

Agentuurovereenkomsten: een nieuwe beoordeling door de Commissie

mr M.A. de Jong

In de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van 13 oktober 2000 geeft de Europese Commissie haar visie op de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG op agentuurovereenkomsten.¹ De paragrafen in de richtsnoeren met betrekking tot agentuurovereenkomsten vervangen de bekendmaking inzake handelsagenten en commissionairs van 24 oktober 1962.² De nieuwe mededingingsrechtelijke beoordeling van agentuurovereenkomsten wijkt op een aantal punten sterk af van het oude beleid van de Commissie, alsmede van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In dit artikel wordt beoordeeld in hoeverre de richtsnoeren een wijziging inhouden van het beleid van de Commissie en wat de gevolgen hiervan zijn voor agentuurrelaties.

Richtsnoeren

Inleiding

In hoofdstuk II inzake 'verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 vallen' zijn in de richtsnoeren acht paragrafen gewijd aan agentuurovereenkomsten. De Commissie begint met een algemene inleiding en een definiëring van agentuurovereenkomsten (paragraaf 12). Het hoofdbestanddeel wordt gevormd door de visie van de Commissie ten aanzien van de vraag welke soorten agentuurovereenkomsten buiten de werkingssfeer van artikel 81 lid 1 EG blijven (paragraaf 13-17). De Commissie maakt hierbij een onderscheid tussen 'eigenlijke' en 'oneigenlijke' agentuurovereenkomsten. Vervolgens wordt ingegaan op de toegestane bepalingen in agentuurovereenkomsten (paragraaf 18-19), waarbij enige voorbeholden worden gemaakt in verband met col-lusiegevaar (paragraaf 20).

Hieronder zal eerst het nieuwe Commissiebeleid ten aanzien van agentuurovereenkomsten zoals neergelegd in de betreffende richtsnoerparagrafen worden weergegeven. Vervolgens zal worden aangegeven op welke punten de richtsnoeren afwijken van het oude beleid van de Commissie en wat de gevolgen hiervan zijn.

Definitie agentuurovereenkomsten

Agentuurovereenkomsten worden in de richtsnoeren omschreven als:

'de situatie waarin aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon (de agent) de bevoegdheid wordt toegekend tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten voor rekening van een andere persoon (de principaal), hetzij op eigen naam van de agent hetzij op naam van de principaal, betreffende de koop van goederen of diensten door de principaal of de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten'.

Deze omschrijving sluit niet goed aan bij de definities van agentuurovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek en de Europese Richtlijn inzake handelsagenten.³ Artikel 7:428 BW spreekt over het 'verlenen van bemiddeling' in plaats van 'onderhandelen'.⁴ Aangezien agenten doorgaans niet onderhandelen over de prijs of de inhoud van de te leveren diensten of goederen, lijkt bemiddelen de lading beter te dekken dan onderhandelen. Bovendien omvat de omschrijving in de richtsnoeren tevens het sluiten van contracten op naam van de agent. Het sluiten van contracten op eigen naam, doch voor rekening van een ander, valt niet onder agentuur als gedefinieerd in het BW.⁵ Evenmin valt dit onder agentuur als gedefinieerd in de Richtlijn handelsagenten.⁶ Voorts gaan de definities van agentuurovereenkomst in het BW en de Richtlijn handelsagenten uit van een relatie van duurzame aard. Optreden voor of namens een principaal gericht op een of meer bepaalde overeenkomsten valt onder de bemiddelingsovereenkomst.⁷ De richtsnoeren stellen duurzaamheid van de relatie niet als eis. Eenmalige onderhandeling namens een principaal is daarom ook begrepen onder de richtsnoeren. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt zal eenmalige bemiddeling echter doorgaans niet relevant zijn.

1 Pb. EG 2000, C 291/1.

2 Bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs, Pb. EG 1962, C 139/2921.

3 Richtlijn 86/653/EEG, 18 december 1986, Pb. EG 1986, L 382/1.

4 Ook de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf ('Wabb') spreekt over bemiddeling. Artikel 1, sub b, Wabb definieert als tussenpersoon: 'ieder die, anders dan uit hoofde van een arbeidsovereenkomst, bemiddeling verleent bij het sluiten van een verzekering'.

5 Het verrichten van rechtshandelingen in eigen naam voor rekening van een ander valt onder lastgeving (artikel 7:414 BW).

6 Artikel 1 lid 1 Richtlijn handelsagenten.

7 Artikel 7:425 BW.

mr M.A. de Jong is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

Eigenlijke en oneigenlijke agentuurovereenkomsten

Voor de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG maken de richtsnoeren een onderscheid tussen 'eigenlijke agentuurovereenkomsten' en 'oneigenlijke agentuurovereenkomsten'. Als eigenlijke agentuurovereenkomsten ziet de Commissie agentuurrelaties waarbij de agent geen of slechts minieme financiële of commerciële risico's draagt in verband met de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit voor rekening van de principaal. Hoewel de agent als een afzonderlijke onderneming wordt beschouwd, worden zijn activiteiten in dat geval toegerekend aan de principaal. De agent verricht in dat geval geen zelfstandige marktfunctie. Dergelijke eigenlijke agentuurrelaties zijn niet onderworpen aan artikel 81 lid 1 EG. Oneigenlijke agentuurovereenkomsten zijn volgens de Commissie agentuurrelaties waarbij de agent wel financiële of commerciële risico's draagt. De agent wordt in dat geval gezien als een zelfstandige wederverkoper die in beginsel onafhankelijk zijn marktgedrag moet kunnen bepalen. Deze oneigenlijke agentuurrelaties kunnen onder artikel 81 lid 1 EG vallen. De Commissie gaat er daarbij van uit dat de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten⁸ van toepassing is.

Het financiële of commerciële risico is derhalve het onderscheidende criterium. Volgens de Commissie moeten daarbij twee soorten risico's in aanmerking worden genomen. Enerzijds zijn er de risico's die rechtstreeks verband houden met de contracten waarover de agent onderhandelt en/of die hij sluit voor rekening van de principaal. Hierbij kan worden gedacht aan risico's van het aanhouden van voorraden en financieringsrisico's. Anderzijds zijn er de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die noodzakelijk zijn om de agent in staat te stellen de specifieke agentuuractiviteiten waarvoor hij is aangesteld te verrichten.⁹ Risico's die verband houden met het verrichten van agentuurdiensten in het algemeen blijven echter buiten beschouwing. Algemene investeringen in huisvesting of personeel die niet specifiek zijn vereist voor de agentuurdienst waarvoor de agent is aangesteld door de principaal, zijn derhalve niet relevant voor de beoordeling. Hetzelfde geldt voor het algemene risico dat het inkomen van de agent afhankelijk is van zijn succes als agent.

De algemene omschrijving van de voor de beoordeling van agentuurovereenkomsten relevante risico's wordt door de Commissie nader geconcretiseerd. In de eerste plaats acht de Commissie van belang of de eigendom van de goederen waarover de agent onderhandelt overgaat op de agent of dat de agent zelf de contractdiensten levert. De Commissie gaat er van uit dat wanneer de eigendom van de goederen overgaat op de agent, er in beginsel sprake zal zijn van een oneigenlijke agentuurrelatie die onderworpen is aan artikel 81 lid 1 EG. Hetzelfde geldt in geval de agent zelf de contractdiensten levert. Indien de eigendom van de goederen niet overgaat op de agent en de agent niet zelf de contractdiensten levert, is artikel 81 lid 1 EG over het alge-

meen niet van toepassing. De Commissie stelt daarbij echter als voorwaarde dat de agent niet een of meer van de in de richtsnoeren opgesomde risico's of kosten draagt. Deze opsomming fungeert daardoor als het ware als een 'zwarte lijst'. De door de Commissie gegeven (niet-limitatieve) opsomming bevat zeven soorten kosten en risico's, waaronder kosten van verkoopbevordering, after-sales-service, kosten of risico van het houden van voorraden, het doen van marktspecifieke investeringen in uitrusting of personeelopleiding en aanvaarding van aansprakelijkheid voor het verkochte product of de naleving van het contract door de klant. Bij de diensten waaraan kosten zijn verbonden – zoals vervoer, reclame en hersteldiensten – wordt opgemerkt dat het de agent niet verboden is ten behoeve van de principaal dergelijke diensten te verrichten. De daaraan verbonden kosten moeten echter worden gedragen door de principaal.

Toegestane verplichtingen

Wanneer op grond van bovenstaande beoordelingscriteria sprake is van een 'eigenlijke agentuurovereenkomst', dan vallen de verplichtingen van de agent in verband met de contracten waarover hij onderhandelt in beginsel buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG. Verplichtingen die de werkzaamheden en bevoegdheden van de agent afbakenen, worden gewoonlijk beschouwd als inherent aan de agentuurovereenkomst. Het gaat hierbij om bepalingen met betrekking tot de (niet-exclusieve) toewijzing van een grondgebied of klantenkring en bepalingen betreffende de prijs en de verkoopvoorwaarden waartegen de goederen of diensten moeten worden verkocht. Dergelijk beperkingen worden door de Commissie gezien als essentieel voor de principaal om zijn commerciële strategie te bepalen.

Agentuurovereenkomsten bevatten vaak ook bepalingen met betrekking tot de relatie tussen de agent en de principaal. Hieronder vallen exclusiviteits- en non-concurrentiebepalingen. Exclusiviteitsbepalingen verbieden de principaal andere agenten aan te wijzen in een bepaald gebied of voor een bepaald type klant of transactie. Dergelijke bepalingen hebben alleen betrekking op de intrabrand-concurrentie en beperken volgens de richtsnoeren doorgaans niet de concurrentie. Non-concurrentiebepalingen verbieden de agent als agent of distributeur op te treden voor concurrerende principalen of leveranciers. Non-concurrentieverplichtingen betreffen de interbrand-concurrentie en kunnen volgens de Commissie in strijd met

8 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 1999, L 336/21.

9 Volgens de richtsnoeren gaat het daarbij gewoonlijk om 'verzonken investeringen' (sunk costs), dit wil zeggen investeringen die bij het beëindigen van de betreffende agentuurrelatie niet voor andere activiteiten kunnen worden gebruikt.

artikel 81 lid 1 EG zijn indien zij leiden tot afscherming van de markt.

In geval van eigenlijke agentuurovereenkomsten is de Commissie derhalve van mening dat de gebruikelijke beperkingen, met uitzondering van het non-concurrentiebeding voor de agent, in beginsel geen mededingingsbeperkingen opleveren. De Commissie maakt echter een voorbehoud. Agentuurovereenkomsten kunnen, zelfs als het eigenlijke agentuurovereenkomsten betreft, onder artikel 81 lid 1 EG vallen wanneer zij collusie vergemakkelijken. De richtsnoeren wijzen daarbij onder meer op de mogelijkheid dat een aantal principalen zich van dezelfde agenten bedienen teneinde gevoelige marktinformatie uit te wisselen of dat een aantal principalen dezelfde agenten aanwijken en tegelijkertijd anderen beletten van de diensten gebruik te maken.

Wijzigingen

Algemeen

De paragrafen in de richtsnoeren met betrekking tot agentuurovereenkomsten houden een wijziging in ten opzichte van het daarvoor bestaande beleid van de Commissie. Dit beleid van de Commissie is aanvankelijk neergelegd in haar *'Bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissio-nairs'* uit 1962.¹⁰ Deze bekendmaking werd gevolgd door diverse Commissie-beschikkingen en arresten van Hof van Justitie van de EG ('HvJ EG') waarin agentuurovereenkomsten direct of zijdelings werden beoordeeld onder het mededingingsrecht. Aangezien de bekendmaking uit 1962 inmiddels sterk verouderd was, heeft de Commissie vanaf eind jaren tachtig het voornemen gehad een nieuwe bekendmaking inzake agentuurovereenkomsten vast te stellen.¹¹ Dit resulteerde in 1990 in een ontwerp-bekendmaking.¹² Hoewel de Commissie begin jaren negentig enkele malen heeft aangekondigd een definitieve nieuwe bekendmaking te publiceren¹³, is dit er nooit van gekomen. De nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten en de daarbij behorende richtsnoeren waren voor de Commissie aanleiding om de bekendmaking uit 1962 alsnog te vervangen. De Commissie heeft eerst enkele ontwerpversies van de richtsnoeren openbaar gemaakt. Deze ontwerp-agentuurparagrafen hebben aanzienlijke kritiek ontvangen van belangenorganisaties en het Europees Parlement.¹⁴ Naar aanleiding hiervan zijn de definitieve richtsnoeren op een aantal punten aangepast.

Bij de beoordeling van de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op agentuurovereenkomsten werd voorheen rekening gehouden met twee (cumulatieve) criteria¹⁵:

- (i) het financiële of commerciële risico dat de agent draagt in verband met de contracten terzake waarvan hij bemiddelt of die hij sluit voor rekening van de principal; en
- (ii) de vraag of de agent een geïntegreerd hulporgaan is van de onderneming van de principal.¹⁶

De nieuwe richtsnoeren van de Commissie houden – kort gezegd – een strengere beoordeling van het financieel risicocriterium in en laten het integratiecriterium geheel vervallen. Wat de toegestane verplichtingen betreft, is met name de beoordeling van het non-concurrentiebeding gewijzigd. Deze wijzigingen worden hieronder nader bezien.

Het financiële en commerciële risico

Het financiële of commerciële risico dat de agent draagt is sinds de agentuurbekendmaking uit 1962 een belangrijke factor voor de beoordeling van de vraag of de agentuurrelatie onderworpen is aan artikel 81 lid 1 EG. Ook in de latere beschikkingen van de Commissie¹⁷, de ontwerp-bekendmaking uit 1990 en de jurisprudentie van het HvJ EG¹⁸ is het financiële risico een telkens terugkerend beoordelingscriterium. Het wekt dan ook geen verbazing dat het financiële of commerciële risico centraal staat in de agentuurparagrafen in de richtsnoeren. Het financiële risicocriterium wordt in de richtsnoeren echter aanzienlijk strenger gehanteerd. Dit is het gevolg van verschillende inhoudelijke wijzigingen.

In de eerste plaats zijn de gevallen waarin de agent wordt geacht financieel of commercieel risico te dragen ruimer geformuleerd. In de bekendmaking van 1962 en de ontwerp-bekendmaking van 1990 werd gesproken over het houden door de agent van een *aanzienlijke* voorraad, het op *aanzienlijke* schaal verlenen van service, het zijn van

10 Zie voetnoot 2.

11 Zeventiende verslag over het mededingingsbeleid (1988), paragraaf 100.

12 Preliminary draft Commission Notice on Commercial Agency Agreements, IV/484/90.

13 XXe Verslag over het mededingingsbeleid (1990), paragraaf 4, en XXIe Verslag over het mededingingsbeleid (1991), paragraaf 133.

14 Onder andere UNICE Comments on Draft Commission Guidelines on Vertical Restraints, 24 november 1999, Positionspapier Entwurf von Leitlinien der EU-Kommission über vertikale Vereinbarungen, Handelsvertretervereinbarungen van het Bundesverband der Deutschen Industrie, 16 november 1999, en EP Resolution, 3 mei 2000.

15 Over de grondslag van de niet-toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG bestaat verschil van mening. Het HvJ EG lijkt uit te gaan van de afwezigheid van een overeenkomst tussen zelfstandige ondernemingen (economische eenheidsdoctrine). A-G Tesaro bestrijdt die echter in zijn opinie in zaak C-266/93, Bundeskartellamt/Volkswagen en VAG Leasing GmbH, Jur. 1995, p. I-3479. Volgens Tesaro is artikel 81 lid 1 EG niet van toepassing aangezien de betreffende bepalingen in de agentuurovereenkomst noch de strekking noch het gevolg hebben de mededinging te beperken. In deze zin tevens N. Koch en G. Marengo, L'Article 85 du Traité CEE et les contrats d'agence, *Cahiers de droit européen*, 1987, 603.

16 Het bestaan van deze twee (cumulatieve) criteria is door het HvJ EG bevestigd in de Volkswagen-zaak, voetnoot 15, Jur. 1995, p. I-3508. In paragraaf 19 van het arrest stelt het Hof: 'Tussenpersonen verliezen hun hoedanigheid van zelfstandig marktdeelnemer slechts wanneer zij geen van de risico's dragen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij voor rekening van de opdrachtgever hebben gesloten en als in de onderneming van de opdrachtgever opgenomen medewerkers zijn te beschouwen.'

17 Bijvoorbeeld beschikking van 22 december 1987, zaak 88/84/EEG, ARG-Unipart, Pb. EG 1988, L 45/34, paragraaf 26-27.

18 Onder andere zaak 266/93, voetnoot 15, r.o. 19, en gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA e.a./Commissie, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 482.

voornaamste aansprakelijke voor naleving van het contract en dergelijke. In de richtsnoeren zijn de toevoegingen die inhouden dat de betreffende risico's of kosten substantieel dienen te zijn vervallen.

Daarnaast is de lijst met relevante risico's en kosten uitgebreid. De richtsnoeren noemen bijvoorbeeld vervoerskosten, investeringen in personeelsopleiding, de aanschaf van speciale software en aanvaarding van aansprakelijkheid. Deze werden niet met name in de eerdere (ontwerp)bekendmakingen en beschikkingen genoemd. Hoewel de in de eerdere bekendmakingen genoemde risico's slechts indicatief waren bedoeld – en derhalve niet uitsloten dat ook andere risico's relevant konden zijn – wordt door de uitvoerige 'zwarte lijst' in de richtsnoeren de ruimte voor discussie over wat relevante risico's moeten worden geacht sterk ingeperkt.

De Commissie hecht voorts bij de invulling van het financieel risico groot belang aan de overgang van de eigendom van de contractgoederen. Indien de eigendom van de contractgoederen niet overgaat op de agent (of de agent niet zelf de contractdiensten levert) en de agent geen van de op de 'zwarte lijst' genoemde risico's of kosten draagt, acht de Commissie artikel 81 lid 1 EG in het algemeen niet van toepassing. Hieruit kan worden afgeleid dat indien de eigendom van de goederen wel overgaat op de agent, er in het algemeen van uit moet worden gegaan dat artikel 81 lid 1 EG van toepassing is. Men kan zich afvragen waarom de Commissie als eerste aanknopingspunt kiest voor een juridisch criterium als de overgang van eigendom. Dit is niet in lijn met haar mededingingsrechtelijke principe dat eerder naar de economische realiteit dan naar de rechtsvorm moet worden gekeken. Wanneer de eigendom ten gevolge van contractuele bepalingen of nationaal vermogensrecht voor een (zeer) korte tijdseenheid overgaat op de agent, vindt er als het ware een bewijslastomkering plaats. Er kan dan niet meer van uit worden gegaan dat er in beginsel sprake is van een 'eigenlijke agentuurovereenkomst'. Eigendomsovergang houdt echter niet noodzakelijkerwijs financieel risico in. Voorzover de agent wel financieel of commercieel risico draagt in verband met het in eigendom hebben van de contractgoederen, zal dit doorgaans worden gedekt door het tevens op de 'zwarte lijst' genoemde voorraadrisico.

Geïntegreerd hulporgaan

Naast het criterium van het financiële of commerciële risico dat de agent draagt, wordt in de jurisprudentie van het HvJ EG en het (oude) beleid van de Commissie een tweede criterium gehanteerd. Dit criterium houdt in dat de agent, wil de agentuurovereenkomst buiten de werkings sfeer van artikel 81 lid 1 EG blijven, beschouwd moet kunnen worden als een hulporgaan dat geïntegreerd is in de onderneming van de principaal.

In de vroege jurisprudentie van het HvJ EG wordt reeds gerefereerd aan de agent als een in de onderneming van de principaal opgenomen hulporgaan.¹⁹ Aanvankelijk

wordt dit aspect niet duidelijk onderscheiden van de vraag of de agent risico's draagt in verband met de contracten waarvoor hij bemiddelt. In het arrest in de Vlaamse Reisbureaus-zaak is het al dan niet zijn van een geïntegreerd hulporgaan echter van doorslaggevende betekenis.²⁰ Deze zaak had betrekking op collectieve mededingingsafspraken die waren gemaakt tussen touroperators en reisagenten. De Belgische regering stelde zich op het standpunt dat deze afspraken niet waren onderworpen aan artikel 85 lid 1 (thans 81 lid 1) EG aangezien de reisagenten beschouwd dienen te worden als hulporganen van de touroperators. Het Hof was echter van mening dat de reisagenten moeten worden aangemerkt als zelfstandige agenten die autonome dienstverleningsactiviteiten uitoefenen. Het Hof overwoog in dat verband: 'Immers, enerzijds verkoopt een reisagent georganiseerde reizen van een zeer groot aantal touroperators, anderzijds verkoopt een touroperator zijn reizen via een zeer groot aantal reisagenten.' Het feit dat de agent diensten verricht voor diverse principalen staat er derhalve aan in de weg dat de agent wordt gezien als een verlengstuk van de principaal.²¹

De Commissie heeft het criterium van het geïntegreerde hulporgaan (voorheen) ook gehanteerd. In meerdere beschikkingen heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat agenten tevens optraden als agent of alleenverkoper voor concurrerende producten.²² Daarnaast staat de integratie van de agent in de onderneming van de principaal centraal in de ontwerp-bekendmaking uit 1990. Integratie kon volgens de ontwerp-bekendmaking in de regel worden aangenomen wanneer de agent voor ten minste eenderde werkzaam is voor de betreffende principaal en de overige activiteiten van de agent hier niet mee conflicteren.²³ Het optreden voor concurrerende producten, als agent of distributeur, stond derhalve in de weg aan de integratie met de principaal.

In de richtsnoeren heeft de Commissie het vereiste van geïntegreerd hulporgaan geheel laten vervallen. Sterker nog, de Commissie stelt in de richtsnoeren uitdrukkelijk dat het 'niet relevant [is] of de agent voor een principaal dan wel voor meerdere principalen handelt'.²⁴ Niet geheel duidelijk is waarom de Commissie nog uitsluitend wenst te kijken naar het financiële of commerciële risico

19 Gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig/Commissie, Jur. 1966, p. 299, zaak 32/65, Italie/Commissie, Jur. 1966, p. 580, en Suiker Unie-zaak, voetnoot 18, r.o. 539.

20 Zaak 311/85, A.S.B.L. Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/A.S.B.L. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, Jur. 1987, p. 3801, r.o. 20.

21 Deze opvatting is overigens wel bekritiseerd. Zie Koch en Marengo, voetnoot 15.

22 Beschikking van 2 januari 1973, zaak 73/109/EEG, Europese Suikerindustrie, Pb. EG 1973, L 140/17, beschikking van 23 november 1972, zaak 72/430/EEG, Pittsburgh Corning Europe, Pb. EG 1972, L 272/35, en beschikking van 25 november 1992, zaak 92/568/EEG, UIC, Pb. EG 1992, L 366/47, paragraaf 42 e.v.

23 Paragraaf 10 Ontwerp-bekendmaking 1990.

24 Paragraaf 13 Richtsnoeren.

dat de agent draagt. Een minder strenge toepassing van het financieel risicocriterium in combinatie met het integratiecriterium zou een meer genuanceerde mededingingsrechtelijke beoordeling van agentuurovereenkomsten opleveren. Of een agentuurovereenkomst onderworpen is aan artikel 81 lid 1 EG kan met de huidige richtsnoeren afhangen van de enkele vraag of de agent voor de verkoop van de contractgoederen – bijvoorbeeld – enige reclame-investering heeft gedaan. Een beoordeling die niet alleen substantiële kosten en risico's in beschouwing neemt maar tevens rekening houdt met de mate waarin de agent voor andere principalen optreedt, sluit beter aan bij de commerciële realiteit van de handelsagentuur.

Toegestane verplichtingen

Zoals hiervoor vermeld, beschouwt de Commissie bepalingen in eigenlijke agentuurovereenkomsten die de werkzaamheden en bevoegdheden van de agent vaststellen als inherent aan de agentuurrelatie. Contractbepalingen die de agent binden ten aanzien van de prijs en overige voorwaarden waartegen de contractgoederen worden verkocht, worden dan ook niet als mededingingsbeperkend aangemerkt. Hetzelfde geldt voor bepalingen die de agent een gebied of klantenkring toewijzen. In geval van eigenlijke agentuurovereenkomsten is dit vanzelfsprekend. Dit punt houdt ook geen wijziging van het beleid van de Commissie in.

De beoordeling in richtsnoeren van exclusiviteitsbepalingen is evenmin wezenlijk gewijzigd. Exclusiviteit voor de agent heeft volgens de richtsnoeren betrekking op de intrabrand-concurrentie en beperkt doorgaans niet de concurrentie.²⁵ Dit is in lijn met het vroegere beleid van de Commissie. Opmerkelijk is echter dat de Bekendmaking van 1962 het concurrentiebeperkende effect van exclusiviteitsbepalingen beoordeelt op een andere markt. De Bekendmaking van 1962 wijst op het bestaan van een markt waarop de agenten hun bemiddelingsdiensten aanbieden, welke onderscheiden kan worden van de markt voor de contractgoederen. In de richtsnoeren wordt deze 'agentuurdienstenmarkt' evenwel genegeerd.

Het beleid van de Commissie ten aanzien van non-concurrentiebepalingen is inhoudelijk wel gewijzigd. In de Bekendmaking van 1962 en de ontwerp-bekendmaking van 1990 worden non-concurrentiebepalingen niet als mededingingsbeperkend aangemerkt. De Commissie beschouwde non-concurrentieverplichtingen als een uitvloeisel van de wederzijdse belangenbehartiging, die tevens de integratie van de agent in de onderneming van de principaal bevestigden dan wel bereikten.²⁶ In de richtsnoeren breekt de Commissie met deze positieve beoordeling. Volgens de richtsnoeren kunnen non-concurrentiebedingen in strijd komen met artikel 81 lid 1 EG indien zij leiden tot afscherming van de markt.²⁷ Op zich zal van afscherming van de markt niet snel sprake zijn. Voor partijen bij de agentuurovereenkomst leidt deze beleidswijziging wel tot onzekerheid. Zelfs in geval de agent in het geheel geen financieel

of commercieel risico draagt, kan er niet zonder meer van uit worden gegaan dat de bepalingen in de agentuurovereenkomst buiten het toepassingsbereik van artikel 81 lid 1 EG blijven. Het lijkt bovendien tegenstrijdig dat de richtsnoeren voor de niet-toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG vereisen dat de agent in hoge mate afhankelijk is van de principaal, terwijl de exclusieve binding van de agent aan de principaal tot gevolg kan hebben dat artikel 81 lid 1 EG van toepassing is. Voorts kan daardoor de vreemde situatie ontstaan dat een non-concurrentiebeding voor een 'echte' agent mededingingsbeperkend wordt geacht terwijl non-concurrentiebedingen voor oneigenlijke agenten en andere distributeurs onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten automatisch zijn vrijgesteld voor een periode van vijf jaar.²⁸

Het voorbehoud in de richtsnoeren met betrekking tot de niet-toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG in verband met collusiegevaar is niet nieuw. De ontwerp-bekendmaking uit 1990 noemt eveneens het risico van afstemming van marktgedrag wanneer meerdere principalen gebruikmaken van dezelfde agenten. Voorheen waren agentuurovereenkomsten in dergelijke situaties echter gewoonlijk onderworpen aan artikel 81 lid 1 EG als gevolg van het integratiecriterium. Een agent die optreedt voor meerdere concurrerende principalen werd geacht niet te zijn geïntegreerd in de onderneming van de principaal. Met de nieuwe richtsnoeren is het (theoretisch) mogelijk dat een agent die optreedt voor meerdere principalen maar daarbij geen financieel of commercieel risico draagt, buiten toepassing van artikel 81 lid 1 EG blijft. Door het vervallen van het integratiecriterium in de richtsnoeren krijgt het collusievoorbehoud derhalve meer betekenis.

²⁵ In de ontwerp-richtsnoeren werd exclusieve agentuur nog wel aangemerkt als mededingingsbeperkend. In de definitieve versie is dit aangepast.

²⁶ In haar beschikkingen is de Commissie overigens minder positief over non-concurrentiebepalingen. Zie onder andere de beschikking van 30 juli 1991, zaak 91/480/EEG, IATA Passenger Agency Programme, Pb. EG 1991, L 258/18, paragraaf 44, beschikking van 30 juli 1991, IATA Cargo Agency Programme, Pb. EG 1991, L 258/29, paragraaf 39, en mededeling van 22 mei 1992, Halifax/Standard Life, Pb. EG 1992, C 131/2.

²⁷ Volgens de ontwerpversie van de richtsnoeren moest de afscherming (foreclosure) worden beoordeeld op de markt voor agentuurdiensten. Dit is in overeenstemming met het vroegere beleid van de Commissie. Na kritiek op deze marktafbakening (zie onder andere Unice Comments, voetnoot 14) is dit in de definitieve versie van de richtsnoeren gewijzigd in een beoordeling op de relevante markt voor de contractgoederen of -diensten. Zoals eerder vermeld is opmerkelijk dat de agentuurdienstenmarkt geheel wordt genegeerd.

²⁸ Artikel 5 sub a Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. Zie verder onder 'Gevolgen'.

Gevolgen

Toepasselijkheid artikel 81 lid 1 EG

Het eerste gevolg is dat op basis van de richtsnoeren minder agentuurovereenkomsten buiten het toepassingsbereik van artikel 81 lid 1 EG blijven. Door de verscherping van het financieel risicocriterium kan de agent nauwelijks meer met de contracten verbonden risico's op zich nemen of marktspecifieke investeringen doen zonder dat de agentuurrelatie wordt onderworpen aan het mededingingsrecht. Agentuurovereenkomsten worden nog slechts aangemerkt als eigenlijke agentuurovereenkomst indien de agent 'geen of slechts minieme risico's' draagt. Voorheen werden risico's alleen in aanmerking genomen indien zij substantieel waren.

Het is de vraag of dergelijke strikte invulling van het financieel risicocriterium voldoende rekening houdt met de agentuurpraktijk. Het is onvermijdelijk dat de agent bepaalde investeringen doet. Zonder personeel, gebouw, uitrusting en/of verkoopnetwerk zal hij niet zijn taken als agent kunnen uitvoeren. Het is daarbij niet altijd eenvoudig vast te stellen in hoeverre dergelijke investeringen 'markt-specifiek' zijn of direct verbonden zijn aan de contracten ten aanzien waarvan hij bemiddelt. De toerekening van kosten wordt nog moeilijker wanneer de agent naast zijn aanstelling als agent tevens andere (distributie)activiteiten verricht. Afgezien van de toerekeningsproblemen zal de agent vaak over de vrijheid willen beschikken om op eigen kosten enige promotie te verrichten of andere investeringen te doen als dat per saldo zijn eigen inkomsten ten goede komt.²⁹ De ruimte voor ondernemingen om agentuurovereenkomsten buiten artikel 81 lid 1 EG te houden is door de 'zwarte lijst' in de richtsnoeren echter zeer beperkt.

Toepasselijkheid groepsvrijstelling verticale overeenkomsten?

Op basis van de richtsnoeren dienen derhalve veel agentuurovereenkomsten te worden aangemerkt als aan artikel 81 lid 1 EG onderworpen 'oneigenlijke agentuurovereenkomsten'. De Commissie gaat er van uit dat in dat geval de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten van toepassing is. Bij de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling op agentuurovereenkomsten kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst.

Verticale overeenkomsten zijn in beginsel overeenkomsten die betrekking hebben op de koop, verkoop of doorverkoop van goederen of diensten.³⁰ Handelsagenten kopen of verkopen echter zelf geen goederen of diensten, maar bemiddelen bij het sluiten van (ver)koopcontracten tussen de principaal en de afnemer. In verband hiermee is op het laatste moment aan de definities in artikel 1 van de groepsvrijstelling een bepaling toegevoegd. Artikel 1, sub g, van de groepsvrijstelling bepaalt:

'afnemer' omvat een onderneming die, op grond van een overeenkomst welke onder artikel 81 lid 1 van het Verdrag

valt, voor rekening van een andere partij goederen of diensten verkoopt.'

Met het oog op agentuurovereenkomsten is deze definitie onzorgvuldig geformuleerd. Aangezien agenten niet verkopen, maar bemiddelen bij de verkoop tussen de principaal en de koper, zal de betreffende bepaling van de groepsvrijstelling (zeer) ruim geïnterpreteerd moeten worden, willen agentuurovereenkomsten binnen het toepassingsgebied vallen.³¹ Bovendien is het de vraag of de uitbreiding van de groepsvrijstelling tot agentuurovereenkomsten wordt gedekt door de Raadsverordening van 10 juni 1999.³² Deze Raadsverordening, die de Commissie machtigt tot vaststelling van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, spreekt alleen over koop-, verkoop- en wederverkoopovereenkomsten zonder dit uit te breiden tot 'verkoop voor rekening van een ander', laat staan tot agentuurovereenkomsten.³³

Knelpunten

Indien wordt aangenomen dat agentuurovereenkomsten binnen de werkingssfeer van de groepsvrijstelling vallen, heeft dit gevolgen voor de toegestane agentuurvoorwaarden. De algemene vrijstelling van het kartelverbod voor verticale overeenkomsten kent enkele uitzonderingen die een belemmering kunnen opleveren voor agentuurrelaties. Dit betreft met name de hierna genoemde bepalingen.

Prijsbinding. De groepsvrijstelling staat niet toe dat de verkoper de afnemer beperkt in het vaststellen van zijn verkoopprijs.³⁴ In geval van agentuur houdt dit in dat de principaal niet de verkoopprijs van zijn goederen of diensten mag vaststellen, doch dit moet overlaten aan de agent. Deze bepaling lijkt moeilijk verenigbaar met het uitgangspunt dat de agent slechts bemiddelt terzake van een tussen de principaal en de koper te sluiten contract. De agent valt er na het verrichten van zijn bemiddelingsdiensten tussen uit, terwijl de principaal contractpartij wordt. Als contractpartij moet de principaal de prijs en de overige contractvoorwaarden kunnen vaststellen. Indien het verbod van prijsbinding in geval van een agentuurovereenkomst evenwel kan worden gelezen als dat het de agent vrij moet staan

29 Het Europees Parlement heeft de Commissie er dan ook op gewezen dat een kleine bijdrage door de agent aan publiciteitskosten toegestaan moet zijn. EP Resolution 3 mei 2000.

30 Artikel 2 lid 1 Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.

31 Alleen in het geval de agent tevens op eigen naam, doch voor rekening van de principaal, contracten sluit – hetgeen volgens het BW en de Richtlijn handelsagenten niet onder agentuur valt, maar wel binnen de agentuuredefinitie van de richtsnoeren valt – zou mogelijk verdedigd kunnen worden dat er sprake is van verkoop door de agent.

32 Verordening (EG) Nr. 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening nr. 19/65/EEG betreffende toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG 1999, L 148/1.

33 Vergelijk Rittner, Die Handelsvertreterpraxis nach dem neuen EG-Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen, DB, Heft 24, 2000, p. 1211 en verder.

34 Artikel 4 sub a Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.

een deel van zijn provisie aan te wenden als korting aan de afnemer, dan worden de fundamenten van de agentuurrelatie niet aangetast. De vrijheid voor de agent een deel van zijn provisie af te staan aan afnemers is door de Commissie³⁵ en het HvJ EG³⁶ erkend als essentiële voorwaarde voor de onderlinge concurrentie tussen de agenten.³⁷ Het lijkt daarom aannemelijk dat het verbod van prijsbinding bij agentuurrelaties slechts inhoudt dat agenten hun provisie mogen inzetten voor het verlenen van kortingen. In dat geval brengt toepassing van de groepsvrijstelling geen wezenlijke wijziging.

Gebieds- of klantenbeperkingen. Niet toegestaan is het opleggen aan de afnemer – in casu de agent – van beperkingen ten aanzien van het gebied of de klanten waaraan de goederen of diensten worden geleverd.³⁸ Op dit verbod gelden enkele uitzonderingen, waaronder een uitzondering voor contractbepalingen inzake actieve verkoop buiten het aan de agent toegewezen gebied of de aan de agent toegewezen klantenkring. De bevoegdheid van de agent te onderhandelen namens en/of contracten te sluiten voor rekening van de principaal rechtvaardigt dat de principaal kan bepalen op welke wijze de agent zijn werkzaamheden uitvoert. Hieronder valt ook de toewijzing van een bepaald gebied of een bepaalde klantenkring.³⁹ De beperking die de groepsvrijstelling oplegt, kan om deze reden strijdig worden geacht met de aard van de agentuurrelatie.

Non-concurrentiebeding. De groepsvrijstelling is niet van toepassing op non-concurrentiebedingen voor onbepaalde duur of met een looptijd van meer dan vijf jaar.⁴⁰ De exclusieve binding van de agent aan de principaal en/of van de principaal aan de agent kan echter worden beschouwd als voortvloeiend uit de wederzijdse belangenbehartigingsverplichting die ten grondslag ligt aan de agentuurrelatie.⁴¹ Indien de non-concurrentieverplichting essentieel moet worden geacht voor de agentuurrelatie, kan deze niet worden gelimiteerd tot een beperkte periode.⁴²

Marktaandeelgrens. De groepsvrijstelling is alleen van toepassing indien het marktaandeel van de principaal dan wel, in geval van exclusieve agentuur, van de agent niet meer dan 30 procent bedraagt.⁴³ Bij een marktaandeel van meer dan 30 procent dient te worden beoordeeld of de agentuurovereenkomst de mededinging beperkt. Indien dit het geval is, kan individuele ontheffing worden verzocht bij de Commissie of de NMa.⁴⁴ Voor agentuurovereenkomsten die voorheen niet onderworpen waren aan artikel 81 lid 1 EG, maar die volgens de nieuwe richtsnoeren – bijvoorbeeld doordat de agent enig financieel risico draagt – worden geacht wel binnen de werkingsfeer van artikel 81 lid 1 EG te vallen, houdt dit een aanzienlijke wijziging in. Gelet op de nietigheid van overeenkomsten, althans de clausules, die in strijd zijn met artikel 81 lid 1 EG, zullen de contractpartijen hun agentuurovereenkomst moeten (laten) beoordelen en eventueel moeten melden bij de Commissie. Dit kan onzekerheid en kosten tot gevolg hebben.

Gelet op deze knelpunten kan worden gesteld dat de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten niet

geheel aansluit bij de specifieke aard van agentuurovereenkomsten. De groepsvrijstelling is opgesteld met het oog op (weder)koopovereenkomsten tussen zelfstandige ondernemingen. Indien het verbod van prijsbinding bij agentuurovereenkomsten kan worden uitgelegd als de vrijheid provisie aan te wenden als korting, dan zullen echter de gevolgen van de groepsvrijstelling voor agentuurovereenkomsten beneden de marktaandeelgrens van 30 procent doorgaans beperkt zijn. Partijen zullen rekening moeten houden met de mogelijkheid van passieve verkoop buiten het aangewezen gebied of de aangewezen klantenkring alsmede met de beperkte duur van het non-concurrentieverbod.

Tot slot

De belangrijkste wijziging in het beleid van de Commissie betreft de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG op agentuurovereenkomsten. Het criterium van het financiële of commerciële risico dat de agent draagt, wordt in de richtsnoeren streng gehanteerd. Anderzijds wordt in het geheel geen rekening gehouden met de vraag of de agent geïntegreerd is in de onderneming van de principaal. De Commissie acht het irrelevant of de agent tevens optreedt voor andere principalen. De richtsnoeren wijken hiermee af van het eerdere beleid van de Commissie en van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het is de vraag of dit moet worden gezien als een weldoordachte beleidswijziging of als het gevolg van een in de haast aan de richtsnoeren toegevoegd (sub)hoofdstuk. De kritiek op de agentuurparagrafen, en de wijzigingen die de Commissie naar aanleiding daarvan heeft aangebracht, suggereren het laatste. Wellicht is de richtsnoeren daarmee eenzelfde lot beschoren als de agenturbekendmaking uit 1962. In haar beschikkingen heeft de Commissie deze bekendmaking niet of nauwelijks toegepast. Het wachten is bovendien op het oordeel van het Hof van Justitie. Niet valt in te zien waarom het Hof de criteria voor de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG op agentuurovereenkomsten zou

35 Onder andere ontwerp-bekendmaking 1990, paragraaf 17, IATA Passenger Agency Programme, voetnoot 26, paragraaf 51, IATA Passenger Agency Programme, voetnoot 26, paragraaf 46, en UIC, voetnoot 22, paragraaf 92 en verder.

36 Vlaamse reisbureaus-zaak, voetnoot 20, r.o. 17.

37 In dit verband kan ook worden gewezen op de wijziging in de Wet assurantiebedingingsbedrijf. Door afschaffing van het zogenaamde 'retourprovisie-verbod' (art. 16 Wabb) kunnen assurantietussenpersonen vanaf 1 januari 2000 een deel van hun provisie aanwenden voor cadeaus of kortingen aan de verzekeringsnemers.

38 Artikel 4 sub b Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.

39 Vergelijk Artikel 7 lid 2 Richtlijn handelsagenten.

40 Artikel 5, sub a, Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.

41 Vergelijk ook de loyaliteitsplicht voor de agent in artikel 3 Richtlijn handelsagenten.

42 Vergelijk artikel 1 lid 2 Richtlijn handelsagenten die spreekt over de permanente belasting van de agent met bepaalde bevoegdheden.

43 Artikel 3 Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.

44 Hoofdstuk VI van de richtsnoeren zet het handhavingsbeleid van de Commissie in individuele zaken uiteen.

bijstellen. Het beleid van de Commissie dreigt daardoor uit de pas te lopen met de Europese rechtspraak. Voor de partijen bij agentuurovereenkomsten heeft dit onnodige rechtsonzekerheid tot gevolg. Het doel van de richtsnoeren ondernemingen te helpen bij het maken van hun eigen mededingingsrechtelijke beoordeling van verticale overeenkomsten lijkt daardoor niet te worden bereikt. Principalen en agenten die voorheen meenden gevrijwaard te zijn van het mededingingsrecht, dienen thans rekening te houden met de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG op hun agentuurovereenkomst. Met name in Duitsland heeft dit geleid tot felle kritiek en wordt gevreesd dat ondernemingen agentuur zullen vervangen door volledige integratie

dan wel wederverkoop. Het is de vraag of de richtsnoeren deze gevolgen zullen hebben in Nederland. De richtsnoeren leiden er in ieder geval toe dat een groot deel van de agentuurovereenkomsten beoordeeld moet worden onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. Ondernemingen beneden de marktaandeelgrens van 30 procent dienen met name rekening te houden met de beperkte duur van het non-concurrentiebeding en met de mogelijkheid van passieve verkoop buiten het aan de agent toegewezen gebied of klantenkring. Boven de marktaandeelgrens van 30 procent dienen oneigenlijke agentuurovereenkomsten individueel te worden beoordeeld en moet mogelijk ont-heffing worden verzocht bij de Commissie of de NMa.