

De klantenvergoeding: hoe een fout van het HvJ de Hoge Raad op een dwaalspoor heeft gezet

NTBR 2018/28

In deze bijdrage wordt betoogd dat de berekening van de klantenvergoeding uit het verslag van de Europese Commissie van 23 juli 1996 in het arrest *Semen/Tamoiil* (2009) verkeerd wordt weergegeven. Uit dit verslag blijkt volgens auteurs zonder twijfel dat in fase 1 van de vaststelling in drie fasen niet het voordeel voor de principaal als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder a BW moet worden begroot, maar de provisie die voor de agent verloren gaat als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder b BW. De consequentie van deze stelling is dat (ook) het *T-Mobile* arrest is gebaseerd op een verkeerde aanname over hoe de klantenvergoeding moet worden vastgesteld en dat de conclusies ingrijpend moeten worden herzien.

1. Inleiding

Bij het einde van een agentuurovereenkomst heeft de agent in principe recht op een klantenvergoeding (artikel 7:442 BW). In de Nederlandse rechtspraak wordt voor de begroting van deze klantenvergoeding standaard naar het *T-Mobile* arrest³ verwezen. Dit arrest omschrijft gedetailleerd hoe de klantenvergoeding moet worden begroot.

Het uitgangspunt in het *T-Mobile* arrest is dat de klantenvergoeding moet worden berekend in drie fasen. In fase 1 wordt een prognose gemaakt van de 'aanzienlijke voordelen' voor de principaal (artikel 7:442 lid 1 onder a BW). In fase 2 is ruimte voor een billijkheidscorrectie gelet op alle omstandigheden van het geval en met name gelet op de door de handelsagent gederfde provisie (artikel 7:442 lid 1 onder b BW). In fase 3 wordt getoetst of het maximum van kort gezegd één jaar aan gemiddeld genoten provisie niet wordt overschreden (artikel 7:442 lid 2 BW). Deze berekening in drie fasen in het *T-Mobile* arrest is overgenomen uit het arrest *Turgay Semen/Deutsche Tamoiil* van het Hof van Justitie⁴ (*Semen/Tamoiil*).

Zowel in *Semen/Tamoiil* als in het *T-Mobile* arrest wordt voor de berekening van de klantenvergoeding verwezen naar het verslag van de Europese Commissie van 23 juli 1996⁵ (het

Verslag). De aanname is dat de voornoemde berekening een goede weergave is van hoe de klantenvergoeding in het Verslag wordt berekend.

In deze bijdrage betogen wij dat de berekening van de klantenvergoeding uit het Verslag verkeerd wordt weergegeven in *Semen/Tamoiil* (en derhalve in het *T-Mobile* arrest). Uit het Verslag blijkt volgens ons zonder twijfel dat in fase 1 van de vaststelling in drie fasen niet het voordeel voor de principaal als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder a BW moet worden begroot, maar de provisie die voor de agent verloren gaat als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder b BW.

De consequentie van onze stelling is dat het *T-Mobile* arrest is gebaseerd op een verkeerde aanname over hoe de klantenvergoeding moet worden vastgesteld en dat de conclusies ingrijpend moeten worden herzien. De door ons voorgestane interpretatie heeft daarom grote gevolgen voor de wijze waarop de klantenvergoeding moet worden vastgesteld in de Nederlandse rechtspraak. Het *T-Mobile* arrest is op dit moment immers maatgevend voor de berekening van deze vergoeding.

In het eerste deel van deze bijdrage onderbouwen wij onze stelling dat *Semen/Tamoiil* de berekening van de klantenvergoeding uit het Verslag verkeerd weergeeft. Daarbij gaan wij in op de ratio van de klantenvergoeding, de wijze waarop het Verslag de klantenvergoeding berekent in drie fasen en de weergave van deze berekening in *Semen/Tamoiil* en het *T-Mobile* arrest. Onze stelling resulteert in de conclusie dat het *T-Mobile* arrest op een verkeerd uitgangspunt is gebaseerd.

In het tweede deel van deze bijdrage behandelen wij hoe de klantenvergoeding in de praktijk moet worden vastgesteld indien wordt uitgegaan van de volgens ons juiste interpretatie van het Verslag. Daarbij zal uitgebreid aandacht worden besteed aan het begrip 'verloren provisie' uit artikel 7:442 lid 1 onder b BW. Met een voorbeeld wordt vervolgens het belang van het overeengekomen provisiemodel geïllustreerd. Na de constatering dat onze zienswijze in lijn lijkt met de Duitse rechtspraak, concluderen wij dat het de hoogste tijd is voor een nieuwe koers.

DEEL 1 – De vaststelling van de klantenvergoeding in drie fasen

2. Artikel 17 lid 2 van de Richtlijn

De Nederlandse agentuurregeling is gebaseerd op de Europese Richtlijn inzake zelfstandige handelsagenten (de **Richtlijn**).⁶

1 Citeerwijze: N. Huppés & T.L. Wildenbeest, 'De klantenvergoeding: hoe een fout van het HvJ de Hoge Raad op een dwaalspoor heeft gezet', *NTBR* 2018/28, afl. 7. Nicolaas Huppés en Thomas Wildenbeest zijn als of counsel respectievelijk advocaat verbonden aan advocatenkantoor FlexiEbel.

2 De auteurs danken mr. C.R.C. Christiaans voor zijn kritische ondersteuning bij het schrijven van deze bijdrage.

3 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865.

4 HvJ EU 26 maart 2009, C-348/07, ECLI:EU:C:2009:195 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoiil*).

5 Verslag van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1996, COM(1996)364.

6 Richtlijn 86/653/EEG, *PbEG* 1986, L 382/17, in 1989 geïmplementeerd in de Nederlandse agentuurregeling bij wet van 5 juli 1989 tot aanpassing van het Wetboek van Koophandel.

De belangrijkste doelstelling van deze Richtlijn is om agenten in hun betrekking met principalen te beschermen. Deze bescherming wordt onder meer geboden met regels inzake de beëindiging van agentuurovereenkomsten.⁷

Artikel 17 van de Richtlijn verplicht de lidstaten om te voorzien in een vergoeding voor de agent na beëindiging van de agentuurovereenkomst en biedt daarbij de keuze uit twee systemen: (1) toekenning van een klantenvergoeding op grond van het voordeel van de principaal conform artikel 17 lid 2 van de Richtlijn (het van oorsprong Duitse systeem); of (2) herstel van het nadeel van de handelsagent conform artikel 17 lid 3 van de Richtlijn (het van oorsprong Franse systeem). In Nederland is gekozen voor de regeling van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn (het Duitse systeem).

Artikel 17 lid 2 van de Richtlijn is vrijwel gelijk aan artikel 7:442 lid 1 BW en luidt als volgt:

- “a) De handelsagent heeft recht 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 [opgenomen in artikel 7:442 lid 1 sub a BW, toev. auteurs], 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. [opgenomen in artikel 7:442 lid 1 sub b BW, toev. auteurs]”

3. Ratio van de klantenvergoeding

De regeling van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn is van dwingend recht. Partijen kunnen het recht van de agent op een klantenvergoeding vóór of tijdens de looptijd van de agentuurovereenkomst niet in het nadeel van de agent fixeren of beperken.⁸ De agent heeft bovendien slechts in een aantal specifiek genoemde gevallen geen recht op een klantenvergoeding. Kort gezegd moet er sprake zijn van opzegging door de principaal op grond van een dringende reden, opzegging door de agent zonder rechtvaardigingsgrond of contractsovername van de agentuurovereenkomst door een andere agent (zie artikel 18 van de Richtlijn respectievelijk artikel 7:442 lid 4 BW).

Een agent heeft daarom zelfs recht op een klantenvergoeding indien hij slecht presteert en aan het einde van de looptijd zelf besluit om de agentuurovereenkomst niet te verlengen. Ook dan heeft de agent in beginsel recht op een klantenvergoeding die kan oplopen tot een extra jaar aan omzet.

Een dergelijke dwingendrechtelijke bescherming tussen professionele partijen is uitzonderlijk. In het licht van de specifieke kenmerken van een agentuurovereenkomst is zij echter goed te begrijpen. Het punt is dat de agent op het moment dat de agentuurovereenkomst eindigt veelal nog niet volledig voor de door hem geleverde prestatie is betaald. Dit is goed te illustreren met een voorbeeld.

Stel dat onder een agentuurovereenkomst € 100 provisie wordt betaald per bestelling van een door de agent aangebrachte klant en dat de gemiddelde klant gedurende een bepaalde periode in totaal 1.000 bestellingen plaatst. De agent ontvangt onder de agentuurovereenkomst dan in totaal gemiddeld € 100.000 per klant die hij aanbrengt bij de principaal (1000 bestellingen maal € 100 per bestelling). Indien de agentuurovereenkomst echter eindigt, terwijl de door de agent aangebrachte klanten bestellingen blijven plaatsen bij de principaal, dan ontstaat een onrechtvaardige situatie. De principaal blijft in dat geval immers bestellingen ontvangen, zonder dat de agent voor die bestellingen nog langer provisie betaald krijgt. De agent ontvangt daardoor minder dan de gemiddeld € 100.000 per aangebrachte klant die hij bij voortduren van de agentuurovereenkomst zou krijgen en wordt onvolledig betaald voor de door hem gecreëerde waarde. De klantenvergoeding neutraliseert dit onrecht met een redelijke vergoeding voor de agent.

Advocaat-generaal Poiares Maduro verwoordt het in de conclusie bij het arrest *Honyvem Informazioni Commerciali* als volgt:

“Deze bijzondere vergoedingsregeling vormt het antwoord op een probleem dat voortvloeit uit de beëindiging van de agentuurovereenkomst. Wanneer de principaal namelijk na de beëindiging van de agentuurovereenkomst transacties blijft aangaan met de door de handelsagent aangebrachte klanten, blijft hij ook profiteren van meerwaarden die, in ieder geval ten dele, voortkomen uit de door de handelsagent tijdens de loop van de overeenkomst aan de dag gelegde activiteit, en voor het behalen waarvan hij, indien de overeenkomst niet ware beëindigd, vernoemde agent provisies had moeten betalen.

Deze vergoeding, die op toepasselijke wijze klantenvergoeding genoemd kan worden, is, vanuit het gezichtspunt van de handelsagent gezien, compenserend van aard. Zij vergoedt hem voor zijn inspanningen, indien het aanbrengen van klanten of de uitbreiding van de transacties met die klanten de principaal nog steeds economische voordelen oplevert. Vanuit het gezichtspunt van de principaal beschouwd, zorgt de klantenvergoeding er anderszijds voor, dat een situatie van ongerechtvaardigde verrijking wordt vermeden. (...)”⁹

⁷ Zie o.m. HvJ EU 23 maart 2006, C-465/04, ECLI:EU:C:2006:199 (*Honyvem Informazioni Commerciali*), randnummer 19.

⁸ Zie antwoord op eerste vraag in *Honyvem Informazioni Commerciali*.

⁹ Conclusie A-G Poiares Maduro, HvJ EU 25 oktober 2005, C-465/04, (*Honyvem Informazioni Commerciali*), randnummers 15 en 17, zie ook met instemmende verwijzing: Conclusie A-G Wahl, HvJ EU 16 juli 2015, C-338/14, (*Quenon/Citibank*), randnummer 35.

4. *Het Verslag*

Artikel 17 van de Richtlijn is een compromis tussen de lidstaten en geeft geen concrete instructies voor de daadwerkelijke berekening van de klantenvergoeding. In artikel 17 lid 6 van de Richtlijn is bepaald dat de Europese Commissie binnen 8 jaar een verslag aan de Raad zal voorleggen over de uitvoering van artikel 17 van de Richtlijn. Op 23 juli 1996 is hieraan opvolging gegeven met de publicatie van het Verslag.¹⁰ Met het oog op een uniforme uitleg van artikel 17 wordt in het Verslag concreet aangegeven hoe de klantenvergoeding moet worden vastgesteld.

In het arrest *Honyvem Informazioni Commerciali*¹¹ onderschrijft het Hof van Justitie voor het eerst dat de klantenvergoeding moet worden begroot op de wijze zoals uiteengezet in het Verslag:

“Dit rapport [het Verslag, toev. auteurs] bevat nadere gegevens over de wijze waarop de vergoeding daadwerkelijk wordt berekend, en beoogt een meer uniforme uitlegging van dat artikel 17 [van de Richtlijn, toev. auteurs].”

Hieronder volgt een samenvatting van het Verslag.

Na enkele inleidende opmerkingen wijst het Verslag met betrekking tot de vergoedingsregeling van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn in de eerste plaats op het belang van de Duitse rechtspraktijk:

“De vergoedingsregeling is gebaseerd op artikel 89b van het Duitse Wetboek van Koophandel, dat sinds 1953 voorziet in de betaling van een klantenvergoeding en waarvan de toepassing aanleiding heeft gegeven tot een omvangrijke jurisprudentie met betrekking tot de berekening ervan. Deze jurisprudentie en rechtspraktijk zou voor de rechterlijke instanties van de andere Lid-Staten zeer waardevol moeten zijn bij de interpretatie van artikel 17, lid 2, van de richtlijn.”

Vervolgens noemt het Verslag vier voorwaarden waaraan moet worden voldaan in het kader van de toekenning van een klantenvergoeding:

- 1) de agent moet recht hebben op een klantenvergoeding in het licht van de omstandigheden waarin de agentuurovereenkomst werd beëindigd, er mag geen sprake zijn van een van de situaties als genoemd onder artikel 18 van de Richtlijn (opgenomen in artikel 7:442 lid 4 BW);
- 2) er moet zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 17 lid 2 onder a van de Richtlijn, namelijk dat de handelsagent nieuwe klanten heeft aangebracht of de transacties met de bestaande klanten aanzienlijk heeft uitgebreid;
- 3) de transacties met de door de agent aangebrachte¹² klanten moeten de principaal nog aanzienlijke voordelen opleveren; en

¹⁰ Zie HvJ EU 26 maart 2009, C-348/07, ECLI:EU:C:2009:195 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil*).

¹¹ HvJ EU 23 maart 2006, C-465/04, ECLI:EU:C:2006:199 (*Honyvem Informazioni Commerciali*), randnummer 35.

¹² De toevoeging “of uitgebreide” wordt in het vervolg van deze bijdrage weggelaten.

- 4) de betaling van de vergoeding moet billijk te zijn.

Op pagina 3 van het Verslag volgt een omschrijving van hoe de klantenvergoeding daadwerkelijk moet worden berekend in drie fasen:

Fase 1

In de eerste fase moet overeenkomstig artikel 17 lid 2 onder a tweede streepje van de Richtlijn een prognose worden gemaakt van “de uit de transacties met deze [door de agent aangebrachte, toev. auteurs] klanten voortvloeiende provisie, die voor de handelsagent verloren gaat”. Het perspectief bij deze prognose is kortom het voordeel dat de principaal na beëindiging van de agentuurovereenkomst nog heeft van transacties met de door de agent aangebrachte klanten. De vraag is welke provisie de agent door beëindiging van de agentuurovereenkomst verliest met betrekking tot dit voordeel. Het Verslag begroot deze ‘verloren provisie’ aan de hand van de volgende gegevens:

- a) het aantal nieuwe klanten en de omvang van de uitbreiding van de transacties met bestaande klanten (vergelijk artikel 17 lid 2 onder a eerste streepje van de Richtlijn);
- b) de bruto provisie die de agent in de laatste 12 maanden van de agentuurovereenkomst ontving op de hierboven onder a) bedoelde klanten;
- c) de termijn dat de principaal nog voordeel heeft van hierboven onder a) bedoelde klanten (waarbij wordt gesteld dat deze termijn vaak 2 of 3 jaar is en maximaal 5 jaar);
- d) het verloop van de onder a) bedoelde klanten (de migratiegraad); en
- e) het toepasselijke rentepercentage voor actualisatie (de agent krijgt de provisie middels de klantenvergoeding immers eerder uitgekeerd dan het geval zou zijn als de agentuurovereenkomst niet was beëindigd).

Voorbeeld fase 1

Voorgaande lijkt ingewikkelder dan dat het is. Stel dat een agent in de laatste 12 maanden voor beëindiging € 100.000 provisie ontving voor transacties tussen de principaal en de door de agent aangebrachte klanten. De principaal heeft naar verwachting nog 3 jaar voordeel van dergelijke transacties, de migratiegraad is 50% en het rentepercentage voor actualisatie is in het licht van de huidige rentestand nihil. Dan kan de provisie die de agent misloopt over de transacties die principaal blijft sluiten met de door de agent aangebrachte klanten als volgt worden geprognosticeerd voor de drie jaar dat de principaal voordeel heeft:

Jaar 1: € 50.000 (provisie laatste 12 maanden, vermenigvuldigd met migratiegraad).

Jaar 2: € 25.000 (provisie jaar 1, vermenigvuldigd met migratiegraad).

Jaar 3: € 12.500 (provisie jaar 2, vermenigvuldigd met migratiegraad).

Bij elkaar opgeteld is dit € 87.500 aan provisie die voor de agent verloren gaat als bedoeld in artikel 17 lid 2 onder a tweede streepje van de Richtlijn.

Fase 2

In de tweede fase moet de in artikel 17 lid 2 onder a tweede streepje van de Richtlijn bedoelde billijkheid worden onderzocht. In het Verslag wordt opgemerkt dat het in fase 1 vastgestelde bedrag in de praktijk zelden wordt aangepast om billijkheidsredenen. Wel wordt een aantal omstandigheden genoemd die van belang kunnen zijn, waaronder de omvang van het voordeel voor de principaal.

Fase 3

Het bedrag dat in fase 1 en fase 2 werd berekend, moet vervolgens in de derde fase worden vergeleken met het plafond zoals bedoeld in artikel 17 lid 2 onder b van de Richtlijn. Dit maximum betreft de gemiddelde beloning die de agent per jaar ontving in de laatste 5 jaar van de agentuurovereenkomst, of indien deze korter heeft geduurd, het gemiddelde over de gehele duur van de agentuurovereenkomst. De beloning waarvan wordt uitgegaan bij de berekening van het plafond omvat niet alleen de provisie, maar alle vormen van betaling, en niet alleen de nieuwe of geïntensiveerde klanten, maar alle klanten.

Tot slot staat op pagina 5 van het Verslag een voorbeeldberekening van de begroting in drie fasen. In fase 1 van deze berekening staat expliciet dat hier de “*totaal derving provisie*” wordt begroot. De berekening is heel vergelijkbaar met het voorbeeld onder fase 1 hierboven.

5. Semen/Tamoil

5.1 De prejudiciële vraag en verklaring voor recht

Het oude artikel 89b lid 1 van het Duitse HGB¹³ luidde als volgt (vertaling uit *Semen/Tamoil*):

- “1. De handelsagent kan van de principaal na beëindiging van de overeenkomst een gepaste vergoeding verlangen, indien en voor zover:
- (1) de transacties met nieuwe, door de handelsagent aangebrachte klanten de principaal ook na beëindiging van de overeenkomst nog aanzienlijke voordelen opleveren,
 - (2) de handelsagent wegens de beëindiging van de overeenkomst zijn aanspraak verliest op de provisie waarop hij in verband met reeds afgesloten of in de toekomst tot stand komende transacties met de door hem aangebrachte klanten recht zou hebben indien de overeenkomst zou hebben voortgeduurd, en
 - (3) de betaling van een vergoeding billijk is, gelet op alle omstandigheden.”

Deze eisen werden cumulatief uitgelegd. Onder de oude Duitse rechtspraak kon de klantenvergoeding daarom nooit hoger zijn dan de provisie die de handelsagent verloor door beëindiging van de overeenkomst (sub 2 hierboven). Een billijkheidscorrectie naar boven was aldus niet mogelijk. In antwoord op een prejudiciële vraag van het Landgericht Hamburg over deze praktijk verklaart het Hof van Justitie in *Semen/Tamoil* voor recht:

“Artikel 17, lid 2, sub a, (...), moet aldus 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.”

Naar aanleiding van dit oordeel is artikel 89b van het Duitse HGB aangepast. De huidige versie is gelijk aan artikel 17 lid 2 van de Richtlijn. Het gevolg van de hiervoor geciteerde prejudiciële beslissing is dat de billijkheidscorrectie in fase 2 niet enkel tot een verlaging, maar ook tot een verhoging van het in fase 1 begrootte verlies aan provisie moet kunnen leiden.

5.2 Randnummer 19 en de verkeerde weergave van de begroting in drie fasen

Het Hof van Justitie herhaalt in *Semen/Tamoil* dat de klantenvergoeding moet worden begroot op de wijze zoals vermeld in het Verslag (randnummer 22):

“Dit verslag bevat nadere gegevens over de wijze waarop de vergoeding daadwerkelijk wordt berekend.”

In een overweging die los kan worden gezien van de uiteindelijke beslissing geeft het Hof van Justitie de navolgende samenvatting van het Verslag voor wat betreft de begroting in drie fasen (randnummer 19, onderstreping auteurs):

“De bij artikel 17 van de richtlijn ingevoerde procedure kent drie fasen. De eerste fase beoogt om te beginnen een kwantificering van de voordelen die transacties met door de handelsagent aangebrachte klanten de principaal opleveren, overeenkomstig artikel 17, lid 2, sub a, eerste streepje, van deze richtlijn. De tweede fase is vervolgens overeenkomstig artikel 17, lid 2, sub a, tweede streepje, erop gericht na te gaan of het op basis van de hiervoor beschreven criteria vastgestelde bedrag billijk is, gelet op alle omstandigheden van het geval en met name op de door de handelsagent gederfde provisie. Ten slotte wordt in de derde fase op het bedrag van de vergoeding het in artikel 17, lid 2, sub b, van de richtlijn geregelde plafond toegepast, dat enkel een rol speelt indien het bedrag dat uit de twee eerdere berekeningsfasen volgt, dit plafond te boven gaat.”

Wij kunnen niet anders concluderen dan dat dit een verkeerde weergave is van de berekening in drie fasen zoals opgenomen in het Verslag. Fase 1 van de berekening in drie fasen ziet niet op het ‘voordeel’ uit het eerste streepje maar

¹³ Zoals het Verslag vermeldt, is artikel 17 lid 2 van de Richtlijn gebaseerd op dit oude artikel 89b HGB.

op de ‘verloren provisie’ uit het tweede streepje van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn.

In de eerste plaats blijkt dit duidelijk uit de letterlijke tekst van het Verslag. Bij de daadwerkelijke berekening van de klantenvergoeding staat immers duidelijk dat fase 1 op artikel 17 lid 2 onder a tweede streepje van de Richtlijn ziet (geverifieerd met de Engelse en Duitse versie):

Fase 1

a) Overeenkomstig artikel 17, lid 2, onder a), tweede streepje, moet in de eerste fase (...)

Ook uit de voorbeeldberekening in het Verslag blijkt dat het Verslag in fase 1 niet de onder het eerste streepje van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn bedoelde ‘voordelen’, maar de onder het tweede streepje bedoelde ‘verloren provisie’ begroot. Bij deze berekening wordt ten aanzien van fase 1 immers expliciet over de post ‘totaal derving van provisie’ gesproken.

Bovendien volgt uit de ratio van de klantenvergoeding dat fase 1 op de ‘verloren provisie’ moet zien. De klantenvergoeding heeft immers tot doel om de agent een vergoeding toe te kennen voor het feit dat de principaal na beëindiging van de agentuurovereenkomst blijft profiteren van de door de agent aangebrachte klanten, zonder daarvoor nog langer provisie te hoeven betalen. In het licht van deze ratio is het vanzelfsprekend om bij de vaststelling van de klantenvergoeding allereerst in fase 1 de provisie te begroten die door beëindiging van de agentuurovereenkomst voor de agent verloren gaat.

Tot slot volgt ook uit de conclusie van de A-G bij *Semen/Tamoil*¹⁴ onomstotelijk dat de Duitse rechtspraak en het Verslag in fase 1 de verloren provisie begroten (onderstreping auteurs):

“Volgens het verslag van de Commissie over de toepassing van artikel 17 en zoals door verweersters advocaat is bevestigd ter terechtzitting, berekent de Duitse regeling voor de vergoeding de door de agent gedeelde provisies op de grondslag van de door hem of haar gedurende de laatste 12 maanden van de contractuele betrekking verdiende provisie.”

6. *T-Mobile arrest*

In het *T-Mobile* arrest wordt opgemerkt dat het Hof van Justitie met zijn verwijzing naar het Verslag een meer uniforme toepassing van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn beoogt. Met een verwijzing naar het Verslag en de samenvatting van het Verslag door A-G Rank-Berenschot¹⁵ neemt de Hoge Raad de volgens ons onjuiste weergave van de drie

fasen uit *Semen/Tamoil* over voor de Nederlandse rechtspraak (r.o. 4.3):

“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, onder a, BW). Vervolgens moet in de tweede fase beoordeeld worden of reden bestaat het aldus vastgestelde bedrag aan te passen met het oog op de billijkheid, gelet op alle omstandigheden van het geval en met name gelet op de door de handelsagent gedeelde provisie; de billijkheid kan zowel een verhoging als een verlaging van het in de eerste fase vastgestelde bedrag meebrengen (art. 7:442 lid 1, onder b, BW). Ten slotte wordt in de derde fase getoetst of het uit de twee eerdere berekeningsfasen volgende bedrag het in lid 2 van art. 7:442 BW bedoelde maximumbedrag niet te boven gaat.”

In r.o. 6.2 van het *T-Mobile* arrest overweegt de Hoge Raad op grond van de voorbeeldberekening uit het Verslag als volgt over de concrete begroting van het ‘voordeel’ in fase 1:

“Het hier [in artikel 7:442 lid 1 sub a BW, toev. auteurs] bedoelde voordeel, dat in de eerste fase van de vaststelling van de klantenvergoeding dient te worden gekwantificeerd, (...) wordt vastgesteld op basis van de in de laatste twaalf maanden door de handelsagent verdiende brutoprovisie betreffende de nieuwe en geïntensiverde 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.”

De Hoge Raad verbindt aldus de verkeerde weergave van het Verslag uit *Semen/Tamoil* met de voorbeeldberekening uit het Verslag. Het resultaat is begripsverwarring en onduidelijkheid over wat er moet worden begroot. In fase 1 wordt een forfaitair ‘voordeel’ berekend waarbij de in r.o. 6.2 van het *T-Mobile* arrest voorgeschreven ‘formule’ een *black box*¹⁶ is. In fase 2 wordt bij de billijkheidscorrectie vooral gelet op de ‘verloren provisie’, die nu juist in fase 1 had moeten worden begroot. Dit resulteert in een klantenvergoeding waarvan onduidelijk is wat deze exact beoogt te vergoeden, waardoor het onmogelijk is om deze te toetsen aan de feitelijke situatie.

¹⁴ Conclusie A-G Póiares Maduro, HvJ EU 26 maart 2009, C-348/07, ECLI:EU:C:2009:195 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil*), randnummer 27.

¹⁵ Conclusie A-G Rank-Berenschot 2 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW9865, overweging 2.25-2.27, de hier gegeven samenvatting van het Verslag lijkt gebaseerd op *Semen/Tamoil* en bevat dezelfde fout.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1982, over het ‘voordeel’ in fase 1 (r.o. 5.16): “Dit voordeel wordt forfaitair bepaald op de hoogte van de provisie over het laatste jaar van de agentuurrelatie.” In plaats van een rationele en verifieerbare begroting van de provisie die door beëindiging van de agentuurovereenkomst voor de agent verloren gaat (zoals in het Verslag) wordt op grond van het *T-Mobile* arrest een formule toegepast om een forfaitair ‘voordeel’ te berekenen waarvan onduidelijk is wat het exact behelst.

7. *Tussenconclusie*

Wij zien geen andere mogelijkheid dan dat *Semen/Tamoil* en derhalve het *T-Mobile* arrest de berekening in drie fasen uit het Verslag verkeerd weergeven. Het verschil kan als volgt worden weergegeven:

	Het Verslag	<i>Semen/Tamoil</i> en <i>T-Mobile</i> arrest
Fase 1	Begroting van de uit de transacties met door de agent aangebrachte klanten voortvloeiende provisie, die voor de agent verloren gaat (artikel 17 lid 2 onder a <u>tweede</u> streepje van de Richtlijn, artikel 7:442 lid 1 onder <u>b</u> BW)	Begroting van het voordeel dat de principaal nog heeft van transacties met door de agent aangebrachte klanten (artikel 17 lid 2 onder a <u>eerste</u> streepje van de Richtlijn, artikel 7:442 lid 1 onder <u>a</u> BW)
Fase 2	Billijkheidscorrectie gelet op alle relevante omstandigheden, waaronder de omvang van het <u>voordeel voor de principaal</u> (artikel 17 lid 2 onder a <u>tweede</u> streepje van de Richtlijn, artikel 7:442 lid 1 onder b BW)	Billijkheidscorrectie gelet op alle relevante omstandigheden, en met name gelet op de <u>door de agent gederfde provisie</u> (artikel 17 lid 2 onder a <u>tweede</u> streepje van de Richtlijn, artikel 7:442 lid 1 onder b BW)
Fase 3	Toetsing of het maximum niet wordt overschreden (artikel 17 lid 2 onder b van de Richtlijn, artikel 7:442 lid 2 BW).	

Uiteraard is het Hof van Justitie formeel niet gebonden aan het Verslag. Uit niets blijkt echter dat het Hof van Justitie in *Semen/Tamoil* afstand heeft willen nemen van het Verslag. Integendeel, onder randnummer 22 van *Semen/Tamoil* wordt instemmend en zonder kanttekening naar het Verslag verwezen voor de daadwerkelijke berekening van de klantenvergoeding. Aangezien het Hof van Justitie voor de berekening van de klantenvergoeding goedkeurend naar het Verslag verwijst moet worden aangenomen dat de berekeningswijze in het Verslag prevaleert in geval van tegenstrijdigheid tussen het Verslag en de samenvatting van het Verslag in randnummer 19 van *Semen/Tamoil*.

Wij concluderen daarom dat de weergave van de begroting in drie fasen in *Semen/Tamoil* op een misslag berust. Deze misslag staat los van de prejudiciële beslissing en kan worden genegeerd. De klantenvergoeding behoort te worden begroot zoals beschreven in het Verslag. De consequentie is dat het *T-Mobile* arrest op een onjuiste uitgangspositie is gebaseerd en dat de conclusies ingrijpend moeten worden herzien.

DEEL 2 – De vaststelling van de klantenvergoeding in de praktijk

In het tweede deel van deze bijdrage wordt nader ingegaan op de vraag hoe de klantenvergoeding moet worden vastgesteld. Daarbij wordt de verkeerde weergave van het Verslag in *Semen/Tamoil* en het *T-Mobile* arrest genegeerd en wordt uitgegaan van een begroting in drie fasen conform het Verslag en de tekst van de wet (lees: artikel 7:428 BW e.v.).

8. *De verloren provisie in fase 1*

De kwantitatieve grondslag voor een klantenvergoeding is de ‘verloren provisie’ in fase 1. Hieronder wordt nader ingegaan op dit begrip uit artikel 7:442 lid 1 onder b BW.

Allereerst moet worden vastgesteld dat het bij de verloren provisie in fase 1 niet om de provisie gaat die de agent nog had kunnen verdienen als de agentuurovereenkomst in stand was gebleven. Dit zou immers neerkomen op begroting van de schadevergoeding waarop een agent op grond van artikel 7:441 lid 1 BW recht heeft in het geval van onregelmatige beëindiging. Terwijl de regeling van de klantenvergoeding nu juist ziet op de situatie waarin de agentuurovereenkomst regelmatig tot een einde is gekomen.

Ook gaat het bij de begroting van de verloren provisie in fase 1 niet primair om herstel van het nadeel van de agent. Met een vergoeding op grond van het nadeel van de agent zou immers uitvoering worden gegeven aan artikel 17 lid 3 van de Richtlijn, het van oorsprong Franse systeem. Terwijl Nederland nu juist voor implementatie van artikel 17 lid 2 van de Richtlijn heeft gekozen.

De klantenvergoeding is in de Nederlandse rechtspraak bedoeld als een vergoeding op grond van de voordelen die de principaal na beëindiging nog heeft van de door de agent aangebrachte klanten (het van oorsprong Duitse systeem). In artikel 17 lid 2 onder a eerste streepje van de Richtlijn en artikel 7:442 lid 1 onder a BW wordt daarom allereerst de eis gesteld dat de agent:

“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”.¹⁷

De verloren provisie als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder b BW moet worden begroot vanuit het perspectief van dit voordeel voor de principaal. Aan de hand van de transacties die de principaal nog kan verwachten van de door de agent aangebrachte klanten, wordt de “uit de transacties met deze klanten voortvloeiende provisie, die voor de handelsagent verloren gaat”¹⁸ berekend.

17 Hoewel beide artikelen vrijwel identiek zijn citeren wij hier uit artikel 17 lid 2 van de Richtlijn omdat wij menen dat dit artikel duidelijker is dan de tekst van artikel 7:422 lid 1 BW.

18 Idem.

Deze uitleg volgt ook uit de letterlijke tekst van artikel 7:442 lid 1 onder a en b BW. Het gaat om de provisie die de agent bij het einde van de agentuurovereenkomst verliest (artikel 7:442 lid 1 onder b BW) met betrekking tot de transacties die de principaal blijft sluiten met de door de agent aangebrachte klanten (artikel 7:442 lid 1 onder a BW).¹⁹

Meestal is er bij beëindiging van een agentuurrelatie inderdaad sprake van een dergelijk verlies aan provisie voor de agent. De door de agent aangebrachte klanten zullen immers bestellingen blijven plaatsen bij de principaal zonder dat de agent over die bestellingen nog langer provisie betaald krijgt. Afhankelijk van het overeengekomen vergoedingsmodel komt het echter ook voor dat van verloren provisie géén sprake is. De cruciale vraag is: (a) of de agent wat wij zouden willen noemen 'een aandeel in de klant' krijgt met een klantafhankelijke provisieregeling; of (b) dat de principaal en de agent direct volledig afrekenen. Wij lichten dit onderscheid toe.

8.1 De klantafhankelijke provisieregeling

Een agent bemiddelt tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten tussen eindklanten en de principaal (artikel 7:428 lid 1 BW). Vooral bij de handel in goederen (het oorspronkelijke bereik van de Richtlijn, zie artikel 2 lid 1 van de Richtlijn) gaat het daarbij vaak primair om het aanbrengen van nieuwe klanten en het uitbreiden van bestaande klantrelaties. Indien het om concrete transacties in plaats van de klantrelatie gaat, dan zullen partijen immers eerder voor wederverkoop dan voor agentuur kiezen.

De waarde van de door de agent geleverde prestatie ligt bij de uitbreiding van een klantenkring in de toekomst en is op voorhand moeilijk te voorspellen. Agenten krijgen als vergoedingsmodel daarom vaak een aandeel in de door hen ontwikkelde klantenkring met een 'klantafhankelijke' provisieregeling. Een voorbeeld is: *agent ontvangt 10% provisie over alle orders van klantengroep X*.

Met een dergelijke klantafhankelijke vergoeding krijgt de agent een beloning voor zijn inspanningen op het moment dat de principaal daadwerkelijk voordeel heeft van die inspanningen. De agent zal proberen om de betreffende klantenkring zo goed mogelijk te ontwikkelen. Lukt dit niet dan is de waarde van de geleverde prestatie beperkt en ontvangt de agent een navenant lage provisie. Is de agent wel succesvol en plaatsen de aangebrachte klanten veel orders bij de principaal, dan deelt de agent in de door hem voor de principaal gecreëerde waarde mee met een percentage over elke order.

Dat een dergelijke 'klantafhankelijke' vergoedingsregeling het uitgangspunt is in agentuurrelaties, blijkt ook uit vervolg van het eerder aangehaalde citaat van A-G Poirares Maduro:²⁰

“Tevens vindt de vergoeding van de handelsagent middels de betaling van provisie niet plaats op een enkel moment, dat samenvalt met het moment waarop de handelsagent een klant heeft aangebracht of transacties met hem verricht, noch bestaat zij in de betaling van een totaalbedrag. Veeleer gaat het om een vergoeding die zich in de loop van de tijd concretiseert middels provisie die telkens bij het sluiten van transacties tussen de principaal en een klant worden betaald.”

Tijdens de duur van de agentuurovereenkomst is een dergelijke klantafhankelijke provisieregeling een eenvoudige en effectieve manier om aan de agent een redelijke vergoeding te betalen voor de door hem voor de principaal gecreëerde waarde. Bij het einde van de agentuurrelatie doet zich echter een onrechtvaardige situatie voor. De principaal blijft in dat geval immers bestellingen van klanten ontvangen dankzij de door de agent ontwikkelde klantenkring, zonder dat hij over die bestellingen nog langer provisie aan de agent hoeft te betalen. Dit verlies aan provisie ten aanzien van voortdurende voordelen voor de principaal vormt de basis voor de klantenvergoeding.²¹

8.2 Volledige vergoeding

Niet alle agenten hebben echter tot taak om een klantenkring te ontwikkelen. Vooral bij agenten die diensten verhandelen²² gaat het vaak primair om de concrete transactie. Bij de verkoop van abonnementen zal het de principaal bijvoorbeeld vooral om het aantal verkochte abonnementen gaan en is de waarde per verkocht abonnement voor hem goed bepaalbaar.

Als de agent geen speciale band met de klant onderhoudt en/of de waarde van de door de agent geleverde prestatie direct bepaalbaar is, dan is het niet nodig om de agent 'een aandeel in de klant' te geven met een klantafhankelijke vergoeding. Voor zowel de principaal als de agent is het veel aantrekkelijker om direct volledig af te rekenen. De meest voorkomende provisieregeling om direct volledig af te rekenen voor de werkzaamheden van een agent is door middel van een eenmalige vergoeding per transactie. Bijvoorbeeld: *de agent ontvangt € 50 provisie per verkocht abonnement*.

Met een dergelijke vergoeding wordt de agent per transactie uitputtend betaald voor zijn prestatie. De agent heeft geen andere aanspraken op de door hem aangebrachte klanten

¹⁹ Het oude artikel 89b van het Duitse HGB, waarop artikel 17 lid 2 is gebaseerd, verwoordt het aldus: “de handelsagent wegens de beëindiging van de overeenkomst zijn aanspraak verliest op de provisie waarop hij in verband met reeds afgesloten of in de toekomst tot stand komende transacties met de door hem aangebrachte klanten recht zou hebben indien de overeenkomst zou hebben voortgeduurd.”

²⁰ Conclusie A-G 25 oktober 2005, C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, randnummer 18.

²¹ Zie ook: Conclusie A-G 25 oktober 2005, C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, randnummer 15.

²² Handel in diensten valt buiten het bereik van de Richtlijn maar de Nederlandse (en Duitse) agentuurregeling is ook op de handel in diensten van toepassing.

dan betaling van de eenmalige transactievergoeding en hij verliest daarom onmogelijk provisieaanspraken bij het einde van de agentuurrelatie. Als de agent volledig is betaald voor de gerealiseerde transacties – en geen aanspraken verliest – kan er uiteraard ook geen sprake zijn van verloren provisie in fase 1.

Weliswaar zal de principaal na het einde van de agentuurovereenkomst meestal nog aanzienlijke voordelen genieten in de vorm van transacties met door de agent aangebrachte klanten (artikel 7:442 lid 1 onder a BW), maar er is geen sprake van “uit de transacties met deze klanten voortvloeiende provisie, die voor de handelsagent verloren gaat” (artikel 7:442 lid 1 onder b BW). De principaal heeft de agent immers al volledig betaald. Toekenning van een klantenvergoeding zou tot gevolg hebben dat de agent dubbel wordt betaald voor de door hem gecreëerde waarde. Dit is niet wat de klantenvergoeding beoogt.

9. Begroting in drie fasen

De vaststelling van de klantenvergoeding op de wijze zoals beschreven in het Verslag kan als volgt worden samengevat voor de Nederlandse rechtspraktijk.

Voordat aan de begroting van de klantenvergoeding wordt toegekomen moet allereerst worden nagegaan of de agent aanspraak kan maken op een klantenvergoeding in het licht van de omstandigheden waarin de agentuurovereenkomst werd beëindigd (artikel 7:442 lid 4 BW).

Vervolgens moet worden vastgesteld of de principaal na het einde van de agentuurovereenkomst nog aanzienlijke voordelen heeft van de door de agent aangebrachte of geïntensiverde klanten. Indien de principaal na het einde van de relatie geen voordeel meer heeft van de werkzaamheden van de agent dan heeft de agent geen recht op een klantenvergoeding (artikel 7:442 lid 1 onder a BW). Dit is recent nog bevestigd door de Hoge Raad in het *Prijsvrij/Corendon* arrest.²³ Wij zouden dit als de ‘voorvraag’ willen betitelen.

Indien de uitzonderingen van artikel 7:442 lid 4 BW niet van toepassing zijn en de voorvraag bevestigend is beantwoord, dan moet de klantenvergoeding worden vastgesteld in drie fasen:

Fase 1

In fase 1 moet de provisie worden gekwantificeerd die de agent verliest met betrekking tot de transacties die de principaal blijft sluiten met de door de agent aangebrachte of geïntensiverde klanten (artikel 7:442 lid 1 onder b BW).

Om dit bedrag aan verloren provisie te begroten moet worden vastgesteld in welke mate en voor hoe lang de principaal nog transacties kan verwachten van de door de agent

aangebrachte klanten. Enkel met deze informatie kan immers de provisie worden begroot die de agent ten aanzien van die transacties verliest door beëindiging van de agentuurovereenkomst.

In lijn met het Verslag lijkt het redelijk om aan te nemen dat dit voordeel vaak 2 tot 3 jaar zal duren, maar nooit langer dan 5 jaar. Wellicht zijn er ook 5 jaar na beëindiging nog transacties met door de agent aangebracht klanten, maar na verloop van tijd vervaagt het oorzakelijk verband tussen enerzijds de inspanningen van de agent en anderzijds de transacties met door hem aangebrachte klanten.

Voor de begroting van de verloren provisie is het overeengekomen beloningsmodel cruciaal. Vergoedingen die de agent volledig voor de geleverde prestatie compenseren, zoals eenmalige transactievergoedingen, kunnen bij het einde van de agentuurrelatie niet leiden tot enig verlies aan provisie. Er kan slechts sprake zijn van verlies aan provisie indien de agent aanspraken heeft met betrekking tot de door hem aangebrachte klanten, die hij door het eindigen van de agentuurovereenkomst kwijtraakt.

In het geval van een ‘klantafhankelijke’ provisieregeling kan de provisie die de agent bij beëindiging verliest, worden begroot met de in het Verslag opgenomen ‘formule’ (overgenomen in r.o. 6.2 van het *T-Mobile* arrest). Op grond van de provisie die de agent in de laatste 12 maanden vóór het einde ontving voor de door hem aangebrachte klanten, wordt een prognose gemaakt van de provisie die de agent verliest met betrekking tot het voordeel dat de principaal gedurende een bepaalde periode heeft van de aangebrachte klanten.

Deze ‘formule’ is echter slechts een hulpmiddel. Steeds moet de vraag worden gesteld welke provisie de agent door de beëindiging feitelijk misloopt over de transacties met door hem aangebrachte klanten. Indien de agent vlak voor het einde van de agentuurovereenkomst net een droomklant heeft aangebracht, dan kan het reële verlies aan provisie bijvoorbeeld veel hoger zijn dan het bedrag dat de ‘formule’ begroot.²⁴ En als de agent geen aanspraken verliest, dan valt er niets te begroten.

Fase 2

In fase 2 moet worden beoordeeld of er reden is om het in fase 1 begrote bedrag aan verloren provisie aan te passen op grond van overige relevante omstandigheden (artikel 7:442 lid 1 onder b BW). Bij deze billijkheidscorrectie valt bijvoorbeeld te denken aan de vraag of de agent verwijtbaar heeft gehandeld of juist boven verwachting, de vraag of de agent voor andere principalen blijft werken, of er een non-concurrentie- en/of relatiebeding is overeengekomen, of een bepaald vertrouwen is opgewekt en of er (op verzoek van de principaal) investeringen zijn gedaan door de agent.

²³ Zie ook: *Prijsvrij/Corendon*, eerder onder meer uitgebreid becommentarieerd door: H.S. Kleinjan. ‘Update jurisprudentie agentuurovereenkomsten 2015-2017’, *Contracteren 2017-2*, p. 66-75 en door H.E. Urlus in zijn annotatie in *JOR 2017/255*, Hoge Raad 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935.

²⁴ Zie ook: Conclusie A-G Poirares Maduro, HvJ EU 26 maart 2009, C-348/07, ECLI:EU:C:2009:195 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil*), randnummer 28.

In *Semen/Tamoil* is bepaald dat de billijkheidscorrectie zowel tot een aanpassing naar boven als beneden kan leiden van het in fase 1 begrote verlies aan provisie. Verlies aan provisie is daarom geen noodzakelijke voorwaarde voor de aanspraak op een klantenvergoeding. De agent heeft ook recht op een klantenvergoeding indien hij geen provisie verliest, maar het op grond van overige omstandigheden billijk is dat hij een vergoeding ontvangt.

Fase 3

Tot slot moet in fase 3 worden getoetst of het in fase 2 gecorrigeerde bedrag het maximum zoals bedoeld in artikel 7:442 lid 2 BW (artikel 17 lid 2 onder b van de Richtlijn) niet overschrijdt. Dit maximum betreft de gemiddelde beloning die de agent per jaar ontving in de laatste 5 jaar van de agentuurovereenkomst, of indien deze korter heeft geduurd, het gemiddelde over de gehele duur van de agentuurovereenkomst. In het Verslag wordt vermeld dat het hier om alle vormen van beloning gaat en dus niet enkel om de provisie op grond waarvan de verloren provisie in fase 1 wordt begroot.

10. *Praktijkvoorbeeld*

In de praktijk zal de begroting van de verloren provisie in fase 1 voor de meeste discussie zorgen. Het navolgende voorbeeld schetst enige hoofdlijnen en illustreert dat de verloren provisie enkel kan worden vastgesteld door nauwkeurig naar de overeengekomen provisieregeling te kijken.

Stel dat een agent voor de principaal licenties afsluit met een initiële looptijd van 1 jaar en dat de licentieovereenkomsten met klanten in de praktijk een looptijd van gemiddeld 5 jaar hebben. Partijen kunnen dan talloze vergoedingsregelingen overeenkomen. Hier worden er vier genoemd.

De agent ontvangt per afgesloten licentie als provisie:

- A. eenmalig 30% van de jaarlijkse licentievergoeding;
- B. 8% van het aan de klant gefactureerde bedrag, gedurende de looptijd van de licentieovereenkomst;
- C. 8% van het aan de klant gefactureerde bedrag gedurende de looptijd van de agentuurovereenkomst;
- D. eenmalig 10% van de jaarlijkse licentievergoeding en 5% van het aan de klant gefactureerde bedrag gedurende de looptijd van de agentuurovereenkomst.

Bij vergoedingsmodel A krijgt de agent direct een vast bedrag betaald als hij een klant bij de principaal aanbrengt. Hij verliest bij beëindiging geen aanspraken op de door hem aangebrachte klanten. Als de agentuurovereenkomst eindigt dan is daarvan het logische gevolg dat de agent geen nieuwe licenties meer kan afsluiten, maar alle tot dan toe afgesloten licenties zijn uitputtend afgerekend. In fase 1 is daarom onmogelijk sprake van verloren provisie als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder b BW.

Bij vergoedingsmodel B krijgt de agent een aandeel van 8% in de omzet van de principaal op de door hem aangebrachte

klanten. In de eerste jaren is hij slechter af dan de agent met vergoedingsmodel A, maar uiteindelijk ontvangt hij juist meer provisie.²⁵ Als de agentuurovereenkomst eindigt, dan kan de agent met model B geen nieuwe licenties afsluiten en zijn aandeel dus niet verder uitbreiden. Voor de reeds afgesloten licenties blijft de agent echter gewoon 8% provisie ontvangen gedurende de looptijd van de licentieovereenkomst. Omdat de agent na beëindiging de overeengekomen provisie blijft ontvangen verliest hij geen provisie. In de conclusie bij *Semen/Tamoil* staat hierover:

“Logischerwijs vindt deze voorwaarde [artikel 17 lid 2 van de Richtlijn, toev. auteurs] alleen toepassing, indien na voornoemde beëindiging geen verplichting tot betaling van provisie aan de handelsagent meer bestaat.”

Vergoedingsmodel C is tijdens de looptijd van de agentuurovereenkomst identiek aan model B. Bij beëindiging van de agentuurovereenkomst verliest de agent echter zijn provisieaanspraken. Het bedrag aan provisie dat de agent met model B na beëindiging nog blijft ontvangen, is exact de provisie die de agent met model C verliest. Dit verlies aan provisie als bedoeld in artikel 7:442 lid 1 onder b BW kan ruwweg worden begroot met de ‘formule’ uit het Verslag. Eerst moeten de migratiegraad (hoeveel procent van de licenties wordt jaarlijks beëindigd) en de duur van het voordeel voor de principaal (maximaal 5 jaar) worden vastgesteld. Met deze informatie kan op basis van de provisie die de agent in de laatste 12 maanden ontving een prognose worden gemaakt van de provisie die de agent verliest.

Vergoedingsmodel D is een combinatie van model A en model C. Zoals reeds is toegelicht, leidt het eerste deel van dit vergoedingsmodel (10% transactievergoeding) niet tot enig verlies aan provisie bij beëindiging (vergelijkbaar met model A). Het tweede deel van het vergoedingsmodel (aandeel in de aangebrachte klanten van 5%) uiteraard wel (vergelijkbaar met model C). De provisie die de agent in dit geval verliest, kan daarom niet eenvoudigweg door toepassing van de ‘formule’ uit het Verslag worden berekend. Er moet een begroting worden gemaakt van het bedrag dat de principaal na beëindiging nog zal factureren aan de door de agent aangebrachte klanten (tijdens de duur van het voordeel). De verloren provisie bedraagt 5% over dat bedrag.

Wanneer de vergoedingsmodellen naast elkaar worden gezien, is het duidelijk dat het economische effect van beëindiging voor ieder van de modellen totaal verschillend is. Het is slechts mogelijk om een rationele en redelijke klantenvergoeding vast te stellen indien rekening wordt gehouden met deze verschillen.

²⁵ Gedurende gemiddeld 5 jaar wordt elk jaar 8% over de omzet betaald. Uiteindelijk wordt dus gemiddeld 40% van de jaarlijkse licentievergoeding als provisie ontvangen.

De huidige Nederlandse rechtspraak rondom de klantenvergoeding beschouwt het overeengekomen vergoedingsmodel echter als irrelevant. In een concreet geval zou toepassing van het *T-Mobile* arrest voor alle vier de vergoedingsmodellen hierboven exact hetzelfde ‘voordeel’ in fase 1 berekenen. Voor die berekening zijn immers slechts de provisie in de laatste 12 maanden, de duur van het voordeel en de migratiegraad van belang. Het gevolg is dat enkel de agent met vergoedingsmodel C – bij toeval – een begrijpelijke klantenvergoeding krijgt toegekend. In de andere gevallen (vergoedingsmodellen A, B en D) krijgt de agent bij toepassing van het *T-Mobile* arrest deels dubbel betaald en valt niet te verklaren wat er nu eigenlijk wordt vergoed.

11. De huidige Duitse rechtspraak

Artikel 17 lid 2 van de Richtlijn is geïnspireerd door de Duitse rechtspraak. Het Verslag verwijst op pagina 2 naar de Duitse jurisprudentie als inspiratiebron en ook de Hoge Raad zoekt in het *T-Mobile* arrest uitdrukkelijk aansluiting bij de Duitse rechtspraak (zie bijvoorbeeld r.o. 5.2).

Ook in Duitsland wordt op grond van randnummer 19 van *Semen/Tamoil* – wat ons betreft ten onrechte – aangenomen dat in fase 1 de ‘voordelen’ voor principaal (*Unternehmervorteile*) moeten worden begroot.²⁶ Dit leidt ook daar tot discussie over de vraag wat het ‘voordeel’ in fase 1 behelst.²⁷ Op grond van eigen onderzoek van Duitse jurisprudentie komen wij echter tot de conclusie dat de Duitse rechtspraak – ondanks de verwarring over fase 1 – nog steeds de ‘verloren provisie’ als uitgangspunt neemt bij de begroting van de klantenvergoeding. Deze constatering vindt steun bij Urlus e.a.:²⁸

“Veel verandering ten opzichte van de voorheen bestaande Duitse praktijk bracht dit niet [de wetswijziging n.a.v. *Semen/Tamoil*, toev. auteurs], omdat die voordelen in de praktijk zullen bestaan uit de provisies die de principaal zich door de opzegging bespaard weet en daardoor is die gedeefde provisie een goed uitgangspunt voor de prognose. Hierdoor blijft de oudere Duitse jurisprudentie, waarop ook het Commissierapport [het Verslag, toev. auteurs] zich baseerde, van belang.”

Onderstaand behandelen wij kort een tweetal Duitse uitspraken die het voorgaande onderschrijven.

11.1 Oberlandesgericht Köln

In een arrest uit 2015 constateert het Oberlandesgericht Köln²⁹ dat er sprake is van een ‘transactievergoeding’ (*Einmalprovision*) en dat de agent daarom bij het einde van de agentuurovereenkomst geen provisieaanspraken verliest.

Het Duitse hof overweegt dat de agent ten gevolge van *Semen/Tamoil* en de daaropvolgende wetswijziging weliswaar ook aanspraak op een klantenvergoeding kan maken als hij geen provisie verliest, maar dat de provisie die de agent misloopt onverminderd belangrijk is. Het Duitse hof concludeert:

“Indien de handelsagent – zoals hier – geen provisie misloopt, moet de betaling van een klantenvergoeding volgens de woordelijke inhoud van de wet om andere redenen in overeenstemming zijn met de billijkheid, waarvan in het onderhavige geval niet is gebleken.”

11.2 Landgericht München

Het Landgericht München³⁰ heeft in 2011 vonnis gewezen in een zaak die heel vergelijkbaar is met het *T-Mobile* arrest. Het gaat om een agent die voor een provider kabelaansluitingen tot stand brengt met eindklanten en die daarvoor een vaste transactievergoeding per aansluiting krijgt. Bij het einde van de agentuurovereenkomst vordert de agent betaling van een klantenvergoeding.

De Duitse rechter constateert dat er in het geval van eenmalige vergoedingen geen sprake kan zijn van verloren provisie:

“Het is onbetwist dat eiser in het onderhavige geval geen provisieverliezen lijdt, omdat partijen een eenmalige provisie zijn overeengekomen.”

Vervolgens wordt overwogen dat verlies aan provisie weliswaar geen dwingende voorwaarde meer is (*Semen/Tamoil*), maar dat de agent in voorkomend geval slechts in uitzonderlijke gevallen aanspraak kan maken op een klantenvergoeding:

“Naar het oordeel van de rechter blijkt uit de woordelijke inhoud van de wettekst dat de aanspraak op een klantenvergoeding indien geen provisie wordt verloren niet de regel maar de uitzondering is (...). De ratio van de klantenvergoeding is immers dat de nadelen worden gecompenseerd die de handelsagent als gevolg van de beëindiging van de overeenkomst ondervindt, doordat hij niet langer gebruik kan maken van de door hem tot stand gebrachte klantcontacten en doordat de principaal in plaats daarvan zijn voordeel doet met het gebruik van deze contacten, voor welke contacten hij wegens de beëindiging van de agentuurovereenkomst geen provisie meer hoeft te betalen.”

26 T. Charatjan, J.H. Christ & H.E. Urlus, *De agentuurovereenkomst* (Recht en Praktijk nr. CA16), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 6.6.1; deze uitkomst wordt tevens bevestigd door eigen onderzoek.

27 Zie bijvoorbeeld Ströbl/Wentzel, *Der Ausgleichsanspruch beim Vertrieb von Dauerschuldverhältnissen*, BB 2017, p. 390 en een reactie op dit artikel in hetzelfde blad van Dr. Emde, *Der Ausgleichsanspruch beim Vertrieb von Dauerschuldverhältnissen, eine Erwiderung auf Ströbl/Wentzel*, BB 2017, p. 1289. Een kopie van beide artikelen sturen wij u op verzoek toe.

28 Charatjan, Christ & Urlus, *De agentuurovereenkomst* (R&P nr. CA16) 2017/6.6.1.

29 OLG Köln, 19.06.2015, Az. 19 U 109/14.

30 LG München 23.02.2011, Az. 10 HK O 3966/10.

De vordering tot betaling van een klantenvergoeding wordt uiteindelijk afgewezen. Niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die dwingen tot toekenning van een klantenvergoeding terwijl er geen sprake is van verloren provisie.

Ook in het geval van de *T-Mobile* casus was er sprake van eenmalige transactievergoedingen.³¹ De agent van T-Mobile verloor bij het einde van de agentuurovereenkomst dus geen provisieaanspraken en de Duitse rechter zou de vordering van de agent waarschijnlijk hebben afgewezen. Op grond van het *T-Mobile* arrest werd door het Hof Amsterdam³² in fase 1 echter een 'totaal genoten voordeel' voor T-Mobile van € 89.927,30 berekend en er werd uiteindelijk een – arbitraire – klantenvergoeding van € 80.000 toegekend. Dit terwijl de Hoge Raad met het *T-Mobile* arrest naar eigen zeggen beoogde aan te sluiten bij de Duitse rechtspraak.

12 Conclusie

Het *T-Mobile* arrest beoogt aan te sluiten bij het Verslag voor de wijze waarop de klantenvergoeding moet worden berekend in drie fasen. Wij betogen dat het *T-Mobile* arrest het Verslag verkeerd weergeeft. Ten onrechte wordt aangenomen dat in fase 1 het 'voordeel' moet worden berekend (artikel 7:442 lid 1 onder a BW) en dat in fase 2 de verloren provisie van belang is (artikel 7:442 lid 1 onder b BW). De bron van de verkeerde weergave van het Verslag ligt in *Semen/Tamoil*.

Het gevolg van de verkeerde weergave in het *T-Mobile* arrest is begripsverwarring en onduidelijkheid over wat er in fase 1 wordt berekend met de uit het Verslag overgenomen 'formule'. Doordat onduidelijk is wat er moet worden begroot, ontbreekt een link met de feitelijke situatie en is verificatie onmogelijk. Oneerbiedig gezegd wordt er wat gegoocheld met cijfers in een 'formule' en daar komt na een 'billijkheidscorrectie' dan een bedrag uit als klantenvergoeding. Wat daarmee exact wordt vergoed, is onduidelijk.

Wanneer de verkeerde weergave uit *Semen/Tamoil* wordt genegeerd en de klantenvergoeding wordt vastgesteld op de wijze zoals omschreven in het Verslag, dan is deze volkomen rationeel en redelijk. Een agent verliest bij het einde van de agentuurovereenkomst vaak aanspraken met betrekking tot transacties die de principaal blijft sluiten met de door hem aangebrachte klanten. De principaal dreigt aldus door beëindiging van de relatie een deel van de provisie die is bedoeld als compensatie voor de inspanningen van de agent in eigen zak te steken. Beëindiging van de agentuurovereenkomst levert de principaal aldus een besparing op ten koste van de agent, hetgeen opportunistisch handelen uitlokt. Deze onwenselijke situatie wordt geneutraliseerd met een klantenvergoeding op grond van de provisie die door beëindiging van de agentuurovereenkomst voor de agent verloren gaat.

Om de verloren provisie te begroten moet eerst worden vastgesteld in welke mate de principaal nog transacties kan verwachten van de door de agent aangebrachte klanten (artikel 7:442 lid 1 onder a BW). Vervolgens moet de provisie worden begroot die de agent voor de betreffende transacties zou hebben ontvangen als de agentuurovereenkomst niet was geëindigd (artikel 7:442 lid 1 onder b BW).

Bij agentuur komen partijen meestal een beloningsmodel overeen waarbij de agent rechten met betrekking tot de door hem aangebrachte klanten krijgt (bijvoorbeeld een percentage over het gefactureerde bedrag). In geval van beëindiging blijft de principaal transacties sluiten met de door de agent aangebrachte klanten, maar verliest de agent zijn aanspraken. De provisie die de agent in deze situatie verliest door beëindiging is vaak – maar zeker niet altijd – te begroten met de 'formule' uit het Verslag zoals opgenomen in het *T-Mobile* arrest.

De agent en de principaal kunnen in de agentuurovereenkomst echter ook ervoor kiezen om direct volledig af te rekenen. Vooral ten aanzien van de handel in diensten wordt vaak een vast bedrag per transactie als vergoeding overeengekomen. Bij dergelijke 'eenmalige' transactievergoedingen (in de Duitse rechtspraak treffend als *Einmalprovision* aangeduid) verliest de agent onmogelijk provisieaanspraken als de agentuurovereenkomst eindigt. Dit soort transactievergoedingen moeten bij de begroting van een klantenvergoeding daarom buiten beschouwing worden gelaten in fase 1. Zo niet, dan wordt de agent tweemaal betaald voor dezelfde prestatie.

Let wel, als er geen sprake is van verloren provisie in fase 1 dan betekent dit niet per definitie dat de agent geen aanspraak op een klantenvergoeding heeft. Ook als er geen verlies aan provisie is dan kunnen de relevante omstandigheden van het geval bij de billijkheidscorrectie in fase 2 tot toekenning van een klantenvergoeding nopen. Dit is echter eerder uitzondering dan regel.

De door ons voorgestane uitleg volgt uit het Verslag, is in lijn met de letterlijke tekst van de wet, sluit aan bij de Duitse rechtspraak en leidt tot begrijpelijke en redelijke uitkomsten. De Hoge Raad verwijst in het *T-Mobile* arrest herhaaldelijk naar het Verslag en beoogt aansluiting te zoeken bij de Duitse rechtspraak, maar is door de fout in *Semen/Tamoil* op een dwaalspoor beland. Het is wat ons betreft de hoogste tijd voor een nieuwe koers.

31 De exacte provisieregeling wordt in de gepubliceerde rechtspraak niet genoemd, maar uit de feiten volgt dat het in ieder geval grotendeels eenmalige vergoedingen betrof (en waarschijnlijk uitsluitend).

32 Hof Amsterdam 17 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:460.