

03

DLC COUNTDOWN



AGENTUR

HVAD?

Agenturaftalers specielle karakter kræver anvendelse af en **særlig konkurrenceretlig ramme**. Denne ramme bygger på en opsplitning mellem (i) den rolle, der indtages af en agent, der optræder som mellemmand for agenturgiveren (dvs. hvor han søger at sikre forretninger for agenturgiveren) og (ii) agentens position som leverandør af agenturydelser til agenturgiveren (dvs. hvor han søger udnævnelser som agent).

I sidstnævnte tilfælde optræder agenten som et foretagende, der er **adskilt** fra agenturgiveren. Agenten stiller agenturydelser til rådighed for markedet. Her gælder EU-konkurrencelovgivningen i sin helhed ligesom i enhver anden situation, hvor selskaber tilbyder ydelser.

Denne position adskiller sig fra den førstnævnte. I det førstnævnte tilfælde kommer den særlige konkurrenceretlige ramme i spil. Her optræder agenten som en **forlængelse** af agenturgiveren. Agenten er opsøgende for at sikre forretninger for agenturgiveren. Under særlige omstændigheder giver rollen som agent ikke anledning til anvendelse af EU-konkurrencereglerne, da agenten ses som en integreret del af agenturgiveren (på samme måde som agenturgiverens medarbejdere).

Hvis de særlige betingelser er opfyldt, er de praktiske konsekvenser ganske betydelige. Agenturgiveren vil kunne diktere prisen ved agentens indgåelse af forretningstransaktioner på agenturgiverens vegne. Det betyder, at der ikke er nogen risiko for **vertikal prisfastsættelse** eller **RPM** (bindende videresalgspris). Agenturgiveren kan også diktere, hvor agenten må være aktiv og hvilke kunder, han må handle med. Det betyder, at der ikke er nogen risiko for forbudte **territoriale begrænsninger** eller **kundebegrænsninger**.

NU?

De nuværende Vertikale Retningslinjer, der er knyttet til den nuværende VBER, fastslår, at det afgørende ved definitionen af en agenturaftale i konkurrenceretlig henseende er den **økonomiske eller kommercielle risiko**, som agenten bærer i relation til de aktiviteter, som agenturgiveren har udpeget agenten til ("**agenturtesten**"). Efter EU-Domstolens retspraksis vil agenturtesten kun være bestået, hvis agenten ikke bærer nogen eller kun ubetydelige risici forbundet med de forretninger, han indgår eller forhandler på agenturgiverens vegne.

Man kan fx forestille sig, at en agent skal afholde omkostningerne ved transport af varer fra agenturgiveren til kunderne, eller at han må opretholde et lager af disse varer for egen regning. I disse tilfælde påtager agenten sig risici, der truer hans status som "ægte" agent i EU-konkurrenceretlig henseende. Karakteren og omfanget af disse økonomiske eller kommercielle risici medfører, at agenten optræder som selvstændig markedsdeltager snarere end som en markedsaktør, hvis markedsadfærd kan tilskrives agenturgiveren.

De Vertikale Retningslinjer nævner tre kategorier af risici, der er væsentlige, og indeholder en ikke udtømmende liste over praktiske eksempler for hver kategori:

- **Kontraktspecifikke risici:** Risici, der relaterer sig direkte til de aftaler, som agenten indgår eller forhandler på agenturgiverens vegne. Praktiske eksempler er finansiering af lager, omkostningerne ved transport af varer, ansvaret over for tredjemand for skade forårsaget af de solgte produkter og ansvaret for kunders misligholdelse.
- **Markedsspecifikke investeringer:** Investeringer, der er nødvendige for den type aktivitet, som agenten er udpeget af agenturgiveren for, og er som regel irreversible. "Irreversibel" betyder, at investeringerne ikke vil kunne benyttes til andre aktiviteter (eller med et betydeligt tab), hvis agenten ophører med sine aktiviteter for agenturgiveren. Praktiske eksempler omfatter investeringer i salgspromotion eller investeringer, der specifikt er knyttet til transaktionerne, såsom udstyr, lokaler eller uddannelse af personale.
- **Risici i forbindelse med andre aktiviteter på det samme produktmarked, når agenturgiveren forlanger, at agenten varetager sådanne aktiviteter — ikke som agent på agenturgiverens vegne, men for egen regning.** I praksis afhænger denne risikokategori af den specifikke situation og det aktuelle marked.

Hvis agenturtesten i relation til ovenstående kategorier af risici *ikke* er bestået, er agenten underlagt samme EU-konkurrenceretlige rammer som en selvstændig forhandler. I det modsatte scenarie (dvs.

at ingen eller ubetydelige risici bæres af agenten) vil agenten ikke være underlagt disse rammer og anses for en integreret del af agenturgiveren.

FREMTIDEN EFTER DEN 1. JUNI 2022?

Kommissionens nuværende forslag til ny VBER og Vertikale Retningslinjer opretholder en agenturtest, som er baseret på fravær eller et ubetydeligt omfang af de risici, som agenten påtager sig. Vi forventer, at denne position forbliver uændret i de fremtidige ændrede forslag (som forventes i starten af 2022) og i de endelige tekster. Det **bærende element i agenturtesten forbliver således risikokriteriet**. De aktuelle forslag i de Vertikale Retningslinjer tilføjer dog, at denne **undtagelse skal fortolkes snævert**.

Den samme type risici er identificeret i de aktuelle forslag, men en **ny test** er tilføjet for at vurdere betydningen af de risici, som agenten påtager sig. Det angår de indtægter, agenten har genereret ved at levere agenturydelserne (fx den provision, som agenturgiveren betaler til agenten) snarere end de indtægter, der genereres ved salget af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af agenturaftalen eller agentens overordnede forretningsprofil (hvor agenturaktiviteterne for agenturgiveren kun udgør en brøkdel af de samlede aktiviteter).

Det aktuelle forslag til Vertikale Retningslinjer præciserer, at en agenturgiver kan bruge forskellige metoder til at eliminere agentens risici ved at **godtgøre de relevante omkostninger**. Til dette formål kan en agenturgiver godtgøre de præcise omkostninger, tilvejebringe et fast engangsbeløb eller betale agenten en fast procentdel af indtægterne fra de varer eller tjenesteydelser, der er solgt i henhold til agenturaftalen. En sådan godtgørelsesmetode er kun effektiv, hvis den sikrer, at agenten ikke bærer nogen eller kun ubetydelige risici.

Ifølge Kommissionen kan det derfor være nødvendigt med en simpel metode til, at agenten kan indberette og anmode om godtgørelse af omkostninger, der overstiger det aftalte engangsbeløb eller den aftalte faste procentdel. Det kan også være nødvendigt for agenturgiveren systematisk at overvåge eventuelle ændringer i omkostningerne med henblik på at tilpasse engangsbeløbet eller den faste procentdel i overensstemmelse hermed.

Hvis omkostningerne godtgøres med en procentdel af prisen for de solgte produkter i henhold til agenturaftalen, skal agenturgiveren også tage højde for, at agenten kan påtage sig relevante markedsspecifikke investeringer (den anden type risici), selvom han i en periode kun har begrænset eller intet salg. Disse omkostninger godtgøres af agenturgiveren uanset omfanget af aktiviteterne for agenturgiveren.

I PRAKSIS?

- Agenturtesten baseret på den risiko (ingen eller ubetydelig), som agenten påtager sig, vil fortsat finde anvendelse efter de aktuelle forslag til ny VBER og Vertikale Retningslinjer.
- De aktuelle forslag kræver en snæver fortolkning af agenturtesten.
- De aktuelle forslag vurderer betydningen af de risici, som en agent påtager sig op imod de indtægter, som genereres af agenten fra de agenturydelser, han leverer til agenturgiveren (typisk den modtagne provision).
- De aktuelle forslag giver et meget detaljeret overblik over muligheden for at **godtgøre agentens omkostninger**. Selve godtgørelsesmekanismen har ikke afgørende betydning. Det afgørende spørgsmål er, om mekanismen er udtænkt på en sådan måde, at den eliminerer alle risici eller bringer dem tilbage til et *de minimis*-niveau.

VURDERING?

Der er mindst tre påfaldende aspekter ved de nuværende forslag fra Kommissionen, og det vil blive interessant at se, om de vil være indeholdt i de ændrede forslag:

- Kravet om en **snæver fortolkning** af agenturtesten synes at afspejle en vis formodning hos Kommissionen om brugen af et "ægte" agentur (dvs. et agentur, der undgår de EU-konkurrenceretlige regler). Dette krav er unødvendigt og kan faktisk give anledning til juridisk usikkerhed. Agenturtesten (som er baseret på EU-Domstolens retspraksis og kræver en antagelse om ingen eller ubetydelige risici) er allerede meget streng i sig selv.
- Det er et politisk valg at vurdere omfanget af den påtagede risiko op imod **de indtægter, der genereres af de pågældende specifikke agenturydelser**. Et lige så validt (og sandsynligvis økonomisk mere relevant) parameter kan være at vurdere risikoen op imod agentens overordnede forretningsprofil.
- De nuværende Kommissionsforslag sår til en vis grad tvivl om, hvorvidt omkostningerne på andre relevante markeder kan være relevante for agenturtesten. Domstolens retspraksis er klar i denne henseende, og en sådan forlængelse er ikke berettiget. Henvisninger til retspraksis om *Mercedes* i de aktuelle forslag synes uhensigtsmæssige i denne forbindelse.



Distribution Law Center

DRIVEN BY CONTRAST



DEN ENDELIGE REVIDEREDE VBER PÅTÆNKES AT TRÆDE I KRAFT DEN 1. JUNI 2022.

VIL DU VIDE MERE? STAY TUNED...

I perioden indtil den 1. juni 2022 vil vi give dig **regelmæssige opdateringer** samt den nødvendige juridiske knowhow, således at du er klædt bedst muligt på til at forberede din virksomhed til fremtiden. Tjek også Distribution Law Centers platform (www.distributionlawcenter.com) og vores [LinkedIn-side](#) for yderligere oplysninger om lovgivningen vedrørende vertikale aftaler, herunder både konkurrence- og erhvervsretligt. 27 ekspertteams fra hele EØS arbejder hårdt på at gøre platformen til din foretrukne kilde til vejledning og information.