

grond nu partijen zich bevinden in het uitzonderingsgeval bedoeld in artikel 8.2 van de samenwerkingsovereenkomst waarin de toepassing van het concurrentiebeding na beëindiging wordt uitgesloten.

Besluit: het hoofdberoep van De Verzekeringwinkel en de BVBA G.N. zijn gegrond. Voor zover KBC zogenaamd incidenteel beroep instelt op het punt van de heropening der debatten bevolen door de eerste rechter, is dit zonder voorwerp gelet op het devolutief karakter van het hoger beroep. Voor zover het incidenteel beroep van KBC betrekking heeft op de veroordeling *in solidum* van de BVBA G.N. samen met De Verzekeringwinkel is het ongegrond.

(...)

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtsprekend na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken,

Voegt de zaken gekend onder rolno's. 2010/AR/3219 en 2011/AR/457 wegens samenhang;

Verklaart de hogere beroepen ontvankelijk;

Verklaart de hoofdberoepen gegrond en het incidenteel beroep ongegrond;

Veroordeelt KBC tot betaling aan De Verzekeringwinkel van een bedrag van 487.066,20 EUR te vermeerderen met de vergoedende interest aan de wettelijke rentevoet vanaf 3 november 2009 tot op de datum van dit arrest en met de moratoire interest op het geheel tot op de datum van betaling;

Veroordeelt KBC om een tussentijdse afrekening over te maken aan De Verzekeringwinkel van de aan deze nog verschuldigde commissielonen op de eerste dag van de tweede maand volgend op deze van betekening van onderhavige uitspraak en om het eventueel positief saldo van de agentenrekening voor het einde van die tweede maand aan De Verzekeringwinkel te betalen vermeerderd met de moratoire interest aan de wettelijke rentevoet vanaf de datum van opeisbaarheid conform de wet handelsagentuur en met gerechtelijke interest tot aan algehele betaling;

Veroordeelt KBC in de kosten van beide aanleggen;

(...)

Noot

De toepassing van het kartelverbod op handelsagentuurovereenkomsten: van principiële uitsluiting naar individuele beoordeling

Michaël Vansteenbeeck¹ en Jeroen Dewispelaere²

1. INLEIDING

1. Het geannoteerde arrest van het Brusselse hof van beroep is om meerdere redenen interessant. Ten eerste is het een van de zeldzame gevallen waarin een Belgische rechter zich uitspreekt over de toepassing van het kartelverbod op de relatie tussen een principaal en zijn handelsagent. Bovendien

brengt het enkele pertinente preciseringen aan over de onmiddellijke beëindiging van handelsagentuurovereenkomsten wegens ernstige tekortkoming. Het is vooral het eerste aspect dat we hierna onder de loep nemen.

2. FEITELIJKE CONTEXT EN PROCEDURELE ANTECEDENTEN

2. In september 1999 sloot KBC Verzekeringen (hierna: KBC) een agentuurovereenkomst voor het beheer en de uitbouw van haar verzekeringsportefeuille in de gemeenten Oevel en Westerlo. De agentuurovereenkomst bevatte een exclusiviteitsbeding dat de agent verplichtte om uitsluitend voor KBC op te treden en hem verbood om rechtstreeks of onrechtstreeks verzekeringspolissen van concurrerende ondernemingen te verkopen. Een uitdrukkelijk ontbindend

beding bepaalde bovendien dat elke inbreuk op die verplichting een ernstige tekortkoming uitmaakte die KBC toeliet om de overeenkomst onmiddellijk en zonder vergoeding te beëindigen.

3. Nadat die bepaling – die in alle agentuurovereenkomsten van KBC was ingeschreven – gedurende vele jaren een sluimerend bestaan had gekend, bracht KBC haar verzeke-

¹. Doctoraatsbursaal KU Leuven Kulak, medewerker van het Interreg IV-project "GO-DIS".

². Advocaat bij & De Bandt advocaten/avocats in Brussel.

ringsagenten in december 2008 op de hoogte dat zij het exclusiviteitsbeding vanaf 1 april 2009 volledig en consequent zouden moeten naleven. Elke agent die na die datum nog polissen van concurrerende verzekeraars zou beheren, riskeerde sancties die – afhankelijk van de aard, de ernst en de frequentie van de inbreuken, maar ook van de bereidheid tot regularisatie – konden gaan van uitsluitingen van financiële tussenkomsten, tot het verbreken van de samenwerking met of zonder opzeggingstermijn of -vergoeding.

4. Toen KBC te weten kwam dat een van haar verzekeringsagenten via een verbonden makelaarskantoor toch voor een aantal concurrerende verzekeringsmaatschappijen was blijven optreden, nodigde zij hem uit voor overleg. Tijdens een gesprek op 21 oktober 2009 erkende de betrokken agent

de inbreuk op het exclusiviteitsbeding en bood hij aan om de situatie te regulariseren. Niettemin besloot KBC om de overeenkomst als gevolg van de tekortkoming onmiddellijk en zonder vergoeding te beëindigen. De betekening van de beëindiging vond plaats op 2 november 2009.

5. De verzekeringsagent verzette zich tegen de onmiddellijke beëindiging en maakte aanspraak op een vervangende opzeggings- en uitwinningsvergoeding. Hij wierp daarbij onder andere op dat het exclusiviteitsbeding strijdig was met het kartelverbod. De rechtbank van koophandel te Leuven wees de vordering van de agent in eerste aanleg af. Het hoger beroep dat de verzekeringsagent tegen dat vonnis instelde, heeft geleid tot het hierboven aangehaalde arrest.

3. TOEPASSING VAN HET KARTELVERBOD OP AGENTUUROVEREENKOMSTEN

6. Het meest opvallende aspect van het geciteerde arrest ligt in de manier waarop het hof van beroep te Brussel het kartelverbod toepast op (handels)agentuurovereenkomsten.

3.1. De algemene principes van het kartelverbod

7. Zoals bekend, verbiedt artikel 101, lid 1 VWEU elke overeenkomst tussen ondernemingen die ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de interne markt wordt beperkt en die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Artikel IV.1, § 1 van het Wetboek van economisch recht voorziet in een analoog verbod voor overeenkomsten die betrekking hebben op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan³. Overeenkomsten die onder het kartelverbod vallen zijn in principe van rechtswege en absoluut nietig. In bepaalde gevallen kunnen zij evenwel van een (individuele of groeps-)vrijstelling genieten (*cf. infra*, randnrs. 27 en 33).

8. De toepassing van het kartelverbod is dus afhankelijk van het bestaan van een afspraak of overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen. Het begrip “*onderneming*” slaat daarbij op een met betrekking tot het voorwerp van de overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al bestaat die economische eenheid vanuit juridisch oogpunt uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen⁴. Het kartel-

verbod vindt met andere woorden geen toepassing indien twee formeel los van elkaar staande vennootschappen met eigen rechtspersoonlijkheid in feite een economische eenheid vormen⁵.

9. Anderzijds is niet vereist dat de ondernemingen rechtstreekse concurrenten zijn. Het kartelverbod ziet immers niet enkel toe op mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn, maar ook op zogenaamde “*verticale overeenkomsten*” tussen ondernemingen die elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn⁶. De Europese Commissie erkent evenwel dat verticale beperkingen doorgaans minder schadelijk zijn dan horizontale beperkingen en aanzienlijke efficiëntieverbeteringen kunnen opleveren⁷.

3.2. De afdwinging van het kartelverbod

10. Om de doeltreffende handhaving van het kartelverbod te waarborgen, voorziet het mededingingsrecht in een gecombineerde aanpak van publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden.

11. De openbare handhaving van het kartelverbod impliceert een sturend optreden vanwege de overheid die mededingingsverstoring gedrag afschrikt, sanctioneert en remediëert. Daartoe kunnen zowel de Europese Commissie als de

³. Het geannoteerde arrest verwijst in die context nog naar het oude art. 2, § 1 van de wet van 15 december 2006 tot bescherming van de economische mededinging (WBEM). Met ingang van 6 september 2013 werd die wet vervangen door Boek IV van het Wetboek van economisch recht “Bescherming van de mededinging”.

⁴. HvJ 12 juli 1984, nr. 170/83, *Hydrotherm*, Jur. 1984, 2999, r.o. 11.

⁵. HvJ 14 juli 1972, nr. 48/69, *ICI / Commissie*, Jur. 1972, 619, r.o. 140.

⁶. Zie art. 1, lid 1, a) van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.L.* 102/1 van 23 april 2010 (hierna: groepsvrijstellingsverordening) en richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb.C.* 130/1 van 19 mei 2010 (hierna: verticale richtsnoeren), randnr. 5.

⁷. Verticale richtsnoeren, randnr. 6.

nationale mededingingsautoriteiten vermoedelijke inbreuken onderzoeken en, indien vaststaat dat een inbreuk is gepleegd, passende maatregelen nemen om daaraan een einde te maken. Zo kunnen zij ondernemingen die bij een kartelinbreuk betrokken zijn boetes opleggen die kunnen oplopen tot 10% van hun omzet⁸.

12. Privaatrechtelijke handhaving verwijst naar de toepassing van het kartelverbod in civielrechtelijke procedures voor de nationale rechter. In tegenstelling tot de openbare handhaving, gaat het hier om private rechtssubjecten die op eigen initiatief genoegdoening zoeken voor de rechter. Momenteel fungeert het kartelverbod in het kader van de private handhaving vooral als een zogenaamd “*shield*” ter verdediging tegen een bepaalde rechtsoverdracht⁹. Een deelnemende partij aan een kartelinbreuk beroept zich dan op het kartelverbod omdat de absolute nietigheid die eruit voortvloeit haar meteen ook van haar contractuele verbintenissen jegens de andere kartelpartner(s) ontheft¹⁰. Die laatste vorm van handhaving is ook aan de orde in het besproken arrest. Geconfronteerd met de onmiddellijke beëindiging van de agentuurovereenkomst wegens schending van het exclusiviteitsbeding, voert de verzekeringsagent immers aan dat dit beding strijdig is met het kartelverbod. Op die manier hoopt hij dat de beëindiging onrechtmatig wordt verklaard, zodat hij alsnog aanspraak zou kunnen maken op een vervangende opzeggings- en een uitwinningvergoeding.

3.3. Toepassing van het kartelverbod op handelsagentuur?

13. In het besproken arrest onderzoekt het hof van beroep te Brussel of het in de agentuurovereenkomst opgenomen exclusiviteitsbeding onder het kartelverbod valt. Het baseert zich daarbij in belangrijke mate op het analysekader dat de verticale richtsnoeren daartoe aanreiken¹¹. Als uitgangspunt geldt dat een overeenkomst voor de toepassing van het kartelverbod slechts een agentuurovereenkomst uitmaakt indien de agent geen of slechts minieme risico’s draagt in verband met de contracten die hij namens de principaal onderhandelt

en/of sluit en in verband met de marktspecifieke investeringen voor de betrokken activiteit¹². Indien de agent daarentegen wel meer dan een verwaarloosbaar risico draagt, wordt hij als een onafhankelijke onderneming behandeld en is het kartelverbod op de overeenkomst van toepassing, zoals op elke andere verticale (distributie)overeenkomst.

14. *In casu* stelt het hof van beroep vast dat de verzekeringsagent geen financiële of commerciële risico’s droeg met betrekking tot de polissen die hij namens KBC afsloot. Het merkt daarbij op dat het loutere feit dat het inkomen van de agent afhankelijk is van het succes van zijn optreden en de omstandigheid dat de agent aansprakelijk is voor zijn eigen professionele fouten, geen contractspecifieke risico’s uitmaken. Bovendien hebben de door de agent verrichte investeringen in lokalen en uitrusting geen marktspecifiek karakter omdat zij bijvoorbeeld ook nuttig kunnen zijn voor het voeren van een zelfstandig makelaarskantoor.

15. Uit het feit dat de verzekeringsagent geen contract- of marktspecifieke risico’s droeg, leidt het hof van beroep af dat de volledige agentuurovereenkomst, met inbegrip van het exclusiviteitsbeding, buiten het kartelverbod valt omdat er geen sprake is van een overeenkomst tussen onafhankelijke ondernemingen (*cf. supra*, randnr. 8). Met andere woorden is een “*echte*” of “*eigenlijke*” agentuurovereenkomst volgens het hof *a priori* en volledig van de toepassing van het kartelverbod uitgesloten.

16. Met dat oordeel gaat het hof van beroep voorbij aan het feit dat niet alle verplichtingen die een “*echte*” agent opneemt (thans) buiten het kartelverbod vallen. De uitsluiting van het kartelverbod geldt enkel voor verplichtingen die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de agent contracten namens de principaal onderhandelt en/of sluit, zoals de detailhandelsprijs waarvoor, het grondgebied waarop en de klanten waaraan hij de goederen of diensten moet verkopen. Bij de verkoop van de contractproducten of -diensten aan derden, treedt de handelsagent immers louter op als hulporgaan van de principaal, die het risico draagt, zodat er in dergelijk geval inderdaad geen sprake kan zijn

⁸ Art. 23, 2., a) van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het verdrag, *Pb.L.* 1/1 van 4 januari 2003 en art. IV.70, § 1 van het Wetboek van economisch recht.

⁹ Anderzijds wordt het kartelverbod (uitzonderlijk) ook als een “*sword*” aangewend. Dit is het geval wanneer dit verbod als grondslag dient voor een stakingsvordering of voor een eis tot schadevergoeding. Over het onderscheid tussen de private handhaving als “*shield*” en als “*sword*”, zie J.S. VENIT, “Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty”, *CMLRev* 40 (2003), 545-580. Op 11 juni 2013 heeft de Europese Commissie een voorstel van richtlijn aangenomen teneinde de schadevorderingen wegens inbreuken op mededingingsrecht te vergemakkelijken (COM/2013/404).

¹⁰ Voor een bespreking van de Belgische rechtspraak in de periode 2004-2010, zie X. TATON e.a., “Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht (2004-2010)”, *TBH* 2013, 21-26.

¹¹ Verticale richtsnoeren, randnrs. 12-21. De agentuurovereenkomsten worden hierbij behandeld onder de titel “*Verticale overeenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1 vallen*”. Daarbij zij erop gewezen dat het begrip “*agent*” niet alleen natuurlijke of rechtspersonen omvat die contracten bemiddelen en/of sluiten in naam en voor rekening van hun principaal, maar ook personen die in eigen naam optreden voor rekening van de principaal. Ook commissieovereenkomsten vallen dus onder het mededingingsrechtelijk agentuurbegrip.

¹² Randnr. 16 van de verticale richtsnoeren bevat verdere aanwijzingen over de manier waarop de analyse van de risicoverdeling concreet moet gebeuren. Voor een toepassing van de risicoanalyse door de Franse mededingingsautoriteit, zie beslissing nr. 09-D-23 van 30 juni 2009 inzake de distributie van confectiekledij en accessoires, www.autoritedelaconcurrence.fr, randnrs. 90-100 en beslissing nr. 09-D-31 van 30 september 2009 inzake het beheer en de commercialisatie van sportieve rechten van de Franse voetbalfederatie, www.autoritedelaconcurrence.fr, randnrs. 262-271.

van een afspraak tussen twee onafhankelijke ondernemingen¹³.

17. Daarnaast kunnen agentuurovereenkomsten echter ook bedingen bevatten die specifiek betrekking hebben op de relatie tussen de handelsagent en de principaal. Het kan daarbij gaan om een beding dat de principaal verbiedt met betrekking tot een bepaald type transactie, klant of grondgebied andere agenten aan te wijzen (“*exclusieve agentuurbepaling*”) of – zoals *in casu* – om een beding dat de agent verbiedt te handelen als agent of distributeur van ondernemingen die met de principaal concurreren (“*merkexclusiviteitsbepaling*”). In die gevallen treedt de agent wel steeds op als een van de principaal afzonderlijke marktdeelnemer en dit ongeacht de wijze waarop de financiële en commerciële risico’s tussen de principaal en de agent zijn verdeeld. Dergelijke bedingen kunnen dus wel onder het kartelverbod vallen indien zij tot een merkbare beperking van de mededinging leiden.

18. Dat neemt niet weg dat de mededingingsrechtelijke analyse van exclusieve agentuurbedingen en van merkexclusiviteitsbedingen aanzienlijk verschilt. Volgens de verticale richtsnoeren bestaan de voornaamste risico’s van een exclusieve distributieovereenkomst uit een vermindering van de concurrentie binnen een merk (*intrabrand*-mededinging) en marktverdeling, wat tot prijsdiscriminatie kan leiden¹⁴. Het is evenwel twijfelachtig of die bewering ook voor agentuurovereenkomsten opgaat. Zoals hiervoor aangegeven (*cf. supra*, randnr. 16), belet het kartelverbod immers niet dat de principaal de detailhandelsprijs waartegen de handelsagent de contractproducten of -diensten moet verkopen, kan bepalen. De vraag rijst dan ook welk (bijkomend) risico een exclusieve-agentuurbepaling voor de *intrabrand*-prijsconcurrentie inhoudt. Wellicht is het om die reden dat de verticale richtsnoeren bepalen dat exclusieve agentuurbepalingen over het algemeen geen concurrentiebeperkende effecten hebben¹⁵.

19. Bij merkexclusiviteitsbedingen en na het einde van de overeenkomst geldende niet-concurrentiebedingen ligt het voornaamste mededingingsrechtelijke risico daarentegen in

de afscherming van de markt voor concurrerende producenten of leveranciers¹⁶. Indien een producent of leverancier met marktmacht een merkexclusiviteitsverplichting oplegt aan een groot gedeelte van de beschikbare tussenpersonen, bestaat het risico dat de concurrenten van die producenten/leveranciers zelf onvoldoende toegang zullen hebben tot tussenpersonen om de betrokken markt te kunnen betreden. Aangezien dat risico niet wezenlijk verschilt naargelang de tussenpersoon een distributeur dan wel een handelsagent is, is er in beginsel geen reden om het merkexclusiviteitsbeding in een agentuurovereenkomst aan een andere analyse dan bij distributieovereenkomsten te onderwerpen (*cf. infra*, randnrs. 29-32).

3.4. Het spanningsveld tussen het kartelverbod en de verplichting tot uitvoering te goeder trouw

20. De toepassing van het kartelverbod op merkexclusiviteitsbedingen in agentuurovereenkomsten lijkt niettemin op gespannen voet te staan met de verplichting van de agent om de belangen van zijn principaal te behartigen. Doorgaans gaat men er immers van uit dat een handelsagent – op basis van de verplichting om de overeenkomst loyaal en te goeder trouw uit te voeren – verplicht is om zich van concurrentie ten opzichte van zijn opdrachtgever te onthouden¹⁷. Op agenten in bank- en beleggingsdiensten rust zelfs een wettelijk verbod om voor meer dan één opdrachtgever op te treden¹⁸.

21. Ook de Europese Commissie achtte het kartelverbod vroeger onverzoenbaar met de loyaleitplicht van de “echte” agent. In de (intussen afgeschafte) bekendmaking van 1962 gaf de Europese Commissie aan dat de verplichting van een agent of commissionair om voor een bepaalde tijd uitsluitend voor zijn opdrachtgever werkzaam te zijn, buiten het kartelverbod viel¹⁹. Volgens de Europese Commissie hield die verplichting geen beperking van de mededinging in omdat zij voortvloeide uit “*de speciale plicht tot wederzijdse behartiging van de belangen tussen de agent [of] commissionair en zijn opdrachtgever*”. In wezen maakte de Euro-

¹³. Verticale Richtsnoeren, randnr. 18. Voor een kritiek op dit standpunt, zie C. TOWNLEY, “The Concept of an “Undertaking”: The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries” in G. AMATO en C.-D. EHLERMANN (eds.), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 19-22.

¹⁴. Verticale richtsnoeren, randnr. 151.

¹⁵. Verticale richtsnoeren, randnr. 19.

¹⁶. Verticale richtsnoeren, randnr. 130.

¹⁷. Gent 18 juni 2007, *D.A. O.R.* 2007, 445; E. DURSIN, “Concurrentiebeperkingen voor de handelsagent na het einde van de handelsagentuurovereenkomst” in H. COUSY, F. GOTZEN en C. VANSCHOUBROECK (eds.), *Handels- en verzekeringsrecht*, Brugge, die Keure, 2002, 78; B. LAMBRECHT, “Kroniek van 12 jaar rechtspraak over het toepassingsgebied van de handelsagentuurbepaling met bijzondere aandacht voor de bemiddelingsopdracht en voor het onderscheid met andere overeenkomsten (management, consultancy, opleidings- of proefovereenkomst,...)”, *D.A. O.R.* 2007, 397; I. MEEUSSEN, “Nationale handelsagentuur” in D. STRUYVEN (ed.), *Bestendig handboek distributierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl. (december 2009), 73; K. VAN DEN BROECK en E. LAMIROY, “Rechten en plichten van partijen” in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, I, Gent, M & Breesch, 1997, 113. Zie ook, naar Duits recht, S. NOLTE, “Renaissance des Handelsvertretervertrags”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2006, (252) 261-262.

¹⁸. Art. 10, § 1, eerste lid van de wet van 22 maart 2006 betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten (*BS* 28 april 2006).

¹⁹. Bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs, *Pb.* 139/2921 van 24 december 1962.

pese Commissie daarbij toepassing van de zogenaamde “*ancillary restraints*”-doctrine, die stelt dat het kartelverbod niet geldt voor nevenrestricties die noodzakelijk zijn om een legitieme hoofdovereenkomst te verwezenlijken.

22. De niet-toepassing van het kartelverbod op merkexclusiviteitsbedingen in “*echte*” agentuurovereenkomsten vond vroeger ook steun in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Lange tijd oordeelde het Hof immers dat merkexclusiviteitsbedingen van het kartelverbod waren uitgesloten indien de handelsagent een economische eenheid met zijn opdrachtgever vormde, omdat er in dat geval geen sprake was van een overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen²⁰.

23. Sinds het jaar 2000 hebben de Europese Commissie en het Hof van Justitie hun standpunt evenwel bijgesteld. Zo bepalen de verticale richtsnoeren dat merkexclusiviteitsbepalingen en na het einde van de overeenkomst geldende niet-concurrentiebedingen in strijd kunnen zijn met het kartelverbod “*indien zij leiden tot of bijdragen tot een (cumulatieve) afscherming van de relevante markt waarop de contractgoederen of -diensten worden gekocht of verkocht*”²¹. Met de daaropvolgende verwijzing naar het algemene deel van de verticale richtsnoeren, geeft de Europese Commissie aan dat zij merkexclusiviteitsbedingen in agentuurovereenkomsten in beginsel op dezelfde manier benadert als in distributieovereenkomsten²². Voor de beoordeling van dit type verplichtingen is de vraag of een agent al dan niet een “*echte*” agent uitmaakt, dus niet langer relevant²³. En hoewel dat nieuwe standpunt op kritiek stuit in de rechtsleer²⁴, heeft ook het Hof van Justitie de mogelijke toepassing van het kartelverbod op “*echte*” agentuurovereenkomsten bevestigd. In twee prejudiciële arresten over een exclusieve afnameovereenkomst tussen een brandstoffenleverancier en zijn tanksta-

tionhouders, stelde het Hof dat exclusiviteits- en non-concurrentiebedingen die betrekking hebben op de verhouding tussen de agent en de principaal als onafhankelijke ondernemingen inbreuk kunnen maken op de mededingingsregels “*voor zover zij de betrokken markt compartimenteren*”²⁵.

24. Als gevolg van die evolutie kunnen ook “*echte*” agenten zich nu op het kartelverbod beroepen om aan een exclusiviteitsverplichting ten aanzien van hun principaal te ontsnappen. Dat hoeft echter niet tot een onoverbrugbare tegenstelling tussen het mededingingsrecht en de goede trouw te leiden. Enerzijds is het feit dat een agent tegelijkertijd voor concurrerende principalen optreedt niet in alle omstandigheden strijdig met de verplichting om de belangen van zijn principaal te behartigen²⁶. In bepaalde sectoren – zoals in de sector van de pakketreizen – is het zelfs gebruikelijk dat de agenten producten of diensten van verschillende concurrerende principalen verkopen²⁷. Anderzijds zal de toepassing van het kartelverbod slechts zelden tot een absoluut verbod op merkexclusiviteit leiden. Doorgaans is het immers niet de exclusiviteit op zich die mededingingsrechtelijk problematisch is, maar de duur ervan. Indien de handelsagent vrij is om de overeenkomst of het exclusiviteitsbeding op regelmatige tijdstippen of met een relatief korte opzeggingstermijn te beëindigen en over te stappen naar een concurrent van de principaal, is de kans klein dat de betrokken bepaling een merkbare marktafschermende werking zal hebben.

3.5. Mededingingsrechtelijke analyse van merkexclusiviteitsbedingen

25. Het feit dat merkexclusiviteitsbedingen in agentuurovereenkomsten aan een mededingingsrechtelijke beoorde-

^{20.} HvJ 16 december 1975, nrs. 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Suiker Unie e.a. / Commissie*, Jur. 1975, 1663, r.o. 540 en, *a contrario*, HvJ 24 oktober 1995, C-266/93, *Bundeskartellamt / Volkswagen en VAG Leasing*, Jur. 1995, I-3477, r.o. 18 en 19.

^{21.} Verticale richtsnoeren, randnr. 19.

^{22.} In dezelfde zin H. CORNELISSEN, “De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPESA: handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent”, *NTER* 2007, (265) 271.

^{23.} Zie bv. bekendmaking overeenkomstig art. 27, 4. van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad, betreffende zaak COMP/B-1/38348, *Repsol CPP SA*, Pb.C. 258/7 van 20 oktober 2004, randnr. 17. Voor een kritiek hierop, zie R. EMDE, “Der Handelsvertreter-Kartellrecht nach den Leitlinien zur GVO 2790/99”, *Betriebs-Berater* 2002, (949) 953-955, die ten onrechte stelt dat randnr. 19 van de verticale richtsnoeren enkel op “*oneigenlijke*” agenten toepassing vindt.

^{24.} Zie o.a. T. KAPP, “Das Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters: Korrekturbedarf bei den Vertikal-Leitlinien der Kommission?”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2007, 1218-1230; T. KAPP en O. ANDRESEN, “Der Handelsvertreter im Strudel des Kartellrechts”, *Betriebs-Berater* 2006, (2253) 2255-2256; I. LIANOS, “Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints, and the Limits of Article 81(1) EC: Between Hierarchies and Networks”, *Journal of Competition Law and Economics* 2007, (625) 640-641 en 665-668; S. NOLTE, “Renaissance des Handelsvertretervertriebs”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2006, (252) 261-263; F. RITTNER, “Die Handelsvertreterpraxis nach dem neuen EG-Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen”, *Der Betrieb* 2000, (1211) 1215-1216. Voor een uitgebreide studie over de toepassing van het kartelverbod op verzekeringsagenten, zie B. LAU, *Das Wettbewerbsverbot in Versicherungsagenturverträgen: eine kartellrechtliche Untersuchung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, 389 p.

^{25.} HvJ 14 december 2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Jur. 2006, I-11987, r.o. 62 en HvJ 11 september 2008, C-279/06, *CEPSA*, Jur. 2008, I-6681, r.o. 41. Over de vraag naar welke “*betrokken markt*” het Hof verwijst, bestaat discussie. Volgens bepaalde auteurs zou het Hof met dat begrip niet verwijzen naar de (*downstream*) markt waarop de agent de contractproducten van de principaal verkoopt, maar naar de (*upstream*) markt voor bemiddelings- en verkoopdiensten (zie bv. H. CORNELISSEN, “De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPESA: handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent”, *NTER* 2007, (265) 270-271). O.i. moeten de mededingingsrechtelijke gevolgen van die bepalingen echter in de eerste plaats op de markt voor de verkoop van de contractproducten worden onderzocht.

^{26.} Zie Cass. 8 november 2007, *Pas.* 2007, I, 1973 en *D.A. O.R.* 2009, 301, noot D.-E. PHILIPPE, waarin het Hof van Cassatie oordeelt dat de handelwijze van een handelsagent die voor een concurrent van zijn principaal optreedt “*onder omstandigheden*” strijdig kan zijn met de loyaleitplicht. Van een *per se* verbod om voor een concurrerende principaal op te treden, is er volgens het Hof echter geen sprake.

^{27.} Zie ook, naar Duits recht, BGH Kartellsenat 25 september 1990, *BGHZ* 112, 218, r.o. 17.

ling moeten worden onderworpen, betekent inderdaad niet dat zij *a priori* problematisch zijn. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat dergelijke verplichtingen niet tot doel hebben om de mededinging te beperken²⁸. Zij zijn enkel problematisch indien zij een merkbare mededingingsbeperking tot gevolg hebben.

26. De Europese Commissie heeft het criterium van de merkbaarheid in de zogenaamde *de minimis*-bekendmaking verduidelijkt²⁹. Die bepaalt dat verticale overeenkomsten tussen niet-concurrerende ondernemingen de mededinging niet merkbaar beperken indien zij geen zogenaamde “*hard-corebeperking*”³⁰ bevatten en het marktaandeel van elke partij bij de overeenkomst op geen van de relevante markten meer dan 15% bedraagt³¹. Indien de mededinging op de relevante markt wordt beperkt door het cumulatieve effect van parallelle (netwerken van) overeenkomsten die gezamenlijk meer dan 30% van de markt beslaan, worden die marktaandeeldrempels verlaagd tot 5%³².

27. Boven de *minimis*-marktaandeeldrempels rijst de vraag of het merkexclusiviteitsbeding van een groepsvrijstelling op basis van de groepsvrijstellingsverordening kan genieten. Dat is enkel het geval indien de overeenkomst geen harde kern-beperking bevat en noch het marktaandeel van de leverancier, noch dat van de afnemer meer dan 30% bedraagt. Bovendien bepaalt artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening dat niet-concurrentiebedingen van onbepaalde duur of waarvan de duur 5 jaar overschrijdt niet van de groepsvrijstelling kunnen genieten³³.

28. De toepassing van artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening op agentuurovereenkomsten stuit in de rechtsleer op kritiek³⁴. Die bepaling geldt immers enkel voor beperkingen opgelegd aan “*afnemers*”, terwijl de han-

delsagent, als aanbieder van bemiddelingsdiensten, geen afnemer van de principaal is maar diens leverancier. De aan de agent opgelegde verplichting om niet voor concurrerende principalen op te treden zou dan ook geen niet-concurrentiebeding zijn, maar een exclusieve leveringsverplichting, die niet aan de voorwaarden van artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening moet voldoen. De Europese Commissie deelt die analyse echter niet. Artikel 1, lid 1, h) van de groepsvrijstellingsverordening bepaalt dat het begrip “*afnemer*” ondernemingen omvat die voor rekening van een andere onderneming goederen of diensten verkopen. Die definitie laat wel degelijk toe om handelsagenten als “*afnemer*” van hun principaal te kwalificeren³⁵. Bovendien geven de verticale richtsnoeren uitdrukkelijk aan dat een merkexclusiviteitsbeding in een agentuurovereenkomst enkel van de groepsvrijstelling kan genieten indien zij aan de voorwaarden van artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening voldoet³⁶. Volgens de Europese Commissie moet een in een agentuurovereenkomst opgenomen merkexclusiviteitsbeding dus op een gelijkaardige manier als in een distributieovereenkomst worden geanalyseerd.

29. Maar ook indien noch de voorwaarden van de *de minimis*-bekendmaking, noch die van de Groepsvrijstellingsverordening zijn vervuld, is er van een *a priori* onwettigheid geen sprake. De waarschijnlijke effecten van de overeenkomst op de mededinging moeten dan afzonderlijk worden onderzocht, rekening houdend met de economische en juridische context waarbinnen de betrokken overeenkomst geldt³⁷. Bij die individuele beoordeling is niet alleen de marktpositie van de partijen, maar ook die van hun concurrenten van doorslaggevend belang. Verticale beperkingen zullen doorgaans alleen tot marktafscherming leiden wanneer er op een of meer handelsniveaus onvoldoende concurrentie is, of anders gezegd: wanneer er op leveranciers- en/of

²⁸. HvJ 11 september 2008, C-279/06, *CEPSA*, *Jur.* 2008, I-6681, r.o. 43; HvJ 7 december 2000, C-214/99, *Neste*, *Jur.* 2000, I-11121, r.o. 25; HvJ 28 februari 1991, C-234/89, *Delimitis / Henninger Bräu*, *Jur.* 1991, I-935, r.o. 13.

²⁹. Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, lid 1 van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), *Pb.C.* 368/13 van 22 december 2001 (hierna: *de minimis*-bekendmaking).

³⁰. De Europese Commissie bereidt momenteel een nieuwe *de minimis*-bekendmaking voor waarin zij, in navolging van het *Expedia*-arrest (HvJ 13 december 2012, C-226/11, *Expedia*, r.o. 36-37) bevestigt dat die uitzondering niet enkel voor *hardcorebeperkingen* geldt, maar voor alle overeenkomsten die een mededingingsbeperkende strekking hebben, op voorwaarde dat zij de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.

³¹. *De minimis*-bekendmaking, randnr. 7. Zie bv. Luik 13 september 2011, *TBM* 2012, 173 en Antwerpen 4 oktober 2010, *Jb.Hand.* 2010, 881.

³². *De minimis*-bekendmaking, randnr. 8. Zie bv. Luik 24 mei 2012, *TBM* 2013, 29; Gent 3 februari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 850 en Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773.

³³. Bepaalde rechtsleer pleit er *de lege ferenda* voor om die temporele beperking te schrappen, omdat merkexclusiviteitsbedingen aangegaan door ondernemingen die onder de marktaandeeldrempels van de groepsvrijstellingsverordening vallen, ongeacht hun duur, doorgaans geen merkbare mededingingsbeperkende gevolgen zouden hebben (D. BOSCO, *L'obligation d'exclusivité*, Brussel, Bruylant, 2008, 199-200).

³⁴. F. WUCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Distributieovereenkomsten in het mededingingsrecht*, Gent, Larcier, 2012, 266. Zie ook I. VAN BAELEN en J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 179, vn. 55.

³⁵. Ook R. EMDE, “Der Handelsvertreter-Kartellrecht nach den Leitlinien zur GVO 2790/99”, *Betriebs-Berater* 2002, (949) 949-950 en K.-H. THUME, “Vorbemerkung Vor § 84” in V. RÖHRICHT en F. GRAF VON WESTPHALEN (eds.), *HGB Kommentar*, Keulen, Dr. Otto Schmidt, 2008, nr. 15 erkennen dat handelsagenten onder het begrip “*afnemer*” in de zin van de (vorige) groepsvrijstellingsverordening vallen. Zij menen echter om een andere reden dat een aan een “*echte*” agent opgelegde merkexclusiviteitsverplichting niet onder het kartelverbod valt en dus ook niet aan de voorwaarden van art. 5 van de groepsvrijstellingsverordening moet voldoen.

³⁶. Verticale richtsnoeren, randnr. 19.

³⁷. Verticale richtsnoeren, randnrs. 96 en 131; HvJ 30 april 1998, C-230/96, *Cabour en Nord Distribution Automobile / Arnor “SOCO”*, *Jur.* 1998, I-2055, r.o. 48. Zie ook Cass. 15 mei 2009, *Jb.Hand.* 2009, 945.

op afnemersniveau sprake is van een zekere mate van marktmacht³⁸. Zolang de concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen merkbare concurrentiebeperkende effecten te verwachten. Volgens de Europese Commissie is het alvast onwaarschijnlijk dat een situatie ontstaat waarin er sprake is van een concurrentiebeperkend effect wanneer het marktaandeel van de grootste leverancier minder dan 30% bedraagt en dat van de 5 grootste leveranciers minder dan 50%³⁹.

30. De mededingingsrechtelijke analyse moet voorts niet enkel rekening houden met de gevolgen van de uitvoering van de overeenkomst zelf, maar ook met de cumulatieve effecten die kunnen uitgaan van een netwerk van overeenkomsten of van parallelle netwerken van vergelijkbare overeenkomsten⁴⁰. Of er sprake is van cumulatieve marktafsluiting, hangt onder meer af van de omvang van het totale gebonden marktaandeel ofwel het percentage van de betrokken markt dat via een exclusiviteitsverplichting wordt verkocht. Wanneer alle leveranciers een marktaandeel van minder dan 30% hebben, is een cumulatief marktafsluitend effect volgens de verticale richtsnoeren onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 40% bedraagt⁴¹. Daarnaast is de mate van marktafsluiting ook afhankelijk van andere factoren zoals de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanaalen, het bestaan van toetredingsdrempels, de tegenmacht van afnemers, de maturiteit van de markt, het handelsniveau⁴² en de aard van de betrokken producten⁴³.

31. Het bestaan van een cumulatieve afsluiting van de relevante markt volstaat op zich echter niet om tot een schending van het kartelverbod te besluiten. Voor de toepassing van het kartelverbod is ook vereist dat de door de betrokken leverancier gesloten overeenkomsten in aanzienlijke mate tot die cumulatieve marktafsluiting bijdragen⁴⁴. Overeenkomsten gesloten door leveranciers wiens bijdrage tot het cumulatieve effect onbeduidend is, vallen dus buiten het kar-

telverbod. De omvang van de bijdrage tot de afsluitende werking hangt onder andere af van het totale en het gebonden marktaandeel van de leverancier. Hoe hoger het gebonden marktaandeel van de leverancier, des te signifikanter zal de marktafsluiting waarschijnlijk zijn. De verticale richtsnoeren geven in dat opzicht aan dat een gebonden marktaandeel van minder dan 5% doorgaans niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief afsluitend effect bijdraagt⁴⁵. Daarentegen kunnen bij eindproducten op het detailhandelsniveau belangrijke concurrentiebeperkende effecten optreden zodra een leverancier zonder machtspositie 30% of meer van de relevante markt aan zich bindt⁴⁶.

32. Daarnaast spelen ook de duur van de merkexclusiviteitsverplichting en de kosten verbonden met haar beëindiging een belangrijke rol⁴⁷. Zo zal de marktafsluiting wellicht signifikanter zijn naarmate de duur van de merkexclusiviteitsverplichting toeneemt⁴⁸. Het Hof van Justitie houdt daarbij rekening met de gebruiken op de relevante markt. Zo oordeelt het dat merkexclusiviteitsverplichtingen onder het kartelverbod vallen indien hun duur, *“vergeleken met de gemiddelde duur van de op de relevante markt in het algemeen gesloten overeenkomsten, klaarblijkelijk buitensporig is”*⁴⁹. De verticale richtsnoeren hanteren daarentegen een meer uniforme benadering over de sectorale grenzen heen. Zij maken met name een onderscheid tussen merkexclusiviteitsbedingen met een duur van minder dan één jaar (doorgaans niet problematisch indien aangegaan door niet-dominante ondernemingen), van 1 tot 5 jaar (nood aan een nauwkeurige afweging tussen de concurrentiebevorderende en -beperkende effecten) en van meer dan 5 jaar (doorgaans problematisch)⁵⁰. Over de analyse van merkexclusiviteitsverplichtingen van onbepaalde duur, spreken de verticale richtsnoeren zich daarentegen niet uit. In dat verband is vooral de duur van de opzeggingstermijn doorslaggevend. Zo oordeelt het Hof van Justitie dat overeenkomsten van bepaalde tijd met een looptijd van meerdere jaren de toegang tot de markt in sterkere mate kunnen beperken dan overeenkomsten die

^{38.} Verticale richtsnoeren, randnrs. 6 en 97. Merk daarbij op dat voor de vaststelling van een schending van art. 101, lid 1 VWEU doorgaans een geringere mate van marktmacht vereist is dan voor de vaststelling van een machtspositie overeenkomstig art. 102 VWEU (verticale richtsnoeren, randnr. 97).

^{39.} Verticale richtsnoeren, randnr. 135.

^{40.} HvJ 28 februari 1991, C-234/89, *Delimitis / Henninger Bräu*, Jur. 1991, I-935; HvJ 7 december 2000, C-214/99, *Neste*, Jur. 2000, I-11121, r.o. 25; Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773.

^{41.} Verticale richtsnoeren, randnr. 141. Wanneer niet alle ondernemingen marktaandelen beneden de drempel van de groepsvrijstellingsverordening hebben, maar geen van hen een machtspositie inneemt, is een cumulatief concurrentiebeperkend marktafsluitend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 30% bedraagt.

^{42.} Het risico op marktafsluiting is doorgaans minder groot op groothandelsniveau dan op detailhandelsniveau. Zie bv. de beslissing van de Franse mededingingsautoriteit nr. 04-D-67 van 1 december 2004 inzake de distributie van mobiele telefoons en mobiele telefoonabonnementen, www.autoritedelaconcurrence.fr, randnr. 63.

^{43.} Zie verticale richtsnoeren, randnrs. 111-121 en 136-143.

^{44.} HvJ 7 december 2000, C-214/99, *Neste*, Jur. 2000, I-11121, r.o. 27; HvJ 28 februari 1991, C-234/89, *Delimitis / Henninger Bräu*, Jur. 1991, I-935; Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773.

^{45.} Verticale richtsnoeren, randnr. 134. Zie bv. Antwerpen 28 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 979 en Antwerpen 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 880.

^{46.} Verticale richtsnoeren, randnr. 140.

^{47.} Voor meer informatie hierover, zie D. Bosco, *L'obligation d'exclusivité*, Brussel, Bruylant, 2008, 211-220.

^{48.} Verticale richtsnoeren, randnr. 133.

^{49.} HvJ 7 december 2000, C-214/99, *Neste*, Jur. 2000, I-11121, r.o. 27; HvJ 28 februari 1991, C-234/89, *Delimitis / Henninger Bräu*, Jur. 1991, I-935, r.o. 26. Zie ook Ger.EG 5 juli 2001, T-25/99, *Roberts / Commissie*, Jur. 2001, II-1881.

^{50.} Verticale richtsnoeren, randnr. 133.

op elk ogenblik met inachtneming van een korte opzeggings-termijn kunnen worden beëindigd⁵¹.

33. Indien een merkexclusiviteitsbepaling niet van de groepsvrijstellingsverordening kan genieten en een merk-bare beperking van de mededinging inhoudt, rijst ten slotte de vraag of zij aan de voorwaarden van een individuele vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3 VWEU of artikel IV.1, § 3 van het Wetboek van economisch recht voldoet. In dat kader stelt de Europese Commissie dat in geval van hoge relatiegebonden investeringen van de leverancier, een merkexclusiviteitsverplichting voor de duur van de afschrijving van de investering doorgaans van een individuele vrijstelling kan genieten⁵². Daarnaast kan ook de overdracht van wezenlijke knowhow een merkexclusiviteitsverplichting tijdens de duur van de overeenkomst rechtvaardigen⁵³.

3.6. Toepassing op de feiten van het geannoteerde arrest

34. Indien we voormelde mededingingsrechtelijke analyse toepassen op het besproken arrest, lijkt het ons onwaarschijnlijk dat de agentuurovereenkomst die KBC met haar verzekeringsagent sloot onder de *de minimis*-bekendmaking zou vallen. Publiek beschikbare gegevens wijzen erop dat meer dan 30% van de verzekeringen op de Belgische verzekeringsmarkt via parallelle overeenkomsten of netwerken van overeenkomsten wordt verkocht⁵⁴ en dat KBC de (verlaagde) *de minimis*-marktaandreedrempel van 5% overschrijdt⁵⁵. Bovendien kan het merkexclusiviteitsbeding door haar onbepaalde duur wellicht niet van een groepsvrijstel-

ling genieten (*cf. supra*, randnr. 28). Het beding moet dus wellicht aan een individuele mededingingsrechtelijke analyse worden onderworpen.

35. Ook die individuele beoordeling moet het cumulatieve effect dat kan uitgaan van gelijkaardige (netwerken van) overeenkomsten in aanmerking nemen. Het relatief hoge totale gebonden marktaandeel op de Belgische verzekeringsmarkt, laat op zich evenwel niet toe om tot het bestaan van een cumulatieve marktafsluiting te besluiten. Dat volgt uit een onderzoek dat de Europese Commissie eerder op de Duitse verzekeringsmarkt voerde⁵⁶. Hoewel ongeveer 70% van de relevante markt in handen was van gebonden agenten, oordeelde de Europese Commissie dat de merkexclusiviteitsbedingen niet tot een cumulatieve marktafsluiting leidden. Het grote aantal concurrenten, de lage concentratiegraad, de toename van het aantal buitenlandse verzekeringsondernemingen en de groeiende diversiteit van verzekeringsproducten wezen immers op het bestaan van voldoende *interbrand*-concurrentie. Bovendien beschikten potentiële concurrenten over voldoende alternatieve distributiekanaalen (onder andere via elektronische handel, rechtstreekse verkoop, makelaars of “*multi-merken*”-agenten) om de Duitse verzekeringsmarkt te betreden. Dezelfde argumenten lijken naar analogie ook toepassing te kunnen vinden op de Belgische verzekeringsmarkt. Ook het relatief beperkte marktaandeel van KBC wijst erop dat de door haar gesloten merkexclusiviteitsbedingen niet tot een afscherming van de Belgische verzekeringsmarkt kunnen leiden. *In casu* zien wij dus geen ernstige reden om aan de geldigheid van het door KBC gehanteerde exclusiviteitsbeding te twijfelen.

4. BEÏNDIGING VAN AGENTUUROVEREENKOMSTEN WEGENS ERNSTIGE TEKORTKOMING

36. Buiten het mededingingsrechtelijke luik, bevat het besproken arrest ook enkele interessante overwegingen over de beëindiging van agentuurovereenkomsten wegens ernstige tekortkoming. Het besproken arrest bevat in dit verband een dubbele les.

37. Enerzijds maakt het arrest duidelijk dat de invulling van het begrip “*ernstige tekortkoming*” in de zin van artikel 19 van de handelsagentuurwet sterk afhangt van de concrete omstandigheden van elke zaak. Hoewel de niet-

naleving van een merkexclusiviteitsverplichting volgens het hof van beroep in de regel een onmiddellijke beëindiging wegens ernstige tekortkoming kan verantwoorden, was dat *in casu* niet het geval. KBC had haar recht tot onmiddellijke beëindiging zelf ingeperkt door in haar brief van december 2008 aan te geven dat zij bij de bepaling van de sancties rekening zou houden met de aard, de ernst en de frequentie van de inbreuken, alsook met de bereidheid van de betrokken agent tot regularisatie. Aangezien KBC niet kon aantonen dat zij bij de beslissing om de agentuurovereenkomst te

^{51.} HvJ 7 december 2000, C-214/99, *Neste*, *Jur.* 2000, I-11121, r.o. 33, waarin het Hof oordeelde dat een opzeggingstermijn van één jaar, gelet op de omstandigheden van de zaak, geen merk-bare beperking van de mededinging inhield.

^{52.} Verticale richtsnoeren, randnr. 146.

^{53.} Verticale richtsnoeren, randnr. 148.

^{54.} Een studie van de beroepsvereniging van verzekeringsondernemingen Assuralia geeft aan dat in 2010 ongeveer 56,5% van het totale premievolume op de Belgische verzekeringsmarkt onder een of andere vorm van merkexclusiviteit (met name via exclusieve agenten, bankverzekeraars en directe distributie) werd verkocht (“Distributiekanaalen van de verzekering – Cijfers 2010”, *Assurinfo* 2012, afl. 6, 10-12).

^{55.} In 2010 bedroeg het marktaandeel van KBC op de totale Belgische verzekeringsmarkt 12,7% (“Kerncijfers en voornaamste resultaten van de Belgische verzekeringsmarkt in 2010”, *Assurinfo* 2011, afl. 30, 7).

^{56.} Zie J. PATRICK, “Complaint against German insurers withdrawn after Commission preliminary investigations did not reveal sufficient threat of foreclosure through tied agents”, *Competition Policy Newsletter* 2004, afl. 1, 32-33.

beëindigen die aan zichzelf opgelegde beperking(en) effectief had nageleefd, achtte het hof van beroep de inbreuk van de verzekeringsagent niet langer voldoende ernstig om een eenzijdige beëindiging zonder vergoeding of opzegtermijn te verantwoorden.

38. Anderzijds toont het besproken arrest aan dat de rechtspraak nauwgezet toeziet op de naleving van de wettelijke termijnen waarin de handelsagentuurwet bij een beëindiging wegens ernstige tekortkoming voorziet, zonder dat de beëindigende partij zich op interne beslissingsprocedures kan beroepen om een eventuele vertraging te vergoelijken. Luidens artikel 19, tweede lid van de handelsagentuurwet is een beëindiging zonder opzegging niet meer mogelijk wanneer het feit ter rechtvaardiging hiervan sinds ten minste 7 werkdagen bekend is aan de beëindigende partij.

39. Het feit dat aanleiding geeft tot beëindiging zonder opzegging is aan de beëindigende partij bekend wanneer deze omtrent het bestaan van het feit en de omstandigheden die daarvan een reden tot beëindiging zonder opzegging kunnen maken, voldoende zekerheid heeft om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen⁵⁷. Volgens het hof van beroep was dat *in casu* het geval op 21 oktober 2009, omdat ten laatste op dat moment onomstotelijk vaststond dat de verzekeringsagent het exclusiviteitsbeding had overtreden. De termijn van 7 werkdagen van artikel 19, tweede lid van de handelsagentuurwet verstreek dus op 30 oktober 2009, zodat de betekening die de handelsagent op 2 november ontving niet langer toeliet om de overeenkomst zonder opzegging te beëindigen. Het feit dat de beëindigingsbeslissing slechts op 30 oktober 2009 door de bevoegde personen binnen KBC was ondertekend, doet daar niets aan af.

5. CONCLUSIE

40. Het besproken arrest bewijst eens te meer dat de toepassing van het kartelverbod op agentuurovereenkomsten een heikel thema blijft dat door de Belgische rechtspraak slechts zeer sporadisch en met de nodige reserves aan de orde wordt gesteld. De vaststelling dat de agent en de principaal in principe als een economische eenheid te beschouwen zijn en de verplichting van de agent om de belangen van zijn principaal te goeder trouw te behartigen werken die terughoudendheid wellicht in de hand. Bovendien wordt een en ander nog verder bemoeilijkt door de voortschrijdende inzichten van de Europese Commissie en het Hof van Justitie.

41. In zoverre het hof van beroep zich heeft beperkt tot het uitvoeren van een risicoanalyse om uit te maken of er in voorliggend geval sprake was van een “echte” agentuurovereenkomst, is het besproken arrest een gemiste kans om klaarheid te scheppen in dit weinig bekende domein. In de huidige stand van het recht gaat het immers niet langer op om te stellen dat agenten die geen of slechts minieme financiële en commerciële risico’s dragen volledig buiten het kartelverbod vallen. De uitsluiting van het kartelverbod geldt thans enkel voor beperkingen die specifiek betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de agent de contractgoederen of

-diensten namens de principaal moet kopen of verkopen. Op beperkingen die betrekking hebben op de relatie tussen de handelsagent en de principaal, blijven artikel 101 VWEU en artikel IV.1 van het Wetboek van economisch recht daarentegen onverkort van toepassing. O.i. was het dus raadzaam geweest om het merkexclusiviteitsbeding aan een meer uitgebreide mededingingsrechtelijke analyse te onderwerpen, ook al zou dat de uiteindelijke uitkomst wellicht niet wezenlijk hebben beïnvloed.

42. De overwegingen van het hof inzake de onmiddellijke beëindiging van agentuurovereenkomsten wegens ernstige tekortkoming zijn daarentegen erg pertinent. Zij maken duidelijk dat de invulling van het begrip “*ernstige tekortkoming*” sterk afhangt van de concrete omstandigheden van elke zaak en dat de principaal zijn recht om de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen eenzijdig kan inperken. Bovendien herinneren zij eraan dat de rechter strikt toeziet op de naleving van de termijnen waarin de handelsagentuurwet voor beëindiging wegens ernstige tekortkoming voorziet en dat de beëindigende partij zich niet op interne beslissingsprocedures kan beroepen om een eventuele vertraging te vergoelijken.

⁵⁷. Brussel 4 oktober 2012, 2009/AR/1208, www.go-dis.eu.