportfederasies soos die *ISU*. Hoewel die persoonlike integriteit van persone op die *TAS* se lys van arbiters nie noodwendig onder verdenking is nie, is daar 'n daadwerklike risiko dat die arbiters sake slegs vanuit die oogpunt van die internasionale federasies sal beskou. Die hof bevind dat daar geen rasonale grondslag bestaan vir die ongelykheid ten gunste van die internasionale federasies nie (par 109).

Gevolglik beslis die hof dat die *ISU* sy dominante posisie misbruik het en nie van Pechstein kon verwag om tot verpligte arbitrasie voor die *TAS* toe te stem nie (par 82 en 93). Atlete stem slegs toe tot verpligte arbitrasie voor die *TAS* omdat die monopolistiese internasionale federasies hulle geen keuse laat indien hulle aan wêreldkampioenskappe wil deelneem nie. Derhalwe ontnem die arbitrasie-ooreenkoms ook Pechstein van haar grondwetlike reg op toegang tot die howe soos neergelê in artikel 101.1 van die Duitse grondwet.

Die resultaat is dat die arbitrasie-ooreenkoms teen die openbare belang is (par 133) en derhalwe kan die *TAS*-beslissing nie deur Duitse howe erken word nie (par 134). Dit beteken voorts dat die *TAS*-beslissing ook nie as 'n buitelandse arbitrasie-beslissing ingevolge artikel 1061.1 van die Duitse *Zivilprozessordnung* saamgelees met artikel V par 2b van die New York Konvensie erken kan word nie (par 131). Daarom kan die *ISU* nie voor die Duitse howe op die *TAS*-beslissing steun om die vordering van die klaagster af te weer nie (par 135, 138) en kan Pechstein haar eis teen die *ISU* en *DESG* voortsit.

Daarbenewens meen die hof dat die arbitrasie-ooreenkoms in elk geval slegs verwys na die bepaalde soort geskil (appêl teen die beslissing van 'n dwelm-tugkomitee) en nie noodwendig 'n geldige arbitrasie-ooreenkoms vir enige ander geskille, soos eise vir skadevergoeding, daarstel nie (par 122).

4 *Agtergrond*

Die behoefte aan 'n onafhanklike en gespesialiseerde forum vir beslegting van geskille in internasionale sport het gedurende die 1980s duidelik geword namate die IOK en internasionale sportfederasies al meer en meer die teiken van litigasie voor nasionale howe geword het (Blackshaw *Sport, Mediation and Arbitration* (2009) 151). Daar was 'n bepaalde risiko dat nasionale howe in verskillende jurisdiksies uiteenlopende uitsprake in soortgelyke geskille sou lewer sodat die reëls van internasionale sportfederasies nie eenvormig afgedwing kon word nie. Dit sou beteken dat atlete uit verskillende lande nie op gelyke voet met mekaar sou meeding nie.

Die IOK het in 1983 'n statuut vir arbitrasie in sport aangeneem en die *TAS* het op 30 Junie 1984 tot stand gekom. Die *TAS*-paneel het bestaan uit sestig arbiters. Die president van die IOK, die IOK, internasionale sportfederasies en nasionale Olimpiese komitees het elk vyftien arbiters aangewys. Die IOK het ook verantwoordelikheid aanvaar vir die operasionele koste van die *TAS* (Blackshaw 151).

Die regsgeldigheid van arbitrasie voor die *TAS* is in 1992 getoets toe 'n bevinding van die *TAS* op hersiening na die Switserse *Bundesgericht* geneem is (*Gundel v*

Fédération Équestre Internationale BGH Lausanne (15-03-1993) – ATF 119 II 279). In daardie geval het 'n geskil ontstaan tussen 'n perderuiter, Gundel, en die internasionale perdryfederasie, die *Fédération Équestre Internationale (FEI)*, nadat verbode dwelmiddels aan 'n skouperd toegedien is en 'n tugkomitee van die *FEI* vir Gundel drie maande lank van deelname geskors het. Gundel het die beslissing van die tugkomitee op appèl na die *TAS* geneem. Die *TAS* het die skuldigebevinding gehandhaaf, maar die skorsing van drie maande na een maand verminder (*Gundel v FEI CAS 92/A/63*). Gundel het daarop die beslissing van die *TAS* op hersiening na die *Bundesgericht* geneem, hoofsaaklik omdat hy gemeen het dat die *TAS* nie onpartydig was nie. Die *Bundesgericht* bevind dat die *TAS*, wat die betrokke geskil aanbetref, 'n gepaste onpartydige forum vir arbitrasie was omdat die *TAS* nie 'n orgaan van die *FEI* was nie en die *TAS* nie instruksies van die *FEI* moes neem nie. Die *TAS* het voldoende outonomieit behou om onafhanklik te wees omdat die drie arbiters uit 'n paneel van sestig moontlike arbiters aangewys is. Maar die *Bundesgericht* het ook opgemerk dat die posisie anders sou gewees het indien die IOK 'n party by die geskil sou wees. In so 'n geval sou die *TAS* nie kon aanspraak maak op onpartydigheid nie, omdat helfte van die arbiters deur die IOK en die president van die IOK aangewys is en die *TAS* volkome van die IOK afhanklik was vir befondsing. (Vir 'n bespreking van daardie uitspraak, sien Anderson ea *Leading Cases in Sports Law* (2013) 65 ev.)

In die lig van die opmerking wat die Switserse *Bundesgericht* in die *Gundel*-saak gemaak het, het die IOK besluit om die *TAS* te hervorm. Die hervormings, wat in 1994 in Parys aanvaar is, is vervat in die kode vir sportverwante arbitrasie. Die belangrikste hervorming was die totstandkoming van die *ICAS* wat voortaan die bestuur en finansiering van die *TAS* moes behartig. Soos reeds hierbo genoem, bestaan die *ICAS* uit 20 lede wat deur internasionale sportfederasies (vier lede), die Vereniging van Nasionale Olimpiese Komitees (vier lede) en die IOK (vier lede) aangewys word. Hierdie twaalf lede wys dan vier lede aan om die belange van atlete te verteenwoordig en die sestiende lede wys dan saam nog vier onpartydige lede aan.

Die ander belangrike hervorming was dat die *TAS* sederdien in twee afdelings verdeel is – die afdeling vir gewone arbitrasie wat geskille as forum van eerste instansie sou aanhoor, en die afdeling vir appèl-arbitrasie wat appèlle teen besluite van sportfederasies en tugkomitees sou aanhoor. Daarbenewens is die aantal arbiters op die *TAS*-paneel na minstens 150 vermeerder (Blackshaw 152 ev).

Hierdie hervormings het oënskynlik die toets van die tyd deurstaan toe die berugte fietsryer, Lance Armstrong, regstappte geneem het in 'n poging om die tugverhoor van die *United States Anti-Doping Agency (USADA)* teen hom in die wiele te ry (*Armstrong v Tygart* 886 F Supp 2d 572). Armstrong het in sy aansoek onder andere beweerd dat sy reg op 'n billike verhoor ingevolge sowel die vyfde amendement as die gemenerereg, geskend word (574 n 2). Regter Sparks beslis egter in die federale distrikshof vir Wes-Texas dat Armstrong se besware ongegrond is (580). Hy wys daarop dat die federale hooggeregshof al aksies vir die tersydestelling van arbitrasieverrigtinge van die hand gewys het waar die aksies gegrond was op blote spekulasie aangaande partydigheid van arbiters, op die beperkte blootlegging wat tydens arbitrasie toegelaat word of op die beperkte moontlikhede vir hersiening (582). Die hof kan nie sonder meer aanvaar dat die *USADA* se arbitrasiepaneel onwillig of ongeskik sou wees om nougeset 'n bevinding te maak op grond van die getuienis voor die paneel nie. Die hof aanvaar dat die *USADA*-arbitrasiereëls, wat op die lees van die *American Arbitration Association (AAA)* geskoei is en die arbitrasie wat deur die *AAA* bedryf word, voldoende is om 'n billike verhoor te verseker (584). Daarbenewens het Armstrong nog verskeie weë van appèl teen enige beslissing

wat die *USADA*-paneel sou maak – eers na die *TAS* en dan na die Switserse howe ooreenkomstig die toepaslike Switserse reg (583). Die hof merk meer bepaald op dat Armstrong se saak op appèl *de novo* deur die *TAS* aangehoor sou word en dat die *TAS* gevalle soos dié van Armstrong, vantevore as 'n saak van roetine aangehoor het (583). Gevolglik is daar voldoende maatreëls in plek om 'n billike verhoor te verseker. Daarbenewens vind die hof dit problematies dat Armstrong van 'n Amerikaanse hof verwag om in te gryp in 'n geskil wat deur lede van 'n internasionale gemeenskap besleg behoort te word. Die hof weier om die gevestigde stelsel vir geskilbeslegting in Olimpiese sport te omseil deur eensydig in die proses in te gryp (590).

Hierdie uitspraak was oënskynlik 'n goedkeuring van die geskilbeslegtingsmodel wat met die Parys-hervormings onder die *ICAS* en die *TAS* ingestel is. Maar dit is belangrik om daarop te let dat Armstrong se aanval op die *USADA* en die *USADA* se geskilbeslegtingsprosedure gemik was. Hy het nie die onpartydigheid van die *ICAS* of die *TAS* in die aansoek bevraagteken nie. Gevolglik is daardie uitspraak van beperkte waarde om die geskiktheid van die *TAS* as forum vir die beslegting van geskille in internasionale sport te bevestig.

In die *Pechstein*-saak, daarenteen, is 'n direkte aanslag op die onpartydigheid van die *ICAS* en die *TAS* gemaak. Die Duitse hof moes derhalwe die samestelling van die *ICAS* en die *TAS* ondersoek en daar is bevind dat beide instellings in hierdie verband tekort skiet. Dit wil dus voorkom of die Parys-hervormings moontlik nie ver genoeg gegaan het om die skeiding met die IOK en internasionale sportfederasies te bewerkstellig en die onpartydigheid van die *ICAS* en die *TAS* te verseker nie.

5 Bespreking

Die *Oberlandesgericht München* het nie in die *Pechstein*-saak die beginsel van verpligte arbitrasie in sport bevraagteken nie. Inteendeel, die hof het duidelik aangedui dat verpligte arbitrasie in sport nie op sigself problematies is of misbruik van 'n dominante posisie daarstel nie (par 88). Die hof aanvaar dat daar goeie en regsgeldige redes mag wees waarom sportfederasies wel geskille na arbitrasie sou wou verwys (par 89 ev). Dit maak sin om, ter wille van eenvormigheid, geskille in internasionale sport na een enkele forum te verwys en uiteenlopende beslissings van talryke nasionale howe met uiteenlopende sienings te vermy.

Die beswaar wat die *Oberlandesgericht* teen die *TAS* het, is dat weens die samestelling van die *ICAS* en die wyse waarop die lede van die *ICAS* aangewys word, beswaarlik gesê kan word dat die *ICAS* onafhanklik of onpartydig is en bygevolg kan die *TAS* ook nie aanspraak op onpartydigheid maak nie (par 94 ev). Al die lede van die *ICAS* word direk of indirek deur die IOK, nasionale Olimpiese komitees en internasionale sportfederasies aangewys. Selfs die lede wat aangewys word om sogenaamd na die belange van atlete om te sien, sowel as die sogenaamd onafhanklike lede, word aangewys deur die lede wat self deur die onderskeie sportliggame aangewys is.

Die argument van die *ISU* dat atlete nie voldoende georganiseer is om self lede van die *ICAS* aan te wys nie (par 112) is doodeenvoudig absurd. In verskeie sportsoorte is daar spelersverenigings, soos die *Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels* of *FIFPro* wat sokkerspelers wêreldwyd verteenwoordig, terwyl ander sportsoorte binne die strukture van die sportfederasies voorsiening maak vir verteenwoordiging van atlete, soos die atlete-kommissie van die *International Association of Athletics Federations (IAAF)*. Dit sou dus geensins problematies wees om hierdie verteenwoordigende liggame byeen te roep om die atlete-verteenwoordigers op die *ICAS* aan te wys nie.

Maarselfs al sou die atlete-verteenwoordigers op die *ICAS* deur verteenwoordigende liggame namens atlete aangewys word, sou daar steeds 'n wanbalans wees omdat slegs vier uit die twintig lede van die *ICAS* dan atlete se belange sou verteenwoordig. Daarteenoor kan sportliggame twaalf uit die twintig lede van die *ICAS* aanwys.

Nóg die argument dat atlete en sportfederasies 'n gemeenskaplike belang by sport het, nóg die argument dat baie ampsbekleërs in sport self voormalige atlete is, kan hierdie wanbalans regverdig en voldoende versekering bied dat daar behoorlik na die atlete se belange omgesien sal word, veral in geskille tussen atlete en sportfederasies (par 110).

Die uitspraak van die *Oberlandesgericht München* in die *Pechstein*-saak is waarskynlik met groot kommer in die raadsale van die IOK en internasionale sportfederasies ontvang. Indien een nasionale hof bevind dat die *TAS* nie onpartydig is nie en weier om die beslissings van die *TAS* te erken, is daar duidelik die moontlikheid dat howe in ander jurisdiksies tot soortgelyke gevolgtrekkings kan kom. Die pogings om 'n enkele, onpartydige en geloofwaardige forum vir die beslegting van internasionale sportgeskille te skep en sulke geskille uit die nasionale howe te hou, was skynbaar steeds nie voldoende om ondersoek deur nasionale howe te deurstaan nie.

6 *Posisie in Suid-Afrika*

Maar wat is die relevansie van hierdie uitspraak vir atlete in Suid-Afrika?

Die beheer van verbode middels in sport word in Suid-Afrika deur die Wet op die Suid-Afrikaanse Instituut vir Dwelmvrye Sport 14 van 1997 gereël. Artikel 2 van die wet het die Suid-Afrikaanse Instituut vir Dwelmvrye Sport (SAIDS) ingestel. Dit is onder andere die taak van die SAIDS om dwelmvrye sport te bevorder, 'n sentrale program vir die beheer van dwelmmisbruik in sport daar te stel en te verseker dat nasionale sportfederasies en ander sportliggame reëls en beleide teen dwelmmisbruik in sport aanneem wat aan die vereistes in die *WADC* voldoen. Artikel 11(2)(a) van die wet bepaal dat die SAIDS reëls en beleide teen die gebruik van verbode middels in sport moet aanneem en implementeer in ooreenstemming met die *WADC* en die lys van verbode middels wat deur die *World Anti-doping Agency* saamgestel word.

Ingevolge artikel 1 van die wet sluit die beheer van dwelmmisbruik in sport ook verhoor en appèlle in en die SAIDS moet gevolglik ook daarvoor voorsiening maak. Artikel 8 van die reëls teen verbode middels in sport wat die SAIDS ingevolge artikel 11(2)(a) van die wet aangeneem het (die SAIDS-reëls), bepaal dat 'n onafhanklike paneel, bestaande uit minstens drie lede, aangestel moet word om sake aan te hoor waar atlete daarvan beskuldig word dat hulle verbode middels gebruik het. Artikel 8.4 van die SAIDS-reëls bepaal egter in die geval van sowel atlete wat op nasionale vlak deelneem, as atlete wat op internasionale vlak deelneem, dat al die betrokke partye kan toestem om die tugverhoor direk na die *TAS* as forum van eerste instansie te verwys.

Artikel 7.10 van die SAIDS-reëls maak voorts voorsiening vir gevalle waar atlete wat beskuldig word dat hulle verbode middels gebruik het, nie die aanklag beveg nie of erken dat hulle die betrokke reëls teen verbode middels in sport oortree het en die voorgeskrewe sanksie of die sanksie aanvaar wat SAIDS voorstel, sodat geen verhoor vereis word nie.

Artikel 17 van die wet maak voorsiening vir 'n appèlraad vir dwelm-verwante sake waarheen atlete wat op nasionale vlak deelneem, ingevolge subartikel (4)(a) kan appelleer indien hulle verontreg voel weens die bevindings van tugkomitees

of sportliggame. Artikel 17(4)(a) bepaal egter dat atlete wat op internasionale vlak deelneem, in sake oor die gebruik van verbode middels na die *TAS* moet appelleer en dit word bevestig in artikel 13.2.1 van die SAIDS-reëls. Artikel 13 van die SAIDS-reëls handel oor appèlle in sake oor die gebruik van verbode middels en sit onder andere die proses uiteen vir appèlle deur atlete wat op nasionale vlak deelneem, asook wie in sulke sake teen 'n beslissing van 'n tugkomitee of sportliggaam mag appelleer.

Verskeie maatreëls in Suid-Afrika maak dus voorsiening daarvoor dat geskille rakende die gebruik van verbode middels in sport na die *TAS* verwys kan word vir beregting. Indien 'n Duitse hof die onafhanklikheid en onpartydigheid van die *TAS* bevraagteken, behoort daar ook binne die milieu van Suid-Afrikaanse sport gevra te word of die *TAS* 'n gepaste forum sou wees vir die beregting van geskille oor die gebruik van verbode middels in sport.

7 Ontleding

Artikel 34 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, bepaal dat elkeen die reg het dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word, in 'n billike openbare verhoor voor 'n hof of voor 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum beslis word.

Die vraag is dus eerstens of die oortreding van die reëls teen die gebruik van verbode middels in sport en die gevolglike tugstappe wat teen die oortreder ingestel word, 'n geskil is wat deur die toepassing van die reg besleg kan word. Die onderskeie verhoudinge wat binne sport ontstaan, is hoofsaaklik kontraktueel van aard. Elke sportsoort word vandag bedryf op sterkte van 'n reeks affiliasies. Atlete sluit aan by klubs, klubs organiseer hulself in plaaslike- of provinsiale sportliggame, plaaslike- of provinsiale sportliggame sluit aan by nasionale sportfederasies, nasionale sportfederasies sluit aan by kontinentale, transnasionale en internasionale sportfederasies, nasionale sportfederasies sluit aan by nasionale Olimpiese komitees, terwyl nasionale Olimpiese komitees en internasionale sportfederasies affilieer by die IOK. Die verhoudinge tussen die onderskeie sportliggame en hulle lede is kontraktueel van aard en word beheers deur die grondwette, reëls en regulasies van die onderskeie sportliggame, wat dan ook die bedinge van die kontrakte tussen die partye daarstel. (Sien *Jockey Club of South Africa v Transvaal Racing Club* 1959 1 SA 441 (A) 446F, 450A; *Turner v Jockey Club of South Africa* 1974 3 SA 633 (A); *Jockey Club of South Africa v Forbes* 1993 1 SA 649 (A) 654D; *Natal Rugby Union v Gould* 1999 1 SA 432 (HHA) 440F.)

Kontrakte is die vernaamste bron van regulatoriese jurisdiksie wat sportbeheerliggame in staat stel om die reëls neer te lê waarvolgens elke sport gespeel word en wat ampsdraers van daardie sport in staat stel om daardie reëls op die speelveld en elders af te dwing. Dit sluit dan ook enige reëls teen die gebruik van verbode middels in sport in. Gevolglik staan die sportliggame, die ampsdraers van elke sportliggaam en die atlete wat aan die betrokke sport deelneem in 'n kontraktuele verhouding teenoor mekaar (Cloete *Introduction to Sports Law in South Africa* (2005) 17).

Voet (*Commentarius ad Pandectas* 18 1 27) het reeds aangedui dat kontrakte beskou kan word as bronne van *ad hoc* reg wat geskep word deur die partye om sake van gemeenskaplike belang onderling te reël. Daarbenewens word die behoorlike uitleg van enige kontrak en die gevolglike uitvoering en afdwinging daarvan, beskou as regsrae (*Kotze v Frenkel & Co* 1929 AD 418 423; *Boerne v Harris* 1949

1 SA 793 (A) 805; *Hollard Life Assurance Company Ltd v Van der Merwe NO 2006 4 All SA 333 (HHA) 337a*).

Dit wil dus voorkom of die oortreding van die reëls teen die gebruik van verbode middels in sport en die gevolglike tugstappe wat teen die oortreder ingestel word hoofsaaklik 'n kontraktuele geskil is wat deur die toepassing van die reg besleg kan word. Gevolglik is artikel 34 van die grondwet oënskynlik van toepassing.

In *Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd v Andrews* (2009 4 SA 529 (KH)) beslis die meerderheid in die grondwetlike hof dat artikel 34 van die grondwet nie direk op private arbitrasie van toepassing is nie. Regter O'Regan verduidelik (592G ev) dat partye wat ooreenkom om hulle geskille na arbitrasie te verwys, daardeur kies om nie hulle regte ingevolge artikel 34 van die grondwet uit te oefen nie. Hoewel artikel 34 nie direk op private arbitrasie-verrigtinge van toepassing is nie, is dit wel indirek van toepassing sodat enige arbitrasie-ooreenkoms, tensy uitdruklik anders aangedui, so uitgelê moet word dat die arbitrasie-verrigtinge billik moet wees (593D ev). 'n Arbitrasie-ooreenkoms wat voorsiening maak vir 'n proses wat duidelik onbillik is, kan *contra bonos mores* en gevolglik ongeldig wees (594A). (Sien ook *Cool Ideas 1186 CC v Hubbard* 2014 4 SA 474 (KH).)

Die reëls in Suid-Afrika met betrekking tot die gebruik van verbode middels in sport is egter nie slegs kontraktueel van aard nie. Hierdie reëls word ook statutêr in die Wet op die Suid-Afrikaanse Instituut vir Dwelmvrye Sport 14 van 1997 en die SAIDS-reëls wat ingevolge artikel 11(2)(a) van die wet aangeneem is, gereël. Die betrokke statutêre maatreëls maak dan ook voorsiening daarvoor dat geskille rakende die gebruik van verbode middels in sport van meet af of op appèl na die *TAS* verwys kan word vir beregting. Gevolglik is die beslegting van sodanige geskille voor die *TAS* nie maar bloot net private arbitrasie-verrigtinge nie. Die *TAS* is inderdaad, wat tugsake vir die gebruik van verbode middels in Suid-Afrikaanse sport aanbetref, 'n statutêre tribunaal. Gevolglik is artikel 34 van die grondwet inderdaad direk van toepassing op arbitrasies wat ingevolge artikel 17(4)(a) van die Wet op die Suid-Afrikaanse Instituut vir Dwelmvrye Sport 14 van 1997 of artikels 7.10, 8.4 of 13.2.1 van die SAIDS-reëls na die *TAS* verwys word.

Die volgende vraag is dan of die *TAS* vir die doeleindes van artikel 34 beskou kan word as 'n onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum en of verrigtinge voor die *TAS* sal voldoen aan die vereiste van 'n billike verhoor. In *De Lille v Speaker of the National Assembly* (1998 3 SA 430 (K)) is die eerste applikant deur die regerende party daarvan beskuldig dat sy haar parlementêre privilegie misbruik het. Reël 49(3) van die Parlementêre Reëls het egter uitdruklik bepaal dat die gewone parlementêre tugkomitee nie jurisdiksie het in gevalle waar parlementêre privilegie ter sprake is nie. 'n *Ad hoc*-komitee is daarop saamgestel om die aanklagte teen die eerste applikant te ondersoek. Die hof bevind (453G ev) egter dat die *ad hoc*-komitee inbreuk maak op die eerste applikant se reg op 'n billike verhoor ingevolge artikel 34 van die grondwet. Die *ad hoc*-komitee het hoofsaaklik bestaan uit lede van die regerende party en dit het die onafhanklikheid en onpartydigheid van die komitee in gedrang gebring. Die argument dat die *ad hoc*-komitee slegs 'n aanbeveling aan die nasionale vergadering gemaak het en dat dit uiteindelik die nasionale vergadering was wat besluit het om die eerste applikant vir 15 dae te skors, kon nie die gebreke van die *ad hoc*-komitee ongedaan maak nie.

Dit is daarom moeilik om te sien hoe 'n liggaam soos die *ICAS*, waarvan meer as die helfte van die lede deur die IOK, nasionale Olimpiese komitees en internasionale sportfederasies aangewys word, en waarvan die oorblywende lede aangewys word deur die lede wat deur die IOK, nasionale Olimpiese komitees en internasionale sportfederasies aangewys is, hoegenaamd in geskille tussen atlete en sportfederasies

vir die doeleindes van artikel 34 van die grondwet as onafhanklik of onpartydig beskou kan word. Indien die *ICAS* nie onafhanklik of onpartydig is nie, hoe kan die *ICAS* 'n paneel van arbiters saamstel wat onafhanklik en onpartydig is soos beoog in artikel 34 van die grondwet? En hoe kan verrigtinge voor sulke arbiters billik wees?

In hierdie verband is dit ook belangrik om daarop te let dat artikel 39(1)(c) van die grondwet bepaal dat 'n hof, tribunaal of forum by die uitleg van die handves van regte, buitelandse reg in ag mag neem. Gevolglik sou die *Pechstein*-uitspraak in enige geskil oor die onafhanklikheid en onpartydigheid van die *TAS* voor Suid-Afrikaanse howe, as sterk ooreedende gesag voorgehou kan word. Dit wil voorkom of die uitspraak in die *Pechstein*-saak gebaseer is op beginsels wat hoegenaamd nie vreemd aan die Suid-Afrikaanse reg is nie, maar intendeel duidelik daarby aanklank vind.

8 Slot

Die uitspraak van die *Oberlandesgericht München* in die *Pechstein*-saak bring ernstige vrae oor die onpartydigheid van die *ICAS* en die *TAS* na vore. Dit is ook 'n waarskuwing aan sportliggame in ander jurisdiksies om hulle posisie *vis-a-vis* die *TAS* in die lig van hulle eie landsreg te heroorweeg. Daarby is dit 'n sterk aanduiding aan die IOK en internasionale sportfederasies dat die *ICAS* en die *TAS*, ten spyte van die Parys-hervormings, steeds nie genoeg van die IOK en internasionale sportfederasies verwyder is om te verseker dat die *TAS* in alle opsigte as onafhanklik en onpartydig gesien word nie. Gevolglik sal die *ICAS*, die IOK en internasionale sportfederasies verdere hervormings moet oorweeg om te verseker dat die integriteit van die *TAS* bo verdenking geplaas kan word.

Die *Oberlandesgericht München* het in die *Pechstein*-saak een moontlike oplossing vir die probleem aangeraak (par 112). Wanneer 'n atleet teen die besluit van 'n tugkomitee na die *TAS* appelleer, word 'n paneel van drie arbiters ingevolge artikel R50 van die *ICAS*-statuut uit die *ICAS* se lys van arbiters aangewys om die appèl aan te hoor. Dit kan alreeds 'n groter mate van onpartydigheid teweeg bring indien die atleet toegelaat sou word om een arbiter aan te wys ongeag of daardie arbiter op die *ICAS* se lys is, met die moontlike voorbehoud dat sodanige arbiter oor bepaalde kwalifikasies moet beskik. Dit laat egter nog die probleem dat die voorsitter van die paneel deur die president van die afdeling vir appèl-arbitrasie aangewys word. Dit mag dalk ook raadsaam wees om hierdie funksie aan die twee genomineerde arbiters oor te laat en slegs die president te betrek indien die twee genomineerde arbiters nie tot 'n vergelyk kan kom oor wie die voorsitter behoort te wees nie.

'n Beter oplossing sal waarskynlik wees om atlete proporsioneel groter verteenwoordiging op die *ICAS* te gee en om 'n forum te skep waar organisasies wat atlete verteenwoordig, byeen kan kom sodat die atlete-verteenwoordigers op die *ICAS* inderdaad deur verteenwoordigers van atlete aangewys word om na die belange van atlete om te sien. Voorsiening behoort ook gemaak te word dat organisasies wat atlete verteenwoordig, persone kan nomineer om op die *TAS* se lys van arbiters gevoeg te word.

Een ding is seker: hervorming van die *ICAS* en die *TAS* word dringend benodig. Nasionale en internasionale sportfederasies kan, op enkele uitsonderings na, nie bekostig om aan siviele eise van miljoene Euro's blootgestel te word nie.

Soos die howe in die *Pechstein*- en *Armstrong*-sake ook tereg opgemerk het, is dit noodsaaklik dat geskille in internasionale sport bereg word in 'n enkele forum

wat dieselfde beginsels en standarde eenvormig kan toepas sodat atlete vanuit verskillende jurisdiksies op gelyke voet met mekaar kan meeding. Dit is egter ononderhandelbaar dat die onafhanklikheid en onpartydigheid van sodanige forum bó verdenking moet wees.

STEVE CORNELIUS
Universiteit van Pretoria