

## De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA

Handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent

Mr. H.M. Cornelissen

**E**ind 2006 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) het CEPSA-arrest gewezen. In navolging van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: het GvEA), heeft het HvJ EG zich daarin voor het eerst uitgelaten over de beoordeling van agentuurovereenkomsten onder het mededingingsrecht sinds de bekendmaking door de Commissie van haar Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (hierna: de Richtsnoeren). De belangrijkste aspecten, te weten het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke agentuurovereenkomsten en de toelaatbaarheid van het opnemen van bepaalde concurrentiebeperkingen in een eigenlijke agentuurovereenkomst, worden hierna aan de hand van de bespreking van het arrest in kaart gebracht.

*HvJ EG, 14 december 2006, zaak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio t. Compañía Española de Petróleos SA, Jur. 2006, p. I-11987*

### Inleiding

Verordening (EEG) nr. 1984/83,<sup>1</sup> de groepsvrijstellingsverordening voor exclusieve afnameovereenkomsten, bevatte een aparte titel met speciale voorschriften voor zogenaamde 'tankstationcontracten'.<sup>2</sup>

De in artikel 10 van deze verordening opgenomen vrijstelling voor tankstationcontracten was tot en met 31 mei 2000 van kracht.<sup>3</sup> Verordening 1984/83 werd net als Verordening (EEG) nr. 1983/83<sup>4</sup> en Verordening (EEG) nr. 4087/88<sup>5</sup> per 1 juni 2000 vervangen door de huidige algemene groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten, Verordening 2790/1999. Deze laatste bevat geen specifieke regels voor tankstationcontracten. Op reeds bestaande tankstationcontracten die op voornoemde datum voldeden aan de in Verordening 1984/83 opgenomen voorwaarden voor vrijstelling, maar niet aan de vrijstellingsvoorwaarden van Verordening 2790/1999, was het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag echter nog anderhalf jaar niet van toepassing.<sup>6</sup>

Sinds 1 januari 2002 behoort de *status aparte* voor tankstationcontracten dan ook pas daadwerkelijk tot het verleden. Desondanks blijft de toepassing en de inhoud van dit soort contracten en de uitleg

<sup>1</sup> Verordening (EEG) Nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten, *Pb. EG* L 173 van 30 juni 1983, p. 5, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) Nr. 1582/97, *Pb. EG* L 214 van 6 augustus 1997, p. 27 (hierna: Verordening 1984/83), Titel III, Speciale voorschriften betreffende tankstationcontracten.

<sup>2</sup> Tankstationcontracten worden in artikel 10 van Verordening 1984/83 omschreven als 'overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen partij zijn en waarbij de ene contractpartij, de wederverkoper, zich als tegenprestatie voor de toekenning van bijzondere economische of financiële voordelen jegens de andere contractpartij, de leverancier, verbindt, bepaalde, uit aardolie verkregen brandstoffen voor motorvoertuigen of bepaalde brandstoffen voor motorvoertuigen en bepaalde andere brandstoffen, die in de overeenkomst zijn genoemd, met het oog op de wederverkoop in een door de overeenkomst aangeduid tankstation slechts bij de leverancier, bij een met hem verbonden onderneming of bij een andere onderneming te betrekken, waaraan hij de verdeling van zijn producten heeft toevertrouwd'.

<sup>3</sup> Artikel 12(1) van Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. EG* L 336 van 29 december 1999, p. 21 (hierna: Verordening 2790/1999).

<sup>4</sup> Verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten, *Pb. EG* L 173 van 30 juni 1983, p. 1 (hierna: Verordening 1983/83).

<sup>5</sup> Verordening (EEG) Nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten, *Pb. EG* L 359 van 28 december 1988, p. 46 (hierna: Verordening 4087/88).

<sup>6</sup> Artikel 12(2) van Verordening 2790/1999.

van Verordening 1984/83 de gemoederen nog steeds bezighouden.<sup>7</sup>

Zo ook in de CEPSA-zaak.<sup>8</sup> Naar aanleiding van de gestelde prejudiciële vraag over de uitleg van Verordening 1984/83 kwam daarin echter een ander onderwerp centraal te staan: de handelsagent onder het mededingingsrecht.

Het betrof de eerste keer sinds de Commissie in 2000 haar Richtsnoeren<sup>9</sup> bekendmaakte, dat het HvJ EG zich over voornoemd onderwerp diende uit te laten. De Richtsnoeren bevatten een apart hoofdstuk waarin het huidige beleid van de Commissie is opgenomen met betrekking tot de beoordeling van agentuurovereenkomsten onder het mededingingsrecht.<sup>10</sup> Dit beleid is strikt en wijkt op bepaalde punten af van eerder Commissiebeleid terzake.<sup>11</sup>

De Commissie is van oordeel dat uitsluitend een zogenoemde *eigenlijke* agentuurovereenkomst – al dan niet gedeeltelijk – aan de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag kan ontsnappen. Als *eigenlijke* agentuurovereenkomst wordt beschouwd een overeenkomst waarbij de agent geen of slechts minieme financiële of commerciële risico's draagt die direct verband houden met contracten waarover hij onderhandelt of die hij sluit voor rekening van zijn principaal.<sup>12</sup>

Deze zogenoemde *risico-toets* om te bepalen of een agentuurovereenkomst aan de toepassing van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag kan ontsnappen, werd door de Commissie (zeer) strikt uitgevoerd in de

Daimler/Chrysler-zaak. Volgens het GvEA te strikt.<sup>13</sup> Hoewel ook volgens de Commissie naar de economische realiteit dient te worden gekeken,<sup>14</sup> oordeelde het GvEA met zoveel woorden dat een meer economische benadering diende te worden toegepast. Deze benadering leek mogelijkheden te bieden om de agent wat meer c.q. iets verdergaande risico's te laten dragen zonder dat de overeenkomst daarmee direct als oneigenlijke agentuurovereenkomst diende te worden gekwalificeerd en onder het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag viel.<sup>15</sup>

Reikhalzend werd daarom uitgekeken naar de eerstvolgende zaak waarin het HvJ EG ofwel de beoordelingswijze van het GvEA zou kunnen bevestigen dan wel het strikte beleid van de Commissie zou kunnen onderschrijven. De vraag luidt of het HvJ EG deze mogelijkheid in de CEPSA-zaak werd geboden en zo ja, hoe strikt agentuurovereenkomsten volgens het HvJ EG thans dienen te worden beoordeeld onder het mededingingsrecht.

## Feiten

De Spaanse oliemaatschappij Compañía Española de Petróleos SA (hierna: CEPSA) sloot contracten met bepaalde ondernemingen die een tankstation exploiteerden (hierna: tankstationhouders) die de volgende kenmerken bevatten:

- 1 de tankstationhouder diende uitsluitend brandstoffen van CEPSA te verkopen tegen de wederverkooprijzen en volgens de voorwaarden en verkoop- en exploitatietechnieken die door CEPSA waren vastgesteld;
- 2 de tankstationhouder droeg het risico van de producten vanaf het tijdstip waarop hij deze van CEPSA in de voorraad tanks van het tankstation ontving;
- 3 vanaf het tijdstip waarop de tankstationhouder de producten ontving, was hij verplicht die producten te bewaren onder de omstandigheden die noodzakelijk zijn om verlies of bederf daarvan te voorkomen, en diende hij in voorkomend geval zowel jegens CEPSA als tegenover derden in te staan voor verlies, verontreiniging of vermenging van deze producten en voor de schade die daardoor kon ontstaan;
- 4 de tankstationhouder moest CEPSA het voor de brandstoffen verschuldigde bedrag betalen binnen negen dagen na de aflevering daarvan in het tankstation.

De Spaanse federatie van tankstationhouders, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (hierna: de confederatie) diende bij de Spaanse mededingingsautoriteit een klacht in tegen deze tankstationcontracten (CEPSA-contracten). De klacht van de confederatie werd echter *ad acta* gelegd. De CEPSA-contracten zouden niet in strijd zijn met de Spaanse wetsbepaling die nagenoeg gelijklopend is aan het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag,<sup>16</sup> omdat die bepaling volgens de Spaanse mededingingsautoriteit niet van toepassing was op onder meer overeenkomsten met handelsagenten. In de daaropvolgende beroepen hield voornoemd oordeel stand. Daarop werd de zaak aan de hoogste Spaanse rechter, het Tribunal Supremo, voorgelegd. Het Tribunal Supremo stelde het HvJ EG de volgende prejudiciële vraag:

*'Dienen de artikelen 10 tot en met 13 van Verordening 1984/83 aldus te worden uitgelegd dat ook de hiervoor omschreven CEPSA-contracten, die formeel commissieovereenkomsten of agentuurovereenkomsten werden genoemd, binnen de werkingssfeer van deze verordening vallen?'*

<sup>7</sup> Zie o.a. Beschikking van de Commissie van 12 april 2006 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag, zaak COMP/B-1/38.348 – Repsol CPP. Tegen deze beschikking is op 6 oktober 2006 beroep ingesteld door Estaser El Mareny S.L. (zaak T-274/06), *Pb EG C 294* van 2 december 2006, p. 58. Op dit beroep heeft het GvEA nog niet beslist. Zie tevens het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Audiencia Provincial de Barcelona (Spanje) op 31 mei 2007 – Pedro IV Servicios, S.L. t. Total España SA, Zaak C-260/07, *Pb EG C 183* van 4 augustus 2007, p. 23.

<sup>8</sup> HvJ EG, 14 december 2006, zaak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio t. Compañía Española de Petróleos SA, Jur. 2006, p. I-11987 (hierna: het CEPSA-arrest).

<sup>9</sup> Bekendmaking van de Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb EG C 291* van 13 oktober 2000, p. 1.

<sup>10</sup> Hoofdstuk 2, paragrafen 12-20 van de Richtsnoeren.

<sup>11</sup> Zie hierover o.a. mr. M.A. de Jong, *Agentuurovereenkomsten: een nieuwe beoordeling door de Commissie, Markt & Mededinging* 2001, nr. 5, p. 182-189 en de annotatie bij het CEPSA-arrest van mr. M.A. de Jong in *M&M* 2007, nr. 3, p. 92-93.

<sup>12</sup> Par. 15 van de Richtsnoeren.

<sup>13</sup> GvEA, 15 september 2005, zaak T-325, DaimlerChrysler t. Commissie, Jur. 2005, p. II-3319 (hierna: DaimlerChrysler-arrest), r.o. 102.

<sup>14</sup> Par. 16 van de Richtsnoeren.

<sup>15</sup> Zie hierover o.a. S.P.T. Lap, *DaimlerChrysler: het vraagstuk van de risicoverdeling*, Actualiteiten Mededingingsrecht, 2005, p. 206-208, S. Verschuur, *CEPSA: agentuur onder het mededingingsrecht terug bij af?*, Actualiteiten Mededingingsrecht, 2007, p. 94-96 en mr. H.M. Cornelissen, *DaimlerChrysler/Commissie – Het GvEA verwerpt analyse agentuurovereenkomst Commissie. De rol van het 'merkbaarheidsvereiste' bij de analyse van agentuurovereenkomsten nader gedefinieerd*, NTER 2006, nr. 1/2, p. 13-17.

<sup>16</sup> Zie r.o. 7 en 8 van het CEPSA-arrest voor een volledige beschrijving van de nationale regeling.

Kort gezegd, bepaalde artikel 10 van Verordening 1984/83 dat – onder de in de artikelen 11 tot en met 13 genoemde voorwaarden – het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag niet van toepassing is op een contract waarin de verplichting is opgenomen om de brandstoffen, die in het contract zijn genoemd, voor verkoop vanuit het in het contract aangeduide tankstation, uitsluitend te betrekken bij de leverancier of bij een andere tankstationhouder van de desbetreffende leverancier. Met andere woorden, op grond van deze bepaling mocht CEPSA haar tankstationhouders verplichten alle CEPSA-brandstoffen van haar of van één of meerdere andere CEPSA-tankstationhouders af te nemen.

De artikelen 11 tot en met 13 bepaalden feitelijk dat een leverancier de tankstationhouders naast voornoemde verplichting geen andere concurrentiebeperkingen mocht opleggen, behoudens de in die artikelen genoemde. Krachtens artikel 11(a) van Verordening 1984/83 was het de leverancier toegestaan de concurrentie te beperken door een tankstationhouder te verbieden vanuit het in de overeenkomst genoemde tankstation concurrerende brandstoffen aan te bieden. Op deze manier kon derhalve – tijdelijk<sup>17</sup> – een exclusieve afnameverplichting worden geconstrueerd, waarmee concurrerende oliemaatschappijen buitenspel werden gezet.

### Interpretatie van de prejudiciële vraag

Met de hiervoor aangehaalde prejudiciële vraag wenste het Tribunal Supremo in wezen te vernemen of de CEPSA-contracten binnen de werkingsfeer van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en Verordening 1984/83 vielen.<sup>18</sup> Oftewel: dienden de CEPSA-contracten als eigenlijke agentuurovereenkomsten te worden aangemerkt en zo ja, wat was daarvan het gevolg?

Met betrekking tot het onderwerp ‘De agent onder het mededingingsrecht’ zijn in het antwoord van het HvJ EG dan ook twee aspecten te onderscheiden,<sup>19</sup> welke hierna afzonderlijk zullen worden behandeld.

Ten eerste ging het HvJ EG nader in op de (uitvoering van de) eerdergenoemde risicotoets. Het HvJ EG behandelde de vraag wanneer een agentuurovereenkomst in principe buiten de reikwijdte van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag valt (in Commissietermen: Wanneer is sprake van een eigenlijke agentuurovereenkomst?) en in welke gevallen artikel 81 lid 1 EG-Verdrag wel van toepassing is op de verplichtingen die aan de agent worden opgelegd met betrekking tot de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit voor rekening van de principaal (oneigenlijke agentuurovereenkomst).

Ten tweede kwam kort aan de orde of in geval van een eigenlijke agentuurovereenkomst uitsluitend de zojuist genoemde verplichtingen buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen of dat dit ook geldt voor bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de agent en de principaal. Onder deze laatste categorie vallen exclusieve agentuurbepalingen en non-concurrentiebedingen.

### Eigenlijke of oneigenlijke agentuur: kader risicotoets nader bepaald

#### Zelfstandige ondernemingen of economische eenheid?

Het HvJ EG startte haar analyse met de vaststelling dat de CEPSA-contracten alleen onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen indien de tankstationhouder als een onafhankelijke markt-

deelnemer dient te worden aangemerkt en er derhalve een overeenkomst tussen twee ondernemingen bestaat.<sup>20</sup>

Onder één onderneming dient tevens te worden verstaan ‘een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen’.<sup>21</sup> Het gaat er bij de toepassing van het mededingingsrecht om of het marktgedrag dat van een eenheid is.<sup>22</sup> Het HvJ EG bepaalde eerder al dat in bepaalde omstandigheden verhoudingen tussen een agent en zijn principaal als een dergelijke economische eenheid kunnen worden aangemerkt.<sup>23</sup>

Echter, agenten verliezen hun hoedanigheid van zelfstandige onderneming uitsluitend ‘wanneer zij geen van de risico’s dragen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij voor rekening van de principaal hebben gesloten, en zij als in de onderneming van de principaal opgenomen medewerkers zijn te beschouwen’.<sup>24</sup>

### HvJ EG: risicoverdeling beslissend; hulpfunctie agent niet meer van belang?

Volgens het HvJ EG volgt uit het voorgaande dat het bepalende element om uit te maken of een tankstationhouder een onafhankelijke marktdeelnemer vormt, gelegen is in de met CEPSA gesloten overeenkomst en, in het bijzonder, in de uitdrukkelijke of stilzwijgende bedingen van deze overeenkomst met betrekking tot het dragen van de geldelijke of commerciële risico’s verbonden aan de verkoop van de brandstoffen aan derden.<sup>25</sup>

Daarmee bevestigde het HvJ EG de in de Richtsnoeren neergelegde visie van de Commissie.<sup>26</sup> De Commissie meent voorts dat het daarbij niet relevant is dat de agent voor één of voor meerdere

<sup>17</sup> Op grond van artikel 12(1)(c) van Verordening 1984/83 konden uitsluitend tankstationcontracten met een maximale looptijd van tien jaar van de vrijstelling profiteren.

<sup>18</sup> R.o. 34 van het CEPSA-arrest.

<sup>19</sup> In de CEPSA-zaak betoogde zowel de Commissie (zijdelings) als CEPSA (formeel) dat het HvJ EG niet bevoegd was de door het Tribunal Supremo gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden (r.o. 13-33 van het CEPSA-arrest). Het formele beroep van CEPSA op niet-ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing valt buiten het kader van dit artikel en wordt dan ook onbesproken gelaten. Het betoog van de Commissie komt ter sprake bij de behandeling van de prejudiciële vraag ten gronde.

<sup>20</sup> R.o. 38 e.v. van het CEPSA-arrest.

<sup>21</sup> HvJ EG 12 juli 1984, zaak 170/83, Hydrotherm, Jur. p. 2999, r.o. 11.

<sup>22</sup> HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, ICI t. Commissie, Jur. p. 619, r.o. 140.

<sup>23</sup> HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 11/73, 113/73 en 114/73 Suiker Unie e.a. Jur. 1975, p. 1663, r.o. 480.

<sup>24</sup> HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-266/93, Bundeskartellamt t. Volkswagen en VAG Leasing, Jur. 1995, p. I-3477 (hierna: VAG Leasing-arrest), r.o. 19.

<sup>25</sup> R.o. 46 van het CEPSA-arrest.

<sup>26</sup> Par. 18 van de Richtsnoeren. Overigens beschouwt de Commissie deze risico’s al sinds 1962 als beslissend criterium voor het onderscheid tussen enerzijds agenten en anderzijds onafhankelijke marktdeelnemers (Zie: Bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs, Pb. EG 139 van 24 december 1962, p. 2921 (hierna: bekendmaking uit 1962)).

principalen optreedt. In het CEPSA-arrest wordt dit standpunt niet expliciet door het HvJ EG onderschreven.

Echter, het HvJ EG gaat in het CEPSA-arrest niet nader in op de zogenaamde hulpfunctie van de agent als gevolg waarvan deze als in de onderneming van de principaal opgenomen medewerker dient te worden beschouwd. Dit aspect werd in het VAG Leasing-arrest nog wel van belang geacht ter bepaling van de agents afhankelijkheid van de principaal. Er zijn argumenten voor het standpunt dat een dergelijke positie slechts binnen één onderneming van een principaal kan worden verworven. Het HvJ EG oordeelde eerder immers zelf dat een agent als onafhankelijke marktdeelnemer diende te worden beschouwd, omdat hij de producten van meerdere principalen aan de man bracht.<sup>27</sup> Het feit dat het HvJ EG in het CEPSA-arrest met geen woord meer rept over voornoemd oordeel en over de positie van de agent binnen de onderneming van de principaal, doet vermoeden dat het HvJ EG het ook met de Commissie eens is dat het voor de bepaling van de afhankelijkheid van de agent niet (meer) uitmaakt of een agent voor één of meerdere principalen optreedt.<sup>28</sup> Aan de andere kant ging het in de CEPSA-zaak om tankstationhouders die uitsluitend CEPSA-producten verkochten. Mogelijk achtte het HvJ EG het daarom niet noodzakelijk hier een overweging aan te wijden.

### HvJ EG zet kader voor de risicotuets uiteen

Het HvJ EG vervolgde met een analyse inzake de verdeling van de financiële en commerciële risico's tussen de agent en de principaal. Deze analyse behelsde in feite echter niet veel meer dan een opsomming van algemene criteria aan de hand waarvan het Tribunal Supremo in het hoofdgeding kon gaan beoordelen hoe (a) de aan de te verkopen brandstoffen verbonden risico's (hierna: productrisico's) en (b) de marktspecifieke investeringsrisico's concreet waren verdeeld.

Zo oordeelde het HvJ EG met betrekking tot de productrisico's dat:

- De productrisico's waarschijnlijk door de tankstationhouder worden gedragen vanaf het moment dat hij de brandstoffen van de leverancier ontvangt indien de tankstationhouder eigenaar wordt van de brandstoffen (r.o. 52);
- De drager van de transportkosten als drager van productrisico's dient te worden aangemerkt (r.o. 53);

- Het op eigen kosten door de tankstationhouder aanhouden van voorraden ook een indicatie kan zijn dat de productrisico's op de tankstationhouder zijn overgegaan (r.o. 54);
- Indien de tankstationhouder instaat voor eventuele schade aan de brandstoffen (zoals verlies of bederf) of schade die door de brandstoffen jegens derden is veroorzaakt – ongeacht of de tankstationhouder heeft voldaan aan zijn verplichting om de brandstoffen te bewaren onder omstandigheden waardoor verlies of bederf kan worden voorkomen – moet worden geoordeeld dat het risico op de tankstationhouder is overgegaan (r.o. 55);
- Aan de hand van de algemeen geldende regels en handelspraktijken dient te worden bepaald hoe de financiële risico's zijn verdeeld. De risico's met betrekking tot betaling van de brandstoffen wanneer de tankstationhouder geen koper vindt of in geval van uitgestelde betaling door het gebruik van creditcards werden door het HvJ EG expliciet genoemd (r.o. 56-58).

Inzake de merkspecifieke investeringsrisico's oordeelde het HvJ EG dat:

- Indien de tankstationhouder specifieke, aan de verkoop van de brandstoffen verbonden investeringen doet, zoals investeringen betreffende lokalen of uitrusting zoals een brandstoftank, of indien hij zich ertoe verbindt reclameacties te voeren, die risico's op de tankstationhouder overgaan (r.o. 59).<sup>29</sup>

### Steun voor Commissiebeleid of voor oordeel GvEA?

Bovenstaande opsomming lijkt sterk op de beoordelingscriteria die de Commissie hanteert.<sup>30</sup> Van belang is derhalve dat het HvJ EG het beoordelingskader van de Commissie hiermee als juist heeft beoordeeld. Bovendien bevestigde het HvJ EG het Commissiestandpunt dat wanneer een agent slechts een verwaarloosbaar deel van het risico draagt, artikel 81 lid 1 EG-Verdrag niet van toepassing is.<sup>31</sup> De vraag is echter of daarmee direct de toepassing en concrete invulling van dit beoordelingskader door het GvEA in de DaimlerChrysler-zaak van tafel is geveegd. Gelet op de volgende rechtsoverweging van het GvEA meen ik van niet:

*'In wezen doet de Commissie niets anders dan de verplichtingen opsommen die op grond van de agentuurovereenkomst op de agent rusten en verband houden met de autoverkoop, en aangeven hoe groot volgens haar de omzet is die de agent met contractueel met de autoverkoop verbonden activiteiten behaalt, in vergelijking met die uit de verkoop van de auto's zelf. Zij toont evenwel niet aan, in hoeverre de verplichtingen substantiële risico's vormen voor de agent. De Commissie heeft de omvang die deze verplichtingen in de praktijk hebben, niet correct beoordeeld. Het Gerecht is van oordeel dat deze verplichtingen geen commercieel risico vormen op grond waarvan de Mercedes-Benz-agent als onafhankelijke marktdeelnemer kan worden aangemerkt.'*<sup>32</sup>

De Commissie werd aldus verweten wel het toetsingskader aan te geven en de risico's op te sommen, maar deze risico's niet, althans niet op correcte wijze, concreet binnen dat kader te toetsen. Ook het HvJ EG kleurde het door haar bepaalde beoordelingskader nauwelijks in, maar gaf slechts enkele algemene toetsingsregels.<sup>33</sup> Mijns inziens staat daarom nog allerminst vast dat volgens het HvJ EG geen ruimte zou bestaan voor de ietwat ruimere concrete risicobeoordeling van het GvEA.<sup>34</sup> Het HvJ EG gaf wel enige aanwijzingen die wijzen in de richting van een strikt(ere) toepassing en invulling van de risicotuets,<sup>35</sup> maar het HvJ EG stelde met betrekking tot de invulling van de risicotuets ook vast dat 'de kwestie van het risico van geval tot geval moet worden beoordeeld, waarbij veeleer rekening moet worden

<sup>27</sup> HvJ EG 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging Vlaamse Reisbureaus, Jur. 1987, p. 3801, r.o. 20.

<sup>28</sup> Voornoemd aspect wordt door mr. M.A. de Jong als "integratiecriterium" omschreven. Zie diens annotatie bij het CEPSA-arrest in *Markt & Mededinging* 2007, nr. 3, p. 92-93.

<sup>29</sup> Het Europees Parlement maakte zich in 2000 nog hard voor opname in de Richtsnoeren dat wanneer de agent alleen maar een klein deel van de reclame betaalt, de agentuurovereenkomst niet onder artikel 81(1) EG-verdrag zou vallen. Zie het Verslag van het Europees Parlement van 23 maart 2000 over het ontwerp voor richtsnoeren inzake verticale overeenkomsten (C5-0009/2000 - 2000/2003 (COS)), A5-0077/2000 (hierna: het verslag), p. 7 en 14.

<sup>30</sup> Par. 16 van de Richtsnoeren.

<sup>31</sup> R.o. 61 van het CEPSA-arrest en par. 15 van de Richtsnoeren.

<sup>32</sup> R.o. 112 van het DaimlerChrysler-arrest.

<sup>33</sup> R.o. 60 van het CEPSA-arrest.

<sup>34</sup> Zie hierover ook S. Verschuur, *CEPSA: agentuur onder het mededingingsrecht terug bij af?*, Actualiteiten Mededingingsrecht, 2007, p. 94-96.

<sup>35</sup> R.o. 57-58 van het CEPSA-arrest.

gehouden met de economische realiteit dan met de juridische kwalificatie van de contractuele verhouding naar nationaal recht'.<sup>36</sup>

### Onzekerheid inkleuring risicotoets en belang hulpfunctie agent duurt voort

Gelet op het voorgaande zal de onzekerheid omtrent de inkleuring van de risicotoets nog even voortduren. Maar dat kan het HvJ EG niet worden verweten. Ten eerste omdat de analyse met betrekking tot de risicoverdeling diende te worden verricht tegen de achtergrond van de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding en het Tribunal Supremo had nagelaten het HvJ EG hieromtrent volledige informatie te verschaffen. De Commissie uitte om deze reden zelfs twijfel over de rechtmatigheid en het nut van een antwoord op de prejudiciële vraag.<sup>37</sup> Ten tweede was het HvJ EG in het kader van de prejudiciële vraag – anders dan het GvEA in de DaimlerChrysler-zaak – niet bevoegd om de feiten van het hoofdgeding concreet te beoordelen of om de communautaire voorschriften die het had uitgelegd, op de Spaanse maatregelen of situaties toe te passen, omdat dit tot de uitsluitende bevoegdheid van het Tribunal Supremo behoort.

Om antwoord te krijgen op de vraag of het aspect van de hulpfunctie van de agent als gevolg waarvan deze als in de onderneming van de principaal opgenomen medewerker dient te worden beschouwd, definitief geen invloed meer zal hebben op de vaststelling van de afhankelijkheid van de agent en om te weten te komen of het GvEA de risicotoets in de DaimlerChrysler-zaak correct of juist te ruim heeft uitgevoerd, dient daarom een volgende uitspraak van het HvJ EG inzake de agentuurrelatie onder het mededingingsrecht te worden afgewacht.<sup>38</sup>

### Categorieën verplichtingen in eigenlijke agentuurovereenkomsten

#### Categorie I: verplichtingen die inherent zijn aan de agentuurovereenkomst

Het HvJ EG liet het niet bij het bepalen van het kader waarbinnen de risicotoets dient te worden uitgevoerd. Het HvJ EG oordeelde tevens dat in geval van een eigenlijke agentuurovereenkomst uitsluitend die verplichtingen niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen, welke de agent zijn opgelegd in het kader van de verkoop van de contractproducten voor rekening van de principaal. In navolging van de Commissie<sup>39</sup> en het GvEA<sup>40</sup> oordeelde het HvJ EG dat de verplichting om de geleverde brandstof tegen een door CEPSA vastgestelde prijs te wederverkopen onder deze categorie verplichtingen moet worden begrepen.<sup>41</sup>

In de Richtsnoeren worden ook de volgende verplichtingen van de agent door de Commissie als inherent aan een agentuurovereenkomst beschouwd en tot deze categorie gerekend, omdat deze verplichtingen betrekking hebben op de mogelijkheid voor de principaal om de activiteit van de agent met betrekking tot de verkoop van de contractproducten af te bakenen:<sup>42</sup>

- beperkingen met betrekking tot het grondgebied waarop en/of de klanten aan wie de agent de contractproducten mag verkopen;
- bepalingen inzake andere koop- of verkoopvoorwaarden dan de wederverkoopprijs.

De Commissie acht de mogelijkheid voor de principaal tot het opleggen van dit soort verplichtingen van essentieel belang om de principaal zijn commerciële strategie te kunnen laten bepalen.

### HvJ EG: categorie I-verplichting in eigenlijke agentuurovereenkomst niet onder 81 EG

Tegen voornoemde achtergrond en aan de hand van door het HvJ EG eerder vastgestelde uitgangspunten besloot het HvJ EG het CEPSA-arrest met een concrete beoordeling van de eerdergenoemde verplichting voor de tankstationhouders om uitsluitend brandstoffen van CEPSA te verkopen tegen de wederverkooprijzen en volgens de voorwaarden en verkoop- en exploitatietechnieken die door CEPSA waren vastgesteld.

Indien de CEPSA-contracten als eigenlijke agentuurovereenkomsten zouden moeten worden beschouwd, zou de verplichting om de brandstof tegen de door CEPSA vastgestelde prijs te wederverkopen niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen. Wanneer het Tribunal Supremo echter tot het oordeel zou komen dat sprake was van een oneigenlijke agentuurovereenkomst, dan zouden de CEPSA-contracten niet van de vrijstelling van artikel 10 van Verordening 1984/83 kunnen profiteren, omdat een dergelijke verplichting daarin niet als toelaatbare concurrentiebeperking was opgenomen, aldus het HvJ EG.<sup>43</sup>

#### Categorie II: verplichtingen met betrekking tot de verhouding tussen agent en principaal

Voornoemd oordeel van het HvJ EG was natuurlijk niet verrassend, maar naast de hiervoor genoemde categorie verplichtingen van de agent inzake de voorwaarden voor de verkoop van de contractproducten van de principaal, werd door het HvJ EG ook een categorie bepalingen met betrekking tot de verhouding tussen de agent en de principaal onderscheiden.<sup>44</sup> In het bijzonder diende daarbij te worden gedacht aan:

- exclusieve agentuurbepalingen (door de Commissie omschreven als bepalingen die de principaal verbieden om inzake een bepaald type transactie, klant of grondgebied een of meerdere andere agenten aan te wijzen)<sup>45</sup>
- non-concurrentiebedingen (bepalingen die de agent verbieden te handelen als agent of distributeur van ondernemingen die met de principaal concurreren, aldus de Commissie)<sup>46</sup>

Anders dan De Jong,<sup>47</sup> meen ik dat het onderscheid tussen beide categorieën van bepalingen vrij eenvoudig te maken valt.

<sup>36</sup> R.o. 46 van het CEPSA-arrest.

<sup>37</sup> R.o. 25-32 van het CEPSA-arrest.

<sup>38</sup> Voor zover ik heb kunnen nagaan, is er in het *Pb. EG* overigens geen melding gepubliceerd van een verzoekschrift van DaimlerChrysler en/of de Commissie waarbij het DaimlerChrysler-arrest ter beoordeling aan het HvJ EG is voorgelegd.

<sup>39</sup> Par. 18 van de Richtsnoeren.

<sup>40</sup> R.o. 102 van het DaimlerChrysler-arrest.

<sup>41</sup> R.o. 62-63 van het CEPSA-arrest.

<sup>42</sup> Par. 18 van de Richtsnoeren.

<sup>43</sup> R.o. 63 t/m 66 van het CEPSA-arrest.

<sup>44</sup> R.o. 62 van het CEPSA-arrest.

<sup>45</sup> Par. 19 van de Richtsnoeren.

<sup>46</sup> Par. 19 van de Richtsnoeren.

<sup>47</sup> Annotatie bij het CEPSA-arrest van mr. M.A. de Jong, *M&M* 2007, nr. 3, p. 94.



## HvJ EG: categorie II-verplichting in eigenlijke agentuurovereenkomst mogelijk onder 81 EG

Met betrekking tot exclusieve agentuurbepalingen en non-concurrentiebedingen oordeelde het HvJ EG – gelijk de Commissie beoogt<sup>48</sup> – dat deze ook wanneer zij in een eigenlijke agentuurovereenkomst zijn opgenomen, in strijd kunnen zijn met artikel 81 lid 1 EG-Verdrag:

*‘Dienaangaande moet worden aangenomen dat in het kader van dergelijke verhoudingen agenten in beginsel onafhankelijke marktdeelnemers zijn en dat die bedingen van dien aard zijn dat zij inbreuk kunnen maken op de mededingingsregels voor zover zij de betrokken markt compartimenteren.’<sup>49</sup>*

Met dit oordeel is zelfs een eigenlijke agentuurovereenkomst aldus niet per definitie in overeenstemming met het mededingingsrecht, hetgeen theoretisch verstrekkende gevolgen kan hebben. Desondanks is het HvJ EG in deze zaak niet (dieper) op de beoordeling van exclusieve agentuurbepalingen en non-concurrentiebedingen in eigenlijke agentuurovereenkomsten ingegaan.

In de door het HvJ EG beoordeelde bepaling uit het CEPESA-contract valt echter ook een non-concurrentiebeding te lezen. De tankstationhouders dienden immers *uitsluitend brandstoffen van CEPESA te verkopen*.

In tegenstelling tot de verplichting de door CEPESA vastgestelde wederverkoop prijs toe te passen, viel een tankstationovereenkomst met een dergelijke concurrentiebeperking wel onder de vrijstelling van Verordening 1984/83. Het HvJ EG heeft hier echter geen melding van gemaakt. Dat is jammer, gelet op het feit dat het HvJ EG dit feit als aanknopingspunt had kunnen gebruiken om iets los te laten over de mededingingsrechtelijke beoordeling van een non-concurrentiebeding in een eigenlijke agentuurovereenkomst. Het HvJ EG heeft voornoemde verplichting voor de tankstationhouders ofwel niet opgemerkt of heeft het niet nodig geacht hier expliciet op in te gaan, omdat uit de artikelen 10 en 11(a) van Verordening 1984/83 expliciet volgde dat het hanteren van een non-concurrentiebeding was toegestaan en in tankstationcontracten bovendien heel gebruikelijk was.

<sup>48</sup> Par. 19 van de Richtsnoeren.

<sup>49</sup> R.o. 62 van het CEPESA-arrest.

<sup>50</sup> Annotatie bij het CEPESA-arrest van mr. M.A. de Jong, *M&M* 2007, nr. 3, p. 94.

<sup>51</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal J. Kokott van 13 juli 2006, zaak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio t. Compañía Española de Petróleos SA, Jur. 2006, p. I-11987, r.o. 44-46.

<sup>52</sup> O.a. HvJ EG 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging Vlaamse Reisbureaus, Jur. 1987, p. 3801, r.o. 20-21.

<sup>53</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal J. Kokott van 13 juli 2006, zaak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio t. Compañía Española de Petróleos SA, Jur. 2006, p. I-11987, r.o. 44.

<sup>54</sup> R.o. 62 van het CEPESA-arrest. De Jong meent dat het HvJ EG daarmee zou suggereren dat het naar één markt kijkt (zie zijn annotatie bij het CEPESA-arrest in *M&M* 2007, nr. 3, p. 94). Dit oordeel lijkt mij juist voor wat betreft de (potentiële) mededingingsrechtelijke gevolgen, maar zoals gezegd, niet bij de categorisering van de verschillende verplichtingen die de agent kunnen worden opgelegd.

<sup>55</sup> Par. 19 van de Richtsnoeren.

## Beoordeling van exclusieve agentuurbepalingen & non-concurrentiebedingen in eigenlijke agentuurovereenkomsten

### Eén of twee relevante markten?

Mijns inziens erkende het HvJ EG in de CEPESA-zaak met zoveel woorden dat ter vaststelling van de categorie waartoe een bepaalde verplichting behoort twee separate markten worden onderscheiden. Daarentegen lijkt het erop dat voor een beoordeling van de (potentiële) mededingingsbeperkende gevolgen van exclusieve agentuurbepalingen en non-concurrentiebedingen uitsluitend naar de markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten dient te worden gekeken.

Dat het HvJ EG voor de bepaling van de categorie zowel heeft gekeken naar de markt voor de verkoop van de contractproducten van de principaal als naar de markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten volgt uit de overweging van het HvJ EG dat in het kader van de relatie tussen de agent en de principaal *‘agenten in beginsel onafhankelijke marktdeelnemers zijn.’* Nu het HvJ EG – zoals ook De Jong terecht opmerkt<sup>50</sup> – eerder tot het oordeel was gekomen dat een eigenlijke agent op de markt voor de verkoop van de contractproducten van zijn principaal, juist niet onafhankelijk is, maar een economische eenheid vormt met zijn principaal, kan het volgens mij niet anders dan dat het HvJ EG voor het kunnen plaatsen van een verplichting in de categorie bepalingen inzake de verhouding tussen de agent en de principaal, de markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten als uitgangspunt neemt.

Deze beoordelingswijze is overigens niet nieuw. Bij de beoordeling van agentuurovereenkomsten onderscheidde de Commissie de hiervoor genoemde twee markten reeds in haar bekendmaking uit 1962. Bovendien werd de positie van de handelsagent in haar conclusie bij de onderhavige zaak ook door Advocaat-Generaal Kokott separaat beoordeeld op de markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten en op de markt voor de verkoop van de contractproducten van de principaal.<sup>51</sup> Advocaat-Generaal Kokott suggereerde dat de eerdere rechtspraak inzake agentuurovereenkomsten onder het mededingingsrecht<sup>52</sup> zou zijn geleid door de markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten en de beoordeling van de categorie bepalingen inzake de relatie tussen de agent en de principaal, waardoor artikel 81 lid 1 EG-Verdrag op deze agentuurrelaties van toepassing zou zijn geacht.<sup>53</sup>

Voor schending van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag is een overeenkomst tussen twee onafhankelijke ondernemingen vereist. Zoals gezegd, lijkt er voor de beoordeling van de (potentiële) mededingingsbeperkende gevolgen van een exclusieve agentuurbepaling en een non-concurrentiebeding dan ook naar de markt voor agentuurdiensten te moeten worden gekeken. Het HvJ EG oordeelde immers dat dergelijke bepalingen inbreuk kunnen maken op het mededingingsrecht voor zover zij *‘de betrokken markt’* compartimenteren,<sup>54</sup> hetgeen – zoals zojuist werd vastgesteld – een verwijzing naar de markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten inhield.

Hoewel de Commissie met betrekking tot non-concurrentiebedingen expliciet spreekt van mogelijke afscherming 'van de markt waarop de contractgoederen of -diensten worden gekocht of verkocht',<sup>55</sup> blijkt uit het eerder aangehaalde verslag van het Europees Parlement dat ook daarmee 'afscherming van de markt voor agentuurdiensten' wordt bedoeld.<sup>56</sup> Bovendien lijkt dit ook te volgen uit de bekendmaking uit 1962.

### Mededingingsbeperkende gevolgen

In het verleden liet de Commissie immers geen onduidelijkheid bestaan over de vraag hoe een exclusieve agentuurbepaling of een non-concurrentiebeding in een eigenlijke agentuurovereenkomst diende te worden beoordeeld. In de bekendmaking uit 1962 stelde de Commissie weliswaar vast dat door de verplichting van de agent voor een bepaalde tijd uitsluitend voor zijn principaal werkzaam te zijn het aanbod op de markt voor bemiddelings- en/of verkoopdiensten werd beperkt en tegelijkertijd ook het aanbod door de verplichting van de principaal opdrachten uitsluitend aan een bepaalde agent te geven, maar voegde daar het volgende aan toe:

*'De Commissie ziet in deze beperkingen echter een uitvloeisel van de speciale plicht tot wederzijdse behartiging van de belangen tussen de agent c.q. commissionair en zijn opdrachtgever en meent derhalve dat hier niet van beperking van de mededinging kan worden gesproken.'*

Het huidige beleid van de Commissie staat verwoord in de Richtsnoeren verticalen.<sup>57</sup> De Commissie merkt daarin allereerst op dat exclusieve agentuurbepalingen slechts de intrabrand-concurrentie betreffen en doorgaans geen concurrentiebeperkende effecten hebben.

Non-concurrentiebedingen, met inbegrip van non-concurrentiebedingen die na het einde van de agentuurovereenkomst gelden, betreffen daarentegen de interbrand-concurrentie. Volgens de Commissie kunnen zij met artikel 81 lid 1 EG-Verdrag in strijd zijn wanneer deze bedingen leiden tot afscherming van de markt waarop de contractproducten of -diensten worden gekocht of verkocht. Met de verwijzing naar het algemene deel van de Richtsnoeren verticalen geeft de Commissie aan dat een non-concurrentiebeding in een agentuurovereenkomst in die zin niet anders beoordeeld dient te worden dan een non-concurrentiebeding in een distributieovereenkomst.

In dat kader merk ik op dat de Commissie in de Richtsnoeren stelt dat deze moeten worden gelezen in samenhang met Richtlijn 86/653/EEG.<sup>58</sup> Hoewel deze richtlijn een harmonisatierichtlijn betreft en geen mededingingsrechtelijke onderwerpen beoogt te regelen, is in artikel 20 lid 3 van Richtlijn 86/653/EEG bepaald dat een daarin omschreven non-concurrentiebeding geldig is voor een tijdvak van ten hoogste twee jaar na het einde van de agentuurovereenkomst. Hoewel in de verschillende nationale rechtstelsels de toepasselijkheid of de geldigheid van een non-concurrentiebeding in een agentuurovereenkomst mogelijk verder is beperkt, zou hieraan wellicht een argument kunnen worden ontleend voor de stelling dat bepaalde postcontractuele non-concurrentiebedingen met een duur van twee jaar toelaatbaar dienen te worden geacht, terwijl de Commissie voor de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van een postcontractueel non-concurrentiebeding in het algemeen een maximale duur van één jaar als uitgangspunt hanteert.<sup>59</sup>

Ten slotte stelt de Commissie dat een eigenlijke agentuurovereenkomst ook onder het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag kan vallen indien zij collusie vergemakkelijkt. Daarvan zou sprake kunnen zijn wanneer een aantal principalen dezelfde agenten

aanstelt en tegelijkertijd collectief andere principalen belet van de diensten van die agenten gebruik te maken. Ook kan dit het geval zijn indien de principalen zich van de agenten bedienen om samen te spannen met betrekking tot de marketingstrategie of om concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen. Daarbij lijkt het er overigens op dat voor de vaststelling van dit soort (potentiële) mededingingsbeperkende gevolgen ook naar de markt voor de verkoop van de contractproducten van de principaal moet worden gekeken.

### Conclusie

Het HvJ EG heeft in de CEPESA-zaak een toetsingskader gepresenteerd aan de hand waarvan dient te worden bepaald of een agentuurovereenkomst als een eigenlijke of oneigenlijke agentuurovereenkomst moet worden beschouwd. Dit arrest biedt echter nog onvoldoende zekerheid over de concrete invulling daarvan.

In dat kader is het spijtig dat het HvJ EG door het Tribunal Supremo slechts van een summier feitencolplex was voorzien. Desondanks heeft het er de schijn van dat het HvJ EG voor de beoordeling van agentuurovereenkomsten onder het mededingingsrecht het in de Richtsnoeren opgenomen beleid van de Commissie volledig onderschrijft. Daarmee zou de meer economisch getinte benadering en minder strikte beoordeling door het GvEA in de DaimlerChrysler-zaak mogelijk een incident kunnen zijn geweest. Het wachten is nu op een volgende agentuurzaak die hierin meer duidelijkheid kan verschaffen.

Hetzelfde geldt voor de beoordeling van exclusieve agentuurbepalingen en non-concurrentiebedingen in een eigenlijke agentuurovereenkomst. Door de hiervoor in Verordening 1984/83 opgenomen vrijstelling heeft het HvJ EG het zich kunnen permitteren hierin niet meer inzicht te geven.

Vooralsnog blijft de handelsagent onder het mededingingsrecht in zekere zin dan ook nog steeds een geheim agent.

<sup>56</sup> P. 14 van het Verslag. Bovendien valt dit af te leiden uit het standpunt van het Europees Parlement dat de Commissie bij de beoordeling van exclusieve agentuurbepalingen dient te stellen dat 'alleen zal worden opgetreden wanneer in de markt van de agentuurovereenkomsten een nieuwe marktondernemer geen agenten kan vinden om zijn producten te verkopen', p. 7 van het Verslag.

<sup>57</sup> Paragrafen 19 en 20 van de Richtsnoeren.

<sup>58</sup> Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten, *Pb. EG L 382* van 31 december 1986, p. 17 (hierna: Richtlijn 86/653/EEG).

<sup>59</sup> Artikel 5, sub b, van Verordening 2790/1990.