

# Artikel

## Gelijke beloning in het Nederlandse profvoetbal

Niels Jansen\*

### 1. Inleiding

80

De Nederlandse arbeidsmarkt kenmerkt zich door vrij structurele ongelijkheden tussen groepen werkenden. Baker en Gielens concludeerden in 2018 in een *working paper* van de OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development) dat Nederland in het algemeen goed presteert wat betreft groei en werkgelegenheid, maar dat niet iedereen gelijke toegang heeft tot scholing en (goed) werk. Mede als gevolg van de genomen flexibilisering is ook sprake van een ongelijke verdeling qua gewerkte uren en beloning.<sup>1</sup> Een vrij structurele ongelijkheid op de Nederlandse arbeidsmarkt is de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen. Met name de loonongelijkheid tussen mannen en vrouwen springt in het oog.

Gelijke beloning van mannen en vrouwen voor vergelijkbare arbeid is een fundamenteel beginsel van de Europese Unie en op nationaal niveau is dit beginsel uitgewerkt in verschillende wetten die de ongelijke beloning en behandeling van mannen en vrouwen verbieden. De topsportsector is bij uitstek een sector waarin de beloning<sup>2</sup> van mannen en vrouwen ongelijk is en daarvoor is de laatste jaren – naar mijn mening – terecht steeds

meer aandacht. In verschillende sporten zijn recent stappen gezet om de beloning van mannen en vrouwen gelijk te trekken. Denk aan hetzelfde prijzengeld voor mannelijke en vrouwelijke wielrenners bij de Vlaamse voorjaarsklassiekers,<sup>3</sup> hetzelfde prijzengeld voor mannelijke en vrouwelijke tennisers bij de grandslamtoernooien,<sup>4</sup> en de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke voetballers door KNVB als internationals voor Nederland uitkomen.<sup>5</sup> Deze voorbeelden laten tegelijkertijd zien dat de stappen die zijn gezet, vrij gering zijn. Gelijke beloning van mannen en vrouwen in de topsport is internationaal en in Nederland allesbehalve ‘gewoon’ en eerder uitzondering dan regel. Zelfs wanneer vrouwen in een sport excelleren ten opzichte van mannen, is de beloning van mannen in de regel hoger.<sup>6</sup>

In deze bijdrage onderzoek ik de ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen in het Nederlandse profvoetbal ten aanzien van een aantal arbeidsvoorwaarden die behoren tot de ‘beloning’ en die voortvloeit uit de toepassing van de CAO voor contractspelers betaald voetbal Nederland<sup>7</sup> (hierna ook wel: de CAO), waarvan

\* Mr. dr. N. (Niels) Jansen is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 M. Baker & L. Gielens, Making Employment More Inclusive in the Netherlands, OECD Economic Department Working Papers, no. 1527.

2 Met beloning bedoel ik in deze alinea en paragraaf 2 niet alleen beloning van de werkgever in juridische zin, maar ook prijzengeld bij toernooien, de betaling van sportbonden en sponsorgelden, alsmede de toepassing door de werkgever van arbeidsvoorwaarden die in juridische zin niet tot de beloning behoren.

3 Prijzengeld voor vrouwen in Vlaamse wielklassiekers vanaf nu gelijk aan dat voor mannen, AD 23 februari 2023, te raadplegen via: [www.ad.nl/wielrennen/prijzengeld-voor-vrouwen-in-vlaamse-wielklassiekers-vanaf-nu-gelijk-aan-dat-voor-mannen~aa6b801d/](http://www.ad.nl/wielrennen/prijzengeld-voor-vrouwen-in-vlaamse-wielklassiekers-vanaf-nu-gelijk-aan-dat-voor-mannen~aa6b801d/).

4 K. Greven, Gelijk prijzengeld voor mannen en vrouwen? Dat imago klopt niet, De Standaard 8 juni 2023, te raadplegen via: [www.standaard.be/cnt/dmf20230607\\_95779557](http://www.standaard.be/cnt/dmf20230607_95779557).

5 KNVB en Oranjevrouwen trots op gelijke beloning: ‘Historische mijlpaal’, NOS 21 juni 2022, te raadplegen via: <https://nos.nl/collectie/13906/artikel/2433452-knkv-en-oranjevrouwen-trots-op-gelijke-beloning-historische-mijlpaal>.

6 Salarisstrijd in hockeywereld: ‘Hij 90.000, zij 25.000 euro, klopt geen bal van’, NOS 29 mei 2023, te raadplegen via: <https://nos.nl/artikel/2476919-salarisstrijd-in-hockeywereld-hij-90-000-zij-25-000-euro-klopt-geen-bal-van>.

7 CAO voor contractspelers betaald voetbal Nederland 2023-2027 en is te raadplegen via: <https://fbo.nl/wp-content/uploads/edd/2023/05/CAO->

de werkingssfeer is beperkt tot contractspelers die zijn geregistreerd voor deelname aan de herencompetitie van KNVB. De arbeidsvoorwaarden uit de CAO die ik bespreek in deze bijdrage zijn: het minimumsalaris (art. 8 van de CAO) en de loonbetaling bij ziekte en arbeidsongeschiktheid (art. 13 van de CAO).

## 2. De eerste stappen naar gelijke beloning<sup>8</sup> in het profvoetbal

Aan het begin van de zomer van 2022 berichtte KNVB vol trots dat hij per direct de vrouwelijke internationals hetzelfde zou gaan belonen als de mannelijke internationals. Deze eerste voorzichtige stap in de richting van gelijke beloning van mannen en vrouwen heeft wel de nodige voeten in de aarde gehad, want gesprekken over gelijke beloning werden al in 2017 gestart.

Ontwikkelingen in Amerika over gelijke beloning hebben zonder meer als voorbeeld gediend voor KNVB en de Oranjevrouwen. In februari 2022 werd wereldkundig gemaakt dat de Amerikaanse voetbalsters, na een lange strijd met de Amerikaanse voetbalbond, voortaan gelijk zouden worden beloond als de mannen. Onderdeel van de deal was dat de Amerikaanse vrouwen voor 24 miljoen dollar werden gecompenseerd voor gemiste inkomsten in de jaren daarvoor. De deal ten aanzien van de gelijke beloning ziet op de te ontvangen premies (voor gespeelde wedstrijden), verdeling van televisie- en sponsorgelden en prijzengeld.<sup>9</sup> Dat de vrouwelijke voetbalsters en de Amerikaanse bond een overeenkomst zouden bereiken, was overigens allesbehalve een gelopen koers, want in 2019 verloren de Amerikaanse voetbalsters nog een juridische procedure waarin zij voor een Amerikaanse federale rechter gelijke beloning claimden. Die procedure betekende overigens wel het einde van de toenmalige president van de Amerikaanse bond, die als verweer tegen de claim van de speelsters onder meer had gesteld dat het verschil in beloning was gerechtvaardigd omdat vrouwen minder fysieke mogelijkheden en minder verantwoordelijkheden hebben dan de mannen en dat het werk van de mannen onder zwaardere omstandigheden plaatsvindt vanwege vijandigheid van supporters. Kortom, het werk zou niet gelijkwaardig zijn en vrouwen zijn anders dan mannen.<sup>10</sup> De openbaarmaking van het verweer leidde in Amerika tot veel ophef, die dus leidde tot het vertrek van de toenmalige

president van de Amerikaanse bond.<sup>11</sup> Niettemin won de Amerikaanse bond de procedure. Een federale rechter in Californië oordeelde – kort gezegd – dat het verschil in beloning het gevolg was van door de vrouwelijke speelsters gemaakte keuzes over beloning in de cao en niet door ongelijke behandeling door de Amerikaanse bond. Het eerdere standpunt over de gelijkwaardigheid van de arbeid en de verschillen tussen mannen en vrouwen was door de Amerikaanse bond verlaten na de maatschappelijke ophef daarover en speelde in de procedure dus geen rol meer.<sup>12</sup> Gedurende de appelprocedure bereikten de speelsters en de bond de hiervoor besproken deal waardoor de appelprocedure werd beëindigd.

De Amerikaanse deal inspireerde KNVB en de Oranjevrouwen, en dat de vrouwelijke Nederlandse internationals blij waren met het besluit van KNVB om hen gelijk te belonen als de mannen, is zonder meer te begrijpen, maar de eerlijkheid gebiedt te zeggen dat dit pas een eerste (kleine) stap is op de weg naar meer beloningsgelijkheid in het Nederlandse profvoetbal, want de ongelijkheid in beloning tussen mannen en vrouwen in het voetbal manifesteert zich op meer terreinen dan alleen de beloning vanuit KNVB. Zo liggen de door UEFA en FIFA betaalde toernooipremies voor de vrouwen een flink stuk lager dan bij de mannen<sup>13</sup> en wordt dit verschil niet door KNVB gecompenseerd, terwijl de Amerikaanse bond dat bijvoorbeeld wel doet. En waar in Amerika ook een gelijktrekking heeft plaatsgevonden ten aanzien van televisie- en sponsorgelden, is dat in Nederland (nog) niet gebeurd. Mannelijke Nederlandse internationals verdienen dus meer vanwege commerciële activiteiten. Een andere bron van beloningsongelijkheid tussen de Nederlandse mannen- en vrouwenvoetballers, betreft de CAO voor contractspelers voor betaald voetbal Nederland die in deze bijdrage centraal staat. Deze CAO geldt – zoals in de vorige paragraaf al aangestipt – alleen voor spelers die zijn geregistreerd voor deelname aan de herencompetities en het is de vraag of de ongelijkheid ten aanzien van beloning die daaruit voortvloeit juridisch toelaatbaar is in het licht van het gelijke behandelingsrecht.

## 3. De CAO voor contractspelers betaald voetbal

De CAO voor contractspelers betaald voetbal Nederland is aangegaan door werkgeversvereniging Federatie Be-

Contractspelers-2023-2027-digitaal-exemplaar.pdf.

8 Zie voetnoot 2.

9 W. Sterling, US Soccer agrees to equal pay deal, CNN 18 mei 2022, te raadplegen via: <https://edition.cnn.com/2022/05/18/football/us-soccer-equal-pay-deal-spt-intl/index.html>.

10 G. Hays, USSF claims competition pool, physical demands give USMNT different job than USWNT, ESPN 11 maart 2020 ([www.espn.com/soccer/story/\\_/id/37582237/ussf-claims-competition-pool-speed-game-give-usmnt-different-job-uswnt](http://www.espn.com/soccer/story/_/id/37582237/ussf-claims-competition-pool-speed-game-give-usmnt-different-job-uswnt)).

11 S. Spain, Apology not accepted: U.S. Soccer reveals its true colors in latest sexist claims, ESPN 12 maart 2020 ([www.espn.com/espnw/voices/story/\\_/id/28891193/us-soccer-reveals-true-colors-latest-sexist-claims](http://www.espn.com/espnw/voices/story/_/id/28891193/us-soccer-reveals-true-colors-latest-sexist-claims)).

12 G. Hays, Judge sides with U.S. Soccer in USWNT's equal pay lawsuit, ESPN 2 mei 2020 ([www.espn.com/espnw/sports/story/\\_/id/29125363/judge-sides-us-soccer-uswnt-equal-pay-lawsuit](http://www.espn.com/espnw/sports/story/_/id/29125363/judge-sides-us-soccer-uswnt-equal-pay-lawsuit)).

13 Onlangs werd bekend dat een groep van 150 voetbalsters FIFA heeft gevraagd om het prijzengeld op het WK van komende zomer gelijk te trekken met dat van de mannen op het WK in Qatar. Zie onder andere: <https://nos.nl/artikel/2467622-voetbalsters-vragen-in-brief-om-hetzelfde-wk-prijzengeld-voor-mannen-en-vrouwen>.

taald Voetbal (FBO) en de vakbonden Vereniging van Contractspelers (VVCS) en ProProf. De CAO wordt van tijd tot tijd verlengd en de laatste CAO heeft een looptijd tot 2027. De contracts- en onderhandelingsvrijheid die ook in het cao-recht gelden, brengen mee dat cao-partijen zelf de inhoud van de cao bepalen en ook zelf bepalen voor welke arbeidsverhoudingen de cao geldt. Dit laatste wordt de werkingssfeer van de cao genoemd.

In artikel 2 van de CAO is bepaald dat deze van toepassing is op alle arbeidsovereenkomsten tussen werkgevers en werknemers. Dit brengt mee dat voor het bereik van de CAO van belang is wie als werkgever en werknemer worden gekwalificeerd. De werkgever is de rechtspersoonlijkheid bezittende betaaldvoetbalorganisatie, die toegelaten is tot deelneming aan de herencompetitie van de sectie betaald voetbal van KNVB (art. 1 lid 1 CAO). De werknemer is de voetballer die een arbeidsovereenkomst heeft met een werkgever en als contractspeler geregistreerd staat bij de sectie betaald voetbal van KNVB voor deelname aan de herencompetities van de sectie betaald voetbal (art. 1 lid 2 CAO). Registratie voor deelname aan herencompetities lijkt op basis van de reglementen van KNVB niet voorbehouden aan mannen, maar feitelijk is er geen enkele vrouwelijke voetballer geregistreerd voor deelname aan de herencompetitie van KNVB.

De formulering van de werkingssfeer van de CAO heeft tot gevolg dat deze feitelijk niet van toepassing is op vrouwen en daarmee wordt onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen ten aanzien van arbeidsvoorwaarden. Of dit onderscheid direct of indirect van aard is, valt te betwijfelen. Van direct onderscheid is sprake indien een persoon op grond van geslacht op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Indirect onderscheid wil zeggen dat een ogenschijnlijk neutrale bepaling personen van een bepaald geslacht bijzonder treft. Of het onderscheid in de CAO direct of indirect van aard is, bespreek ik in deze bijdrage niet. In deze bijdrage ga ik ervan uit dat het onderscheid direct van aard is vanwege de expliciete verwijzing naar het geslacht in de werkingssfeer van de CAO.<sup>14</sup> Omdat ik er in deze bijdrage van uitga dat in de werkingssfeer van de CAO direct onderscheid wordt gemaakt, bespreek ik in deze bijdrage ook niet of dat onderscheid mogelijk objectief kan worden gerechtvaardigd.

De CAO heeft in de voetbalsector een bijzondere betekenis. In de eerste plaats worden in de CAO, net als in andere cao's, afspraken gemaakt over arbeidsvoorwaarden. Zoals afspraken over salaris en loonbetaling bij ziekte, welke onderwerpen in deze bijdrage centraal staan. De bijzondere betekenis van de CAO in het profvoetbal betreft de afwijkingen die in de CAO worden gemaakt ten aanzien van een aantal wettelijke bepalingen waardoor

profvoetballers steeds op basis van een contract voor bepaalde tijd werkzaam zijn. Voor bepaalde functies geldt dat de ketenregeling<sup>15</sup> bij cao buiten toepassing kan worden verklaard indien de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij ministeriële regeling deze functies ook heeft aangewezen als, wat ik voor het gemak maar aanduid als 'bijzondere functies'. Het criterium dat daarvoor geldt is dat het voor die functies in de bedrijfstak bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering (en van die functies) noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.<sup>16</sup> De minister heeft onder andere de functie van profvoetballer aangewezen in de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter (de Regeling).<sup>17</sup> Het idee achter het buiten toepassing laten van de ketenregeling<sup>18</sup> bij profvoetballers is dat er bij contracten voor onbepaalde tijd onvoldoende zekerheid is voor de clubs over het behoud van contractspelers. 'Als door toedoen van de ketenregeling een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan, zou de arbeidsovereenkomst op elk gewenst moment, met inachtneming van een opzegtermijn van een maand, kunnen worden opgezegd door de werknemer, zonder dat daar enige financiële compensatie voor de club tegenover zou staan. Dit brengt niet alleen schade toe aan betaald voetbalorganisaties als het gaat om het behoud van spelers en daarmee aan de sportieve continuïteit, maar tast ook de huidige systematiek van vergoedingen aan die verschuldigd zijn bij spelerswisselingen waardoor het voortbestaan van de sector in het gedrang komt', aldus de minister.<sup>19</sup>

Doordat de CAO qua werking beperkt is tot mannen, althans in de praktijk beperkt blijft tot mannen, kunnen vrouwen geen aanspraak maken op de uit de CAO voortvloeiende arbeidsvoorwaarden, zoals het minimumsalaris en de doorbetaling van honderd procent van het overeengekomen loon bij ziekte en worden vrouwen dus benadeeld ten opzichte van mannen. Het buiten toepassing verklaren van de ketenregeling in de CAO heeft juist het omgekeerde resultaat en benadeelt mannen ten opzichte van vrouwen. De artikelen 7:668a, 7:671c en artikel 7:677 bieden werknemers immers bescherming en deze bescherming is in de CAO weggecontracteerd. Voor mannelijke profvoetballers gelden deze beschermende bepalingen dus niet, terwijl die voor vrouwelijke profvoetballers wel gelden.

14 Uit de toelichting bij de wijziging van de Regeling ketenregeling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter (Stcrt. 2023, 11039) blijkt dat het ook daadwerkelijk de bedoeling is om de CAO niet te laten gelden voor vrouwelijke contractspelers. Het onderscheid dat bij de afbakening van de werkingssfeer wordt gebruikt is geenszins neutraal.

15 Dit geldt overigens niet alleen voor de ketenregeling ex art. 7:668a BW, maar ook voor de vergoeding bij tussentijdse ontbinding ex art. 7:671c lid 4 en de vergoeding bij tussentijdse opzegging ex art. 7:677 lid 6 BW, waardoor een voetballer bij voortijdige beëindiging kan worden veroordeeld tot betaling van een hogere vergoeding dan het loon dat hoort bij de restduur van het contract.

16 Art. 7:668a lid 8 BW.

17 Aanvankelijk was de Regeling ook beperkt tot profvoetballers die geregistreerd zijn voor deelname aan de herencompetities van KNVB, maar per 1 juli 2023 is de zinsnede 'voor deelname aan de herencompetities' vervallen.

18 En de wettelijke vergoeding bij tussentijdse beëindiging.

19 Stcrt. 2023, 11039 (p. 2 en 3).

## 4. Verboden onderscheid: gelijke beloning bij gelijke of gelijkwaardige arbeid

### 4.1 Juridisch kader

De gelijke beloning van mannen en vrouwen is een fundamenteel beginsel van de Europese Unie. Op grond van artikel 157 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) dient iedere lidstaat ervoor zorg te dragen dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. In het *Defrenne II*-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid rechtstreekse en horizontale werking heeft.<sup>20</sup> De rechtstreekse en horizontale werking brengt mee dat voor nationale rechterlijke instanties een beroep kan worden gedaan op artikel 157 VwEU en dat de nationale rechter de rechten die rechtzoekenden aan artikel 157 VwEU kunnen ontlenen, moet verzekeren. Het Hof van Justitie heeft artikel 157 VwEU daarnaast aangemerkt als bepaling van dwingend recht, zodat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet slechts geldt voor overheidshandelingen, maar ook van toepassing is op bijvoorbeeld cao's.<sup>21</sup> In het *Defrenne III*-arrest heeft het Hof verduidelijkt dat de draagwijdte van artikel 157 VwEU niet mag worden uitgebreid tot andere elementen in de arbeidsverhouding dan de beloning. Dat bepaalde arbeidsvoorwaarden financiële gevolgen kunnen hebben, is voor het hof onvoldoende reden om dergelijke voorwaarden onder het toepassingsgebied van artikel 157 VwEU te brengen. Dit neemt niet weg dat het begrip 'beloning' ruim moet worden uitgelegd. Het gaat daarbij niet per se om alle op geld waardeerbare voordelen, maar als de voorwaarde verband houdt met de door de werknemer te verrichten arbeid, dan kwalificeert de voorwaarde als beloning.<sup>22</sup> Onder beloning valt zonder meer het salaris en ook de loonbetaling bij ziekte zoals respectievelijk geregeld in artikel 8 en 13 van de CAO. Ten aanzien van loon bij ziekte verwijs ik onder meer naar een arrest van het Hof van Justitie uit 2012 (*Dittrich c.s.*) waarin het Hof het volgende overwoog: 'Overeenkomstig artikel 157, lid 2, VwEU moet onder "beloning" worden verstaan het gewone basis- of minimumloon en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt. Wat in de eerste plaats het materiële bestanddeel van de beloning betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het begrip "beloning" in de zin van artikel 157 VwEU ruim moet worden uitgelegd. Het omvat met name alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura, mist deze, zij het ook indirect, door de werkgever uit

hoofde van zijn dienstbetrekking worden toegekend [...]. Een geldelijke prestatie, zoals de aan de Duitse federale ambtenaren in geval van ziekte betaalde toelage, krachtens welke 50% tot 80% van de in aanmerking komende gezondheidskosten van de ambtenaar of van bepaalde gezinsleden worden vergoed, valt dus materieel gezien onder het begrip "beloning" in de zin van artikel 157 VwEU.<sup>23</sup> Wanneer een in geval van ziekte betaalde toelage valt onder beloning, dan geldt dat a fortiori voor het tijdens ziekte betaalde loon.<sup>24</sup>

In het nationale recht is de gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde uitgewerkt in artikel 7, 8 en 9 van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (Wgbmv). Voor de toepassing van gelijke beloning wordt op grond van artikel 9 lid 1 Wgbmv bepaald dat het loon van de belanghebbende werknemer geacht wordt gelijk te zijn aan het loon dat een werknemer van het andere geslacht voor arbeid van gelijke waarde pleegt te ontvangen, indien het is berekend op grondslag van gelijkwaardige maatstaven.

Zowel in het Europese recht als het nationale recht is voor gelijke beloning beslissend dat het gaat om gelijke of gelijkwaardige arbeid. Wat betreft de uitleg van het begrip 'gelijke arbeid', heeft het Hof in *Defrenne II* verwezen naar ILO-verdrag no. 100 dat gelijke beloning voor arbeid van 'gelijke waarde' beoogt. In artikel 157 VwEU en aanvullende richtlijnen wordt thans (in lijn met het *Defrenne II*-arrest) gesproken over gelijke en gelijkwaardige arbeid.<sup>25</sup> Het is aan de nationale rechter om te bepalen of aan de door werknemers verrichte werkzaamheden (gezien de concrete aard daarvan) gelijke waarde kan worden toegekend.<sup>26</sup> Het Hof heeft meermaals geoordeeld dat voor het antwoord op de vraag of werknemers gelijke arbeid verrichten (of arbeid verrichten waaraan gelijke waarde kan worden toegekend) moet worden nagegaan of deze werknemers, gelet op een reeks van factoren zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht, kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden.<sup>27</sup> Het gaat – kort samengevat – om een zuiver kwalitatieve benadering waarbij het dus niet gaat om de economische waarde maar om de aard van het werk.<sup>28</sup> Het gaat, om met de woorden van Vas Nunes te spreken, om de intrinsieke zwaarte van de functie.<sup>29</sup> Of arbeid gelijke waarde heeft, vereist dus een materiële toets en dit brengt mee dat de indeling van functies van werknemers in dezelfde functiegroep (overeenkomstig de voor hun functie geldende collectieve overeenkomst), op zichzelf nog geen afdoende grond is voor de conclusie dat zij ook gelijke of gelijk-

20 HvJ EG 8 april 1976, NJ 1976/510 (*Defrenne II*). Zie recent HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:429 (*Tesco*).

21 HvJ EG 8 april 1976, NJ 1976/510 (*Defrenne II*).

22 Zie P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 348 en 349.

23 HvJ EG 6 december 2012, ECLI:EU:C:2012:771.

24 Zie ook P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 349.

25 HvJ EG 4 februari 1988, zaak C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62 en HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:429 (*Tesco*).

26 HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:429 (*Tesco*).

27 HvJ EG 31 mei 1995 (*Royal Copenhagen*) en HvJ EG 26 juni 2001, ECLI:EU:C:2001:358 (*Brunnhofner*).

28 HvJ EG 27 maart 1980, ECLI:EU:C:1980:103.

29 P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 359.

waardige arbeid verrichten.<sup>30</sup> Het beginsel van gelijke beloning verzet zich evenwel a fortiori tegen een loonverschil tussen mannen en vrouwen wanneer de minst betaalde categorie werknemers arbeid van een hogere waarde verricht.<sup>31</sup>

Artikel 157 VwEU ziet slechts op de gelijkheid van beloning en niet ook op de gelijkheid van andere toepasselijke arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning behoren.<sup>32</sup> Ten aanzien van arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning behoren, is in artikel 7:646 BW geregeld dat het moet gaan om een vergelijkbare situatie. Dit onderscheid tussen enerzijds gelijke beloning en anderzijds gelijke behandeling is complex. Vas Nunes typeert het onderscheid tussen gelijke beloning en gelijke behandeling als gekunsteld en verwarrend<sup>33</sup> en ik deel zijn mening. Omdat ik in dit artikel alleen arbeidsvoorwaarden bespreek die behoren tot de beloning, laat ik het juridisch kader rondom gelijke behandeling van mannen en vrouwen (en de vraag wanneer sprake is van vergelijkbare situaties) ten aanzien van arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning behoren verder onbesproken.

#### 4.2 Toepassing op de CAO

De reden dat de CAO – kort gezegd – niet van toepassing is op het vrouwenvoetbal, houdt – volgens de werkgevers- en werknemersorganisaties in de sector – (vooral) verband met de huidige status van het vrouwenvoetbal op clubniveau in Nederland wat betreft de professionaliteit van de clubs.<sup>34</sup> Aan de eredivisie voor het vrouwenvoetbal doen elf clubs mee en tussen deze clubs bestaat een groot verschil in professionaliteit. Veel clubs in het vrouwenvoetbal functioneren nog niet als volwaardige profclub en door de sociale partners in de sector wordt gesteld dat wanneer alle clubs in het vrouwenvoetbal aan een cao zouden zijn onderworpen, een groot deel van de clubs dan niet meer actief zullen zijn in het vrouwenvoetbal. Tot 1 juli 2023 behoorde de vrouwencompetitie binnen KNVB bijvoorbeeld nog tot het amateurvoetbal. Ter bescherming en ontwikkeling van de vrouwencompetitie zou de CAO dus beperkt zijn tot het herenvoetbal en wordt in het vrouwenvoetbal de stap van geleidelijkheid gekozen wat betreft de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de voetballers. Inmiddels is in het vrouwenvoetbal door Ajax, PSV, Twente en Feyenoord een ondernemings-cao gesloten. Het is de wens van sociale partners om in de toekomst de CAO te laten gelden voor zowel het heren- als het vrouwenvoetbal, maar dat is volgens de sociale partners nog niet mogelijk. De vraag is dan natuurlijk wel welk gewicht in juridische zin aan het doel van het onderscheid tussen – kort gezegd – mannen en vrouwen in de werkingssfeer in de CAO toekomt bij de beoordeling van de vraag of dit onderscheid verboden onderscheid is. Zoals ik hiervoor

heb toegelicht, is het onderscheid dat in de CAO wordt gemaakt zodanig verbonden aan het geslacht dat naar mijn mening sprake is van direct onderscheid, en direct onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd. In zoverre kan voornoemd doel, voor zover dat doel legitiem is, het onderscheid nimmer rechtvaardigen. Niettemin zou het doel van sociale partners, althans de status van het vrouwenvoetbal, wel een rol kunnen spelen bij de vraag of sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid.

Of de arbeid van vrouwelijke profvoetballers gelijk of gelijkwaardig is aan de arbeid van mannelijke profvoetballers, is de kernvraag. In de sector zelf lijkt de heersende opvatting te zijn dat de arbeid niet gelijkwaardig is vanwege de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht en de status van het vrouwenvoetbal. Daarbij wordt in de eerste plaats gewezen op de intensiteit van de arbeid. Mannelijke profvoetballers zouden meer trainen en meer wedstrijden spelen. Daarnaast zou er meer (media)aandacht zijn voor profvoetbal bij de mannen, waardoor de druk op spelers groter is. Die druk zou verder worden vergroot door aandacht van het publiek en grotere supportersaantallen. En tot slot wordt gewezen op het verschil in economische waarde tussen het mannen- en vrouwenvoetbal. De commerciële belangen zouden in het mannenvoetbal veel groter zijn. Ik ben niet blind voor de verschillen in de omstandigheden waaronder mannelijke en vrouwelijk profvoetballers thans hun arbeid verrichten, maar ik betwijfel of deze omstandigheden de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de arbeid niet gelijk of gelijkwaardig is. De vraag is namelijk niet alleen of die verschillen voldoende en valide zijn om het onderscheid te rechtvaardigen, maar ook – en misschien wel vooral – of die verschillen wel een rol mogen spelen in de beoordeling. Zijn die omstandigheden namelijk niet juist het gevolg van het gemaakte onderscheid? Stevig gesteld: als verboden onderscheid leidt tot verschillende uitkomsten of omstandigheden, dan kunnen die uitkomsten of omstandigheden naar mijn mening niet gebruikt worden om op enig moment later in de tijd te concluderen dat het onderscheid niet (meer) verboden is vanwege de verschillende uitkomsten of omstandigheden. Als dat wel het geval is, dan zou een op onjuiste gronden bereikte status quo op enig moment onaantastbaar kunnen worden vanwege die status quo. Dat zou het gelijke behandelingsrecht in veel gevallen uithollen. Ik heb de indruk dat de grotere maatschappelijke aandacht voor mannenvoetbal in het bijzonder en mannsport in het algemeen, sterk verband houdt met de in de samenleving gegroeide (en nog immer aanwezige) opvatting over de rol van de man en de vrouw. Het gelijke behandelingsrecht beoogt juist de gevolgen van die opvatting tegen te gaan. Het voorgaande brengt naar mijn mening mee dat in dit geval bij de beoordeling of sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid de nadruk dus zou moeten liggen op de vergelijking van de aard van de arbeid en de opleidingsvereisten en niet op de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht. Wat de aard van de arbeid en de opleidingsvereisten betreft, geldt dat voor profvoetbal geen

30 HvJ EG 26 juni 2001, ECLI:EU:C:2001:358 (*Brunnhofner*).

31 HvJ EG 4 februari 1988, NJ 1980/88.

32 HvJ EG 15 juni 1978, ECLI:EU:C:1978:130.

33 P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018, paragraaf 8.2.

34 In het kader van deze publicatie sprak ik met werkgevers- en werknemersorganisaties die partij zijn bij de CAO.

vooropleiding is vereist en dat de aard van de arbeid die mannelijke en vrouwelijke profvoetballers verrichten gelijk is; de regels die van toepassing zijn op het voetbal zijn voor mannen en vrouwen in elk geval volstrekt gelijk. Op basis van deze vergelijking ben ik van mening dat de arbeid die mannelijke en vrouwelijke profvoetballers verrichten, gelijk of gelijkwaardig is, waardoor zij recht hebben op dezelfde beloning. Het onderscheid dat in de CAO wordt gemaakt en leidt tot ongelijkheid in de beloning is dus in strijd met het recht.

Overigens is voor deze opvatting steun te vinden in wet- en regelgeving. In paragraaf 3 heb ik besproken dat in de CAO voor profvoetballers is afgeweken van de wettelijke ketenregeling en de wettelijke vergoeding die verschuldigd is bij een voortijdig einde van het contract voor bepaalde tijd. Een wettelijk vereiste voor deze cao-afwijking is dat de functies waarvoor de afwijking geldt ook zijn aangewezen door de minister en voor het profvoetbal is dat gebeurd in de Regeling.<sup>35</sup> Deze Regeling volgde tot 1 juli 2023 de definitie in de CAO, in die zin dat het ging om profvoetballers die staan ingeschreven voor deelname aan de herencompetities. Sinds 1 juli 2023 is ‘deelname aan de herencompetities’ vervallen en geldt de Regeling dus voor alle profvoetballers. Inmiddels is via de Regeling ook in de ondernemings-cao’s voor de vrouwelijke profs van Twente, Ajax, Feyenoord en PSV afgeweken van de ketenregeling en de vergoeding bij een voortijdig einde van een contract voor bepaalde tijd. Het schrappen van het zinsdeel ‘deelname aan de herencompetities’ in de Regeling heeft plaatsgevonden op verzoek van de sociale partners in de sector in het licht van voornoemde ondernemings-cao’s. Uit de motivering die de minister bij de wijziging van de Regeling heeft gegeven, blijkt echter dat het motief voor de wijziging ruimer is dan de afstemming op de ondernemings-cao’s van Twente, Ajax, PSV en Feyenoord. Die motivering luidt als volgt:

‘Bij het tot stand komen van de Regeling in 2015 was uitsluitend deelname aan de herencompetities van de sectie betaald voetbal in beeld voor de bedoelde uitzondering. Echter, het clubvoetbal in Nederland heeft op het gebied van het damesvoetbal een vlucht genomen. Het Nederlands damesvoetbal heeft door de winst in 2017 voor het Europees Kampioenschap en het bereiken van de finale voor het Wereld Kampioenschap in 2019 een plek aan de (wereld)top veroverd. Sinds 2015 zijn een aantal arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij vrouwelijke contractspelers en de technische functies ten behoeve van teams met vrouwelijke contractspelers ontstaan. Die overeenkomsten blijven hoe dan ook hun onbepaalde tijd-karakter behouden. De genoemde ontwikkelingen maken echter duidelijk dat ook in het damesvoetbal behoefte bestaat aan (gebruikmaking van) de uitzondering die nu al geldt voor het herenvoetbal. Om de positie op het wereldtoneel te behou-

den, is het van belang voor de internationale concurrentiepositie van het damesvoetbal om de huidige aanwijzing, die beperkt is tot de herencompetitie, te verruimen en de huidige aanwijzing uit te breiden met vrouwelijke contractspelers alsmede de technische functies rond de vrouwelijke contractspelers. In de ons omringende landen (België, Duitsland en Engeland) is voor voetbal een uitzondering opgenomen met betrekking tot de ketenbepaling. Bij onverminderde toepassing van de ketenbepaling zal de internationale concurrentiepositie van het Nederlandse damesvoetbal aanzienlijk verslechteren. Met de verandering in de afgelopen jaren in het damesvoetbal kan geconstateerd worden dat het herenvoetbal en het damesvoetbal zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Er is hierbij geen rechtvaardiging (meer) aanwezig voor het maken van een onderscheid tussen mannen en vrouwen, mede nu er geen verschil is in de werkzaamheden tussen de mannelijke en vrouwelijke contractspelers. Met de wijziging van onderdeel a, van de Regeling, wordt de groep die valt onder de huidige onderdelen a en b van de Regeling dan ook verruimd met vrouwelijke contractspelers respectievelijk functies ten behoeve van teams met vrouwelijke contractspelers.’<sup>36</sup>

Gelet op deze motivering is ook de minister van mening dat er geen rechtvaardiging (meer) aanwezig is voor het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen, nu er geen verschil is in de werkzaamheden tussen de mannelijke en vrouwelijke contractspelers.

Ten aanzien van de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen in de arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning behoren en waarover deze bijdrage niet gaat (denk aan reiskosten, opleiding en vakantie) geldt niet het criterium dat de arbeid gelijk of gelijkwaardig moet zijn, maar geldt het criterium dat de situaties vergelijkbaar moeten zijn. Of situaties vergelijkbaar zijn vergt een specifieke en concrete beoordeling van alle elementen die de situaties kenmerken in het licht van het doel van de regeling die het onderscheid invoert (in dit geval de CAO) en de beginselen en de doelstellingen van het gebied waarvan de regeling deel uitmaakt.<sup>37</sup> Deze vergelijkbaarheidstoets is (anders dan ten aanzien van gelijke of gelijkwaardige arbeid) naar mijn mening niet zo eenvoudig te maken voor de mannelijke en vrouwelijk profvoetbalsters. Gelet op de redelijk holistische toets van alle elementen die de situatie kenmerken, lijkt deze toets niet te kunnen worden teruggebracht tot een vergelijking van de werkzaamheden die worden verricht (zoals bij gelijke of gelijkwaardige arbeid). In de vergelijkbaarheidstoets zal bijvoorbeeld ook rekening moeten worden gehouden met de professionele status van de landelijke competities in enerzijds het mannenvoetbal en anderzijds het vrouwenvoetbal. Vervolgens moet de holistische weging plaatsvinden in het licht van het doel

35 Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonnerechter.

36 Stcrt. 2023, 11039, p. 3.

37 HvJ EG 26 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:492 (r.o. 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

van de regeling die het onderscheid invoert. Het doel van de regeling is bij deze vergelijkbaarheidstoets dus wel relevant. Maar wat met ‘het doel van de regeling’ precies wordt bedoeld is dan weer niet helemaal scherp. Vas Nunes benadrukt met klem dat het gaat om het doel van regeling en niet om het doel van het onderscheid,<sup>59</sup> maar dat verschil is minder duidelijk dan het lijkt. Wat ‘de regeling’ is, kan namelijk verschillend worden uitgelegd. In de kwestie van het profvoetbal kan de hele CAO de regeling zijn die het onderscheid invoert, maar dat kan ook de definitie van het begrip ‘werknemer’ in de CAO zijn. Juist die definitie voert namelijk het onderscheid in. ‘De keuze hoe de betrokken regeling te definiëren – ruim of smal – kan de rechtvaardigingstoets beïnvloeden’, aldus Vas Nunes.<sup>60</sup> Het doel van de CAO is om de sector te reguleren, de arbeidsvoorwaarden van werknemers te verbeteren en het voortbestaan van de sector te garanderen. Het doel van de enge definitie van ‘werknemer’ in de CAO (waarmee het onderscheid wordt ingevoerd) valt samen met het doel van het onderscheid dat wordt gemaakt en dat is – hoe tegenstrijdig het wellicht ook klinkt – het bieden van ruimte voor de ontwikkeling van het vrouwenvoetbal.

De uitkomst van de vergelijkbaarheidstoets verschuift naar mijn mening naar gelang er meer of minder nadruk wordt gelegd op de aard van de werkzaamheden of juist op de status van de verschillende competities waarbinnen de werkzaamheden een plaats hebben. Als het zwaartepunt wordt gelegd op alleen de werkzaamheden, dan zal snel sprake zijn van vergelijkbare situaties. Als het zwaartepunt bij de toets verschuift van de werkzaamheden naar de status van de verschillende competities, dan zal sprake kunnen zijn van onvergelijkbare situaties. En die conclusie zal eerder bereikt worden wanneer de regeling die het onderscheid invoert smal wordt uitgelegd en dat aldus wordt vastgesteld dat het bieden van ruimte voor de ontwikkeling van het vrouwenvoetbal het doel van de regeling is. Kortom, ik ben voorzichtig wat betreft de vraag of in het kader van de gelijke behandeling (ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning horen) sprake is van vergelijkbare situaties.

## 5. Conclusie en aanbevelingen

In deze bijdrage stond de vraag centraal of de beperking in de werkingssfeer van de CAO tot profvoetballers die staan ingeschreven voor deelname aan de herencompetities van KNVB juridisch houdbaar is in het licht van gelijke behandelingswetgeving. Ik heb daarbij gefocust op twee arbeidsvoorwaarden uit de CAO die tot de beloning behoren. In de eerste plaats ben ik van mening dat het onderscheid in de werkingssfeer van de CAO moet worden aangeduid als direct onderscheid tussen mannen en vrouwen. Of daadwerkelijk sprake is van verboden onderscheid in het kader van beloning, hangt af van de vraag of sprake is van ‘gelijke of gelijkwaardige arbeid’.

Bij de beloning ligt de nadruk op de vergelijking van de arbeid die wordt verricht en naar mijn mening bestaat er geen verschil tussen de werkzaamheden van mannelijke en vrouwelijke contractspelers. Met omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht en die mogelijk verschillen, kan naar mijn mening geen rekening worden gehouden omdat die veelal het gevolg zijn van een ongelijke behandeling.

Bij de gelijke behandeling ten aanzien van arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning behoren, ben ik minder stellig. De vergelijkbaarheidstoets is lastig en afhankelijk van waarop het zwaartepunt in de toets wordt gelegd. De werkzaamheden van mannelijke en vrouwelijke contractspelers zijn zonder meer gelijk, maar de status van de mannencompetitie en de vrouwencompetitie verschilt wezenlijk. Juist vanwege dat verschil en om het vrouwenvoetbal tot een volledige professionele competitie te ontwikkelen, is in de cao een onderscheid gemaakt tussen het mannen- en het vrouwenvoetbal.

Ik sluit deze bijdrage af met twee aanbevelingen. De eerste aanbeveling ziet op vraag hoe het verboden onderscheid kan worden opgelost. Cao-partijen doen er goed aan om het onderscheid in de werkingssfeer van de CAO te schrappen en per cao-bepaling vast te stellen of sprake is van een arbeidsvoorwaarde die behoort tot de beloning of niet. Ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden die niet tot de beloning behoren kunnen sociale partners bepalen of die ook aan vrouwelijke contractspelers moeten toekomen of niet. Op deze manier kan de CAO in lijn worden gebracht met het gelijke behandelingsrecht. Mijn tweede aanbeveling betreft het kennelijk bij sociale partners levende idee hoe het vrouwenvoetbal het best kan worden ontwikkeld. Sociale partners kiezen de weg van de geleidelijkheid zodat alle clubs de mogelijkheid wordt geboden om langzaam te groeien naar volledige professionaliteit. Clubs die voorlopen moeten worden gezien als voorbeeld voor de clubs die nog grote stappen moeten zetten op de weg van professionalisering. Het nadeel van de weg van de geleidelijkheid is dat sommige clubs nooit de stap naar professionaliteit zullen zetten en dat het vrouwenvoetbal altijd de status behoudt die het nu heeft. Vrouwelijke voetballers die nu tegen een minimale vergoeding voetballen zullen zich niet of maar langzaam ontwikkelen en voor jonge vrouwelijke talenten wordt het beroep van profvoetballer niet snel een lonkend perspectief. De ongelijkheid tussen mannen en vrouwen blijft dan in stand. Een andere benadering of een ander idee is ook mogelijk. De verbetering van de rechtspositie van vrouwelijke speelsters kan juist werken als een enorme steun in de rug voor de ontwikkeling van het vrouwenvoetbal. Door een verbetering van de arbeidsvoorwaarden kunnen speelsters zich focussen op het bestaan als profvoetbalster waardoor het niveau van de competitie omhooggaat, er meer aandacht komt van het publiek en media en clubs bereid gevonden kunnen worden om te investeren. Voor jonge talenten lijkt een bestaan als profvoetballer opeens een mogelijkheid waardoor de ontwikkeling van het vrouwenvoetbal in een versnelling terechtkomt. Bij die benadering of bij dat idee past niet een terughoudende en

conservatieve opstelling van sociale partners, maar juist een actieve en progressieve opstelling en ik ben van mening dat het vrouwenvoetbal dat inmiddels wel verdient. Het past ook bij waar de Hollandse school ooit voor stond.