

---

### CEPSA-arrest, zaak C-217/05

Hof van Justitie EG, 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio vs. Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA). De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten. (m.nt. mr. M.A. de Jong)<sup>1</sup>

---

In de CEPSA-zaak geeft het Hof van Justitie meer duidelijkheid over de toepassing van artikel 81 EG op agentuurrelaties. Het Hof gaat in het arrest in op de omstandigheden die relevant zijn om te bepalen of de agent beschouwd moet worden als een verlengstuk van de principaal, in welk geval artikel 81 EG in beginsel niet van toepassing is, of als een zelfstandige marktpartij, in welk geval artikel 81 EG wel van toepassing is. Daarbij is met name bepalend in welke mate de agent financiële of commerciële risico's draagt. Daarnaast gaat het Hof in op de verplichtingen die zijn toegestaan in het geval van agenten die niet of nauwelijks risico's dragen.

Het arrest is van belang omdat het Hof uitgebreid ingaat op omstandigheden die relevant zijn voor de beoordeling van het financiële of commerciële risico dat de agent draagt. Bovendien is dit het eerste arrest van het Hof met betrekking tot agentuurovereenkomsten sinds de *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*, waarin de Commissie een nieuw beleid ten aanzien van agentuurovereenkomsten heeft neergelegd.

### Prejudiciële vragen

Het Hof van Justitie geeft in het arrest uitleg over de toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten naar aanleiding van prejudiciële vragen die het Spaanse Tribunal

---

<sup>1</sup> Maarten de Jong is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam.

Supremo aan het Hof had gesteld. Deze vragen waren gerezen in een gerechtelijke procedure tussen de Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, een branchevereniging van tankstationhouders, en de Spaanse oliemaatschappij CEPSA. Deze partijen hadden een geschil over bepaalde bepalingen die CEPSA had opgelegd aan haar tankstationhouders, waaronder de verplichting om de door CEPSA vastgestelde detailhandelsprijs te hanteren. De vraag was of deze bepalingen waren toegestaan onder het mededingingsrecht, in het bijzonder onder de toenmalige Europese groepsvrijstelling 1984/83 voor exclusieve afnameovereenkomsten.<sup>2</sup>

De voorvraag daarbij is of het mededingingsrecht van toepassing is op een dergelijke exclusieve agentuurovereenkomst tussen CEPSA (de principaal) en de tankstationhouders (de agenten). Het verzoekende Tribunal Supremo noemt hierbij enkele kenmerken van de betreffende overeenkomsten:

- De tankstationhouder verbindt zich ertoe uitsluitend brandstoffen van de leverancier te verkopen tegen de detailhandelsprijzen en volgens de voorwaarden en verkoop- en exploitatietechnieken die door deze laatste zijn vastgesteld;
- De tankstationhouder draagt het risico van de producten vanaf het tijdstip waarop hij deze van de leverancier in de voorraad tanks van het tankstation ontvangt;
- Vanaf het tijdstip waarop de tankstationhouder de producten ontvangt, is hij verplicht die producten te bewaren onder de omstandigheden die noodzakelijk zijn om verlies of bederf daarvan te voorkomen, en staat hij in voorkomend geval zowel jegens de leverancier als jegens derden in voor verlies, verontreiniging of vermenging van deze producten en voor de schade die daardoor kan ontstaan;
- De tankstationhouder moet de leverancier het voor de brandstoffen verschuldigde bedrag betalen negen dagen na de aflevering daarvan in het tankstation.

### Overwegingen Hof

Het Hof herhaalt eerst een aantal algemene overwegingen uit eerdere rechtspraak. Het Hof stelt vast dat alleen overeenkomsten tussen 'ondernemingen' in de zin van het communautaire mededingingsrecht binnen de werkingssfeer van groepsvrijstelling 1984/83 kunnen vallen. De overeenkomsten tussen CEPSA en de tankstationhouders vallen om deze reden alleen onder artikel 81 EG als de tankstationhouders aangemerkt kunnen worden als onafhankelijke marktdeelnemers. Hierbij is niet beslissend of de partijen formeel los van elkaar staan, doordat zij elk een eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel of hun marktgedrag dat van een eenheid is. Zo kunnen in bepaalde omstandigheden de verhoudingen tussen een principaal en zijn tussenpersoon (agent) worden aangemerkt als een dergelijke economische eenheid.<sup>3</sup>

Uit eerdere rechtspraak van het Hof blijkt echter dat tussenpersonen hun hoedanigheid van zelfstandig marktdeelnemer slechts verliezen 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>4</sup> Het bepalende element om uit te maken of een tankstationhouder een onafhankelijke marktdeelnemer vormt, is daarom in het bijzonder gelegen in de bedingen in de overeenkomst met betrekking tot het dragen van de financiële of commerciële risico's verbonden aan de verkoop aan derden. Hierbij moet niet alleen rekening worden gehouden met juridische kwalificaties, maar evenzeer met de economische realiteit.

Op basis van deze algemene overwegingen beoordeelt het Hof of de tankstationhouders bepaalde financiële of commerciële risico's dragen. Volgens het Hof moet hierbij rekening worden gehouden met de aan de verkoop van de producten verbonden risico's en met de marktspecifieke investeringsrisico's. Het Hof noemt hierbij een aantal voor deze beoordeling relevante omstandigheden:<sup>5</sup>

- Wanneer de tankstationhouder eigenaar van de producten wordt, is waarschijnlijk dat hij met de verkoop verbonden risico's draagt vanaf het moment dat hij de producten van de leverancier ontvangt.
- Een tankstationhouder die aan de distributie verbonden kosten draagt, met name transportkosten, moet worden aangemerkt als iemand die met de verkoop verbonden risico's draagt.
- Het feit dat de tankstationhouder op eigen kosten voorraden aanhoudt kan een indicatie zijn dat de met de verkoop verbonden risico's op hem zijn overgegaan.
- Bepaald moet worden wie instaat voor eventuele schade aan de producten en voor schade die door de producten aan derden wordt veroorzaakt. Wanneer de tankstationhouder aansprakelijk is voor deze schade, ongeacht of hij heeft voldaan aan zijn verplichtingen om de schade te voorkomen, dan moet worden geoordeeld dat het risico is overgegaan op de tankstationhouder.
- Van belang is de verdeling van de aan de producten verbonden financiële risico's te beoordelen, met name het betalingsrisico wanneer de tankstationhouder de brandstoffen niet weet te verkopen of het risico in geval van uitgestelde betaling door het gebruik van creditcards.
- Met betrekking tot marktspecifieke investeringen geldt dat de risico's op de tankstationhouder overgaan wanneer deze specifieke investeringen doet verbonden met de verkoop, zoals investeringen betreffende lokalen of uitrusting zoals een brandstoftank, of indien hij zich ertoe verbindt reclameacties te voeren.

2 Verordening (EEG) nr. 1984/83 van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen exclusieve afnameovereenkomsten, *PbEG* L173/5. Deze groepsvrijstelling is in 2000 vervangen door Verordening (EG) nr. 2790/1999.

3 Het Hof verwijst hierbij naar haar arrest van 16 december 1975, *SuikerUnie e.a./Commissie*, zaak 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jur.* 1975, p. 1663, r.o. 480.

4 Arrest HvJ 24 oktober 1995, *Bundeskartellamt/Volkswagen AG en VAG Leasing GmbH*, zaak C-266/93, *Jur.* 1995, p. I-3477, r.o. 19.

5 R.o. 51-59.

Op basis van deze criteria moet worden beoordeeld of de tankstationhouder risico's draagt. Het Hof voegt daar wel aan toe dat wanneer de agent slechts een 'verwaarloosbaar deel' van het risico draagt, dit niet leidt tot toepasselijkheid van artikel 81 EG.

Wanneer uit het onderzoek naar de door de tankstationhouders gedragen risico's blijkt dat geen sprake is van een overeenkomst tussen onafhankelijke ondernemingen, zodat artikel 81 EG niet van toepassing is, dan is de verplichting om de brandstof voor een door CEPSA bepaalde detailhandelsprijs te verkopen (verticale prijsbinding) niet in strijd met het mededingingsrecht. Een dergelijke verplichting wordt dan beschouwd als inherent aan de bevoegdheid van de principaal om de activiteiten van haar agenten af te bakenen.

Het Hof voegt echter een belangrijke precisering toe. In het geval van een 'echte' agent die geen commerciële en financiële risico's draagt, blijven alleen de door de principaal opgelegde verplichtingen buiten de toepasselijkheid van artikel 81 EG wanneer die zijn opgelegd 'in het kader van de verkoop van waar aan derden voor rekening van de principaal'. Een agentuurovereenkomst kan echter ook bepalingen bevatten 'met betrekking tot de verhouding tussen de agent en de principaal', zoals exclusiviteitsbedingen en non-concurrentiebedingen, waarop volgens het Hof artikel 81 EG wel van toepassing is. In het kader van dergelijke verhoudingen moet volgens het Hof worden aangenomen dat agenten in beginsel onafhankelijke marktdeelnemers zijn en dat de betreffende bedingen een inbreuk kunnen maken op artikel 81 EG voor zover zij de betrokken markt compartimenteren.<sup>6</sup>

## Commentaar

Het arrest van het Hof in de CEPSA-zaak is van belang omdat het een gestructureerde uiteenzetting geeft van de manier waarop de toepasselijkheid van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten moet worden beoordeeld. Het Hof gaat uitgebreid in op de relevante factoren bij de beoordeling van het financiële of commerciële risico dat de agent draagt. In eerdere arresten kwam de toepassing van artikel 81 EG op agentuurrelaties meestal slechts zijdelings en meer toegespitst op het voorliggende geschil aan bod.

Het is bovendien de eerste keer sinds de *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*<sup>7</sup> dat het Hof zich uitlaat over de mededingingsrechtelijke beoordeling van agentuurovereenkomsten. In de richtsnoeren gaf de Commissie in 2000 haar visie op de toepasselijkheid van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten, die op enkele punten afweek van de oudere jurisprudentie van het Hof van Justitie en het oudere beleid van de Commissie.<sup>8</sup> De vraag was daardoor in hoeverre het Hof mee zou gaan in het nieuwe beleid van de Commissie. Het Hof lijkt dit in hoge mate te doen. De beoordeling in het arrest komt sterk overeen met de analyse in de richtsnoeren van de Commissie.

In de rechtspraak en het beleid van de Commissie van vóór de richtsnoeren werd voor de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten rekening gehouden met twee (cumulatieve) criteria: (i) het

financiële of commerciële risico dat de agent draagt en (ii) de vraag of de agent een geïntegreerd hulporgaan is van de onderneming van de principaal.<sup>9</sup> Voor het tweede criterium is met name van belang of de agent voor slechts één of voor meer principalen werkt. Dit punt was bijvoorbeeld doorslaggevend in de *Vlaamse Reisbureaus-zaak*.<sup>10</sup> Het Hof oordeelde in deze zaak dat de reisagenten als zelfstandige marktpartijen moesten worden aangemerkt omdat zij reizen van een groot aantal touroperators verkochten. Ook in het oudere beleid van de Commissie speelde het integratiecriterium een belangrijke rol.<sup>11</sup> In de richtsnoeren laat de Commissie het integratiecriterium echter vallen en acht zij alleen nog het risicocriterium relevant.<sup>12</sup>

In het CEPSA-arrest gaat het Hof in wezen ook alleen maar in op het financiële en commerciële risico dat de agent draagt. In de algemene overwegingen wordt onder verwijzing naar het *Volkswagen en VAG Leasing-arrest*<sup>13</sup> kort vermeld dat de agent beschouwd moet kunnen worden als een in de onderneming van de principaal opgenomen medewerker, maar vervolgens wordt dit geheel geplaatst in de sleutel van de door de agent gedragen risico's. Opvallend is ook dat in de algemene overwegingen, die vele verwijzingen naar eerdere rechtspraak bevat, geen enkele keer naar het *Vlaamse Reisbureaus-arrest* wordt verwezen.

In dit verband kan ook worden gewezen op het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 15 september 2005 in de *Mercedes-Benz-zaak*.<sup>14</sup> In dit arrest gaat het Gerecht wel in op beide criteria. Uitvoerig wordt geanalyseerd in hoeverre de agenten dienden te handelen volgens de instructies van de principaal én in hoeverre de agenten risico's droegen. Het Gerecht komt dan tot de conclusie dat de agenten de verkoop

6 R.o. 62.

7 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van 13 oktober 2000, *Pb.EG* 2000, C 291/1. De paragrafen 12-20 van deze richtsnoeren hebben betrekking op agentuurovereenkomsten.

8 Zie voor een uitgebreide bespreking, M.A. de Jong, *Agentuurovereenkomsten: een nieuwe beoordeling door de Commissie*, *M&M* 2001, nr. 5, p. 182-189.

9 Zie bijvoorbeeld HvJ 25 oktober 1995, *Volkswagen en VAG Leasing*, voetnoot 4, r.o. 19.

10 HvJ 1 oktober 1987, 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.

11 Zie 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*, *PbEG* 1992, L 366/47. In een ontwerp-bekendmaking van de Commissie inzake agentuurovereenkomsten uit 1990 (*Preliminary draft Commission Notice on Commercial Agency Agreements*, IV/484/90), die nooit in werking is getreden, stond ook de vraag naar de integratie van de agent in de onderneming van de principaal centraal. Volgens deze ontwerp-bekendmaking diende onder meer te worden bepaald in hoeverre de agent voor andere principalen werkte en of dit betrekking had op concurrerende producten of diensten.

12 Paragraaf 13 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen zegt uitdrukkelijk dat het 'niet relevant [is] of de agent voor één principaal dan wel voor meerdere principalen handelt'.

13 Zie voetnoot 4.

14 GEA 15 september 2005, zaak T-325/01, *DaimlerChrysler/Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-3319.

grotendeels tot stand brachten onder leiding van de principaal, 'zodat zij op één lijn moeten worden gesteld met werknemers, en moet worden aangenomen dat zij in de onderneming zijn opgenomen en daarmee een economische eenheid vormen'. Integratie en risico worden in dit arrest beoordeeld in onderling verband, maar met een duidelijke rol voor het integratiecriterium. In het CEPESA-arrest ontbreekt echter een dergelijke integratieanalyse.

Het ontbreken van overwegingen met betrekking tot het integratiecriterium zal verband houden met het feit dat de tankstationhouders een exclusief afnamecontract hadden met CEPESA. Hierdoor hoefde niet de vraag aan de orde te komen of het optreden door de agent voor verschillende principalen al dan niet in de weg staat aan de kwalificatie als 'echte' agent die buiten het toepassingsbereik van artikel 81 EG blijft. Het is moeilijk te bepalen of uit het feit dat het Hof evenmin ingaat op andere factoren die relevant zijn voor de integratie, de conclusie kan worden getrokken dat het Hof op dit punt het nieuwe beleid van de Commissie volgt. Hiervoor zal waarschijnlijk gewacht moeten worden op een arrest over niet-exclusieve agenten.

### Risico's agent

Het criterium van het financiële en commerciële risico dat de agent loopt heeft altijd een belangrijke rol gespeeld bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van agentuurrelaties. Al in de Commissiebekendmaking inzake handelsagenten van 1962 was dit de voornaamste factor op basis waarvan moest worden vastgesteld of al dan niet sprake was van een echte agent.<sup>15</sup> Ook in de arresten van het Hof van Justitie is het financiële en commerciële risico een telkens terugkerend beoordelingscriterium.<sup>16</sup> Het is echter de eerste keer dat het Hof dermate uitgebreid de verschillende omstandigheden bespreekt die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de door de agent gedragen risico's.

De door het Hof genoemde omstandigheden komen daarbij sterk overeen met de opsomming van relevante risico's en kosten zoals te vinden in de richtsnoeren van de Commissie. Zo stelt het Hof als eerste dat waarschijnlijk is dat de agent het risico draagt als de eigendom op hem overgaat. De Commissie hanteert in de richtsnoeren de overgang van de eigendom ook als eerste beoordelingspunt.<sup>17</sup> Ook de andere door het Hof genoemde relevante omstandigheden zijn bijna allemaal terug te vinden in de richtsnoeren van de Commissie: het dragen van transportkosten, voorraadkosten, aansprakelijkheid voor schade aan de producten en voor schade die de producten veroorzaken bij derden, betalingsrisico's, investeringen met betrekking tot lokalen en uitrustingen en investeringen in reclameacties.

Het Hof voegt naar aanleiding van opmerkingen van de Commissie ook toe dat wanneer de agent 'slechts een verwaarloosbaar deel van de risico's draagt', dit niet tot toepasselijkheid van artikel 81 EG leidt. Deze uitsluiting van verwaarloosbare risico's wordt ook genoemd in de richtsnoeren van de Commissie.<sup>18</sup>

Door de uitwerking die het Hof in dit arrest aan het risicocriterium geeft, met een tamelijk uitgebreide opsomming van risico's die relevant worden geacht en een beperkte uitzondering, blijft er weinig ruimte over voor agentuurrelaties om buiten de werkingssfeer van artikel 81 EG te blijven. Zodra de agent meer dan verwaarloosbare investeringen doet of anderszins risico's aanvaardt die specifiek zijn voor de betreffende agentuurrelatie, zoals bijvoorbeeld een reclame-actie voor het betreffende product, dan is het mededingingsrecht van toepassing. Het Hof hanteert daarmee een strenge risicotoets.

### Toegestane verplichtingen

Het Hof gaat kort in op de verplichtingen die buiten het toepassingsbereik van artikel 81 EG blijven in het geval van een agent die geen of slechts een verwaarloosbaar deel van de risico's draagt. Het Hof maakt daarbij een onderscheid tussen twee categorieën bepalingen.

De eerste categorie bestaat uit verplichtingen die aan de agent worden opgelegd 'in het kader van de verkoop aan derden voor rekening van de principaal'. Hieronder valt bijvoorbeeld de verplichting voor de agent om de door de principaal vastgestelde verkoopprijs te hanteren. Dergelijke bepalingen vallen buiten de werkingssfeer van artikel 81 EG. Volgens het Hof is de vaststelling door CEPESA van de detailhandelsprijs die de tankstationhouders dienen te hanteren inherent aan de bevoegdheid als principaal om de activiteiten van haar agenten af te bakenen. Dit standpunt is in lijn met de eerdere rechtspraak en met het beleid van de Commissie.<sup>19</sup>

Daarnaast onderscheidt het Hof de categorie 'bepalingen met betrekking tot de verhouding tussen de agent en de principaal'. Hieronder vallen met name exclusiviteits- en non-concurrentiebedingen. Onder exclusiviteitsbeding wordt begrepen dat de principaal zich verplicht in een bepaald grondgebied of met betrekking tot een bepaald type klant geen andere agenten aan te wijzen. Met non-concurrentiebeding wordt bedoeld het verbod voor de agent om op te treden als agent of distributeur voor concurrenten van de principaal. Op deze bepalingen blijft volgens het Hof artikel 81 EG van toepassing, ook als sprake is van een agent die geen risico loopt. Het Hof volgt op dit punt (wederom) het standpunt van de Commissie.<sup>20</sup>

Vanuit praktisch en dogmatisch oogpunt kunnen hier de nodige bezwaren tegen worden ingebracht. In de eerste

15 Bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs, *PbEG* 1962, C 139/2921.

16 Zie o.a. HvJ 16 december 1975, *SuikerUnie*, voetnoot 3, r.o. 480, en HvJ 25 oktober 1995, *Volkswagen en VAG Leasing*, voetnoot 4, r.o. 19.

17 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, voetnoot 7, paragraaf 16.

18 De Richtsnoeren inzake verticale beperkingen spreken over 'geen of slechts minieme risico's' (zie paragraaf 15).

19 O.a. GvEA 15 september 2005, *DaimlerChrysler/Commissie*, voetnoot 14, r.o. 93 e.v., en Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, voetnoot 7, paragraaf 18.

20 Zie Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, voetnoot 7, paragraaf 18-19.

plaats het bezwaar dat de overwegingen van het Hof met betrekking tot de binnen en buiten artikel 81 EG vallende verplichtingen nauwelijks te begrijpen zijn zonder kennis van de richtsnoeren van de Commissie en de oudere rechtspraak. Dit terwijl het gaat om overwegingen die afwijken van de vroegere opvattingen en die bovendien de nodige onzekerheid met zich meebrengen. Zelfs bij 'echte' agenten die geen risico's dragen kan er immers niet meer van uit worden gegaan dat de bepalingen in de agentuurovereenkomst buiten het toepassingsbereik van artikel 81 EG blijven. Gelet op de gevolgen voor de praktijk had het Hof dit beter kunnen uitleggen.

Ten tweede zijn de twee categorieën bedingen niet altijd makkelijk te scheiden. Een beperking met betrekking tot het grondgebied waarbinnen de agent de producten mag verkopen wordt gezien als een toegestane verplichting opgelegd aan de agent in verband met de verkoop. Wanneer de principaal echter met de agent afsprekt voor het bepaalde gebied geen andere agenten aan te wijzen, dan is dat een exclusieve agentuurbepaling, waarop artikel 81 EG van toepassing blijft. De toewijzing van een grondgebied of klantenkring zal echter vaak worden gecombineerd met een zekere bescherming tegen concurrentie door andere agenten en/of de principaal zelf. In een dergelijke situatie kan een contractsbepaling voor een deel buiten en voor een deel binnen het toepassingsbereik van artikel 81 EG vallen. In de praktijk zal de scheiding in verschillende categorieën verplichtingen daarom niet altijd eenvoudig zijn.

Vanuit dogmatisch oogpunt kunnen ook vraagtekens worden gezet bij de door het Hof gegeven onderbouwing van het gemaakte onderscheid. Met betrekking tot de categorie bepalingen die onder het toepassingsbereik van artikel 81 EG blijven zegt het Hof:

*'Dienaangaande moet worden aangenomen dat in het kader van dergelijke verhoudingen [d.w.z. agent-principaal] agenten in beginsel onafhankelijke marktdeelnemers zijn.'*<sup>21</sup>

Eerder in het arrest had het Hof de mededingingsrechtelijke beoordeling van agentuurrelaties geheel in de sleutel van de begrippen 'onderneming' en 'economische eenheid' gezet.<sup>22</sup> Niet iedereen is van mening dat de economische eenheid de juiste grondslag is om agentuurrelaties aan de werking van artikel 81 EG te onttrekken.<sup>23</sup> Maar het feit dat het Hof dat wel doet, maakt het moeilijk om per (onderdeel van een) bepaling een onderscheid te maken of artikel 81 EG al dan niet van toepassing is. In principe is een (rechts)persoon een onafhankelijke marktdeelnemer of niet en vormt derhalve een economische eenheid met de principaal of niet. Dat kan niet verschillen per contractsbepaling. Mogelijk moet deze overweging van het Hof worden begrepen in het licht van een mogelijk te onderscheiden markt waarop de agenten hun bemiddelingsdiensten aanbieden. A-G Kokott maakt in haar conclusie in de CEPESA-zaak een

dergelijk onderscheid tussen de markt voor bemiddelingsdiensten en de markt voor de producten van de principaal om de toepassing van artikel 81 EG op exclusiviteits- en non-concurrentiebedingen te verklaren.<sup>24</sup> Uit het arrest van het Hof wordt dit echter niet duidelijk.<sup>25</sup>

Daarnaast zit er een zekere tegenstrijdigheid in het standpunt van het Hof dat non-concurrentiebedingen onderworpen blijven aan artikel 81 EG. Voor de niet-toepasselijkheid van artikel 81 EG is immers vereist dat de agent geen zelfstandige marktpartij is, maar in hoge mate afhankelijk is van zijn principaal, terwijl de exclusieve binding van de agent aan de principaal door middel van een non-concurrentiebeding nu juist tot gevolg kan hebben dat artikel 81 EG wél van toepassing is. Mogelijk kan dit worden verklaard door de beleidswijziging van de Commissie in haar richtsnoeren. In de periode vóór de richtsnoeren beschouwde de Commissie non-concurrentiebedingen als een uitvloeisel van de wederzijdse belangenbehartiging van de agent en de principaal.<sup>26</sup> De exclusieve binding van de agent bevestigde c.q. had tot gevolg dat de agent was geïntegreerd in de onderneming van de principaal. In de richtsnoeren stapte de Commissie af van deze positieve beoordeling van non-concurrentiebedingen en begint te wijzen op de risico's van marktafscherming. Het Hof lijkt de Commissie hierin te volgen.

De overwegingen van het Hof met betrekking tot exclusiviteits- en non-concurrentiebedingen zijn dermate summier en onduidelijk dat, zoals gezegd, de richtsnoeren van de Commissie nodig zijn om te kunnen begrijpen wat wordt bedoeld. Het Hof zegt alleen dat moet worden aangenomen 'dat die bedingen van dien aard zijn dat zij inbreuk kunnen maken op de mededingingsregels voor zover zij de betrokken markt compartimenteren.'<sup>27</sup> De richtsnoeren verduidelijken dat exclusieve-agentuurbepalingen slechts betrekking op de intrabrandconcurrentie en doorgaans geen concurrentiebeperkend effect zullen hebben.<sup>28</sup>

21 R.o. 62.

22 Onder verwijzing naar het *SuikerUnie*-arrest (zie voetnoot 3) stelt het Hof in r.o. 42: 'In bepaalde omstandigheden kunnen de verhoudingen tussen een principaal en zijn tussenpersoon als een dergelijke economische eenheid worden aangemerkt.'

23 In de zaak C-226/93, *Volkswagen en VAG Leasing*, voetnoot 4, verdedigt A-G Tesaro in zijn opinie dat artikel 81 EG niet van toepassing is aangezien de betreffende bepalingen in de agentuurovereenkomst noch de strekking noch het gevolg hebben de mededinging te beperken, en bestrijdt de toepassing van de economische eenheidsdoctrine. In die zin tevens N. Koch en G. Marengo, *L'Article 85 du Traité CEE et les contrats d'agence*, Cahiers de droit européen, 1987, 603.

24 Conclusie van A-G J. Kokott van 13 juli 2006, par. 43 e.v. Ook de Commissiebekendmaking van 1962, voetnoot 15, onderscheidt een dergelijke bemiddelingsdienstenmarkt.

25 Het feit dat het Hof in r.o. 62 zegt dat de bedingen kunnen leiden tot compartimentering van 'de betrokken markt' suggereert dat het Hof slechts naar één markt kijkt.

26 Commissiebekendmaking 1962, voetnoot 14, sectie II, en ontwerp-bekendmaking van de Commissie uit 1990, voetnoot 11, par. 11-12.

27 R.o. 62.

28 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, voetnoot 7, par. 19.

Non-concurrentiebedingen hebben juist betrekking op de interbrandconcurrentie en kunnen volgens de richtsnoeren strijdig zijn met artikel 81 EG wanneer zij leiden tot afscherming van de relevante productmarkt. Om deze reden moet worden aangenomen dat het Hof met haar opmerking over compartimentering met name de non-concurrentiebedingen op het oog heeft. Van afscherming van de markt zal meestal niet snel sprake zijn. Voor partijen bij een agentuurovereenkomst met 'echte' agenten die in het geheel geen risico's dragen leidt het echter tot onzekerheid als er niet zonder meer van uit kan worden gegaan dat het mededingingsrecht niet van toepassing is.