

Your World First

Op 28 november 2016 organiseerde de Praktijkgroep Sportrecht van CMS het ontbijtseminar Actualiteiten Sport en Mededinging. Sprekers waren [Edmon Oude Elferink](#) (CMS) en Ben van Rompuy (Universiteit Leiden) en onder de aanwezigen waren onder meer vertegenwoordigers van voetbalclubs, de Federatie Betaald Voetbal en sportmarketeers. Het onderstaande betreft een verslag op hoofdlijnen van het seminar.

Verbod op staatssteun

Het inhoudelijke deel van het seminar wordt geopend door Edmon Oude Elferink. Edmon geeft aan allereerst de recente staatssteunbesluiten van de Europese Commissie (EC) over de Nederlandse en Spaanse voetbalclubs te bespreken. Op basis van het Europese mededingingsrecht geldt een verbod op ongeoorloofde staatssteun. In de afgelopen jaren hebben meerdere gemeentes in Nederland financiële steun verleend aan voetbalclubs in hun gemeente. Dit kan volgens de EC onder bepaalde omstandigheden tot ongeoorloofde staatssteun leiden.

Edmon vertelt dat de EC onderzoek heeft gedaan naar staatssteun aan negen voetbalclubs in Nederland en Spanje naar aanleiding van klachten door derden wegens vermoeden van staatssteun. Een vergelijking van deze zaken levert een goed beeld op van wanneer staatssteun aan voetbalclubs geoorloofd dan wel ongeoorloofd is.

Nederlandse voetbalclubs

Bij [FC Den Bosch](#), [MVV](#), [Willem II](#) en [NEC](#) was sprake van een club in financiële nood. Edmon legt uit dat de drie eerstgenoemde clubs hier zelf ook melding van maakten in hun reactie aan de EC. Over de financiële positie bestond geen twijfel, gelet op de categorisering van de KNVB waardoor zij aantoonbaar in

financiële nood verkeerden. NEC koos er aanvankelijk voor om niet te stellen dat zij in financiële nood verkeerden, maar op aanwijzing van de EC nam NEC dit standpunt toch in, om zo de kans te vergroten dat de staatssteun geoorloofd zou zijn.

Bij [PSV](#) lagen de zaken anders, aldus Edmon. Daar werd de grond onder het stadion door PSV verkocht aan de gemeente voor ruim € 48 miljoen. De indiener van de staatssteunklacht betwiste of die prijs wel marktconform was. Bij geen marktconformiteit, betrof de verkoop staatssteun. De EC heeft echter na onderzoek vastgesteld dat de grond onder het stadion voor een marktconform bedrag verkocht is.

In de eerste vier Nederlandse zaken is de redenering van de EC begrijpelijk: er is staatssteun verstrekt, maar dit is wegens de financiële nood én de herstructureringsmaatregelen te rechtvaardigen. In de zaak PSV is de afwezigheid van staatssteun echter minder evident.

Bij PSV is geoordeeld dat überhaupt geen sprake was van staatssteun, omdat door Eindhoven een marktconforme prijs betaald is. Aan de vraag over de geoorlooftheid van de 'steun' is niet toegekomen. Zowel Edmon als Ben van Rompuy is van mening dat er goede argumenten waren om te betogen dat de stadionverkoop niet als marktconform zou zijn gebeurd. Met name kan gediscussieerd worden over de vraag of de grondwaarde volgens de juiste methode is getaxeerd.

Spaanse voetbalclubs

In Spanje speelde een vergelijkbare problematiek, maar pakte het onderzoek van de EC anders uit. Ook daar waren een aantal clubs uit de financiële problemen geholpen door hun lokale overheden. Edmon legt uit dat hoewel er

Your World First

veel overeenkomsten waren met de Nederlandse gevallen, de EC daar wél oordeelde dat sprake was van ongeoorloofde staatssteun. Bij [Real Madrid](#) ging het bijvoorbeeld om een gronddeal die veel leek op de deal tussen de gemeente Eindhoven en PSV. De EC oordeelde echter dat Real Madrid wel een meer dan marktconforme prijs had ontvangen voor haar grond en Real moet de ongeoorloofde ontvangen staatssteun terugbetalen.

Ongeoorloofde staatssteun?

Het verschil tussen de Spaanse en de Nederlandse gevallen zit volgens Edmon niet in de constructies, maar in de uitvoering daarvan. Op het moment dat de overheid bijspringt wegens financiële moeilijkheden, kan herstructureringsstaatssteun geoorloofd zijn. Of dit daadwerkelijk zo is, hangt af van de voorwaarden waaronder die steun wordt verleend. Een van de voorwaarden is: de tering naar de nering zetten. De Nederlandse clubs hebben in de jaren na de ontvangen staatssteun met de hand op de knip geleefd. Zo werd amper geld uitgegeven aan transfersommen en werd bezuinigd waar kon. De Spaanse clubs deden dit niet en bleven geld uitgeven. Dit maakte dat onder andere Valencia geen beroep kon doen op de rechtvaardiging van financiële noodzaak waardoor de staatssteun als ongeoorloofd werd aangemerkt.

Rol van de EC

Edmon vertelt dat uit de besproken zaken volgt dat goed contact met de EC cruciaal is. Ook uit nieuwe zaken blijkt, zoals bij de bouw van de nieuwe Kuip, dat het betrekken van de EC door de voor de ontwikkeling verantwoordelijke partijen zinvol is. Zo worden vooraf met de EC plannen besproken en waar nodig bijgesteld om zo het beste binnen de kaders van de Europese mededingingsregels te blijven. Dit is

vergelijkbaar met de rol die de EC heeft aangenomen bij het onderzoek naar de Spaanse en Nederlandse voetbalclubs. De EC gaf sturende aanwijzingen die de kwalificatie staatssteun zouden kunnen voorkomen.

Het voordeel van deze aanpak is dat de EC het kader geeft, waardoor de kans dat achteraf geoordeeld wordt dat er sprake is van ongeoorloofde staatssteun minimaal is. Het brengt ook een gevaar met zich. Wanneer de EC het kader aangeeft, is er geen mogelijkheid meer om buiten dit kader te treden. Edmon stipt aan dat de EC dan immers direct op de hoogte is, waardoor bestraffing eenvoudig en waarschijnlijk is.

Vanuit de zaal komt de vraag of er in dit traject onderhandeld kan worden met de EC. Edmon legt uit dat dit in principe niet het geval is. De EC stuurt alleen in dit proces. De EC geeft het kader aan, maar geeft geen garanties. Het is niet zo dat wanneer de aanwijzingen van de EC opgevolgd worden, er gegarandeerd geen sprake is van staatssteun. De kans is alleen kleiner dan wanneer zonder hulp van de EC wordt gehandeld.

Mededinging en Vrij Verkeer

Edmon vervolgt zijn presentatie met de behandeling van het vrije verkeer en de mededingingsregels die binnen de EU gelden, en hun relatie tot de sport. Met betrekking tot het Europese Mededingingsrecht en Sport zijn er duidelijk drie tijdperken aan te geven. Het Pre-Bosman, het Post-Bosman en het Post-Meca-Medina tijdperk. In het tijdperk tussen de Bosman en de Meca-Medina uitspraken werden veruit de meeste zaken door de EC afgehandeld. Na de Meca-Medina is er geen enkele zaak meer afgehandeld. In de Meca-Medina uitspraak werd door het Europese Hof van Justitie bepaald dat sportregels onder het

Your World First

mededingingsrecht vallen. Sporters hadden betoogd dat anti-dopingsregels de mededinging zouden beperken en daarom niet zijn toegestaan. Het Hof ging daar echter niet in mee. Ondanks dat het mededingingsrecht van toepassing is, kon de handelingsvrijheid van sporters beperkt worden wegens de doelstelling van het antidoping beleid.

Gelet op het nationalistische karakter van sport, is "Europa" echter terughoudend in haar optreden en spelen dit soort zaken vooral op nationaal niveau. Op dit moment ligt er toch een aantal klachten bij de EC, waaronder een klacht over het Third Party Ownership (TPO) verbod, de klacht van Tuitert over de Internationale Schaatsunie (ISU), en een klacht over de International Basketball Federation (FIBA).

FIBA

Edmon kiest de klacht tegen de FIBA als voorbeeld, waarbij hij de situatie uitlegt dat sinds 2000 er twee internationale toernooien voor basketbalclubs zijn. Een toernooi georganiseerd door de FIBA, een soort van Champions League voor basketbal, en de Euroleague, georganiseerd door een aantal grote basketbalclubs. Het probleem is dat de Euroleague een succesvolle competitie is en de FIBA competitie veel minder populair is.

Na 15 jaar gedogen vindt de FIBA het genoeg geweest. Volgens de FIBA wordt door Euroleague geld verdiend over de rug van de nationale bonden die veel in het basketbal investeren. Er volgt een dreigement aan alle clubs die meedoen aan de Euroleague: hun nationale teams zullen worden uitgesloten van internationale toernooien zolang de clubs meedoen aan de Euroleague.

De Euroleague vindt dit machtsmisbruik, aldus Edmon, en dient hiertegen een klacht in bij de EC. De FIBA reageert door een klacht tegen de

Euroleague in te dienen, eveneens wegens gesteld machtsmisbruik.

Edmon licht toe dat ook nationaal, in Duitsland, een procedure aanhangig is gemaakt. De kortgedingrechter in München werd verzocht een voorlopige voorziening te treffen om de FIBA te verbieden nationale teams uit te sluiten van internationale toernooien. Deze voorlopige voorziening werd toegewezen. De nationale rechter lijkt hier een voorschot op het machtsmisbruik van de FIBA te nemen aldus Edmon.

Na een vraag vanuit de zaal wordt duidelijk dat beide competities een exclusiviteitsclausule in hun reglement hebben waarin staat dat deelname aan een andere competitie leidt tot uitsluiting in de eigen competitie. Deelname aan de andere competitie wordt onderling echter al 15 jaar gedoogd waardoor deze clausule zijn werking verloren heeft.

De FIBA zaak blijkt voor de volgende spreker Ben van Rompuy een goed moment om in te haken. Ben voegt aan het verhaal van Edmon toe, dat in hoger beroep de FIBA toch deels gelijk heeft gekregen. De eerdere uitspraak is vernietigd, omdat de Duitse rechter in hoger beroep zich niet bevoegd bevond. Er was sprake van een arbitrageclausule die het Court of Arbitration for Sport (CAS) exclusief bevoegd maakte. De Duitse rechter kon hierdoor geen voorlopige voorziening treffen.

Pechstein

De arbitrageclausule in de FIBA zaak is een mooi bruggetje voor Ben naar de zaak Pechstein. De zaak van schaatsster Pechstein gaat over een dopingschorsing van twee jaar die zij door de ISU opgelegd heeft gekregen. Hiertegen heeft zij zich jaren met hand en tand verzet, tot aan het CAS toe waar ze uiteindelijk

Your World First

in het ongelijk is gesteld. Naast deze twee procedures heeft Pechstein ook twee onsuccesvolle procedures bij het hooggerechtshof in Zwitserland gevoerd, zo zet Ben uiteen. Na afloop van haar uitsluiting besloot ze voor de civiele rechter in Duitsland een schadevergoeding te vorderen van de ISU voor de twee jaar dat ze niet heeft kunnen schaatsen. Ze stelde dat ze verplicht was om het contract met de arbitrageclausule te tekenen omdat ze anders niet aan wedstrijden kon deelnemen. De grond van haar verzoek tot schadevergoeding was dat de arbitrageclausule in haar contract met de ISU alleen de mogelijkheid tot arbitrage bij het CAS gaf, waardoor de uitspraak van het CAS niet erkend had mogen worden. Ben vertelt dat Pechstein met name de onafhankelijkheid van het CAS betwiste, vanwege de verschillende wijzen van invloed die de sportbonden op het CAS hebben zoals onder meer bij de aanstelling van arbiters.

Instemming arbitrageclausule

Onder Zwitsers Recht – het recht dat de relatie tussen Pechstein en de ISU beheerst – moet er, met name bij een dergelijke arbitrageclausule, sprake zijn van vrijwillige instemming. Het contract dat de ISU met haar schaatsers sluit is vrijwel eenzijdig opgelegd. De keuze voor schaatsers is: óf tekenen, óf niet meedoen aan internationale wedstrijden. Hierdoor oordeelde de Duitse civiele rechter in eerste instantie dat er geen sprake was van wilsovereenstemming, Pechstein had niet vrijwillig ingestemd met deze arbitrageclausule. De ISU had misbruik gemaakt van haar machtspositie door alleen het CAS, dat volgens de Duitse rechter niet onafhankelijk genoeg was, als mogelijkheid voor arbitrage op te nemen. De CAS-uitspraak kon zo niet worden erkend waardoor Pechstein ontvankelijk werd bevonden voor de Duitse civiele rechter.

De onafhankelijkheid van het CAS

Het hogere Bundesgerichtshof ging echter niet in deze redenering mee. Hier werd geoordeeld dat geen sprake was van machtsmisbruik, waardoor wel degelijk sprake van vrije instemming was. Daarnaast werd geoordeeld dat het CAS voldoende afhankelijk was. De enige mate van invloed van sportbonden, maar dit doet daar niet aan af. Ben legt uit dat het CAS sinds de eerdere uitspraak een aantal wijzigingen had ondergaan en er onder meer geen sprake meer was van een gesloten lijst van arbiters. Hij denkt dat dit invloed kan hebben gehad.

Vanuit de zaal komt de vraag op welke wijze de sportbonden invloed hebben op het CAS. De nationale sportbonden co-financieren het CAS en zij hebben via het zogenoemde ICAS invloed op de aanstelling van de derde arbiter, de voorzitter, in zaken bij het CAS. De invloed is indirect, maar desalniettemin aanwezig.

Volgens Ben is de kans groot dat Pechstein haar zaak uiteindelijk zal verliezen, het ziet er in ieder geval niet goed uit. Inmiddels heeft ze ook een klacht ingediend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op basis van het fair trial artikel van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

Vanuit de zaal komt de vraag of de procedure bij het EHRM ook nog de vraag speelt of de inhoudelijke uitsluiting voor doping terecht was. Dit is volgens Ben niet het geval, alleen de onafhankelijkheid van het CAS en het fair trial beginsel speelt voor het EHRM.

White Star Molenbeek

Met het oog op de klachten die bij de EC liggen over het TPO verbod en de transferregels is de zaak van White Star Molenbeek over de licentiecondities voor profvoetbal (divisies 1A en 1B) interessant. De Koninklijke Belgische

Your World First

Voetbalbond (KBVB) kent White Star, dat kampioen speelde in afdeling 1B, geen licentie toe omdat niet voldaan is aan de algemene licentievoorwaarden. Het Belgisch Arbitragehof voor de Sport (BAS) vernietigde de beslissing van de KBVB want ondertussen was wel aan de algemene voorwaarden voldaan. Het BAS weigerde echter eveneens de gevraagde licentie toe te kennen omdat de financiële continuïteit van de club voor het komende seizoen, een bijkomende voorwaarde, onvoldoende verzekerd was. De club werd daarom verwezen naar de 1^e klasse amateurs.

Vanuit de zaal komt de vraag of we in Nederland een vergelijkbaar orgaan als het BAS hebben. In Nederland worden dergelijke kwesties intern binnen de bond behandeld, zoals bij de arbitragecommissie van de KNVB, of uitbesteed aan het instituut sportrechtspraak (ISR). Er is geen externe mogelijkheid tot hoger beroep. Het ISR komt als arbitrage instituut het meest in de buurt, maar verschilt van het BAS doordat het BAS volledig losstaat van de nationale sportbonden en als beroepsorgaan dient. Het ISR wordt ingeschakeld voor sportbonden die tuchtrechtspraak aan het ISR uitbesteden. Geconcludeerd kan worden dat in Nederland geen vergelijkbaar orgaan is.

White Star Molenbeek dient een verzoek tot het nemen van een voorlopige maatregel in bij de nationale mededingingsautoriteit. White Star vindt dat er sprake is van discriminatoir handelen door de KBVB, omdat andere clubs in dezelfde financiële situatie wel een licentie gekregen hebben.

Toerekening beslissing Arbitragehof

Ben legt uit dat in de procedure van White Star de vraag is of de uitspraak van een Arbitragehof als het CAS en het BAS, dat een vaag geformuleerde sportregel interpreteert en

toepast, toegerekend kan worden aan de nationale bond. Volgens de Belgische mededingingsautoriteit is het niet kennelijk onredelijk om dit te doen. Ben geeft aan dat dit invloed kan hebben op de klacht die bij de EC ligt over de transferregels, omdat daar de interpretatie van het CAS van deze transferregels (Artikel 17(1) RSTP) aan de orde gesteld kan worden.

Invloed van Europese mededinging op sportreglementen

Ben vervolgt zijn verhaal met de nieuwe FIFA Agents Regulations die zijn gedecentraliseerd, waardoor de nationale voetbalbonden deze richtlijn in hun eigen regelgeving moeten implementeren. Ben vertelt dat het Oberlandesgericht in Frankfurt minutieus getoetst heeft in hoeverre de Duitse voetbalbond dat correct gedaan heeft. Daarin werd geconcludeerd dat de regel dat de spelersmakelaar een verklaring van goed gedrag moet overleggen en zich moet onderwerpen aan alle regelgeving van bij de FIFA aangesloten nationale bonden disproportioneel is en in strijd met het Europese mededingingsrecht.

Ook sprak de Duitse rechter zich volgens Ben als eerste uit over het verbod op een belang van een derde partij in een toekomstige transfer (TPO). Hierover werd geoordeeld dat dit verbod proportioneel is en daardoor niet in strijd met het Europese mededingingsrecht.

Afrondend

Ben rondt af en stelt dat het Europese Mededingingsrecht sinds de Meca-Medina uitspraak van het Europese Hof op veel verschillende manieren de sport binnenkomt. Sportregels vallen binnen het kader van de mededinging en sec bekeken zijn bijna alle sportregels een beperking van de mededinging. Daardoor is vooral de vraag naar de

Your World First

proportionaliteit van de regels belangrijk. Zijn er werkbare alternatieven? De EC zal de regels op het gebied van het TPO verbod en de FFP niet gaan herschrijven. Er zal uitgegaan worden van de kennis van de bonden en gekeken worden naar wat de werkbare alternatieven zijn. Ben is in ieder geval van oordeel dat zonder goed alternatief de huidige regels niet snel in strijd met het mededingingsrecht zullen worden geacht. Edmon sluit zich hierbij aan.

Auteurs

[Tim Wilms](#)

T +31 20 3016 398

E tim.wilms@cms-dsb.com

[Linde Bremmer](#)

T +31 30 2121 665

E linde.bremmer@cms-dsb.com