



UITGEVERIJ *Paris*



TvS&R 2021, nr. 4

Tijdschrift voor **SPORT & RECHT**

- 73 Coronaprotocollen: van Thialf tot en met Beijing
Mr. M. Margadant
- 79 Minderjarigen en het antidopingbeleid – deel 1
Mr. H. Ram
- 88 Jaaroverzicht onderzoek Sport en Recht 2021
Mr. W. Boshuis en mr. L.B.T. Pakos
- 90 **Jurisprudentie**
- 95 Inhoudsopgave 2021



Jurisprudentie

INTELLECTUEEL-EIGENDOMSRECHT

Parket bij de Hoge Raad 8 oktober 2021

ECLI:NL:PHR:2021:953 (*Max Verstappen/Picnic*) (advies A-G)

Inleiding

Verstappen geniet wereldwijde bekendheid als Formule 1-coureur voor het team van Red Bull Racing. Mavic is een vennootschap naar Luxemburgs recht en behartigt de zakelijke belangen van Verstappen en heeft een exclusieve licentie om de intellectuele-eigendomsrechten en het portretrecht van Verstappen te promoten en te exploiteren. Picnic is een onlinesupermarkt en heeft een Facebookpagina waarop zij regelmatig korte filmpjes plaatst, gericht op bestaande klanten en haar werknemers.

Verstappen maakte onderdeel uit van de landelijke televisiereclames van de supermarktketen Jumbo. Picnic heeft als reactie op de lancering van de reclames een filmpje op haar Facebookpagina geplaatst waarin een lookalike van Verstappen de boodschappen van Picnic rondbrengt. De lookalike draagt dezelfde raceoutfit en loopt in het filmpje eerst langs een bestelbus van Jumbo om vervolgens in een Picnic-bestelbusje te stappen. Verstappen en Mavic hebben Picnic op 28 september 2016, dezelfde dag dat het filmpje online werd geplaatst, gesommeerd om verdere publicatie of andere uitingen met het portret van Verstappen te staken en tot betaling van een schadevergoeding. Picnic heeft als reactie hierop het filmpje verwijderd. Het filmpje is nog te zien op andere internetpagina's, die Picnic niet beheert. Het filmpje is uiteindelijk massaal bekeken en kreeg onder andere aandacht van *De Telegraaf* en *RTL Boulevard*.

Verstappen heeft op 17 november 2016 een procedure tegen Picnic aanhangig gemaakt. De rechtbank heeft in deze procedure Picnic veroordeeld tot betaling van € 150 000 aan Verstappen, omdat Picnic onrechtmatig jegens Verstappen heeft gehandeld. Picnic heeft hierte-

gen hoger beroep ingesteld. Het hof heeft de uitspraak van de rechtbank vernietigd. Verstappen en Mavic hebben hiertegen cassatieberoep ingesteld.

Beoordeling

De centrale vraag hier is of Verstappen en Mavic het filmpje moeten dulden, zonder daar compensatie voor te ontvangen. Het portretbegrip is hier ruim. Kan ook het naspelen van een ander een portret van die ander opleveren? De criteria die de A-G aanneemt, wijzen erop van wel. Uit de literatuur haalt de A-G aan dat een portret een afbeelding van een persoon is waarin de afgebeelde persoon moet worden herkend. Het gaat erom dat degenen die het werkelijke uiterlijk van de geportretteerde kennen, de geportretteerde in het portret zullen herkennen. Er moet hier echter wel sprake zijn van identificeerbaarheid, want het weergeven van een lookalike levert niet per se een portret van een ander op, wel meer mensen op de wereld lijken op elkaar.

Moet hier echter worden beschermd door middel van een soort 'parodie-exceptie'? In het bestreden arrest heeft het hof het over 'persifleren'. Dit betekent 'door na te doen belachelijk maken', volgens Van Dale. Dit veronderstelt dat degene die wordt nagespeeld al bekend is bij het publiek. De A-G interpreteert 'belachelijk maken' als daarover lachlust opwekken. Volgens het Hof van Justitie ligt de grondslag van de parodie-exceptie in de uitingsvrijheid. In een parodie hoort bestaand werk te worden nagemaakt, maar met het duidelijke verschil dat aan humor wordt gedaan. Er wordt veel ruimte overgelaten voor wat een parodie is.

Doorgaans worden alleen publieke figuren gepersifleerd. Er wordt dan gebruikgemaakt van typerende kenmerken die al bekend zijn bij het publiek, zodat er geen privacybelangen in het geding komen. Daarnaast is het nu eenmaal zo dat hoge bomen veel wind vangen. Degene die parodies openbaar maken moeten dit kunnen doen zonder de angst dat er rechtsmaatregelen tegenover staan. De grens ligt hier bij verwarring bij het publiek,

* Coördinatie rubriek Jurisprudentie. Mr. Wouter Boshuis is werkzaam bij Olffers & Boshuis Juristen.

** Fiscale jurisprudentie. Teresa van Wanrooij LLM is werkzaam bij All Arts Belastingadviseurs.

*** Fiscale jurisprudentie. Dr. Dick Molenaar is werkzaam bij All Arts Belastingadviseurs en is onderzoeker bij de vakgroep Fiscaal Recht van de Erasmus School of Law.

cregen in ruil voor het tekenen van een contract wat bedrijf B de uitzendrechten zou geven van een voetbalcompetitie. Door verder bewijs te beoordelen komt de commissie tot de conclusie dat appellant ongeveer 2,5 miljoen dollar heeft verkregen over een periode van tien jaar door middel van omkoping van bedrijf C. De verklaringen komen allemaal met elkaar overeen en maken duidelijk dat er wel degelijk sprake was van omkoping.

Al met al komt de commissie tot de conclusie dat appellant omkoopsommen ontving van in totaal 7,7 miljoen dollar vanuit de bedrijven A, B en C. Omdat hij dit heeft ontvangen voor zijn eigen gewin, is er ook sprake van de voorwaarde dat iemand voordeel moet verkrijgen door de omkoping.

Er moet hiernaast ook sprake zijn van een tegenprestatie, hiervoor wordt gekeken naar vier voorwaarden:

- i. De betaling betreft een handeling die verband houdt met de officiële taken van de ontvanger of offerande.
- ii. De handeling van de official is in strijd met zijn plichten als official of is gebaseerd op onrechtmatige motieven.
- iii. Het onrechtmatige voordeel moet worden gegeven in ruil voor het uitvoeren of het nalaten van de handeling in kwestie.
- iv. Het onrechtmatige voordeel moet worden gegeven om businesszaken te verkrijgen of te behouden, of om elk ander onrechtmatig voordeel te verschaffen.

Ten eerste, appellant ondertekende in zijn functie als president van de Braziliaanse Voetbalbond de meeste contracten met betrekking tot de bedrijven A, B en C. Dit behoort tot zijn taken als official. Aan de eerste voorwaarde is dus voldaan. Ten tweede, het is al duidelijk geworden dat appellant onrechtmatige betalingen verkreeg die in strijd waren met zijn belangen als official. Aan de tweede voorwaarde wordt dus ook voldaan. Ten derde, de tegenprestatie voor de omkoopsom was hier appellant zijn handtekening onder contracten die ervoor zorgden dat enkel bedrijven A, B en C de uitzendrechten behielden voor verschillende voetbalcompetities. Aan de derde voorwaarde wordt dus ook voldaan. Ten slotte, de bedrijven verkregen de uitzendrechten voor verschillende voetbalcompetities op onrechtmatige wijze. Aan voorwaarde vier wordt dus ook voldaan en er kan dus worden gesproken van een *quid pro quo*-situatie.

Beslissing

De commissie oordeelt dat appellant zich schuldig heeft gemaakt aan omkoping en daardoor artikel 27 van de ethiecode van FIFA heeft overtreden. Omdat het hier om enorm hoge bedragen gaat, gaat de commissie mee in het besluit van FIFA. Appellant wordt levenslang geschorst van deelname aan een voetbalactiviteit, zowel nationaal als internationaal, en dient een boete te betalen van één miljoen Zwitserse franken.

FISCALE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad 16 juli 2021

ECLI:NL:HR:2021:1156

Btw/OB en bemiddeling van sporters naar buitenland

Samenvatting

Belanghebbende verricht bemiddelingsdiensten voor volleybalsters, waarmee arbeidsovereenkomsten tussen de speelsters en buitenlandse volleybalclubs tot stand komen. Hiermee handelt belanghebbende op naam en voor rekening van die speelsters. In geschil is of over de vergoedingen voor deze bemiddelingsdiensten Nederlandse OB in rekening moet worden gebracht, dus of de plaats van dienst in Nederland is gelegen.

Hof Arnhem-Leeuwarden heeft deze vraag voor het jaar 2009 ontkennend beantwoord en de Hoge Raad onderschrijft deze beslissing. Zij vinden dat de plaats van dienst is gelegen in de landen waar de volleybalsters gaan spelen, waardoor over de bemiddelingsprovisie geen Nederlandse OB verschuldigd is. Voor het jaar 2011 is het beroep niet-ontvankelijk omdat het te laat is ingediend.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2019,

ECLI:NL:GHARL:2019:3541

Het hof oordeelt dat bemiddelingsdiensten onder art. 6a lid 3 aanhef en letter c Wet OB (tekst tot 2010) vallen. Dit artikel geldt zowel wanneer bemiddeld wordt tussen ondernemers als tussen partijen waarvan een of meer niet als ondernemer optreden, want de plaats van dienst is de plaats waar de onderliggende prestaties worden verricht. Het gerechtshof heeft hiervoor aangesloten bij de plaats waar de arbeid op grond van de tot stand gebrachte arbeidsovereenkomst wordt verricht. Dat is het land waar de volleybalsters in dienst van de buitenlandse volleybalclub gaan werken. Hierdoor werden de bemiddelingsdiensten in 2009 voor de Wet OB niet in Nederland verricht en was er dus geen Nederlandse OB van toepassing.

Voor 2011 kon het gerechtshof deze bemiddelingsdiensten niet aan de nieuwe wettekst toetsen, omdat het beroep voor dat jaar vanwege termijnoverschrijding niet-ontvankelijk was.

Conclusie A-G Ettema 27 februari 2020,

ECLI:NL:PHR:2020:181

In het advies voor de Hoge Raad bespreekt A-G Ettema de fiscale gevolgen van betalingen aan intermediairs en zaakwaarnemers in de beroepssport in een breder verband. Daarbij betreft zij de uitspraak van het HvJ EU van 27 mei 2004, C-68/03, ECLI:EU:C:2004:325 (*Lipjes*), waarin beslist werd dat de regels voor de plaats van dienst van bemiddelingsdiensten zowel gelden als bemiddeld wordt voor ondernemers als voor niet-ondernemers. Behalve het jaar 2009 bespreekt zij inhoudelijk

ook het jaar 2011, ondanks de mogelijke niet-ontvankelijkheid. Onder de nieuwe regels voor de plaats van dienst voor de OB zijn deze bemiddelingsdiensten ook in het buitenland gelegen op grond van art. 6 lid 1 Wet OB (tekst vanaf 2010).

Tevens bespreekt de A-G dat de bemiddelingsprovisies niet aan de volleybalsters in rekening gebracht mogen worden, maar slechts aan de volleybalclubs. Daarvoor baseert zij zich op art. 3 lid 1 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en art. 7 lid 1 ILO-verdrag.

Hoge Raad 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1156

De Hoge Raad legt in zijn uitspraak uit hoe art. 6a lid 3 aanhef en letter c Wet OB (tekst tot 2010) moet worden geïnterpreteerd. Bemiddelingsdiensten zouden op basis van dit artikel worden verricht op de plaats waar de onderliggende prestaties worden verricht. De Hoge Raad leest het artikel in samenhang met art. 44 eerste alinea van de btw-richtlijn 2006/112/EG.

De 'onderliggende handeling' omvat handelingen onder bezwarende titel die tot stand zijn gebracht door tussenkomst van de bemiddelingspersoon. Die onderliggende handeling bestaat in dit geval niet uit het aangaan van de arbeidsovereenkomst, maar uit de werkzaamheden die de volleybalspeelster op grond van die overeenkomst bezoldigd zal verrichten.

Het maakt hierbij niet uit dat de volleybalspeelster de werkzaamheden niet in de hoedanigheid van belastingplichtige verricht en haar bezoldiging daarom niet aan OB is onderworpen. Wanneer bemiddeld wordt bij het tot stand brengen van een niet-belastbare handeling, is de plaats van de bemiddelingsdienst de plaats waar de handeling voor heffing van omzetbelasting zou plaatsvinden als deze wel aan de OB was onderworpen.

Bij de uitspraak heeft de Hoge Raad in het midden kunnen laten wie de afnemer is van de bemiddelingsdiensten (de volleybalclub of de volleybalspeelster). Het gaat namelijk om sportieve activiteiten als bedoeld in art. 6 lid 2 letter c Wet OB (tekst tot 2010) en die worden verricht op de plaats waar de activiteiten feitelijk plaatsvinden. Hier ligt feitelijk het zwaartepunt van de sportieve activiteiten buiten Nederland. De plaats van de onderliggende prestatie is dan ook in het buitenland. Ook de bemiddelingsdiensten zijn dan niet in Nederland verricht.

De Hoge Raad bevestigt verder de niet-ontvankelijkheid van het beroep tegen de naheffingsaanslag OB 2011, vanwege termijnoverschrijding.

Commentaar

Wet OB t/m 2009

In art. 6 e.v. Wet OB staat op welke plaats diensten worden geacht te worden verricht. Vóór 1 januari 2010 was de hoofdregel dat dit het land was waar de dienstverrichter van de dienst was gevestigd. Het maakte dan niet uit of de dienst werd verricht aan een andere ondernemer

of aan een niet-ondernemer. Maar er waren ook enkele uitzonderingen, namelijk voor bemiddelingsdiensten en voor sportactiviteiten:

- Sportactiviteiten worden geacht te worden verricht op de plaats van de feitelijke werkzaamheden (art. 6 lid 2 letter c Wet OB (tekst tot 2010).
- Bemiddelingsdiensten volgen de plaats van de bemiddelde dienst (art. 6a lid 3 aanhef en letter c Wet OB).

De Hoge Raad en het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zijn duidelijk dat hiermee de plaats van dienst van bemiddelingsdiensten voor volleybalsters die voor buitenlandse clubs gaan spelen in het buitenland ligt. Hierdoor vallen de bemiddelingsprovisies niet onder de Nederlandse OB. Het maakt op grond van de uitspraak *Lipjes* van het HvJ EU daarvoor niet uit of er voor een ondernemer of niet-ondernemer bemiddeld wordt, dus geldt dit ook voor volleybalsters die als werknemers geen ondernemer voor de OB zijn.

Nieuwe regels in Wet OB vanaf 2010

Wel jammer dat het beroep tegen de naheffingsaanslag OB 2011 te laat was ingediend en dus niet-ontvankelijk was. Vanaf 2010 gelden nieuwe regels voor de plaats van dienst in art. 6 e.v. Wet OB. Niet langer is de hoofdregel dat de vestigingsplaats van de leverancier leidend is, maar die van de afnemer, mits dat een ondernemer is. De factuur voor de bemiddelingsprovisie wordt naar de buitenlandse volleybalclub gestuurd en dat zal normaliter een OB-ondernemer zijn. Als die binnen de EU gevestigd is en over een OB-identificatienummer beschikt, is er sprake van een intracommunautaire prestatie, mag de OB verlegd worden en hoeft geen Nederlandse OB gerekend te worden. Wanneer het gaat om een club buiten de EU hoeft er sowieso al geen OB gerekend te worden.

Er zijn ook nog steeds uitzonderingen in art. 6a t/m 6j Wet OB, zoals voor bemiddelingsdiensten en sportieve activiteiten, maar die worden pas van belang als niet aan een OB-ondernemer gefactureerd wordt. Dan wordt de uitkomst vergelijkbaar met die van vóór 2010.

Uitsluitend bemiddeling, niet meeromvattende zaakwaarneming

Belangrijk is dat Hoge Raad, A-G en gerechtshof hier oordeelden dat het uitsluitend om bemiddeling ging. In de zaak Hoge Raad 6 september 2002, *BNB 2002/439* was de conclusie dat een zaakwaarnemer in het voetbal veel meer deed dan bemiddeling, waardoor een nieuwe prestatie ontstond, die wel onder de oude hoofdregel van art. 6 Wet OB (tekst tot 2010) viel. Daarmee moest die zaakwaarnemer toen wel Nederlandse OB over zijn provisie aan buitenlandse clubs berekenen. Voor die clubs was het vervolgens moeilijk om die OB terug te krijgen, want daarvoor moesten zij een aparte aanvraag in Nederland doen. Dat zorgde voor strijdigheid met de neutraliteitsgedachte achter de omzetbelasting, namelijk

Jurisprudentie

dat de OB niet op ondernemers mag drukken, maar uiteindelijk door de consumenten gedragen moet worden.

Met het nieuwe art. 6 lid 1 Wet OB (tekst vanaf 2010) is dit obstakel weggenomen, want dan kan ook voor de bredere zaakwaarneming, met veel meer dan alleen bemiddeling, de OB worden verlegd naar de afnemer in het buitenland. Voor EU-afnemers geldt dan wel de voorwaarde dat zij ondernemer zijn met een OB-identificatienummer.