

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

Dommerholt & Van Dijk Advocaten
T.a.v. de heer H. Oosterhuis
Postbus 10210
7301 GE Apeldoorn

Datum	Uw kenmerk	Ons kenmerk	Bijlage(n)
		3941/ 51.b143	

Onderwerp

Zaak 3941: Bevindingen NMa

Geachte heer Oosterhuis,

De vereniging Alleen Gezamenlijk Oefenen Voert Verder (AGOVV), AGOVV Apeldoorn B.V. en de Stichting AGOVV/ Betaald Voetbal Apeldoorn (hierna gezamenlijk: AGOVV) hebben bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) een klacht ingediend tegen de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (hierna: KNVB) wegens overtreding van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw). In essentie beklagt AGOVV zich over het entreegeld dat de KNVB eist en het sportieve criterium dat de KNVB stelt voor het verkrijgen van een licentie voor het spelen van betaald voetbal.

De beoordeling van het entreegeld onder artikel 6 Mw

Inzake de toepasselijkheid van artikel 6 Mw kan het volgende worden opgemerkt. De KNVB kan worden gezien als een ondernemersvereniging wier gedragingen kunnen vallen onder artikel 6 Mw.

Met betrekking tot de thans relevant geachte gedraging staat het volgende vast. Een betaald voetbal organisatie (hierna: bvo) dient een licentie van de KNVB te bezitten om deel te mogen nemen aan de betaald voetbal competities in Nederland. Bij het aanvragen van een licentie voor het spelen van betaald voetbal is in feite sprake van een toelatingsverzoek. Het samenstel van licentie-eisen kan derhalve als een toelatingsregeling worden aangemerkt.¹

¹ In mededingingsrechtelijke zin gelden voor een dergelijke toelatingsregeling dezelfde eisen als voor een erkenningsregeling.

Erkeningsregelingen zijn regelingen waarbij de activiteiten van ondernemingen worden getoetst aan een aantal kwalitatieve criteria (kwaliteitsregelingen). Zie ook de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, d.d. 8 april 2005, www.nmanet.nl.

Een toelatingsregeling als de onderhavige kan een mededingingsbeperkend effect hebben als het gezamenlijke marktaandeel van de bij de toelatingsregeling aangesloten ondernemingen meer dan 20% is.² Op dit moment organiseert alleen de KNVB een betaald voetbalcompetitie. In casu zijn alle clubs die in Nederland betaald voetbal spelen lid van de KNVB, waarmee gesteld kan worden dat het marktaandeel in ieder geval boven de 20% uitstijgt.

Van een mededingingsbeperkend effect is onder meer sprake indien van de toelatingsregeling een (potentieel) uitsluitingseffect uitgaat. Dat is bijvoorbeeld het geval als de regeling belangrijk is in die zin dat het voor de deelnemers op de markt belangrijke economische voordelen met zich brengt die zij niet anderszins zelf kunnen behalen. In dat geval kan namelijk een situatie ontstaan waarin het zonder toelating voor ondernemingen moeilijk c.q. onmogelijk wordt om op de markt te opereren dan wel om tot de markt toe te treden. Het is in casu voor bvo's bijzonder moeilijk om deel te nemen aan een betaald voetbal competitie in Nederland zonder een licentie van de KNVB. Aangezien de KNVB thans de enige is die in Nederland betaald voetbal organiseert, is een licentie van de KNVB in de praktijk noodzakelijk voor het spelen van betaald voetbal. Het betalen van entreegeld is noodzakelijk voor het verkrijgen van een licentie. Daarmee kan van deze toelatingsregeling een uitsluitingseffect uitgaan.

De toelatingsregeling bevat een aantal criteria waaraan de activiteiten van de bvo's worden getoetst alvorens een bvo toe te laten tot het betaalde voetbal in Nederland. Mededingingsrechtelijk is tevens van belang of de uitvoering van de toelatingsregeling geschiedt op een onafhankelijke wijze, op basis van een procedure die vooraf duidelijk, transparant, open, niet-discriminerend en objectief is.

Met betrekking tot het eerste vereiste, de onafhankelijkheid van een beslissing, kan het volgende worden geconstateerd. De regeling is onafhankelijk als de besluitvorming over toelating op onafhankelijke wijze plaatsvindt. Dit kan zijn bij de eerste beoordeling of, nadat toelating is geweigerd, in beroep. Relevant is of de onafhankelijkheid is gewaarborgd in de samenstelling van het toetsende orgaan.³ Ik begrijp dat de licentiecriteriën voor aspirant-toetreders ter beoordeling staan van het bestuur van de sectie betaald voetbal van de KNVB die daarvoor een Licentiecommissie heeft. Beroep is thans mogelijk bij de Beroepscommissie Licentiezaken. Artikel 4 van het Licentiereglement noemt functies die niet verenigbaar zijn met het lidmaatschap van de (Beroeps)commissie Licentiezaken.⁴ Op basis van het voorgaande geldt dat de onafhankelijkheid thans voldoende lijkt te zijn gegarandeerd.

Met betrekking tot het tweede vereiste, een vooraf duidelijke, transparante, open, niet-discriminerende en objectieve procedure kan het volgende worden opgemerkt. Een toelatingsregeling is duidelijk als vóóraf eenduidig bekend is aan welke eisen een (potentiële)

² Zie de *Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen*, reeds aangehaald.

³ *Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen*, randnummer 94.

⁴ Zo kan bijvoorbeeld een lid van het bestuur betaald voetbal niet deel uitmaken van de (Beroeps)commissie Licentiezaken.

toetreders moet voldoen en als uit de regeling blijkt wat de te volgen procedure is. Een toelatingsregeling heeft een open karakter als de regeling toegankelijk is voor iedereen die aan de voorwaarden voldoet. Een regeling is objectief als die objectieve eisen stelt die bijdragen aan het doel van de regeling.⁵ Deze eisen moeten niet-discriminerend worden toegepast.

Ik begrijp dat het AGOVV bij toetreding bekend was dat een bedrag van NLG 3.000.000 (EUR 1.361.340) zou moeten worden betaald en op welke wijze dat diende te gebeuren. Dit toelatingscriterium was derhalve vooraf duidelijk en de procedure rond de betaling ervan was transparant. Tevens kent de toelatingsregeling een open karakter en is zij niet-discriminerend, aangezien toetreding mogelijk is voor elke bvo die aan de voorwaarden voldoet en de criteria voor elke bvo gelijk zijn. Ten slotte moet de vaststelling van het entreegeld objectief zijn. Dat laatste vereist een onderbouwing van het entreegeld.

De KNVB heeft aan de NMa laten weten dat het entreegeld dat AGOVV betaalt als volgt is berekend:

1. Een vergoeding voor deelname in het eigen vermogen van de KNVB van NLG 966.700 (EUR 438.669);
2. Een vergoeding voor het recht op uitkering van de solidariteitsuitkering van de Eredivisie NV aan de bvo's uit de Eerste Divisie, gebaseerd op de uitkering over 1 jaar, à NLG 900.000 (EUR 408.402); en
3. Een vergoeding voor het recht op toekomstige winstuitkeringen van de KNVB aan de bvo's. Voor de waardering is uitgegaan van een gemiddelde winstuitkering van NLG 150.000 over tien jaar met een disconteringsvoet van 7%. Dit leidt tot een bedrag van NLG 1.127.000 (EUR 511.410).

Het aldus berekende bedrag is vervolgens afgerond op NLG 3.000.000 (EUR 1.361.340).

Met betrekking tot punt 1, de vergoeding voor deelname in het eigen vermogen van de KNVB, kan het volgende worden gesteld. Door de toetreding van AGOVV daalt voor de andere bvo's het aandeel in het vermogen van de KNVB, terwijl zij in feite elk voor een deel eigenaar zijn van dat vermogen. Het eigen vermogen van de KNVB bedroeg per 30 juni 2000 NLG 34.800.000 (EUR 15.791.552). Dit bedrag is door de KNVB gedeeld door het aantal deelnemers aan de betaald voetbalcompetitie (36), teneinde het door AGOVV te betalen bedrag te verkrijgen. Daarmee koopt AGOVV zich als het ware in, in het vermogen van de KNVB en wel op een zodanige manier dat de zittende bvo's niet in een gunstigere dan wel ongunstigere positie komen te verkeren. Op basis hiervan moet worden geconcludeerd dat de vergoeding een objectieve grond heeft.

Punt 2, de solidariteitsuitkering, betreft de (sportieve) solidariteit tussen de beide klassen van het betaalde voetbal in Nederland ten behoeve van de daarin reeds uitkomende bvo's. Door de toetreding van AGOVV daalt voor de andere bvo's uit de Eerste Divisie de solidariteitsuitkering, terwijl zij die daling voor het komende jaar niet hadden begroot. Daarom vraagt de KNVB de

⁵ Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, randnummers 90 t/m 93.

toetreders deel te nemen aan die solidariteit door de daling van de solidariteitsuitkering voor één jaar te compenseren. Niet valt in te zien dat deze éénmalige compensatie voor de reeds eerder contractueel bepaalde solidariteitsuitkering vanuit de Eredivisie NV ter waarde van het bedrag dat één bvo uit de Eerste Divisie in één jaar ontvangt, geen objectieve grond vormt voor dit element van het entreegeld.

Met betrekking tot punt 3, de vergoeding voor het recht op toekomstige winstuitkeringen, kan het volgende worden gesteld. De KNVB heeft voordat AGOVV toetrad reeds investeringen gedaan, deels met geld van de zittende bvo's, op basis waarvan jaarlijks winsten worden uitgekeerd aan de zittende bvo's. De KNVB vraagt daarom van de toetreders een vergoeding voor die toekomstige winstuitkeringen waar de toetreders ook van profiteert. Om deze vergoeding te berekenen is de KNVB uitgegaan van een gemiddelde jaarlijkse winstuitkering van NLG 150.000 (EUR 68.067), contant gemaakt tegen een disconteringsvoet van 7%.

De disconteringsvoet dient een reflectie te zijn van het risico van de betrokken activiteit. De NMa constateert dat in de bedrijfstak betaald voetbal het risico relatief hoog is. Zij baseert zich daarbij op de fluctuaties in de winstuitkeringen van de KNVB over de afgelopen jaren, zoals die zijn af te leiden uit een overzicht overgelegd door de KNVB. Winstfluctuaties vormen een zeker risico en naarmate dat risico toeneemt, moet de disconteringsvoet stijgen. Een disconteringsvoet van 7%, zoals de KNVB die heeft gehanteerd, is laag in vergelijking met andere, minder risicovolle sectoren.

Tevens leidt een analyse van de in het verleden door de KNVB uitgekeerde winsten over de periode 1997 tot en met 2004 tot de conclusie dat de gemiddelde winstuitkeringen in het verleden circa NLG 30.000 lager zijn geweest dan de NLG 150.000 (EUR 68.067) die de KNVB in haar berekening als uitgangspunt heeft gehanteerd. Daarmee kent de berekening van deze vergoeding voor toekomstige winstuitkeringen geen objectieve grond.

Geconfronteerd met deze bevindingen van de NMa heeft de KNVB haar berekening van de vergoeding voor het recht op toekomstige winstuitkeringen aangepast. Hierbij is de KNVB voor de waardering uitgegaan van een gemiddelde jaarlijkse winstuitkering van NLG 120.000 over tien jaar met een disconteringsvoet van 11%. Dit leidt tot een bedrag van NLG 706.710 (EUR 320.691) voor de vergoeding voor het recht op toekomstige winstuitkeringen.⁶

Op basis van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat een gemiddelde winstuitkering van NLG 120.000 (EUR 54.453) aansluit bij de daadwerkelijk in het verleden uitgekeerde winstuitkeringen en daarmee een objectieve grond kent.

⁶ In een formule weergegeven is de berekening van het contant maken van de gemiddelde winstuitkering van NLG 120.000, over tien jaar, tegen een disconteringsvoet van 11%, als volgt: $De\ Netto\ Contante\ Waarde\ (NCW) = 120.000 / (1+0,11) + 120.000 / (1+0,11)^2 + \dots + 120.000 / (1+0,11)^{10}$. Dit leidt tot een bedrag van NLG 706.710 (EUR 320.691).

Op basis van het voorgaande kan worden geconstateerd dat de KNVB de oorspronkelijke disconteringsvoet van 7% met meer dan 50% heeft verhoogd tot 11%. De KNVB stelt daaromtrent dat zij een goede solvabiliteit kent, er weinig of geen langlopende schulden zijn, de informatiepositie sterk is en de clubs zelf invloed kunnen uitoefenen via de Algemene Vergadering betaald voetbal. Daar komt bij dat de winstuitkeringen weliswaar fluctueren, maar deels toch goed voorspelbaar zijn, omdat de afwijkingen naar boven merendeels samenvallen met tweejarige toernooiereksen. Derhalve valt niet in te zien waarom de disconteringsvoet van 11% geen objectieve grond vormt voor dit element van het entreegeld.

Tussenconclusie

Het entreegeld bedraagt na bovengenoemde wijzigingen NLG 2.573.410 (EUR 1.167.762). Ik begrijp dat dit is opgebouwd uit de volgende elementen: de vergoeding voor deelname in het eigen vermogen van de KNVB van NLG 966.700 (EUR 438.669), de vergoeding voor het recht op uitkering van de solidariteitsuitkering van NLG 900.000 (EUR 408.402) en de vergoeding voor het recht op toekomstige winstuitkeringen van NLG 706.710 (EUR 320.691). Ten aanzien van de eerste twee elementen – de deelname in het eigen vermogen van de KNVB en de vergoeding van de solidariteitsuitkering – wijst de NMa de klacht af. Het derde element – de vergoeding voor de toekomstige winstuitkering – is door de KNVB zodanig aangepast dat de grond onder de klacht van AGOVV is weggefallen. Het entreegeld ten bedrage van NLG 2.573.410 (EUR 1.167.762) voldoet derhalve thans aan de eisen die het mededingingsrecht stelt aan een dergelijke toelatingseis.

De beoordeling van het entreegeld onder artikel 24 Mw

AGOVV beklagt zich er tevens over dat de KNVB misbruik maakt van een economische machtspositie. Het is voor bvo's bijzonder moeilijk om deel te nemen aan een betaald voetbal competitie in Nederland zonder een licentie van de KNVB. Het betalen van entreegeld is noodzakelijk voor het verkrijgen van een licentie en daarmee in de praktijk noodzakelijk voor het spelen van betaald voetbal, zoals dat momenteel in Nederland alleen wordt georganiseerd door de KNVB. Door het weigeren van een licentie of het vragen van een onredelijk entreegeld zou de KNVB in staat zijn nieuwe toetreders de toegang tot het betaald voetbal Nederland te ontzeggen. In de onderhavige zaak is het daarom de vraag of KNVB misbruik maakt van een eventuele economische machtspositie door toetreders tot het betaald voetbal een licentie te weigeren of van hen een onredelijk entreegeld te eisen.

In het geval de KNVB een economische machtspositie heeft, zou in casu sprake zijn van misbruik in de zin van artikel 24 Mw als aan drie cumulatieve eisen is voldaan⁷:

⁷ Zie ook het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Bronner / Media Print*, van 26 november 1998, 1998 ECR I-7791, para. 40 e.v. Hoewel in casu geen sprake lijkt te zijn van een 'essential facility' kunnen de eisen die in dit arrest zijn geformuleerd wel als leidraad dienen, aangezien sprake is van een soortgelijke problematiek.

1. de toegangsweigering moet ertoe leiden dat elke mededinging op de afgeleide markt is uitgesloten;
2. de toegang moet noodzakelijk of essentieel zijn om de bedrijfsactiviteiten uit te kunnen oefenen;
3. de toegang moet geweigerd worden zonder objectieve rechtvaardiging, wat zich uit door willekeurige, discriminatoire beslissingen.

Voorop gesteld moet worden dat aan AGOWV in casu geen licentie is geweigerd; de club speelt inmiddels in het Nederlandse betaalde voetbal. Nu geen sprake is van toegangsweigering, is niet voldaan aan de eerste voorwaarde. Evenmin is voldaan aan de derde voorwaarde, aangezien bij de beoordeling van het entreegeld onder artikel 6 Mw reeds is vastgesteld dat de procedure van de KNVB rondom de vaststelling van het entreegeld vooraf duidelijk, transparant, open, niet-discriminerend en objectief is. Nu in ieder geval niet aan het eerste en derde vereiste is voldaan, geldt dat in deze geen sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw door de KNVB.

Met voorgaande constatering is niet gezegd dat de KNVB in de toekomst niet gerechtigd zou zijn om het entreegeld op een andere manier vast te stellen. In dat geval geldt tevens dat de KNVB bij wijzigingen voor toekomstige toetreders tot het betaalde voetbal mededingingsrechtelijk gehouden is om een regeling vast te stellen, die uitgaat van een onafhankelijke beslissing, op basis van een procedure die vooraf duidelijk, transparant, open, niet-discriminerend en objectief is en die is gebaseerd op reële verwachtingen over de omvang van het vermogen en/ of de waarde van contracten op dat moment.

Sportief criterium

Aangezien AGOVV zelf al is toegetreden tot het betaalde voetbal kan de vraag worden gesteld of AGOVV belanghebbende is bij een klacht over het sportieve criterium. Afgezien van deze vraag kan het volgende worden gesteld. De KNVB stelt als sportief criterium dat een potentiële toetredster tot de Eerste Divisie in een afdeling van de hoogste klasse van het amateurvoetbal moet uitkomen. Van een criterium gebaseerd op sportieve gronden is sprake als dit zich richt op het belang van een zekere mate van gelijkheid in krachtsverhoudingen binnen de sportcompetitie om zo de onzekerheid omtrent het sportieve resultaat te behouden.⁸ Het criterium dat de KNVB stelt richt zich op dit belang, aangezien de hoogste klassen van het amateurvoetbal qua niveau het meest aansluiten bij dat van de Eerste Divisie. Dit criterium vormt bovendien geen verkapte mededingingsrechtelijke toetredingsbarrière, omdat elke club de hoogste klasse van het amateurvoetbal kan bereiken door middel van sportieve prestaties en daarna in principe kan toetreden. Nu sprake is van een criterium dat louter is gebaseerd op sportieve gronden speelt het mededingingsrecht geen rol.

⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T313-02, *David Mecca-Medina en Igor Majcen/ Commissie van de Europese Gemeenschappen van 30 september 2004*.

Conclusie

Het entreegeld is opgebouwd uit drie elementen. Ten aanzien van de eerste twee elementen – de deelname in het eigen vermogen van de KNVB en de vergoeding van de solidariteitsuitkering – wijst de NMa de klacht af. Het derde element – de vergoeding voor de toekomstige winstuitkering – is door de KNVB zodanig aangepast dat de grond onder de klacht van AGOVV is weggevallen. Het entreegeld ten bedrage van NLG 2.573.410 (EUR 1.167.762) voldoet thans aan de eisen die het mededingingsrecht stelt aan een dergelijke toelatingseis. Het sportieve criterium dat de KNVB stelt valt in dit geval niet onder het bereik van het mededingingsrecht. Derhalve wijs ik uw verzoek tot het nemen van handhavingsmaatregelen af.

Hoogachtend,

Dr. D.E. Hesseling
Directie Concurrentietoezicht
Clustermanager Netwerksectoren & Media

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de NMa, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Raad van Bestuur van de NMa verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.