



## De evakbond: over het belang van collectieven in esports

*Esports krijgen in Nederland en de rest van de wereld een steeds prominere rol in de maatschappij. Er zijn binnen de esportsindustrie echter veel (juridische) uitdagingen. Aan deze juridische problemen wordt niet altijd de aandacht geschonken die het verdient. Denk bijvoorbeeld aan de bescherming van minderjarigen in de esportssector tegen allerlei vormen van misbruik. Wat wel wordt gesignaleerd is dat er binnen de sector meer behoefte is aan regulering. In dit artikel pleit ik ervoor die regulering vorm te geven door op grotere schaal gebruik te gaan maken van vakbonden en collectieve (arbeids)overeenkomsten.*

### Inleiding

In het seizoen 2017/2018 is de eredivisie begonnen met de eDivisie. Dit is een competitie waarbij aan professionele voetbalclubs gelieerde esportsers virtueel de eredivisie spelen met het spel FIFA. Hoewel de introductie van de eDivisie als doorbraak voor de Nederlandse esports-industrie mag gelden (als zijnde een 'mainstream' discipline), moet worden geconcludeerd dat er binnen de esportsindustrie veel grotere spellen zijn. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de Multiplayer Online Battle Arena-spellen zoals *League of Legends* en *Dota 2*, maar ook kan worden gedacht aan het immens populaire spel *Fortnite*.

De meningen over esports en hoe dit fenomeen moet worden gekwalificeerd blijven, ondanks dat de industrie steeds populairder wordt, verdeeld. Er zijn mensen die bij het horen van esports nog steeds denken aan een jongen die op een donkere zolderkamer met chips en bier een computerspelletje aan het spelen is. Het argument 'if it can be done while drinking and smoking, then it's not a sport' wordt door die groep nog steeds gebruikt.<sup>1</sup> Degenen die dit argument voeren, geven mijns inziens blijk over onvoldoende kennis van de esportsindustrie te beschikken. Om goed te presteren in esports is fit zijn erg belangrijk. Zonder de benodigde focus en het benodigde uithoudingsvermogen kan er immers niet gewonnen worden. Bovendien blijkt uit Duits wetenschap-

pelijk onderzoek dat de fysieke belasting van esportsers vergeleken kan worden met de fysieke belasting van atleten in meer traditionele sporten.<sup>2</sup> Men zal het snel met mij eens zijn dat het enkel vaststellen dat er bij het beoefenen van esports een flinke fysieke inspanning moet worden geleverd, onvoldoende is om esports te kwalificeren als sport. Het is echter wel belangrijk om te beoordelen of esports als zodanig kwalificeren, omdat die kwalificatie verschillende juridische deuren opent.<sup>3</sup>

Er zal dus ook aan andere voorwaarden moeten worden voldaan alvorens esports kunnen kwalificeren als sport. In de *English Bridge Union*-zaak<sup>4</sup> is het Hof van Justitie van de Europese Unie niet bijzonder uitgebreid ingegaan op die andere voorwaarden. De advocaat-generaal heeft daarentegen een bijzonder uitgebreid en goed onderbouwd betoog geschreven over wanneer een activiteit als sport kan kwalificeren. De advocaat-generaal concludeert:<sup>5</sup>

'In dit verband lijkt het erop dat de meeste activiteiten die gewoonlijk als sport worden aangeduid, gemeen hebben 1) dat zij een zekere inspanning vereisen om een uitdaging het hoofd te bieden of een obstakel te overwinnen (en dus geen louter recreatief karakter hebben), ongeacht of die uitdaging in een wedstrijd met een tegenstander of in het overwinnen van individuele fysieke of

\* Mr. Nick Poggenklaas is advocaat arbeidsrecht en sportrecht bij Van Diepen Van der Kroef Advocaten te Alkmaar en lid van de Esports Bar Association.

1. D. Segaar, 'eSports en governance', in: M. Olfers (red.), *Sport en Recht* (serie Sport en Recht, deel 23), Nieuwegein: Arko Sports Media 2019.

2. K. Rudolf e.a., 'Stress im eSports – Ein Einblick in Training und Wettkampf', esports-conferentie *Professionalisierung einer Subkultur?*, Bayreuth 17 september 2016.

3. D. Segaar, 'eSports en governance', in: M. Olfers (red.), *Sport en Recht* (serie Sport en Recht, deel 23), Nieuwegein: Arko Sports Media 2019.

4. HvJ EU 26 oktober 2017, C-90/16, ECLI:EU:C:2017:814 (*English Bridge Union*).

5. Concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2017:464, bij HvJ EU 26 oktober 2017, C-90/16, ECLI:EU:C:2017:814 (*English Bridge Union*).

mentale grenzen bestaat; 2) dat, door deze uitdagingen het hoofd te bieden of door deze obstakels te overwinnen, i) een bepaalde lichamelijke of geestelijke vaardigheid wordt getraind, wat ii) ten goede komt aan het lichamelijke en geestelijke welzijn van degenen die de sport beoefenen; 3) dat dergelijke activiteiten gewoonlijk niet uitsluitend in een zuiver commerciële context worden uitgeoefend. Ten slotte vormt 4) de perceptie van het (lokale) publiek of internationale erkenning een aanwijzing voor het feit dat er sprake is van een "sport".<sup>7</sup>

Zelfs met een dergelijk uitgebreide en brede omschrijving van de vereisten waar een 'sport' aan zou moeten voldoen, blijft het haast onmogelijk om te concluderen of esports nu wel of niet aan die vereisten voldoen. Mogelijk verschilt dit ook per game en worden er nu sporten aangeduid als esports die dat eigenlijk niet zijn. In de literatuur wordt in ieder geval aangenomen dat esports onvoldoende goed zijn gestructureerd om te kwalificeren als sport. Er ontbreekt namelijk een duidelijke governancestructuur welke is voorzien van de nodige *checks and balances*. Er is in de esportsindustrie niet of nauwelijks een verenigingsstructuur te vinden, noch is er een duidelijke franchisestructuur (naar Amerikaans model van topsport). Hierdoor zou de commerciële invloed op de sector te groot zijn om te kunnen spreken over een sport. Er wordt in de literatuur in dat kader ook gewezen op de enorme macht van de ontwikkelaars van de spellen. Deze commerciële organisaties beschikken namelijk over alle intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot een spel. Zij kunnen daardoor op ieder gewenst moment voorwaarden stellen aan wie hun spel mag spelen en hoe dat moet worden gespeeld. Hierdoor zijn esports zowel ten aanzien van de 'rules of the game' als ten aanzien van de organisatie van competities (in potentie) onberekenbaar.<sup>6</sup>

### Grote uitdagingen

Wat daar ook van mag zijn, het kan niet ontkend worden dat de esportsindustrie veel gelijkenissen vertoont met de meer reguliere sportindustrieën. Het zal dan ook niet verbazen dat men in de esportsindustrie tegen veel dezelfde soort uitdagingen aanloopt. Naar mijn oordeel is een van de belangrijkste uitdagingen voor de esportssector het verkrijgen van een betere governancestructuur. Dit zal het eerlijk verloop van competities ten goede komen. Daarnaast verdient de bescherming van minderjarigen veel meer aandacht.<sup>7</sup> Want hoewel (e)sport voor de meesten als iets positiefs wordt ervaren, komt misbruik van kinderen binnen de esportssector (net als bij traditionele sporten) veel voor.

Wanneer we het hebben over misbruik van kinderen, zal op de eerste plaats worden gedacht aan seksueel misbruik. Dit kan uiteraard zowel in fysieke als in andere vormen plaatsvinden. Daarbij is het van belang om te realiseren dat esports grotendeels via het internet beoefend worden. Dit brengt extra risico's met zich mee. Kinderen worden immers via het internet relatief snel blootgesteld aan seksueel getinte websites en foto's. Daar houdt het echter niet bij op, want het internet biedt ook een grote mate van anonimiteit. Hierdoor kunnen kwaadwillende volwassenen relatief eenvoudig en zonder risico in contact komen met kinderen. Minderjarigen zullen echter tegen veel meer vormen van ongewenst gedrag beschermd moeten worden. Naast seksueel misbruik kunnen kinderen namelijk worden blootgesteld aan allerlei andere vormen van fysiek misbruik (zoals doping), emotioneel misbruik, verwaarlozing en kunnen zij slachtoffer worden van (cyber)pesten.<sup>8</sup> Vanwege de enorme groei die esports doormaakt (zowel qua commerciële belangen in de topsport als op *grassroot* niveau), zal dit soort ongewenst gedrag steeds vaker voor gaan komen. Voor zowel minderjarigen – zij zijn overigens het overgrote deel van de bij esports betrokken personen – als voor de stabiliteit van de industrie is het daarom belangrijk dat er een manier komt om dit soort ongewenst gedrag aan te pakken.<sup>9</sup> Dat kan bijvoorbeeld door in te zetten op meer en betere voorlichting. Een andere optie zou zijn om specifieke regels op te stellen welke bindend worden voor de hele (althans een zo groot mogelijk deel van de) sector.

Als laatste vorm van misbruik in esports wil ik nog stilstaan bij het 'financiële misbruik' waar veel esporters slachtoffer van worden. Zoals al eerder door mij betoogd is, zijn er op het gebied van het maken van eerlijke afspraken met esporters nog veel stappen te zetten. Uit de praktijk blijkt dat de contracten tussen esportsorganisaties (zowel teams als ontwikkelaars) en esporters vaak zeer eenzijdig zijn. De belangen van spelers sneeuwen (totdat zij tot de absolute wereldtop behoren) vaak volledig onder.<sup>10</sup> Dit is een kwalijke zaak. Naar mijn idee zal een overeenkomst voldoende evenwichtig moeten zijn, zodat beide partijen van de gemaakte afspraken kunnen profiteren. Het langdurig gebruiken van oneerlijke contracten zal er immers uiteindelijk toe kunnen leiden dat goede atleten noodgedwongen moeten stoppen met het competitief spelen van videogames en dat zal uiteindelijk niemand in de industrie ten goede komen.<sup>11</sup> Voorgaande betekent onder andere dat ik van oordeel ben dat atleten voldoende (geldelijke) compensatie moeten krijgen voor hun inspanningen.

6. D. Segaar, 'eSports en governance', in: M. Olfers (red.), *Sport en Recht* (serie Sport en Recht, deel 23), Nieuwegein: Arko Sports Media 2019.

7. R. Busch, 'Protecting Children and Young People in Esports', *esportsobserver.com*, 21 augustus 2017.

8. B. Carlsson & K. Fransson, 'Youth Sports, Official Sports Policy, and Children's Rights in Society', *idrottsforum.org* 30 november 2005.

9. R. Busch, 'Protecting Children and Young People in Esports', *esportsobserver.com*, 21 augustus 2017.

10. N. Poggenklaas, 'Overeenkomsten in de eSports-industrie', in: M. Olfers (red.), *Sport en Recht* (serie Sport en Recht, deel 23), Nieuwegein: Arko Sports Media 2019.

11. P. Lewin, 'Why Every Esports Player Needs a Contract', *esportsobserver.com* 21 november 2016.

Er is overigens wel een goede verklaring waarom er in de esportsindustrie zo veel gebruik wordt gemaakt van ongebalanceerde contracten. Esporters breken namelijk op zeer jonge leeftijd door op professioneel niveau en zullen ook vroeg stoppen (vanaf het 24ste levensjaar nemen reflexen af waardoor veel langer meedoen op het hoogste niveau haast onmogelijk wordt). Vanwege hun jeugdigheid hebben veel esporters nog niet of onvoldoende onderhandelingsvaardigheden om tot eerlijkere afspraken te komen.<sup>12</sup>

### Geen esportsbond...

Gelet op al het voorgaande zal men al snel tot de conclusie komen dat de esportsindustrie behoefte heeft aan meer en betere vormen van regulering. Dit is voor allerlei partijen in de sector van belang. Zo zijn teams gebaat bij meer zekerheid over een competitieverloop en zullen (minderjarige) spelers gebaat zijn bij een hogere mate van bescherming tegen allerlei vormen van misbruik. De ontwikkelaars van de videogames zullen op hun beurt weer profiteren van een stabielere esportsindustrie, waardoor hun spel op termijn (als esports) voor het grote publiek meer waarde zal krijgen. Dat zal weer leiden tot meer spelers en dus een hogere winst.

Deze conclusie brengt vervolgens de vraag met zich mee op welke wijze die regulering vorm moet krijgen. Zelf zie ik op dit moment niet bijzonder veel in een verenigingsrechtelijke piramidestructuur. Ik vermoed namelijk dat de ontwikkelaars van de videogames niet snel vrijwillig hun macht zullen opgeven (zij zullen daarvoor rechten van intellectueel eigendom moeten prijsgeven), maar dit zou wel noodzakelijk zijn om een esportsbond vorm te laten krijgen. Bovendien zal er per esport (dus per computergame) een eigen structuur moeten worden opgezet. Het opzetten van één bond is naar mijn idee in ieder geval niet wenselijk. Dat zou hetzelfde zijn als voor alle verschillende 'klassieke sporten' één piramide op te zetten, maar dat valt eigenlijk niet voor te stellen.<sup>13</sup> Omdat er per game een eigen bondstructuur opgezet zou moeten worden, is het veilig om aan te nemen dat er telkens veel tijd, energie en kosten gemoeid zullen zijn met het optimaliseren van de verschillende piramides. Het zal ook telkens een redelijk risicovolle onderneming zijn. Zodra een bondstructuur is opgezet, kan er door een ontwikkelaar zomaar worden besloten het spel niet meer te ondersteunen of het spel verliest de interesse van het grote publiek waardoor het spel als esport niet meer interessant is.

### ... wel collectieve (arbeids)overeenkomsten

Naar mijn idee ligt het meer voor de hand om esports beter te gaan reguleren via een arbeidsrechtelijke route, namelijk via vakbonden en collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's). Wanneer er in de esportsindustrie (ook in het buitenland) op grote schaal gebruikgemaakt zal worden van deze route, kan dat veel voordelen met zich meebrengen. Dat blijkt onder andere uit de Europese en Noord-Amerikaanse praktijk. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de recentelijk afgesloten Spaanse cao voor vrouwenvoetbal, waarmee vrouwelijke voetballers een veel sterkere positie hebben gekregen. Ook in de Verenigde Staten wordt er veel gebruikgemaakt van collectieve overeenkomsten. In dat deel van de wereld, waar collectieve arbeidsovereenkomsten in de sport van een nog grotere betekenis zijn, is het al lange tijd rustig op arbeidsrechtelijk gebied als gevolg van goede cao's. Dat is ook niet onlogisch. De gemaakte afspraken zijn immers gebaseerd op wilsovereenstemming tussen twee min of meer gelijkwaardige partijen.<sup>14</sup>

Een ander voordeel dat cao's kunnen bieden is dat een branche kan inzetten op zelfregulering. Daarmee kan er sneller worden ingespeeld op ontwikkelingen in de industrie dan wanneer er bijvoorbeeld wetgeving aan te pas moet komen om op een bepaalde ontwikkeling te reageren.<sup>15</sup> Het is mede daarom ook wel belangrijk dat er per spel (en per land) een cao komt die aansluit op die specifieke markt of competitie.<sup>16</sup> Ook kan een cao bijdragen aan een kostenbesparing voor werkgevers.<sup>17</sup> Die kostenbesparing zou binnen de esportsindustrie gerealiseerd kunnen worden door afspraken te maken over maximale vergoedingen die aan spelers worden betaald (een zogenaemde *salary cap*). De vraag is natuurlijk of professionele esporters dit zien zitten. Zeker de beste spelers uit de markt lopen dan immers het risico aanzienlijk minder te gaan verdienen.<sup>18</sup> Hier komt overigens wel een voor de esportsindustrie belangrijk detail naar boven. Er is namelijk een tendens zichtbaar dat de absolute topteam veel meer salaris betalen aan spelers dan dat er aan inkomsten bij de organisatie binnenkomt. Bovendien zijn de meeste inkomsten van esportsteams afkomstig van sponsors. Dat is uiteraard niet de meest stabiele inkomstenbron. Het zal dan ook niet verbazen dat veel teams grote verliezen draaien.<sup>19</sup> Hoewel voor de bestverdienende spelers de introductie van collectieve arbeidsovereenkomsten dus een negatief effect kan hebben, zal voor esports als industrie en voor de gemiddelde esporter een cao wel uitkomst kunnen bieden. Daar ligt mijns inziens ook direct de kracht van een cao. Er kunnen namelijk ook minimumnormen worden afgespro-

12. R.C. Branco Martins, 'Esports: noodzaak tot een betere regulering', in: S. Jellinghaus & G. Hahn (red.), *Capita sportrecht*, Oud-Turnhout/'s-Hertogenbosch: Gompel&Svacina 2018.

13. H. Peskin, 'Unionization in Esports', *Esports Bar Association Journal* 2019, afl. 1.

14. M. Conrad, 'A new labor model – The time has come for Collective Bargaining in International Sport', *The International Sports Law Journal* 2020 (te verschijnen).

15. N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

16. H. Peskin, 'Unionization in Esports', *Esports Bar Association Journal* 2019, afl. 1.

17. N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

18. M. Conrad, 'A new labor model – The time has come for Collective Bargaining in International Sport', *The International Sports Law Journal* 2020 (te verschijnen).

19. H. Peskin, 'Unionization in Esports', *Esports Bar Association Journal* 2019, afl. 1.

ken, waardoor een heel grote groep professionele (minderjarige) esporters bij de kleinere teams van hun wurgcontracten zullen worden verlost en allerlei andere vormen van misbruik (zoals overtraining of uitsluiting) voorkomen kunnen worden.

Een ander effect dat collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen hebben op de industrie, is dat er minder concurrentie komt tussen organisaties op het gebied van arbeidsvoorwaarden. Doorgaans wordt dat als een positief effect omschreven,<sup>20</sup> maar binnen de sport en in de esports heeft die verminderde concurrentie verdergaande gevolgen. Het zal voor teams lastiger worden om de beste spelers aan te trekken, omdat de onderhandelingsruimte wordt beperkt. De huidige topteams zullen dit als een nadeel ervaren. Bovendien kan het voor nieuwere teams lastig zijn om spelers direct te betalen conform de afgesproken minimumeisen, waardoor het toetreden tot de markt lastig kan zijn. Er zitten echter ook voordelen aan het beperken van de concurrentie op arbeidsvoorwaardelijk gebied. Zo ligt het voor de hand dat teams binnen een competitie van een gelijkwaardiger niveau zullen worden, waardoor een competitie onvoorspelbaarder en dus spannender wordt. Voor fans – en daarmee voor sponsors – is dat natuurlijk een positieve ontwikkeling.<sup>21</sup>

In de esportsindustrie is er nog een belangrijk detail dat maakt dat het vormen van collectieven noodzakelijk wordt. Zoals al eerder is aangegeven hebben de ontwikkelaars van games een enorme hoeveelheid macht ten opzichte van teams en spelers als gevolg van hun intellectuele eigendomsrechten. Door gezamenlijk op te trekken kan er ook een front worden gevormd tegen de status quo die door een ontwikkelaar in stand wordt gelaten. Wanneer één speler tegen die status quo opkomt, zal een ontwikkelaar die speler vrij eenvoudig kunnen negeren.<sup>22</sup> Een voorbeeld daarvan is dat professionele FIFA-speler Kurt Fenech (ook bekend als Kurt0411) door gameontwikkelaar EA is uitgesloten van het spelen van alle spellen van EA, omdat hij zich dreigend zou hebben geuit jegens medewerkers van EA. De speler zelf ontkent in alle toonaarden en geeft een heel andere weergave van de feiten. Aan de uitsluiting komt echter geen enkel onafhankelijk oordeel te pas. Zodra er dus een discussie ontstaat, heeft de ontwikkelaar thans (vaak) het laatste woord.<sup>23</sup> Wanneer een grotere groep spelers in georganiseerd verband tegen die status quo opkomt, zal dat voor een ontwikkelaar steeds lastiger worden.<sup>24</sup> Er kan dus worden gewerkt aan ethische normen die binnen de sector behoren te gelden.<sup>25</sup> Die sector kent in esports natuurlijk een sterk internationaal karakter. Vanwege de verschillende rechtssystemen zal het een uitdaging blij-

ken om overal ter wereld dezelfde normen te introduceren, maar verschillen tussen verschillende competities zijn niet per definitie slecht. Bovendien verwacht ik dat de normen – zeker op het gebied van doping – uiteindelijk wel naar elkaar toe zullen trekken, omdat anders de ene competitie voor spelers en fans veel attractiever wordt dan de andere. Hoewel spelers dus niet rechtstreeks op de loonlijst staan bij de game-ontwikkelaars, kan een vakbond (welke nodig is voor het afsluiten van een cao) ook in dit verband een belangrijke rol spelen.

Tot slot wil ik wijzen op nog een voordeel welke in ieder geval relevant is voor de Nederlandse esportsindustrie. De Nederlandse arbeidswetgeving bevat immers diverse driekwart-dwingende bepalingen waarbij slechts per cao van kan worden afgeweken. Zo kan er bijvoorbeeld enkel per cao worden afgeweken van de ketenregeling, waardoor er meer ruimte ontstaat om te werken met contracten voor bepaalde tijd. Door gebruik te kunnen maken van die extra ruimte, kan er beter worden aangesloten bij de in de (e)sport gevoelde realiteit en bij (snel gaande) ontwikkelingen in de sector.

### Conclusie

Al met al ben ik, gelet op al het voorgaande, van oordeel dat het binnen de esportsindustrie op grotere schaal gebruikmaken van vakbonden en van collectieve arbeidsovereenkomsten een positieve ontwikkeling zou zijn. Uiteraard brengen cao's ook diverse negatieve aspecten met zich mee, maar die wegen niet op tegen de voordelen. De genoemde voordelen hebben namelijk invloed op de industrie als geheel en een goede ontwikkeling daarvan, terwijl de nadelen van de invoering van cao's vooral gevoeld zullen worden door slechts een handjevol spelers en enkele topteams. Daarbij geldt uiteraard dat de precieze gevolgen van collectieve arbeidsovereenkomsten in esports zich slechts laten raden, omdat dit onder andere afhankelijk zal zijn van de inhoud van de te maken afspraken. Bovendien moet er rekening worden gehouden met het sterk internationale karakter van esports, waardoor de sector onoverkomelijk met verschillende normen zal worden geconfronteerd. Dat is echter in de reguliere sportsectoren niet anders.

20. N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

21. M. Conrad, 'A new labor model – The time has come for Collective Bargaining in International Sport', *The International Sports Law Journal* 2020 (te verschijnen).

22. B.C. Blum & S.D. Fisher, 'Collective Bargaining: League of Legends Article Series', *foster.com* maart/april 2014.

23. Professioneel FIFA-speler mag na bedreigingen geen EA-games meer spelen, *nu.nl*, 25 februari 2020.

24. B.C. Blum & S.D. Fisher, 'Collective Bargaining: League of Legends Article Series', *foster.com* maart/april 2014.

25. M. Conrad, 'A new labor model – The time has come for Collective Bargaining in International Sport', *The International Sports Law Journal* 2020 (te verschijnen).