

# Actualia

## contractspraktijk

## Update jurisprudentie agentuurovereenkomsten 2015-2017

Mr. drs. H.S. Kleinjan\*

### 1. Inleiding en statistieken

66 De laatste jaren zijn er in ruime mate ontwikkelingen op het vlak van de agentuur. In de periode van 1 januari 2015 tot 22 mei 2017 zijn op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) en [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) 40 uitspraken over agentuurovereenkomsten gepubliceerd.<sup>1</sup> Van deze 40 uitspraken speelden er 14 in eerste aanleg, 21 in hoger beroep en 1 in cassatie.<sup>2</sup> Daarnaast werden er 4 arresten gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). In nagenoeg alle gevallen was de aanleiding van de procedure de beëindiging van een al dan niet betwiste agentuurovereenkomst door de principaal. In dit artikel zal een selectie van de uitspraken per onderwerp worden behandeld. Deze onderwerpen zijn: de kwalificatie als agentuurovereenkomst (paragraaf 2), de bevoegdheid van de rechter en de toepasselijkheid van dwingende

bepalingen van de Agentuurrichtlijn (paragraaf 3), provisie (paragraaf 4), de beëindiging van de agentuurovereenkomst (paragraaf 5) en de klantenvergoeding (paragraaf 6). Verrassend is dat de Hoge Raad zich op 19 mei 2017<sup>3</sup> voor het eerst sinds vijf jaar weer eens uitliet over de agentuurovereenkomst. Dit arrest van de Hoge Raad over de stelplicht en bewijslast van de agent bij de vaststelling van de klantenvergoeding zal in dit artikel ook aan de orde komen.

### 2. Kwalificatie als agentuurovereenkomst

#### 2.1 Algemeen

De agentuurovereenkomst is een species van de overeenkomst van opdracht en meer specifiek van de bemiddelingsovereenkomst.<sup>4</sup> Het is in de praktijk echter niet altijd duidelijk of tussen partijen een agentuurovereenkomst tot stand is gekomen of dat bijvoorbeeld sprake is van een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een bemiddelingsovereenkomst. De kwalificatie van de overeenkomst is van belang, omdat dit leidt tot toepasbaarheid van de agentuurregeling van afdeling 7.7.4 van het Burgerlijk Wetboek (BW), die over het algemeen grote bescherming biedt aan de handelsagent.<sup>5</sup>

\* Mr. drs. H.S. Kleinjan is advocaat bij Lexence N.V. Begin dit jaar besprak de auteur tijdens een bijeenkomst van de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht de in 2016 gewezen jurisprudentie over agentuurovereenkomsten. Dit artikel bevat een uitwerking van deze presentatie, uitgebreid met de jurisprudentie over 2015 en 2017.

1. In dit artikel worden alleen uitspraken meegenomen die betrekking hebben op procedures waarin verbintenisrechtelijke vraagstukken centraal staan. Buiten het bestek valt derhalve een interessante zaak die bij het Gerecht speelde waarbij een Oostenrijkse leverancier van spanstaal opkwam tegen een boetebesluit van de Europese Commissie naar aanleiding van het deelnemen aan een kartel door zijn agent in Italië. Het Gerecht oordeelde dat het concurrentiegedrag van een agent onder omstandigheden aan een principaal kan worden toegerekend, zelfs bij gebreke van bewijs van wetenschap bij de principaal van mededingingsverstoring gedrag van de agent (zie HvJ EU 15 juli 2015, ECLI:EU:T:2015:516).

2. In vijf gevallen betrof het een kort geding, in de overige gevallen een bodemprocedure.

3. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935.

4. De algemene regels van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400-7:413 BW) en van de bemiddelingsovereenkomst (art. 7:425-7:427 BW) zijn van toepassing voor zover de bijzondere regels van art. 7:428-7:445 BW hiervan niet afwijken.

5. In het vervolg zal worden gesproken van 'agent'.

In de meeste procedures<sup>6</sup> die in de door dit artikel bestreken periode aan de orde zijn geweest, beantwoordt de rechter de kwalificatievraag door na te gaan of op basis van de feiten en omstandigheden is voldaan aan de kenmerken van de wettelijke definitie van agentuurovereenkomst in artikel 7:428 BW.<sup>7</sup> In een arrest van het Gerechtshof Den Haag<sup>8</sup> is de vraag aan de orde of sprake is van een agentuurovereenkomst of een overeenkomst van opdracht met recht op vergoeding. Daar oordeelt de rechter dat slechts kan worden gesproken van incidentele opdrachten tot bemiddeling waarmee partijen niet hebben beoogd een agentuurovereenkomst aan te gaan, aangezien van de vereiste duurzaamheid geen sprake is.<sup>9</sup>

In een andere zaak benadrukt het Gerechtshof Amsterdam<sup>10</sup> dat expliciet een tegenprestatie moet zijn overeengekomen. Het feit dat door bemoeiingen van de vermeende agent koopovereenkomsten tot stand kwamen, impliceert op zichzelf niet dat de overeenkomst tussen partijen als een agentuurovereenkomst moet worden aangemerkt. Kenmerkend voor een agentuurovereenkomst is immers dat de opdrachtnemer in beginsel alleen wordt beloond door middel van het ontvangen van provisie indien er door diens bemoeiingen daadwerkelijk overeenkomsten tussen de principaal en derden tot stand komen.<sup>11</sup>

Gezien de grote bescherming die de agentuurregeling aan de agent biedt, is het over het algemeen de vermeende agent die belang heeft bij de kwalificatie als een agentuurovereenkomst. Dit is echter niet een regel die in alle gevallen opgaat. In een procedure bij de Rechtbank Midden-Nederland<sup>12</sup> is het de opdrachtgever die stelt dat sprake is van een agentuurovereenkomst en zijn wederpartij aan een langere opzegtermijn wil houden dan in acht was genomen door zijn wederpartij. In deze zaak is sprake van een overeenkomst van opdracht en van een overeenkomst tot het verrichten van werkzaamheden die naar aanleiding van orders werden betaald. Omdat de twee overeenkomsten binnen de overeenkomst niet zo makkelijk kunnen worden gescheiden, is de kantonrechter van mening dat een oordeel dient te worden gegeven over wat overheerst.

De kantonrechter haalt daarbij een oud adagium uit het arbeidsrecht van stal op basis waarvan bij aarzeling of er sprake is van overeenkomst van aanneming van werk of verrichting van diensten dan wel een arbeidsovereenkomst, de voorkeur moet uitgaan naar de arbeidsovereenkomst vanuit de beschermingsgedachte.<sup>13</sup> Een en ander dient ook te gelden bij strijd tussen de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst van agentuur of de overeenkomst van bemiddeling. Enkel vanuit de beschermingsgedachte (en zonder de kenmerken van de wettelijke definitie van agentuurovereenkomst af te vinken) lijkt de kantonrechter dan vervolgens de overeenkomst te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht in plaats van een agentuurovereenkomst. De kantonrechter lijkt dus te kiezen voor het voor de vermeende agent meest gunstige regime als norm.

Interessant in dit kader is een recent arrest van de Hoge Raad van maart 2017<sup>14</sup> over een tussen partijen gesloten overeenkomst tot het verzorgen van catering bij besloten bijeenkomsten in een kasteel, gecombineerd met het recht van gebruik van ruimten voor een publieksrestaurant. In deze procedure stelt de cateraar zich op het standpunt dat tussen hem en de staat geen overeenkomst van opdracht, maar een huurovereenkomst tot stand is gekomen ter zake van bedrijfsruimte als bedoeld in de artikelen 7:290 e.v. BW. Om die reden zou de cateraar huurbescherming toekomen. In beide feitelijke instanties zijn de vorderingen van de cateraar die daar op zien echter afgewezen. In cassatie staat de toepassing van artikel 6:215 BW over de gemengde overeenkomst centraal. De cateraar is van mening dat in het kader van artikel 6:215 BW het al dan niet splitsbaar zijn van de overeenkomst niet van belang is en de cumulatie van de verschillende toepasselijke rechtsregels vooropstaat. De Hoge Raad stelt echter dat artikel 6:215 BW onder meer ziet op een geval dat een gemengde overeenkomst niet in twee of meer van elkaar onafhankelijke overeenkomsten kan worden gesplitst. Voor zover bepalingen, geldend voor de onderscheiden soorten overeenkomsten, niet met elkaar zijn te verenigen, dient door uitleg van de gemengde overeenkomst te worden beoordeeld welke bepalingen in het concrete geval dienen te prevaleren. In een voorkomend geval kan dit er volgens de Hoge Raad toe leiden dat bepalingen van dwingend recht buiten toepassing moeten worden gelaten. Ook in de hiervoor besproken procedure bij de Rechtbank Midden-Nederland<sup>15</sup> was het mijns inziens niet mogelijk de verschillende op opdracht enerzijds en de agentuur anderzijds toepasselijke regels met betrekking tot opzegging cumulatief toe te passen en was er derhalve aanleiding om een van die regimes buiten toepassing te laten. De vraag is echter of de kantonrechter niet duidelijker had moeten onderzoeken en motiveren welk aspect van de door hem als gemengde overeenkomst aangemerkte contractuele relatie overheerst, in plaats van zich enkel op basis van

6. In Gerechtshof Den Bosch 9 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:385, Rb. Limburg 20 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3385 en Gerechtshof Den Bosch 15 november 2016 ECLI:NL:GHSHE:2016:5102 is de rechter steeds van oordeel dat de kwalificatie niet relevant is.

7. Gerechtshof Den Bosch 20 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:134; Gerechtshof Den Haag 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2314; Gerechtshof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3687; Rb. Amsterdam, 26 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8751; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1821; Gerechtshof Amsterdam 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5146.

8. Gerechtshof Den Haag 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2314.

9. Gerechtshof Den Haag 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2314, r.o. 5.

10. Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3847.

11. Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3847, r.o. 3.5.

12. Rb. Midden-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4534.

13. Zie het inmiddels vervallen art. 7A:1637c lid 1 BW.

14. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405.

15. Rb. Midden-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4534.

een adagium uit het arbeidsrecht te beroepen op de beschermingsgedachte.

Ook in een zaak die speelde bij het Gerechtshof Amsterdam<sup>16</sup> was de kwalificatie als agentuurovereenkomst voor de vermeende agent niet opportuun. In deze zaak heeft een inkooporganisatie voor onderwijsinstellingen een overeenkomst gesloten met een leverancier van anti-plagiatsoftware. De overeenkomst wordt al snel door de leverancier beëindigd, waarna de inkooporganisatie in kort geding nakoming van de overeenkomst vordert. De leverancier voert als verweer aan dat de tussentijdse beëindiging gerechtvaardigd is, aangezien er sprake is van een agentuurovereenkomst en de inkooporganisatie in de rol van agent tekort is geschoten en een vordering tot nakoming van de overeenkomst op grond van artikel 7:439 BW niet mogelijk is. Het Gerechtshof Amsterdam sanctioneert het oordeel van de rechtbank en overweegt dat er geen sprake is van een agentuurovereenkomst, daarbij in aanmerking nemende dat de inkooporganisatie zelf de vergoedingen bepaalt die zij de onderwijsinstellingen in rekening brengt en in de overeenkomst niet een door de leverancier aan de inkooporganisatie voor zijn werkzaamheden te betalen beloning is overeengekomen. Ook benoemt het Gerechtshof Amsterdam het feit dat uit correspondentie blijkt dat het ook van de leverancier uitdrukkelijk niet de bedoeling was een agentuurovereenkomst aan te gaan, daarbij wel benadrukkend dat een overeenkomst toch als agentuur zal kwalificeren als deze aan de wettelijke vereisten voor agentuur voldoet, ook als dat niet de bedoeling van partijen is.

Samenvattend: of er sprake is van een agentuurovereenkomst hangt niet af van hoe partijen dit beoordelen, maar van de vraag of is voldaan aan de voorwaarden die de wet stelt in artikel 7:428 BW. In vrijwel alle besproken jurisprudentie gaat de rechter op grond van de feitelijke gang van zaken nauwkeurig na of is voldaan aan de kenmerken van de wettelijke definitie van de agentuurovereenkomst. In een van de besproken uitspraken lijkt de kantonrechter zijn beoordeling enkel te stoelen op het voor de vermeende agent meest gunstige regime als norm.<sup>17</sup>

## 2.2 Toepasselijkheid wetgeving op subagent

Het komt regelmatig voor dat een agent voor een bepaald gedeelte van het door de principaal aan de agent toegekende vertegenwoordigingsgebied een subagent aanstelt. De figuur van de subagentuur valt naar de letter niet onder de definitie van artikel 7:428 BW. De in de jurisprudentie nog niet eerder aan de orde gekomen vraag of de agentuurregels in dat geval ook van toepassing zijn,<sup>18</sup> wordt in een arrest van het Gerechtshof Den

Bosch<sup>19</sup> ontkennend beantwoord. Het gerechtshof overweegt dat een subagentuurovereenkomst niet kwalificeert als een agentuurovereenkomst, omdat de subagent niet in opdracht van de principaal, maar in opdracht van de hoofdagente bemiddelt bij de totstandkoming van overeenkomsten tussen de principaal en de klant. Als gevolg daarvan komt de vordering ter zake van de klantenvergoeding op grond van artikel 7:442 BW niet voor toewijzing in aanmerking. Omdat de overeenkomst op wezenlijke punten aansluit bij de agentuurovereenkomst, is het Gerechtshof Den Bosch echter van oordeel dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een gedeelte van de door de principaal aan de agent betaalde klantenvergoeding, voor zover dat deel betrekking heeft op de door de subagent aangebrachte klanten in zijn gebied, toekomt aan de subagent. Daarbij is mede van belang dat dankzij de inspanningen van de subagent het klantenbestand van de principaal in het aan de subagent toegewezen gebied aanzienlijk is vergroot en de overeenkomsten met reeds bestaande klanten aanzienlijk zijn uitgebreid.<sup>20</sup>

Dit lijkt mij een wenselijke uitkomst. Zeker als de agent van de principaal een klantenvergoeding heeft ontvangen die ziet op de door de subagent aangebrachte klanten, lijkt het mij redelijk dat de agent op zijn beurt gehouden is een klantenvergoeding aan de subagent te vergoeden. Verder wordt het voor een principaal wel erg makkelijk om aan de dwingendrechtelijke bescherming van de agent te ontsnappen als de wettelijke agentuurbepalingen niet van toepassing zijn op de relatie tussen de agent en de subagent.<sup>21</sup>

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

### 3.1 Bevoegde rechter

Uit een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden<sup>22</sup> blijkt dat de rechtspraak van het HvJ EU niet altijd correct op agentuurovereenkomsten wordt toegepast door de Nederlandse rechter. Het gerechtshof vernietigde in 2015 een vonnis van de Rechtbank Gelderland waarin de kantonrechter zich onbevoegd had verklaard. De agent van een in Duitsland gevestigde principaal stelde dat hij op grond van een agentuurovereenkomst hoofdzakelijk in Nederland diensten had verleend en dat de Nederlandse rechter daarom op grond van

16. Gerechtshof Amsterdam 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5146. Zie in eerste aanleg Rb. Amsterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8751.

17. Rb. Midden-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4534.

18. Zie ook C.R. Christiaans, Geen goodwillanspraak subagent op principaal. Hof Arnhem 10 augustus 2004 (rolnummer 03/1229), NbBW 2004/9, p. 138-140.

19. Gerechtshof Den Bosch 20 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:134.

20. Gerechtshof Den Bosch 20 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:134, r.o. 3.8.1 en 3.8.2.

21. Dit kan simpelweg door het aanstellen van een aan de principaal gelieerde agent, die vervolgens door de principaal gekozen subagenten aanstelt. Zie ook in die zin: F.M. Smit, De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 9.

22. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5811.

artikel 5 lid 1 sub b tweede aandachtsstreepje EEX-Verordening<sup>23</sup> bevoegd was om kennis te nemen van zijn vorderingen ten aanzien van de onrechtmatigheid van de beëindiging van de relatie. Artikel 5 lid 1 EEX-Verordening bepaalt onder a dat bij een verbintenis uit overeenkomst de rechter bevoegd is van de plaats waar de verbintenis die ten grondslag ligt aan de eis, moet worden uitgevoerd. Voor een tweetal overeenkomsten geeft sub b een nadere invulling. Bij de verstrekking van diensten is het de plaats in de lidstaat waar de diensten werden verstrekt of hadden moeten worden verstrekt. In de zaak *Wood Floor/Silva Trade*<sup>24</sup> heeft het HvJ EU aangegeven dat agentuur een dienst is in de zin van artikel 5 onder 1 sub b tweede aandachtsstreepje EEX-Verordening. Ook een geschil met betrekking tot de onrechtmatige opzegging van een agentuurovereenkomst en de betaling van verschuldigd loon is een geschil ten aanzien van ‘verbintenissen uit overeenkomst’ zoals in deze bepaling is bedoeld.<sup>25</sup>

Het onderhavige geschil heeft betrekking op de beëindiging van de samenwerking tussen de agent en de principaal en op de mogelijk door de principaal aan de agent toekomende klantenvergoeding en/of schadevergoeding. Tussen partijen is dus sprake van een geschil ten aanzien van verbintenissen uit een overeenkomst voor de verstrekking van diensten zoals bedoeld in artikel 5 onder 1 sub b tweede aandachtsstreepje EEX-Verordening. Vervolgens moet worden beoordeeld waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of hadden moeten worden verstrekt, en dus niet, zoals de rechtbank op grond van de regel van artikel 5 onder 1 sub a EEX-Verordening heeft geoordeeld, de plaats waar de verbintenis tot betaling van de gevorderde betalingen had moeten worden uitgevoerd. Nu de diensten hoofdzakelijk werden verricht in Nederland, bepaalt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat de Nederlandse rechter bevoegd is om van het geschil tussen partijen kennis te nemen.

Eind 2016 stond in een zaak bij de Rechtbank Den Haag<sup>26</sup> 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. De agent voor een principaal in Scandinavië, de Benelux en Spanje maakt een kort geding aanhangig bij de kantonrechter, waaraan hij ten grondslag legt dat

de principaal de agentuurovereenkomst onregelmatig heeft opgezegd, waardoor de agent recht heeft op betaling van onder meer de klantenvergoeding. Beide partijen hebben echter niet hun (statutaire) zetel in Nederland of in de Europese Unie, en hebben bovendien in de agentuurovereenkomst een uitdrukkelijke forumkeuze gemaakt voor de gerechten van de staat Massachusetts van de Verenigde Staten van Amerika. Een forumkeuze voor een rechter uit een niet-lidstaat valt niet onder het toepassingsbereik van artikel 23 EEX-Verordening<sup>27</sup> en dient derhalve te worden beoordeeld aan de hand van het *commune internationale* privaatrecht en de regeling van internationale bevoegdheid in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). De kantonrechter is van oordeel dat aan de vereisten van artikel 8 lid 2 Rv is voldaan en dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt, aangezien partijen een uitdrukkelijke forumkeuze hebben gemaakt. De kantonrechter ziet ook geen aanleiding om artikel 8 lid 3 Rv, dat erin voorziet dat een forumkeuze in het geval van een individuele arbeidsovereenkomst de rechtsmacht van de Nederlandse rechter onverlet laat, analoog toe te passen voor de agent.<sup>28</sup> De agent beroept zich vervolgens op het arrest *Ingmar/Eaton* van het HvJ EU,<sup>29</sup> waarin wordt bepaald dat de Agentuurrichtlijn,<sup>30</sup> die bescherming geeft aan agenten die hun werkzaamheden binnen de Europese Unie verrichten, ook moet worden toegepast indien door middel van een rechtskeuzebeding voor een ander rechtsstelsel zonder de dwingendrechtelijke bepalingen van de Agentuurrichtlijn is gekozen. In het onderhavige geval gaat het echter niet om een rechtskeuzebeding, maar om een forumkeuzebeding. Op dat punt heeft het HvJ EU geen beslissing genomen. De kantonrechter ziet dan ook geen aanleiding de uitspraak van het HvJ EU op te rekken, in die zin dat ook een forumkeuzebeding inbreuk maakt op de dwingendrechtelijke agentuurbepalingen.<sup>31</sup> De kantonrechter ziet ook niet bij voorbaat in waarom de rechter in Massachusetts niet de dwingendrechtelijke Europese bepalingen ter bescherming van agenten zal toepassen wanneer hij daar in de desbetreffende procedure op wordt gewezen.

Ruim tien jaar eerder oordeelde de Rechtbank Den Haag in een soortgelijke zaak, waarbij partijen een forumkeuze voor de rechter in New York waren overeengekomen en ook voor de toepasselijkheid van het recht van die staat hadden gekozen, dat zij wel bevoegd was, aangezien moet worden getwijfeld of ‘die rechter zich iets gelegen zal laten liggen aan de hier aan de orde zijnde Europeesrechtelijke voorrangregel’ en het

23. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening). Zie ook art. 7 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikte EEX-Verordening).

24. HvJ EU 11 maart 2010, C-19/09, NJ 2010/522 (*Wood Floor/Silva Trade*).

25. HvJ EG 8 maart 1988, 9/87, NJ 1990/424 (*Arcado/Haviland*).

26. Rb. Den Haag 16 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14210. In de uitspraak staat overigens dat *Black Duck* ook wel als *Code Experts* wordt aangeduid; dit lijkt een verschrijving te zijn en zou moeten zijn ‘*Blue Gorilla* wordt ook wel als *Code Experts* aangeduid’.

27. Zie ook art. 25 van de Herschikte EEX-Verordening.

28. Onder het oude, vóór 1 januari 2002 geldende recht en jurisprudentie had de agent dezelfde bescherming als de werknemer, voor zover de agent zijn werkzaamheden in Nederland verrichtte. Zie uitgebreid J.W. Rutgers, *Internationale forumkeuze en agentuur: het commune bevoegdheidsrecht in Europees perspectief*, NIPR 2003/351.

29. HvJ EU 9 november 2000, zaak C-381/98 (*Ingmar/Eaton*).

30. Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten (Agentuurrichtlijn).

31. Rb. Den Haag 16 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14210, r.o. 5.12.

‘onaanvaardbaar [is] dat het recht, dat de agent (...) aan het dwingend gemeenschapsrecht kan ontleen feitelijk illusoir wordt’.<sup>32</sup> Deze gedachtegang lijkt mij niet onaannemelijk.

Gezien het recente vonnis van de Rechtbank Den Haag van 16 november 2016<sup>33</sup> lijkt de aan de agent op grond van de Agentuurrichtlijn toekomstende bescherming door middel van een forumkeuzebeding wel erg gemakkelijk te kunnen worden omzeild.<sup>34</sup> Ik kan mij echter niet aan de indruk onttrekken dat in de procedure bij de Rechtbank Den Haag<sup>35</sup> wellicht ook meespeelde dat beide partijen hun statutaire zetel buiten de Europese Unie hadden. De gedachte dat de bescherming van agenten die buiten de Unie zijn gevestigd niet vergelijkbaar hoeft te zijn met die voor agenten die wel binnen de Europese Unie zijn gevestigd, lijkt mij onder omstandigheden niet onredelijk en ligt ook ten grondslag aan het hierna te bespreken arrest van het HvJ EU van 16 februari 2017.<sup>36</sup>

### 3.2 Toepasselijkheid dwingende bepalingen van de Agentuurrichtlijn

Een andere interessante vraag die met het voorgaande verband houdt, is of elke agent op de in de Agentuurrichtlijn geboden bescherming aanspraak kan maken. Naar aanleiding van een verzoek om prejudiciële beslissing, ingediend door de Rechtbank van Koophandel Gent, acht het HvJ EU<sup>37</sup> lidstaten vrij om te bepalen dat de in de Agentuurrichtlijn geboden bescherming aan agenten niet dwingend is als een principaal in een lidstaat is gevestigd, maar de agent in een derde land is gevestigd en daar ook zijn activiteiten uitoefent. In de conclusie van de advocaat-generaal wordt gesteld dat het arrest Ingmar/Eaton<sup>38</sup> hier niet van toepassing is, aangezien het daar juist de tegenovergestelde situatie betrof. In de zaak Ingmar/Eaton was de principaal namelijk buiten de Europese Unie gevestigd en oefende de agent zijn activiteiten uit binnen Europese Unie. Het HvJ EU is van oordeel dat wanneer de agent zijn activiteiten buiten de Europese Unie verricht, het feit dat zijn principaal in een lidstaat is gevestigd voor de toepassing van de bepalingen van de Agentuurrichtlijn geen voldoende nauwe band met de Europese Unie schept. Om de mededingingsvoorwaarden voor agenten binnen de Unie gelijk te maken is het immers niet noodzakelijk om agenten die buiten de Unie zijn gevestigd en aldaar hun activiteiten verrichten, een bescherming te bieden die vergelijkbaar is met die voor agenten die binnen de Europese Unie zijn gevestigd of aldaar hun activiteiten verrichten.

Hoewel de Nederlandse wetgever, anders dan de Belgische wetgever, geen onderscheid maakt tussen agenten die zijn gevestigd binnen en buiten de Europese Unie,

lijkt deze zaak op Europees niveau wel relevant, ook gezien mogelijke ontwikkelingen in verband met de Brexit. Het HvJ EU<sup>39</sup> benadrukt immers dat de bescherming van agenten die buiten de Unie zijn gevestigd niet vergelijkbaar hoeft te zijn met die voor agenten die wel binnen de Europese Unie zijn gevestigd. Na de Brexit zal de Europese wetgeving, waaronder verordeningen (zoals de Rome I-Verordening<sup>40</sup> en de Herschikte EEX-Verordening) en richtlijnen (zoals de Agentuurrichtlijn), in beginsel niet meer op het Verenigd Koninkrijk van toepassing zijn. Gezien de huidige jurisprudentie zou een Nederlandse principaal die een overeenkomst aangaat met een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde agent door middel van een rechtskeuze voor het recht van een niet-lidstaat de dwingendrechtelijke bepalingen van de Agentuurrichtlijn ten aanzien van de klantenvergoeding mogelijk kunnen ontwijken.<sup>41</sup>

## 4. Provisie

De agent heeft ingevolge de artikelen 7:431 en 7:432 BW recht op provisie voor de overeenkomsten die tijdens de agentuurovereenkomst door zijn bemiddeling tot stand zijn gekomen. Dat provisie ook met een andere term kan worden aangeduid, volgt uit een arrest van het Gerechtshof Amsterdam.<sup>42</sup> In die zaak hadden partijen bij de beëindiging van de tussen hen geldende agentuurovereenkomst een finale regeling getroffen ter zake van de verschuldigde ‘commission’. Later kregen partijen onenigheid of daaronder ook de aan de agent toekomende klantenvergoeding diende te worden geschaard. ‘Haviltexend’ en Van Dale’s Groot Woordenboek erop naslaand, meent het Gerechtshof Amsterdam met de rechtbank dat de term ‘commission’ zich naar het Nederlands enkel laat vertalen als provisie en niet ook als klantenvergoeding.

Partijen kunnen bij uitdrukkelijk beding bepalen dat het ontstaan van provisie afhankelijk is van de uitvoering van de overeenkomst waarbij de agent heeft bemiddeld bij het tot stand komen.<sup>43</sup> In mei 2017 verduidelijkt het HvJ EU<sup>44</sup> dat een beding in een agentuurovereenkomst op grond waarvan de agent een evenredig deel van zijn provisie moet terugbetalen indien de overeenkomst tussen de principaal en de derde niet volledig is uitgevoerd, geen afwijking ten nadele van de agent in de zin van de Agentuurrichtlijn is indien het terug te betalen deel van de provisie evenredig is aan de mate van niet-uitvoering van deze overeenkomst en op voorwaarde dat deze niet-

32. Rb. Den Haag 24 februari 2005, NIPR 2006 /26.

33. Rb. Den Haag 16 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14210.

34. Zie ook Rutgers 2003.

35. Rb. Den Haag 16 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14210.

36. HvJ EU 16 februari 2017, zaak C-507/15.

37. HvJ EU 16 februari 2017, zaak C-507/15.

38. HvJ EU 9 november 2000, zaak C-381/98 (Ingmar/Eaton).

39. HvJ EU 16 februari 2017, zaak C-507/15.

40. Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I-Verordening).

41. Zie ook M.J. Sturm, Het semi-dwingendrechtelijke karakter van de klantenvergoeding bij het einde van de agentuurovereenkomst nader belicht, MvV 2014/4, p. 112.

42. Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2857.

43. Zie art. 7:432 lid 2 jo. art. 7:426 BW.

44. HvJ EU 17 mei 2017, zaak C-48/16, ECLI:EU:C:2017:377.

uitvoering niet terug te voeren is op omstandigheden die aan de principaal te wijten zijn. Het begrip 'omstandigheden die aan de principaal te wijten zijn' heeft, aldus het HvJ EU, niet enkel betrekking op de juridische gronden die rechtstreeks tot de beëindiging van de overeenkomst tussen de principaal en de derde hebben geleid, maar ziet op alle aan de principaal te wijten juridische en feitelijke omstandigheden die aan de niet-uitvoering van deze overeenkomst ten grondslag liggen.<sup>45</sup>

In 2015 oordeelt het Gerechtshof Amsterdam<sup>46</sup> dat een agent die middels een besloten vennootschap opereert ondanks ontbrekende provisie-inkomsten aanspraak kan hebben op vergoeding ter hoogte van het minimumloon en dus de reeds door de principaal betaalde voorschotten slechts gedeeltelijk hoeft terug te betalen. De voorschotregeling strekte ertoe de agent enige tijd te bieden waarin hij een marktaandeel kon veroveren, maar partijen hadden niet geregeld hoelang de agent de tijd hiervoor zou krijgen om provisie te verdienen. Het Gerechtshof Amsterdam is van mening dat de agent zich slechts in geringe mate onderscheidt van die van een natuurlijke persoon die agent is voor één opdrachtgever. Het gerechtshof vult de leemte van de overeenkomst dan ook aan door aan te knopen bij het bepaalde in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Men dient er dus bedacht op te zijn dat een principaal die een agentuurovereenkomst met een rechtspersoon aangaat, onder omstandigheden verplicht kan zijn aan die rechtspersoon het minimumloon te vergoeden.

## 5. Beëindiging

De agentuurovereenkomst kan eindigen van rechtswege, door opzegging of door ontbinding.

### 5.1 Geen proeftijdregeling

Het Gerechtshof Den Haag herhaalt in een arrest uit 2015<sup>47</sup> nog eens dat uit artikel 7:441 BW jo. 7:439 BW jo. 7:445 BW jo. 7:437 lid 1 BW volgt dat voor een agentuurovereenkomst geen proeftijd kan worden bedongen die het mogelijk maakt dat de overeenkomst met onmiddellijke ingang kan worden beëindigd, zoals dat bij de arbeidsovereenkomst het geval is. Dat niet in alle andere lidstaten van de Europese Unie een soortgelijke regeling geldt, wordt weer in herinnering gebracht door een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Franse Cour de Cassation van 15 december 2016<sup>48</sup> over de vraag of de Agentuurrichtlijn van toepassing is wanneer de agentuurovereenkomst wordt beëindigd tijdens de daarin bedongen proefperiode. Een mogelijke oplossing zou

overigens kunnen zijn om de agentuurovereenkomst aan te gaan voor een korte bepaalde tijd, gelijk aan de gewenste proeftijd, en de agentuurovereenkomst vervolgens stilzwijgend voort te zetten in een overeenkomst voor onbepaalde tijd op dezelfde voorwaarden ingevolge artikel 7:436 BW.<sup>49</sup>

### 5.2 Opzegging

Een partij bij een agentuurovereenkomst kan de overeenkomst opzeggen zonder inachtneming van de wettelijke of overeengekomen opzegtermijn wegens een dringende reden die onverwijld aan de wederpartij wordt medegedeeld.<sup>50</sup>

Uit een zaak die begin 2016 speelde bij de Rechtbank Noord-Holland<sup>51</sup> blijkt dat het voor een agent bepaald geen sinecure is om een agentuurovereenkomst voortdurend te beëindigen met behoud van een klantenvergoeding. In de onderhavige zaak stelt de principaal, een modebedrijf, de monstercollectie minder lang beschikbaar aan zijn agent. Vervolgens stuurt de principaal een brief aan de agent, waarin hij van de agent een plan van aanpak eist en stelt dat hij er anders van uitgaat dat de agent niet meer met hem wil samenwerken. De volgende dag stuurt de agent de principaal een brief terug, waarin hij stelt dat van hem niet kan worden geveerd de overeenkomst in stand te laten en dat de handelwijze van de principaal in strijd is met artikel 7:430 BW en bovendien kwalificeert als dringende reden. De kantonrechter oordeelt dat de brief van de agent en niet die van de principaal heeft te gelden als een opzegging en dat er geen sprake is van dringende reden als bedoeld in artikel 7:439 BW. De principaal dient op grond van artikel 7:430 BW weliswaar alles te doen wat nodig is om de agent in staat te stellen zijn werk te verrichten, maar de principaal mag zelf de bedrijfsstrategie bepalen en had een bedrijfseconomische reden. De agent was al langer op de hoogte van het voornemen om de beschikbaarheid van de monstercollectie te verkorten, dus dit was geen plotseling punt voor de agent. De agent had bovendien wel de beschikking over de monstercollectie, alleen minder lang. De kantonrechter is derhalve van oordeel dat de opzegging door de agent in strijd is met de wettelijke opzegtermijn. Dit heeft tot gevolg dat de agent jegens het modebedrijf schadeplichtig is en bovendien geen recht heeft op een klantenvergoeding.

Het Gerechtshof Amsterdam<sup>52</sup> oordeelt eind 2016 dat partijen vooraf kunnen bepalen dat zekere voorvallen of omstandigheden als een dringende reden voor opzegging kwalificeren. In de onderhavige zaak blijft de agent achter met betaling van rekeningen aan de principaal. Partijen sluiten vervolgens een Umbrella Agreement als vaststellingsovereenkomst over de terugbetaling van de openstaande schuld en spreken af de agentuurovereen-

45. In art. 7:426 lid 2 BW wordt overigens gesproken van 'aan hem kan worden toegerekend'.

46. Gerechtshof Amsterdam 19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1927, r.o. 3.9.6.

47. Gerechtshof Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:19, r.o. 4.3.

48. Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door Cour de Cassation (Frankrijk) op 15 december 2016 bij HvJ EU, zaak C-645/16.

49. Het gaat om regelend recht, zodat partijen een afwijkende regeling kunnen opnemen voor stilzwijgende verlenging.

50. Zie art. 7:439 BW.

51. Rb. Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:524.

52. Gerechtshof Amsterdam 6 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5229.

komst in stand te laten. Wanneer de betalingsregeling echter niet wordt nagekomen, kan de principaal de Umbrella Agreement beëindigen en wordt de beëindiging van de agentuurovereenkomst ‘with immediate effect’ en ‘with just cause’ geacht te zijn, ‘without any amounts whatsoever becoming due and/or payable by any of the Fashion Box companies’. Het Gerechtshof Amsterdam is van oordeel dat partijen met ‘just cause’ geen letterlijke vertaling van een Nederlands woord voor ogen stond, maar hebben gedoeld op een dringende reden als bedoeld in artikel 7:439 lid 2 BW. De agent betoogt dat een beding waardoor aan een van de partijen de beslissing wordt overgelaten of er een dringende reden aanwezig is, nietig is op grond van artikel 7:439 lid 4 BW. Het gerechtshof stelt de agent in het ongelijk, aangezien beide partijen gezamenlijk de kwalificatie zijn overeengekomen en de beslissing wanneer een dringende reden aanwezig is dus niet aan ‘een der partijen’ is overgelaten,<sup>53</sup> maar uitsluitend de beslissing óf de principaal de overeenkomst beëindigt. De Umbrella Agreement bevat ook geen van artikel 7:442 BW afwijkende regeling, aldus het gerechtshof. De beëindiging zonder recht op klantenvergoeding betreft omstandigheden waarvoor de agent een verwijt treft en dit vloeit voort uit de wet.<sup>54</sup>

Uit recente rechtspraak blijkt dat het voor een partij niet altijd goed in te schatten is of een rechter van mening is dat een reden kwalificeert als dringende reden, met verlies van het recht op klantenvergoeding als bijkomend onplezierig gevolg. Voor de duidelijkheid kunnen partijen, zoals ook is bepaald door Gerechtshof Amsterdam,<sup>55</sup> echter wel gezamenlijk vooraf afspreken dat bepaalde omstandigheden als een dringende reden kwalificeren.<sup>56</sup>

### 5.3 Ontbinding

De vraag of de regeling omtrent ontbinding in het algemene vermogensrecht van artikel 6:265 BW van overeenkomstige toepassing is op de agentuurovereenkomst, wordt eind 2015 bevestigend beantwoord door het Gerechtshof Den Bosch.<sup>57</sup> Het gerechtshof is van oordeel dat de wettelijke regeling inzake de agentuurovereenkomst op zichzelf niet uitsluit dat een agentuurovereenkomst ook met toepassing van het algemeen verbintenissenrecht inzake wederkerige overeenkomsten van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek buitengerechtelijk kan worden ontbonden wegens een tekortkoming in de nakoming van verbintenissen. Daarmee mag echter geen afbreuk worden gedaan aan de bescherming van de agent die is beoogd met de dwingendrechtelijke wettelijke regeling inzake de agentuurovereenkomst in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Niet iedere tekortkoming geeft dus een partij de bevoegdheid de agentuurover-

eenkomst te ontbinden. Een agentuurovereenkomst kan naar het oordeel van het Gerechtshof Den Bosch dus op de voet van Boek 6 enkel buitengerechtelijk worden ontbonden indien sprake is van een dringende reden of van een verandering van omstandigheden als bedoeld in Boek 7. Het Gerecht in eerste aanleg van Sint-Maarten<sup>58</sup> is eind 2016 een andere mening toegedaan en meent dat artikel 7:440 BW eraan in de weg staat dat een principaal de overeenkomst buitengerechtelijk ontbindt. Ontbinding kan volgens het gerecht enkel door de rechter geschieden in verband met de bescherming die de wetgever de agent als zwakkere partij wil bieden.

De zienswijze van het Gerechtshof Den Bosch waarbij ontbinding op grond van artikel 6:265 BW ook mogelijk is zolang geen afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van de agent die is beoogd met de dwingendrechtelijke wettelijke regeling inzake de agentuurovereenkomst in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, lijkt mij juist, mede ook gezien de parlementaire geschiedenis, waarin uitdrukkelijk de toepasselijkheid van de gewone regels wordt bevestigd.<sup>59</sup>

## 6. Klantenvergoeding

### 6.1 Driefasentoets

In dertien uitspraken in de door dit artikel bestreken periode kwam de verschuldigdheid van een klantenvergoeding aan bod, waarbij het in vijf gevallen tot een daadwerkelijke berekening van de klantenvergoeding kwam. De driefasentoets voor de berekening van de klantenvergoeding bij het einde van de agentuurovereenkomst zoals uiteengezet in het T-Mobile-arrest van de Hoge Raad van 2 november 2012<sup>60</sup> lijkt inmiddels standaard te worden gevolgd in de rechtspraak. In de eerste fase dienen de voordelen die transacties met door de handelsagent aangebrachte klanten de principaal opleveren, gekwantificeerd te worden (art. 7:442 lid 1 aanhef en onder a BW). Kort gezegd, wordt daarbij in fase één het voordeel van de principaal vastgesteld op basis van de in de laatste twaalf maanden door de agent verdiende brutoprovisie betreffende de nieuwe en geïntensiveerde bestaande klanten, welk bedrag vervolgens wordt gecorrigeerd met factoren betreffende (a) de duur van het voordeel dat de principaal naar verwachting aan de transacties met genoemde klanten kan ontlenen, (b) het verloop van het klantenbestand, en (c) de versnelde ontvangst van provisie-inkomsten door de agent, die in één keer een vergoeding krijgt uitgekeerd. In fase twee vindt de billijkheidscorrectie plaats, waarbij mede moet worden gelet op alle omstandigheden van het geval en met name op de door de agent gedeelde provisie (art. 7:442 lid 1 aanhef en onder b BW). Tot slot wordt in

53. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/370.

54. Gerechtshof Amsterdam 6 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5229, r.o. 3.18. Zie art. 7:442 lid 4 sub a BW jo. art. 7:439 lid 3 BW.

55. Gerechtshof Amsterdam 6 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5229.

56. Zie ook in gelijke zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV\* 2014/370.

57. Gerechtshof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3687.

58. Gerecht in eerste aanleg van Sint-Maarten (kort geding) 28 oktober 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:78.

59. Zie ook Kamerstukken II 1989/90, 17779, 4, p. 12; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/374.

60. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, NJ 2014/332, m.nt. Hijma (T-mobile/Klomp), r.o. 4.3 en 6.2.

fase drie het uit de twee eerdere fasen gevonden bedrag gemaximeerd op de beloning van één jaar, berekend naar het gemiddelde van vijf jaar.

In 2015 bepaalt het Gerechtshof Amsterdam<sup>61</sup> eindelijk in voornoemde T-Mobile-zaak, na doorverwijzing door de Hoge Raad, de hoogte van de klantenvergoeding, daarbij uiteraard de driefasentoets volgend.

## 6.2 Voordeel – arrest van de Hoge Raad 19 mei 2017

Artikel 7:442 lid 1 onder a BW bepaalt dat de agent recht heeft op een vergoeding indien en voor zover hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of de transacties met de bestaande klanten aanzienlijk heeft uitgebreid, en de transacties met deze klanten de principaal nog aanzienlijke voordelen opleveren. De ‘rekenmethode’ in fase één leek de afgelopen jaren soms standaard te worden toegepast zonder acht te slaan op de voorvraag of daadwerkelijk sprake is van voordeel in de zin dat de principaal na beëindiging van de overeenkomst gebruik kan blijven maken van de door de agent aangebrachte klanten.<sup>62</sup>

Uit het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 2017<sup>63</sup> volgt echter dat de voorvraag of aan de voorwaarden voor een aanspraak op vergoeding is voldaan, dient te worden beantwoord voordat tot de daadwerkelijke berekening van de vergoeding kan worden overgegaan.

In de onderhavige zaak, tussen een reisorganisator die pakketreizen aanbiedt en zijn agent, maakt de agent aanspraak op een klantenvergoeding wegens de beëindiging van de agentuurovereenkomst door de principaal. Het Gerechtshof Amsterdam<sup>64</sup> overweegt dat het onvoldoende aanknopingspunten voorhanden heeft om te kunnen vaststellen of de principaal aan de klanten van de agent bij het einde van de agentuurovereenkomst nog enig duurzaam voordeel kan ontlelen. Gegevens die inzicht geven in de mate waarin de klanten opnieuw voor de principaal zouden kiezen voor een nieuwe reis, waren niet verstrekt door de principaal. Daarbij komt dat de principaal krachtens de agentuurovereenkomst geen aanspraak heeft op het klantenbestand van de agent met alle NAW-gegevens, en dus geen marketingacties kan uitvoeren. Volgens het Gerechtshof Amsterdam had de agent uit het T-Mobile-arrest kunnen afleiden waaraan hij in het kader van zijn stelplicht had te voldoen, en het Gerechtshof Amsterdam ziet dus ook geen aanleiding om de agent alsnog in de gelegenheid te stellen de benodigde gegevens aan te leveren.<sup>65</sup> De eerste fase tot

bepaling van de klantenvergoeding leidt dus niet tot de vaststelling van enig bedrag.<sup>66</sup> Er bestaat ook geen aanleiding voor het bepalen van een klantenvergoeding ex aequo et bono. Het gerechtshof is er immers niet voldoende van overtuigd geraakt dat de onderneming van de principaal door de activiteiten van de agent hoe dan ook voordeel heeft genoten.<sup>67</sup>

De Hoge Raad laat deze beslissing in stand, na een samenvatting van zijn jurisprudentie ter zake van klantenvergoedingen. De Hoge Raad verwijst daarbij naar het T-Mobile-arrest, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat het in artikel 7:442 lid 1 aanhef en onder a BW bedoelde voordeel van de principaal, dat in de eerste fase van de vaststelling van de klantenvergoeding dient te worden gekwantificeerd, is gelegen in de mogelijkheid voor de principaal om de door de agent tot stand gebrachte klantenrelaties na beëindiging van de agentuurovereenkomst te kunnen blijven gebruiken zonder daarover provisie aan de agent verschuldigd te zijn.<sup>68</sup>

Aan de genoemde kwantificering van het voordeel voor de principaal ligt, aldus de Hoge Raad, de veronderstelling ten grondslag dat aannemelijk is dat de agent klanten bij de principaal heeft aangebracht of overeenkomsten met bestaande klanten aanmerkelijk heeft uitgebreid, en dat de overeenkomsten met deze klanten de principaal na het einde van de agentuurovereenkomst nog aanzienlijke voordelen opleveren. Voordat aan de bedoelde kwantificering kan worden toegekomen, zal de agent daarom aannemelijk moeten maken 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>69</sup> De agent hoeft daarbij geen inzicht te geven in de voordelen die de principaal daadwerkelijk zou (gaan) genieten.<sup>70</sup> Wel dient de agent voldoende aannemelijk te maken dat de principaal aan de klanten van de agent na het einde van de agentuurovereenkomst nog enig voordeel kan ontlelen.

In het onderhavige geval heeft de agent onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat klanten bij het type reizen waarom het in dit geval gaat, hun keuze baseren op de touroperator en niet op de prijs, en dat de principaal niet beschikt over adresgegevens van de klanten van de agent waarmee zij zich (door marketing) een voordeel kan verschaffen. De enkele omstandigheid dat klanten van de agent herhaalboekingen bij de principaal zouden kunnen doen, is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van het vereiste, aan de inspanningen van de agent toe te rekenen, (aanzienlijke) voordeel.<sup>71</sup>

De overige jurisprudentie van de afgelopen twee jaar laat een wisselend beeld zien wat betreft het belang dat de rechter hecht aan de vraag of de overeenkomsten met

61. Gerechtshof Amsterdam 17 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:460.

62. Zie ook Huppes, De klantenvergoeding bij einde agentuurovereenkomst: voordeel of tombola?, MvV 2016/3, p.83-90.

63. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935.

64. Gerechtshof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4509.

65. Zie ook in die lijn Rb. Noord-Holland 26 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8806; Rb. Noord-Holland 26 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:6113; Rb. Noord-Holland 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9340. In alle drie de arresten, die overigens zijn gewezen door dezelfde rechter, is volgens de rechtbank onvoldoende gesteld of bewezen dat de overeenkomsten met de aangebrachte klanten nog aanzienlijke voordelen opleveren.

66. Gerechtshof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4509, r.o. 3.43.

67. Gerechtshof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4509, r.o. 3.45.

68. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, r.o. 3.3.3.

69. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, r.o. 3.3.4.

70. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, r.o. 3.3.5.

71. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, r.o. 3.3.5.

de klanten de principaal nog aanzienlijke voordelen opleveren.

In twee zaken die speelden bij het Gerechtshof Amsterdam<sup>72</sup> en bij het Gerechtshof Den Bosch<sup>73</sup> wordt bij de vaststelling van de klantenvergoeding meteen overgegaan tot de berekening op grond van de driefasentoets.

In een andere zaak bij het Gerechtshof Den Haag<sup>74</sup> loopt de vaststelling van de klantenvergoeding spaak op het ontbreken van enig voordeel voor de principaal voordat aan de berekening op basis van de driefasentoets wordt overgegaan. In deze zaak zijn simpelweg geen nieuwe klanten aangebracht, althans dat heeft de agent op geen enkele wijze bewezen.

In een zaak die speelde bij de Rechtbank Gelderland<sup>75</sup> is onbetwist door de agent gesteld dat de klanten van de agent nog aanzienlijke voordelen opleveren, mede omdat het in de branche gebruikelijk is dat bestaande klanten niet snel overstappen naar een concurrent. Dit blijkt ook uit de omzetgegevens van na het einde van de agentuurovereenkomst. De rechtbank stelt het voordeel vervolgens vast aan de hand van de in de laatste twaalf maanden door de agent verdiende brutoprovisie betreffende deze nieuwe klanten.<sup>76</sup>

In een zaak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden<sup>77</sup> van begin 2016 erkent het gerechtshof dat de principaal geen voordelen heeft genoten van de door de agent aangebrachte klanten, maar is het van oordeel dat het anderzijds niet de bedoeling van artikel 7:442 lid 1 BW is, welk artikel ertoe strekt de agent tegenover de principaal te beschermen, om de agent onder deze omstandigheden in het geheel geen vergoeding te geven. Dat betekent dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zo veel mogelijk bij artikel 7:442 BW wenst aan te sluiten. De principaal liet volgens het gerechtshof na concreet aan te geven welke inspanningen hij heeft verricht om de door agent aangebrachte klanten aan zich te blijven binden, anders dan hij in algemene zin (productontwikkeling, markt van particulieren) heeft gedaan. In het licht van zijn stelling dat de agent wegens het wegvallen van de door hem aangebrachte klanten geen recht heeft op een klantenvergoeding en gelet op hetgeen de agent hiertegen heeft ingebracht, lag het op de weg van de principaal om op dat punt met concrete gegevens te onderbouwen wat hij heeft gedaan om die klanten te behouden. Na de berekening in fase één past het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden vervolgens in fase twee nog een billijkheidscorrectie omhoog toe, omdat de vergoeding zoals berekend in fase één significant lager is dan de door agent ontvangen vergoeding over de voorgaande jaren.<sup>78</sup>

In een zaak bij het Gerechtshof Amsterdam<sup>79</sup> is met een groot deel van de door de agent aangebrachte klanten de relatie beëindigd door faillissement of het staken van de bedrijfsvoering, en de principaal doet daarom een beroep op matiging in fase één. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelt echter dat de peildatum voor de eerste twee in fase één toe te passen correctiefactoren (zijnde (a) de duur van het voordeel dat de principaal naar verwachting aan de transacties met bedoelde klanten kan ontlenen, en (b) het verloop van het klantenbestand) de einddatum van de relatie tussen partijen is. Verder geldt voor correctiefactor a wat op dat moment van de duur van het voordeel te verwachten oftewel voorzienbaar was.<sup>80</sup> Het voorgaande is in lijn met het uitgangspunt dat het ontstaansvereiste dat de overeenkomsten met de nieuwe en/of de geïntensiverde klanten de principaal nog aanzienlijk voordeel opleveren, een beoordeling ex ante vergt bij het einde van de agentuurovereenkomst. De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 19 mei 2017 ook dat de voordelen die de principaal daadwerkelijk zou (gaan) genieten niet bewezen hoeven te worden in het kader van de op de agent rustende stelplicht en bewijslast.<sup>81</sup>

Concluderend: sinds het T-Mobile-arrest is er meer duidelijkheid over de berekening van de zogenoemde klantenvergoeding en dit is te zien aan de groeiende hoeveelheid jurisprudentie over artikel 7:442 BW ten opzichte van een aantal jaren geleden. De driefasentoets wordt in dergelijke procedures over het algemeen standaard toegepast voor de berekening van de klantenvergoeding. Opvallend daarbij is dat het belang dat de rechter de afgelopen twee jaar heeft gehecht aan de voorliggende vraag of de principaal nog voordelen van de door agent aangebrachte klanten geniet, per uitspraak verschilt. Het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 2017 benadrukt echter dat de ‘rekenmethode’ niet standaard kan worden toegepast zonder acht te slaan op de voorvraag of aan de voorwaarden voor een aanspraak op klantenvergoeding is voldaan, en dat de stelplicht en bewijslast ter zake bij de agent liggen. De Hoge Raad oordeelt onder meer dat de agent aannemelijk moet maken dat de principaal nog in relevante mate nieuwe transacties kan verwachten van door de agent aangebrachte geïntensiverde klanten.

### 6.3 Nieuwe klanten

Het was in de praktijk niet altijd duidelijk of er sprake was van ‘nieuwe klanten’ in het kader van de klantenvergoeding. In 2016 oordeelt het HvJ EU in een arrest dat indien een agent is belast met de verkoop van een deel van het productenassortiment, de omstandigheid dat een persoon met betrekking tot andere goederen reeds zaken deed met die principaal niet uitsluit dat die persoon kan worden aangemerkt als een nieuwe klant die

72. Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2857.

73. Gerechtshof Den Bosch 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4740.

74. Gerechtshof Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:19.

75. Rb. Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2209.

76. Rb. Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2209, r.o. 4.11, 4.11.3 en 4.11.4.

77. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1821.

78. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1821, r.o. 2.24, 2.26 en 2.29.

79. Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2857.

80. Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2857, r.o. 3.14.

81. HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935ECLI (zie ook conclusie A-G E.B. Rank-Berenschot).

door de agent is aangebracht wanneer de agent er door zijn inspanningen in is geslaagd om tussen die persoon en de principaal een zakelijke relatie tot stand te brengen voor de goederen waarvan de verkoop aan hem is toevertrouwd. Het feit dat het voor een agent gemakkelijker is om nieuwe producten te verkopen aan personen die al zaken doen met de principaal, is niet relevant voor de vraag of sprake is van ‘nieuwe klanten’.

Volgens het HvJ EU dient het begrip ‘nieuwe klanten’ niet restrictief te worden opgevat. Wel kan met die omstandigheid rekening worden gehouden bij de billijkheidscorrectie. De Rechtbank Gelderland<sup>82</sup> oordeelde het jaar daarvoor in gelijke zin.

#### 6.4 Bijkomende schadevergoeding naast klantenvergoeding

In een ander arrest van het HvJ EU<sup>83</sup> wordt bevestigd dat de Agentuurrichtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling waarin is bepaald dat de agent bij de beëindiging van de agentuurovereenkomst zowel recht heeft op een klantenvergoeding als op een bijkomende schadevergoeding wanneer de klantenvergoeding de werkelijk geleden schade niet volledig dekt. In Nederland is een dergelijke regeling geïmplementeerd in de aanhef van artikel 7:442 BW. Een dergelijke regeling mag er volgens het HvJ EU echter niet toe leiden dat de agent tweemaal een vergoeding ontvangt voor het verlies van provisies door de verbreking van die overeenkomst. Voor de toekenning van schadevergoeding is niet vereist dat een aan de principaal toerekenbare fout wordt aangetoond die in oorzakelijk verband staat met de beweerdde schade, maar wel dat de beweerdde schade verschilt van de door de klantenvergoeding vergoede schade. Naar Nederlands recht is een toerekenbare fout ook niet vereist. In geval van opzegging kan er onder Nederlands recht schadeplichtigheid zijn, ook als de opzegging regelmatig was.<sup>84</sup> Het arrest van het HvJ EU van 3 december 2015<sup>85</sup> sanctioneert derhalve de Nederlandse bestaande implementatie van de Agentuurrichtlijn op dit vlak.

over de klantenvergoeding. Sinds het T-Mobile-arrest is er meer duidelijkheid over de berekening van de zogenoemde klantenvergoeding en wordt de driefasentoets over het algemeen standaard toegepast. Vijf jaar na het T-Mobile-arrest heeft de Hoge Raad op 19 mei 2017 een arrest gewezen waarin de stelplicht en bewijslast van de agent bij de vaststelling van de klantenvergoeding na de beëindiging van de agentuurovereenkomst centraal staan. De Hoge Raad benadrukt dat steeds eerst de voorliggende vraag of de principaal nog voordelen van de door agent aangebrachte klanten kan genieten, dient te worden beantwoord en dat de stelplicht en bewijslast ter zake bij de agent liggen. De kwalificatie van de agentuurovereenkomst, de bevoegdheid van de rechter, de verschuldigdheid van provisie, en de schadeplichtigheid als gevolg van de beëindiging van de agentuurovereenkomst waren vaak terugkerende onderwerpen. Een algemeen beeld dat naar voren komt uit de vonnissen en arresten is dat de agent nog altijd veel bescherming wordt geboden, al zijn daar ook grenzen aan. Zo lijken agenten die buiten de Europese Unie zijn gevestigd veelal niet onder de bescherming van de Agentuurrichtlijn te vallen.

Ook zijn er in de jurisprudentie, op het vlak van ontbinding en bevoegdheid van de rechter, nog wat tegenstrijdigheden waar de Hoge Raad wellicht in de toekomst nog duidelijkheid zou kunnen bieden. Tot slot is het zaak de jurisprudentie van het HvJ EU goed in de gaten te blijven houden, aangezien met regelmaat nog relevante arresten over de uitleg van de Agentuurrichtlijn worden gewezen.

## 7. Conclusie

Een breed scala aan onderwerpen met betrekking tot agentuurovereenkomsten passeerde de afgelopen twee jaar de revue bij de rechtbanken, de gerechtshoven, de Hoge Raad en het HvJ EU. Gemeenschappelijke noemer was dat vrijwel alle besproken uitspraken verband hielden met de beëindiging van de agentuurovereenkomsten. Ruim een derde van de uitspraken ging (deels)

82. Rb. Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2209.

83. HvJ EU 3 december 2015, zaak C-338/14, ECLI:EU:C:2015:795, NJ 2016/255, m.nt. Tjong Tjin Tai (Quenon/Beobank en Metlife Insurance).

84. Zie HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (De Ronde Venen/Stedin); HR 14 juni 2013, NJ 2013/341 Auping/Beverlaap).

85. HvJ EU 3 december 2015, zaak C-338/14, ECLI:EU:C:2015:795, NJ 2016/255, m.nt. Tjong Tjin Tai (Quenon/Beobank en Metlife Insurance).

## Nieuw: Masterreeks KEI alle ins en outs rondom het procesrecht

- **Webinar 1: Het digitale dossier**  
mr. Menno Weij | 2 oktober 2017
- **Webinar 2: Basis en maatwerk: de processtukken**  
mr. Matthijs Ariëns | 2 november 2017
- **Webinar 3: Basis en maatwerk: de zittingen en de regiefunctie van de rechter**  
mr. Hans Steenberghe | 15 november 2017
- **Webinar 4: Incidenten, uitspraken, verzet en hoger beroep, overgangsrecht**  
mr. Steven Venhuizen | 30 november 2017



Ga naar [www.boomjuridischopleidingen.nl](http://www.boomjuridischopleidingen.nl) voor  
meer informatie of gelijk inschrijven

VU LAW  
ACADEMY

# Leergang Verdieping Contractenrecht

Contractenrechtelijke kwesties  
vanuit een breed perspectief structureren,  
aankpakken en over adviseren

*Start: 30 oktober 2017*

Meer informatie [www.vulaw.nl](http://www.vulaw.nl)

**VU**  VRIJE  
UNIVERSITEIT  
AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN

