



Berlin, den 28. September 2009

Position von MWV, AFM+E, bft und UNITI zu der Vertikal GVO und den Vertikal Leitlinien in der Fassung der unter dem 28. Juli 2009 veröffentlichten Entwürfe

Textvorschlag zur Ergänzung der GVO, Artikel 5 lit. a

...; die Begrenzung auf 5 Jahre gilt nicht, wenn die Vertragswaren oder -dienstleistungen vom Abnehmer in Räumlichkeiten oder auf Grundstücken verkauft werden, die im Eigentum des Anbieters stehen oder von diesem von nicht mit dem Abnehmer verbundenen Dritten gemietet oder gepachtet worden sind und das Wettbewerbsverbot nicht über den Zeitraum hinausreicht, in dem der Abnehmer diese Räumlichkeiten oder Grundstücke nutzt; anstelle einer Begrenzung auf 5 Jahre gilt eine Begrenzung auf 10 Jahre, wenn die Vertragswaren oder -dienstleistungen vom Abnehmer unter nicht nur unerheblicher Nutzung von technischen Einrichtungen wie z.B. Lagertanks, Verkaufsraumeinrichtungen oder Werbe- und Verkaufshilfen verkauft werden, die im Eigentum des Anbieters stehen oder von diesem überwiegend finanziert werden;

Begründung: Die vorgeschlagene **Änderung des „und“ in ein „oder“** in der zweiten Zeile des vorstehenden Absatzes hat lediglich klarstellende Funktion. Die Erwägungen der Kommission zur Begründung der Ausnahme unter Ziff. 63 der Leitlinien treffen auf Eigentum am Grundstück ebenso zu wie auf Eigentum am Gebäude. Offenbar ist das „und“ im Sinne eines „und/oder“ gemeint. Unseres Erachtens wird bei Verwendung von „oder“ im Text klarer, dass beide Alternativen nicht kumulativ vorliegen müssen.

Nach der neuen Sichtweise unterfallen Wettbewerbsverbote in Handelsvertreterverträgen Art. 81 Abs. 1 EU-Vertrag und sind daher u.a. nach Art. 5 Vertikal-GVO zu beurteilen. Bei den gesellschaftseigenen Tankstellen (CoDo) gilt die Begrenzung von 5 Jahren durch die enthaltene Ausnahme nicht. Anders verhält es sich jedoch für die sog. partnereigenen Tankstellen (DoDo). Nach dem vorliegenden Entwurf kann insoweit ein Wettbewerbsverbot nur für 5 Jahre vereinbart werden. Dieses ist nicht sachgerecht. Um ein „echtes“ Handelsvertreterverhältnis zu begründen, darf der Handelsvertreter keine oder nur unbedeutende Risiken aus dem Geschäft tragen. Hierzu gehört ausweislich Rn. 16 des Entwurfs der Leitlinie auch, dass im Rahmen der Risikoverteilung das Unternehmen in die geschäftsspezifische Ausrüstungen (wie z.B. Lagertanks, Zapfsäulen) investieren muss. Vor dem Hintergrund der von den Unternehmen zu tätigen, erheblichen Aufwendungen halten wir eine **weitere Ausnahme mit einer 10-Jahres-Grenze** für zwingend erforderlich. Die Notwendigkeit standortbezogene Investitionen tragen zu müssen, verträgt sich nicht mit der kurzen 5 Jahresfrist. Innerhalb dieser Frist können die zu tätigen Investitionen auch nicht innerhalb der bestehenden Vorgaben abgeschrieben werden. Vielmehr beträgt die Abschreibungsfrist für unterirdische Tankbehälter an Tankstellen nach deutscher AFA-Tabelle 16 Jahre. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Unternehmer ihren Vertragspartnern häufig auch verlorene Zuschüsse und/oder zinslose/zinsvergünstigte Darlehen gewähren.

Textvorschlag zur Änderung der Leitlinien, Ziff 16, 4. und 6. Spiegelstrich

"- keine Haftung dafür übernimmt, dass die Kunden ihre Vertragspflichten erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Handelsvertreters, sofern dieser nicht für Verschulden haftet (wenn er es z.B. versäumt, zumutbare Sicherheitsmaßnahmen oder Diebstahlsicherungen vorzusehen oder zumutbare Maßnahmen zu treffen, um Diebstähle dem Auftraggeber oder der Polizei zu melden, oder es unterlässt, dem Auftraggeber alle ihm bekannten Informationen hinsichtlich der Zahlungsverlässlichkeit seiner Kunden zu übermitteln); die Übernahme der Haftung ist dann unschädlich, wenn der Auftraggeber eine angemessene und gesondert ausgewiesene Provision für die Übernahme der Haftung zahlt;"

"- nicht in marktspezifische Ausrüstungen investiert oder Kosten für Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen trägt investiert, wie z.B. einen Kraftstofftank im Fall des Kraftstoffeinzelfhandels oder spezielle Software für den Verkauf von Policen im Fall von Versicherungsvermittlern, es sei denn, zwischen dem

... 2

Abtraggeber und dem Handelsvertreter wird eine Vereinbarung getroffen, die den Handelsvertreter weitgehend von den Risiken aus derartigen Investitionen und Kosten freistellt;"

Begründung: Ein vom Abnehmer übernommenes Risiko muss dann für seinen Status als Handelsvertreter unschädlich sein, wenn er von den wirtschaftlichen Folgen des betreffenden Risikos vom Anbieter freigestellt wird.

Leitlinien, Ziff. 16, letzter Spiegelstrich (- nicht auf anderen (sachlich relevanten) Märkten tätig ist, ...)

Der MWV plädiert für eine Streichung dieses Spiegelstriches. Eine nähere Begründung finden Sie im beigefügten **Annex**.



Berlin, den 28. September 2009

Annex

We limit ourselves in this Annex to the concept of agency agreements as defined in the draft Guidelines in paragraphs 12 to 23 given that part of the new wording may have significant negative (and probably unintended) implications for the business model applied by our members. More specifically, we consider the proposed third category of risks as inappropriate and potentially harmful, particularly in the context of paragraph 16, last indent (operation in other markets).

1 The concept of an agent

As is well established in competition law, the determining factor in defining an agency agreement for the application of Article 81(1) EC is the financial or commercial risk borne by the agent in relation to the activities for which he has been appointed as an agent by the principal. Where the agreement between the two parties is considered as an agency agreement, Article 81(1) will not apply to the obligations imposed on the agent in relation to the contract goods as the agent is considered to form part of the principal's activities. When considering the risks that an agent cannot bear, the Commission in the current Guidelines has used the concept of risks that relate to "contract-specific" and "market-specific" investments.

1.1 The proposed introduction of a third category of risks

The Commission now proposes to introduce a third category of risks which is termed in the draft Guidelines as risks relating to *"other activities, such as after sales services or activities undertaken in other product markets, to the extent that the principal requires the agent to undertake such activities – but not as an agent on behalf of the principal – and these activities are indispensable to engage in selling or purchasing the contract goods or services on behalf of the principal.[FN 10]"* (para.14)

The Draft Guidelines refer in Footnote 10 to a number of cases which are considered relevant to substantiate this new category of risks:

"See judgements in Case T-325/01, 15 September 2005, Daimler Chrysler v. Commission; Case C-217/05, 14 December 2006, Confederación Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio v CEPSA and Case C-279/06, 11 September 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Toba e Hijos SL."

This concept is reiterated in paragraphs 15 and 16. In particular in paragraph 16, 7th and 8th indents, the Commission introduces new language including the following:

"For the purposes of applying Article 81(1) an agreement will thus generally be considered an agency agreement where property in the contract goods bought or sold does not vest in the agent, or the agent does not himself supply the contract services and where the agent:

- Does not create and/or operate an after-sales service, repair service or a warranty service required by the principal unless these services are fully reimbursed by the principal or unless these services are not indispensable to engage in selling or purchasing the contract goods or services on behalf of the principal;[FN 11]*
- Does not operate in other (product) markets unless this is not indispensable to engage in selling or purchasing the contract goods or services on behalf of the principal."*

In Footnote 11, the Commission says:

“See Case T-325/01, 15 September 2005, *Daimler Chrysler v. Commission*, paragraph 113. In this paragraph the CFI states the risks taken by the agent for after-sales services are in principle not relevant to assess the risks for selling or purchasing the contract goods or services on behalf of the principal. Those risks however become relevant if they are indispensable to engage in selling or purchasing the contract goods or services on behalf of the principal.”

1.2 Concerns with the new concept, particularly with regard to the 8th indent of paragraph 16

We consider the proposed introduction of a third category of risks, at least as set out in the 8th indent of paragraph 16¹, as inappropriate, mainly for the following reasons:

- First, the third category of risks goes beyond the findings of the European Courts and appears likely to exclude relationships from the agency safe harbour that would not otherwise fall outside that protection pursuant to the Courts’ case law. In *CEPSA I and II*, referred to in footnote 10, the Court made no reference to such third category of risks, and in *DaimlerChrysler*, paragraph 113, the Court explicitly rejected the Commission’s argument that a risk in relation to the provision of after sale services could disqualify an agent in relation to the separate activity of the sale of cars. In particular, the Court held that

“the activities [after sale services] are carried out on markets other than the market at issue [sale of Mercedes cars]. Even if it must be recognized that those obligations expose the agent to certain limited risks, they do not of themselves operate to affect the relationship between the applicant and its agents under competition law as regards the market at issue” (emphasis added).

In our reading, therefore, the Court held that the fact that a dealer who may bear risks in relation to business activities on market A (where he does not act as an agent) does not, in itself, disqualify him as an agent in relation to business activities on the separate market B where he does not bear any risks.

- Second, it appears inappropriate to extend a concept specifically developed in relation to certain ancillary services (after sales, repair and warranty services) in a particular sector to a very broad notion (“operation in any other (product) market”) in potentially all industries. Also from a policy point of view, it appears very unfortunate to put generally all agency relationships in doubt just because the agent may have business activities also on other markets (where he does not act as an agent).
- Third, we consider the proposed concept of “indispensability” as very vague and difficult to apply in practice. For example, should the concept of indispensability concern (a) the ability of the agent to be competitive (at all or in an economically viable way?), (b) the customer when purchasing the contract goods, or (c) the agent’s ability to be invited to enter into a distribution contract with the supplier?
- Fourth, the proposed wording in the 8th indent does not (explicitly) provide that the agent’s “operation in other (product) market” must be “required by the principal”. It is submitted that such explicit contractual requirement² would, in any event, be necessary to provide at least some (though lim-

¹ As a general note, the four negatives in the 7th and 8th indents (“does not ... unless not indispensable”) make it very difficult to understand the intended meaning of these provisions. The German version is completely incomprehensible on these (and other) points.

² See Case T-325 *DaimlerChrysler AG v Commission* [2005] ECR II-3319, para 112 where the Court referred to “activities which are contractually linked” to the sale of vehicles.

ited) legal certainty as well as consistency with the text in the 7th indent and paragraphs 14 and 17.

2 Prevailing business model used for the sale of fuel at petrol stations in Germany

In Germany and some other Member States, the prevailing business model with regard to petrol stations is the following:

- the operators of petrol stations act as agents to the extent that they sell fuel and lubes; and
- with regard to activities on other product markets, e.g. the so-called shop business including the sale of food, car wash or car repair services, these operators act in their own name as independent distributors, and thus not as agents.

The benefits of the current system are evident as (i) consumers receive additional services, (ii) agents can benefit through the ability to increase their profits through revenues on products outside of the field of the contracted goods, and (iii) petrol companies benefit from the attractiveness of the services of the petrol station.

The current wording of paragraph 16, 8th indent, could upset this fine balance that has worked well in the past for consumers and the German petrol market as a whole. While we do not consider that any of the services provided by agents outside the selling of fuel is “indispensable” in the strict sense, the proposed text is liable to create substantial legal uncertainty for the sector as a whole, in particular given the vagueness of the concept of indispensability.

3 Conclusions

We submit that the proposed introduction of a third category of risks, and in particular paragraph 16, 8th indent, is not in line with European case law and therefore goes beyond the remit of a *review* of well established rules. Without a full impact assessment, which would allow the Commission to come to its own view on the impact of the proposed changes, such sweeping changes are particularly harmful to stakeholders in the petrol distribution industry.

We therefore suggest removing the third category of risks from the final version. In any event, we strongly urge the Commission to delete paragraph 16, 8th.