

Kommisjonssalg

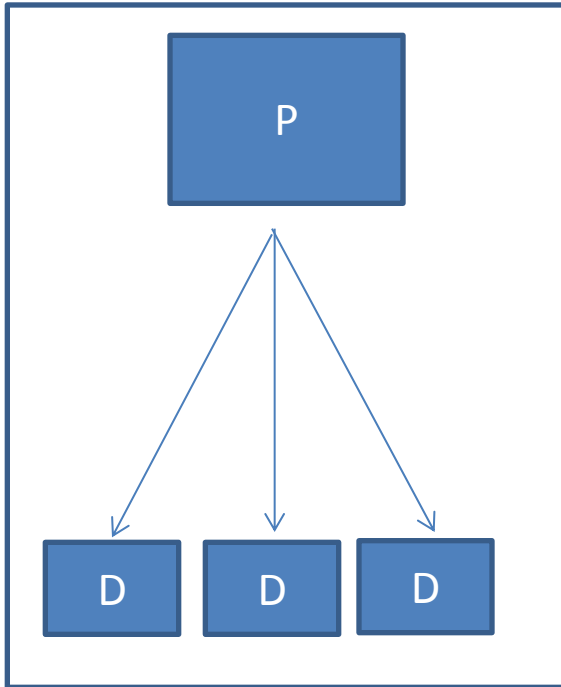
BECCLE seminar 06.11.13

Ronny Gjendemsjø og Bjørn Olav Johansen

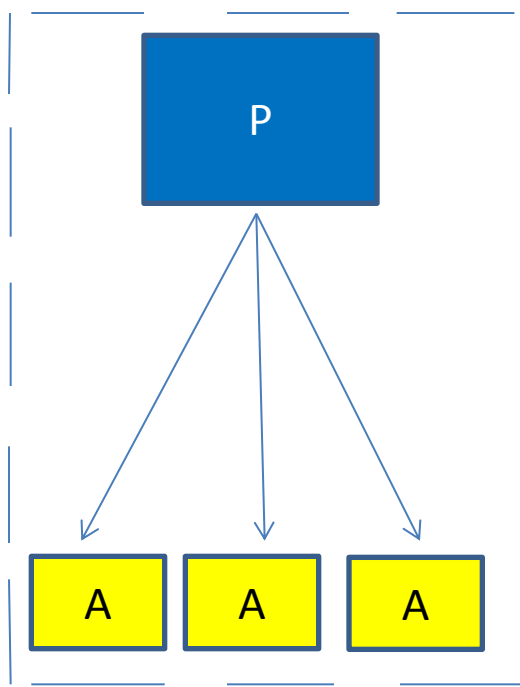


Temaet

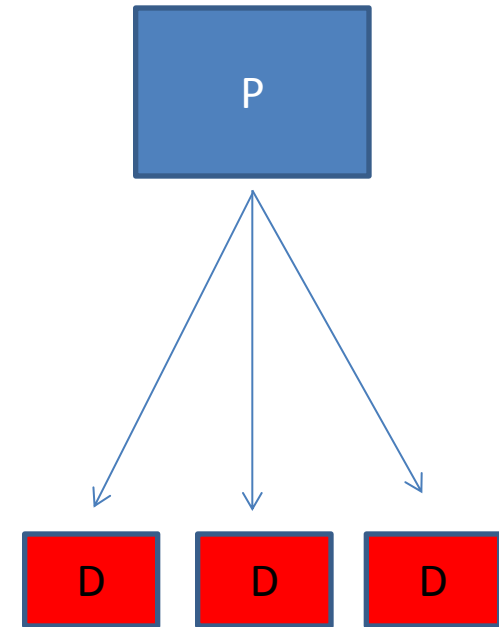
- Unntaket fra konkurransereglene for Kommisjonssalg/agentavtaler
- Hva er kommisjonssalg?
 - Privatrettslig
 - Konkurranserettslig
 - Privatrettslige definisjoner er ikke avgjørende
 - Hovedsakelig salg for annens regning/risiko som er unntatt fra § 10/art. 101



- Vertikal integrasjon
- Ingen anvendelse av TFEU art. 101/§ 10



- A forhandler på vegne av P og mottar provisjon
- A har ikke full råderett over produktet
- P har risikoen for sluttkundens betaling
- Kan være unntatt fra TFEU art. 101



- Uavhengig detaljist
- Eiendomsretten til produktet overføres til D
- TFEU art. 101 kan anvendes

Agentunntaket

- TFEU art 101 får ikke anvendelse på «ekte» agentavtaler
 - Selv om de har en konkurransebegrensende virkning
- Hvorfor?
 - 1962-kunngjøringen: Agenten er
 - Bare et hjelpeorgan med en hjelpefunksjon
 - Ikke en selvstendig aktør på markedet
 - Eldre praksis fra EU-domstolen (forente saker 40/73 m.fl., *Suiker Unie* og sak 311/85, *Vlaamse Reisbureaus*)
 - Ser ut som at agenter ble ansett som en integrert del av produsentens virksomhet
 - Likheten med heleid datterselskap og ansatte kan ha begrunnet unntaket
 - Begrunner likheten med vertikal integrasjon likebehandling?

Agentunntaket – litt historikk

- Kommisjonens veiledning fra 1962
 - Unntak fra art 85 (nå art 101) for ulike typer agentavtaler
 - Det avgjørende var at agenten ikke overtok risikoen for transaksjonene
- EU-domstolen
 - Forente saker 40/73 m.fl. *Suiker Unie*, sak 311/85, *Flamske reisebyråer*.
 - Utgangspunkt i foretaksbegrepet: Avtale *mellom* foretak?
 - Spørsmål om en eller flere økonomiske enheter
 - Foretak som også opptrer på egne vegne anses ikke som agent

Agentunntaket – innhold

- Sak C-266/93, *Volkswagen*
 - Domstolen uttalte at forhandlere kun mister sin status som selvstendig foretak dersom de «ikke bærer nogen av de risici, der er forbundet med de kontrakter, de har forhandlet for kommittenten, og fungerer som hjelpeorganer, der er integrert i kommittentens virksomhed». (19)
 - Forhandlerne ble ikke ansett som «ekte» agenter
 - Det ble også lagt vekt på at forhandlerne også hadde et hovederverv som selvstendig virksomhet
 - Siste tilfelle av at agentens virksomhet utenfor agentforholdet er relevant
- Avgjørelsen er delvis en kursendring i retning av en risikovurdering

Agentunntaket – innhold forts.

- Sak T-325/01, *DaimlerChrysler AG*
- Forhandleravtalene mellom Daimler og Mercedesforhandlere i Tyskland
 - Forhandlerne solgte ikke biler, de formidlet bare tilbud og aksept.
 - Forhandlerne kunne ikke bestemme prisen som Mercedes mottok
 - Men kunne gi rabatt ved å gi avkall på provisjon
 - Forhandlerne var ikke pålagt å ha varelager
 - Forhandlerne hadde ingen risiko forbundet med avtalens fullbyrdelse
- Forhandlerne ble ansett som agenter, og art 101 kunne ikke anvendes

Agentunntaket – innhold forts.

- Sak T-325/01, *DaimlerChrysler AG*, forts.
- Underretten bruker foretaksbegrepet som utgangspunkt (85 flg)
 - «If an agent works for the benefit of his principal he may in principle be treated as an auxiliary organ» (87)
 - «where an agent (...) does not *independently* determine his own conduct on the market, but carries out the instructions given to him». (88)
 - «an agent can lose his character as independent (...) only if he does not bear any of the risks resulting from the contracts negotiated on behalf of the principal». (87)
- Den konkrete vurderingen som foretas en vurderingen av fordelingen av risikoen mellom prinsipal og agent.
- Risikofordelingen synes etter dette å være etablert som det overordnede vurderingstemaet.

Agentunntaket – innhold forts.

- Sak C-217/05, *CEPSA*
- Videreføring av *DaimlerChrysler*
- Utdyper risikovurderingen (47 flg.)
 - Finansiering av lager
 - Finansiering av markedsspesifikke investeringer
 - Overføring av eiendomsretten
 - Ansvar for transportkostnader
 - Risiko for skade på produktet
 - Risiko for kjøpers betalingsvilje/evne

Agentunntaket – innhold forts.

- Sak C-217/05, *CEPSA*
- Unntak fra unntaket?
 - Det er «alene de forpligtelser, der er pålagt melleghandleren i forbindelse med salg af produkter til tredjemænd (...) der ikke er omfattet af traktatens artikkel [101]». (62)
 - En kommisjonsavtale kan inneholde «bestemmelser vedrørende forholdet mellom agenten og kommittenten, hvorpå nævnte artikkel finder anvendelse, så som klausuler om eksklusivitet og konkurranseklausuler». (62)
- Å møte selg selv i døren?
 - En avtale er ikke en avtale mellom uavhengige foretak når den regulerer salget av et produkt til tredjemann
 - En avtale mellom de samme enhetene er derimot en avtale mellom foretak dersom den regulerer forholdet mellom agent og prinsipal
 - Blir det funksjonelle foretaksbegrepet vel funksjonelt her?

Agentunntaket – innhold forts.

- Kommisjonens retningslinjer om vertikale avtaler (2010 C-130/10)
- Angir en risikovurdering (13)
 - Agenten kan bare ta på seg ubetydelig risiko (15)
- Liste over faktorer som agenten ikke skal ta en ubetydelig av risikoen for (16):
 - Transaksjonskostnader
 - Lagerbeholdning
 - Risiko for riktig oppfyllelse av kontrakt
 - Ansvar for kundens oppfyllelse av sine plikter
 - Slagspromotering
 - Markedsspesifikke investeringer
- Retningslinjene nevner ikke agentens eventuelle annen virksomhet

Agentunntaket – innhold forts.

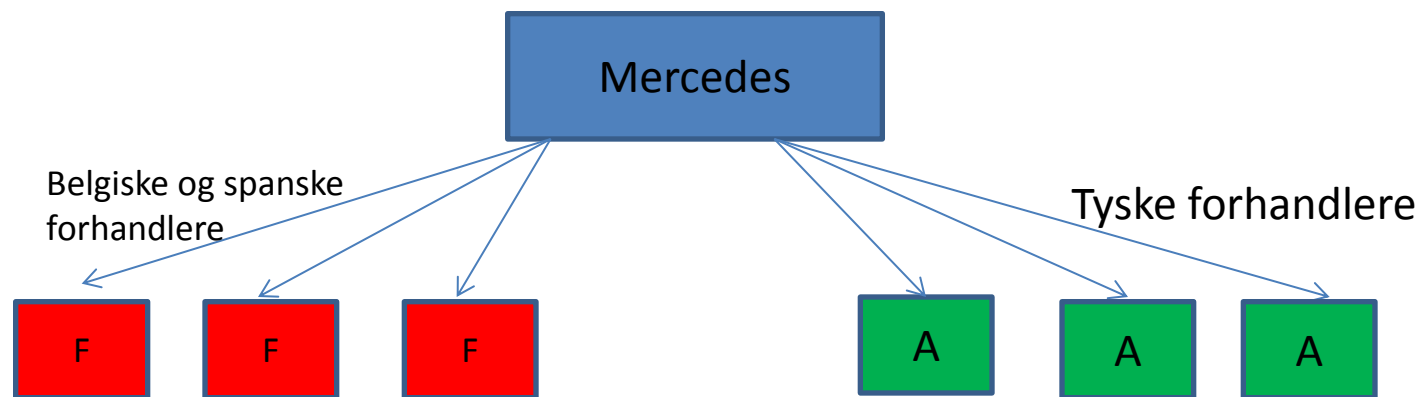
- Kommisjonens retningslinjer om vertikale avtaler (2010 C-130/10), forts.
- Retningslinjene nevner også unntaket fra unntaket (19):
 - Områdebegrensning og fastpriser angis som en del av agentavtalen
 - Single branding er ikke omfattet av unntaket
 - Og dersom en agentavtale fasiliterer koordinerte virkninger så kan artikkel 101 anvendes!
 - Merk begrunnelsen for unntaket: «Since the agent is a **separate undertaking from the principal**».
 - Var ikke unntaket begrunnet i at enhetene ikke er separate foretak?

Agentunntaket - oppsummering

- «Ekte» agentavtaler, dvs. hvor agenten bare har en ubetydelig del av risikoen for transaksjonene, omfattes ikke av art 101
 - Forutsatt at det ikke avtales single branding
 - Forutsatt at agentavtalene ikke fasiliterer koordinerte virkninger (NB! Følger ikke av rettspraksis)
- Hva står vi igjen med da?
 - Agentavtaler med bindende videresalgsspriser og/eller områdebegrensninger på agentene er unntatt art 101
 - Forutsatt at de ikke fasiliterer koordinerte virkninger?

Agentunntaket – innhold forts.

- Sak T-325/01, *DaimlerChrysler AG*
 - Sammenligningen med forhandlere i andre land var sentral i saken



- Kjøper inn og videreselger biler – overtar eiendomsretten
 - Har fullbyrdsrisiko overfor kunden
 - Har varelager
 - Delvis ansvar for markedsføring
 - Selger ikke, formidler tilbud og aksept.
 - Rabatt går av egen provisjon
 - Har ikke varelager
 - Har ikke fullbyrdsrisiko
- Dersom avtalene hadde inneholdt RPM og eksklusivitet, er det da gode grunner for å forskjellsbehandle disse to tilfellene?

Agentunntaket – alternativer?

- Behov for en alternativ «regulering»?
 - Unntaket er snevert
 - Svak støtte i foretaksbegrepet
 - Vil en anvendelse av konkurransebegrensningskriteriet gi uønskede resultater?
 - Kan fordelene ved å velge agentavtaler være en effektivitetsgevinst?
 - Er det formålskategorien og dens antatte virkninger som er problemet?
 - Eks. at formålsrestriksjoner *nesten aldri* kan oppfylle vilkårene for unntak i tredje ledd?
 - Kommisjonens forståelse av unntaket er lite arbeidsbesparende for myndighetene og bidrar heller ikke til forutberegnelighet

Agentunntaket – alternativer?

- Foreløpig oppsummering:
 - Et unntak som opprinnelig ble utledet av foretaksbegrepet, men som slik det er i dag stemmer veldig dårlig overens med foretaksbegrepet
 - Et unntak som fritar konkurransebegrensende avtaler fra art 101 uten at dette har en god begrunnelse
 - Et unntak som er unødvendig for å fange opp eventuelle positive virkninger, fordi disse uansett fanges opp av tredje ledd

Agentunntaket – alternativer?

- Alternativ 1:
 - Avtalen må vurderes opp mot konkurransebegrensningskriteriet og vilkårene for unntak i tredje ledd
- Alternativ 2: Generaladvokat Tesauro i Sak C-266/93, *Volkswagen*
 - Ønsket ikke å videreføre agentunntaket (18)
 - Foreslo en nødvendighetsvurdering av restriksjonene (18)
 - Er restriksjonen nødvendig for å oppnå formålet med agentavtalen
- Alternativ 3: Mulighet for en særnorsk regulering?
 - EØS-konkurranseloven § 7 (2) og ODA protokoll 4, kap II, art 3 (2)