

ARTIKELEN

De investeringsvergoeding bij opzegging

Mr. J. van de Peppel*

1. Inleiding

Een partij bij een onbenoemde duurovereenkomst (zoals een distributie- of een franchise-overeenkomst) voor onbepaalde tijd doet in het kader van die overeenkomst een investering.¹ Haar wederpartij zegt de overeenkomst, met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, rechtsgeldig op voordat de investering terugverdiend is. De partij tegen wie opgezegd is (de opgezegde partij) moet de investering vervoegd afschrijven. Zij lijdt dan schade. Zij wil de schade verhalen op de opzeggende partij. Het is de vraag of dat kan en, zo ja, op grond waarvan.

In dit artikel staat centraal de schadevergoeding voor niet terug te verdienen, in het kader van de overeenkomst gedane, investeringen bij opzegging van een onbenoemde commerciële duurovereenkomst voor onbepaalde tijd (hierna: de investeringsvergoeding). Ik onderzoek de onderbouwing van de grondslag van de verplichting tot deze investeringsvergoeding.

2. Investeringsvergoeding bij opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd

Boek 3 en 6 van het Antilliaanse en Nederlandse BW gaan uit van eenmaligheid van presteren.² Overeenkomsten waarbij partijen eenmalig hoeven te presteren, bijvoorbeeld koop en ruil, kunnen in beginsel niet opgezegd worden.³ Omdat in beginsel alleen duurovereenkomsten opgezegd kunnen worden, zijn over de opzegging en de gevolgen van opzegging geen bepalingen in de wet opgenomen voor overeenkomsten in het algemeen.⁴ In het geval van onbenoemde overeenkomsten zijn, naast de in het BW opgenomen bepalingen van het vermogensrecht in het algemeen en het algemeen gedeelte van het verbintenissen-

* Mr. J. van de Peppel was griffier bij het Gerecht in Eerste Aanleg te Curaçao en is momenteel advocaat te Arnhem.

1 Zie over het begrip duurovereenkomst A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, monografieën Nieuw BW A10, Deventer: Kluwer, 2003, nr. 47.

2 Hammerstein & Vranken 2003, nr. 14.

3 Zie hierover M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 15.

4 Hammerstein & Vranken 2003, nr. 14.

recht, in de wet geen specifieke bepalingen opgenomen over deze overeenkomsten. Voorbeelden zijn de distributie-, de franchise-, de licentie- en de serviceovereenkomst.⁵

Partijen zijn vrij onderling afspraken te maken over opzegging. Wanneer zij dat niet gedaan hebben, heeft in het geval van rechtsgeldige opzegging van een onbenoemde commerciële duurovereenkomst voor onbepaalde tijd de opgezegde partij in beginsel recht op een redelijke opzegtermijn. Ondanks inachtneming van een redelijke opzegtermijn kan een aanvullende schadevergoeding toegekend worden aan de opgezegde partij. Bij een aanvullende schadevergoeding dient een *conditio sine qua non*-verband te bestaan tussen de schade en het niet voortzetten van de overeenkomst. Een aanvullende schadevergoeding kan een schadevergoeding voor niet terug te verdienen, in het kader van de overeenkomst gedane, investeringen (de hiervóór genoemde investeringsvergoeding) betreffen, maar vergoeding van andere schade is tevens denkbaar.

Zowel de Hoge Raad als het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft de redelijkheid en billijkheid genoemd als grondslag van de verplichting tot aanvullende schadevergoeding.⁶ Omdat de redelijkheid en billijkheid weinig houvast bieden, onderzoek ik in dit artikel op welke wijze zij onderbouwd kunnen worden. Andere grondslagen dan de redelijkheid en billijkheid komen niet aan de orde.⁷

3. M-hotel/B-hotel-vonnis

Gepubliceerde Antilliaanse rechtspraak over het onderhavige onderwerp is schaars. De meest relevante uitspraak betreft een zaak waarbij M-hotel N.V. (hierna: M-hotel) en B-hotel N.V. (hierna: B-hotel) met elkaar in 1986 een samenwerkingsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan waren.⁸ Deze overeenkomst hield onder meer in dat staf en personeel van beide hotels gedeeld zouden worden, dat onderhoud en reparatie van de hotels gemeenschappelijk gedaan zouden worden en dat de zich in het M-hotel bevindende frontdesk, telefooncentrale, keuken en restaurant gezamenlijk gebruikt en geëxploiteerd zouden worden. De eigenaar van B-hotel was B. De aandelen van M-hotel waren aanvankelijk eigendom van echtpaar C, maar ruim twintig procent van die aandelen was tijdens het samenwerkingsverband overgedragen aan B. In verband met een verstoorde relatie

5 Zie voor een definitie van de distributieovereenkomst C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 13. Zie voor een definitie van de franchiseovereenkomst A.J.J. van der Heiden, *Franchising: definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 27-36. Zie voor een definitie van de licentieovereenkomst B.C. Wentink, *De licentie in het vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 7-8.

6 HR 21 juni 1991, NJ 1991/742 (Mattel/Borka) m.nt. PAS; HVJNAA 19 april 1994, 138, SJD 1994/141, H 48/94 en H 25/94.

7 Zie voor een bespreking van onrechtmatige daad en wanprestatie als grondslag van de verplichting tot een investeringsvergoeding De Hoon 2005, p. 60, 67 en 85 en Van de Paverd 1999, p. 121. Zie ook Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III*, Mr. C. Assers's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 205. Zie voor een bespreking van ongerechtvaardigde verrijking als grondslag van de verplichting tot een investeringsvergoeding De Hoon 2005, p. 79 en 80.

8 HVJNAA 19 april 1994, 138, SJD 1994/141, H 48/94 en H 25/94; GIEA Aruba 8 september 1993, nr. 1202, behorend bij A.R. nr. 1031 van 1991; GIEA Aruba 8 september 1993, nr. 1203, behorend bij A.R. nr. 1033 van 1991.

Mr. J. van de Peppel

zegde M-hotel de samenwerkingsovereenkomst op 18 februari 1991 op tegen 1 april 1991. Bij vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba was M-hotel bevolen de samenwerkingsovereenkomst voor een periode van twee jaren, te rekenen vanaf de dag tegen welke opgezegd was, onverkort te continueren.

Na dat vonnis stelden B-hotel en B tegen M-hotel een vordering in die zag op betaling van een aanvullende schadevergoeding. In hoger beroep bestreden B-hotel en B niet gemotiveerd dat de opzegtermijn een redelijke duur had en dat het de opgezegde partij binnen die termijn gelukt was de nodige voorzieningen te treffen. B-hotel en B waren van oordeel dat desalniettemin sprake zou moeten zijn van vergoeding van schade voor het missen van de voordelen van de samenwerking, zoals schaalvergroting en (andere) kostenbesparingen, de kosten van de benodigde investeringen en de kans dat uitoefening van de optie zou leiden tot één hotel met dubbele faciliteiten.

Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba wees de vordering af. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba oordeelde dat de vordering terecht afgewezen was:

‘Bij de beoordeling van deze vraag wordt vooropgesteld dat de samenwerkingsovereenkomst met de C.’s aan B. een groot aantal voordelen bood die hun oorsprong eerder vonden in de goede en vriendschappelijke verhouding tussen hen dan dat daaraan louter zakelijke overwegingen ten grondslag lagen.

Zo kon “zijn” B. nv. van meet af aan profiteren van de reeds bestaande faciliteiten van M. nv. en van de verdere kostenbesparingen die de samenwerking met het bestaande M. nv. meebrachten.

Het gaat dus niet om investeringen, die B. nv./B. in het kader van de samenwerking heeft gedaan en die men zal moeten kunnen terugverdienen, maar om investeringen en andere voor een (beginnend) hotelier gebruikelijke kosten, die men zich door de samenwerking gedurende enige jaren heeft kunnen besparen.

De omstandigheid dat daaraan door de opzegging een eind is gekomen brengt naar de eisen van de redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden geen verplichting tot schadevergoeding mee.

Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat niet is gebleken dat een zelfstandig B. nv. hotel niet levensvatbaar zou zijn. (...)’ (r.o. 8)

Het Hof toetst aan de hand van de eisen van de redelijkheid en billijkheid of er een verplichting tot aanvullende schadevergoeding bestaat. Het betreft hier echter niet een investeringsvergoeding, maar een schadevergoeding voor het niet meer kunnen profiteren van de voordelen van de samenwerkingsovereenkomst. Het onderscheid tussen deze vergoedingen komt in het oordeel van het Hof duidelijk naar voren. Aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad ga ik hierna in op de onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot een investeringsvergoeding.

4. Mattel/Borka-arrest

Tot op de dag van vandaag wordt het Mattel/Borka-arrest van de Hoge Raad uit 1991 gezien als een richtinggevende uitspraak voor het onderhavige onderwerp.⁹ In het Mattel/Borka-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de opgezegde partij terecht, ondanks de redelijke duur van de opzegtermijn, een aanvullende schadevergoeding toegekend had gekregen. Mattel GmbH (hierna: Mattel) fabriceert en verhandelt speelgoed. Van 1972 tot 1980 had Mattel een distributieovereenkomst met J.Th. Kamlag N.V. (later B.V.; hierna: J.Th. Kamlag). In 1980 had J.Th. Kamlag de handelsactiviteiten overgedragen aan Borka B.V. (hierna: Borka), evenals zij een volle dochter van Borsumij Wehry N.V. Mattel zegde de overeenkomst met Borka op 13 juli 1984 op tegen 1 januari 1985. Daarop sprak Borka Mattel in rechte aan tot betaling van een vergoeding van de door de opzegging geleden schade.

Zowel de Rechtbank als het Gerechtshof namen aan dat Mattel schade diende te vergoeden aan Borka. Het Hof oordeelde in hoger beroep dat Borka zich met het oog op haar distributeurschap ten behoeve van Mattel aanzienlijke investeringen getroost had en verkoopkosten gemaakt had. Het ging om reclamekosten, kosten van een zogenoemde 'showboat', kosten voor een nieuwe showroom en extra kosten van afvloeiing van overtollig geworden personeel. Borka kon niet tijdig voor afvloeiing van overtollig geworden personeel zorgen vanwege de door Mattel en Borka, met het oog op de omzet, wenselijk geachte geheimhouding van de beëindiging van de samenwerking (en derhalve ook bij het personeel). Het Hof oordeelde verder dat, gelet op de belangen van beide partijen, de hier gehanteerde opzegtermijn van 5½ maand op zichzelf niet onredelijk of onbillijk was en dat Mattel, in wier belang de beëindiging van het distributeurschap van Borka plaatsvond, de door Borka vergeefs gemaakte kosten, waaronder de voor haar onvermijdelijk geworden afvloeiingskosten, voor haar rekening diende te nemen. Mattel ging in cassatie tegen de uitspraak. De Hoge Raad wees het cassatiemiddel af:

'(...) Bij een duurovereenkomst als waarvan hier sprake is, kan het voorkomen dat de partij tot wie de opzegging is gericht, met het oog op het voortduren van de overeenkomst investeringen heeft gedaan welke niet enkel worden gecompenseerd door, of verdisconteerd in, een bepaalde opzegtermijn, waarvan de duur immers mede wordt bepaald door de belangen van de opzeggende partij. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen ondanks de redelijke duur van de opzegtermijn de eisen van redelijkheid en billijkheid nopen tot toekenning van een schadevergoeding. (...)' (r.o. 3.2)

Uit het arrest valt op te maken dat de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid ziet als grondslag van de verplichting tot aanvullende schadevergoeding.¹⁰

9 HR 21 juni 1991, NJ 1991/742 (Mattel/Borka) m.nt. PAS.

10 Met name r.o. 3.2 en 3.7 wijzen daarop.

5. Redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot schadevergoeding

Kritiek op de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot schadevergoeding is dat een rechtsoordeel door een goede en sluitende argumentatie gedragen dient te worden en niet alleen behoort te berusten op een zedelijkheidsoordeel.¹¹ Ondanks die kritiek bestaat in de literatuur de opvatting dat de redelijkheid en billijkheid de grondslag van de verplichting tot aanvullende schadevergoeding kunnen zijn, mits argumenten gevonden worden die de toerekenbaarheid van de schade aan de opzeggende partij rechtvaardigen.¹² Artikel 3:12 BW behelst een niet-limitatieve lijst van aandachtspunten waar rekening mee gehouden moet worden bij invulling van wat in een concreet geval redelijk en billijk is.

In het geval dat de redelijkheid en billijkheid de grondslag zijn van de verplichting tot schadevergoeding kan voor het bepalen van de schade en de toerekening naar redelijkheid aangesloten worden bij afdeling 6.1.10 BW.¹³

6. Eerste factor ter onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid

Ter onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot aanvullende schadevergoeding is in de literatuur onder meer als, steeds nodig zijnde, factor genoemd het ontbreken van een vrije keuze ten aanzien van de oorzaak van de schade (de risico's die bij de opzegging in bedoelde schade zullen uitmonden).¹⁴ Dit criterium behelst het wilsgebrek in ruime zin.¹⁵ Echter volgt uit het *Mattel/Borka*-arrest mijns inziens juist dat een vrije keuze tot het doen van investeringen niet hoeft te ontbreken. Uit de casus van het *Mattel/Borka*-arrest blijkt dat Borka de afvloeiingskosten mede conform de wens van *Mattel* maakte, maar dat geldt niet voor de investeringen, zoals reclamekosten, kosten voor een showboat en kosten voor een nieuwe showroom, die Borka op eigen initiatief maakte en waarvan *Mattel* slechts op de hoogte was.¹⁶

Een in het geval van het *Mattel/Borka*-arrest wel bruikbare factor is een gerechtvaardigd vertrouwen van de opgezegde partij op het terugverdienen van de relatiespecifieke investeringen.¹⁷ In de literatuur bestaat meer in het algemeen ook *animo* voor het inkleuren van

11 Van de Paverd 1999, p. 197. Zij schrijft dit weliswaar over de grondslag van de verplichting tot een goodwill-vergoeding, maar deze kritiek acht ik ook hier noemenswaardig.

12 Van de Paverd 1999, p. 120 e.v. Zie ook H.C.F. Schoordijk, *Het rechtsbeginsel 'gij zult een ander niet op het foute been zetten'* en zijn reikwijdte, *WPNR* (2007) 6693, p. 30.

13 Van de Paverd 1999, p. 127-130.

14 Van de Paverd 1999, p. 117-131. Zie Van de Paverd 1999, p. 130-131 voor een overzicht van de door haar voorgestelde vereisten.

15 Zie hierover Van de Paverd 1999, p. 124-127 (in het bijzonder voetnoot 24). Het wilsgebrek in ruime zin betreft volgens Van de Paverd mede misbruik van economisch overwicht. Ook oneigenlijke dwaling kan volgens haar onder het wilsgebrek in ruime zin vallen.

16 Zie ook T. de Mönning, *Een distributeur is in de regel beter af dan een handelsagent*, *NJB* (2009) 1480, afl. 29, p. 1894.

17 Het gerechtvaardigd vertrouwen is neergelegd in artikel 3:35 BW. Zie over het gerechtvaardigd vertrouwen als onderbouwing van de investeringsvergoeding De Hoon 2005, p. 62 en M.W. de Hoon, *Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn*, *NJB* (2010) 1062, afl. 21, p. 1342.

de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot schadevergoeding aan de hand van het gerechtvaardigd vertrouwen.¹⁸

Om in aanmerking te komen voor een door genoemd vertrouwen onderbouwde investeringsvergoeding hoeft een opgezegde partij geen gerechtvaardigd vertrouwen te hebben op het niet eindigen van de overeenkomst voordat de investeringen terugverdiend zijn, maar slechts op het terugverdienen van de relatiespecifieke investeringen.¹⁹ Bij relatie-specifieke investeringen valt te denken aan speciaal in het kader van de overeenkomst aangegane investeringen welke onderscheiden dienen te worden van vrij eenvoudig in een andere relatie terug te verdienen investeringen en aan de algemene bedrijfsvoering ten goede komende investeringen.²⁰

Een gerechtvaardigd vertrouwen op het terugverdienen van een relatiespecifieke investering kan mijns inziens veranderen. In die zin zou genoemd gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontstaan na het doen van een investering en zelfs kunnen verdwijnen na het doen van een investering. Het gaat er niet om of er op enig moment sprake geweest is van genoemd gerechtvaardigd vertrouwen, maar of dat vertrouwen bestaat op het moment van de beëindiging van de relatie.²¹

Indien geen sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen op het terugverdienen van de relatiespecifieke investeringen zouden de redelijkheid en billijkheid soms onderbouwd kunnen worden met een ander argument, zoals het wilsgebrek in ruime zin.

7. Tweede factor ter onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid

De tweede in de literatuur genoemde, steeds nodig zijnde, factor ter onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid behelst een bepaald toedoen van de opzeggende partij waardoor sprake is van een *conditio sine qua non*-verband tussen het gedrag van de opzeggende partij en de oorzaak van de schade, te weten de door de opgezegde partij genomen risico's.²² Ook ik meen dat aan deze factor voldaan dient te worden.

Het toedoen bestaat uit (een feitencomplex van) verklaringen en gedragingen van de wederpartij van de investerende partij. Zowel een doen als een nalaten kan leiden tot genoemd toedoen. Uit de casus van het Mattel/Borka-arrest blijkt dat Mattel op de hoogte was van de investeringen van Borka, maar dat zij Borka niet heeft laten weten dat de investeringen (mogelijk) niet terugverdiend zouden kunnen worden. Het niet duidelijk maken dat investeringen niet terugverdiend kunnen worden, kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ervoor zorgen dat bij de investerende partij een gerechtvaardigd

18 Zie H.C.F. Schoordijk, Het (privaatrechtrechtelijk) dogmatisch tekort, NJB (1996) afl. 26, p. 1004; H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium: naar een Nederlandse common law*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 62 en 67; en Schoordijk 2007, p. 30-47. Zie ook B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991, p. 92, 101 en 157-158. Nieskens-Isphording ziet niet in het vertrouwen zelf, maar in het handelen op grond van vertrouwen een gezichtspunt voor het ontstaan van rechtsgevolgen.

19 Zie ook De Hoon 2005, p. 62. Zie anders dan mijn opvatting Van de Paverd 1999, p. 136.

20 Zie voor een strikter criterium De Hoon, 2010, p. 1342-1343.

21 Vergelijk HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (ABB/De Staat).

22 Van de Paverd 1999, p. 118-119.

Mr. J. van de Peppel

vertrouwen gewekt wordt dat zij de investeringen zal kunnen terugverdienen.²³ Met andere woorden: in sommige gevallen mag van een partij een bepaalde zorgvuldigheid en/of daarmee samenhangende informatieverschaffing verwacht worden die bij niet-inachtneming daarvan genoemd gerechtvaardigd vertrouwen kan opleveren.²⁴ De wijze waarop partijen samenwerken en de onderlinge verhouding tussen partijen spelen daarbij een grote rol.²⁵

8. Redelijkheid en billijkheid bieden weinig voorspelbaarheid

Zelfs met de genoemde factoren ter onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot een investeringsvergoeding zal het voor contractspartijen moeilijk zijn in te schatten of in een bepaald geval sprake zal zijn van een verplichting tot een investeringsvergoeding. De afhankelijkheid van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval bij een verplichting tot een investeringsvergoeding heeft alleszins begrijpelijk geleid tot een roep om meer rechtszekerheid en daarmee samenhangende voorspelbaarheid door middel van een wettelijk kader.²⁶

9. Conclusie

In dit artikel staat centraal de schadevergoeding voor niet terug te verdienen, in het kader van de overeenkomst gedane, investeringen bij opzegging van een onbenoemde commerciële duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze investeringsvergoeding kan toegekend worden ondanks inachtneming van een redelijke opzegtermijn.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba en de Hoge Raad hebben de redelijkheid en billijkheid genoemd als grondslag van de verplichting tot aanvullende schadevergoeding. De redelijkheid en billijkheid bieden weinig houvast. Zij dienen onderbouwd te worden. Factoren die kunnen dienen (en steeds nodig zijn) ter onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de verplichting tot een investeringsvergoeding zijn een gerechtvaardigd vertrouwen van de opgezegde partij in het terugverdienen van de investeringen *en* het intreden van de schade vanwege een gedraging (in de zin van het wekken van een terugverdienvertrouwen) van de opzeggende partij. Bij ontbreken van genoemd gerechtvaardigd vertrouwen zou de schade soms alsnog op de opzeggende partij afgewenteld kunnen worden met toepassing van een andere onderbouwing van de redelijkheid en billijkheid, zoals het wilsgebrek in ruime zin met een daarbij behorend toedoen.

23 Zie ook De Hoon 2010, p. 1342 en J.M. Barendrecht & G.R.B. van Peurseem, *Distributieovereenkomsten*, serie Recht en Praktijk, Deventer: Kluwer 1997, p. 161.

24 Zie De Hoon 2005, p. 62-63.

25 Zie De Hoon 2005, p. 62-63.

26 De Mönnink, 2009, p. 1896 en T. de Mönnink, Beëindiging van een distributieovereenkomst: een opzegtermijn van drie jaar, *Bedrijfsjuridische Berichten* (2010), nr. 12, p. 85. Haar roep om een wettelijk kader ziet weliswaar op de beëindiging van distributieovereenkomsten, maar ik acht haar roep tevens noemenswaardig voor andere onbenoemde commerciële duurovereenkomsten.