

# Actualia

## contractspraktijk

# Ontwikkelingen jurisprudentie agentuurovereenkomsten

Mr. drs. H.S. Kleinjan\*

## 1 Inleiding en statistieken

Hoewel agentuur momenteel minder in de belangstelling staat dan bijvoorbeeld franchise, blijft het interessant de ontwikkelingen in de jurisprudentie op het agentuurvlak te blijven volgen. De agentuurregeling van afdeling 7.7.4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is grotendeels van dwingend recht en biedt grote bescherming aan de agent. Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat de agent nog altijd veel bescherming wordt geboden, maar niet ongelimiteerd.

In de periode van 20 mei 2017 tot en met 10 juni 2020 zijn op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) en [curia.europa.eu](https://curia.europa.eu) 51 uitspraken over (vermeende) agentuurovereenkomsten gepubliceerd.<sup>1</sup> Van deze 51 uitspraken speelden er 23 in eerste aanleg en 25 in hoger beroep. Daarnaast werden er 3 arresten gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). In dit artikel zal een selectie van de uitspraken per onderwerp worden behandeld.

\* Mr. drs. H.S. Kleinjan is advocaat bij Lexence N.V.

1. In dit artikel worden alleen uitspraken meegenomen die betrekking hebben op procedures waarin verbintenisrechtelijke vraagstukken centraal staan. Het mededingingsrecht valt buiten de scope, maar graag wijs ik op een ongepubliceerd arrest van het gerechtshof Amsterdam van 3 december 2019 (Prijsvrij/Corendon), genoemd in S. Tuinenga & M. Meijssen, *Kroniek civiele rechtspraak 2019, Markt & Mededinging 2010/2*. Op basis van het door Prijsvrij ingebrachte bewijs achtte het gerechtshof voorshands bewezen dat Corendon de agentuurovereenkomst had opgezegd omdat Prijsvrij kortingen op Corendon-reizen gaf. De volgende stap in deze procedure is een nieuwe ronde bewijslevering waarbij Corendon tegenbewijs kan leveren tegen de voorshands bewezen stelling dat zij de agentuurovereenkomst had opgezegd wegens de kortingen van Prijsvrij.

Deze onderwerpen zijn: de kwalificatie als agentuurovereenkomst (par. 2), de bevoegdheid van de rechter en de toepasselijkheid van dwingende bepalingen van de Agentuurrichtlijn (par. 3), provisie (par. 4), de beëindiging van de agentuurovereenkomst (par. 5), non-concurrentie (par. 6) en de klantenvergoeding (par. 7).

## 2 Kwalificatie als agentuurovereenkomst

### 2.1 Algemeen

De kwalificatievraag – dus: gaat het om agentuur, bemiddeling of iet anders? – komt in vrijwel alle uitspraken aan de orde. Een algemeen beeld dat daar naar voren komt, is dat de rechter eerst de inhoud van de overeenkomst en de feitelijke gang van zaken nauwkeurig vaststelt en vervolgens beoordeelt of die overeenkomst de kenmerken heeft van de wettelijke definitie van agentuurovereenkomst in artikel 7:428 BW.<sup>2</sup> In dat verband is niet bepalend welke bewoordingen partijen gebruiken. Dit is in lijn met het zogenoemde Inscharing-arrest van 20 december 2019,<sup>3</sup> dat overigens niet

2. Zie over kwalificatie ook Gerecht in eerste aanleg van Aruba 23 mei 2017, ECLI:NL:OGCAA:2017:411; Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2880; Rb. Rotterdam 2 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6136; Hof Amsterdam 13 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2270; Rb. Limburg 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9799; Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5386; Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2224; Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 9 april 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:91; kort geding Rb. Oost-Brabant 18 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5320; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9516.

3. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034.

specifiek op agentuur zag, waarin de Hoge Raad duidelijk maakt dat een overeenkomst eerst moet worden uitgelegd en vervolgens pas gekwalificeerd. De inhoud en feitelijke uitvoering van een overeenkomst gaan bij kwalificatie vóór de partijbedoeling.

## 2.2 Bemiddeling door platformen en het Booking.com-arrest

Een interessant arrest voor de agentuurrechtspraak is het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 28 mei 2019.<sup>4</sup> In deze zaak wordt gevorderd dat Booking.com deel moet nemen aan het betreffende pensioenfonds omdat zij met haar platform bemiddelt bij de totstandkoming van reisovereenkomsten en daarom een ‘online reisagent’ is. Booking stelt dat zij slechts een online reserveringsplatform exploiteert dat functioneert als doorgeefluik tussen klanten en aanbieders van accommodatie en daarom niet bemiddelt en geen reisagent is. Het gerechtshof Amsterdam oordeelt dat het enkel verschaffen van deze onafhankelijk van elkaar bestaande algemene mogelijkheden, waarvan het benutten geheel aan de accommodatieverstrekkers en de bezoekers van de website wordt gelaten, geen bemiddeling bij het tot stand brengen van overeenkomsten is.

Een cateringplatform werd door de rechtbank Amsterdam op 24 maart 2020<sup>5</sup> eveneens niet als agent gekwalificeerd. In de algemene voorwaarden van het cateringplatform stond dat het cateringplatform zal optreden als de niet-exclusieve boekingsagent van de cateraar. Voor de kwalificatie van de overeenkomst is de letterlijke tekst niet doorslaggevend, maar gaat het om hoe partijen in de praktijk werkten. De rechtbank oordeelt dat het sluiten van overeenkomsten door de agent op eigen naam en voor zichzelf niet met agentuur verenigbaar is. Het cateringplatform contracteerde in de praktijk op eigen naam met de klanten en factureerde zelf, waarbij het cateringplatform ook het debiteurenrisico droeg. De opzegging door de cateraar is niet onregelmatig, nu geen sprake is van een agentuurovereenkomst met bijbehorende opzegtermijn, aangezien de bemiddelaar op eigen naam contracteerde met en factureerde aan klanten. De rechtbank oordeelt dan ook dat de cateraar zijn klanten mag blijven bedienen zonder tussenkomst van het cateringplatform waar hij eerder zaken mee deed.

Zoals N. Huppés en T. Wildenbeest<sup>6</sup> opmerken, kan echter worden aangenomen dat platformen onder omstandigheden wel bemiddelen in de zin van artikel 7:425 BW en kwalificeren als agent in de zin van artikel 7:428 BW. Een door hen genoemd voorbeeld waar wel van agentuur werd uitgegaan, is de procedure van Prijsvrij tegen Corendon,<sup>7</sup> waarin Prijsvrij na beëindiging van de agentuurovereenkomst betaling van een klantenvergoeding vordert. Het is onduidelijk waarom

4. Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849 (Booking-arrest).
5. Rb. Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1937.
6. Zie ook N. Huppés & T. Wildenbeest, Vereist artikel 7:425 BW menselijke tussenkomst of kan een online platform ook bemiddelen?, *Contracteren* 2019/4.
7. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935 (Prijsvrij.nl/Corendon).

Prijsvrij.nl wel als agent kwalificeert, maar Booking.com niet. In de Prijsvrij/Corendon-procedure werd de kwalificatie van de relatie als zijnde agentuur overigens niet weersproken door Corendon. Naar ik heb begrepen, is in de Booking.com-zaak cassatie ingesteld, dus dit krijgt nog een vervolg.

Recente rechtspraak over de vraag of Airbnb in strijd met de wet handelt door zowel huurders als verhuurders bemiddelingskosten in rekening te brengen, laat ook zien dat hierover voorlopig nog niet het laatste woord is gezegd.<sup>8</sup> De kantonrechter oordeelde in maart van dit jaar dat Airbnb het verhuurder en huurder onmogelijk maakt buiten de website met elkaar in contact te komen door onder meer door telefoonnummers, e-mailadressen en adresgegevens te verbergen. Airbnb gedroeg zich daarom niet als digitaal prikbord of informatiedienst zoals eerder de Hoge Raad en het HvJ EU<sup>9</sup> oordeelden, maar als bemiddelaar.

Ik kan mij voorstellen dat als de platformen in de toekomst de beperkende regels ten aanzien van het dienen van twee heren toch moeten respecteren, zij mogelijk ook de vruchten van de agentuurregeling willen plukken. Genoemde platformen laten zich immers in de regel door ‘leveranciers’ betalen om overeenkomsten met klanten tot stand te brengen. De bepalingen inzake de agentuurovereenkomst strekken echter vooral tot bescherming van de agent en houden geen rekening met de mogelijkheid dat de agent machtiger is dan de principaal.<sup>10</sup>

## 2.3 Bemiddeling en het tot stand brengen van overeenkomsten

Recentelijk stond bij het HvJ EU<sup>11</sup> een prejudiciële vraag van het Tribunal de commerce de Paris centraal hoe de term ‘tot stand brengen’ in artikel 1 lid 2 van de Agentuurrichtlijn<sup>12</sup> moet worden uitgelegd. Het HvJ EU oordeelt dat een persoon niet bevoegd hoeft te zijn om de prijzen te wijzigen van de goederen die hij voor rekening van de principaal verkoopt om als een agent te worden aangemerkt. Uit de Agentuurrichtlijn volgt immers dat de kerntaken van een agent erin bestaan om nieuwe klanten aan te brengen voor de principaal en de transacties met de bestaande klanten uit te breiden. De agent kan die taken vervullen door informatie en advies te verstrekken en besprekingen te voeren zonder dat de agent bevoegd is om de prijzen van die goederen te wijzigen. Anders zou de principaal zich wel heel gemakkelijk kunnen onttrekken aan de dwingende bepalingen van de Agentuurrichtlijn door zich in de overeenkomst

8. Ktr. Rb. Amsterdam 9 maart 2020 ECLI:NL:RBAMS:2020:1477.
9. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099; HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1112.
10. Zie tevens T.F.E. Tjong Tjin Tai, Platformen als uitdaging voor het privaatrecht, *WPNR* 2018/7214.
11. HvJ EU 4 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:438.
12. Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (‘Agentuurrichtlijn’). Geïmplementeerd in de Nederlandse wet in art. 7:428 BW.

het recht voor te behouden om over de prijs van de goederen te onderhandelen.

Hoe succesvol het bemiddelen door de agent is, zou overigens geen rol moeten spelen in de kwalificatie van de overeenkomst. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden<sup>13</sup> oordeelt dat de omstandigheid dat van het zoeken en aanbrengen van nieuwe klanten en/of het tot stand brengen van nieuwe of andere overeenkomsten bij bestaande klanten door de agent niets terecht zou zijn gekomen, niet afdoet aan de juistheid van de kwalificatie als agentuurovereenkomst.

#### 2.4 Niet-ondergeschiktheid

Het zogenoemde Zako-arrest van het HvJ EU van 21 november 2018<sup>14</sup> gaat over de inhoud en betekenis van het vereiste van zelfstandigheid van de tussenpersoon.<sup>15</sup> In deze zaak verrichtte een vertegenwoordiger van Zako voor rekening van een vennootschap verschillende werkzaamheden, waaronder het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen, maar ook activiteiten van andere aard. De vertegenwoordiger van Zako had een permanente werkplek met een rechtstreekse telefoonlijn en een e-mailadres binnen de vennootschap. Het HvJ EU oordeelt dat de omstandigheid dat de betrokkene zijn werkzaamheden vanuit het bedrijf van de vennootschap uitoefent, niet wegneemt dat nog steeds sprake kan zijn van een agentuurovereenkomst, mits deze omstandigheid deze persoon niet belet zijn activiteit zelfstandig uit oefenen, hetgeen de verwijzende rechterlijke instantie dient na te gaan.<sup>16</sup>

#### 2.5 Gedeeltelijk vaste beloning

In een arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 5 december 2017<sup>17</sup> verschillen partijen van mening over de vraag of het feit dat de agent ingevolge de overeenkomst niet alleen een variabele omzetafhankelijke beloning maar ook een vaste maandelijks beloning (van € 1.000 ex btw) ontvangt, meebrengt dat de overeenkomst wel of niet als agentuurovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Naar het oordeel van het gerechtshof is wel sprake van een agentuurovereenkomst in een dergelijk geval waarbij gedeeltelijk sprake is van een vaste beloning. Het gerechtshof neemt in aanmerking dat uit de wettekst niet volgt dat het feit dat de beloning niet alleen uit een variabele provisie maar mede uit een vaste vergoeding per maand bestaat, meebrengt dat de overeenkomst niet als agentuurovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Daar komt bij dat in

artikel 6 van de Agentuurrichtlijn<sup>18</sup> besloten ligt dat de omstandigheid dat een deel van de beloning niet op provisiebasis plaatsvindt, er niet aan in de weg staat een overeenkomst als agentuurovereenkomst te kwalificeren. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch benadrukt dat in de onderhavige overeenkomst de beloning hoofdzakelijk bestaat uit een variabele commissie en dat de vaste commissie slechts een ondergeschikt onderdeel van de totale beloning omvat.

In een eerder arrest van het gerechtshof Amsterdam uit 2015<sup>19</sup> werd nog benadrukt dat kenmerkend voor een agentuurovereenkomst is dat alleen wordt beloofd door middel van de ontvangen provisie. In deze zaak was echter sprake van een overeengekomen vaste vergoeding per dag (van € 510 ex btw) en niet van een omzetafhankelijke provisie. Dat hierover nog niet het laatste is gezegd, blijkt ook uit een vonnis van de rechtbank Rotterdam<sup>20</sup> van begin 2018, waarin toch weer wordt herhaald dat kenmerkend voor een agentuurovereenkomst is dat alleen wordt beloofd door middel van de ontvangen provisie, onder verwijzing naar het arrest uit 2015.

#### 2.6 De galerie als agent

In een zaak die in 2018 bij het gerechtshof Amsterdam<sup>21</sup> speelde, beëindigde een kunstenaars na acht jaar de samenwerking met haar galerie en vorderde van de galerie betaling van onbetaald gelaten facturen en niet geretourneerde werken. De galerie vorderde op haar beurt van de kunstenaars betaling van schadevergoeding wegens onregelmatige beëindiging van de agentuurovereenkomst<sup>22</sup> en klantenvergoeding bij het einde van de agentuurovereenkomst.<sup>23</sup> Het gerechtshof overweegt dat voor agentuur wezenlijk is dat de agent namens de principaal bemiddelt bij de totstandkoming van overeenkomsten. Eventueel kan de agent in dat verband namens zijn principaal overeenkomsten sluiten, maar het sluiten van overeenkomsten op eigen naam en voor zichzelf is niet verenigbaar met agentuur. Koopovereenkomsten tussen de galerie en haar afnemers waaruit dit zou blijken, zijn door de galerie niet overgelegd. Het gerechtshof oordeelt daarom, anders dan de kantonrechter, dat de overeenkomst tussen partijen geen agentuurovereenkomst is. Dat in andere rechtszaken de samenwerking tussen de desbetreffende kunstenaars en galeri houder als agentuur is betiteld, brengt op zichzelf evenmin met zich dat dat in het onderhavige geval ook het geval was, aldus het gerechtshof.<sup>24</sup>

13. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9516.

14. HvJ EU 21 november 2018, C-452/17, RvdW 2019/453. Zie hierover ook J. Zwemmer, De bijzondere arbeidsovereenkomst van de handelsvertegenwoordiger: Over het onderscheid met de agentuurovereenkomst, het Zako-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie en over het bestaansrecht van deze bijzondere arbeidsovereenkomst, Tijdschrift voor Ontslagrecht 2019/2.

15. Zoals opgenomen in art. 1 lid 2 Agentuurrichtlijn.

16. Zie ook in die zin Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 9 april 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:91.

17. Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5386.

18. Art. 6 lid 3 luidt: '(...) 3. De artikelen 7 tot en met 12 zijn niet van toepassing, voor zover de handelsagent niet geheel of gedeeltelijk op provisiebasis wordt beloofd.'

19. Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3847.

20. Rb. Rotterdam 14 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1083.

21. Hof Amsterdam 7 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1291, NJF 2018/430.

22. Art. 7:439 lid 1 BW.

23. Art. 7:442 lid 1 BW.

24. Welke zaken dat zijn, wordt niet specifiek benoemd, maar zie Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5045 (wél agentuur) en Rb. Oost-Brabant 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5046 (geen agentuur).

Ook het gerechtshof Amsterdam<sup>25</sup> had begin 2020 een ‘kunstzaak’ aan de hand waarin de galerie stelde schade te hebben geleden als gevolg van de onregelmatige opzegging door de kunstenaar van de agentuurovereenkomst die zag op het tentoonstellen en verkopen van kunst. Naar het voorlopig oordeel van de rechtbank diende de relatie tussen partijen te worden gekwalificeerd als een agentuurovereenkomst. Het gerechtshof neemt echter geen beslissing over de vraag of tussen partijen een agentuurovereenkomst is gesloten dan wel een andersoortige overeenkomst.

Uit het vorenstaande blijkt dat zeker bij gebreke van een duidelijk ‘galeriecontract’, waaruit blijkt of sprake is van consignatie, bemiddeling, lastgeving of agentuur, een kunstenaar voor onverwachte verrassingen kan komen te staan bij beëindiging van de samenwerking. Het een en ander hangt in sterke mate af van de feitelijke gang van zaken.

### 2.7 Bestendigheid relatie

In een vonnis van de rechtbank Rotterdam van 5 april 2019<sup>26</sup> oordeelt de rechtbank dat geen sprake is van een agentuurovereenkomst nu geen sprake is van een ‘vaste betrekking’. Het vereiste dat de agentuurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is aangegaan, impliceert dat het een duurovereenkomst is. Het al dan niet bestaan van een vaste betrekking is het enige verschil tussen een algemene bemiddelingsovereenkomst en een agentuurovereenkomst. Indien de opdracht tot bemiddeling bestaat uit één of meer opzichzelfstaande opdrachten ten behoeve van bepaalde transacties, is geen sprake van een agentuurovereenkomst, maar van een algemene bemiddelingsovereenkomst. In de onderhavige zaak bestond er geen overkoepelende overeenkomst om de handelsrelatie tussen partijen te regelen en de opdrachten kwamen op incidentele basis tot stand. Dit staat naar het oordeel van de kantonrechter in de weg aan de kwalificatie als agentuur, omdat het vereiste van een ‘vaste betrekking’ ontbreekt; wel is sprake van bemiddeling.

### 2.8 Object van de bemiddelde overeenkomst

De Britse Supreme Court heeft op 27 mei 2019<sup>27</sup> een prejudiciële vraag ingediend of, wanneer computersoftware aan klanten van een principaal wordt verstrekt, dit dan valt onder het begrip ‘goederen’ volgens de betekenis van dat begrip zoals vervat in de definitie van een agent in de Agentuurrichtlijn. De Nederlandse wetgever heeft uitdrukkelijk afgezien van het door de Agentuurrichtlijn gemaakte onderscheid tussen overeenkomsten in de dienstensector en de koop en verkoop van goederen. Het is echter goed te realiseren dat dit niet het geval is in alle Europese landen, ook in het kader van de advisering van buitenlandse cliënten.

## 3 Bevoegdheid rechter en toepasselijkheid dwingende bepalingen van de Agentuurrichtlijn

In het arrest van gerechtshof Den Haag van 28 november 2017<sup>28</sup> stond de vraag centraal of de Nederlandse rechter ondanks een forumkeuze voor de rechter van een staat buiten de Europese Unie ook bevoegd kan zijn indien de agent zijn werkzaamheden binnen de Europese Unie verricht. Het gaat in deze zaak om een Nederlandse agent, die vooral in Nederland actief is, en een Amerikaanse principaal. In de agentuurovereenkomst is een arbitragebeding opgenomen met als plaats van arbitrage New York en als toepasselijk recht dat van de staat New York. De agent start een procedure in Nederland, stellende dat het arbitragebeding in de agentuurovereenkomst in strijd is met de openbare orde en dat de rechtskeuze voor het recht van de staat New York ertoe zal leiden dat hem de dwingendrechtelijke bescherming uit het Europese en Nederlandse recht zal worden onthouden ten aanzien van onder meer de gevorderde klantenvergoeding. Het gerechtshof gaat daar evenals de kantonrechter niet in mee.<sup>29</sup> Het gerechtshof geeft aan dat (communautaire) bepalingen van bijzonder dwingend recht een rol kunnen spelen bij de geldigheids-/bevoegdheidstoets, maar concludeert dat partijen het erover eens zijn dat de dwingendrechtelijke bepalingen uit de Agentuurrichtlijn over de beëindigingsvergoeding tussen hen van toepassing zijn, zodat de vraag naar de juridische status van deze bepalingen niet verder hoeft te worden uitgediept. Aan een met schending van de richtlijnbevestigingen tot stand gekomen uitspraak in Nederland zou bovendien mogelijk erkenning kunnen worden onthouden. Het gerechtshof ziet geen aanleiding het arrest Ingmar/Eaton van het HvJ EU<sup>30</sup> op te rekken, in die zin dat ook een forumkeuzebeding inbreuk zou kunnen maken op de dwingendrechtelijke agentuurbepalingen. Het gerechtshof lijkt zich aan deze materie niet te willen wagen en kon zich er ook eenvoudig van afmaken, omdat partijen het erover eens waren dat de dwingendrechtelijke bepalingen uit de Agentuurrichtlijn over de beëindigingsvergoeding van toepassing zijn. In theorie kan de aan de agent op grond van de Agentuurrichtlijn toekomstige bescherming derhalve door middel van een forumkeuzebeding worden omzeild. Kortom, nog geen volledig uitgekristalliseerde materie.

25. Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:5.

26. Rb. Rotterdam 5 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3893.

27. Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door Supreme Court of the United Kingdom op 27 mei 2019 bij HvJ EU, C-410/19, C 255/36, nr. 62019CN0410.

28. Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3933. Zie ook H.S. Kleinjan, Update jurisprudentie agentuurovereenkomsten 2015-2017, Contracteren 2017/2.

29. Zie tevens H. Boom, Bescherming van de ‘Europese’ handelsagent onder de agentuurrichtlijn bij grensoverschrijdende agentuurrelaties: een overzicht, Bedrijfsjuridische Berichten 2019/68.

30. HvJ EU 9 november 200, zaak C-381/98 (Ingmar/Eaton).

## 4 Provisie

### 4.1 Exclusiviteit

Op 26 november 2019 oordeelde het gerechtshof Amsterdam<sup>31</sup> over een zaak waar een agent exclusief was aangesteld voor het territorium Oostenrijk. Artikel 8 van de overeenkomst bepaalt: ‘The agent is entitled to commission on the sales effected through its intermediary services.’ Op enig moment blijkt dat de principaal rechtstreeks klanten bedient in Oostenrijk zonder de agent daarover provisie te betalen. De rechtbank was van oordeel dat de principaal zich, gelet op artikel 7:431 lid 1 sub c BW, het recht had voorbehouden om zelf rechtstreeks zaken te doen in Oostenrijk zonder dat daarover provisie was verschuldigd. Het gerechtshof Amsterdam vernietigt het vonnis van de rechtbank. Artikel 7:431 lid 1 sub c BW regelt dat het exclusieve recht slechts kan worden ingeperkt als dat uitdrukkelijk is overeengekomen en dat ter vaststelling daarvan niet kan worden volstaan met een uitleg van de bepalingen in de agentuurovereenkomsten aan de hand van de Haviltex-norm. De stelplicht en bewijslast liggen hiervoor bij de principaal. Uit artikel 8.1 volgt geen uitdrukkelijke afspraak dat het exclusieve recht wordt ingeperkt, inhoudende dat de agent geen recht heeft op provisie indien er overeenkomsten tot stand komen buiten hem om. De principaal moet dus gewoon provisie betalen over de door de principaal rechtstreeks benaderde klanten in Oostenrijk.

### 4.2 Provisieaanspraken na overname

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch<sup>32</sup> vult in oktober 2017 een contractuele leemte, die zich voordeed na een ingrijpende verandering van omstandigheden in de vorm van een overname, aan de hand van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aan. De agentuurovereenkomst bepaalt: ‘De Agent heeft ook het recht op provisie over verkopen van Producten in het Gebied, die zonder tussenkomst van de Agent rechtstreeks tot stand zijn gekomen tussen de Principaal en de Afnemer.’ De vraag was, kort gezegd, of de agent ook recht had op provisie voor zover de nieuwe concernpartners de producten leveren. Het gerechtshof verwerpt het standpunt van de agent dat hij zonder meer recht heeft op provisie ter zake van door de nieuwe groepsvennootschap(en) geproduceerde producten. Het enkele feit dat de principaal betrokken is geweest bij een bedrijfsovername, rechtvaardigt niet een uitbreiding van provisieaanspraken. De agent heeft in beginsel geen recht op provisie over leveranties die rechtstreeks bij een nieuwe groepsvennootschap zijn geplaatst (en enkel administratief door de principaal zijn verwerkt). Het gerechtshof bepaalt echter wel dat de agent recht heeft op provisie berekend ‘over verkopen’ door de principaal, dat wil zeggen de verkoop van door de principaal gefa-

briceerde machines en apparaten. Welke onderneming daarbij de feitelijke leiding had bij de afwikkeling, is niet relevant. Dat de principaal de leiding, de opdrachtbevestiging, de facturering en andere administratieve handelingen via andere vennootschappen liet lopen, is zijn eigen keuze en neemt niet weg dat het project als verkoop van de principaal heeft te gelden als de te verkopen machines ook door hem zijn gefabriceerd en geïnstalleerd.

### 4.3 Provisie na het einde van de overeenkomst

In het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 9 juli 2019<sup>33</sup> gaat het over het faillissement van een agent (een vennootschap). Haar directeur-grotoaandeelhouder richt een nieuwe vennootschap op die het klantenbestand en de orderportefeuille overneemt van de curator, evenals een vordering van de agent op de principaal. Twee maanden na het faillissement zegt de principaal de agentuurovereenkomst met de agent op. In deze procedure voert de ‘doorstartvennootschap’ aan dat zij met de overeenkomst die zag op de overname van het klantenbestand en de orderportefeuille, ook de agentuurovereenkomst heeft overgenomen. In de overeenkomst tussen de doorstartvennootschap en de curator zijn de overgedragen activa nauwkeurig omschreven en de agentuurovereenkomst is hierin niet genoemd. Bovendien slaagt de doorstartvennootschap er niet in te bewijzen dat de principaal ermee heeft ingestemd dat zij agent wordt. Ook heeft de doorstartvennootschap aanspraak gemaakt op provisie en servicekosten uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, omdat de principaal een omzet van ruim € 1,3 miljoen heeft behaald met de orders die zij zou hebben aangedragen in de periode nadat de agent failliet was verklaard. De principaal heeft dit betwist en gesteld dat dit enkel een gebruikelijke nasleep was van de werkzaamheden die de agent voor haar faillissement had verricht. Volgens de principaal voorziet de wet in een billijke vergoeding van de oud-agent voor deze nasleep die uitsluitend aan de oud-agent toekomt. Ik ga ervan uit dat het gerechtshof bedoelt dat de agent aanspraak zou hebben kunnen maken op provisie voor de voorbereiding van na het einde van de agentuurovereenkomst tot stand gekomen overeenkomsten ingevolge artikel 7:431 lid 2 BW en eventueel ook op klantenvergoeding ingevolge artikel 7:442 BW. Het gerechtshof oordeelt dat de aan de doorstartvennootschap overgedragen vordering op de principaal niet zag op de provisie in de maanden na die overdracht. De aanspraak op een billijke vergoeding over die maanden komt dus toe aan (de curator van) de agent, en niet aan de doorstartvennootschap zelf. Ook het beroep van de doorstartvennootschap op ongerechtvaardigde verrijking faalt daarom.

Een arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 april 2019<sup>34</sup> gaat over het recht op provisie voor overeenkomsten die na afloop van de agentuurovereenkomst

31. Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1461.

32. Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4329; Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1070, r.o. 3.4.3.

33. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5649.

34. Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1461, RCR 2019/60. Zie ook Rb. Amsterdam.

zijn gesloten ingevolge artikel 7:431 lid 2 BW. In de onderhavige zaak wordt de ‘redelijke termijn’ op zes maanden gesteld. Omdat Vodafone tegen de concrete invulling van de redelijke termijn echter geen verweer heeft gevoerd, wordt helaas niet duidelijk of het gerechtshof een termijn van zes maanden in de regel al dan niet redelijk acht en waarom.

## 5 Beëindiging

### 5.1 Proeftijdregeling

Het HvJ EU bepaalde op 19 april 2018<sup>35</sup> dat artikel 17 van de Agentuurrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat de vergoedings- en herstelregelingen waarin de Agentuurrichtlijn voorziet in geval van beëindiging van de agentuurovereenkomst ook toepasselijk zijn wanneer die beëindiging plaatsvindt tijdens de in die overeenkomst bedongen proeftijd. Kortom, aanspraken op provisie en een klantenvergoeding vallen met een proeftijdregeling niet te omzeilen.

### 5.2 Voortzetting na verstrijken bepaalde tijd

In een arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 april 2019<sup>36</sup> was de toepasselijkheid van artikel 7:236 BW aan de orde. Een agentuurovereenkomst die na het verstrijken van de termijn waarvoor zij is aangegaan door beide partijen wordt voortgezet, bindt partijen voor onbepaalde tijd onder dezelfde voorwaarden. Na de verlenging voor onbepaalde tijd kan de overeenkomst met inachtneming van artikel 7:437 BW worden opgezegd. Vodafone maakt gebruik van een agent op basis van een overeenkomst die is verlengd tot een bepaalde datum. Een paar maanden daarvoor geeft Vodafone aan de commerciële condities te gaan versoberen tenzij de agent beter gaat presteren, en wordt een nieuwe overeenkomst voorgelegd aan de agent met een looptijd van een jaar. De agent heeft daarmee niet ingestemd en partijen gaan gedurende de onderhandelingen door op basis van de oude overeenkomst. De agent stelt zich op het standpunt dat artikel 7:436 BW in dit geval geen onbepaalde duur met zich kan brengen nu dit artikel slechts dan van toepassing is indien sprake is van een stilzwijgende verlenging. Indien één of beide partijen bezwaar hebben gemaakt om de overeenkomst na ommekomst niet of niet op dezelfde voorwaarden voort te zetten, dan heeft dit artikel geen werking. Het gerechtshof Amsterdam is van mening dat de enige voorwaarde voor omzetting in onbepaalde duur onder dezelfde voorwaarden is dat partijen na ommekomst van bepaalde duur de overeenkomst voortzetten. Artikel 7:436 BW dient richtlijnconform te worden uitgelegd, ook wanneer het zoals in dit geval gaat om een vorm van agentuur waarvoor de Agentuurrichtlijn niet geldt.<sup>37</sup>

35. HvJ EU 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:262. Zie ook Kleinjan 2017.

36. Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1461, RCR 2019/60.

37. Zie HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (T-Mobile/Klomp), r.o. 4.1. Hoewel de Agentuurrichtlijn blijkt art. 1 lid 2 alleen

Een ander aspect betreft de vraag of de agent de agentuurovereenkomst heeft beëindigd en, zo ja, of dat geschiedde op grond van dringende redenen die aan de principaal konden worden toegerekend. De kantonrechter oordeelt dat de agent de overeenkomst zelf feitelijk heeft beëindigd door zijn werkzaamheden stop te zetten. De beëindiging kan niet aan Vodafone worden toegerekend, zodat geen recht op klantenvergoeding bestaat. Het gerechtshof is van oordeel dat de agent niet voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat de opzegging gerechtvaardigd was door omstandigheden die aan Vodafone waren toe te rekenen. Dat de onderhandelingen over het nieuwe contract in een impasse waren geraakt, rechtvaardigde niet de opzegging door de agent. Kortom, het vorenstaande toont dat het oppassen geblazen is als je zomaar wegloopt uit onderhandelingen over een nieuw agentuurcontract. Voor de contractmaker goed om te realiseren dat artikel 7:436 BW niet van dwingend recht is, zodat partijen daarvan bij overeenkomst kunnen afwijken. In deze zaak is het gerechtshof echter van mening dat een dergelijke afwijkende afspraak niet is gemaakt.

### 5.3 Opzegging

Het gerechtshof Amsterdam bekrachtigt op 25 juli 2017<sup>38</sup> het vonnis van de rechtbank Noord-Holland<sup>39</sup> over onder meer (onregelmatige) opzegging. Na uitleg van de over en weer door agent en principaal gezonden brieven wordt door het gerechtshof vastgesteld dat niet de principaal maar de agent de overeenkomst met onmiddellijke ingang heeft opgezegd. De omstandigheden in deze zaak wettigden een dergelijke opzegging niet, zodat de agent tegenover de principaal schadeplichtig is. Alles overziende was sprake van een situatie waarin de principaal ondanks jarenlang afnemende omzetten in België en een gekrompen klantenbestand bereid was om voor een substantiële duur in de relevante verkoopperiode een monstercollectie aan de agent ter beschikking te stellen en hem daarnaast de showroom te laten gebruiken in de tijd dat de monstercollectie niet tot zijn beschikking stond. Dit voornemen was naar het oordeel van het gerechtshof in de gegeven omstandigheden niet onredelijk, terwijl de bezwaren daartegen van de agent meer waren ingegeven door zijn eigen werkwijze en daarmee samenhangende belangen dan door de belangen van zijn Belgische klanten. In deze economisch mindere tijden door COVID-19 wellicht een interessante zaak om in het achterhoofd te houden en een aanwijzing dat een agent onder omstandigheden

betrekking heeft op het tot stand brengen van aan- of verkoop van goederen voor de principaal, omvat de Nederlandse regeling inzake agentuur blijkens art. 7:428 lid 1 BW ook de bemiddeling bij de totstandkoming van andere overeenkomsten ten behoeve van de principaal. Hoewel de Nederlandse rechter daartoe niet op grond van het gemeenschapsrecht gehouden is, zal de Hoge Raad de Nederlandse wettelijke regeling ook met betrekking tot een agentuurovereenkomst die niet ziet op de aan- of verkoop van goederen richtlijnconform uitleggen.

38. Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3056, r.o. 3.4.4. en 3.5.3.

39. Rb. Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:524. Besproken door Kleinjan 2017.

ook wat moet schikken en met minder genoeg moet nemen?<sup>40</sup> Alhoewel de hierna te bespreken zaak laat zien dat een agent zich niet alles hoeft te laten welgevallen.

#### 5.4 Ontbinding en vergoeding

De rechtbank Gelderland oordeelde op 29 maart 2019<sup>41</sup> over de vraag of de agentuurovereenkomst op verzoek van de agent kon worden ontbonden op grond van het bepaalde in artikel 7:440 BW. Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van een verandering in de omstandigheden die van dien aard is dat de billijkheid eist dat de overeenkomst wordt ontbonden. De laatste twee jaar heeft de principaal een andere houding aangenomen richting zijn klanten, liepen de levertijden op en heeft de principaal aangegeven dat hij een tweede agent in het rayon van de agent wilde aanstellen. Bovendien houdt de principaal zich in het laatste halfjaar niet meer aan de verplichtingen die hij als principaal heeft, omdat er geen orderbevestigingen en provisieoverzichten meer aan de agent worden verstuurd en de provisie niet meer wordt betaald. De kantonrechter benadrukt dat ook veranderingen in de bedrijfsvoering van een principaal gevolgen voor de agent kunnen hebben. Als het aantal klachten over de levertijden of over de kwaliteit van de geleverde zaken toeneemt, kan dat met zich brengen dat de agent minder gemakkelijk overeenkomsten kan sluiten en daarmee dus minder gemakkelijk provisie kan genereren. De kantonrechter zal de agentuurovereenkomst tussen partijen dan ook ontbinden.

De agent heeft verzocht een vergoeding toe te kennen die gelijk is aan één jaar provisie ter hoogte van circa € 11.000. De kantonrechter overweegt dat sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid op 1 juli 2015 dit artikel 7:685 BW is vervallen en aanknoping hierbij dan ook niet meer aan de orde is. De kantonrechter knoopt daarom voor het toekennen van een vergoeding aan bij de vraag welke partij in welke mate heeft bijgedragen aan de omstandigheden die tot ontbinding van de overeenkomst hebben geleid. Daarbij acht de kantonrechter de omstandigheid van het aanstellen van een accountmanager in het rayon van de agent een belangrijke omstandigheid die heeft bijgedragen aan de ontbinding. De kantonrechter acht op grond van de duur van de overeenkomst en de door de agent gerealiseerde gemiddelde provisie in de afgelopen periode een vergoeding van € 8.000 billijk.

## 6 Non-concurrentie

De rechtbank Overijssel kwalificeerde in haar vonnis van 1 augustus 2018<sup>42</sup> een samenwerkingsovereenkomst als een gemengde overeenkomst met trekken van een niet in de wet geregelde franchiseovereenkomst en een

wel in de wet geregelde agentuurovereenkomst. In een dergelijk geval wordt de wel in de wet geregelde overeenkomst als heersend gezien. Dwingendrechtelijk voorgeschreven bepalingen met betrekking tot de agentuurovereenkomst gelden daardoor ook voor de overeenkomst voor zover die trekken heeft van een franchiseovereenkomst. Op grond van artikel 7:445 BW is in artikel 7:443 lid 3 BW dwingendrechtelijk voorgeschreven dat de principaal geen rechten kan ontlenen aan een non-concurrentiebeding indien zonder toestemming van de agent de agentuurovereenkomst is geëindigd zonder inachtneming van de wettelijke of overeengekomen termijn en zonder een dringende aan de agent onverwijld medegedeelde reden. Door de onregelmatige opzegging komt de franchisegever op grond van de wet dan ook geen beroep op het postcontractuele non-concurrentiebeding toe. Het is in de praktijk derhalve van groot belang bedacht te zijn op (franchise)overeenkomsten die ook agentuurrechtelijke elementen bevatten.<sup>43</sup>

## 7 Klantenvergoeding

### 7.1 Aanspraak op klantenvergoeding en nieuwe klanten

Bij beëindiging van de agentuurovereenkomst heeft de handelsagent in principe recht op een klantenvergoeding ingevolge artikel 7:442 BW. Voor het ontstaan van een aanspraak op een klantenvergoeding (a) dient de agent de principaal nieuwe klanten te hebben aangebracht, of (b) dient de agent de overeenkomsten met de bestaande klanten aanmerkelijk te hebben uitgebreid, én (c) dienen de overeenkomsten met deze klanten de principaal nog aanzienlijke voordelen op te leveren.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in zijn arrest van 27 februari 2018<sup>44</sup> ten aanzien van de vraag of de aangebrachte c.q. uitgebreide klanten voor de principaal naar verwachting nog in relevante mate nieuwe transacties zullen opleveren, dat het niet vereist is dat deze klanten aan de principaal gebonden zijn door bijvoorbeeld een minimumafnameverplichting of omzetgarantie. Ook als met deze klanten periodiek oververlenging van de afnameovereenkomst moet worden onderhandeld, kan sprake zijn van te verwachten nieuwe transacties. De principaal die de verschuldigdheid van de klantenvergoeding betwist, zal moeten onderbouwen waarom verdere transacties niet zijn te verwachten.

Het gerechtshof geeft daarnaast een oordeel over de invloed van eerdere overeenkomsten tussen de agent en

40. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6058 en Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:787 over de vraag of sprake is van een onregelmatige opzegging.

41. Rb. Gelderland 29 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1906.

42. Rb. Overijssel 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3489.

43. Rb. Noord-Holland 18 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2719. De rechtbank Noord-Holland verwijst op 18 april 2020 een zaak die ging over de ongeldigheid van een concurrentiebeding zoals tussen partijen overeengekomen in een beëindigingsovereenkomst wegens strijd met de wettelijke bepalingen van art. 7:443 lid 1 BW. De vordering in hoofdzaak en in incident betreffende voorlopige voorziening zien op agentuurovereenkomst ex art. 7:428 BW. Op grond van art. 93 en 94 Rv moeten die vorderingen behandeld worden door de kantonrechter.

44. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1982, RCR 2018/47.

andere gefailleerde vennootschappen uit het concern van de principaal. De principaal heeft onvoldoende onderbouwd waarom hij zich zou kunnen vereenzelvigen met zijn zusterbedrijven. De principaal heeft de stelling van de agent dat het faillissement meebracht dat klanten van de ene op de andere dag niet meer beleverd konden worden en dat de afnemers/klanten van de gefailleerde vennootschappen opnieuw moesten worden benaderd om het vertrouwen te herwinnen, niet gemotiveerd betwist. Bovendien is de agent na dat faillissement enige tijd distributeur geweest van de producten, zodat hij op dat moment als leverancier optrad en de klanten dus zijn eigen klanten waren. Voor de praktijk is het van belang om in de situatie dat een lopende agentuurrelatie in een andere vennootschap wordt ondergebracht, vooraf overeen te komen of de bestaande klanten van de voorganger van de principaal ook in de nieuwe relatie als bestaande klanten hebben te gelden. Net als het hiervoor besproken arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 oktober kunnen wijzigingen binnen een groep wegens faillissement, herstructurering of M&A-activiteiten voor onduidelijkheid op het vlak van verschuldigde provisie en klantenvergoeding zorgen.

## 7.2 Driefasentoets

In alle uitspraken wordt steeds voor de daadwerkelijke berekening<sup>45</sup> van de klantenvergoeding aangesloten bij de driefasentoets<sup>46</sup> die door de Hoge Raad uiteen is gezet in het arrest T-Mobile/Klomp.<sup>47</sup> De vaststelling van de klantenvergoeding dient in drie fasen te verlopen. In de eerste fase dienen de voordelen die transacties met door de agent aangebrachte klanten de principaal opleveren, gekwantificeerd te worden. Vervolgens moet in de tweede fase beoordeeld worden of reden bestaat het aldus vastgestelde bedrag aan te passen met het oog op de billijkheid, gelet op alle omstandigheden van het geval en met name gelet op de door de agent gederfde provisie. De billijkheid kan zowel een verhoging als een verlaging van het in de eerste fase vastgestelde bedrag meebrengen. Ten slotte wordt in de derde fase getoetst of het uit de twee eerdere berekeningsfasen volgende bedrag het in lid 2 van artikel 7:442 BW bedoelde maximumbedrag niet te boven gaat.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden gebruikt in het hiervoor reeds aangehaalde arrest van 27 februari 2018<sup>48</sup> ook de driefasentoets om tot toekenning van een klantenvergoeding te komen. Het gerechtshof overweegt dat het bij de klantenvergoeding gaat om de vergoeding van een vorm van 'goodwill' doordat de principaal van de

door de agent aangebrachte klantrelaties kan profiteren zonder daarover provisie te betalen. Dit voordeel wordt 'forfaitair' bepaald op de hoogte van de provisie over het laatste jaar van de agentuurrelatie. De principaal heeft aangevoerd dat dit bedrag moet worden gecorrigeerd met factoren als de duur van het voordeel, het verloop van het klantenbestand en de versnelde ontvangst van provisie-inkomsten, maar het gerechtshof ziet geen reden voor een correctie.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft eind 2018<sup>49</sup> ook een zaak aan de hand waarin de berekening van de klantenvergoeding centraal staat. Een partij heeft enige jaren als agent voor een principaal opgetreden. Alhoewel zij over een schriftelijke overeenkomst hebben onderhandeld, is deze nooit gesloten. De kantonrechter oordeelt dat de agentuurovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd, maar veroordeelt de principaal wel tot betaling van een deel van de gevorderde provisie en een klantenvergoeding. Voor het berekenen van de klantenvergoeding volgt het gerechtshof ook de driefasentoets. Volgens het gerechtshof heeft de agent voldoende aannemelijk gemaakt dat de principaal van door hem aangebrachte klanten, of van klanten waarmee hij de overeenkomsten heeft uitgebreid, nog in relevante mate nieuwe transacties kan verwachten.<sup>50</sup> De kantonrechter heeft ook de hoogte van de vergoeding correct berekend, waarbij het gerechtshof specifiek opmerkt dat de kantonrechter bij het berekenen van de duur van het voordeel voor de principaal terecht is uitgegaan van een periode van acht jaar (zijnde de periode dat de agent mogelijk nog voor de principaal zou hebben gewerkt tot de leeftijd van 70 jaar). Dit wijkt af van de gebruikelijke periode van twee tot drie jaar met een maximum van vijf jaar, zoals aangegeven door de Europese Commissie in haar Verslag over de toepassing van artikel 17 van de Agentuurrichtlijn.<sup>51</sup> Voor een billijkheidscorrectie is volgens het gerechtshof geen plaats.

De rechtbank Oost-Brabant past begin 2020<sup>52</sup> in een tragische zaak, waarbij de agent overlijdt na in coma te zijn geraakt, de driefasentoets toe bij het vaststellen van een klantenvergoeding waarop overigens Duits recht van toepassing is. De rechtbank Oost-Brabant merkt daarbij op dat voor zover de principaal aanvoert dat de agent bij deze berekening ten onrechte de onkostenvergoeding meerekent, hier niet in wordt meegegaan, onder verwijzing naar het arrest T-Mobile/Klomp van de Hoge Raad van 2 november 2012.

Voorgaande arresten volgen alle nog de 'traditionele' uitleg van de driefasentoets van de Hoge Raad conform

45. Rb. Rotterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11063. In deze zaak ging het in kort geding om afgifte van stukken om de provisieaanspraken en klantenvergoeding van de agent te kunnen berekenen. De principaal dient aan de agent ook de raamovereenkomsten te verstrekken op grond waarvan de agent de te verwachten licentiewaarde kan bepalen.

46. De klantenvergoeding werd ook volgens de driefasentoets berekend in Rb. Rotterdam 2 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6136.

47. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (T-Mobile/Klomp).

48. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1982, RCR 2018/47.

49. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9279, RCR 2019/36.

50. Zie ook HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, RCR 2017/68, NJ 2017/227 (Prijsvrij/Corendon); HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, RCR 2013/8, NJ 2014/332 (T-Mobile/Klomp).

51. Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van art. 17 van de Agentuurrichtlijn, COM(96)364 def. (het 'Verslag'), p. 3.

52. Rb. Oost-Brabant 13 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:620.



het arrest T-Mobile/Klomp. Huppés en Wildenbeest<sup>53</sup> betogen echter dat de driefasentoets van de Hoge Raad niet in lijn is met de rekenmethode zoals uiteengezet in het voornoemde Verslag van de Europese Commissie. Zij zijn van mening dat op grond van het Verslag in de eerste fase van de berekening van de klantenvergoeding niet moet worden uitgegaan van de genoten voordelen door de principaal, maar van de misgelopen provisie van de agent. Ik verwacht dan ook dat er de komende jaren vonnissen zullen worden gewezen waarin zal worden bepleit dat in de eerste fase van de berekening van de klantenberekening dient te worden uitgegaan van de misgelopen provisie van de agent en niet van de genoten voordelen door de principaal.

### 7.3 Klantenvergoeding bij faillissement en doorstart

Op de vraag of de klantenvergoeding van artikel 7:442 BW in faillissement kan worden gevorderd, is nog geen eenduidigheid.<sup>54</sup> De regel dat de opzegging conform artikel 40 Faillissementswet tot een regelmatige beëindiging van de agentuurovereenkomst leidt, die niet tot schadeplichtigheid leidt, lijkt in principe niet af te doen aan de verschuldigdheid van de klantenvergoeding door de boedel.

De rechtbank Midden-Nederland had in 2018<sup>55</sup> een zaak aan de hand waarbij de verschuldigdheid van klantenvergoeding na een doorstart na faillissement aan de orde kwam. In de betreffende nieuwe agentuurovereenkomst tussen de agent en de doorstartvennootschap staat dat deze na een jaar van rechtswege zou eindigen. De kantonrechter overweegt dat in een dergelijk geval klantenvergoeding moet worden betaald en verwijst daarbij naar het Verslag,<sup>56</sup> waarin staat: ‘De vergoeding is in ieder geval verschuldigd na afloop van een overeenkomst voor bepaalde duur en in beginsel dient een totale of gedeeltelijke vergoeding te worden betaald in geval van faillissement van de principaal.’ De volgende vraag is hoe die berekend moet worden. Volgens de nieuwe principaal gaat het alleen om het laatste jaar en niet om de periode dat de agent voor de gefailleerde vennootschap heeft gewerkt. De kantonrechter volgt echter het standpunt van de doorstartvennootschap. Uit het hiervoor geciteerde Verslag blijkt dat bij faillissement van de oorspronkelijke principaal een klantenvergoeding is verschuldigd. Dat dergelijke vorderingen bij een faillissement vaak niet of niet helemaal betaald kunnen worden, is gegeven met het karakter van een faillissement: schuldeisers krijgen vaak niet waarop zij recht hebben, omdat de schuldenaar nu eenmaal niet in staat is om zijn schulden te betalen. De goodwill behoort

tot de positieve vermogensbestanddelen, die de curator te gelde mag maken om daarmee de schulden die er zijn zo veel mogelijk te betalen. Kennelijk heeft de curator uit de opbrengsten de klantenvergoeding voor de agent niet kunnen betalen. Dat is ‘zuur’ voor de agent, aldus de kantonrechter, maar dat geeft hem geen rechten tegenover zijn nieuwe principaal. De klantenvergoeding moet dus alleen op basis van het laatste jaar worden betaald.

Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao<sup>57</sup> oordeelt in 2018 dat op grond van artikel 7:442 BW de agent bij het einde van de overeenkomst slechts onder bepaalde voorwaarden aanspraak kan maken op een klantenvergoeding. Een van die voorwaarden is dat de principaal nog aanzienlijke voordelen zal hebben van de uitbreiding van het klantenbestand die de agent voor de principaal heeft gerealiseerd. Op dat vereiste loopt de vordering van de agent stuk. Met het faillissement van de principaal is gegeven dat de principaal geen voordeel meer zal hebben van de uitbreiding van het klantenbestand. De bedrijfsvoering van de principaal is immers tot een einde gekomen. Gesteld noch gebleken is dat de boedel van de principaal voordeel heeft gehad van de inspanningen van de agent, bijvoorbeeld in de vorm van een hogere goodwillwaarde die van belang was bij de gesprekken met de overnemende partij tijdens de pre-packperiode. Vaststaat immers dat die overnemende partij de overeenkomst met de agent niet heeft voortgezet. In deze omstandigheden kan dus niet worden gezegd dat de door de agent gerealiseerde uitbreiding van het klantenbestand, voor zover daarvan al sprake zou zijn, een zeker duurzaam karakter heeft of heeft gehad. De vordering ter zake de klantenvergoeding komt niet voor erkenning in aanmerking.

Het lijkt niet aannemelijk dat in de toekomst in veel faillissementen klantenvergoedingen erkend gaan worden door de curator. Zowel de eerste fase bij het kwalificeren van de voordelen voor de principaal als de tweede fase met de billijkheidscorrectie van de driefasentoets kan bij het faillissement van de principaal worden meegewogen. Bij een doorstart of indien het klantenbestand van de gefailleerde door de curator wordt verkocht aan een derde, lijkt dat echter wel mogelijk, maar daar dient de agent erop bedacht te zijn dat hij zijn vordering bij de boedel indient.

### 7.4 Analoge toepassing klantenvergoeding

Bij de rechtbank Amsterdam<sup>58</sup> probeerde een partij na beëindiging van haar management service agreement aanspraak te maken op een klantenvergoeding naar analogie van de agentuurbepalingen. De rechtbank Amsterdam wijst de vordering af omdat te weinig is gesteld om aanleiding te zien voor analoge toepassing van de wettelijke bepalingen die specifiek gelden voor agentuurovereenkomsten. Ook gelet op het onrechtmatige handelen van de manager, hetgeen het per direct beëindigen

53. Zie N. Huppés & T.L. Wildenbeest, De klantenvergoeding: hoe een fout van het HvJ de Hoge Raad op een dwaalspoor heeft gezet, NTBR 2018/28; E. van Wechem & J.C.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, 2018/1866.

54. Zie ook J.H.M. Spanjaard & M.P. Van Eeden-van Harskamp, Faillissement is niet (altijd) het bankroet van een contract, Contracteren 2020/1.

55. Rb. Midden-Nederland 8 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3711.

56. Verslag, p. 2.

57. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 21 mei 2018, ECLI:NL:OGAC:2018:111.

58. Rb. Amsterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6154.

van de managementovereenkomst rechtvaardigde, is de rechtbank van oordeel dat de grondslag ontbreekt voor een dergelijke vordering.

## 8 Conclusie

Een breed scala aan onderwerpen met betrekking tot agentuurovereenkomsten passeerde de afgelopen drie jaar de revue bij de rechtbanken, de gerechtshoven en het Europese Hof van Justitie. Weliswaar geen nieuw arrest van de Hoge Raad, maar voldoende interessante materie met voor de liefhebber ook nog de nodige onbeantwoorde vragen en onduidelijkheden.

In vrijwel alle besproken uitspraken komt de kwalificatievraag van de agentuurovereenkomst uitgebreid aan de orde. Klantenvergoeding, provisieaanpakken en (regelmatige) opzegging waren andere vaak terugkerende onderwerpen. Op het vlak van online platformen en bemiddeling zal de Hoge Raad of wellicht het HvJ EU in de toekomst nog meer duidelijkheid kunnen bieden. De uitleg van provisieaanpakken en klantenvergoedingsaanpakken zal bij herstructurerings-, faillissementen en overnames in een veranderd landschap na COVID-19 ongetwijfeld voor ontwikkelingen blijven zorgen. Tot slot, vooruitkijkend verwacht ik dat de rechtmatigheid van beëindiging en/of wijziging van agentuurovereenkomsten door of vanwege het coronavirus de komende tijd ook onderwerp van geschil tussen principaal en agent zal zijn.