

Recht  im Kontext

7

Hörnle/Möllers/Wagner (Hrsg.)

Gerichte und ihre Äquivalente



Nomos

Recht im Kontext

herausgegeben von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm

Alexandra Kemmerer

Prof. Dr. Christoph Möllers

Band 7

Tatjana Hörnle/Christoph Möllers
Gerhard Wagner (Hrsg.)

Gerichte und ihre Äquivalente



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3829-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8158-2 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Recht im Kontext. Ein Wort zur Schriftenreihe

Recht im Kontext ist die Schriftenreihe des gleichnamigen, am Wissenschaftskolleg zu Berlin begründeten Projekts, das es sich zur Aufgabe gemacht hat, das Recht neu im Kontext seiner Nachbardisziplinen zu verorten und es, aus einer genuin juristischen Perspektive, mit den übrigen Geistes-, Sozial- und Kulturwissenschaften ins Gespräch zu bringen. Das in der Aufbauphase vom Berliner Senat geförderte Projekt hat inzwischen seinen Standort verändert und ist vom Wissenschaftskolleg an die Humboldt-Universität zu Berlin gezogen, wo es nun als Leibniz-Projekt am Lehrstuhl von Christoph Möllers angesiedelt ist. Weiterhin verfolgt *Recht im Kontext* in Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Partnern ein *aggiornamento* deutscher Rechtswissenschaft in globalem Kontext. Dabei geht es um zweierlei: die internationale Öffnung und die stärker vernetzte Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft in Deutschland. Im Zentrum steht die Frage nach den begrifflichen Grundlagen und sozialen Kontexten des Rechts in einer Welt, in der das kompetitive, aber auch komplementäre Neben- und Miteinander verschiedener Rechtssysteme und normativer Ordnungen Teil des Alltags sind. Der Wechsel aus dem Grunewald an die Universität, mit der *Recht im Kontext* von Beginn an eng verbunden war, ist dabei ein folgerichtiger Schritt: als interdisziplinärer Forschungsverbund wurde das Projekt auch mit dem Ziel ins Leben gerufen, zu einer stärker internationalen und interdisziplinären Orientierung der juristischen Ausbildung beizutragen. Konzipiert mit dem Ziel, ein Milieu anspruchsvoller rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung zu etablieren, wurde mit *Recht im Kontext* ein Stil des Austauschs über aktuelle Forschungsfragen geprägt, der es Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern erlaubt, sich im engeren Kontakt mit Kolleginnen und Kollegen des eigenen Fachs ebenso wie anderer Disziplinen die Kontexte eigener und fremder Rechtsordnungen zu erschließen und im Gespräch mit einer interessierten Öffentlichkeit dem Eigensinn des Rechts und seiner Wissenschaft auf der Spur zu bleiben.

Dieter Grimm
Alexandra Kemmerer
Christoph Möllers

Vorwort

Der siebte Band der Schriftenreihe *Recht im Kontext* beschäftigt sich mit Formen und Folgen außergerichtlicher Konfliktbearbeitung, die immer stärker in den Fokus kontextsensibler Rechtsforschung gerät. Er dokumentiert ausgewählte Vorträge aus dem Berliner Seminar *Recht im Kontext*, die unter dem Oberthema „Gerichte und ihre Äquivalente“ im Wissenschaftskolleg zu Berlin gehalten und diskutiert wurden.

Antoine Duvals Beitrag untersucht Konfliktlösungssysteme außerhalb der staatlichen Ordnung am Beispiel der internationalen Sportsgerichtsbarkeit, ein Fall von „Rechtspluralismus“, mit dem sich die rechtsoziologische Forschung bisher wenig beschäftigt hat. Auch *Steffen Hindelang* bearbeitet ein Feld, dem trotz seiner politischen Relevanz bisher erstaunlich wenig wissenschaftliche Beachtung geschenkt wurde: die Vereinbarungen zum Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in den Handelsverträgen der EU. Er sieht ein großes Potential für Interventionen des EuGHs, die Vertragsregeln erheblich modifizieren könnten. *Michael Stürners* Kapitel beschäftigt sich mit der Frage, wie europäische Verbraucherschutzregeln effektiv durchgesetzt werden können. Angesichts der praktischen Schwierigkeiten der gerichtlichen Durchsetzung wird oft, unter anderem von der EU selbst, die außergerichtliche Streitschlichtung als vorzuzugswürdig angesehen. Stürner untersucht kritisch das Potential von solchen Schlichtungsverfahren, die keine echte Rechtsdurchsetzung gewährleisten, sondern eher konfliktbeendigend wirken. *Naoko Matsumoto* beleuchtet vergleichend einen wenig beachteten Aspekt der Justizgeschichte Deutschlands und Japans im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts: Gleichzeitig zur Errichtung von hierarchisch gestuften Instanzenzügen haben beide Länder auch außergerichtliche Konfliktlösungsmechanismen geschaffen, die den formalen Rechtsweg ergänzen sollten. *Silvia Tellenbach* wendet sich dem Justizsystem Irans zu, das ständig in einer Spannung zwischen religiösem und weltlichem Recht operieren muss. Die Rechtswirklichkeit stellt sich als sehr komplex dar: eine Mischung aus religiös legitimiertem Recht, älterem französischem Recht und behutsamen Modernisierungen, die aber auch wieder auf religiöse Prinzipien zurückgeführt werden müssen. Das abschließende Kapitel von *Alejandro Chehtman* befasst sich mit Besatzungsrecht, ein Thema, das unmittelbare politische Relevanz hat und zahlreiche theoretische Probleme aufwirft. *Chehtman* untersucht die strafrechtliche Sprechpraxis von Besatzungsgerichten und

verwirft auf dieser Grundlage die gängigen Unterscheidungen zwischen „gerechter“ und „ungerechter“ Besetzung sowie zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren bei der rechtlichen Beurteilung von Konflikten, die sich aus einer militärischen Besetzung ergeben.

Das Projekt *Recht im Kontext* hat inzwischen seinen Standort verändert: Anfang 2018 ist es vom Wissenschaftskolleg an die Humboldt-Universität zu Berlin gezogen, wo es jetzt als ein Leibnizprojekt am Lehrstuhl von Christoph Möllers angesiedelt ist. Der Wechsel an die Universität stellt für *Recht im Kontext* den nächsten, folgerichtigen Schritt dar. Es wurde als interdisziplinärer Forschungsverbund auch mit dem Ziel ins Leben gerufen, einen Beitrag zu einer stärker international und interdisziplinär orientierten juristischen Ausbildung zu leisten.

Zum Abschluss der Förderperiode am Wissenschaftskolleg wurde *Recht im Kontext* von einer externen Kommission – bestehend aus Marietta Auer (Universität Gießen), Pascale Cancik (Universität Osnabrück), Daniel Halberstam (University of Michigan), Klaus Hoffmann-Holland (Freie Universität Berlin) und Christopher McCrudden (Queen’s University Belfast/University of Michigan) – evaluiert. Wir freuen uns darüber, dass die Evaluationskommission zu dem Ergebnis kommt, dass sich das Projekt als Knotenpunkt innovativen und inspirierenden Rechtsdenkens etabliert hat. Das Projekt erfüllt nach Ansicht der Gutachterinnen und Gutachter seine intendierte Rolle, als „konstruktive Irritation auf den rechtswissenschaftlichen Mainstream zu wirken“. Die Berliner Seminare, Grundlage der Bände 1 und 2 sowie dieses Bandes, hätten ein breites Publikum gefunden, das regelmäßig Themen diskutierte, die über die Fragen der Rechtsdogmatik weit hinausgingen. Die vorliegende Publikationsreihe fungiert laut Evaluierungskommission dabei als ergänzender und bleibender Wissensfundus, um auch den wissenschaftlichen Mainstream zu erreichen. Der von *Recht im Kontext* unterstützte Verfassungsblog, dem die Bände 3 und 4 gewidmet sind, sei nicht nur „einer der interessantesten und am häufigsten gelesenen Foren für Verfassungsrecht und -politik“, sondern auch ein „must read“ für diejenigen, die sich für Fragen des öffentlichen Rechts und für Verfassungspolitik in Europa interessieren oder beruflich damit befasst sind. Die Konferenzen, deren Ergebnisse in Band 5 und 6 dokumentiert sind, hätten einen „spürbaren intellektuellen Fortschritt“ erbracht. Seine Aktivitäten würden nicht nur in der deutschen akademischen Landschaft wahrgenommen, auch international sei spürbar Wirkung erzielt worden. So seien insbesondere die jüngeren Jahrgänge zu verstärkt globalen, interdisziplinären und auf Selbstreflexion ausgerichteten Diskussionen ange-regt worden. *Recht im Kontext* habe damit die „Debattenkultur in der

Rechtswissenschaft entscheidend geprägt“ und werde deshalb einen bleibenden Effekt auf wissenschaftspolitische Entscheidungen haben.

Das Ergebnis der Evaluierung freut uns sehr – zu verdanken ist der Erfolg nicht zuletzt all denen, die am Projekt mitgewirkt, es mit Leben erfüllt und es in vielfältiger Weise unterstützt haben. Kaum mehr zu zählen sind die Referentinnen und Referenten, die im Berliner Seminar und auf Konferenzen und Workshops ihre Arbeit zur Diskussion gestellt und sich auf ein offenes und kritisches Gespräch eingelassen haben. Drei Jahre lang haben außerdem die Fellows des Programms Rechtskulturen, das von *Recht im Kontext* initiiert und getragen wurde, ihre unterschiedlichen Ansätze transdisziplinärer Rechtsforschung in die Berliner Wissenschaftslandschaften eingebracht.

Ein Projekt wie *Recht im Kontext*, das quer zu den normalen Förderinstrumenten liegt, braucht eine institutionelle Verortung, die Wagnisse, Experimente und unkonventionelle Herangehensweisen ermöglicht und fördert, und die hierfür notwendigen Infrastrukturen bereitstellt. Wir möchten an dieser Stelle dem Wissenschaftskolleg dafür danken, dass es dem Projekt von 2010 bis 2017 eine institutionelle und intellektuelle Heimat geboten hat, die es ermöglichte, das Recht „neu zu denken“: an erster Stelle dem ehemaligen Rektor Luca Giuliani, dem ehemaligen Sekretar Joachim Nettelbeck und dem heutigen Sekretar Thorsten Wilhelmy, aber auch den Permanent Fellows und den anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kollegs. Ohne deren aktive Unterstützung wäre dieses Vorhaben nicht geglückt.

Dass es dem Projekt gelungen ist, all diese Akteure immer wieder in fruchtbare Konstellationen zu bringen, Netzwerke anzuknüpfen und zu stärken und sich – wie der Evaluierungsbericht formulierte – als „Kernelement eines sich anbahnenden Wandels in der deutschen Rechtswissenschaft“ zu positionieren, verdankt sich schließlich denen, die in der Geschäftsstelle am Wissenschaftskolleg die Fäden in der Hand gehalten und das Vorhaben koordiniert und geprägt haben. Alexandra Kemmerer hat in der ersten Phase als wissenschaftliche Koordinatorin entscheidende Impulse zu Gestalt, Inhalten und Instrumenten des Projekts gegeben. Seitdem die Herausgeberin und die Herausgeber dieses Bandes 2015 *Recht im Kontext* gemeinsam tragen, haben Moritz Hartmann und Christian Boulanger als wissenschaftliche Koordinatoren sowie Sylvi Paulick und Fé Weisner als Projektassistentinnen das Projekt umsichtig betreut und weiterentwickelt.

Wie bei früheren Bänden lag die Fertigstellung des Bandes in den erfahrenen Händen von Sylvi Paulick, Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei

Vorwort

Recht im Kontext, die mit großem Einsatz die redaktionelle Arbeit koordinierte und Lektorat und Satz des Manuskripts besorgte. Für ihre Sorgfalt, ihren Fleiß und ihr Durchhaltevermögen danken wir ihr von ganzem Herzen.

Wie immer freuen wir uns auf Leserinnen und Leser, die sich mit uns auf das Abenteuer *Recht im Kontext* einlassen.

Berlin, im August 2019

*Christoph Möllers
Tatjana Hörnle
Gerhard Wagner*

Inhaltsverzeichnis

<i>Tatjana Hörnle, Christoph Möllers, Gerhard Wagner</i> Vorwort	7
<i>Antoine Duval</i> Towards a Transnational Solange: The Court of Arbitration for Sport and EU Law	13
<i>Steffen Hindelang</i> Parallel Administration of Justice and the Court of Justice of the European Union – The Case of Investor-State Dispute Settlement Provisions in EU Comprehensive Free Trade Agreements and CJEU’s Concept of Autonomy of EU Law	45
<i>Michael Stürner</i> Wahrung oder Durchsetzung von Verbraucherrechten? Zur Rolle der Verbraucherstreitbeilegung im europäischen Justizraum	73
<i>Naoko Matsumoto</i> Konfliktlösung durch Schlichtung im entstehenden modernen Justizsystem. Ein deutsch-japanischer Vergleich aus Nutzerperspektive	115
<i>Silvia Tellenbach</i> Richter und Gerichtsbarkeit im Strafprozess der Islamischen Republik Iran	161
<i>Alejandro Chehtman</i> Occupation Courts, jus ad bellum Considerations, and Non-state Actors: Revisiting the Ethics of Military Occupation	183
Chronik	219

Towards a Transnational *Solange*: The Court of Arbitration for Sport and EU Law

Antoine Duval

Introduction

This volume is about *Paralleljustiz*. In other words, about quasi-judicial institutions or practices aiming at the resolution of disputes outside the realm of the official judicial system of the state. This interest in justice outside of the official system is not new and there is a long track of sociologically minded legal pluralist scholarship on the subject.¹ Yet there is currently a more or less shared (and embraced) feeling that the state is in the process of »losing control«² over the settlement of transnational disputes. This shift away from the state is often attributed to the societal and economic changes brought forward by globalization. This volume illustrates in many ways the rise of competing processes and institutions of dispute resolution that have in certain fields supplanted the official judicial systems of the states. The prominent role of arbitration in international commercial disputes is a well-known example of this development,³ and

1 Starting with the living law of Eugen Ehrlich at the beginning of the 20th century, see for the English translation E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Transaction Publishers, 2009. On legal pluralism in general see J. Griffiths, What is Legal Pluralism?, *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986, pp. 1-55 and B. Tamanaha, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, *Sydney Law Review*, Vol. 30, 2008, pp. 375-411.

2 This sentiment of loss of control goes way beyond the legal sphere; see S. Sassen, *Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization*, Columbia University Press, 1996. See also U. Beck, *Power in the Global Age: A New Global Political Economy*, Polity, 2005.

3 On *lex mercatoria* and the crucial role of arbitration tribunals see G. Teubner, Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria*, *European Journal of Social Theory*, 5, 2002, pp. 199-217; P. Zumbansen, *Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 67(4), October 2003, pp. 637-682; and C. Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003.

the privatization of dispute resolution in the digital world would be another one.⁴

In the present chapter, I focus on the private judicial system ruling over international sports, and in particular on the Court of Arbitration for Sport (CAS). The private regulation of sport, international sport in particular, has long been a field of interest for those inclined towards legal pluralism⁵. Yet, since the entry into force of the statutes of the CAS in 1984, the *lex sportiva*,⁶ as the private regulation of international sport is nowadays often referred to, has entered a new phase. It has left the closed and amateurish setting of the Sports Governing Bodies (SGBs) for a polished and visible *chateau* on the banks of the *Lac Léman*. In other words, the CAS has become the new face of the *lex sportiva*, for some even its »provider«.⁷ In the first section of this chapter, I will try to briefly outline the role of the CAS in the broader system of the *lex sportiva*. The aim will be to flesh out my first claim, which is that we are dealing with a very powerful instance of *Paralleljustiz*.

Thereafter, I will touch upon another question looming over the CAS (and more broadly the *lex sportiva*), the one of its legitimacy and of its interaction with other legal systems, regimes or orders. Undoubtedly, the *lex sportiva* and its operationalization by the CAS entail strong distributional consequences and limit the (economic and social) freedom of the participants in international sporting competitions. Furthermore, the private rules of the *lex sportiva* are adopted by private associations, which have been repeatedly proven corrupt and are hardly representative of the actors affected by their regulations.⁸ Their democratic deficit, unlike other international institutions, is not up for extensive academic debate. Yet, national institutions are hard pressed to check and restrain the operation of the *lex*

4 Most recently see E. Halber, Privatization of the Judiciary, *Seattle University Law Review*, 40, 2016, pp. 115-172. For a more sceptical take see J. Zekoll, Online Dispute Resolution: Justice Without the State?, *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2014-02*.

5 S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 25.

6 See F. Latty, *Lex Sportiva: Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 and A. Duval, *Lex sportiva: A Playground for transnational law*, *European Law Journal*, 19(6), 2013, pp. 822-842.

7 See L. Casini, The Making of a *Lex Sportiva* by the Court of Arbitration for Sport, *German Law Journal*, 12(5), 2011, pp. 1317-1340.

8 Here the recent corruption scandals at the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) and International Association of Athletics Federations (IAAF) come immediately to mind.

sportiva.⁹ Instead, I will show in the second section of this chapter that since the *Bosman* case this duty to check and control the *lex sportiva* has been a vital contribution of EU law.¹⁰ I argue that EU law has a particular transnational force that positions it ideally to constitute a potent counterpower to the emergence of transnational private regulations and authorities.¹¹ This is especially true in the sporting context and is highly relevant in the framework of arbitral awards rendered by the CAS.¹² In other words, my second claim is that EU law is best placed to in a way ›counter-democratize‹¹³ the *lex sportiva*. However, I will show in the third section of this chapter that EU law is rarely applied to the rules of the *lex sportiva* by the CAS and even less often correctly. The CAS panels have often applied EU law in disrespect of its interpretation by the Court of Justice of the European Union (CJEU) or implemented it in an incomplete manner. Furthermore, I will outline the role played by the Swiss Federal Tribunal (SFT) in ensuring that the CAS does not take EU law seriously. This sec-

-
- 9 See for example in the case of FIFA: H.E. Meier & B. Garcia, Protecting Private Transnational Authority Against Public Intervention: FIFA's Power Over National Governments, *Public Administration*, 93, 2015, pp. 890-906. Or regarding the IOC, see M. James & G. Osborn, London 2012 and the Impact of the UK's Olympic and Paralympic Legislation: Protecting Commerce or Preserving Culture?, *The Modern Law Review*, 74(3), 2011, pp. 410-429.
 - 10 For a similar point of view from a political science perspective see A. Geeraert, Governing in the Shadow of *Bosman*: A Principal-Agent Perspective on Sports Governance and the EU, in A. Duval & B. Van Rompuy (eds.), *The Legacy of Bosman. Revisiting the Relationship Between EU Law and Sport*, ASSER Press, Springer, 2016, p. 213-232.
 - 11 For a longer version of this argument see A. Duval, *La Lex Sportiva face au droit de l'Union européenne: Guerre et paix dans l'espace juridique transnational*, Unpublished Phd thesis, European University Institute, 2015, available at <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/36997> (accessed: 18 June 2018).
 - 12 I have already discussed from a different perspective the interaction between CAS and EU law in A. Duval, The Court of Arbitration for Sport and EU Law: Chronicle of an Encounter, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(2), 2015, pp. 224-255.
 - 13 Here I refer to the notion of counter-democracy deployed by the French political philosopher Pierre Rosanvallon. In his words: ›By ›counter-democracy‹ I mean not the opposite of democracy but rather a form of democracy that reinforces the usual electoral democracy as a kind of buttress, a democracy of indirect powers disseminated throughout society – in other words, a durable democracy of distrust, which complements the episodic democracy of the usual electoral-representative system.« P. Rosanvallon, *Counter-democracy: Politics in an Age of Distrust*, Cambridge University Press, 2008, p. 8.

tion fleshes out my claim that there is a need to force the CAS into applying EU law to the *lex sportiva*.

In the final section, I aim to offer a *modus operandi* for a (respectful) control by national courts over CAS awards on the basis of EU law. Here a fine line must be walked: on the one hand there must be a serious possibility to challenge and resist the decisions of the bodies and institutions of *lex sportiva*, while on the other hand preserving its existence in order to enable the organization of international sports competitions. I will argue in favour of a pluralist, dialogical and reflexive approach that does not negate the function and necessity of the *lex sportiva*, while ensuring that it is respectful of the freedoms conferred on EU citizens and of the obligations imposed by EU competition law. In this regard, I believe that the well-known *Solange* jurisprudence¹⁴ of the German Federal Constitutional Court (BVerfG) can serve as an inspiration to devise such a pluralist control.

I. *The Court of Arbitration for Sport and the Lex Sportiva: The Paralleljustiz of Sport*

International sport and its private regulations constitute a parallel regulatory system in the world society. They operate in a tangled hierarchy of strange loops in which rules of Swiss associations (at least on paper) often take precedence over the national laws of the mightiest states.¹⁵ The private regulation of this social sphere is often referred to as *lex sportiva* in reference to the idea of *lex mercatoria*.¹⁶ Interestingly, over the years a separate judicial system emerged inside the *lex sportiva* with the CAS at its head.

14 See BVerfGE 37, 271 ff. and BVerfGE 73, 339 ff.

15 Illustrating very well this phenomena, see T. Schultz, *La Lex Sportiva se manifeste aux jeux olympiques de Turin: Supr matie du droit non  tatique et boucles  tranges*, *JusLetter*, 2006.

16 Making the direct link between those, see A. R thel, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technical – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?*, *Juristenzeitung*, 15-16, 2007, pp. 755-763.

a) The *Lex Sportiva*: Global Sports Law Without the State?

What is the *lex sportiva*? Numerous books have been written on the topic and I do not have the space here to address this question comprehensively.¹⁷ For some, the *lex sportiva* is non-existent and the state is still in control.¹⁸ In brief, I think this view underplays the dominant position of the *lex sportiva* vis-à-vis national states, on the basis of the states' putative capacity to intervene. For others, the *lex sportiva* is only a limited set of general principles drawn from the jurisprudence of the CAS.¹⁹ I believe the latter approach conceals the institutional structure and the systematic nature of the *lex sportiva*, by isolating it from the private rules and decisions of the SGBs. It is also downplaying its specificity by insisting on its supposed similarities with a *lex mercatoria* based primarily on decisions of arbitral tribunals. For a final view, *lex sportiva* stands for the complex institutional system(s) constituted by the private rules of the SGBs and

17 The most comprehensive study is probably the one of Frank Latty, see F. Latty, *Lex Sportiva: Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. But see also, R. Siekmann & J. Soek (eds.), *Lex Sportiva: What Is Sports Law?*, ASSER Press, Springer, 2012.

18 See for example N.C. Ipsen, *Private Normenordnungen als Transnationale Recht?*, Duncker & Humboldt, 2009. And more nuanced K.D. Wolf, The Non-existence of Private Self-regulation in the Transnational Sphere and Its Implications for the Responsibility to Procure Legitimacy: The Case of the *Lex Sportiva*, *Global Constitutionalism*, 3, 2014, pp. 275-309.

19 Mainly common law lawyers, see amongst a massive literature: M. Lennard, The Future of Sports Dispute Resolution, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 10(1), 2009, at p. 178; R.H. McLaren, Twenty-five Years of the Court of Arbitration for Sport: A Look in the Rear-View Mirror, *Marquette Sports Law Review*, 20(2), 2010, at p. 305; L. Reilly, Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes, *Journal of Dispute Resolution*, 2012(1), 2012; R. Platt, The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality?, *Journal of International Arbitration*, 30(5), 2013, pp. 531-560, at p. 556; R.W. Pound, Sports Arbitration: How It Works and Why It Works, *McGill Journal of Dispute Resolution*, 1(2), 2015, at p. 82; M.J. Mitten & H. Opie, International Sports Law; »Sports Law«: Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution, *Tulane Law Review*, 85(2), 2010, pp. 269-322, at pp. 287-289; M. Mangan, The Court of Arbitration for Sport: Current Practice, Emerging Trends and Future Hurdles, *Arbitration International*, 25(4), 2009, pp. 591-602; M.J. Mitten, The Court of Arbitration for Sport and Its Global Jurisprudence: International Legal Pluralism in a World Without National Boundaries, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 30(1), 2014, pp. 1-44.

their enforcement mechanisms.²⁰ I will adopt this latter understanding as I find it descriptively and pragmatically more convincing and useful.

For the purpose of this chapter the *lex sportiva* will be understood as the complex network of private regulations and institutions that rule on a daily basis over the participants in international sporting competitions. In formal legal terms, the rules are only contractually binding on the members (or members of members) of those associations and on those signing the entry forms to specific events (e.g. the Olympic Games). The rules are extremely diverse and cannot precisely be mapped here. They typically cover five broad types of regulatory activities:

- The rules of the game(s)
- Constitutional/administrative rules of the SGBs (Olympic Charter, SGBs statutes, SGBs administrative rules)
- Rules related to the organization of specific competitions (bid conditions, stadium standards etc.)
- Rules related to the regulation of economic markets (Transfer regulations, licensing rules, TV rights and sponsoring rules etc.)
- Disciplinary rules (Anti-Doping, Codes of Ethics, Disciplinary Codes etc.)

These rules are managed and enforced by the private administrations of the SGBs. These administrations dispose collectively of a lot of means, in both financial and human terms, and are shaping decisively the life of the athletes and clubs subjected to their private authority. The internal disciplinary bodies of the SGBs deal with the overwhelming majority of the disputes triggered by the application of the rules of the *lex sportiva*. It is only when the dispute is acrimonious and one party does not accept the decision adopted at the level of the SGB that the CAS comes into play.

b) The Function and Functioning of the CAS

The CAS statutes entered into force in 1984.²¹ However, despite some early encouragement from prominent names,²² the first 10 years were ex-

20 F. Latty, *Lex Sportiva: Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, and A. Duval, *Lex sportiva: A Playground for transnational law*, *European Law Journal*, 19(6), 2013, pp. 822-842.

21 For a brief (official) history of the CAS, see <http://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html> (accessed: 18 June 2018).

tremely calm and the CAS was in practice an empty shell.²³ Then came the *Bosman*²⁴ ruling of the CJEU and brought about fundamental change.²⁵ The SGBs believed that their hard-won autonomy under the old self-regulatory model was under threat. The need to take the disputes triggered by the *lex sportiva* out of courts was dearly felt.²⁶ It is also at that time that the CAS introduced an important procedural reform creating a specific appeal procedure for cases already dealt with inside the SGBs. Consequently, the period between the mid-nineties and the early 2000s was marked by a steady rise of the CAS caseload.²⁷ The entry into force of the first World Anti-Doping Code in 2004 consolidated the centrality of the CAS, by making it the final appeal body for doping cases involving international athletes.²⁸ In this regard, FIFA's earlier decision in 2002 to finally endow the CAS with the competence to review the decisions of its internal

-
- 22 See J. Paulsson, Arbitration of International Sports Disputes, *Arbitration International*, 9(4), 1993, pp. 359-369 and B. Simma, The Court of Arbitration for Sports, in *Law of Nations, Law of International Organizations, World's Economic Law. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne, Heymann, 1988, pp. 573-585.
- 23 Based on the official statistics of the CAS, from 1984 to 1994 only 32 awards were rendered by the CAS. In 2016 only (latest year for which CAS statistics are fully available) the CAS rendered 599 awards. The statistics are available at http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Statistics_2016.pdf (accessed: 21 December 2018).
- 24 Judgment of the Court of 15 December 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman, Case C-415/93.
- 25 See S. Weatherill, *Bosman Changed Everything: The Rise of EC Sports Law*, in L. Azoulay & M. Maduro, *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 480-487. In general on the legacy of the *Bosman* case see the contributions in A. Duval & B. Van Rompuy (eds.), *The Legacy of Bosman. Revisiting the Relationship Between EU Law and Sport*, ASSER Press, Springer, 2016.
- 26 J. Anderson, »Taking Sports Out of the Courts«: Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport, *Journal of Legal Aspects in Sport*, 10(2), 2000, p. 123.
- 27 From 1995 to 2004 the CAS rendered 504 awards.
- 28 Article 13.2.1 WADA Code 2003 foresaw that: »In cases arising from competition in an International Event or in cases involving International-Level Athletes, the decision may be appealed exclusively to the Court of Arbitration for Sport (»CAS«) in accordance with the provisions applicable before such court.« In fact, the number of requests for arbitration filed at the CAS in 2004 (year of entry into force of the new code) spiked to 271 from 107 the year earlier.

bodies was also crucial.²⁹ Twenty years after its inception the CAS has very much fulfilled the dream of its founder by becoming the ›Supreme Court of World Sport‹³⁰. Nowadays it is difficult to overstate the centrality of the CAS in the sporting world, each and every high-profile controversy ends up in front of the CAS. Thus, only in 2016, the CAS dealt with the consequences of the massive Russian state doping scandal,³¹ of the FIFA corruption scandal,³² or with Maria Sharapova’s very public doping case.³³

The CAS is a peculiar arbitral institution. It relies on a closed list of arbitrators,³⁴ which has been very much contested but remains supported by the SFT.³⁵ There are two main procedures to conduct CAS arbitration enshrined in the CAS Code of Sports-Related Arbitration (CAS Code).³⁶ On the one hand, an ordinary procedure, very similar to traditional commercial arbitration and in practice often used for commercial disputes in a sporting context.³⁷ On the other hand, an appeal procedure specific to the sporting world and which is at the heart of this chapter.³⁸ The appeal procedure is used to deal with cases already heard and decided inside the SGBs. The CAS hears the cases *de novo*, meaning that it also reviews the

29 FIFA had first envisaged creating a separate Football Arbitral Tribunal but renounced in light of the costs attached to running such an institution. See FIFA Circular no. 827, Arbitration Tribunal for Football (TAF) – Court of Arbitration for Sport (CAS), 10 December 2002.

30 The legend says that these were the words of the CAS founder, former IOC President Juan Antonio Samarranch.

31 See CAS 2016/O/4684 *The Russian Olympic Committee, Lyukman Adams et al v. The International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 21 July 2016 and CAS 2016/A/4745 *Russian Paralympic Committee v. International Paralympic Committee*, 23 August 2016.

32 See TAS 2016/A/4474 *Michel Platini c. Fédération Internationale de Football Association*, 16 September 2016.

33 See CAS 2016/A/4643 *Maria Sharapova v. International Tennis Federation*, 30 September 2016.

34 See the current CAS List at <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/list-of-arbitrators-general-list.html> (accessed: 18 June 2018).

35 See in particular ATF 129 III 445, at para. 3.3.3.2.

36 The CAS Code is available at http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2016_final_en.pdf (accessed: 18 June 2018). For two good article-by-article commentaries of the code, see A. Rigozzi, E. Hasler & M. Noth, Chapter V: The CAS Code, in M. Arroyo (ed.) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, 2013, pp. 885-1083 and D. Mavromati & M. Reeb, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, Kluwer Law International, 2015.

37 See articles R38 to R46 of the CAS Code.

38 See articles R47 to R59 of the CAS Code.

facts. In general, the appeal of a decision to the CAS based on this procedure implies that the SGB rendering it must have introduced a general arbitral clause in favour of the CAS in its regulations.³⁹ Therefore, consent is a weak foundation for CAS arbitration as the athletes (or clubs) are deprived of any meaningful choice when opting in.⁴⁰ In reality, they often have to accept wholesale the SGBs' rules or renounce competing in the only economically relevant sporting competitions available worldwide. This lack of a free choice was at the centre of the *Pechstein* saga in front of the German courts.⁴¹ The unwillingness of the German *Federal Supreme Court* (BGH) to admit the constrained nature of the athletes' consent in its latest ruling has faced criticisms.⁴² I believe, for instance, that many other rationales could legitimize a forced CAS arbitration.⁴³ In return, however, it would entail that the CAS should be reformed to ensure that it abides strictly with conditions of independence and transparency.⁴⁴ The existing institutional shortcomings of the CAS are part of the reasons

39 On the functioning of these arbitral clauses by reference introduced the statutes or regulations if the SGBs see S. Netzle, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Sports Matters: Arbitration Agreement Incorporated by Reference to Regulations of Sports Organizations, in *Arbitration of Sports-related Disputes*, ASA Special Series No. 11, November 1998, pp. 45-58.

40 See A. Duval, Not in My Name! Claudia Pechstein and the Post-consensual Foundations of the Court of Arbitration for Sport, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-01*, ECHR Pechstein.

41 LG München I, 37 O 28331/12, 26.02.2014 and OLG München, 15.01.2015 - U 1110/14 Kart. On the Pechstein case see A. Duval & B. Van Rompuy, Protecting Athletes' Right to a Fair Trial Through EU Competition Law: The Pechstein Case, in C. Paulussen et al (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law*, ASSER Press, Springer, 2015, pp. 245-278.

42 BGH, 07.06.2016 - KZR 6/15. For critical commentaries, see J. Croon-Gestefeld, Der BGH und Pechstein: Transnationaler Konstitutionalismus sieht anders aus, *Verfassungsblog*, 7 June 2016, at <http://verfassungsblog.de/der-bgh-und-pechstein-transnationaler-konstitutionalismus-sieht-anders-aus/> (accessed: 18 June 2018) and A. Duval, The Pechstein Case: Transnational Constitutionalism in Inaction at the Bundesgerichtshof, *Verfassungsblog*, 10 June 2016, at <http://verfassungsblog.de/the-pechstein-case-transnational-constitutionalism-in-inaction-at-the-bundesgerichtshof/> (accessed: 18 June 2018).

43 See A. Duval, Not in My Name! Claudia Pechstein and the Post-consensual Foundations of the Court of Arbitration for Sport, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-01*.

44 R. Muresan & N. Korff, Sportschiedsgerichtsbarkeit: Wie weiter nach dem »Pechstein-Urteil« des Landgerichts München?, *Causa Sport*, 3, 2014, pp. 199-211.

why EU law (or for that matter the European Convention of Human Rights (ECHR)) should be used to nudge (via a *Solange* approach) the CAS towards an institutional reform and greater respect for EU law in its decisions.

The CAS plays a central institutional role inside the transnational regime/system/order of the *lex sportiva*. It acts simultaneously as a quasi-constitutional (political/constitutional matters), quasi-administrative (review of administrative decisions of the SGBs), quasi-civil (FIFA transfer system) and quasi-criminal (anti-doping and disciplinary matters) court. It is responsible for the concretization and interpretation of the rules of the *lex sportiva* in controversial cases and is therefore, a key institution in the operation of the *lex sportiva*. This central position is reinforced by the fact that the CAS publishes a substantial share of its awards in a publically available database.⁴⁵ Hence, while not being bound by a classical *stare decisis* doctrine,⁴⁶ the CAS panels are encouraged (in particular by the parties, but also by the CAS clerks) to refer to previous CAS awards in their decisions. This practice has been referred to as a burgeoning jurisprudence.⁴⁷ In other words, if not formally bound by previous cases, the CAS will give a substantial importance to existing precedents in similar cases. This jurisprudential practice is crucial to understanding the centrality of the CAS for the *lex sportiva*. The interpretations of the rules of the *lex sportiva* provided by the CAS trickle down the judicial chain and are determining the decision-making practice of disciplinary bodies inside the SGBs. If they disregard the existing CAS awards on specific questions, they will risk seeing their decisions overruled in appeal by the CAS. This is both an uncomfortable public position to be in and potentially a costly one for the SGBs.

45 Please note, however, that CAS does not, by far, publish all its awards. The CAS public database of awards is available at <http://jurisprudence.tas-cas.org/Help/Home.aspx> (accessed: 18 June 2018).

46 In favour of such a *stare decisis* system at the CAS, see G. Ioannidis, The Influence of Common Law Traditions on the Practice and Procedure Before the Court of Arbitration for Sport (CAS), in A. Duval & A. Rigozzi (eds.), *Yearbook of International Sports Arbitration 2015*, ASSER Press, Springer, 2016, pp. 17-38.

47 See G. Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, *Arbitration International*, 23(3), pp. 357-378 and M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011, pp. 443-477.