

Actualia

contractspraktijk

Kroniek van het agentuurrecht

Mr. drs. H.S. Kleinjan*

1. Inleiding

Agentuurrechtspraak is tamelijk zeldzaam in vergelijking tot rechtspraak over distributie-, franchise- en gerelateerde (duur)overeenkomsten. In twee eerdere artikelen in dit tijdschrift besprak ik jurisprudentie op het agentuurvlak tussen 2015 en half 2020 en in dit artikel wordt de draad weer verder opgepakt. Dit overzicht is niet enkel bedoeld voor de 'superspecialist' in het agentuurrecht, maar ook voor de geïnteresseerde in het verbintenissenrecht. Interessante materie is onder meer de gerechtelijke conversie van nietige bepalingen, het terzijde stellen van een overeengekomen arbitragebeding en de invloed van de Wet franchise op concurrentiebedingen. Ook zullen, gezien de relevantie voor de agentuurovereenkomst, de Booking.com- en Airbnb-arresten van de Hoge Raad over bemiddeling bij platformen worden besproken.

In de periode van 10 juni 2020 tot en met 12 juli 2022 zijn op rechtspraak.nl en curia.europa.eu 43 uitspraken over (vermeende) agentuurovereenkomsten gepubliceerd.¹ Van deze 43 uitspraken werden 2 arresten gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), speelden er 29 in eerste aanleg en 11 in hoger beroep bij de Nederlandse rechter, en 1 bij het Gerecht in

* Mr. drs. H.S. Kleinjan is advocaat bij Lexence N.V. Begin dit jaar besprak de auteur tijdens een bijeenkomst van de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht de in 2021 gewezen jurisprudentie over agentuurovereenkomsten. Dit artikel bevat een uitwerking van deze presentatie en pakt de draad op waar het eerder in dit tijdschrift verschenen artikel was geëindigd (zie H.S. Kleinjan, Ontwikkelingen jurisprudentie agentuurovereenkomsten, *Contracteren* 2020/3, p. 91-100).

1 In dit artikel worden alleen uitspraken meegenomen die betrekking hebben op procedures waarin verbintenissenrechtelijke vraagstukken centraal staan.

eerste aanleg van Sint Maarten. De te bespreken jurisprudentie is als volgt per onderwerp geselecteerd: de kwalificatie als agentuurovereenkomst (paragraaf 2), de bevoegdheid van de rechter en de toepasselijkheid van dwingende bepalingen van de Europese Agentuurrichtlijn² (paragraaf 3), provisie (paragraaf 4), de beëindiging van de agentuurovereenkomst (paragraaf 5), non-concurrentie (paragraaf 6) en de klantenvergoeding (paragraaf 7).

2. Kwalificatie als agentuurovereenkomst

2.1 Algemeen

De kwalificatievraag of het om agentuur gaat, is in vrijwel alle uitspraken het startpunt. Dit is relevant, omdat de agentuurregeling van het Burgerlijk Wetboek (BW)³ grotendeels dwingend recht bevat, geïmplementeerd uit de Europese Agentuurrichtlijn. Als sprake is van een agentuurovereenkomst biedt dit grote bescherming aan de agent, met verplichtingen voor de principaal ten aanzien van onder meer de wijze van beëindiging en de eventuele verschuldigdheid van klantenvergoeding. Vaste rechtspraak is al jaar en dag dat de vraag of er sprake is van een agentuurovereenkomst niet afhangt van hoe partijen dit beoordelen, maar uitsluitend van de vraag of is voldaan aan de voorwaarden die de wet stelt, waarbij mede van belang is hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en de wijze waarop zij de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd.

2 Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten ('Agentuurrichtlijn').

3 Zie afdeling 7.7.4 Burgerlijk Wetboek.

Een agentuurovereenkomst is een benoemde duurovereenkomst met de volgende kenmerken: (1) de agent is onafhankelijk, (2) de agent bemiddelt, en vertegenwoordigt soms, voor de principaal, (3) de agent is werkzaam tegen een vergoeding, (4) de agent werkt voor rekening en risico van de principaal, en (5) er wordt een zekere mate van bestendigheid van de agentuurrelatie beoogd.⁴ Naast agentuur zijn er ook nog andere vormen om de samenwerking tussen partijen bij het op de markt brengen van producten en/of diensten juridisch te structureren, met als bekendste voorbeelden distributie en franchise. Een distributeur verkoopt producten of diensten onder eigen naam en voor eigen rekening en risico aan afnemers, terwijl een agent bemiddelt en de overeenkomsten met afnemers worden gesloten voor rekening van en, doorgaans ook, op naam van de principaal. Een ander verschil is dat bij een distributieovereenkomst het niet wettelijk verplicht is om bij het einde van de overeenkomst een goodwill- of klantenvergoeding te betalen. Verder is in tegenstelling tot de agentuurovereenkomst de distributieovereenkomst niet in de wet geregeld.

De franchiseovereenkomst is inmiddels wel wettelijk verankerd in de sinds 2021 geldende Wet franchise. Bij franchise wordt het concept van de franchisegever door de franchisenemer in een bepaald territorium geëxploiteerd. De franchiseovereenkomst verschilt van de agentuurovereenkomst doordat de agent bemiddelt, terwijl de franchisenemer voor eigen rekening en risico de producten en/of diensten van de franchisegever exploiteert. Bovendien exploiteert de franchisenemer over het algemeen slechts één formule en heeft de agent soms meerdere agenturen.

Tot slot is ook nog ad-hocbemiddeling door een partij mogelijk. Het al dan niet bestaan van een vaste betrekking tussen de agent en de principaal is hetgeen een bemiddelingsovereenkomst van een agentuurovereenkomst onderscheidt. Het vereiste dat de agentuurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is aangegaan, impliceert dat het een duurovereenkomst is met een 'vaste betrekking'. Indien de opdracht tot bemiddeling bestaat uit één of meer opzichzelfstaande opdrachten ten behoeve van bepaalde transacties, wordt aangenomen dat geen sprake is van een agentuurovereenkomst, maar van een algemene bemiddelingsovereenkomst.⁵

4 Zie ook H.E. Urlus e.a., De agentuurovereenkomst, Recht en Praktijk – Contracten en Aansprakelijkheidsrecht 2018, p. 10. In HvJ EU 14 december 2021, E-2/21 (Norep AS/Haugen Gruppen AS) r.o. 28 noemt het HvJ EU overigens onder verwijzing naar art. 1 lid 2 van de Agentuurrichtlijn maar drie 'necessary and sufficient' voorwaarden voor wanneer een persoon als agent kwalificeert, namelijk (1) de persoon moet een zelfstandige tussenpersoon zijn, (2) de agent moet aan de opdrachtgever gebonden zijn door een contractuele relatie van blijvende aard, en (3) de agent moet namens en in naam van de principaal een activiteit uitoefenen die ofwel eenvoudig kan bestaan in het optreden als tussenpersoon bij de aan- of verkoop van goederen, ofwel in het optreden als tussenpersoon bij en het sluiten van aan- of verkoop van goederen.

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

2.2 Voor rekening en risico van de principaal

Het gerechtshof Amsterdam oordeelde op 15 maart 2022⁶ in een softwarezaak dat geen sprake was van een agentuurovereenkomst omdat ADS de producten van een softwareleverancier voor eigen rekening en risico heeft geëxploiteerd en daarbij niet voor de softwareleverancier heeft bemiddeld. Het feit dat de softwareleverancier voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst e-mails stuurde waarin hij ADS vroeg 'eens meer van die troep namens mij' te verkopen en 'met je naam erin', maakt het niet een agentuurovereenkomst. Evenmin als het feit dat de gekochte software uit het systeem van de softwareleverancier moest worden gedownload. De feitelijke gang van zaken, waarbij de klant aan ADS betaalde en ADS vervolgens buiten de klant om een deel daarvan afdroeg aan de softwareleverancier, duidt ook niet op een agentuurovereenkomst. Het gerechtshof ziet evenmin reden om te oordelen dat de overeenkomst zoveel gelijkenis met een agentuurovereenkomst heeft dat voor de wijze van beëindiging daarvan dezelfde vereisten hebben te gelden.⁷

2.3 Werkzaam tegen vergoeding – vaste en variabele beloning

De regelmatig gestelde vraag in de praktijk of de betaling van een vaste component in de beloning ervoor zorgt dat iets niet als agentuur kwalificeert, moet ontkenkend worden beantwoord.⁸ In de zaak waarover de rechtbank Rotterdam op 31 maart 2022 vonnis wees, kreeg de agent een vaste beloning van € 150.000 per jaar en een variabele beloning, een zogenoemde 'commissie' op basis van het Sales Incentive Plan, voor zijn werkzaamheden voor de principaal. De stelling van de principaal dat geen sprake kan zijn van een agentuurovereenkomst omdat een deel van de beloning die de agent ontving voor zijn werkzaamheden een vaste beloning betreft, vindt geen gehoor bij de rechtbank. Uit de wettekst volgt namelijk niet dat het feit dat de beloning niet alleen uit een variabele provisie bestaat, meebrengt dat de overeenkomst niet als agentuurovereenkomst moet worden gekwalificeerd, aldus de rechtbank.⁹

2.4 Gemengde overeenkomsten

Het antwoord op de kwalificatievraag is echter niet altijd zwart of wit, nu ook sprake kan zijn van een gemengde overeenkomst. Het gerechtshof 's-Hertogen-

6 Gerechtshof Amsterdam 15 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:765.

7 Zie verder voor kwalificatie van agentuur: Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 27 oktober 2020, ECLI:NL:OGEAM:2020:111; Rb. Midden-Nederland 15 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4360. Geen sprake van agentuur: Rb. Noord-Holland 16 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:10752.

8 Rb. Rotterdam 31 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2547. Zie tevens Gerechtshof Den Bosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5386. Anders Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3847.

9 Zie verder Rb. Noord-Holland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4422; daarin was geen sprake van beloning gerelateerd aan de totstandkoming van overeenkomsten. Daardoor is volgens de rechter niet voldaan aan de voorwaarden die de wet stelt ten aanzien van agentuurovereenkomsten.

bosch oordeelt op 18 november 2021¹⁰ dat de overeenkomst tussen partijen niet splitsbaar is omdat de exploitatie van het tankstation nauw verweven is met de exploitatie van de wasstraat en de shop ten aanzien waarvan de huurprijs is overeengekomen, en gelet op de partijbedoeling om één overeenkomst te sluiten. Dat betekent dat de hoofdregel van artikel 6:215 BW moet worden toegepast en dat in beginsel alle regels van de agentuurovereenkomst en de huurovereenkomst naast elkaar moeten worden toegepast op de gemengde overeenkomst.

In een zaak¹¹ waarin een agent zich bezighield met (a) de bemiddeling bij het tot stand brengen van verhuurovereenkomsten met particuliere eigenaren van vakantiehuizen, en (b) het (relatie)beheer van de door haar zelf geacquireerde en de door Belvilla aangewezen vakantiehuizen, wordt Belvilla niet gevolgd in haar stelling dat sprake is van een gemengde overeenkomst, uiteenvallend in een agentuurovereenkomst voor de onder a genoemde werkzaamheden en een overeenkomst van opdracht voor de onder b genoemde activiteiten. Naar het oordeel van de kantonrechter zijn de werkzaamheden verricht in het kader van het (relatie)beheer onlosmakelijk verbonden met de genoemde bemiddelingswerkzaamheden. Daarbij is volgens de rechtbank ook relevant dat voor het verdienmodel van Belvilla niet de totstandkoming van de verhuurovereenkomst als zodanig van belang is, maar het aantal boekingen dat met de gecontracteerde vakantiehuizen wordt gerealiseerd. Het (relatie)beheer is daarvoor van essentieel belang. Onder verwijzing naar HvJ EU van 4 juni 2020¹² is de conclusie van de rechtbank dan ook dat zowel de bemiddelingswerkzaamheden als de beheeractiviteiten behoren tot de kerntaken van de agent. Op alle onderdelen is tussen partijen een agentuurovereenkomst tot stand gekomen, aldus de kantonrechter.

2.5 Object van de bemiddelde overeenkomst

Een prejudiciële vraag waar het HvJ EU¹³ zich in 2021 over uitsprak, was of computersoftware die elektronisch aan klanten van een principaal wordt verstrekt, onder het begrip ‘goederen’ valt volgens de betekenis van dat begrip zoals opgenomen in de definitie van de handelsagent in de Agentuurrichtlijn. De vervolgvraag was of, indien de software aan klanten van een principaal wordt geleverd door een licentie van onbepaalde tijd toe te kennen, dit dan onder het begrip ‘verkoop van goederen’ volgens de Agentuurrichtlijn valt.

De Agentuurrichtlijn ziet op zowel goederen als diensten, maar primair op goederen. Nogal wat lidstaten hebben de Agentuurrichtlijn dan ook enkel voor goederen geïmplementeerd. De onderhavige zaak komt uit

Engeland en daar ziet de implementatie van de Agentuurrichtlijn ook enkel op goederen.

Het begrip ‘goederen’ moet aldus het HvJ EU worden uitgelegd als waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van een handelstransactie kunnen vormen. Of het betrokken goed een materieel of immaterieel karakter heeft, is niet van belang, zodat ook software als ‘goed’ kan kwalificeren. Onder ‘verkoop’ wordt verstaan een overeenkomst waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een aan hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt. Onder verwijzing naar het UsedSoft-arrest¹⁴ oordeelt het HvJ EU vervolgens dat onder verkoop ook de elektronische levering van computersoftware tegen betaling van een prijs kan vallen wanneer deze levering gepaard gaat met het verlenen van een permanente licentie voor het gebruik van software.

Voor het Nederlandse agentuurrecht lijkt dit arrest in eerste instantie van beperkte betekenis, gezien het reeds brede bereik van de Nederlandse agentuurregeling. De Nederlandse wetgever heeft namelijk afgezien van het door de Agentuurrichtlijn gemaakte onderscheid tussen overeenkomsten in de dienstensector en de koop en verkoop van goederen. Bij de advisering bij grensoverschrijdende verkoop van software is dit arrest echter van groot belang, omdat in andere Europese landen diensten dus niet altijd onder de agentuurregeling vallen.

2.6 Bemiddeling – tot stand brengen overeenkomsten

Een geschil tussen twee bedrijven in de levensmiddelenindustrie die een samenwerkingsovereenkomst waren aangegaan waarin Norep expliciet de ‘exclusieve agent’ van HG werd genoemd, was de aanleiding voor het tweede arrest van het HvJ EU¹⁵ in 2021. De bestellingen van de groothandels en van de groothandels naar HG gingen echter elektronisch en rechtstreeks zonder Norep als tussenpersoon. Het Noorse Hooggerechtshof stelde het HvJ EU daarom de vraag hoe de term ‘tot stand brengen’ onder artikel 1 lid 2 van de Agentuurrichtlijn moet worden uitgelegd. Het HvJ EU stelt allereerst vast dat artikel 1 lid 2 van de Agentuurrichtlijn drie ‘necessary and sufficient’ voorwaarden noemt waaraan moet zijn voldaan wanneer een persoon als agent kwalificeert, namelijk (1) de persoon moet een zelfstandige tussenpersoon zijn, (2) hij moet aan de opdrachtgever gebonden zijn door een contractuele relatie van blijvende aard, en (3) hij moet namens en in naam van de principaal een activiteit uitoefenen die ofwel eenvoudig kan bestaan in het optreden als tussenpersoon bij de aan- of verkoop van goederen, ofwel in het optreden als tussenpersoon bij het sluiten van de aan- of verkoop van goederen. Het HvJ EU stelt dat alleen de derde voorwaarde voor zover het ziet op de term ‘tot stand brengen’ in de onderhavige zaak ter discussie staat. Het HvJ EU merkt op

10 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3472, r.o. 2.6.1. Zie ook Rb. Amsterdam 6 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2182, waar ook werd geoordeeld dat sprake was van een gemengde overeenkomst.

11 Rb. Oost-Brabant 21 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1537.

12 HvJ EU 4 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:438.

13 HvJ EU 16 september 2021, C-410/19, ECLI:EU:C:2021:742 (The Software Incubator Ltd/ Computer Associates (UK) Ltd).

14 HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft/Oracle).

15 HvJ EU 14 december 2021, E-2/21 (Norep AS/Haugen Gruppen AS).

de belangrijkste taken van een agent zijn ‘nieuwe klanten binnen te halen voor de principaal en het volume van de business met bestaande klanten te vergroten’, en dat deze hoofdtaken niet worden belet om te worden uitgevoerd ook al speelt de agent als zodanig geen rol bij het plaatsen van bestellingen. Het HvJ EU beschouwt een vereiste van directe betrokkenheid van de agent bij het aannemen of afronden van bestellingen als een aanvullende voorwaarde die de verwezenlijking van het door de Agentuurrichtlijn nagestreefde doel in gevaar zou brengen. Het HvJ EU oordeelt dan ook dat de term ‘tot stand brengen’¹⁶ aldus moet worden uitgelegd dat niet noodzakelijk wordt uitgegaan van rechtstreekse betrokkenheid van de agent bij het plaatsen van bestellingen van klanten bij de principaal, of dat een scenario van rechtstreekse bestellingen van klanten bij de principaal is uitgesloten. Het HvJ EU interpreteert het toepassingsbereik van de Agentuurrichtlijn net als in *The Software Incubator*-zaak dus breed.

In lijn met het voorgaande beantwoordt de rechter in het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 12 mei 2022¹⁷ de kwalificatievraag positief ten aanzien van een overeenkomst waarin was bepaald dat de agent zou bemiddelen bij de totstandkoming van koopovereenkomsten tussen de principaal en een drietal klanten en daarvoor provisie zou ontvangen. De agent had voor de duur van twee jaar een permanent bemiddelingsmandaat verkregen, waaruit kan worden afgeleid dat partijen hebben beoogd een betrekking van duurzame aard¹⁸ aan te gaan. Dat de agent niet zelf overeenkomsten ten behoeve van de principaal sloot, doet aan de juistheid van de kwalificatie niet af, aangezien artikel 7:428 lid 1 BW niet vereist dat de agent de overeenkomsten zelf afsluit. Ook in de hierna nog te bespreken *Booking.com*- en *Airbnb*-arresten wordt bepaald dat het niet vereist is dat de tussenpersoon zelf de overeenkomsten ten behoeve van de opdrachtgever sluit.

2.7 Bemiddeling door platformen: het *Booking.com*- en *Airbnb*-arrest

Helaas bleef duidelijkheid op het agentuurvlak uit bij het *Booking.com*-arrest en het *Airbnb*-arrest van de Hoge Raad. Desalniettemin het bespreken waard voor de agentuurrechtspraktijk, aangezien de arresten beide gaan over bemiddelen. Het al dan niet bestaan van een vaste betrekking is namelijk in wezen het enige verschil tussen een bemiddelingsovereenkomst en een agentuurovereenkomst.

- *Booking.com*

In het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2021 inzake *Booking.com*¹⁹ draait het om de vraag of *Booking.com* kan worden aangemerkt als reisagent op grond van het

Verplichtstellingsbesluit en derhalve verplicht deel moet nemen in het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche. Hiervan is sprake als: ‘degene die in de uitoefening van zijn bedrijf bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woord’. Het debat van partijen spitst zich toe op de vraag of *Booking.com* bemiddelt bij het tot stand komen van reisovereenkomsten. In het Verplichtstellingsbesluit wordt geen omschrijving van het begrip ‘bemiddelen’ gegeven. Volgens de Hoge Raad ligt het voor de hand om bij het naar objectieve maatstaven vaststellen van de betekenis van bemiddelen in het Verplichtstellingsbesluit, acht te slaan op de betekenis van ‘bemiddeling’ in artikel 7:425 BW. Ingevolge artikel 7:425 BW is voor bemiddeling vereist dat de tussenpersoon ‘werkzaam [is] bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden’. Dat houdt in dat de tussenpersoon werkzaamheden verricht die dienstbaar zijn aan het tot stand komen van de overeenkomst(en). Niet vereist is dat de tussenpersoon zelf de overeenkomst(en) ten behoeve van de opdrachtgever sluit. Voldoende is dat zijn werkzaamheden eraan bijdragen dat opdrachtgever en derde de overeenkomst(en) kunnen sluiten. Het voorgaande stemt volgens de Hoge Raad in de kern overeen met de taalkundige betekenis van het begrip ‘bemiddelen’.

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de vraag of werkzaamheden als bemiddeling aangemerkt moeten worden, afhangt van de omstandigheden van het geval. Met betrekking tot een aantal omstandigheden merkt de Hoge Raad nog het volgende op. Indien de tussenpersoon een vergoeding bedingt naar aanleiding van het tot stand komen van de overeenkomst tussen de derde en de wederpartij, wijst dat op bemiddeling. Ingevolge artikel 7:426 lid 1 BW verkrijgt de tussenpersoon immers recht op loon zodra door zijn bemiddeling de overeenkomst tot stand is gekomen. De aard, omvang en intensiteit van de door een tussenpersoon te verrichten werkzaamheden kunnen variëren; om van bemiddeling te kunnen spreken hoeven die werkzaamheden niet veelomvattend te zijn. Zo is in beginsel al sprake van bemiddeling in de zin van artikel 7:425 BW indien de tussenpersoon in opdracht of met goedvinden van een verhuurder een door deze te verhuren woning op zijn website plaatst, opdat via de tussenpersoon een huurovereenkomst tussen verhuurder en huurder tot stand kan komen.

Het is in de onderhavige zaak niet beslissend of bij het tot stand brengen van een concrete overeenkomst tussen een accommodatiehouder en een derde sprake is geweest van bemiddeling door *Booking.com*, maar of *Booking.com* in de uitoefening van haar bedrijf bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten. In dat verband gaat het erom hoe het bedrijfsmodel van *Booking.com* is ingericht. Als het online reserveringsplatform van *Booking.com* erop gericht is of ertoe uitnodigt dat derden met behulp van diensten of faciliteiten van het platform overeenkomsten met accommodatiehouders aangaan en *Booking.com* een beloning ontvangt voor het aldus tot stand komen van die over-

16 In de Engelse versie wordt gesproken van ‘negotiate’.

17 Rb. Rotterdam 12 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3871.

18 Zie over bestendigheid Rb. Oost-Brabant 23 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6533. In die zaak oordeelde de rechter dat partijen zich slechts verbonden ten aanzien van één project en volgens de rechter voldoende de in dat kader overeengekomen rechten en verplichtingen niet aan de kenmerken van een agentuurovereenkomst.

19 HR 9 april 2021, NJ 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

eenkomsten, behelst het bedrijfsmodel ‘bemiddelen’ in de zin van het Verplichtstellingsbesluit. Hieraan staat niet in de weg dat de mogelijkheid bestaat dat de website van Booking.com door bezoekers daarvan ook kan worden gebruikt om het aanbod van verscheidene accommodatiehouders te bekijken teneinde vervolgens zelf buiten de website van Booking.com om contact op te nemen met een accommodatiehouder om een overeenkomst te sluiten. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde eerder nog dat de betrokkenheid van Booking.com bij de totstandkoming van overeenkomsten als ‘elektronisch prikbord’ voor het aanbod van de accommodatieverstrekkers en de vraag van de bezoekers onvoldoende is om van bemiddeling te spreken. In het Duinzigt-arrest²⁰ werd veel waarde gehecht aan het criterium of aanbieders en gebruikers door het platform van elkaar werden afgeschermd, maar dat is volgens de Hoge Raad niet doorslaggevend.

De Hoge Raad concludeert derhalve dat Booking.com in de uitoefening van haar bedrijf ‘bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen’, en dus een ‘(online) reisagent’ is, zoals bedoeld in het Verplichtstellingsbesluit. Het arrest van het gerechtshof kan derhalve niet in stand blijven en de Hoge Raad verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

- *Airbnb*

Naar aanleiding van diverse procedures over de vraag of Airbnb in strijd met artikel 7:417 BW handelt door zowel huurders als verhuurders bemiddelingskosten in rekening te brengen, heeft de kantonrechter te Rotterdam prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.²¹ De eerste vraag die aan de Hoge Raad voorligt, is of bij Airbnb sprake is van bemiddeling. De Hoge Raad herhaalt in dit arrest zijn overwegingen over bemiddeling uit het hiervoor besproken Booking.com-arrest. Een platform als dat van Airbnb kenmerkt zich erin dat via het platform overeenkomsten tot stand worden gebracht tussen gebruikers van het platform, dat de exploitant van het platform een vergoeding ontvangt bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen gebruikers, en dat gebruikers uitsluitend met elkaar in contact kunnen treden via het platform. Deze omstandigheden brengen aldus de Hoge Raad mee dat de exploitant van dat platform als tussenpersoon werkzaamheden verricht die als bemiddeling in de zin van artikel 7:425 BW zijn aan te merken.

Kijkend naar de wetsgeschiedenis van artikel 7:417 BW overweegt de Hoge Raad dat daaraan niet de gedachte ten grondslag ligt dat het in zijn algemeenheid ongeoorloofd is dat een tweezijdige bemiddelaar zijn loon in rekening brengt bij verschillende opdrachtgevers. Blijkens de wetsgeschiedenis is de bepaling ingevoerd om misbruik tegen te gaan dat erin bestond dat makelaars en andere bemiddelaars in onroerende zaken bij verhuur tweezijdig courtage in rekening brachten. Uit een

passage uit het SER-advies dat mede ten grondslag lag aan (de voorloper van) artikel 7:417 lid 4 BW leidt de Hoge Raad echter af dat dit artikel niet van toepassing is op kortetermijnverhuur van vakantieaccommodaties zoals die worden aangeboden op een online platform als dat van Airbnb. De vraag is of uit de parlementaire geschiedenis zo onomstotelijk blijkt dat de wetgever een zo beperkte werking voor ogen had en de Hoge Raad niet bijna op de stoel van de wetgever is gaan zitten.²²

Gezien het Booking.com-arrest en het Airbnb-arrest kan worden aangenomen dat platformen onder omstandigheden bemiddelen in de zin van artikel 7:425 BW en zijn de criteria daarvoor door de Hoge Raad concreet benoemd. Het al dan niet bestaan van een vaste betrekking is vervolgens hetgeen dat een algemene bemiddelingsovereenkomst van een agentuurovereenkomst onderscheidt. De vraag of Booking.com, Airbnb of vergelijkbare platformen daarmee ook kwalificeren als agent in de zin van artikel 7:428 BW, wordt helaas niet beantwoord.²³ De stap van bemiddeling naar de agentuurovereenkomst lijkt echter niet een hele grote, gezien het feit dat een agentuurovereenkomst feitelijk een bemiddelingsovereenkomst is met een structureel karakter. De vraag is vervolgens wel wat de relevantie voor de agentuurpraktijk zal zijn, aangezien een platformpartij als agent over het algemeen de sterkere partij zal zijn ten opzichte van de principaal. Het op een dergelijke relatie van toepassing verklaren van het dwingende kader van de agentuurregeling van het Burgerlijk Wetboek zou afbreuk doen aan de beschermingsgedachte van de ‘kleine’ agent die zo diepgeworteld ten grondslag ligt aan de Agentuurrichtlijn.

3. Bevoegdheid rechter en de toepasselijkheid van dwingende bepalingen

Een forumkeuzebeding en de rechtskeuze maken dat een agent wel of niet een beroep kan doen op de bescherming van de Agentuurrichtlijn. In het arrest Ing-

22 Zie ook I.I. Tuyl van Serooskerken e.a., Airbnb mag snoepen van twee walen, ORP 2022/102.

23 Zie ook E. van Wechem & J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2021/2595, die verwijzen naar de conclusie van A-G Mok, 21 januari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4433, onder 3.1.3.5: ‘3.1.3.5. Niet valt aan te nemen dat de term bemiddeling in artikel 7:428 lid 1 BW een andere betekenis heeft dan het als tussenpersoon werkzaam te zijn in artikel 7:425 BW. Noch de wetsgeschiedenis van Boek 7 BW, noch de aan de regeling van de agentuurovereenkomst ten grondslag liggende Benelux-overeenkomst betreffende de agentuurovereenkomst (de Benelux-overeenkomst), noch de EEG-richtlijn betreffende zelfstandige handelsagenten (de richtlijn) wijzen op een andere betekenis. De richtlijn bevat zelfs een aanwijzing dat bemiddeling niet acquisitie impliceert. Handelsagent is, op grond van artikel 1 lid 2 van de Richtlijn, namelijk niet alleen hij die als tussenpersoon belast is met de verkoop van goederen, maar ook hij die als tussenpersoon werkzaam is bij de aankoop ervan.’ Zie ook Hof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4509; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935.

20 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (Duinzigt).

21 HR 19 november 2021, NJ 2021/396, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

mar/Eaton van het HvJ EU²⁴ werd in 2000 bepaald dat de Agentuurrichtlijn ook moet worden toegepast indien door middel van een rechtskeuzebeding is gekozen voor een ander rechtsstelsel zonder de dwingendrechtelijke bepalingen.

3.1 Arbitragebeding

Een opmerkelijke vonnis over de (on)geldigheid van een arbitragebeding kwam van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland in 2021.²⁵ In het incident voert de principaal aan dat de kantonrechter niet bevoegd is om over de hoofdzaak te oordelen, omdat op grond van het overeengekomen arbitragebeding de internationale handelskamer bevoegd is. De agent erkent dat partijen een arbitragebeding zijn overeengekomen, maar stelt dat dit beding buiten werking moet worden gesteld omdat het beding in strijd is met de openbare orde en met de redelijkheid en billijkheid en omdat de principaal misbruik maakt van recht. De voorzieningenrechter overweegt dat slechts bij hoge uitzondering een beroep op een arbitragebeding buiten beschouwing kan worden gelaten. Zo zal een beroep op een arbitragebeding niet in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid op de enkele grond dat arbitrage in de regel kostbaar is. In dit geding zou de agent een bedrag van € 12.000 in depot moeten storten om een zaak bij de internationale handelskamer aanhangig te kunnen maken. De agent stelt dat dit een te hoge financiële drempel voor hem is, gelet op zijn huidige financiële situatie, hetgeen hij onderbouwt met een recent afschrift van zijn bankrekening, waaruit een negatief saldo van bijna € 8000 blijkt. De voorzieningenrechter oordeelt op basis daarvan dat onder die omstandigheden aan de principaal geen beroep op het arbitragebeding toekomt. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de principaal niet heeft gesteld welk belang hij erbij heeft om zich op het arbitragebeding te beroepen. Hij heeft bijvoorbeeld niet gesteld dat de internationale handelskamer specifieke deskundigheid op dit terrein heeft. Het voorgaande leidt ertoe dat het incident tot onbevoegdheid wordt verworpen, omdat toepassing daarvan leidt tot strijdigheid met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).²⁶ Hoewel de uitkomst de beschermingsgedachte uitdraagt, die de agent ook toekomt op grond van de Agentuurrichtlijn, is het wel opmerkelijk dat een overeengekomen arbitragebeding redelijk gemakkelijk terzijde wordt geschoven. In de onderhavige zaak was Nederlands recht gewoon van toepassing verklaard op de agentuurovereenkomst, dus dat kan geen (extra) reden zijn geweest om het arbitragebeding terzijde te schuiven, zoals DAT WEL gebeurde in het hiervoor genoemde arrest Ingmar/Eaton van het HvJ EU, waar door middel van een rechtskeuzebeding voor een ander rechtsstelsel zonder de dwingendrechtelijke be-

palingen van de Agentuurrichtlijn was gekozen. Bovendien zag het gerechtshof Den Haag in 2017 geen aanleiding om het arrest Ingmar/Eaton op te rekken, in die zin dat ook een forumkeuzebeding inbreuk zou kunnen maken op de dwingendrechtelijke agentuurbepalingen.²⁷

3.2 Dwingende bepalingen van de Agentuurrichtlijn

De kantonrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelt in 2022²⁸ in lijn met eerdere rechtspraak van het HvJ EU dat met een rechtskeuze voor recht buiten de EU de dwingendrechtelijke bepalingen van de Agentuurrichtlijn niet kunnen worden omzeild. Het draait in deze zaak om een als agentuur kwalificerende overeenkomst tussen een Canadees bedrijf en een in Nederland gevestigde ‘contractor’, waarin is opgenomen dat het recht van Ontario, Canada, van toepassing is. De agent stelt zich op het standpunt dat wat betreft de klantenvergoeding de kantonrechter niet voorbij kan gaan aan de Agentuurrichtlijn en de dwingendrechtelijke nationale rechtsregels. Ter onderbouwing hiervan wijst de agent op het arrest Ingmar/Eaton en het arrest Unamar van het HvJ EU,²⁹ waarin is geoordeeld dat de artikelen 17 en 18 van de Agentuurrichtlijn van doorslaggevend belang zijn voor het beschermingsniveau van een agent en deze artikelen van bijzonder dwingend recht zijn en voorrang hebben op het gekozen Canadese recht. De Canadese partij betwist dat van de rechtskeuze kan worden afgeweken en stelt dat het Haags Vertegenwoordigingsverdrag³⁰ van toepassing is, waarin is bepaald dat de rechtskeuze voorgaat. De kantonrechter is van oordeel dat de regels voor de klantenvergoeding van de Agentuurrichtlijn voorgaan op het Canadese recht, aangezien artikel 16 van het Haags Vertegenwoordigingsverdrag het mogelijk maakt om voorrang te verlenen aan geïmplementeerde bepalingen van dwingend Europees recht. De Canadese partij stelt zich daarnaast op het standpunt dat de Agentuurrichtlijn ziet op het verkopen van goederen, terwijl sprake is van het verkopen van diensten door de Canadese partij, zodat de agent geen beroep kan doen op de dwingendrechtelijke bescherming van de Agentuurrichtlijn. De agent wijst echter op het hiervoor besproken ‘softwarearrest’ van het HvJ EU uit 2021.³¹ Gelet hierop is de kantonrechter van oordeel dat de enkele stelling van de Canadese partij dat zij maatwerk softwareoplossingen levert, onvoldoende is om te oordelen dat de door de Canadese partij geleverde software geen goed is, maar een dienst. De agent kan derhalve een beroep doen op de dwingendrechtelijke bescherming van de Agentuurrichtlijn. Op de door de agent gevorderde klantenvergoeding is dus niet het Canadese recht van toepassing, maar de Agentuurrichtlijn.

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

25 Rb. Midden-Nederland 7 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2522 (kort geding).

26 Zie verder over forumkeuze Rb. Noord-Holland 15 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11465; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:506.

27 Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3933.

28 Rb. Rotterdam 31 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2547.

29 HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663 (United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV/Navigation Maritime Bulgare).

30 Haags Vertegenwoordigingsverdrag van 14 maart 1978.

31 HvJ EU 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407; HvJ EU 16 september 2021, ECLI:EU:C:2021:742.

4. Provisie

4.1 Regelend en dwingend recht inzake provisie en conversie

Artikel 7:431 BW geeft aan in welke gevallen de agent recht heeft op beloning in de vorm van provisie. De verschuldigdheid van provisie is echter niet in alle gevallen een gegeven voor de agent. De rechtbank Rotterdam³² benadrukt in een recente uitspraak uit 2022 dat artikel 7:431 lid 1 BW van regelend recht is.³³ Partijen zijn daar in de agentuurovereenkomst van afgeweken door de aanspraken van de agent op provisie te beperken tot overeenkomsten die door tussenkomst van de agent tot stand zijn gekomen met betrekking tot de in de overeenkomst omschreven klantenkring. De overeenkomsten met de Ivoriaanse partij waarmee overeenkomsten zijn aangegaan dankzij de inspanningen van de agent, maakt geen deel uit van de omschreven klantenkring. De agent komt in deze zaak derhalve geen provisie toe, al lijkt dat ook het gevolg van de wijze van procederen met een beperkte juridische grondslag door de agent.

De prejudiciële verwijzing van Polen op 2 februari 2021³⁴ is om in de gaten te houden. De vraag die daar centraal staat, is of artikel 7 lid 1 onder b van de Agentuurrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat dit artikel een agent een absoluut recht op provisie verleent uit hoofde van een overeenkomst die tijdens de duur van de agentuurovereenkomst is gesloten met een derde die hij reeds eerder voor een soortgelijke transactie als klant had geworven, of dat dit recht bij overeenkomst kan worden uitgesloten. Uit artikel 7:445 lid 1 BW en de Agentuurrichtlijn lijkt wat mij betreft niet direct te volgen dat partijen hier niet van af mogen wijken.

In een recent vonnis van de rechtbank Den Haag van mei 2022³⁵ is in de agentuurovereenkomst tussen partijen opgenomen dat, kort gezegd, aan de agent geen – en of in sommige gevallen pro rata – provisie toekomt indien een leveringsovereenkomst om ‘welke reden dan ook’ (voortijdig) eindigt. De agent doet een beroep op nietigheid van deze bepaling op grond van artikel 7:426 lid 2 BW, artikel 11 van de Agentuurrichtlijn en het HvJ EU-arrest ERGO/Barlikova.³⁶ De kantonrechter is van oordeel dat deze afspraken in de agentuurovereenkomst een verdergaande begrenzing van het recht op provisie bevatten dan is toegestaan, aangezien de bepalingen zich zouden moeten beperken tot de gevallen waarin de niet-uitvoering niet aan de agent is toe te rekenen. De kantonrechter oordeelt dat de bepalingen nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nu in artikel 7:445 lid 1 BW is bepaald dat partijen bij een agentuurovereenkomst niet van artikel 7:426 lid 2 BW kunnen afwijken – en de principaal dit wel doet met de door hem gehanteerde formulering. Gelet op de tekst en de parlementaire

geschiedenis van artikel 7:445 lid 1 BW wordt aangenomen dat een afwijking van artikel 7:445 lid 1 BW niet alleen maar vernietigbaar is indien die ten nadele van de agent zou zijn, maar zonder meer nietig is.³⁷

De kantonrechter past vervolgens ambtshalve conversie toe. Op grond van artikel 3:42 BW kan een nietige bepaling worden geconverteerd in een rechtsgeldige bepaling indien de strekking van de nietige rechtshandeling in zodanige mate aan die van een andere rechtshandeling beantwoordt dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht indien van eerstgenoemde handeling wegens haar nietigheid was afgezien. Naar het oordeel van de kantonrechter moet in dit geval worden aangenomen dat partijen, indien zij bij het sluiten van de overeenkomst van de nietigheid van de betreffende artikelen op de hoogte waren geweest, een beding waren overeengekomen dat in ieder geval voldoet aan de wettelijke vereisten, ook gezien de laagheid van de huidige bepalingen in de overeenkomst. De kantonrechter geeft partijen nog de gelegenheid zich bij akte uit te laten over de wijze waarop deze conversie moet worden vormgegeven. Het is mijns inziens wel de vraag of er, als partijen min of meer bewust dwingendrechtelijke agentuurbepalingen terzijde schuiven, ruimte zou moeten zijn voor rechterlijke conversie. Dit zou in lijn liggen met de niet-conversiearresten uit het (Europese) consumentenrecht en mededingingsrecht.³⁸

4.2 Beding van delcredere

Een zaak die werd beslecht door de rechtbank Oost-Brabant op 10 juni 2021³⁹ ging over een mogelijk beding van delcredere zoals bedoeld in artikel 7:429 lid 2 BW. Op grond van een schriftelijk overeengekomen beding van delcredere kan de agent zich aansprakelijk stellen voor de nakoming van de betalingsverplichtingen van derden. Het overeenkomen van een dergelijk beding heeft als zodanig geen invloed op het recht op provisie, maar maakt dat de agent, wanneer een afnemer niet aan zijn betalingsverplichtingen voldoet en in verzuim verkeert, aansprakelijk is tot het bedrag van de overeengekomen provisie. Het geschil ging onder meer over een bepaling in de overeenkomst waarin staat dat een provisieafreke-

32 Rb. Rotterdam 12 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3871.

33 Zie ook Parket bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW6707.

34 Prejudiciële verwijzing van Polen op 2 februari 2021, C-64/21 (Rigall Arteria Management Sp. z o.o. sp. k./Bank Handlowy w Warszawie S.A.

35 Rb. Den Haag 10 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5710.

36 HvJ EU 17 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:377.

37 Zie hierover Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU2009, r.o. 4.16; Kamerstukken II 1970/71, 11022, nr. 3, p. 26 (MvT).

38 Zie voor wat betreft het consumentenrecht o.a. M.H. Wissink, Focus op nietigheid en algemene voorwaarden, ORP 2022/4; HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512 (Banesto); HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 (Asbeek Brusse c.s.). Als de overeenkomst zonder het oneerlijke beding niet kan voortbestaan (art. 3:41 BW) en de consument door het wegvallen van de gehele overeenkomst zou worden geconfronteerd met uiterst nadelige consequenties, kan de rechter de nietigheid van het beding verhelpen door het te vervangen door een voorschift van aanvullend recht. Zie HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler c.s.); HvJ EU 26 maart 2019, ECLI:EU:C:2018:724 en ECLI:EU:C:2019:250, NJ 2020/6 (Abanca en Bankia). Zie voor het mededingingsrecht o.a. HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, NJ 2010/140 (Prisma/Slager); HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347 (BP/Benschop).

39 Rb. Oost-Brabant 10 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2867 (en Rb. Oost-Brabant 9 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6601).

ning wordt verstrekt van ‘leveringen die (...) volledig zijn betaald’. De kantonrechter oordeelt dat daaruit niet mag worden afgeleid dat de agent zich op basis van een beding van delcredere aansprakelijk heeft gesteld. In de overeenkomst staat namelijk dat een order niet wordt geaccepteerd, en er niet wordt geleverd wanneer de klant niet voldoende kredietwaardig is. Of een order al dan niet wordt geaccepteerd, is een beslissing van de principaal. Aangenomen moet dus worden dat de principaal de kredietwaardigheid van de afnemer toetst. De kantonrechter overweegt dat het niet aannemelijk is dat de agent zich aansprakelijk heeft gesteld voor de nakoming van de betalingsverplichtingen van afnemers.

4.3 Geen provisie, wel beloning of schadevergoeding?

Bij de rechtbank Amsterdam ging het begin 2022 over de vraag of de agent door de lancering van een nieuwe webshop provisie was misgelopen.⁴⁰ Door de overstap van de principaal naar een nieuwe webshop – waar de agent ook haar bestellingen plaatst – en de daarmee gepaard gaande problemen stelt de agent omzetederving te hebben geleden. Aan haar vorderingen legt de agent onder meer ten grondslag dat zij aan de ene kant nog recht heeft op provisie of loon voor geplaatste, maar niet geleverde bestellingen, en aan de andere kant dat zij omzet is misgelopen, onder andere doordat bestellingen helemaal niet geplaatst konden worden. Voor toewijzing van de vorderingen van de agent dient volgens de rechtbank Amsterdam niet alleen vast te komen staan dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de principaal, maar ook dat er tussen de gestelde tekortkoming en de gestelde schade een causaal verband bestaat. Dat de invoering van het nieuwe boekhoudsysteem van de principaal en de nieuwe webshop niet vlekkeloos is verlopen, heeft de principaal erkend. De principaal heeft echter aangevoerd dat al voor de implementatie van het nieuwe boekhoudsysteem de omzet van de agent fors terugliep en dat volgt ook uit de ingebrachte cijfers van de agent. Daarnaast heeft de principaal nadat de agent melding maakte van de problemen, een fulltime medewerker beschikbaar gesteld aan de agent om ervoor te zorgen dat bestellingen zo veel als mogelijk doorgang konden vinden. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de agent onvoldoende onderbouwd dat zij door de introductie van de nieuwe webshop substantiële orders is misgelopen, waardoor zij schade heeft geleden, en moeten de vorderingen van de agent worden afgewezen.

5. Beëindiging

5.1 Ontbinding wegens veranderende omstandigheden

Er waren de afgelopen twee jaren uiteraard ook de nodige uitspaken over de beëindiging van de agentuurover-

eenkomst. Artikelen 7:436 tot en met 7:441 BW regelen het einde van de agentuurovereenkomst door tijdsverloop of beëindiging (opzegging of ontbinding) en eventuele daarmee verband houdende schadevergoeding.

In een zaak die op 28 juli 2021 speelde bij de rechtbank Midden-Nederland⁴¹ handelt de principaal in leren schoenen die via de showroom van de agent worden verkocht aan afnemers. Op een gegeven moment ligt de samenwerking stil. Volgens de agent heeft de principaal de overeenkomst daarmee feitelijk opgezegd, volgens de principaal is geen sprake van opzegging en voldoet de agent niet aan haar verplichtingen. De kantonrechter overweegt dat geen van beiden de overeenkomst formeel heeft opgezegd. Het veranderen van de marketingstrategie van de principaal leek niet onverantwoord en is ook duidelijk gecommuniceerd door de principaal. De agent maakt echter wel aannemelijk dat de wijziging problematisch zou zijn en zij dus een redelijke grond had om de nieuwe marketingstrategie niet uit te voeren. Als de agent niet verder wilde met de principaal had zij zelf, en niet de principaal, de overeenkomst moeten opzeggen. Er is echter geen sprake van beëindiging door opzegging. Beide partijen verzoeken de kantonrechter derhalve de overeenkomst te ontbinden. Voor een ontbinding op grond van dringende redenen zoals bedoeld in artikel 7:440 sub a BW is geen aanleiding volgens de rechter, want er is geen sprake van spoedeisendheid en de reden van de ontbinding is gebaseerd op het gedrag van beide partijen over en weer. Er is daarom sprake van ontbinding wegens veranderende omstandigheden zoals bepaald in artikel 7:440 sub b BW. Omdat de principaal de afnemers zelf is gaan benaderen en daarmee het klantenbestand zoals is opgebouwd door de agent heeft overgenomen, vindt de kantonrechter dat een vergoeding daarvoor op zijn plaats is ingevolge artikel 7:440 lid 3 BW.

In kort geding oordeelde de rechtbank Rotterdam bij vonnis van 24 december 2021⁴² over een voor bepaalde tijd overeengekomen Reference Partnership Agreement die de principaal tussentijds met inachtneming van een termijn van zes maanden had beëindigd, maar waarbij de agent niet instemt met opzegging. De rechtbank verwijst naar het HR-arrest Mondia/Calanda,⁴³ waar werd overwogen dat een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst, waarin tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen en ook de op de overeenkomst van toepassing zijnde wettelijke bepalingen niet in tussentijdse opzegbaarheid voorzien, slechts eenzijdig door opzegging kan worden beëindigd op grond van onvoorziene omstandigheden die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten. Vervolgens overweegt de rechtbank dat de overeenkomst kenmerken

41 Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3344.

42 Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13088 (kort geding).

43 HR 21 oktober 1988, NJ 1990/439.

40 Rb. Amsterdam 3 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2.

van een agentuurovereenkomst vertoont waarvan de wettelijke regeling de agent beschermt, met als gevolg dat de ontbinding alleen kan worden gebaseerd op een dringende reden of verandering van omstandigheden. Dat die er niet is, blijkt uit het feit dat de overeenkomst is opgezegd met een termijn van zes maanden. Niettemin overweegt de rechtbank dat een agentuurovereenkomst, ook voor bepaalde tijd, kan eindigen als deze tussentijds wordt opgezegd, ook al is die opzegging nietig, vernietigbaar of onregelmatig, zo volgt uit artikel 7:439 lid 1 BW. Aan de overeenkomst is dus toch een einde gekomen. Een schadevergoeding in verband daarmee was in dit geding echter niet aan de orde gesteld.

5.2 Verjaring schadevergoedingsvordering

Ook in een arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch wordt beslist dat de agent geen⁴⁴ aanspraak kan maken op schadevergoeding in verband met onregelmatige beëindiging, omdat zijn vordering is verjaard.⁴⁵ Op grond van artikel 7:439 BW moet de partij die een agentuurovereenkomst beëindigt zonder de wettelijke opzegtermijn in acht te nemen de wederpartij een schadevergoeding betalen. Op grond van artikel 7:440 BW verjaart deze vordering na één jaar. De agent stelt dat hij de verjaring van zijn vordering gestuit heeft doordat hij al in de dagvaarding aanspraak maakte op betaling van de schadevergoeding. Het gerechtshof volgt de agent daarin niet, omdat de grondslag die de agent in de dagvaarding noemt voor de vordering, onrechtmatige daad is en niet onregelmatige opzegging. De dagvaarding heeft daarom de verjaring van de schadevergoedingsvordering die de agent had op grond van de onregelmatige opzegging niet gestuit, aldus de rechter.

6. Non-concurrentie

De agentuurovereenkomst kent de mogelijkheid om een concurrentiebeding⁴⁶ overeen te komen voor de duur van maximaal twee jaar na het einde van de agentuurovereenkomst, ingevolge artikel 7:443 BW.

6.1 Invloed Wet franchise

Een frappante en mijn inziens onjuiste uitspraak uit februari 2021 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland⁴⁷ ging over een zogenoemde 'agentenovereenkomst'. De 'agentenovereenkomst' bestaat echter niet en een rechter dient altijd te kwalificeren hetgeen de rechter hier nalaat. In de agentenovereenkomst is onder meer bepaald dat de agent geen agent is in de zin van artikelen 7:428 e.v. BW, maar zelfstandig

ondernemer, en dat de agentenovereenkomst geen agentuurovereenkomst is. Op grond van het concurrentiebeding heeft de agent zich verbonden gedurende 24 maanden na beëindiging van de overeenkomst zich te onthouden van makelaarswerkzaamheden in het werkgebied van de broker/owner. Aan de orde is of het beding vanwege de duur naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt. In dat kader stelt de voorzieningenrechter vast dat op 1 januari 2021 de Wet franchise van kracht is geworden. Weliswaar hebben partijen geen franchiseovereenkomst gesloten en geldt overgangsrecht van twee jaar, maar voor de invulling van de te toetsen maatstaf kan volgens de kantonrechter toch worden aangesloten bij de wetgeving op dat punt. Artikel 7:920 lid 2 sub d BW bepaalt dat een beding dat de franchisenemer beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de franchiseovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, slechts geldig is als het de duur van een jaar na het einde van de franchiseovereenkomst niet overschrijdt. De voorzieningenrechter ziet, gelet op die bepaling, de leeftijd van de agent, het feit dat zij haar beroep heeft gemaakt van het verrichten van makelaarswerkzaamheden, dit haar enige inkomstenbron is, alsmede het door haar onderstreepte belang om in eigen regio werkzaam te zijn, aanleiding het concurrentiebeding te schorsen voor de duur van een jaar. Het is verrassend dat de rechter oordeelt dat de Wet franchise een rol kan spelen ondanks het feit dat er in deze zaak geen sprake is van een franchiseovereenkomst en de overgangsperiode van de wet maakt dat het genoemde artikel ook nog niet van geldt voor franchisenemers. Een vergaande gedachte is dat nu kantonrechters zich vaak ook bezighouden met arbeidsrecht, de kantonrechter wellicht in de reflex wilde duiken van artikel 7:653 BW (concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomst), welk artikel erg lijkt op artikel 7:920 lid 2 BW (concurrentiebeding bij franchise). Wellicht vond de kantonrechter het concurrentiebeding in agentuurland, gezien de wettelijke regeling in het arbeidsrecht en de daarmee verband houdende jurisprudentie, te ruim. Dat de Wet franchise ook van toepassing zal zijn op concurrentiebepalingen van een echte agentuurovereenkomst lijkt mij echter onjuist gezien de eigen afgebakende wettelijke agentuurregelgeving. Al voorzie ik wel dat de maximale duur van twee jaar in de toekomst wellicht te lang wordt geacht en mogelijk verder zal worden beperkt in de jurisprudentie.

6.2 Conversie non-concurrentiebeding

Verder bracht 2021 nog meer interessante materie over conversie bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Het gerechtshof bekrachtigt een vonnis van de kantonrechter waarin een non-concurrentiebeding is gewijzigd en beperkt.⁴⁸ De agent verkocht tassen voor haar principaal, maar is ermee gestopt. De agent verlangt vervolgens dat het non-concurrentiebeding (volledig) wordt geschorst. De principaal zet in op (volledige) geldigheid

44 Wel schadevergoeding in Rb. Amsterdam 6 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2182.

45 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3529.

46 Zie verder over non-concurrentiebepalingen Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1515; Rb. Noord-Holland 9 juni 2021; Rb. Overijssel 17 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4491 (kort geding).

47 Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356.

48 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11448 (kort geding).

van het non-concurrentiebeding. Net als de kantonrechter vindt het gerechtshof dat het concurrentiebeding te ver strekt en daarom niet geldig is. Maar het kan wel worden veranderd, in die zin dat het non-concurrentiebeding alleen betrekking heeft op private labeltassen van de principaal en niet op de merktassen die de principaal ook maakt. De agent betoogt in haar incidenteel hoger beroep dat de rechter niet de bevoegdheid heeft om het non-concurrentiebeding te wijzigen en te beperken tot private labeltassen zoals de kantonrechter heeft gedaan. Een ongeldig non-concurrentiebeding is namelijk nietig en mag volgens haar niet worden geconverteerd. Dat is het gerechtshof niet met de agent eens. In het kort geding vindt het gerechtshof het voldoende aannemelijk dat conversie mogelijk is, ook omdat de agent onvoldoende argumenten heeft die daartegen pleiten. Strijdigheid met artikel 6 van de Mededingingswet of met het Europees kartelverbod heeft de agent onvoldoende handen en voeten gegeven. Bovendien bepaalt lid 1 van artikel 7:443 BW dat een beding 'slechts geldig [is] voor zover' en staat lid 4 de rechter toe, indien de agent dat vraagt, een beding 'geheel of gedeeltelijk' teniet te doen. Uit de tekst van het artikel (en vertalingen van artikel 20 van de Agentuurrichtlijn) volgt dan ook volgens het gerechtshof dat een gedeeltelijke schorsing en dus conversie mogelijk is. De wet gaat uit van relatieve nietigheid en dat is voor het resultaat gelijk aan algehele nietigheid met conversie tot een geldig beding. Het gerechtshof bekrachtigt daarom het vonnis waarin het non-concurrentiebeding gedeeltelijk is geschorst. Het is jammer dat de rechter niet wat meer ingaat op de verhouding met het mededingingsrecht en ik verwacht dat het laatste woord over conversie van non-concurrentiebedingen nog niet is gezegd.

7. Klantenvergoeding

Bij beëindiging van de agentuurovereenkomst heeft de agent in principe recht op een klantenvergoeding/goodwill ingevolge artikel 7:442 BW. Voor het ontstaan van een aanspraak op een klantenvergoeding (a) dient de agent de principaal nieuwe klanten te hebben aangebracht, of (b) dient de agent de overeenkomsten met de bestaande klanten aanmerkelijk te hebben uitgebreid, én (c) dienen de overeenkomsten met deze klanten de principaal nog aanzienlijke voordelen op te leveren. In het arrest T-Mobile/Klomp⁴⁹ bepaalde de Hoge Raad dat de vaststelling van de klantenvergoeding in drie fasen dient te verlopen. In de eerste fase dienen de voordelen die transacties met door de agent aangebrachte klanten de principaal opleveren, gekwantificeerd te worden. Vervolgens moet in de tweede fase beoordeeld worden of er reden bestaat het aldus vastgestelde bedrag aan te pas-

sen met het oog op de billijkheid, gelet op alle omstandigheden van het geval en met name gelet op de door de agent gederfde provisie. De billijkheid kan zowel een verhoging als een verlaging van het in de eerste fase vastgestelde bedrag meebrengen. Ten slotte wordt in de derde fase getoetst of het uit de twee eerdere berekeningsfasen volgende bedrag het in lid 2 van artikel 7:442 BW bedoelde maximumbedrag niet te boven gaat.

7.1 Beheerfee

In de eerdergenoemde zaak waar de agent voor Belvilla⁵⁰ zich bezighoudt met de bemiddeling bij het tot stand brengen van verhuurovereenkomsten met eigenaren van vakantiehuisen en het (relatie)beheer beslist de rechtbank dat de beheerfee is te kwalificeren als provisie. In de agentuurovereenkomst is overeengekomen dat voor de eerste twee jaar na de totstandkoming van een verhuurovereenkomst de provisie 16% van de marge per gerealiseerde boeking bedraagt. Na die periode heeft de agent recht op een beheerfee van 12% van de marge per gerealiseerde boeking. Het betoog van Belvilla dat die beheerfee een vergoeding is voor het onderhouden van de verhuurovereenkomst en daarom niet als provisie kan worden aangemerkt bij de berekening van de klantenvergoeding, wordt verworpen. Die opvatting is te beperkt volgens de rechtbank. Dit volgt ook uit het arrest T-Mobile/Klomp,⁵¹ waarin de Hoge Raad overweegt dat bij het begrip 'beloning' van artikel 7:442 lid 2 BW moet worden uitgegaan van een ruim begrip van provisie dat alle elementen van de beloning omvat die variëren naargelang het aantal zaken of de waarde daarvan. De beheerfee telt in beginsel dus mee bij de berekening van een eventuele klantenvergoeding.

7.2 Klantenvergoeding bij doorstart

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁵² bekrachtigt het eerder door mij besproken vonnis van de rechtbank Midden-Nederland uit 2018, waar de verschuldigdheid van klantenvergoeding na een doorstart na faillissement aan de orde kwam. Na het faillissement van de 'oude' principaal wordt een nieuwe overeenkomst gesloten door de agent met een vennootschap die alleen de activa van de curator heeft gekocht uit de boedel. Na afloop van het jaarcontract rijzen er geschillen over provisievergoeding en klantenvergoeding. De kantonrechter overwoog in 2018 dat 'kennelijk de curator uit de opbrengsten de klantenvergoeding voor de agent niet heeft kunnen betalen. Dat is zuur voor haar, maar dat geeft haar geen rechten tegen haar nieuwe principaal.' Het gerechtshof is met de kantonrechter van oordeel dat de door haar aangebrachte klanten onder de oude agentuurovereenkomst niet voor vergoeding in aanmerking komen nu deze overeenkomst na het faillissement van de oude principaal tot een einde is gekomen en de af-

49 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (T-Mobile/Klomp). Zie voor kritiek daarop N. Huppés & T.L. Wildenbeest, De klantenvergoeding: hoe een fout van het HvJ de Hoge Raad op een dwaalspoor heeft gezet, NTBR 2018/28.

50 Rb. Oost-Brabant 21 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1537.

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

52 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2251. Zie ook mijn eerdere bespreking van Rb. Amsterdam 8 augustus 2018, ECLI:NL:RBME:2018:3711 in H.S. Kleinjan, Ontwikkelingen jurisprudentie agentuurovereenkomsten, Contracteren 2020/3, p. 91-100.

wikkeling daarvan een kwestie betrof tussen (de curator van) de oude principaal en de agent. De nieuwe principaal staat daarbuiten. Dat de nieuwe principaal bereid was de 'oude klanten' mee te tellen voor de berekening van de provisievergoeding maakt dit niet anders en staat los van de klantenvergoeding. De omstandigheid dat de nieuwe principaal als (nieuwe) onderneming is gestart in 2016 betekent niet dat hij geen klanten had en dat reeds daarom de agent deze allemaal zou hebben aangebracht. De nieuwe principaal nam namelijk de orderportefeuille uit de boedel van de curator over. De agent heeft niet onderbouwd dat zij deze klanten zelf heeft aangebracht vanaf het sluiten van de overeenkomst met de nieuwe principaal, of hen gestimuleerd heeft om te kopen bij de nieuwe principaal. De stelling van de agent dat haar vordering is gebaseerd op de jaarprovisie en dat vervolgens is gekeken naar het gemiddelde over vijf jaar wordt ook door het gerechtshof van tafel geveegd nu de overeenkomst tussen partijen slechts één jaar heeft bestaan. Het gerechtshof bepaalt dat de agent geen recht heeft op meer klantenvergoeding dan is toegewezen.

7.3 Geen recht op goodwill bij voortzetting bij andere principaal

Interessant is ook dat het gerechtshof 's-Hertogenbosch op 3 november 2020⁵³ beslist over de onverschuldigheid van klantenvergoeding in het geval dat de agent dezelfde afnemers blijft bedienen. De agent vordert betaling van een klantenvergoeding op grond van artikel 7:442 BW. De kantonrechter heeft dat toegewezen en daartegen grieft de principaal, stellende dat hij geen aanzienlijk voordeel heeft van de door de agent aangebrachte klanten en dat het niet billijk zou zijn om de agent een klantenvergoeding toe te kennen. Deze grief slaagt en het gerechtshof beslist dat de agent geen recht heeft op een klantenvergoeding. Het gerechtshof overweegt namelijk dat de Nederlandse wettelijke regeling de omzetting is van de Agentuurrichtlijn en dat deze daarom richtlijnconform moet worden uitgelegd. Het gerechtshof overweegt dat de Duitse jurisprudentie en rechtspraak ook van belang zijn voor de uitleg van de Agentuurrichtlijn. Onder verwijzing naar rechtspraak van het Bundesgerichtshof staat ook in het verslag van de Europese Commissie over de toepassing van artikel 17 van de Agentuurrichtlijn: 'Indien de handelsagent service blijft verlenen voor dezelfde klanten en dezelfde producten, voor rekening van een andere principaal, heeft hij geen recht op een vergoeding.' Die situatie doet zich hier volgens het gerechtshof voor omdat de agent voor andere merken van kinderkleding (andere principalen) de kledingwinkels blijft bezoeken. De principaal beroept zich niet expliciet op de regel dat onder omstandigheden een agent geen recht heeft op klantenvergoeding, maar op dit punt vult het gerechtshof de rechtsgronden aan. Het is interessant om te zien dat de het gerechtshof niet klakkeloos de driefasentoets con-

form het arrest T-Mobile/Klomp⁵⁴ doorloopt en kritisch naar de verschuldigheid van klantenvergoeding kijkt. Een vonnis dat overigens wel heel duidelijk in lijn is met de gehanteerde driefasentoets, is van de rechtbank Amsterdam van 6 januari 2021.⁵⁵ De rechtbank is van oordeel dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:442 lid 1 BW, zodat de agent recht heeft op een goodwillvergoeding. De agent heeft namelijk zowel in absolute zin als verhoudingsgewijs een groot aantal klanten gecontracteerd voor de principaal. Verder heeft de principaal niet betwist dat een hotel niet snel van softwareapplicaties verandert. Dat betekent dat de principaal dankzij de 'recurring revenues' verzekerd is van een langdurige en groeiende inkomstenbron, bestaande uit de maandelijksse gebruiksvergoeding voor de producten en commissie op het betalingsverkeer. Hiertegenover is de enkele stelling van de principaal dat klanten het contract met een opzegtermijn van een maand kunnen opzeggen, onvoldoende, ook omdat gesteld noch gebleken is dat er klanten zijn geweest die het contract inmiddels hebben opgezegd. De overeenkomsten die de agent voor de principaal heeft gesloten, leveren ook na de beëindiging nog aanzienlijke voordelen op voor de principaal.

7.4 Geen recht op goodwill bij beëindiging door agent

De rechtbank Amsterdam beslist op 18 augustus 2020⁵⁶ dat de curator van een inmiddels gefailleerde agent geen aanspraak kan maken op klantenvergoeding omdat de agent de agentuurovereenkomst met Seafolly zelf beëindigde. In een e-mail van de gefailleerde agent aan Seafolly waarmee hij de agentuurovereenkomst heeft opgezegd, vermeldt de agent dat zijn persoonlijke omstandigheden de aanleiding daartoe vormen. Omdat de overeenkomst is beëindigd door de gefailleerde agent, is geen klantenvergoeding verschuldigd, tenzij de beëindiging wordt gerechtvaardigd door ziekte van de gefailleerde agent op grond waarvan redelijkerwijs niet meer van hem kan worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden voortzet ingevolge artikel 7:442 lid 4 sub b BW. Dat van dat laatste sprake was, wordt door Seafolly betwist. De stelplicht en bewijslast rusten op de curator. De rechtbank Amsterdam oordeelt dat niet is komen vast te staan dat de beëindiging van de agentuurovereenkomst door de gefailleerde agent, los van zijn persoonlijke beslommingen als gevolg van het einde van zijn relatie en de weerslag daarvan op het agentschap, wordt gerechtvaardigd door ziekte op grond waarvan redelijkerwijs niet meer van hem kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden voortzette. De rechtbank oordeelt dat de vordering van de curator tot het verkrijgen van een klantenvergoeding daarmee stuit.

53 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 november 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3419.

54 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (T-Mobile/Klomp). Zie voor kritiek daarop Huppés & Wildenbeest 2018/.

55 Rb. Amsterdam 6 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2182.

56 Rb. Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4013.

7.5 Afwijking wettelijke regeling klantenvergoeding

In het hiervoor al besproken vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 21 april 2022⁵⁷ kwam ook de interessante vraag aan de orde wanneer sprake kan zijn van een geoorloofde afwijking van de wettelijke regeling ten aanzien van de klantenvergoeding. In de agentuurovereenkomst staat dat de agent na het einde van de agentuurovereenkomst nog gedurende een bepaalde periode recht heeft op provisie over tijdens de looptijd van de overeenkomst door haar bemiddeling tot stand gekomen verhuurovereenkomsten. Belvilla stelt dat met dit artikel van de agentuurovereenkomst is bedoeld de klantenvergoeding te regelen. De rechter oordeelt dat die regeling in lijn ligt met het doel van de klantenvergoeding. Na het einde van de agentuurovereenkomst ziet de agent zich immers geconfronteerd met de situatie dat zij geen profijt meer heeft van gerealiseerde boekingen op door haar afgesloten verhuurovereenkomsten, terwijl Belvilla als principaal daarvan nog wel voordeel heeft. Billijkheidshalve moet dit voordeel met de agent worden gedeeld, wat wordt bewerkstelligd met de wettelijke klantenvergoeding én met het bepaalde in de agentuurovereenkomst. In zoverre kan worden aangenomen dat met het betreffende artikel van de agentuurovereenkomst is bedoeld de klantenvergoeding te regelen. Met de bepaling wordt echter afgeweken van de manier waarop de wettelijk geregelde klantenvergoeding van artikel 7:442 BW wordt berekend. De rechtbank overweegt dat het partijen in beginsel vrijstaat om voor het einde van de agentuurovereenkomst een eigen invulling te geven aan het in de wet geregelde recht op klantenvergoeding, maar dat voorwaarde daarbij wel is dat niet in het nadeel van de agent van de wettelijke regeling wordt afgeweken. Uit het arrest van het HvJ EU van 23 maart 2006⁵⁸ wordt afgeleid dat een afwijking slechts is toegestaan wanneer op voorhand is uitgesloten dat deze na beëindiging van de overeenkomst in het nadeel van de agent is. Belvilla heeft niet aangevoerd dat bij het ondertekenen van de overeenkomst al vaststond dat met het artikel in de agentuurovereenkomst een vergoeding aan de agent zou worden gegarandeerd die gelijk of groter zou zijn dan het wettelijke recht op klantenvergoeding, en dat dit ook niet uit de gebruikte woorden kan worden afgeleid. De kantonrechter komt tot de conclusie dat met de regeling van het betreffende artikel van de agentuurovereenkomst sprake is van een ongeoorloofde, voor de agent nadelige afwijking. Het artikel van de agentuurovereenkomst wordt vanwege het beroep op vernietiging bij de verdere beoordeling door de rechtbank buiten beschouwing gelaten. Het recht op klantenvergoeding wordt door de rechtbank vervolgens beoordeeld aan de hand van de criteria van artikel 7:442 BW en de driefasentoets, waar de kantonrechter strak aan vasthoudt. Volgens Belvilla is de daadwerkelijk door de agent gederfde provisie minder dan

het aan de hand van de vuistregel – van de in de laatste twaalf maanden door de agent verdiende brutoprovisie betreffende de nieuwe klanten – becijferde voordeel aan haar zijde. De kantonrechter overweegt echter dat ‘de vuistregel door de Hoge Raad is gegeven en gebaseerd is op de berekeningsmethodiek volgens de Agentuurrichtlijn’. Uitgangspunt in deze fase is het mogelijke voordeel van de principaal en niet de daadwerkelijke, op toekomstverwachtingen gebaseerde, gederfde provisie van de agent. Wanneer dit billijkheidshalve is vereist, biedt de tweede fase de mogelijkheid om het in deze eerste fase vastgestelde voordeel te corrigeren.

7.6 Prejudiciële vragen HvJ EU

Tot slot nog twee prejudiciële verwijzingen om in de gaten te houden. Een prejudiciële verwijzing vanuit België⁵⁹ over de vraag of het gedeelte van de aan de hoofdagent verschuldigde uitwinningsvergoeding dat overeenstemt met de klanten die de subagent de hoofdagent heeft aangebracht, ‘aanzienlijk voordeel’ in de zin van Agentuurrichtlijn oplevert.

En de andere misschien wel nog spannender prejudiciële verwijzing vanuit Tsjechië⁶⁰ over de vraag of het begrip ‘provisie, die voor de handelsagent verloren gaat’ in de zin van artikel 17 lid 2 onder a tweede streepje van de Agentuurrichtlijn aldus wordt uitgelegd dat het tevens ziet op een provisie voor overeenkomsten die de betrokken agent zou hebben gesloten met de klanten die hij aan de door hem vertegenwoordigde principaal zou hebben aangebracht of met wie hij de transacties aanzienlijk zou hebben uitgebreid indien de agentuurovereenkomst niet was beëindigd. En zo ja, onder welke voorwaarden deze conclusie dan ook geldt voor zogeheten eenmalige provisies voor het sluiten van een overeenkomst. Zal de beantwoording van deze vragen door het HvJ EU verandering gaan brengen in de wijze van berekening van de klantenvergoeding conform het T-Mobile-arrest van de Hoge Raad waar de rechtbank Oost-Brabant op 21 april 2022 nog zo stelling naar verwees?

8. Conclusie

Een breed scala aan onderwerpen met betrekking tot agentuurovereenkomsten passeerde de revue de afgelopen twee jaar bij de rechtbanken, de gerechtshoven en het Europese Hof van Justitie.

In vrijwel alle besproken uitspraken komt de kwalificatievraag van de agentuurovereenkomst uitgebreid aan de orde. Provisieaanspraken, (regelmatige) opzegging, de verschuldigdheid van klantenvergoeding en non-concurrentie waren andere vaak terugkerende onderwerpen tijdens deze ‘coronajaren’.

57 Rb. Oost-Brabant 21 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1537.

58 HvJ EU 23 maart 2006, ECLI:EU:C:2006:199 (Honyvem Informazioni Commerciali).

59 Prejudiciële verwijzing op 24 september 2021, ECER 2 november 2021, C-593/21 (NY/Herios SARL).

60 Prejudiciële verwijzing Tsjechië op 20 september 2021, C-574/21 (QT /02 Czech Republic a.s.).

Ook de conversie van nietige bepalingen in de agentuurovereenkomst kwam een paar keer aan de orde, waarbij ik mij afvraag of de 'redding' van conversie bij afspraken in strijd met het agentuurrecht wel mogelijk zou moeten zijn. Het opmerkelijk eenvoudig ongeldig verklaren van een overeengekomen arbitragebeding zal ook ongetwijfeld een staartje krijgen. Verder is de vraag of de invloed van de Wet franchise op concurrentiebedingen in een agentenovereenkomst simpelweg een incorrecte uitspraak was of navolging zal krijgen.

Het Booking.com-arrest en het Airbnb-arrest van de Hoge Raad, waar met veel interesse naar werd uitgekeken, stelden enigszins teleur bij gebreke van een expliciete verwijzing naar het agentuurvlak. Op het vlak van online platformen en bemiddeling blijft dan ook mijn wens dat Hoge Raad of het HvJ EU meer duidelijkheid verschaft over de relatie met agentuur.

Tot slot, de rechtspraak verwijst zeer consistent naar arresten van het HvJ EU, dus reden temeer om die ontwikkelingen te blijven volgen. Het HvJ EU beklemtoont telkens weer het nagestreefde doel van de Agentuurrichtlijn en interpreteert het toepassingsbereik van de Agentuurrichtlijn nog altijd breed. Afsluitend is de vraag of met wat er in de pijplijn zit bij het HvJ EU er eindelijk weer eens aanvullingen dan wel nuanceringen zullen komen op het geschepte kader van de Hoge Raad voor de berekening van de klantenvergoeding van het T-Mobile-arrest.