

Artikel

De gevolgen van beëindiging van agentuurovereenkomsten (vertraagd) verduidelijkt

Mr. H.E. Urlus*

8

Inleiding

1. De Hoge Raad heeft in het op 2 november 2012 gewezen arrest *T-Mobile Netherlands/agenten*¹ eindelijk duidelijk gemaakt hoe de klantenvergoeding, waar de (handels)agent op grond van artikel 7:442 Burgerlijk Wetboek (BW) aanspraak op heeft, moet worden berekend. Daarbij wordt een uitleg gegeven aan artikel 7:442 BW, waarin de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en de zienswijze van de Europese Commissie over hoe de Agentuurrichtlijn 86/653/EEG² moet worden toegepast, ook van toepassing worden verklaard op de agenten die niet werkzaam zijn in de goederendistributie, waartoe de richtlijn immers beperkt is.

2. In deze bijdrage zal ik eerst de tot voor kort geldende interpretatie bespreken tegen de achtergrond van de richtlijn en de praktische toepassing ervan. Daarbij ga ik onder andere in op de jurisprudentie van het HvJ EU en de mede daarop gestoelde beslissingen van de Nederlandse Hoge Raad. Ten slotte ga ik in op het nieuwe arrest van de Hoge Raad, om af te ronden met opmer-

kingen over de praktische consequenties van dit arrest voor de rechtspraak.

3. De regeling van de klantenvergoeding als vervat in artikel 7:442 BW betreft de – oorspronkelijk in 1977 in artikel 740 K geïntroduceerde³ – goodwillvergoeding. Deze (Benelux-)wetgeving werd met enige verduidelijking⁴ aangemerkt als een uitvoering van het systeem van vergoeding van het voordeel voor de principaal als bedoeld in artikel 17 lid 2 van de Richtlijn inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (Richtlijn 86/653/EEG).⁵

3. Ter uitvoering van de op 26 november 1973 tot stand gekomen Benelux-Overeenkomst betreffende de Agentuurovereenkomst.
4. Zie hierover ook de conclusie van A-G mr. E.B. Rank-Berenschot voor HR *T-Mobile/agenten*, onder 2.12 en 2.15.
5. Art. 17 van Richtlijn 86/653/EEG:
'1. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om te bewerkstelligen dat de handelsagent, na de beëindiging van de overeenkomst, vergoeding volgens lid 2 herstel van het nadeel volgens lid 3 krijgt.
2. De handelsagent heeft recht op een vergoeding indien en voor a) 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, en
 - de betaling van deze vergoeding billijk is, gelet op alle omstandigheden, in het bijzonder op de uit de transacties met deze klanten voortvloeiende provisie, die voor de handelsagent verloren gaat. De Lid-Staten kunnen bepalen dat genoemde omstandigheden ook het al dan niet toepassen van het concurrentiebeding in de zin van artikel 20 kunnen omvatten.'

* Mr. H.E. Urlus is advocaat te Amsterdam en verbonden aan Greenberg Traurig. De auteur is bijzondere dank verschuldigd aan Anoeek Baars, rechtenstudente bij de Universiteit van Amsterdam.

1. HR 2 november 2012, zaak C-11/01448, LJN BW9865 (*T-Mobile Netherlands B.V./ICOM Telecom, ICOM Electronics, BelBeter.nl en GSM.TV*).
2. PbEG 1986, L 382, p. 17 e.v.

Achtergrond richtlijn, autonome uitleg en toepassing

4. De hiervoor bedoelde Agentuurrichtlijn was een poging tot coördinatie van nationale wetgeving van de lidstaten door middel van een verplichte uitvoering van de minimumnormen als neergelegd in de richtlijn. Een voorzienbaar effect van een dergelijke wetgevingsmethodiek is dat slechts kan worden getoetst of er sprake is van een uniforme uitvoering van de minimumbepaling indien ook aan die bepalingen uitvoering wordt gegeven op een wijze die harmonieus is met de wijze die in de andere lidstaten, binnen de grenzen van de verordening, wordt toegepast. Immers, zolang de autonome betekenis en strekking van de minimumnormen niet zijn vastgesteld, kan niet worden bepaald waar een nationale regeling de Europese minimumnormen overstijgt. Dan is er geen sprake meer van gebonden wetgeving en is het terrein van de nationale autonomie hernomen.⁶ Daarnaast gaf de richtlijn een keuzemogelijkheid voor wat betreft de aan de agent toekomende vergoeding, te weten een abstracte vergoeding (het zogenoemde indemniteitssysteem) en een vordering tot herstel van nadeel. Ten aanzien van geen van beide benaderingen werd in de richtlijn concreet aangegeven hoe deze zou moeten worden berekend.

5. Het resultaat was een hoge mate van onduidelijkheid, waarbij niet alle lidstaten op eenzelfde wijze toepassing gaven aan de richtlijn voor wat betreft de wijze waarop de beëindigingsvergoeding werd berekend. Die behoefte aan duidelijkheid leidde ertoe dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen op 23 juli 1996 een rapport⁷ uitgaf waarin niet alleen een overzicht wordt gegeven van de wijze waarop de richtlijn in de diverse lidstaten op het punt van de klantenvergoeding is uitgevoerd, maar waarin ook wordt verduidelijkt hoe dat indemniteitssysteem,⁸ dat ook in de Nederlandse wetgeving is uitgevoerd, moet worden toegepast en geïnterpreteerd. De door de Europese Commissie verwoorde zienswijze is in de Nederlandse rechtspraak nimmer kenbaar toegepast, en in die zaken waarin een beroep werd gedaan op

6. Met als consequentie dat het nationale recht uitsluitend voor wat betreft het door de richtlijn betroffen deel moet worden uitgelegd in overeenstemming met de richtlijn, vgl. de arresten HvJ 14/83 (Von Colson), 79/83 (Harz), C-106/89 (Marleasing) en C-334/92 (Miret). Met recht noemt Meijer (TBR 1995, p. 121 e.v.) dit geen geslaagde harmonisatiepoging. Zo ook Hartlief, Enige opmerkingen over mogelijkheid en wenselijkheid van een Europees privaatrecht, NTBR 1994, p. 206-207.
7. COM(1996)364.
8. Tijdens het langdurig totstandkomingsproces van de richtlijn is het noodzakelijk gebleken de verplichte minimumnormen op het punt van de schadeloosstelling te voorzien van twee opties om de richtlijn aangaande te krijgen. Dat heeft geleid tot de keuzemogelijkheid in art. 17 van de richtlijn, te weten een vergoeding overeenkomstig het tweede lid (de voordeelsverrekening, of het 'indemnity system' in de termen van het Commissiedocument, zie derde alinea van par. 1.3 daarvan) en het systeem van 'herstel van nadeel' als uitgewerkt in het derde lid. Nu de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor het meer abstractheid suggererende vergoedingensysteem, ga ik in het verband van dit artikel niet in op wat op de berekeningsystematiek bij het herstel van nadeel zou moeten zijn.

de daarin neergelegde berekeningsmethoden is naar mijn ervaring stelselmatig en ten onrechte aan de in het document aangegeven berekeningsstappen voorbijgegaan.

Het arrest *T-Mobile/agenten*

6. Dit arrest is de eerste beslissing van de Hoge Raad over de wijze waarop de klantenvergoeding van artikel 7:442 BW moet worden berekend. Wat betreft het oude recht was al enige verduidelijking gegeven over de verarming van de beëindigde agent, die de toekenning van de klantenvergoeding rechtvaardigt. In het arrest van de Hoge Raad inzake *NBC/Select*⁹ werd het oordeel van de rechtbank gesanctioneerd dat de billijkheid kan meebrengen dat geen klantenvergoeding wordt toegekend, ook al was een klantenkring ontwikkeld die bijdraagt aan de waarde van de onderneming van de principaal, omdat op grond van de afspraak dat slechts een eenmalige aanbrengrvergoeding per klant werd betaald, de agent door de beëindiging geen provisieaanspraken verloor. In het feitencomplex dat ten grondslag lag aan het arrest *Jehro/Brinkhaus*¹⁰ vond de Hoge Raad aanleiding om te oordelen dat ook hier de redelijkheid in de weg stond aan toekenning van een klantenvergoeding, omdat de (voormalig sub)agent voor de principaal bleef werken en dus geen provisie-inkomsten uit 'zijn' klanten verloor. Aan beide arresten valt te ontlenuen dat het verlies van mogelijke provisieaanspraken als gevolg van het feit dat door de beëindiging geen nieuwe klanten meer kunnen worden geworven, geen relevante omstandigheid is die moet worden betrokken in de billijkheidstoets.

7. In het kader van die billijkheidstoets is het ontbreken van een concurrentiebeding nooit meegewogen door de lagere rechtspraak in de beslissing om een klantenvergoeding te matigen, omdat duurzaamheid van de waarde van de door de agent gecreëerde goodwill niet is gewaarborgd. Dat is wel het geval in de Duitse en Zwitserse rechtspraak.¹¹ Wel werd overwogen dat het feitelijk meenemen van de klanten aanleiding kan zijn tot het matigen van de klantenvergoeding.¹² In de benadering van het Commissieverslag (stap 2, zevende gedachte-streepje) wordt aan het bestaan van een concurrentiebeding waarde toegekend.

9. HR 2 maart 1990, LJN AB7936, NJ 1991, 50 m.nt. MMM.
10. HR 10 januari 1992, LJN ZC0439, NJ 1992, 576 (de lengte van het arrest geeft wellicht mede een verklaring voor het ontbreken van een annotatie, HEU).
11. Zie o.m. H.E. Urlus, *De Agentuurovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1990, p. 53-54.
12. HR 6 december 1991, LJN ZC0439, NJ 1992, 176.

8. In de praktijk wordt door de lagere rechtspraak vrij gemakkelijk het wettelijk maximum toegewezen¹³ en wordt de billijkheid – zo deze al aan de orde komt – gezien als een mogelijke neerwaartse correctie op dat maximum.¹⁴

Alsnog duidelijkheid

9. Het arrest *T-Mobile/agenten* geeft, als werd verwoord in een aantal inleidende overwegingen, voor het eerst richting aan de wijze waarop de klantenvergoeding in het algemeen moet worden berekend. Daarnaast geeft de Hoge Raad, die regels toepassend op de in cassatie aan de orde gestelde punten, een antwoord op een aantal voor de praktijk belangrijke punten, waaronder de vraag of de elementen van de beloning van de agent die niet direct gericht zijn op waardering van de acquisitie¹⁵ tot de grondslag van de aanspraak moeten worden gerekend.

10. Belangwekkend is ook de wijze waarop tot deze rechtsvinding is gekomen. Rechtsoverweging 4.1 leert ons dat de Hoge Raad de Nederlandse wettelijke regeling, ook met betrekking tot een agentuurovereenkomst die niet ziet op de aan- of verkoop van goederen en waarop de richtlijn niet rechtstreeks van toepassing is, richtlijnconform wenst uit te leggen. Daarmee is de richtlijnconforme interpretatie als voorgeschreven voor agenten werkzaam in de goederendistributie dus ook bepalend voor de duiding van ons recht voor de agenten werkzaam in de dienstensector.

11. Wat een richtlijnconforme interpretatie dan is, baseert de Hoge Raad in hoofdzaak op het arrest van het HvJ EU inzake *Turgy Semen/Deutsche Tamoil*.¹⁶ In de rechtsoverwegingen 22 en 23 van dat arrest wordt verwezen naar de wijze van berekening van de klantenvergoeding naar Duits recht. Dat is volgens het HvJ EU de richtlijnconforme berekeningssystematiek. Daarbij wordt het Commissieverslag over de uitleg van de agen-

tuurrichtlijn van 1996 (COM(1996)364), waarin de bedoeling van de opstellers van de richtlijn van 1986 van de Europese Commissie wordt verduidelijkt, gevolgd. Het HvJ EU overweegt nadrukkelijk dat dit verslag ‘beoogt een meer uniforme uitlegging van dat artikel 17’ te geven.¹⁷

12. In die beslissing van de Europese rechter is duidelijk gemaakt waartoe een richtlijnconforme uitleg moet leiden voor de agenten werkzaam met betrekking tot de distributie van goederen, en wordt de berekeningsmethode geschetst. Daarbij is duidelijk tot uitdrukking gebracht dat de aanspraak van de agent op de klantenvergoeding niet is beperkt tot het feitelijk verlies aan commissie-inkomsten. In de woorden van het HvJ EU in *Turgy Semen/Deutsche Tamoil*:

‘(...) artikel 17, lid 2, sub a, aldus moet worden uitgelegd dat het niet toestaat dat het recht van de handelsagent op een vergoeding, zonder meer wordt beperkt door zijn door de beëindiging van de overeenkomst gederfde provisie, ook als de voordelen die de principaal nog heeft, geldelijk hoger gewaardeerd moeten worden.’

13. De Hoge Raad vertaalt dit uitgangspunt naar het Nederlands recht, onder verwijzing naar genoemd arrest en het Commissieverslag, als volgt.

14. De vaststelling van de klantenvergoeding dient in drie fasen te verlopen. In de eerste fase dienen de voordelen die transacties met door de handelsagent aangebrachte klanten de principaal opleveren, te worden gekwantificeerd voor de toepassing van artikel 7:442 lid 1 onder a BW. In de tweede fase moet vervolgens worden beoordeeld 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 handelsagent gederfde provisie. Die billijkheidscorrectie op de voet van artikel 7:442 lid 1 onder b BW kan leiden tot een verhoging, maar ook een verlaging,¹⁸ van het in de eerste fase vastgestelde bedrag. Daarbij moet worden aangenomen dat in de richtlijnconforme uitleg de klantenvergoeding bedoeld is ter

13. Zie ook de conclusie OM onder 2.23-2.24 en de daar aangehaalde literatuur. Het meest sprekende voorbeeld, waarbij de auteur in een later stadium als advocaat betrokken was voor de principaal, is wellicht de toekenning van een klantenvergoeding van 8 miljoen gulden aan de advertentieagent van het FD, ‘omdat de advertentieomzet boven-inflatoir was gestegen’. Die vergoeding werd overigens toegekend, terwijl nog werd voortgeprocedeerd over de beoordeling van een vordering van 65 miljoen gulden wegens beoerdelijk onregelmatige beëindiging van zogenoemde doorplaatsingsrechten, een contractuele invulling door partijen van de goodwillvergoeding voordat dit concept in het Nederlands recht was ingevoerd. De beslissing van de kantonrechter is te kennen uit HR 13 november 1992, NJ 1993, 668 (Van Weezenbeek/Financieel Dagblad).

14. Zie ook J.W.B. van Till, De goodwillvergoeding bij het einde van de agentuurovereenkomst, ORP 2011, p. 34; J.W. Bitter & J.E. Polet, De handelsagent en de handelsvertegenwoordiger, in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), Bijzondere Arbeidsverhoudingen, 2012, p. 469-470, met vermelding rechtspraak in voetnoten 37 en 41.

15. Zie r.o. 5.2 van dit arrest en ook de conclusie OM voor dit arrest onder 2.22 (tweede paragraaf).

16. HvJ EU 26 maart 2009, zaak C-348/07, Jur. 2009, p. I-02341, LJV B10016.

17. Met nog een terugverwijzing in r.o. 22 naar r.o. 35 van het arrest t.a.p. aangehaalde arrest Honyvem (HvJ EU 23 maart 2006, C-465/04, Jur. 2006, p. I-02870 (Honyvem/De Zotti)).

18. De billijkheidscorrectie die de Hoge Raad naar oud recht toepaste in het eerdergenoemde arrest NBC/Select leidde ertoe dat de agent – onder het regime van art. 74o (oud) K – door het feit dat hij door de beëindiging geen provisie derfde (omdat hij voor iedere aangebrachte klant een eenmalige, vaste, provisie ontving) geen aanspraak op een klantenvergoeding kon hebben. Zie echter ook HR 31 maart 2006, LJV AU7933, RvdW 2006, 335 en HR 10 januari 1992, LJV ZC0468, NJ 1992, 576, r.o. 4.4. Daaruit blijkt dat de nieuwe regeling van art. 7:442 BW verschilt van de oude regeling, in die zin dat in lid 4 thans limitatief en dwingend bepaalt in welke gevallen geen vergoeding verschuldigd is; gevallen waarin onder de oude regeling, zoals in NBC/Select, een vergoeding in strijd met de redelijkheid zou zijn. Voor het overige komen de regelingen met elkaar overeen, zie ook A-G de Vries Lentsch-Kostene in randnummer 22 van haar conclusie voor het arrest van 31 maart 2006 (LJV AU7933) met verwijzing naar MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 842, nr. 3, p. 9. Zie ook S.Y.Th. Meijer, Klantenvergoeding naar ‘oud’ en ‘nieuw’ agentuurrecht, Bb 1995, p. 6-8.

voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking van de principaal, daar zij de tegenprestatie vormt voor het profijt dat deze na de beëindiging van de overeenkomst blijft hebben van de werkzaamheden die de handelsagent in de loop van de overeenkomst heeft verricht en waarvoor hij niet langer wordt beloofd.¹⁹ Hiermee lijkt ook een lange discussie over wat de grondslag van de klantenvergoeding naar Nederlands recht is, te zijn beslecht in het voordeel van diegenen die aannamen dat het indemniteitssysteem gebaseerd was op het door middel van een gefixeerde vergoeding voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking. Ten slotte wordt dan in de derde fase getoetst of het uit de twee eerdere berekeningen volgende bedrag het in lid 2 van artikel 7:442 BW bedoelde maximum (van één jaar gemiddelde commissie, berekend over de duur van de overeenkomst respectievelijk de laatste vijf jaar daarvan) niet overschrijdt.

15. In het navolgende zal nader worden ingegaan op de wijze waarop die berekeningen en beoordelingen in de Duitse rechtspraktijk worden gedaan, maar allereerst wordt stilgestaan bij de regels die de Hoge Raad zelf formuleert naar aanleiding van het debat in cassatie.

Beloning versus provisie

16. T-Mobile bepleitte dat voor de berekening van de klantenvergoeding alleen dat deel van de provisie in aanmerking moet worden genomen dat ziet op de beloning van de acquisitie. Dat standpunt komt mij niet onbekend voor, en in een niet gepubliceerde uitspraak in een ad-hocarbitrage waarbij ik als advocaat betrokken was, is dat argument ook gehonoreerd ten aanzien van een op artikel 74o (oud) K gebaseerde vordering door een arbitraal college. De Hoge Raad wijst een andere richting aan. Op grond van de toelichting op de implementatiewet moet, overeenkomstig artikel 6 lid 2 van de Agentuurrichtlijn 86/653/EEG, worden uitgegaan van een ruim begrip provisie, dat alle elementen van de beloning omvat die variëren naar gelang van het aantal zaken of de waarde daarvan.²⁰ De Hoge Raad overweegt dat in overeenstemming met deze benadering het verslag van de Commissie ervan uitgaat dat dit beloningsbegrip van artikel 17 lid 2 van de Agentuurrichtlijn niet alleen ziet op de provisie, maar – overeenkomstig de Duitse rechtspraktijk – alle vormen van beloning omvat. In rechtsoverweging 5.1.2 stelt de Hoge Raad dan vast dat het beloningsbegrip moet worden opgevat als brutobeloning en derhalve mede omvat de daaruit door de agent betaalde onkosten, waarbij de Hoge Raad een cadeau of een korting als voorbeeld geeft. Uit het in rechtsoverweging 5.2 besliste onderdeel van de cassatieklachten, T-Mobile stelde dat het hof ten onrechte ook de door T-Mobile betaalde reclamevergoedingen tot de in aanmerking te nemen beloning had gerekend, blijkt dat

onder het ruime beloningsbegrip niet valt een door de principaal betaald bedrag ter vergoeding van ‘specifieke door de handelsagent daadwerkelijk gemaakte kosten’. Dit ook weer onder verwijzing naar de Duitse rechtspraktijk zoals in de conclusie A-G onder randnummer 2.33.3 weergegeven.

17. Daarmee lijkt dan ook het voor de praktijk belangrijke feit gegeven dat een forfaitaire kostenvergoeding wel bijdraagt aan de grondslag voor de berekening van de klantenvergoeding.

Kwantificering

18. In rechtsoverweging 6.1.2 komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het hof had nagelaten als eerste stap van de berekening van de klantenvergoeding over te gaan tot kwantificering van de voordelen die transacties met de door de handelsagent aangebrachte klanten de principaal opleveren, om op basis daarvan de klantenvergoeding vast te stellen, met inachtneming van de billijkheid als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder b BW en het absolute plafond als voorzien in artikel 7:422 lid 2 BW.

19. De verdere argumenten die de agenten in het incidenteel cassatieberoep aanvoerden ter adstructie van het motiveringsgebrek van het hof, zagen voornamelijk op de onbillijkheid van de opzeggingen en het schetsen van het daaruit voortvloeiende nadeel voor de agent. Die omstandigheden zijn volgens de Hoge Raad mogelijk van belang bij de door het verwijzingshof toe te passen billijkheidscorrectie op het in de eerste fase vastgestelde bedrag. Hier lijkt gesteld te worden dat in het kader van die billijkheidscorrectie dus ruimte is om de ernst van gevolgen af te wegen. Maar omdat het plafond vaststaat en het aanvangsbedrag rekenkundig wordt vastgesteld, lijkt deze overweging met zich te brengen dat ernstige gevolgen als door de agent in casu gesteld²¹ niet meer

19. Zie ook randnummer 50 van de conclusie van A-G Bot van 3 juni 2010, in de zaak C-203/09 (Volvo Car Germany/Autohof Weidensdorf).

20. R.o. 5.1.2; zie ook Kamerstukken II 1988/89, 20 842, nr. 3, p. 5.

21. R.o. 6.1.1: ‘Althans heeft het hof volgens het onderdeel onder b zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu:

- (i) dat T-Mobile uit de door [verweerder] gerealiseerde abonnementen ook na beëindiging van de agentuurovereenkomst nu en in de toekomst nog aanzienlijke voordelen (een voordeel van miljoenen) geniet in de vorm van abonnementsgelden, inkomsten uit telefoon- en sms-verkeer, alsmede (bij zakelijke klanten) het afsluiten van extra abonnementen;
- (ii) dat T-Mobile de overeenkomst met [verweerder] om haar moverende, commerciële redenen heeft beëindigd, omdat zij voortaan zelf rechtstreeks de klanten wil bedienen;
- (iii) dat [verweerder] (derhalve) geen enkel verwijt treft ter zake van de opzegging;
- (iv) dat [verweerder] in 2005 en 2006 meer dan 60% van zijn omzet door zijn activiteiten voor T-Mobile genereerde, welke omzet hij in één klap is kwijtgeraakt;
- (v) dat [verweerder] daardoor een zeer groot deel van zijn (aanzienlijke) investeringen niet heeft kunnen terugverdienen;
- (vi) dat [verweerder] niet in staat was direct na de opzegging vervangende inkomsten te genereren door zijn klanten van T-Mobile naar een andere provider om te zetten, aangezien de door [verweerder] afgesloten abonnementen een looptijd van een of meer jaren hebben en klanten niet graag overstappen.’

dan een neutraal effect kunnen hebben op de billijkheidscorrecties.

20. In rechtsoverweging 6.2 verduidelijkt de Hoge Raad welke de voor de klantenvergoeding te kwantificeren voordelen zijn. Dat zijn niet de voordelen die de principaal in casu realiseert in transacties met de aangebrachte abonnees. Het voor de begroting van het in artikel 7:442 lid 1 onder a BW bedoelde voordeel relevante aspect is het feit dat de principaal de mogelijkheid heeft om de door de handelsagent tot stand gebrachte klantenrelaties na beëindiging van de agentuurovereenkomst te kunnen blijven gebruiken *zonder daarover provisie aan de handelsagent verschuldigd te zijn*. Dat voordeel moet, in lijn met het Commissiedocument dat de richtlijnconforme uitleg geeft, worden gekwantificeerd op basis van de in de laatste twaalf maanden door de handelsagent verdiende brutoprovisie. Het op basis van die referentieperiode vastgestelde basisbedrag moet dan worden gecorrigeerd met factoren voor:

- de duur van het voordeel (te weten het niet behoeven te betalen van de beloning aan de agent) dat de principaal naar verwachting aan de transacties met de genoemde klanten kan ontlenuen;
- het verloop van het klantenbestand;²² en
- de versnelde ontvangst van de provisie-inkomsten door de agent die in één keer een vergoeding krijgt uitgekeerd.²³

Deze door de Hoge Raad aan de Duitse rechtspraak ontleende uitleg betekent een aanzienlijke wijziging voor de wijze waarop in de praktijk agentuurprocedures werden beslecht. Hoe deze factoren elk afzonderlijk moeten worden gewogen en beoordeeld, zal aan de Duitse rechtspraak moeten worden ontleend.

Ik ga daarop hierna in, maar sta kort stil bij een tweetal rechtsoverwegingen van de Hoge Raad die op het eerste gezicht niet rechtstreeks zijn gebaseerd op een analoge toepassing van de Duitse rechtspraak.

21. De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging 6.3 de aanwijzing dat voor de eerste fase, waar moet worden uitgegaan van de brutoprovisie, geen ruimte is voor het meewegen van de kosten die de agent zich bespaard weet door de opzegging. Als de omstandigheden dit eisen, kan daarmee rekening worden gehouden, aldus ons hoogste rechtscollege, in de tweede fase. Bij die billijkheidscorrectie kan dan rekening worden gehouden met kosten die de agent uit zijn ontvangen provisie diende te vergoeden. Daarbij merkt de Hoge Raad op dat het dan wel om een aanmerkelijk deel van de ontvangen provisie

22. Blijkens r.o. 6.5 moet dat verloop concreet worden beoordeeld, omdat de rechten bij de berekening van de verloren provisie als bedoeld in art. 7:442 lid 1 onder b BW moet worden begroot op basis van het redelijkerwijs te verwachten verloop van het klantenbestand. Hier is duidelijk sprake van een nieuwe benadering.

23. Dit contant maken van de vaak voorwaardelijke commissieaanspraken (vaak behoeft krachtens contractsbepaling pas betaald te worden als de klant heeft betaald) zal bij de huidige rentevoeten geen significant effect hebben.

moet gaan. Hier lijkt de Hoge Raad als vingerwijzing te geven dat de operationele kosten die een normale agent pleegt te hebben, niet zonder meer mogen worden afgetrokken. Wat wel kan worden verdisconteerd in die redelijkheidstoets blijft onduidelijk. Het arrest geeft niet bepaald een in de praktijk direct toepasbare aanwijzing. De associatie met de naar Belgisch recht bij de beëindiging van distributieverhoudingen via de ‘billijke bijkomende vergoeding’ te vergoeden ‘niet onmiddellijk samendrukbare kosten’ ligt voor de hand. In de praktijk zal moeten gaan blijken hoe met deze open norm moet worden omgegaan.

22. De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging 6.4 wel een antwoord op de vraag of, zoals onder oud recht bepleit, alleen moet worden gekeken naar te derven provisie op transacties met door de agent aangebrachte klanten (of ten aanzien waarvan hij op een andere grond, zoals territoriale exclusiviteit, provisieaanspraken heeft), of dat bij de berekening in de eerste fase ook rekening moet worden gehouden met het feit dat de agent ook de kans misloopt nieuwe klanten te werven en daarover provisieaanspraken te genereren. De Hoge Raad stelt dat voor de begroting van de gedeerde provisie in casu mede van belang was in hoeverre de agent in staat zou zijn geweest nieuwe abonnementen af te sluiten bij klanten van T-Mobile die door een andere agent waren aangebracht.

23. Dit is een opmerkelijke overweging. Allereerst lijkt er afstand te worden genomen van de redenering zoals die ten grondslag lag aan de billijkheidscorrectie in het arrest *NBC/Select*.²⁴ Voorts lijkt deze benadering niet aan te sluiten op de duidelijke afgrenzing van de grondslag van de aanspraak als bepaald in rechtsoverweging 6.2, waar wordt gesproken, in lijn met de klassieke uitleg van de klantenvergoeding, van verdiende brutoprovisie ten aanzien van nieuwe en geïntensiverde klanten. Het afwerpen van de klant van een andere agent, bijvoorbeeld door meer korting of een andere incentive te geven, leidt niet tot een nieuwe klant voor de principaal en ook niet tot intensivering²⁵ van bestaande klanten van de principaal. De door de Hoge Raad in deze rechtsoverweging neergelegde benadering lijkt ook niet te rijmen met de Europese jurisprudentie als aange-

24. Bij een eenmalige aanbrengrprovisie per klant verliest de agent geen provisieaanspraken bij opzegging. Wel wordt hem de kans ontnomen nieuwe klanten te vinden en daarvoor provisie te krijgen. Dat is in *NBC/Select* niet van belang geacht, en werd uitsluitend gekeken naar een mogelijk verlies van provisieaanspraken op de aangebrachte klanten. Verlies van wervingsmogelijkheden bij nieuwe klanten is in de benadering van r.o. 6.4 wel van belang. Ik realiseer mij dat het bij *NBC/Select* de billijkheidscorrectie betrof en de Hoge Raad hier spreekt over de berekening in de eerste fase, maar als provisie op toekomstige cliënten in de grondslag wordt meegenomen, welke billijkheidscorrectie is daar dan te verwachten in fase 2? In feite wordt de aanspraak op de klantenvergoeding dan beperkt door het plafond van de derde fase. Dat relatieve het belang van een eventueel opwaartse correctie op grond van de billijkheid t.a.v. de op de laatste twaalf maanden gebaseerde grondslag, tenzij er veel ruimte zit tussen het gemiddelde over de laatste vijf jaar (het plafond) en het gemiddelde over de laatste twaalf maanden (het referentiekader voor de aanspraak voor correctie).

25. Voorheen geduid als een aanmerkelijke uitbreiding van de omzet bij een bestaande klant.

haald in voetnoot 16. Immers, hier is geen sprake van een voorkomen of corrigeren van een ongerechtvaardigde verrijking van de principaal, omdat het voor de principaal immers niet uitmaakt aan welke agent hij provisie verschuldigd is. Ook naar Duits recht wordt verlies van commissie op (1) omzet door de agent geworven klanten, of (2) mogelijke omzet door de agent geworven klanten als voorwaarde gesteld voor het bestaan van een aanspraak op de klantenvergoeding.²⁶ Verlies van de mogelijkheid om nieuwe klanten te werven is geen omstandigheid die naar Duits recht aanspraak geeft op een klantenvergoeding.²⁷

Vertaling naar de praktijk

24. Om te komen tot een juiste berekening van de klantenvergoeding naar Nederlands recht moeten de volgende, aan het Commissieverslag en de Duitse rechtspraak ontleende, stappen worden genomen.

Als eerste dient te worden vastgesteld dat de agent nieuwe afnemers heeft bijeengebracht voor de vennootschappen waarvan wordt gevorderd, dan wel de omzet bij bestaande klanten aanzienlijk heeft vermeerderd. Daarbij dient te worden gekeken naar provisieplichtige omzet, omdat de klantenvergoeding immers veronderstelt dat de agent als gevolg van de beëindiging van de agentuurovereenkomst provisieaanspraken verliest uit de bestaande klantenkring. Commissieomzet, die werd gerealiseerd op basis van (het wettelijke vermoeden van) een (geografische of klantspecifieke) exclusiviteit over transacties waarbij de agent niet betrokken is geweest, mag niet zonder meer bij de berekening van de grondslag worden betrokken.²⁸

Vervolgens moet worden gesteld, met eventueel daartoe strekkende bewijslevering door de agent als hierna uiteen te zetten, dat de principaal na het beëindigen van de agentuurovereenkomst substantiële voordelen verkrijgt uit die klantenkring. Daarbij zal in dit geval mijns inziens ook rekening moeten worden gehouden met het feit dat een klantenkring die niet exclusief van de agent is, ook door een andere agent en zelfs door de principaal rechtstreeks kan worden bewerkt.

25. Uit de toelichting van de Commissie blijkt dat indien een agent de bestaande cliënten voor dezelfde producten van andere principalen bedient, de agent geen aanspraak heeft op vaststelling van een vergoeding voor de klantenkring.²⁹ De toelichting op de richtlijn verduidelijkt dat er sprake moet zijn van het prijsgeven van een klantenkring, niet het verlies van een product of dienst.

26. K.J. Hopt, *Handelsvertreterrecht*, München: C.H. Beck 2009, vierde druk, aant. 24 en 26 op art. 89b HGB.

27. Hopt 2009, p. 147, aant. 27 bij art. 89b HGB.

28. Commissieverslag, p. 2, tweede alinea.

29. Commissieverslag, p. 2., tweede alinea, onder verwijzing naar de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 25 april 1960 in zaak BB 605/60.

Uit openlegging van de boeken van de agent zal derhalve moeten blijken dat deze niet langer voor concurrerende producten van andere principalen werkzaam is bij de klanten bij wie hij voorheen producten van de principaal verkocht.

Stap 1: berekenen

26. Naar Duits recht moeten de provisieverliezen van de agent als volgt worden berekend. Eerst dient het zogenoemde ‘Basisjahr’ te worden vastgesteld. Dit zijn de laatste twaalf maanden waarin de agent werkzaam is geweest.³⁰ De berekening is als volgt:

- a. De provisie wordt vastgesteld op basis van datgene waartoe de agent door zijn werkzaamheden in dat jaar is gerechtigd. Zie het Commissieverslag, waar de Commissie spreekt over ‘gross commission (...) is calculated for the last 12 months of the agency contract’ (p. 2, Stage 1 sub a).
- b. De eerste stap moet dan gecorrigeerd worden. Daartoe moet worden vastgesteld welke afnemers kunnen worden beschouwd als ‘neuen Kunden’ in de zin van § 89 b Absatz 1, Satz 1, nr. 1.³¹ De provisie verdiend op de overige afnemers dient te worden afgetrokken van het hiervoor sub a gevonden provisiebedrag. Deze correctie komt overeen met het Commissieverslag, waar het spreekt over ‘to ascertain the number of new customers and the increased volume of business with existing customers’ (l.c.).
- c. Vervolgens moet het bij stap b gevonden provisiebedrag wederom worden gecorrigeerd, ditmaal op afnemers die naar alle waarschijnlijkheid geen vaste toekomstige afnemers meer zullen zijn;³² alleen voor ‘Stammkunden’ kan een vergoeding geïndiceerd zijn.³³

Hiermee is dan het ‘Basisjahr’ vastgesteld.

27. Om de duurzaamheid van de voordelen vast te stellen moet op het moment van het ontstaan van de aanspraak worden gekeken naar het zogenoemde prognosetijdvak. Naar Duits recht telt het prognosetijdvak

30. Küstner/von Manteuffel, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts* 1992, p. 2022; zie ook Commissieverslag p. 2, Stage 1 sub a).

31. Küstner/von Manteuffel 1992, p. 2021-2022. Zie ook BGH 26 oktober 2011, AZ VIII ZR 222/10, par. 26: ‘Neue Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, sind alle Kunden die mit dem Unternehmer noch nicht in geschäftlicher Beziehung standen, sondern erstmals unter Einschaltung des Handelsvertreters ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben; das gilt auch für Kunden, die der Handelsvertreter aus einer früheren Vertretung in das neue Vertragsverhältnis einbringt’, met literatuurverwijzingen.

32. Küstner/von Manteuffel 1992, p. 2020.

33. Zie BGH 17 december 2008, AZ XIII 159/07, par. 5: ‘Stammkunden sehen Mehrfachkunden, die innerhalb einer überschaubaren Zeitraum, in dem üblicher Weise mit Nachbestellungen zu rechnen sei, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen hatten oder voraussichtlich abschließen würden.’

gewoonlijk drie jaar.³⁴ Het Commissieverslag gaat in beginsel uit van een kortere periode, ook al is een langere periode denkbaar, al naar gelang de specifieke omstandigheden van het geval:

‘The usual period is 2–3 years, but can be as much as 5 years’ (p. 3, Stage 1 sub b:).

(...) considering the market situation at time of termination and the sector concerned.’

In die prognose moet ook rekening worden gehouden met een bepaalde aftrek die moet worden toegepast wegens verondersteld verlies van klanten. Het Commissierapport wijst erop dat het Bundesgerichtshof (BGH) wel eens een percentage van 38% heeft gehanteerd (Stage 1 sub c).

Dat percentage moet repeterend worden toegepast, en wel als volgt:

Dat percentage wordt genomen voor het eerste prognosejaar. De uitkomst van a wordt dan als uitgangspunt genomen voor eenzelfde aftrek in het tweede prognosejaar. De uitkomst van b wordt dan als uitgangspunt genomen voor eenzelfde berekening in het derde prognosejaar. De uitkomsten van a, b en c worden ten slotte opgeteld.

28. Dan vindt ‘Abzinsung’ plaats. Dit is in overeenstemming met het Commissieverslag, Stage 1 sub d. Het resultaat moet immers worden berekend naar de contante waarde.

29. Spiegelbeeld van de ‘erhebliche Vorteile’ is overigens naar Duits recht het verlies aan provisie-inkomsten van de handelsagent (§ 89 b Absatz 1, Satz 1, nr. 2 HGB). Een klantenvergoeding kan nimmer hoger zijn dan het verlies aan inkomsten. Dat betekent dat als het totaal van de inkomsten van de agent uit andere activiteiten is toegenomen, de klantenvergoeding – zo daar aanleiding toe is – dient te worden verlaagd; deze kan dus niet hoger uitvallen dan het verschil tussen de niet meer gerealiseerde provisie en het uit anderen hoofde resterende inkomen.³⁵ Verliest de agent geen provisie-aanspraken op de bestaande klantenkring, bijvoorbeeld omdat hij maar een eenmalige aanbrengvergoeding krijgt (vergelijk *NBC/Select*³⁶), dan ontvallen hem geen provisieaanspraken die een klantenvergoeding rechtvaardigen.

30. Dat is bij een richtlijnconforme uitleg dus geen billijkheidscorrectie, maar het missen van een vereiste feitelijke grondslag voor het instellen van de klantenvergoeding.

34. H. Eberstein, *Der Handelsvertretervertrag, Eine Anleitung mit Beispielen zur Abfassung von Verträgen*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg 1999, p. 106.

35. Eberstein, p. 109: ‘Wenn also z.B. die Verluste des Handelsvertreters nur gering, die Vorteile des Unternehmers aber wesentlich größer sind, so kann der Handelsvertreter einen Ausgleich doch nur in Höhe seiner Verluste verlangen.’ Met bronverwijzingen.

36. Zie HR 2 maart 1990, LJN AB7936, NJ 1991, 50 m.nt. MMM.

Stap 2: billijkheidscorrectie

31. Vervolgens moet worden getoetst aan § 89 b Absatz 1, Satz 1, nr. 3 HGB, welke bepaling aangeeft dat de toe te kennen vergoeding in overeenstemming moet zijn met de billijkheid, alle omstandigheden in aanmerking genomen. Deze regel komt overeen met het Commissierapport, p. 3 Stage 2.

Deze berekeningsmethoden strekken ertoe een maatstaf voor klantenvergoedingen te geven. Uit de Duitse jurisprudentie blijkt dat doorgaans (veel) lagere vergoedingen worden betaald dan het theoretisch maximum³⁷ en dat de billijkheidscorrectie een zwaarwegende factor is bij het bepalen van het recht van de handelsagent op een klantenvergoeding. Dat hangt af van de waardering van diverse specifieke omstandigheden. Dit komt overeen met het Commissieverslag, waar het bijvoorbeeld ‘the fault of the agent’ noemt als reden voor matiging op basis van ‘equity’ (l.c.).

Naar Duits recht dienen de gronden voor het beëindigen van de agentuurovereenkomst bij de billijkheidstoetsing te worden meegewogen.³⁸ Ook dient naar Duitse jurisprudentie mee te wegen of de handelsagent nog andere agenturen heeft.³⁹ Dit volgt ook uit het Commissierapport: ‘Whether the agent is retained by other principals’ (l.c.).

Stap 3: toetsing aan absoluut plafond

32. Als het aldus berekende bedrag niet uitkomt boven de gemiddelde provisie over de laatste vijf jaren van de agentuurovereenkomst, is de bovengrens van § 89 b Absatz 2 niet van toepassing. Anders dan is het plafond bepaald op basis van de middeling van de gerealiseerde provisie over de duur, respectievelijk de laatste vijf jaar, het maximum.

Conclusie

33. Na vele jaren is er duidelijkheid gegeven door ons hoogste rechtscollege omtrent de uitleg van de berekening van de mogelijke aanspraak op een klantenvergoeding bij de beëindiging van een handelsagentuur. De resultante is dogmatisch verrassend, in die zin dat een beoogde Europese minimumharmonisatie van het agentuurrecht voor een deel van de markt nu maatgevend is voor de uitleg naar Nederlands recht van een

37. Eberstein, p. 110: ‘In aller Regel sollte aber der Ausgleichsbetrag nicht unwesentlich unter der Höchstgrenze liegen.’ Met literatuurverwijzingen.

38. Eberstein, p. 92 onder verwijzing naar BGH, BB 1969, S. 460.

39. Eberstein, p. 108: ‘(...) Ausübung von anderen Vertretungen durch den Handelsvertreter (...)’

geïncorporeerde bepaling vervat in een van de Benelux-harmonisaties voor alle handelsagenten. In een tijdsgericht waarin vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt de agentuur meer in de aandacht komt te staan als instrument voor een uniform Europees prijs- en distributiebeleid, en waar ook de positie van de agent in de diverse financiële markten meer aandacht verkrijgt, is het goed dat er nu duidelijkheid wordt gegeven omtrent de uitleg van een van de voor de handelsagentuur meest belangrijke bepalingen.

34. Het is ook een bijdrage aan de revival van rechtsvergelijking als een belangrijk heuristisch instrument. Na de totstandkoming van het ontwerp-Meijers leek dit aspect van de rechtswetenschap aan belang te hebben ingeboet. Wel werd gepaste aandacht besteed in de conclusie van advocaat-generaal Rank-Berenschot aan de rechtsvormende activiteiten op het niveau van de PELCAFDC⁴⁰ en de DCFR 2009,⁴¹ beide te respecteren pogingen tot een autonome codificatie. Zoals echter blijkt uit de wijze waarop de Duitse rechtspraktijk als richtinggevend voorbeeld voor de richtlijnconforme uitleg wordt gebruikt, is een dynamische combinatie van wetgeving en rechtspraak te prefereren boven een puur theoretisch codificatie.

40. PELCAFDC staat voor Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contract 2006, waarover Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 345 i.v.m. nr. 12.

41. Ch. Von Bar & E. Clive (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Munich: Sellier 2009.