



## Voetbalcompetitie in balans?

### De verenigbaarheid van salary caps met het Europese recht

*In onderstaand artikel worden de (on)mogelijkheden van invoering van salary caps in het licht van de EU-regels omtrent vrij verkeer van werknemers en omtrent mededinging besproken. Auteur ziet aanleiding tot het nemen van maatregelen die bijdragen aan meer competitieve balans in het Europese voetbal. Hij bespreekt daartoe de verschillende varianten van salary caps, die onder meer veel voorkomen in de grote Amerikaanse sportcompetities, en toetst deze aan het Europese recht. Zijn scriptie over dit onderwerp werd bekroond met de Prof. Mr. N.J.P. Giltay Veth Scriptieprijs 2019 van de Vereniging voor Sport en Recht.*

#### 1. Inleiding

'The biggest problem facing modern football is the competitive balance between teams. The wealthiest clubs are only getting richer and the gap between them and the rest is getting bigger', aldus de voorzitter van de Europese voetbalbond UEFA, Aleksander Čeferin.<sup>1</sup> Hij adresseerde daarmee in 2017 een probleem dat mischien wat verbloemd wordt door het recente Champions League-succes van het financieel relatief kleine AFC Ajax, maar dat nog steeds een urgent probleem is in de internationale voetballerij.<sup>2</sup> Onderzoek in de periode 2004-2018 naar de correlatie tussen geschatte waarschijnlijkheid (quoteringen van gokkantoren) en daadwerkelijke resultaten in de Champions League laat een sterke toename in voorspelbaarheid zien – en daarmee een afname in spanning.<sup>3</sup> Een probleem dat speelt zowel op nationaal als op internationaal niveau. Immers, als gekeken wordt naar de spanning in nationale competities, dan valt op dat bijvoorbeeld Juventus acht van de laatste acht keer kampioen is geworden, Bayern München zes op zes behaalde, PSG zes op zeven en FC Porto acht op dertien. Directeur Jacco Swart van de European Leagues, een samenwerkingsverband van 36 profcompetities in 29 landen, stelt treffend: 'De trend is dat het aantal clubs dat kampioen wordt steeds kleiner wordt, en het verschil tussen de top en de rest steeds groter. De spanning

neemt af, de voorspelbaarheid toe. Voor Kerst is vaak al bekend wie met Pasen kampioen wordt.'<sup>4</sup> Het lijkt mij evident dat een te grote voorspelbaarheid de doodsteek is voor de entertainmentwaarde van een sportcompetitie.

Nu de plannen gesmeed worden over de toekomstige opzet van de (inter)nationale voetbaltoernooien, is het wellicht een goed moment om eens te kijken naar onorthodoxe maatregelen die de competitieve balans in een competitie zouden kunnen verbeteren of zelfs herstellen. In de Noord-Amerikaanse sportcompetities wordt al jaren gebruikgemaakt van diverse varianten van zogeheten *salary caps*, veelal in de vorm van een voorgeschreven maximum totaalbedrag dat, per club, kan worden besteed aan salarissen.<sup>5</sup> Čeferin stelde dat ook in de Europese voetbalwereld gekeken wordt naar implementatie van zulke *salary caps*.<sup>6</sup> Alhoewel gereede twijfels bestaan of het thans in de praktijk haalbaar en wenselijk is, denk ik dat het toch interessant is om te kijken of invoering van *salary caps* door de UEFA – als zijnde organisator van pan-Europese voetbaltoernooien – wel zou stroken met het geldende Europese recht. Immers, de situatie kan met de mogelijke komst van bijvoorbeeld een *Euro-*

\* Mr. Hugo Wolterink is advocaat bij Van Benthem en Keulen Advocaten. Hij completeerde onlangs zijn masterscriptie aan de Universiteit Utrecht getiteld *Salary Caps in het Europese voetbal*, begeleid door prof. mr. dr. S.A. de Vries. Dit artikel is een bewerking daarvan.

1. Uitspraak van UEFA-voorzitter A. Čeferin, zie: P. MacInnes, 'UEFA's Aleksander Čeferin talked about a salary cap – but could it ever happen?', *The Guardian* 9 juli 2017.
2. In de Champions League, het grootste pan-Europese competitietoernooi, wordt het grote geld verdeeld onder een select aantal deelnemende clubs.
3. R. Poli, L. Ravenel & R. Besson, 'Evolution of competitive balance in the Champions League', *CIES Football Observatory Monthly Report* 2019/42.
4. Zie: W. Vissers, 'Rijke clubs willen altijd meer', *de Volkskrant* 12 september 2019.
5. M. Ince-Yenilmez, 'Salary Differences under the Salary Cap in Major League Soccer', *International Journal of Sports Science & Coaching* 2017/5, p. 623-634.
6. M. Chaplin, 'Keeping competitive balance – Aleksander Čeferin', *UEFA.com* 20 september 2017.

pean Super League of een BeNeLiga over een aantal jaar heel anders zijn.<sup>7</sup>

In dit artikel zal eerst gekeken worden naar het fenomeen salary caps: welke vormen van salary caps zijn er en welke zijn (het meest) geschikt om de competitieve balans te verbeteren? Voorts zal een Europeesrechtelijke analyse gemaakt worden, waarbij bekeken wordt in hoeverre invoering van salary caps door de UEFA verenigbaar is met de EU-regels omtrent vrij verkeer van werknemers en omtrent mededinging.

## 2. Salary caps

De Europese Commissie definieert salary caps in haar Witboek over Sport uit 2007 als maatregelen die een limiet stellen aan hoeveel geld clubs mogen uitgeven aan salarissen van spelers.<sup>8</sup> Daarbij valt allereerst een onderscheid te maken tussen een individuele cap en een clubgebonden cap.<sup>9</sup> De individuele cap maximeert het salaris van wat een speler afzonderlijk mag verdienen in de arbeidsovereenkomst met zijn club, terwijl de clubgebonden cap de totale salarisuitgaven per club maximeert. In dit artikel zal gekeken worden naar de clubgebonden cap.

De clubgebonden salary caps kunnen worden onderscheiden in absolute en relatieve salary caps. De absolute salary cap kent één gemaximeerd bedrag dat hetzelfde is voor alle clubs, terwijl de relatieve salary cap een per club gemaximeerd bedrag kent afhankelijk van bepaalde factoren. De absolute salary cap is de meest voorkomende variant en in de meeste Amerikaanse competities het belangrijkste salaris regulerende mechanisme: de NBA en NFL hanteren een absolute salary cap.<sup>10</sup> Voorbeelden van relatieve salary caps zijn niet veel te vinden, maar worden momenteel wél toegepast in de Europese voetbalwereld middels UEFA's *Financial Fair Play*-regels (FFP). De belangrijkste regel uit de FFP-regels is dat clubs een break-even resultaat moeten halen. *De facto* betekent dit dat clubs niet meer mogen uitgeven dan dat binnenkomt aan inkomsten. De FFP-regels beogen echter slechts economische stabiliteit voor clubs, maar de relatieve aard van de cap zorgt niet voor verbetering van de competitieve balans. Immers, de aard van relatieve salary caps is er niet op gericht om te voorkomen dat club A

spectaculair veel meer geld kan uitgeven aan spelerssalarissen dan club B, maar leidt enkel tot financieel stabilere voetbalclubs.<sup>11</sup>

Naast het verschil tussen relatieve en absolute salary caps, wordt onderscheid gemaakt tussen hard salary caps en soft salary caps. Onderscheidend element is de mate van rigiditeit van de cap: zijn er uitzonderingen mogelijk? Een *hard* salary cap betekent dat clubs niet wordt toegestaan om meer te spenderen dan het bedrag waarop de salarisuitgaven per club zijn gemaximeerd – zonder uitzondering.<sup>12</sup> Voorbeelden van gebruik van hard salary caps vindt men in de NFL- en NHL-competitie. Een hard salary cap lijkt bij uitstek geschikt om de competitieve balans te herstellen,<sup>13</sup> clubs hebben dan immers gelijke mogelijkheden op salaris gebied. Daartegenover staat een *soft* salary cap: in beginsel geldt een bepaald maximumbedrag, maar er zijn verschillende mogelijkheden om daarvan af te wijken. De Amerikaanse voetbalcompetitie, de MLS, kent bijvoorbeeld een soft salary cap. De MLS kent mogelijkheden middels de zogeheten *designated players rule* om het salaris van een drietal spelers buiten de salary cap te houden. Zo kunnen clubs drie grote sterren aantrekken, die anders te veel zouden verdienen om onder de salary cap te blijven.<sup>14</sup> Een andere variant van een soft salary cap is de *luxury tax*. Bij een luxury tax mogen clubs de salary cap overschrijden op voorwaarde dat financiële compensatie voor de niet-overschrijdende clubs volgt.<sup>15</sup> De luxury tax zorgt voor een boetesysteem voor teams die de cap overschrijden. De NBA gebruikt een luxury tax waarbij het bedrag dat de cap overschrijdt, gelijk is aan de boete die moet worden betaald aan de bond en bij de niet-overschrijdende clubs terecht komt.<sup>16</sup> Ook de MLB gebruikt een luxury tax, die de *competitive balance tax* wordt genoemd.<sup>17</sup> De meest geschikte varianten om de competitieve balans te herstellen lijken de hard salary cap<sup>18</sup> en de soft salary cap in combinatie met een luxury tax te zijn.<sup>19</sup> Deze twee varianten zullen hierna dan ook onderworpen worden aan de Europeesrechtelijke analyse.

## 3. Salary caps en EU-regels

Sinds het eerste 'sportarrest' in 1974 heeft het Europees Hof van Justitie (Hof) als centraal uitgangspunt voor

7. Zie over de grote mate van waarschijnlijkheid van de komst van een European Super League bijvoorbeeld: R. Misset, 'Zitten we in 2025 nog met het bord op schoot naar de Eredivisie te kijken?', *de Volkskrant* 26 april 2019; zie over de gesprekken over een BeNeLiga (een Belgisch-Nederlandse competitie): [www.vi.nl/nieuws/discussie-beneliga-nieuw-leven-ingeblazen](http://www.vi.nl/nieuws/discussie-beneliga-nieuw-leven-ingeblazen).

8. Werkdocument Witboek over Sport 2007, COM(2007)391, noot 210.

9. Werkdocument Witboek over Sport 2007, COM(2007)391, noot 210.

10. NBA CBA, artikel VII onderdeel 2 lid 1 sub a, zie: <https://nbpa.com/cba> (laatstelijk bezocht op 10 september 2019); NFL CBA, artikel 12 onderdeel 7, zie: <https://nflabor.files.wordpress.com/2010/01/collective-bargaining-agreement-2011-2020.pdf>.

11. T. Serby, 'The state of EU sports law: lessons from UEFA's "Financial Fair Play" regulations', *The International Sports Law Journal* 2016/16, p. 47.

12. G.M. Wong, *Essentials of Sports Law*, Santa Barbara: ABC-CLIO 2010, p. 561.

13. J. Lindholm, 'The problem with salary caps under European Union Law: The case against financial fair play', *Texas Review of Entertainment & Sports Law* 2010, vol. 12.2, p. 210-211.

14. Zo speelden in het seizoen 2018/2019 grote namen als Zlatan Ibrahimovic, Wayne Rooney en Bastian Schweinsteiger als *designated players* in de MLS.

15. L. O'Leary, *Employment and Labour Relations Law in the Premier League, NBA and International Rugby Union*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2017, p. 247.

16. V. Mitchell, 'Will NBA Players Go To Europe', *DePaul Journal of Sports Law* 2010/02, afl. 6, p. 226.

17. G.M. Wong, *Essentials of Sports Law*, Santa Barbara: ABC-CLIO 2010, p. 560.

18. Zie: J. Lindholm, 'The problem with salary caps under European Union Law: The case against financial fair play', *Texas Review of Entertainment & Sports Law* 2010, vol. 12.2, p. 210-211.

19. Zie voor economisch onderzoek dat aantoont dat een luxury tax bijdraagt aan competitieve balans: H. Dietl, M. Lang & S. Werner, 'The Effect of Luxury Taxes on Competitive Balance, Club Profits, and Social Welfare in Sports Leagues', *International Journal of Sport Finance* 2009, afl. 5, p. 16.

toepassing van EU-recht op sport gesteld dat 'gelet op de doelstellingen van de Gemeenschap, sportbeoefening slechts onder het gemeenschapsrecht valt in zoverre zij een economische activiteit in de zin van artikel 2 van het Verdrag vormt'.<sup>20</sup> Zowel aangaande de vrijverkeersregels als aangaande de mededingingsregels geldt dus dat de economische dimensie cruciaal is.<sup>21</sup> Beroepsvoetbal, daar er werkzaamheden in loondienst of dienstenovereenkomst worden verricht, kwalificeert als een economische activiteit.<sup>22</sup>

Voordat de EU-regels omtrent vrij verkeer van werknemers en de EU-regels omtrent mededinging kunnen worden toegepast, dienen eerst de voorwaarden voor toepassing te worden uiteengezet. In dit onderzoek wordt afzonderlijk gekeken naar compatibiliteit met respectievelijk vrijverkeersregels en mededingingsregels. Het Hof heeft immers in de zaak *Meca Medina* gesteld dat compatibiliteit met de vrijverkeersregels geen compatibiliteit met de mededingingsregels impliceert.<sup>23</sup>

### 3.1. EU-regels inzake vrij verkeer van werknemers

Het vrij verkeer van werknemers is geregeld in artikel 45 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Artikel 45 VWEU kent zowel rechtstreekse verticale werking<sup>24</sup> – de inroepbaarheid van een Europese norm door een burger tegenover een overheidsorgaan – alsook rechtstreekse horizontale werking – de inroepbaarheid van een Europese norm in relaties tussen private actoren onderling.<sup>25</sup> Er gelden drie voorwaarden voor toepassing van EU-regels inzake vrij verkeer van werknemers.<sup>26</sup>

Er dient ten eerste sprake te zijn van een economische activiteit, welke reeds aan bod is gekomen in paragraaf 3. Er dient ten tweede sprake te zijn van EU-werknemerschap. Het Hof heeft vastgesteld dat professionele voetballers werknemers zijn in de zin van artikel 45 VWEU, en dat dat overigens tevens geldt voor sporters uit derde landen – zij het indirect via internationale akkoorden of secundaire EU-wetgeving.<sup>27</sup>

Er dient ten derde sprake te zijn van een grensoverschrijdend element. Het grensoverschrijdend element kan ruim geïnterpreteerd worden: in de zaak *Deliège* oordeelde het Hof dat het deelnemen aan wedstrijden in een andere lidstaat voldoende is om aan de derde voorwaarde te voldoen,<sup>28</sup> nadat reeds in de *Bosman*-zaak, waarin een Belgische speler een transfer wilde maken naar een

Franse club, geoordeeld werd dat dat geen zuiver interne situatie betrof.<sup>29</sup> De UEFA is een continentaal orgaan dat de Europese voetbalsport organiseert. Dit brengt mijns inziens met zich mee dat aan de derde voorwaarde – het grensoverschrijdend element – is voldaan.

#### 3.1.1. Salary caps als beperking op het vrije verkeer

Nu voldaan is aan de voorwaarden voor toepassing van de vrijverkeersregels dient gekeken te worden naar de beperking van het vrij verkeer van werknemers. Wanneer is daar nu sprake van? In het *Bosman*-arrest stelde het Hof: '(...) bepalingen die een onderdaan van een lidstaat beletten of ervan weerhouden zijn land van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, leveren derhalve belemmeringen van die vrijheid op, zelfs wanneer zij onafhankelijk van de nationaliteit van de betrokken werknemers van toepassing zijn.'<sup>30</sup> Het Hof toetst regelgeving die eventuele beperkingen van het vrije verkeer van werknemers bevat bepaald niet terughoudend: zowel de zaak *Bosman*, de zaak *Bernard* als de zaak *Lehtonen* laten zien dat er sprake is van een beperking wanneer een maatregel de toegang tot arbeid in een andere lidstaat belemmert of minder aantrekkelijk maakt. In dat licht belemmeren salary caps mijns inziens in beginsel de toegang tot arbeid in een andere lidstaat. Immers, stel dat PSV een speler van het Belgische Lierse SK zou willen contracteren: om die speler te kunnen betalen, dient er in de situatie van een salary cap ruimte te zijn in het gemaximeerde salarisbudget. Ruimte in het salarisbudget wordt derhalve een voorwaarde voor arbeid. In een competitie waar géén sprake is van salary caps, de *status quo*, is die kunstmatige barrière niet aanwezig. Mijns inziens leveren salary caps derhalve een beperking van het vrije verkeer van werknemers ex artikel 45 VWEU op.<sup>31</sup>

#### 3.1.2. Rechtvaardigingsgrond

Nu vastgesteld is dat salary caps een beperking van het vrije verkeer van werknemers vormen, is het zaak om te kijken of daartoe een rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden. Artikel 45 VWEU kent twee rechtvaardigingsgronden.

De eerste rechtvaardigingsgrond ziet volgens artikel 45 lid 3 VWEU op gronden van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Met de beste wil van de wereld zie ik hierin geen mogelijke rechtvaardigingsgrond.

20. HvJ EG 12 december 1974, C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140, r.o. 4 (*Walrave en Koch*).

21. Zie ten aanzien van vrij verkeer: HvJ EG 14 juli 1976, C-13/76, ECLI:EU:C:1976:115, r.o. 12 (*Donà*); HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*); zie ten aanzien van mededinging: HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*).

22. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:46, r.o.73 (*Bosman*).

23. HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, r.o. 31-33 (*Meca-Medina*).

24. HvJ EG 4 april 1974, C-167/73, ECLI:EU:C:1974:35 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 7 mei 1998, C-350/96, ECLI:EU:C:1998:205 (*Clean Car*).

25. W.T. Eijsbouts e.a., *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 286-287.

26. Zie: C. Barnard & S. Peers, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 363-367.

27. HvJ EG 8 maart 2003, C-438/00, ECLI:EU:C:2003:255 (*Kolpak*).

28. HvJ EG 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199, r.o. 57 (*Deliège/ASBL*).

29. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, r.o. 88-91 (*Bosman*).

30. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, r.o. 96 (*Bosman*).

31. Tot die conclusie kan wellicht ook gekomen worden door de *Cipolla*-analogie te volgen. In die zaak ging het om o.m. (vrij verkeer beperkende) maximumhonoraria van advocaten, zie: HvJ EG 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758, r.o. 60 (*Cipolla*).

De tweede rechtvaardigingsgrond betreft geen wettelijke exceptie, maar een op rechtspraak gebaseerde zogenaamde 'rule-of-reason'-exceptie.<sup>32</sup> Deze houdt in dat beperkende maatregelen zijn toegestaan, mits deze maatregelen noodzakelijk zijn voor een met het werkingsverdrag verenigbaar doel, dat wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, en de maatregelen om het doel te bereiken geschikt zijn en niet meer beperkend dan noodzakelijk.<sup>33</sup>

Ten eerste moet er dus sprake zijn van een dwingende reden van algemeen belang. In de zaak *Bosman* bespreekt A-G Lenz in zijn conclusie de rechtvaardigingsgronden en stelt daarbij onder meer dat de belangrijkste rechtvaardigingsgrond het creëren en handhaven van een zekere mate van financieel en sportief evenwicht tussen clubs is.<sup>34</sup> A-G Lenz noemt daarbij een situatie waarin welvarende clubs zich van de beste spelers kunnen voorzien, terwijl de kleinere clubs in economische nood zouden kunnen komen. Hij noemt het 'een gevaar' dat rijke clubs steeds rijker worden, en minder welvarende clubs steeds armer.<sup>35</sup> Lenz stelt dan ook dat het handhaven van een levensvatbare competitie een reden van algemeen belang, die beperkingen op het vrije verkeer zou kunnen rechtvaardigen, kan zijn, daarbij wijzend op het grote belang van de voetbalsport voor de Europese Unie.<sup>36</sup> Het Hof volgt A-G Lenz door te stellen dat 'de handhaving van een evenwicht tussen de clubs door een zekere gelijkheid van kansen en de onzekerheid van de resultaten veilig te stellen', een rechtmatige doelstelling is.<sup>37</sup> Let wel, A-G Lenz heeft het over 'een zekere mate van' financieel en sportief evenwicht.<sup>38</sup> Het Hof heeft het daarop over 'een zekere gelijkheid' van kansen.<sup>39</sup> Die nuance brengt mijns inziens met zich mee dat volledige gelijkheid niet per se het na te streven doel is;<sup>40</sup> het dient te gaan om het handhaven van een *zekere mate* van gelijkheid. Niettemin, nu sprake is van een legitiem doel, kan vervolgens gekeken worden naar de geschiktheid en proportionaliteit.

Ten tweede moet de salary cap, om de beperking te rechtvaardigen, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen. Daarbij is bovengenoemde nuance van belang. Mijns inziens is niet zonneklaar dat een hard salary cap geschikt is om een zekere mate van balans te handhaven. Immers, hard salary caps beogen in beginsel volledig herstel van de competitieve balans.<sup>41</sup> Derhalve is niet zeker of hard salary caps vol-

doen aan deze geschiktheidstoets. Een soft salary cap in combinatie met een luxury tax zal daarentegen zonder problemen door de geschiktheidstoets komen. Zo'n salary cap draagt immers zeer waarschijnlijk bij aan het handhaven van een *zekere mate* van competitieve balans.<sup>42</sup>

Ten derde moet gekeken worden naar de proportionaliteit, waarbij van belang is dat de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van het doel.<sup>43</sup> De proportionaliteit zal voor een hard salary cap meer problemen opleveren dan voor een soft salary cap. Van Rompuy: 'Ik denk dat het makkelijker is om een soft cap, of een luxury tax daaraan gekoppeld, te verdedigen omdat je dan niet zo'n harde beperking hebt. Er kan dan nog altijd geïnvesteerd worden in spelers, maar dat gaat dan ten koste van een bijdrage die aan solidariteitsmechanismen weer wordt verdeeld.'<sup>44</sup> Hoewel zekerheid over een eventueel oordeel van het Hof niet te geven is – zeker bezien in het licht van mogelijk minder beperkende alternatieven zoals eerlijkere attributie van de (televisie-)inkomsten – denk ik dat de UEFA een soft salary tax in combinatie met een luxury tax kan onderbouwen.

Derhalve kan de beperking van het vrije verkeer van werknemers ex artikel 45 VWEU, door het instellen van een soft salary cap in combinatie met een luxury tax, gerechtvaardigd worden – althans in ieder geval eerder gerechtvaardigd worden dan het geval is voor instellen van een hard salary cap. Onzeker is immers of een hard salary cap geschikt en proportioneel is.

### 3.2. EU-regels inzake mededinging en misbruik van macht

In deze paragraaf zal besproken worden in hoeverre invoering van een hard salary cap en een soft salary cap in combinatie met een luxury tax problemen ondervindt bij de toepassing van de voorwaarden van de mededingingsregels van respectievelijk artikel 101 en 102 VWEU.

#### 3.2.1. Mededinging

Mededinging is geregeld in artikel 101 en 102 VWEU. Daarbij zijn drie elementen van belang: het moet gaan om ondernemingen, een beperking van de mededinging (artikel 101 VWEU) of een misbruik van machtspositie (artikel 102 VWEU), en een ongunstige beïnvloeding van

32. M. Olfers, *Sport en mededingingsrecht: An interesting twosome* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 143.

33. M. Olfers, *Sport en mededingingsrecht: An interesting twosome* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 144.

34. Concl. van A-G C.O. Lenz in HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, punt 218 (*Bosman*).

35. Concl. van A-G C.O. Lenz in HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, punt 218 (*Bosman*).

36. Concl. van A-G C.O. Lenz in HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, punt 218 (*Bosman*).

37. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, r.o. 106 (*Bosman*).

38. Concl. van A-G C.O. Lenz in HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, punt 218 (*Bosman*).

39. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, r.o. 106 (*Bosman*).

40. Het Hof heeft tot dusverre volledig herstel van de sportieve en economische balans nimmer als legitiem doel bestempeld.

41. R. Fort & J. Quirk, 'Cross-Subsidization, Incentives and Outcomes in Professional Team Sports Leagues', *Journal of Economic Literature* 1995, afl. 33, p. 1266.

42. H. Dietl, M. Lang & S. Werner, 'The Effect of Luxury Taxes on Competitive Balance, Club Profits, and Social Welfare in Sports Leagues', *International Journal of Sport Finance* 2009, afl. 5, p. 16.

43. HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201, r.o. 53 (*Lehtonen/FRBSB*).

44. Interview met Ben Van Rompuy in het kader van de door auteur geschreven masterscriptie.

de handel tussen de lidstaten.<sup>45</sup> Hieronder zullen de voorwaarden getoetst worden.

Ten eerste is sprake van onderneming. De UEFA, als regulerende en economisch actieve internationale sportfederatie – bijvoorbeeld door het verkopen van de commerciële rechten van de UEFA-toernooien – kan zowel gekwalificeerd worden als onderneming, ondernemersvereniging als vereniging van ondernemersvereniging.<sup>46</sup> Ook voetbalclubs zijn als onderneming te beschouwen.<sup>47</sup> Zowel de UEFA als voetbalclubs voldoen dus aan het ondernemingsvereiste van de EU-regels omtrent mededinging.

Ten tweede is sprake van een beperking van de mededinging. Immers, salary caps verlagen kunstmatig de kosten van een product, spelerssalarissen, middels regelgeving vanuit de UEFA.<sup>48</sup> Een salary cap heeft als voornaamste doel het gelijktrekken van het bedrag dat clubs spenderen aan spelerssalarissen – een component waar clubs thans met elkaar mee kunnen concurreren en dat derhalve prijsopdrijvend werkt. In dat licht bezien functioneren salary caps als prijsafspraken zoals tussen afnemers in andere sectoren.<sup>49</sup> Economisch onderzoek heeft uitgewezen dat salary caps zorgen voor een algehele verlaging van de spelerssalarissen<sup>50</sup> en hebben derhalve een anti-competitief effect dat kwalificeert als beperking van de mededinging in de zin van artikel 101 VWEU.<sup>51</sup>

Ten derde is sprake van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten aangezien het spelerssalaris een component is bij de handel in voetbalspelers, dat bovendien tussen lidstaten van belang is.<sup>52</sup> Immers, een speler uit de Nederlandse eredivisie zou op basis van salarisvoorwaarden een overstap naar een vermogendere club uit de Engelse Premier League kunnen overwegen. Geconcludeerd kan worden dat invoering van salary caps door de UEFA de mededinging in de zin van artikel 101 VWEU beperkt.

### 3.2.2. Misbruik van macht

Vanwege de lengte van dit artikel sta ik slechts kort stil bij misbruik van macht ex artikel 102 VWEU. Mijns inziens zal invoering van salary caps, zeker als het vertegenwoordigende orgaan van de clubs, de ECA, door de UEFA betrokken wordt in het beslissingsproces voorafgaand aan invoering, geen strijdigheid met artikel 102 VWEU opleveren.<sup>53</sup> Er is geen sprake van exploitatie van machtspositie, noch sprake van anti-competitief gedrag waardoor concurrenten van de markt zouden worden uitgesloten. Voor de volledigheid dient te worden opgemerkt dat, mocht het Hof wél misbruik van machtspositie constateren, dat dan toenadering gezocht kan worden bij de *Wouters*-test, die hierna zal worden besproken.<sup>54</sup>

### 3.2.3. Uitzonderingen

Niettemin zijn er uitzonderingen denkbaar voor de toets van artikel 101 lid 1 VWEU. Ten eerste kent het Verdrag een tweetal uitzonderende artikelen die in het onderhavige geval niet van toepassing lijken: artikel 346 lid 1 sub b VWEU, waarin een uitsluiting voor maatregelen in het kader van de staatsveiligheid wordt gegeven, en artikel 42 VWEU, waarin een uitzondering voor maatregelen in het kader van specifieke landbouwdoelstellingen wordt gegeven.<sup>55</sup>

Ten tweede bestaat er de op *efficiency* gebaseerde exceptie van niet-economische belangen van artikel 101 lid 3 VWEU. Deze exceptie gaat vermoedelijk niet op; er is nog geen jurisprudentie van het Hof waarin de exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU van toepassing is verklaard op sport en over de economische *efficiency* van salary caps verschillen de meningen.<sup>56</sup>

Ten derde bestaat, op basis van de *Albany*-jurisprudentie,<sup>57</sup> een uitzondering voor overeenkomsten, gesloten in de context van collectieve onderhandelingen. Momenteel is er geen Europese voetbal-cao, maar is er sprake van verschillende nationale cao's en worden salarissen doorgaans tussen club en speler in onderhandelingen bepaald. Theoretisch gezien zou het mogelijk moeten

45. C. Barnard & S. Peers, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 510.

46. GvEA EG 26 januari 2005, T-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, r.o. 72 (*Piau*); UEFA werd drieledig gekwalificeerd in: Beschikking van de Commissie 23 juli 2003, *Gemeenschappelijke verkoop van de commerciële rechten voor de UEFA Champions League*, C2627, PbEU 23 juli 2003, L 291/25, r.o. 47.

47. GvEA EG 26 januari 2005, T-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, r.o. 72 (*Piau*).

48. Zie ook: J. Lindholm, 'The problem with salary caps under European Union Law: The case against financial fair play', *Texas Review of Entertainment & Sports Law* 2010, vol. 12.2, p. 200.

49. Zie ook: J. Lindholm, 'The problem with salary caps under European Union Law: The case against financial fair play', *Texas Review of Entertainment & Sports Law* 2010, vol. 12.2, p. 200.

50. H. Dietl e.a., 'Welfare Effects of Salary Caps in Sports Leagues with Win-Maximizing Clubs' (Working Paper Series nr. 08-25, International Association of Sports Economists), augustus 2008, te vinden op: [www.researchgate.net/publication/5130234\\_Welfare\\_Effects\\_of\\_Salary\\_Caps\\_in\\_Sports\\_Leagues\\_with\\_Win-Maximizing\\_Clubs](http://www.researchgate.net/publication/5130234_Welfare_Effects_of_Salary_Caps_in_Sports_Leagues_with_Win-Maximizing_Clubs) (laatstelijk bezocht op 19 september 2019).

51. Deze beperking van de mededinging in de zin van artikel 101 VWEU is tevens voldoende merkbaar in de zin van de zaak *Völk/Vervaecke* aangezien de UEFA de enige organisator is van het Europese professionele voetbal en derhalve een monopoliepositie heeft bij de organisatie van het Europese professionele voetbal. De *de-minimis*-regel is derhalve niet van toepassing. Zie: A. Vermeersch, *Europese spelregels voor sport. Overzicht van het Europees sportbeleid in wording en de toepassing van het Europees recht op sport*, Antwerpen: Maklu 2009, p. 274.

52. 'Handel' dient ruim geïnterpreteerd te worden, zie: HvJ EG 14 juli 1981, 172/80, ECLI:EU:C:1981:178, r.o. 18 (*Züchner/Bayerische Vereinsbank*). Sportregels kunnen de interstatelijke handel beïnvloeden, zie: HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*).

53. Zie ook: J. Lindholm, 'The problem with salary caps under European Union Law: The case against financial fair play', *Texas Review of Entertainment & Sports Law* 2010, vol. 12.2, p. 200-201.

54. B. Van Rompuy, 'The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports associations', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015, afl. 22, p. 16.

55. C. Barnard & S. Peers, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 513.

56. Zie bijvoorbeeld M. Olfers, *Sport en mededingingsrecht: An interesting twosome* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 353-354.

57. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97-C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*); HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende blokken*).

zijn om een Europese voetbal-cao te realiseren waarin, naast sterk verbeterende werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden zoals minimumsalarissen, salary caps worden geïntroduceerd, mits de sociale partners daarmee instemmen.<sup>58</sup> Dat zou een uitzondering kunnen betekenen op toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU.

Ten vierde staat vast, op basis van de zaken *Wouters*,<sup>59</sup> *Meca-Medina*<sup>60</sup> en literatuur<sup>61</sup>, dat overeenkomsten die voldoen aan vrijwel dezelfde eisen als die van de rule-of-reason-exceptie, besproken in paragraaf 3.1.2, buiten de reikwijdte van artikel 101 lid 1 VWEU vallen. Dus: sportregels die worden gerechtvaardigd middels de objectieve rechtvaardigingsgrond van artikel 45 VWEU, worden tevens gerechtvaardigd in het licht van de zogeheten *Wouters*-test voor EU-mededingingsregels. Voor de toepassing hiervan verwijs ik naar de bespreking van de objectieve rechtvaardigingsgrond in paragraaf 3.1.2. Aldus zal, hoewel invoering van een salary cap in beginsel mededinging beperkend is en derhalve een inbreuk levert op artikel 101 lid 1 VWEU, een soft salary cap in combinatie met een luxury tax, op grond van de rule-of-reason-exceptie, zeer waarschijnlijk verenigbaar blijken met de EU-regels omtrent mededinging. Dat kan niet zonder meer geconcludeerd worden voor hard salary caps. Mocht de rule-of-reason-exceptie geen soelaas bieden, dan biedt een in theorie mogelijke Europese voetbal-cao uitkomst.

#### 4. Conclusie

Ik kom tot een afronding. Ik heb mij in dit artikel toegelegd op de vraag in hoeverre invoering van salary caps door de UEFA verenigbaar is met de EU-regels omtrent vrij verkeer van werknemers en omtrent mededinging. Een soft salary cap in combinatie met een luxury tax blijkt een maatregel te zijn die, alhoewel in beginsel zowel beperkend voor het vrije verkeer van werknemers, als verhinderend voor de mededinging, bevorderlijk is voor de competitieve balans en bovendien zeer waarschijnlijk zal worden uitgezonderd van toepassing van de EU-regels inzake vrij verkeer en mededinging. Derhalve is een soft salary cap in combinatie met een luxury tax zeer waarschijnlijk verenigbaar met de EU-regels omtrent vrij verkeer van werknemers en omtrent mededinging. Dat kan niet geconcludeerd worden voor hard salary caps. Een hard salary cap is immers beperkend voor zowel het vrije verkeer van werknemers als voor de mededinging, maar zal daarbij meer problemen ondervinden bij het voldoen aan met name de proportionaliteitseis van de rechtvaardigingsgronden. Derhalve is het hoogst onzeker of een hard salary cap verenigbaar is met de besproken EU-regels. Het vervatten van soft én hard salary caps in een Europese voetbal-cao zou niettemin uitzondering van schending van de mededingingsregels betekenen en biedt wellicht uitkomst in de toekomst.

De haalbaarheid en wenselijkheid van invoering van een onorthodoxe maatregel als een salary cap zijn momenteel niet groot, maar dat zou spoedig kunnen veranderen. Wie weet bestaat er in de toekomst, bijvoorbeeld als tegenhanger van een voor vele clubs buiten bereik zijnde *European Super League*, een Europese competitie met een soft salary cap in combinatie met een luxury tax. Blijkens mijn onderzoek is dat juridisch niet onhaalbaar. Als alternatieven – als pleisters op de wonden van de huidige disbalans in de Europese voetbalwereld – zie ik met name eerlijkere verdeling van (Europese) tv-inkomsten en uitbreiding van de *Home Grown Player*-regel. Nader onderzoek naar de haalbaarheid van uitbreiding van die regel, maar ook naar mogelijk andere alternatieven, blijft nochtans warm aanbevelen.

58. Zie R.C.R. Siekmann & J. Soek (red.), *Lex Sportiva: What Is Sports Law?*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2012, p. 235.

59. HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

60. HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*).

61. D. McArdle, B. Van Rompuy & M. van der Harst (red.), *EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2015, p. 230.