

RECHTSPRAAK JURISPRUDENCE

TUSSENPERSONEN (HANDEL)/INTERMÉDIAIRES COMMERCIAUX

HOF VAN CASSATIE 15 MEI 2008

TUSSENPERSONEN (HANDEL)

Agentuur – Bankagent – Beëindiging – Uitwinningsvergoeding – Afwending cliënteel naar nieuwe principaal

De handelsagent heeft recht op een uitwinningsvergoeding, wanneer naar redelijke verwachting mag worden aangenomen dat de aanbrenge van nieuwe klanten of de aanzienlijke uitbreiding van de zaken met de bestaande klanten, na de beëindiging van de overeenkomst, de principaal nog aanzienlijke voordelen zal opleveren, hetgeen een zekere bestendigheid van bedoelde aanbrenge of uitbreiding impliceert. Het is evenwel niet vereist dat de aanbrenge of de uitbreiding, na de beëindiging van de overeenkomst, daadwerkelijk nog aanzienlijke voordelen oplevert voor de principaal.

De vervulling van de voorwaarde dient in de regel te worden beoordeeld op het ogenblik van de beëindiging van de overeenkomst. Feiten, die dateren van na de beëindiging van de overeenkomst en van aard zijn de verwezenlijking van de voorwaarde in de weg te staan, mogen in geen geval in aanmerking worden genomen, wanneer zij aan de principaal zelf toe te schrijven zijn.

INTERMÉDIAIRES DE COMMERCE

Agence – Agent bancaire – Fin du contrat – Indemnité d'éviction – Détournement de la clientèle au profit d'un nouveau commettant

L'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction lorsqu'il peut être raisonnablement admis que l'apport de nouveaux clients ou le développement sensible des affaires avec la clientèle existante, procurera des avantages substantiels au commettant, après la fin du contrat, ce qui implique une certaine constance de cet apport ou de ce développement des affaires. Il n'est toutefois pas requis que l'apport ou le développement des affaires, après la fin du contrat, procure encore effectivement des avantages substantiels au commettant.

La réalisation de la condition, doit, en principe, être appréciée lorsque le contrat prend fin. Des faits qui sont postérieurs à la fin du contrat et qui sont de nature à faire obstacle à la réalisation de la condition, ne peuvent en aucun cas être pris en considération lorsqu'ils sont imputables au commettant.

Dexia Bank België NV/M.V.M.

Zet.: R. Boes (voorzitter), E. Waûters (afdelingsvoorzitter), E. Stassijns, B. Deconinck en A. Smetryns (raadheren)

O.M.: Chr. Vandewal (advocaat-generaal)

Pl.: Mrs. H. Geinger en B. Maes

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 23 januari 2007 gewezen door het hof van beroep te Brussel.

(...)

II. Cassatiemiddelen

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 20, eerste en tweede lid, van de wet van 13 april 1995 betreffende de agentuurovereenkomst;
- artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

Bij arrest van 23 januari 2007 verklaart het hof van beroep te Brussel het principaal hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en deels gegrond en veroordeelt de eiseres onder meer tot het betalen van de som van 116.500,00 EUR ten titel van uitwinningsvergoeding, meer de interest aan de wettelijke rentevoet vanaf 9 augustus 2001 op dit bedrag en de gerechtelijke interesten. Deze beslissing is gestoeld op volgende overwegingen:

“2.1 (De verweerster) vordert vervolgens een uitwinningsvergoeding van 5.658.011 BEF of 140.258,18 EUR, alsook een aanvullende schadevergoeding van 50.456,32 EUR, hetzij 190.714,50 EUR in het totaal.

Artikel 20 van de wet van 13 april 1995 bepaalt dat de handelsagent na de beëindiging van de overeenkomst recht heeft op een uitwinningsvergoeding, wanneer hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of wanneer hij de zaken met de bestaande klanten aanzienlijk heeft uitgebreid, voor zover dit de principaal nog aanzienlijke voordelen kan opleveren (eerste lid).

Het bedrag van deze uitwinningsvergoeding wordt bepaald, rekening houdend zowel met de gerealiseerde uitbreiding van de zaken als met de aanbreng van klanten (derde lid).

De uitwinningsvergoeding mag niet meer bedragen dan het bedrag van een jaar vergoeding, berekend op basis van het gemiddelde van de vijf voorafgaande jaren (vierde lid).

Artikel 21 bepaalt dat, voor zover de handelsagent recht heeft op een uitwinningsvergoeding bepaald in artikel 20 en het bedrag van deze vergoeding de werkelijk geleden schade niet volledig vergoedt, de handelsagent, mits hij de werkelijke omvang van de beweerdte schade bewijst, boven deze vergoeding schadeloosstelling kan verkrijgen ten belope van het verschil tussen het bedrag van de werkelijk geleden schade en het bedrag van deze vergoeding.

In voorliggend geval bevatte de overeenkomst van handelsagentuur een niet-concurrentiebeding.

Op grond van artikel 24 § 3 en van artikel 20, tweede lid van de wet van 13 april 1995 schept dit ten gunste van (de verweerster) een vermoeden dat zij klanten heeft aangebracht, tenzij (de eiseres) het tegenbewijs levert, en wordt Dexia Bank geacht, behoudens tegenbewijs, nog aanzienlijke voordelen te hebben gekregen. Wat de vereiste betreft dat voormelde aanbreng en/of uitbreiding de principaal nog aanzienlijke voordelen moet kunnen opleveren, moet dit worden beoordeeld op het ogenblik dat de agentuur een einde neemt.

Er moet niet worden bewezen dat deze voordelen effectief werden gerealiseerd en dat de principaal het cliënteel effectief heeft kunnen behouden, noch dat de agent schade heeft geleden.

Gelet op de aanwezigheid van het niet-concurrentiebeding in de met (de verweerster) gesloten overeenkomst, moet behoudens tegenbewijs, worden vermoed dat deze aanbreng en/of uitbreiding van aard was nog aanzienlijke voordelen op te leveren voor Dexia Bank.

Dit tegenbewijs wordt niet geleverd door (de eiseres).

Het hof (van beroep) houdt hierbij rekening met het feit dat het op het einde van de agentuur bestaande cliënteel de mogelijkheid bood om toekomstige bestellingen te bekomen, en dit op een voortdurende en zelfs dagelijkse basis, gelet op de eigen aard van bankproducten, bankdiensten en bankrelaties.

Dat (de verweerster) na de beëindiging van de agentuur voor een concurrerende bankinstelling is gaan werken in dezelfde gemeente, doet hieraan geen afbreuk. Aangezien

Dexia Bank een einde had gesteld aan de agentuur, was zij immers niet gehouden tot enige niet-concurrentieverplichting en er wordt in ieder geval niet aangetoond dat (de verweerster) een onrechtmatige concurrentie zou hebben gevoerd, zelfs indien een groot aantal klanten de facto hun tegoeden op rekeningen en spaarboekjes van Dexia Bank hebben overgebracht naar het nieuwe kantoor waar (de verweerster) werkzaam was vanaf 16 juli 2001.

Er kan bovendien niet worden uitgesloten dat de door (de eiseres) ingeroepen afvloeiing van het cliënteel te wijten was aan de wijze waarop het agentschap van Dexia Bank te Staden na 30 juni 2001 werd uitgebaat.

Er wordt in ieder geval niet bewezen dat het, in het licht van de bedoelingen en toekomstplannen van (de verweerster) op het ogenblik van de beëindiging van de agentuur vaststond dat er voor Dexia Bank geen aanzienlijke voordelen meer te verwachten waren.

Dat (de verweerster) in een rondschrijven van 27 juni 2001 de klanten heeft bedankt voor het in haar en haar familie gestelde vertrouwen, en tegelijk heeft laten weten dat zij steeds verder op haar zouden kunnen rekenen en dat hun wegen elkaar ongetwijfeld nog zouden kruisen, staat aan de overige overwegingen niet in de weg. Aangezien Dexia Bank beslist had de samenwerking met (de verweerster) te beëindigen en deze laatste niet gehouden was tot enige niet-concurrentieverplichting, kan het haar niet ten kwade worden geduid dat zij er van uitging dat zij in dezelfde branche werkzaam zou blijven."

Grief

Eerste onderdeel

Naar luid van artikel 20, eerste lid van de wet van 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst heeft de handelsagent, na de beëindiging van de overeenkomst recht op een uitwinningsvergoeding wanneer hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of wanneer hij de zaken met de bestaande klanten aanzienlijk heeft uitgebreid, voor zover dit de principaal aanzienlijke voordelen kan opleveren.

Deze uitwinningsvergoeding beoogt meer bepaald de agent te vergoeden voor het verlies van de door hem aangebrachte klanten, waarvan de bestellingen automatisch bij de principaal blijven toekomen, en vormt tevens de tegenwaarde van de voordelen die de principaal na het einde van de overeenkomst nog haalt uit de inspanningen geleverd door de agent.

Aan het recht op uitwinningsvergoeding zal dan ook slechts voldaan zijn wanneer vaststaat dat de principaal verder aanzienlijke voordelen zal blijven halen uit de door de agent gedane inspanningen tijdens de duur van de agentuurovereenkomst, minstens dat er voldoende garanties bestaan op datum van beëindiging van de overeenkomst dat de princi-

paal uit die aanbrenge of uitbreiding aanzienlijke voordelen zal halen.

Uit de in de wettekst gebezigde bewoordingen, inzonderheid de Franse versie, evenals uit het tweede lid van artikel 20 van de wet van 13 april 1995 volgt bovendien duidelijk dat louter potentiële voordelen niet volstaan, maar dat op het einde van de overeenkomst moet vaststaan dat die aanbrenge of uitbreiding aanzienlijke voordelen zal opleveren. Immers, niet alleen wordt er in de Franse versie van het eerste lid van artikel 20 van de wet van 13 april 1995 expliciet als voorwaarde gesteld dat de aanbrenge of uitbreiding aanzienlijke voordelen “moet” opleveren (“doive procurer”), wat erop wijst dat moet vaststaan dat er dankzij deze aanbrenge of uitbreiding effectief aanzienlijke voordelen zullen worden gerealiseerd, doch bovendien wordt er in het tweede lid van datzelfde artikel uitdrukkelijk gesteld dat indien de overeenkomst voorziet in een concurrentiebeding de principaal geacht wordt, behoudens tegenbewijs, nog aanzienlijke voordelen te krijgen, hetgeen wijst op een daadwerkelijke verwezenlijking van die voordelen.

Om te oordelen of aan die voorwaarde al dan niet is voldaan zal de rechter desgevallend rekening kunnen houden met de feiten die zich na de beëindiging van de overeenkomst hebben voorgedaan.

Te dezen stelt het hof van beroep uitdrukkelijk vast, niet alleen dat de verweerster na de beëindiging van de agentuur op 30 juni 2001 voor een concurrerende instelling is gaan werken in dezelfde gemeente, doch bovendien dat de verweerster in een rondschrjven van 27 juni 2001, hetzij drie dagen voor de beëindiging van de overeenkomst, de klanten had laten weten dat zij steeds verder op haar zouden kunnen rekenen en dat hun wegen elkaar ongetwijfeld nog zouden kruisen en dat een groot aantal klanten de facto hun tegoe-den op rekeningen en spaarboekjes van de eiseres hebben overgeschreven naar het nieuwe kantoor waar de verweerster werkzaam was vanaf 16 juli 2001, vaststellingen die een aanwijzing opleverden of alleszins konden opleveren van de verbondenheid van aangebrachte klanten met de verweerster en derhalve van de afwezigheid van het bestaan van de bij de wet vereiste aanzienlijke voordelen in hoofde van de eiseres.

Besluit

Waar het hof van beroep aanneemt dat de voorwaarde dat de aanbrenge of uitbreiding de principaal aanzienlijke voordelen moet kunnen opleveren moet worden beoordeeld op het ogenblik dat de agentuur een einde neemt, zonder dat moet worden bewezen dat deze voordelen effectief werden gerealiseerd, en aldus aanneemt dat louter potentiële voordelen volstaan, zonder dat moet worden nagegaan of de aanbrenge of uitbreiding voldoende garanties biedt dat de principaal dankzij die aanbrenge of uitbreiding en derhalve dankzij de inspanningen van de gewezen agent aanzienlijke voordelen zal realiseren na het einde van de overeenkomst, verant-

woordt het zijn beslissing niet naar recht (schending van artikel 20, eerste en tweede lid van de wet van 13 april 1995 betreffende de agentuurovereenkomst). Bovendien verantwoordt het hof van beroep, dat oordeelt dat de feiten die zich na de beëindiging van de overeenkomst hebben voorgedaan, inzonderheid de omstandigheid dat de agent onmiddellijk, in dezelfde gemeente, voor een concurrerende bank is gaan werken, dat de agent had aangekondigd dat hun wegen elkaar nog zouden kruisen en dat een groot aantal klanten de agent ook effectief zijn gevolgd naar het nieuwe kantoor, niet relevant zijn ter beoordeling van het voorhanden zijn van voornoemde voorwaarde, ook om die reden zijn beslissing niet naar recht (schending van artikel 20, eerste lid van de wet van 13 april 1995 betreffende de agentuurovereenkomst). Derhalve kon het hof van beroep ook niet wettig besluiten dat de eiseres niet het vereiste tegenbewijs had geleverd (schending van artikelen 20, eerste en tweede lid van de wet van 13 april 1995 betreffende de agentuurovereenkomst en 870 van het Gerechtelijk Wetboek).

Tweede onderdeel

(...)

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 20, eerste lid van de wet van 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst, heeft de handelsagent, na de beëindiging van de overeenkomst, recht op een uitwinningsvergoeding, wanneer hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of wanneer hij de zaken met de bestaande klanten aanzienlijk heeft uitgebreid, voor zover dit de principaal nog aanzienlijke voordelen kan opleveren.

Krachtens dit artikel, wordt de principaal geacht, behoudens tegenbewijs, nog aanzienlijke voordelen te krijgen, zo de overeenkomst voorziet in een concurrentiebeding.

2. Uit de tekst van de wet en uit de parlementaire voorbereiding volgt dat de handelsagent recht heeft op een uitwinningsvergoeding, wanneer naar redelijke verwachting mag worden aangenomen dat de aanbrenge van nieuwe klanten of de aanzienlijke uitbreiding van de zaken met de bestaande klanten, na de beëindiging van de overeenkomst, de principaal nog aanzienlijke voordelen zal opleveren, hetgeen een zekere bestendigheid van bedoelde aanbrenge of uitbreiding impliceert. Het is evenwel niet vereist dat de aanbrenge of de uitbreiding, na de beëindiging van de overeenkomst, daadwerkelijk nog aanzienlijke voordelen oplevert voor de principaal.

De vervulling van de voorwaarde dient in de regel te worden beoordeeld op het ogenblik van de beëindiging van de over-

eenkomst. Feiten, die dateren van na de beëindiging van de overeenkomst en van aard zijn de verwezenlijking van de voorwaarde in de weg te staan, mogen in geen geval in aanmerking worden genomen, wanneer zij aan de principaal zelf toe te schrijven zijn.

3. In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat, op het ogenblik van de beëindiging van de handelsagentuurovereenkomst, moet vaststaan dat de aanbrengh van nieuwe klanten of de aanzienlijke uitbreiding van de zaken met de bestaande klanten nog aanzienlijke voordelen zal opleveren, faalt het naar recht.

4. De appelrechter oordeelt dat:

– zelfs rekening gehouden met de muntontwaarding, aan de hand van de door de verweerster overgelegde en door de eiseres op zich niet betwiste cijfers, moet worden aangenomen dat er een belangrijke aanbrengh van nieuwe klanten en een aanzienlijke uitbreiding van de zaken met de bestaande klanten heeft plaatsgevonden;

– de vereiste dat voormelde aanbrengh of uitbreiding de principaal nog aanzienlijke voordelen moet kunnen opleveren, te beoordelen is op het ogenblik dat de agentuur een einde neemt;

– er niet moet worden bewezen dat deze voordelen zich effectief hebben verwezenlijkt;

– nu de overeenkomst een niet-concurrentiebeding inhoudt, behoudens tegenbewijs, moet worden aanvaard dat de aanbrengh of uitbreiding van aard was nog aanzienlijke voordelen op te leveren voor de eiseres;

– de eiseres dit tegenbewijs niet levert;

– bij deze beoordeling, rekening wordt gehouden met het feit dat het op het einde van de agentuur bestaande cliënteel, de mogelijkheid bood om toekomstige bestellingen te bekomen en dit, in acht genomen de aard van de bankproducten, bankdiensten en bankrelaties, op voortdurende en zelfs dagelijkse basis.

5. In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat de appelrechter door aan te nemen dat de beoordeling dient te geschieden op

het ogenblik dat de agentuur een einde neemt, zonder dat moet bewezen worden dat deze voordelen effectief werden gerealiseerd, meteen ook aanneemt dat louter potentiële voordelen volstaan, zonder dat moet nagegaan worden of de aanbrengh of uitbreiding voldoende garanties biedt dat de principaal dankzij die aanbrengh of uitbreiding aanzienlijke voordelen zal realiseren, berust het op een verkeerde lezing van het arrest en mist het feitelijke grondslag.

6. De appelrechter oordeelt dat niet kan worden uitgesloten dat de door de eiseres ingeroepen afvloeiing van cliënteel te wijten is aan de wijze waarop het agentschap van de eiseres te Staden, na 30 juni 2001, werd uitgebaat.

Hij geeft aldus, zonder schending van de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen, te kennen dat de eiseres in haar bewijslast faalt, nu niet kan worden uitgesloten dat het feit dat de verwezenlijking van de voordelen in de weg staat, aan haarzelf toe te schrijven is.

7. Deze zelfstandige niet bekritiseerde reden draagt de beslissing van de appelrechter dat de eiseres in haar bewijslast faalt. In zoverre het onderdeel opkomt tegen de overwegingen van de appelrechter met betrekking tot de omstandigheid dat de verweerster onmiddellijk, in dezelfde gemeente, voor een concurrerende bank is gaan werken en aan de klanten aankondigde dat hun wegen elkaar nog zouden kruisen en dat een groot aantal klanten de verweerster effectief zijn gevolgd naar het nieuwe kantoor en de afwezigheid van incidentie van deze elementen op de vervulling van de voorwaarde, kan het, al was het gegrond, niet tot cassatie leiden. Het onderdeel is in zoverre, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

(...).

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep. (...)

Noot

Werd vervolgd. De uitwinningsvergoeding wanneer de agent “zijn” cliënteel meeneemtDave Mertens¹**A. SITUERING EN RECHTSVRAAG****A.1. Probleemstelling**

1. De afgelopen jaren hebben diverse banken hun netwerk herschikt. Vooral kleinere agentschappen worden geschrapt; hun overeenkomst wordt opgezegd of met onmiddellijke ingang beëindigd en de door hen beheerde rekeningen overgedragen naar een ander kantoor van dezelfde bank. Niet alle agenten laten dit echter zomaar gebeuren. In de maanden na het einde van de overeenkomst blijkt dan dat de voormalige agent een nieuwe principaal heeft gevonden en een (groot) deel van “zijn” klanten heeft kunnen overtuigen om hem te volgen. Vaak gebeurt dat dan ook: klanten “lopen over”. De agent maakt hen dat gemakkelijk: door middel van een door hem opgesteld standaarddocument laten ze hun rekeningen overboeken naar de nieuwe principaal. Zo blijft uiteindelijk slechts een fractie van de oorspronkelijke portefeuille over.

De vraag is of dit cliënteelverloop, dat immers pas intreedt na het einde van de overeenkomst en de eventuele opzeggingstermijn, zijn impact kan hebben op de vergoeding waarop de beëindigde agent op grond van artikel 20 Handelsagentuurwet (hierna: “HAW”) aanspraak kan maken bij beëindiging van de overeenkomst. Dit artikel bepaalt immers dat de handelsagent recht heeft op een uitwinningsvergoeding wanneer hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of wanneer hij de zaken met de bestaande klanten aanzienlijk heeft uitgebreid, *“voor zover dit de principaal nog aanzienlijke voordelen kan opleveren”*. Volgt hieruit dat een principaal de begroting van de uitwinningsvergoeding kan uitstellen tot hij zicht heeft over het uiteindelijke behoud van cliënteel?

Het antwoord op deze vraag ligt niet voor de hand. De tekst van artikel 20 HAW is allerm minst duidelijk. Wat het verschuldigd zijn van de uitwinningsvergoeding betreft, wordt naar de toekomst verwezen (*“aanzienlijke voordelen kan opleveren”*). Op het eerste gezicht worden wat de berekening van de per hypothese verschuldigde vergoeding betreft, daarentegen enkel elementen uit het verleden uitdrukkelijk aangehaald (*“rekening houdend zowel met de gerealiseerde uitbreiding van zaken als met de aanbrengh van klanten”*). Ook met betrekking tot het plafond dat de uitwinningsvergoeding niet mag overschrijden wordt naar het verleden gekeken (*“een jaar vergoeding berekend op*

basis van de gemiddelde vergoeding in de vijf voorafgaande jaren”).

A.2. Argumenten ten voordele van de agent

2. In het besproken geval zal de agent kunnen argumenteren dat hij gerechtigd was het cliënteel van zijn voormalige principaal af te werven. Vermits de principaal eenzijdig beëindigde zonder een in artikel 19 HAW vermelde reden aan te voeren, kon een eventueel concurrentiebeding immers geen uitwerking hebben (art. 24 § 2 HAW). De agent in deze omstandigheden zijn recht op (volledige) vergoeding ontzeggen louter omdat hij klanten afwerft, betekent hem onrechtstreeks alsnog een concurrentiebeperking op te leggen. Dit lijkt moeilijk te verzoenen met de dwingende bepalingen van artikel 24 HAW en met het recht op vrije mededinging onder meer vervat in artikel 7 Decreet D’Allarde. Indien een principaal een agent afstoot die kennelijk wel het vertrouwen heeft van de klanten, dan dient hij de gevolgen van zijn eigen beslissing te dragen. Het is de klant die wikt en weegt.

Uit de tekst van de Handelsagentuurwet blijkt geenszins dat het vereist zou zijn dat de aangebrachte klanten verder met de principaal zouden blijven contracteren opdat de agent aanspraak zou kunnen maken op een uitwinningsvergoeding – wel integendeel. Artikel 20, lid 1 HAW suggereert alleszins dat potentiële voordelen voldaan (*“na de beëindiging van de overeenkomst ... nog aanzienlijke voordelen kan opleveren”*). Tevens kan gewezen worden op artikel 11, 1° HAW. Bij toepassing van dit artikel heeft de agent recht op commissies voor zaken te danken aan zijn inspanningen en afgesloten binnen een termijn van zes maanden na het einde van de overeenkomst. Hieruit volgt a contrario dat de uitwinningsvergoeding in de zin van artikel 20 HAW uitsluitend potentiële voordelen en contractkansen beoogt. In het andere geval had de wetgever er immers mee kunnen volstaan een soortgelijke termijn te bepalen waarbinnen dan had moeten blijken of het cliënteel inderdaad trouw is gebleven aan de principaal.

Inderdaad heeft de agent na het einde van de overeenkomst geen zicht meer op wat werkelijk met de cliënteelportefeuille gebeurt. De principaal zal er alleszins geen belang bij

¹ Universiteit Antwerpen.

hebben om objectieve gegevens te verstrekken. Mogelijks werd cliënteel overgeheveld naar een ander kantoor. Het valt ook niet uit te sluiten dat een eventueel cliënteelverlies aan de principaal zelf te wijten is. Allicht zal minstens een aantal klanten niet bereid zijn zich voor hun bankzaken naar een andere buurt of gemeente te verplaatsen. Mogelijks boezemt de andere kantoorhouder niet hetzelfde vertrouwen in of laat zijn klantvriendelijkheid te wensen over. Het is ook niet steeds duidelijk dat het cliënteelverloop de voormalige agent ten goede is gekomen. Het loutere feit dat klanten stelselmatig hun rekening afsluiten en hun tegoeden opnemen, vormt geen afdoende bewijs. Het valt immers niet uit te sluiten dat een deel van deze klanten is overgestapt naar een andere bank of een ander agentschap van dezelfde bank. Vanuit rechtseconomisch perspectief heeft een beoordeling van de hypothetische voordelen aanwezig op het einde van de overeenkomst dan ook de voorkeur. Het risico behoort te liggen bij diegene die over de cliënteelportefeuille beschikt. Dit is kennelijk ook de keuze van de wetgever geweest².

A.3. Argumenten ten voordele van de principaal

3. Omgekeerd zal de principaal terecht argumenteren dat de uitwinningsvergoeding tot doel heeft de agent te vergoeden voor de door hem gerealiseerde meerwaarde aan cliënteel (goodwill). Blijkens de parlementaire voorbereiding wenste men te vermijden dat de agent een cliënteel zou opbouwen en dat de principaal, eenmaal de bestellingen quasi automatisch binnenlopen, zich dit cliënteel zonder ver-

goeding zou kunnen toe-eigenen³. In die zin is de uitwinningsvergoeding een veruitwendiging van de algemene regel dat niemand zich ten koste van een ander kan verrijken en een species van de theorie van verrijking zonder oorzaak⁴. Dit beginsel is diep geworteld in en gemeenschappelijk aan alle westerse rechtssystemen⁵, inclusief het Frans-Belgische⁶. De grondslag ligt in het beginsel dat eenieder het recht heeft de vruchten van de eigen inspanningen te plukken⁷. Hiermee sluit het beginsel naadloos aan bij ratio van private eigendom: het internaliseren van investeringsprikels, het stabiliseren van de maatschappelijke verhoudingen en kanaliseren van de strijd van allen tegen allen⁸. Hoewel verrijking zonder oorzaak niet algemeen wettelijk geregeld is, heeft het Hof van Cassatie uit een aantal specifieke toepassingsgevallen een algemeen rechtsbeginsel afgeleid⁹. Algemeen gesteld, gaat het er niet zozeer om prestaties te vergoeden, maar wel om het verbroken evenwicht tussen het patrimonium van de verarmde en het patrimonium van de verrijkte of tussen prestatie en tegenprestatie te herstellen¹⁰. Vergoeding vooronderstelt dan wel een daadwerkelijke verrijking en reële voordelen. De agent kan bezwaarlijk als een “gewone” concurrent worden beschouwd. Wanneer hij na het einde van de overeenkomst cliënteel afwerft, bouwt hij immers voort op de klantenrelaties en contractkansen die hij in de loop van de overeenkomst heeft ontwikkeld. Nochtans werd hij voor deze inspanningen in principe reeds vergoed, enerzijds in de vorm van een vaste vergoeding en/of commissies en anderzijds in de vorm van de uitwinningsvergoeding. Anders gesteld: wanneer de agent het veld heeft beploegd en bezaaid, kan de principaal niet zonder vergoeding oogsten; dit vooronderstelt echter wel de opgezegde

² D. MERTENS, “Houd de dief! De uitwinningsvergoeding wanneer de handelsagent ‘zijn’ cliënteel meeneemt” (noot bij Kh. Brussel 27 november 2003), *T.B.H.* 2005, p. 983.

³ *Parl. St. Senaat* 1991-92, 255/3, 11.

⁴ M.W. HESSELINK, J.W. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON en M. VELDMAN, *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Bruylant, 2006, 141. Vgl.: “Der in § 89 b geregelte Anspruch ist gerichtet auf Wertausgleich. Er bezweckt den Ausgleich jener Wertsteigerung es Betriebes des Unternehmers, welche der Handelsvertreter durch Anbahnung fortdauernde Geschäftsverbindungen mit neuen Kunden bewirkt hat, indem diese Geschäftsverbindungen ein Aktivum des Unternehmens geworden sind.” (D. BRÜGGEMANN (bew.), *HGB: Staub Grosskommentar*, § 84-104, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, 175, nr. 2).

⁵ J. GORDLEY, *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 419-421 en E. CLIVE, “Unjustified Enrichment”, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Kluwer, 2004, 586. Zie voor een meer algemene en rechtsvergelijkende analyse onder meer: J. BEATSON en E. SCHRAGE (eds.), *Unjustified enrichment*, Oxford, Hart, 2003, 585 p. en P. SCHLECHTRIEM, C. COEN en R. HORNING, “Restitution and Unjust Enrichment in Europe”, *ERPL* 2001, 377-415.

⁶ X. PIN, “Enrichissement sans cause: fasc. 10”, in *Jurisclasseur*, Quasi-contrats, 2007, 2, nr. 1; A.-M. ROMANI, “Enrichissement sans cause”, in *Rep. Civ. Dalloz*, 2006, 2, nr. 2; E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, *T.P.R.* 1981, 1023; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 3, *Les Obligations (2)*, Brussel, Bruylant, 1967, 31, nr. 26 en A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, 524.

⁷ X. PIN, “Enrichissement sans cause: fasc. 10”, in *Jurisclasseur*, Quasi-contrats, 2007, 9, nrs. 28-29 en H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 3, *Les Obligations (2)*, Brussel, Bruylant, 1967, 35-36, nr. 28; in soortgelijke zin: J. ROMAIN, “Topographie des principes généraux du droit en droit privé, à caractère primaire, secondaire et tertiaire (principes généraux de liberté individuelle, de responsabilité et bonne foi, d’équité, de sécurité juridique, et autres principes liés)”, in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 911 en 923; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 189; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1949, 244-269, nrs. 133-147 en A. ROUAST, “L’enrichissement sans cause et la jurisprudence civile”, *Rev. trim. dr. civ.* 1922, 91-93, nr. 31.

⁸ Vgl.: J. GORDLEY, *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 424, met verwijzing naar Thomas van Aquino, Domenicus Soto, Ludovicus Monila, Leonardus Lessius, Hugo Grotius en Samuel Pufendorf.

⁹ Cass. 18 april 1991, *R.W.* 1993-94, 1065; Cass. 17 november 1983, *R.W.* 1983-84, 2982; Cass. 23 april 1965, *R.W.* 1965-66, 1158 en *R.C.J.B.* 1966, 51 met noot R. KRUIJTHOF. Ook in Frankrijk wordt het beginsel als algemeen rechtsbeginsel aanvaard (X. PIN, “Enrichissement sans cause: fasc. 10”, in *Jurisclasseur*, Quasi-contrats, 2007, 3, nr. 5, met verwijzingen aldaar).

¹⁰ A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, 529, nr. 360B, 3°; in soortgelijke zin: V. SAGAERT, “Ongerechtvaardigde verrijking en gewijzigde omstandigheden”, *T.P.R.* 2001, 587, nr. 3 en A. ROUAST, “L’enrichissement sans cause et la jurisprudence civile”, *Rev. trim. dr. civ.* 1922, 55, nr. 11 juncto 93, nr. 31. Vergelijk: D. BRÜGGEMANN (bew.), *HGB: Staub Grosskommentar*, §§ 84-104, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, 175, nr. 2.

agent dit “veld” verlaat. Het gaat niet op twee keer langs de kassa te willen passeren.

Allicht zal de agent tijdens de opzeggingstermijn “zijn” klanten reeds proberen warm te maken voor de overstap naar een nieuwe principaal. Alleszins zal hij er weinig belang bij hebben nog te investeren in cliënteel waar hij op termijn toch niet de vruchten van zal kunnen plukken. Nochtans stelt de opzegging geen einde aan zijn contractuele verplichtingen ten aanzien van de principaal, inclusief zijn verbintenis de belangen van de principaal loyaal en te goeder trouw te behartigen. De agent dient dus prikkels te krijgen om het behoud van het cliënteel door de principaal te benaarstigen. Hoe dan ook zal pas in de periode na de beëindiging kunnen blijken of de agent aan zijn contractuele verbintenissen heeft voldaan en het cliënteel inderdaad verder heeft ontwikkeld en uiteindelijk ter beschikking heeft gesteld van de principaal. Vanuit rechtseconomisch perspectief heeft een vergoeding van bewezen meerwaarde dan ook de voorkeur. Dit is kennelijk ook de keuze van de wetgever geweest. In beginsel ligt de last van het bewijs van de verrijking en de omvang ervan bij de handelsagent. In aanwezigheid van een concurrentiebeding wordt de agent weliswaar vermoed principieel recht te hebben op een uitwinningvergoeding, maar dit vermoeden is weerlegbaar; a fortiori geeft dit vermoeden hem niet automatisch recht op de maximale vergoeding. Tot slot zij erop gewezen dat geen enkele wettelijke bepaling stelt dat een per hypothese verschuldigde vergoeding op het einde van de overeenkomst onmiddellijk opeisbaar zou worden.

A.4. Huidige stand van de rechtspraak

4. Gelet op het voorgaande, zal het niet verbazen dat de feitenrechters aan dit probleem diverse en sterk uiteenlopende oplossingen hebben gegeven. Zelfs binnen dezelfde rechtbank of hetzelfde hof kwam men zo tot op het eerste gezicht onverzoenbare uitspraken. In vrijwel identieke gevallen werd de ene keer beslist dat het herwinnen van klanten door de agent reden was om de uitwinningvergoeding te weigeren¹¹ of het bedrag ervan te beperken¹² en de andere keer dat deze omstandigheid vreemd moet blijven aan zowel het recht op vergoeding als de begroting ervan¹³.

Op het eerste gezicht lijkt het hof van beroep te Brussel zich met het bestreden arrest eerder bij het laatste standpunt te hebben aangesloten. De concurrentie door de agent na het einde van de overeenkomst wordt immers buiten beschouwing gelaten. Bij nader toezien, laat het hof de deur echter op een kier. Het hof sluit immers niet a priori uit dat het voor-

nemen een concurrerende activiteit aan te vatten een relevante overweging kan zijn. Zoveel volgt a contrario uit de overweging dat het niet bewezen zou zijn dat het “*in het licht van de bedoelingen en toekomstplannen van (de opgezegde agent) op het ogenblik van de beëindiging van de agentuur vaststond dat er voor Dexia Bank geen aanzienlijke voordelen meer te verwachten waren*” en dat het bovendien niet zeker zou zijn dat de opgezegde agent op het ogenblik van een rondschriven vlak het einde van de overeenkomst al wist onder welke precieze omstandigheden zij verder werkzaam zou blijven. Deze overwegingen suggereren dat concurrentie door de voormalige agent naar oordeel van het hof wel degelijk zijn impact kan hebben op de verschuldigde uitwinningvergoeding, althans indien op het beoordelingsmoment reeds vaststond dat de opgezegde agent een nieuwe principaal had gevonden. Inderdaad staat in dergelijke hypothese het behoud van (een groot deel van) het cliënteel door de opgezegde agent en het substantiële verloop van de cliënteelportefeuille van de principaal, vrijwel vast.

A.5. Impact van het cassatiearrest van 15 mei 2008

5. Op de vraag of de omstandigheid dat een agent een deel van zijn cliënteel “meeneemt” verhindert dat deze agent aanspraak zou maken op een uitwinningvergoeding, dan wel of deze omstandigheid aanleiding zou kunnen geven tot een vermindering van deze vergoeding, biedt het cassatiearrest van 15 mei 2008 geen pasklaar antwoord. Het cassatiemiddel gaf hiertoe ook geen aanleiding.

Niettemin verduidelijkt het arrest de draagwijdte en betekenis van artikel 20 Handelsagentuurwet en met name dan van de zinsnede “*voor zover dit de principaal nog aanzienlijke voordelen kan opleveren*”. De handelsagent heeft recht op een uitwinningvergoeding, wanneer naar redelijke verwachting mag worden aangenomen dat de aanbrenghing van nieuwe klanten of de aanzienlijke uitbreiding van de zaken met de bestaande klanten, na de beëindiging van de overeenkomst, de principaal nog aanzienlijke voordelen zal opleveren. Dit impliceert een zekere bestendigheid van bedoelde aanbrenghing of uitbreiding. Het is niet vereist dat de aanbrenghing of de uitbreiding, na de beëindiging van de overeenkomst, daadwerkelijk nog aanzienlijke voordelen oplevert voor de principaal. De vervulling van de voorwaarde dient in de regel te worden beoordeeld op het ogenblik van de beëindiging van de overeenkomst.

De feitenrechter zal met andere woorden een prognose moe-

¹¹. Kh. Brussel 27 november 2003, *T.B.H.* 2005/9, p. 980, met noot D. MERTENS.

¹². Antwerpen (5^e k.) 28 oktober 2004, *onuitg.* (2003/AR/866); Kh. Antwerpen (17^e k.) 17 oktober 2005, *onuitg.* (AR/05/0092); Kh. Antwerpen (13^e k.) 24 juni 2005, *onuitg.* (AR/04/06905); Kh. Antwerpen (13^e k.) 17 juni 2005, *onuitg.* (AR/04/12971); Kh. Antwerpen (13^e k.) 17 juni 2005, *onuitg.* (AR/04/00094); Kh. Antwerpen (17^e k.) 18 april 2005, *onuitg.* (AR/04/02760) en Kh. Antwerpen (21^e k.) 16 november 2004, *onuitg.* (AR/03/16492).

¹³. Antwerpen (4^e bis k.) 30 oktober 2006, *onuitg.* (2005/AR/3096); Kh. Antwerpen (9^e k.) 21 april 2006, *onuitg.* (AR/8925/04); Kh. Antwerpen (7^e k.) 10 december 2002, *onuitg.* (A/01/110304) en Kh. Antwerpen (10^e k.) 13 mei 2002, *onuitg.* (AR/01/1740).

ten maken en het potentieel beoordelen zoals dat bij de beëindiging van de overeenkomst bestaat. De vraag is dan of uit de aard van het cliënteel valt af te leiden dat er in de toekomst nog zaken te verwachten zijn van de aanbrengr of uitbreiding. Het Hof van Cassatie preciseerde nog dat feiten die dateren van na de beëindiging van de overeenkomst niet in

aanmerking mogen worden genomen, wanneer zij aan de principaal zelf toe te schrijven zijn. A contrario volgt hieruit dat latere feiten die van aard zijn de verwezenlijking van de voorwaarde in de weg te staan en toe te schrijven zijn aan de activiteiten van de agent, wel in aanmerking kunnen worden genomen.

B. VOORAF: OVER DE AARD VAN DE UITWINNINGSVERGOEDING

6. Hierna komen de verschillende denkpijstes aan bod die aan een principaal open staan en die ertoe zouden kunnen leiden dat de agent die “zijn” klanten na het einde van de agentuurovereenkomst naar zijn nieuwe principaal “mee-neemt”, zijn recht op een uitwinningvergoeding geheel of gedeeltelijk verliest. Vanuit dogmatisch oogpunt kunnen hiervoor drie verschillende aanknopingspunten gevonden worden. Eerst en vooral dient de probleemstelling echter zuiver te worden gesteld. Er blijkt immers enige verwarring te bestaan over de draagwijdte van het woordje “kan” in artikel 20, lid 1 HAW en over de werkelijke aard van de uitwinningvergoeding als dusdanig. Tot slot moet de vraag gesteld worden of gebeurtenissen na het einde van de overeenkomst überhaupt wel in rekening kunnen worden genomen.

B.1. De mogelijke voordelen moeten daadwerkelijk zijn

7. In de rechtsleer en vooral ook in de conclusies voor eenzijdig beëindigde handelsagenturen, wordt er vaak op gehamerd dat het niet vereist is dat de principaal de aanzienlijke voordelen waarvan sprake in artikel 20, lid 1 HAW ook daadwerkelijk geniet. Mogelijke voordelen volstaan. Hierbij wordt dan meestal verwezen naar de passage “nog aanzienlijke voordelen **kan** opleveren” (eigen benadrukking). Ook in de Nederlandstalige rechtspraak wordt hier met nadruk op gewezen¹⁴. De bijkomende betekenis van deze “kan” moet evenwel sterk genuanceerd worden.

In het eerste onderdeel van zijn cassatiemiddel vestigde de principaal er terecht de aandacht op dat deze “kan” niet voorkomt in de Franstalige tekst van artikel 20, lid 1 HAW (“... *doive encore procurer des avantages substantiels au commettant*”) en evenmin in de tekst van artikel 20, lid 2 HAW (“*geacht... nog aanzienlijke voordelen te krijgen*”). Overigens komt het woordje evenmin voor in de richtlijn waarvan de Handelsagentuurwet de omzetting is¹⁵. Artikel 17 § 2, a)

van de richtlijn luidt: “*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, en (...)*.” (Engelse tekst: “*and the principal continues to derive...*”; Franse tekst “*et le commettant a encore...*”) (eigen benadrukking).

De uitwinningvergoeding is in essentie een vergoeding voor cliënteel. Nu kan cliënteel niet anders worden opgevat dan als contractkansen. Klanten blijven immers vrij om naar een concurrent over te stappen; een zeker verloop is onvermijdelijk. Indien de principaal er niet in slaagt de geboden kansen te valoriseren, is dit inderdaad zijn eigen verantwoordelijkheid. Klanten kunnen ook onvermogen worden of failliet gaan. De “voordelen” waarvan sprake in artikel 20, lid 1 HAW hebben bijgevolg een intrinsiek precair karakter. Overigens wordt dezelfde lezing gegeven aan de passage “*auch nach Beendigung des Vertragsverhältnis erhebliche Vorteile hat*” uit artikel 89b van het Duitse Handelsgesetzbuch (HGB). Ook hier gaat het om kansen en een “prognose”¹⁶. In die zin voegt het woordje “kan” niets wezenlijks toe.

Dit is precies de draagwijdte van het cassatiearrest van 15 mei 2008 en met name van randnummer 2. Om aanspraak te kunnen maken op een uitwinningvergoeding dient *niet* te blijken dat de aanbrengr van nieuwe klanten of de aanzienlijke uitbreiding van de zaken met de bestaande klanten, na de beëindiging van de overeenkomst de principaal nog aanzienlijke voordelen **kan** opleveren, maar dat de aanbrengr of de uitbreiding na de beëindiging – naar redelijke verwachting – voordelen **zal** opleveren.

Een en ander illustreert overigens ook dat het onderscheid dat sommige auteurs¹⁷ menen te zien tussen de “aanzienlijke (mogelijke) voordelen” in de zin van artikel 20 HAW enerzijds en de “bekende meerwaarde inzake cliënteel” in de zin van artikel 3, 1° Alleenverkoopwet, in werkelijkheid niet

¹⁴. Vgl.: Antwerpen (4^{bis} k.) 30 oktober 2006, *onuitg.* (2005/AR/3096); Antwerpen (4^e k.) 19 september 2005, *onuitg.* (2002/AR/2485) en Kh. Antwerpen (21^e k.) 27 september 2005, *onuitg.* (A.R. 04/8152).

¹⁵. Richtlijn van de Raad van 18 december 1998 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (86/653/EEG); hierna: “de Richtlijn”.

¹⁶. D. BRÜGGEMANN (bew.), *HGB: Staub Grosskommentar*, §§ 84-104, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, 197, nr. 42 en 189, nr. 45.

¹⁷. Zie onder meer: K. DE BOCK en E. DURSIN, “De uitwinningvergoeding”, in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 342-343, nr. 602. Instemmend: Kh. Antwerpen (21^e k.) 27 september 2005, *onuitg.* (A.R. 04/8152).

bestaat. Cliënteel is per definitie niet meer dan een verhoogde mogelijkheid op contractsluiting en op winst. Ook voor het overige zijn beide bepalingen nauw verwant. Het ligt dan ook in de rede dat men bij de begroting van de uitwinningsvergoeding van de handelsagent *mutatis mutandis* rekening zou houden met de rechtspraak inzake de eenzijdige beëindiging van exclusieve verkoopconcessies in het algemeen en inzake billijke bijkomende vergoeding in het bijzonder¹⁸.

B.2. De uitwinningsvergoeding is geen schadevergoeding

8. Doorgaans neemt men aan dat de uitwinningsvergoeding een tweevoudig voorwerp heeft. Zij zou dan tegelijkertijd fungeren als: 1) vergoeding van de schade die de agent lijdt door het verlies van het cliënteel dat hij mee heeft helpen opbouwen en ontwikkelen; deze schade bestaat dan uit de gederfde commissies ingevolge de beëindiging van de overeenkomst; en 2) tegenprestatie voor de voordelen die de principaal na het beëindigen van de overeenkomst behoudt; deze voordelen bestaan dan uit de contractkansen die rechtstreeks of onrechtstreeks aan de opgebouwde klantenrelaties kunnen worden ontleend¹⁹. Zoveel blijkt ook uit de parlementaire voorbereiding²⁰. Deze stelling geldt echter slechts onverkort indien men de artikelen 20 en 21 HAW samen leest. Inderdaad dient de bijkomende vergoeding als een bijkomende cliënteelvergoeding te worden beschouwd²¹. Op zich heeft de vergoeding op grond van artikel 20 dergelijk Janusgezicht niet.

Artikel 20 HAW is de omzetting van artikel 17 Richtlijn. De Richtlijn legde de lidstaten op de nodige maatregelen te nemen om te bewerkstellingen dat de handelsagent, na de beëindiging van de overeenkomst, ofwel een cliënteelvergoeding volgens artikel 17 § 2 krijgt, ofwel herstel van nadeel volgens artikel 17 § 3 Richtlijn. De cliënteelvergoeding was duidelijk geïnspireerd op de Duitse wetgeving terzake. Op Frankrijk, Ierland en het Verenigd Koninkrijk na, opteerden alle toenmalige lidstaten voor dit systeem. Zo ook België²². Het belangrijkste verschil met herstel van nadeel is

dat de handelsagent niet moet bewijzen dat hij schade heeft geleden. Zo moet de agent niet staven dat hij door de beëindiging niet de provisies heeft ontvangen waarop hij bij de normale uitoefening van de overeenkomst zou gerechtigd geweest zijn.

Niettemin bevat artikel 17 § 2 Richtlijn wel degelijk een verwijzing naar deze schade. Opdat de agent aanspraak zou kunnen maken op vergoeding, geldt immers als tweede voorwaarde dat betaling van deze vergoeding billijk zou zijn, “gelet op alle omstandigheden, in het bijzonder op de uit de transacties met deze klanten voortvloeiende provisie, die voor de handelsagent verloren gaat”. Onder artikel 89b HGB vormt dit “verlies aan provisies”, naast het ondernemersvoordeel en de billijkheid, zelfs een afzonderlijke en noodzakelijke voorwaarde om op vergoeding aanspraak te kunnen maken²³.

Artikel 20 HAW sluit vergoeding uit in een aantal specifieke gevallen waarbij van schade geen sprake kan zijn, zoals overdracht van de agentuur en cliënteelportefeuille aan een derde (art. 20, lid 5, 3° HAW). Elke algemene verwijzing naar schade in hoofde van de agent ontbreekt evenwel. Het bestaan en het bewijs van schade zullen slechts relevant zijn om een bijkomende vergoeding te bekomen op grond van artikel 21 HAW. De uitwinningsvergoeding van de handelsagent is dan ook geen schadevergoeding maar de prijs die de principaal voor de vermeerdering van het cliënteel verschuldigd is²⁴. De facto zullen de voordelen voor de principaal en de schade voor de agent elkaar allicht min of meer overlappen; de vergoeding van deze schade is evenwel slechts incidenteel. In die zin is de Belgische wet dogmatisch “zuiverder” dan de Duitse regeling en dan artikel 17 § 2 Richtlijn.

B.3. Met latere gebeurtenissen kan, mag en moet rekening gehouden worden

9. Een vaak gebruikt argument om geen rekening te houden met het afwerpen van cliënteel door de agent, is dat het recht van de agent op een uitwinningsvergoeding ontstaat op

¹⁸ M. en S. WILLEMART, *Le contrat d'agence commerciale, Dossiers J.T.*, Brussel, Larcier, 2005, 82-83.

¹⁹ P. CRAYAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale, Dossiers J.T.*, Brussel, Larcier, 2008, 84, nr. 88; In soortgelijke zin: Kh. Antwerpen (2^e k.) 7 januari 2003, *onuitg.* (A.R. 02/01767).

²⁰ *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 355/1, 19.

²¹ Antwerpen (5^e k.) 28 oktober 2004, *onuitg.* (2003/AR/866). Zie in dit verband meer uitgebreid: D. MERTENS, “De bijkomende vergoeding van de handelsagent: cliënteelvergoeding of carte blanche?”, *R.W.* 2002-03, 1041-1047.

²² K. DE BOCK en E. DURSIN, “De uitwinningsvergoeding”, in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 319-320, nr. 560.

²³ “(1) Der Handelsvertreter kann von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit 1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter erworben hat, auch nach Beendigung des Verlagsverhältnisses erhebliche Vorteile hat, 2. der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustanden kommenden Geschäften mit den von ihm erworbenen Kunden hätte, und 3. Die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht. (...)” Aan deze drie voorwaarden dient cumulatief te zijn voldaan opdat de handelsagent aanspraak kan maken op vergoeding.

²⁴ Kh. Antwerpen 21 april 2006, *onuitg.* (2004/AR/8925); D. MERTENS, “De bijkomende vergoeding van de handelsagent: cliënteelvergoeding of carte blanche?”, *R.W.* 2002-03, 1045, nr. 21.

het einde van de overeenkomst. Dit volgt onder meer uit de tekst van artikel 20 (“*na de beëindiging van de overeenkomst heeft de handelsagent recht...*”) en de parlementaire voorbereiding (“*... nog aanzienlijk voordelen zullen opleveren*”²⁵). De rechter moet dus abstractie maken van het werkelijke verloop en uitgaan van het potentieel aanwezig op die datum. Alleen dan krijgt de principaal de economische prikkels om het cliënteel optimaal te exploiteren, vermits kosten en baten volledig voor zijn rekening zijn. Een andere redering zou er toe leiden dat de agent zijn recht op een cliënteelvergoeding verliest omdat de gewezen principaal niet bij machte is om het aangebrachte cliënteel te behouden of dat men enige tijd zou moeten wachten om na te gaan of er al dan niet een cliënteelvergoeding verschuldigd is²⁶.

Een en ander sluit geenszins uit dat de feitenrechter bij zijn beoordeling rekening zou houden met latere gebeurtenissen, zoals het vinden van een nieuwe agentuurovereenkomst en het opstarten van een concurrerende activiteit. In dit verband kan men de parallel trekken met de concessie van alleenverkoop en met name de redelijke opzegtermijn, *c.q.* billijke vergoeding in geval van eenzijdige beëindiging. In beginsel worden beide door partijen bepaald bij de opzegging van het contract. Enkel wanneer partijen het niet eens zijn, doet de rechter uitspraak naar billijkheid. Volgens een vaste rechtspraak plaatst hij zich op het ogenblik van de opzegging²⁷. Niettemin aanvaardt het Hof van Cassatie dat “*bij de begroting van de vervangende opzeggingsvergoeding de rechter rekening houdt met alle gegevens waarover hij op het ogenblik van zijn uitspraak beschikt*”²⁸. Let wel. Het gaat hier geenszins om een soort correctie op grond van billijkheids-overwegingen. A fortiori gaat enige parallel met het aansprakelijkheidsrecht niet op. Terecht maakte voormeld arrest van 16 mei 2003 de nuance dat enkel rekening kan worden gehouden met latere gebeurtenissen in de mate dat zij indi-

catief zijn voor de waarde van de concessie bij opzegging en niet werden “*beïnvloed door de opzegging*”.

In zijn arrest van 15 mei 2008 past het Hof van Cassatie deze redering impliciet en *mutatis mutandis* toe op de aan de handelsagent verschuldigde uitwinningsvergoeding. Het arrest bevestigt dat het verschuldigd zijn van de uitwinningsvergoeding in regel wordt beoordeeld op het ogenblik van beëindiging. Niettemin kunnen feiten die dateren van na de beëindiging van de overeenkomst wel degelijk in aanmerking worden genomen, althans voor zover ze relevant zijn om de waarde van de (mogelijke) voordelen op het beoordelingsmoment te bepalen. Dit is niet het geval “*wanneer zij (deze feiten) aan de principaal zelf toe te schrijven zijn*”. A contrario volgt hieruit dat wel rekening kan worden gehouden met omstandigheden waarop de principaal geen vat had en die op het beoordelingsmoment voorzienbaar waren²⁹. De appreciatie door de feitenrechter van de contractkansen waarover de principaal bij beëindiging van de overeenkomst beschikte, is dus concreet in de mate dat men rekening houdt met alle bekende gegevens, maar is abstract in de mate dat mee- of tegenvallers voor rekening van de principaal zijn.

Hieruit volgt dat wel degelijk rekening kan worden gehouden met de concurrentie door de agent na het einde van de overeenkomst, althans voor zover dit op het einde van de overeenkomst voorzienbaar was. De uitwinningsvergoeding is een vergoeding voor contractkansen (*supra*). Het bedrag van deze vergoeding moet dan ook de waarde van deze contractkansen weerspiegelen (*infra*). Uiteraard wordt deze waarde in belangrijke mate bepaald door het *ex ante* te verwachten natuurlijke verloop. Men kan bezwaarlijk ontkennen dat de voorzienbare concurrentie door de voormalige agent op deze verwachting een negatieve impact heeft. Ook onder artikel 89b HGB geldt dat het weliswaar om hypothetische contractkansen gaat, maar dat het werkelijke cliënteelbehoud hiervan de eerste en beste aanwijzing is³⁰.

C. HOE KAN HET FEIT DAT DE AGENT “ZIJN” CLIËNTEEL MEENEEMT DE UITWINNINGSVERGOEDING BEÏNVLOEDEN?

C.1. Eerste denkpiste: geen aanzienlijke voordelen mogelijk

10. In een eerste denkpiste, die tot het afwijzen van een vordering tot het bekomen van een uitwinningsvergoeding

kan leiden, kan worden beargumenteerd dat het afwenden van de klanten naar een andere bank door de voormalige agent tot gevolg had dat het nieuwe cliënteel en/of de uitbreiding van de bestaande zaken de principaal geen of minstens geen aanzienlijke voordelen meer kon opleveren. Het is tot

²⁵. *Parl. St.* Senaat 1991-92, 355/1, 19.

²⁶. In die zin: K. DE BOCK en E. DURSIN, “De uitwinningsvergoeding”, in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 343, nr. 603.

²⁷. Zie onder meer: Cass. 10 februari 2005, *T.B.H.* 2005/9, p. 922, met noot T. FAELLI.

²⁸. Cass. 16 mei 2003, *DAOR* 2003, afl. 65, 33, met noot D. MERTENS, *RABG* 2004, afl. 20, 1293, met noot A. DESTRYCKER, *R.W.* 2005-06, afl. 6, 222, *T.B.H.* 2005/1, p. 20, met noot Y. VAN COUTER. In soortgelijke zin: Cass. 7 april 2005, *R.W.* 2005-06, 1176, met noot D. MERTENS.

²⁹. Vgl.: G. VON HOYNINGEN-HUENE, “Handelsvertreter”, in K. SCHMIDT (ed.), *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, I*, München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2005, § 89b, 1311, nr. 81.

³⁰. Bundesgerichtshof 3 juni 1971, *EBGHZ*, Vol. 56, 242, 247; D. BRÜGGEMANN (bew.), *HGB: Staub Grosskommentar*, §§ 84-104, Berlijn, Walter de Gruyter, 1983, 198, nr. 45.

deze conclusie dat de rechtbank van koophandel te Brussel kwam in een vonnis van 27 november 2003³¹.

In dit vonnis ging de rechtbank ongetwijfeld een brug te ver wanneer zij stelde dat de oplossing waarbij de uitwinningsvergoeding wordt bepaald op het einde van de overeenkomst “uiteraard” niet zou gelden wanneer de agent of zijn nieuwe principaal het cliënteel inpalmt. Bovendien waren de aan het vonnis onderliggende feiten wel erg frappant. Het cliënteelverloop was vrijwel volledig geweest en de principaal kon aan de hand van overtuigende stukken aantonen dat de agent hierin een belangrijke rol had gespeeld en de quasi-totaliteit van het cliënteel naar zijn nieuwe agentschap had afgeleid. Bovendien werd geen nalatigheid in hoofde van de principaal vastgesteld. Aan deze voorwaarden zal slechts uitzonderlijk cumulatief voldaan zijn.

Vaststelling is alleszins dat feitenrechters niet snel geneigd zijn te oordelen dat de agent geen recht zou hebben op vergoeding voor door hem opgebouwd cliënteel. Dit is a fortiori zo wanneer de overeenkomst een concurrentiebeding bevat zodat de handelsagent van het dubbele vermoeden kan genieten dat hij klanten heeft aangebracht en dat de principaal nog aanzienlijke voordelen heeft (art. 20, lid 2 *juncto* 24 § 3 HAW). In die zin is het aangehaalde vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel eerder uitzonderlijk. Het werd op dit punt dan ook hervormd door een arrest van het hof van beroep te Brussel³². Het is precies dit arrest dat aanleiding zou geven tot het cassatiearrest van 15 mei 2008.

Niettemin moet men inderdaad aannemen dat de (voorgenomen) concurrentie door de voormalige agent en zijn relatie met het opgebouwde cliënteel van aard kunnen zijn om de toekomstige voordelen tot een minimum te herleiden. Terecht heeft de rechtbank van koophandel te Brussel in voormeld vonnis gesteld dat het toch niet om een louter theoretische mogelijkheid van een voordeel dient te gaan³³. Deze vaststelling is alleszins in lijn met het cassatiearrest van 15 mei 2008 (“naar redelijke verwachting”).

C.2. Tweede denkpiste: toepassing van de billijkheid

11. In een tweede denkpiste, die tot vermindering van de uitwinningsvergoeding kan leiden, kan beroep worden gedaan op de “billijkheid”. Overeenkomstig artikel 17 § 2, a) Richtlijn heeft de agent enkel recht op een cliënteelver-

goeding indien de betaling van deze vergoeding “*billijk is, gelet op alle omstandigheden, in het bijzonder op de uit de transacties met deze klanten voortvloeiende provisie, die voor de handelsagent verloren gaat*”. De billijkheidsvoorwaarde blijkt overigens ook uit de parlementaire voorbereiding: “*In geval van betwisting wordt de uitwinningsvergoeding door de rechter naar billijkheid vastgesteld.*”³⁴.

Voor de interpretatie van deze bepaling kan gekeken worden naar het Duits recht, waarop artikel 17 § 2 van de Richtlijn immers is geïnspireerd. Onder artikel 89b HGB geldt de billijkheidsvoorwaarde als een afzonderlijke en autonome voorwaarde, naast de voordelen in hoofde van principaal en het verlies van commissies in hoofde van de agent. Het betreft een correctie op een al te abstracte en mathematische bepaling van de verschuldigde vergoeding. Rekening houdend met alle concrete omstandigheden kan de feitenrechter aldus de verschuldigde vergoeding verhogen of verlagen. Zo kan rekening worden gehouden met uitzonderlijk hoge commissies, met de vaste kosten die de agent uitspaart ingevolge het einde van de overeenkomst, althans wanneer deze reductie bijzonder substantieel is, of met de terugloop van het bestaande cliënteel tijdens de loop van de overeenkomst, zelfs al werden nieuwe klanten aangebracht³⁵. In soortgelijke zin kan concurrentie door de handelsagent na het einde van de overeenkomst aanleiding zijn om de verschuldigde vergoeding te verlagen, omdat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de voordelen van de principaal. Dit is ook zo wanneer de agent niet door enig concurrentiebeding gehouden was³⁶.

12. Het probleem hierbij is dat de billijkheidsvoorwaarde niet uitdrukkelijk in de Handelsagentuurtwet werd overgenomen. Volgt hieruit dat de feitenrechter zonder meer abstractie mag (of moet) maken van het feit dat de agent een deel van zijn cliënteel meeneemt? Een onderscheid moet worden gemaakt naargelang men deze omstandigheid beschouwt als een beperking van de schade van de agent, dan wel als een beperking van het voordeel van de principaal. Onder artikel 89b HGB staan het voordeel van de principaal, het nadeel van de agent en de billijkheid op gelijke hoogte. Onder artikel 17 § 2, a) Richtlijn werden de billijkheid en het nadeel van de agent evenwel in hetzelfde lid ondergebracht, naast het voordeel van de principaal. Zoals reeds aangehaald is het precies dit lid dat de Belgische wetgever niet heeft overgenomen. Elke verwijzing naar commissie die door de beëindiging verloren ging, ontbreekt.

³¹. Kh. Brussel 27 november 2003, *T.B.H.* 2005/9, p. 980, met noot D. MERTENS.

³². Brussel 23 januari 2007, *onuitg.* (2004/AR/1706).

³³. In dezelfde zin: K. VAN DEN BROECK, “Actualia handelsagentuur”, in G. STRAETMANS en D. MERTENS (eds.), *Actualia handelstussenpersonen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 146, nr. 42.

³⁴. *Parl. St.* Senaat 1991-92, 355/1, 19.

³⁵. Th. STEINMANN, Ph. KENEL en I. BILLOTTE, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Brussel, Bruylant, 2005, 575 en G. Von Hoyningen-Huene, “Handelsvertreter”, in K. Schmidt (ed.), *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, I*, München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2005, § 89b, 1319, nr. 115.

³⁶. G. VON HOYNINGEN-HUENE, “Handelsvertreter”, in K. SCHMIDT (ed.), *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, I*, München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2005, § 89b, 1319, nr. 115.

Hieruit volgt dat een (richtlijnsconforme) interpretatie van artikel 20 HAW inderdaad toelaat dat de feitenrechter “naar billijkheid” oordeelt en rekening zou houden met alle concrete omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de werkelijke omvang van de voordelen voor de principaal. Uit de tekst van de parlementaire voorbereiding kan zelfs worden afgeleid dat hij daartoe verplicht is (*supra*). In die zin kan (voorzienbare) concurrentie door de handelsagent na het einde van de overeenkomst ook naar Belgisch recht aanleiding zijn om de verschuldigde vergoeding te verlagen, omdat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de (mogelijke) voordelen van de principaal. Zoals hierna zal blijken, is het evenwel nuttig noch noodzakelijk om hiertoe een bijkomende “billijkheidsvoorwaarde” in het leven te roepen. Het volstaat toepassing te maken van de wettelijke criteria (*infra*).

Een richtlijnsconforme interpretatie kan evenwel niet aangevend worden om tegen de wet in te oordelen of om te creëren wat de wet niet voorziet³⁷. Aan artikel 20 HAW kan dus geen *autonome* billijkheidsvoorwaarde worden toegevoegd³⁸. Gelet op de uitdrukkelijke keuze van de wetgever voor de vergoeding van meerwaarde en het ontbreken van elke algemene verwijzing naar schade (*supra*), kan ook de gemeenrechtelijke billijkheid uit artikel 1135 B.W. geen soelaas bieden. Met als eventuele uitzondering de toepassing van de figuur van het rechtsmisbruik, kan het bestaan en de omvang van schade of het ontbreken daarvan slechts relevant zijn in het kader van artikel 21 HAW. Het is dan ook terecht dat het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 30 oktober 2006 oordeelde dat het al dan niet bestaan van een nadeel in hoofde van de agent geen beoordelingscriterium kan uitmaken³⁹. Een analyse van de rechtspraak leert overigens dat de billijkheidsvoorwaarde zelden wordt vermeld; ook bij de begroting wordt er althans niet uitdrukkelijk naar verwezen⁴⁰.

C.3. Derde denkpiste: “voor zover...”

13. In een derde denkpiste, die tot weigering of vermindering van de uitwinningvergoeding kan leiden, kan verwezen worden naar het criterium dat gemeenschappelijk is aan artikel 20 HAW, artikel 17 § 2 Richtlijn en artikel 89b HGB. De handelsagent zal volgens deze bepalingen namelijk slechts recht hebben op een uitwinningvergoeding “wanneer hij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of wanneer hij de zaken met de bestaande klanten heeft uitgebreid, voor

zover dit de principaal aanzienlijke voordelen kan opleveren” (eigen benadrukking).

Ten onrechte menen sommigen⁴¹ in deze “voor zover” een soort ontvankelijkheidscriterium te zien. In deze lezing moet eerst op grond van artikel 20, lid 1 HAW beoordeeld worden of de agent principieel aanspraak kan maken op een uitwinningvergoeding. Is het antwoord op deze vraag bevestigend en zijn er effectief aanzienlijke voordelen mogelijk, dan wordt de precieze omvang van deze voordelen irrelevant. Het bedrag van de uitwinningvergoeding zou enkel nog kunnen worden beoordeeld in functie van de criteria vermeld in artikel 20, lid 3 HAW (“rekening houden met zowel de gerealiseerde uitbreiding van zaken als met de aanbreng van klanten”). Deze lezing doet de tekst van de Handelsagentuurlwet en vooral ook de intentie van de wetgever onrecht aan. Vooreerst zij erop gewezen er niet “indien” of “wanneer” staat, maar wel degelijk “voor zover” (“*pour autant que*”). Dat dit geen toeval is, blijkt onder meer uit de tekst van artikel 17 § 2 Richtlijn. Daar heet het “indien en voor zover”, “*wenn und soweit*”, “*if and to the extent that*”, “*si et dans la mesure où*”, “*en el supuesto y en la medida en que*”,... Ook de tekst van artikel 89b HGB luidt: “*wenn und soweit*”. Hieruit volgt dat de mogelijke voordelen niet alleen doorslaggevend zijn bij de beoordeling van het recht op een uitwinningvergoeding (“indien”), maar ook bij het beoordelen van de omvang van deze vergoeding (“voor zover”). De vergoeding behoort in verhouding te staan tot de voordelen⁴².

Meer nog. De mogelijke voordelen zijn het enige relevante criterium bij het bepalen van de verschuldigde vergoeding. De uitwinningvergoeding behoort de prijs te zijn voor de aangebrachte contractkansen (cliënteel). Hieruit volgt dat de feitenrechter wel degelijk rekening kan houden met de kosten die de principaal zelf gemaakt heeft om de producten of diensten in het territorium te promoten, het zakencijfer dat de principaal is blijven realiseren met de door de agent aangebrachte cliënteel, het feit dat de agent bepaalde klanten heeft meegenomen, e.d.⁴³. Hierbij gaat het niet om een bijkomende billijkheidsvoorwaarde of billijkheidscorrectie, maar wel om de grond van de zaak zelf. Wanneer de feitenrechter de voordelen begroot, moet hij immers abstractie maken van de contractkansen die de principaal zelf en met eigen middelen tot stand heeft gebracht en van de contractkansen die de agent op het beoordelingsmoment niet heeft overgedragen. De uitwinningvergoeding vergoedt weliswaar slechts contractkansen, maar moet wel een reflectie zijn van de werkelijke waarde van deze contractkansen. Het is in die zin dat de

³⁷. Cass. 24 januari 2003, *Arr. Cass.* 2003, afl. 1, 223, *Pas.* 2003, I, p. 188 en Antwerpen 14 september 2004, *T.B.H.* 2005, 951, met noot B. GOOSSENS en S. DE KEERSMAECKER.

³⁸. In dezelfde zin: P. CRAYAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, in *Dossiers J.T.*, Brussel, Larcier, 2008, 118, nr. 125 en M. en S. WILLEMART, *Le contrat d'agence commerciale*, in *Dossiers J.T.*, Brussel, Larcier, 2005, 82-83.

³⁹. Antwerpen (4^{bis} k.) 30 oktober 2006, *onuitg.* (2005/AR/3096).

⁴⁰. P. CRAYAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, in *Dossiers J.T.*, Brussel, Larcier, 2008, 118, nr. 125.

⁴¹. P. DE KEYSER en N. BEAUFILS, “Agence commerciale et représentation commerciale. La loi du 13 avril 1995”, *J.T.T.* 1996, p. 9.

⁴². Luik 26 april 2007, *J.L.M.B.* 2008, 1, p. 28, met verwijzing naar P. CRAHAY.

⁴³. K. DE BOCK en E. DURSIN, “De uitwinningvergoeding”, in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 352, nr. 615.

uitwinningsvergoeding “billijk” dient te zijn en dat de feitenrechter rekening mag en moet houden met alle relevante omstandigheden. Zulk een lezing past wel in een richtlijns-conforme interpretatie van het begrip “voor zover”.

Anders gesteld, moet de feitenrechter bij zijn beoordeling van de voordelen die het cliënteel de principaal nog kunnen opleveren, rekening houden met de gehele marktsituatie, met inbegrip van de mogelijke concurrentie door de agent. Deze concurrentie is in se niet illegitiem, maar is een factor die de waarde van het cliënteel in belangrijke mate kan beïnvloeden. De mogelijkheden die de principaal heeft om het cliënteel te behouden en er nog voordelen uit te halen zijn omgekeerd evenredig met de mogelijkheden die de agent heeft om het cliënteel mee te nemen. Aldus beschouwd, is het begrijpelijk en terecht dat heel wat feitenrechters bij het begroten van de verschuldigde uitwinningsvergoeding uitdrukkelijk rekening houden met het cliënteel dat de agent heeft kunnen behouden⁴⁴. In dezelfde lijn hield de rechtbank van koophandel te Kortrijk rekening met het feit dat geen cliënteel werd meegenomen om de maximale vergoeding toe te kennen⁴⁵. Ten onrechte meende het hof van beroep te Antwerpen abstractie te moeten maken van het “natuurlijke verloop van klanten”⁴⁶; dit natuurlijke verloop maakt precies de essentie van de waarde van het aangebrachte cliënteel uit.

Volledigheidshalve zij hierbij aangestipt dat artikel 20 HAW

geenszins uitsluit dat met andere elementen dan de uitbreiding van zaken en de aanbrengh van cliënteel rekening wordt gehouden. De criteria vermeld in artikel 20, lid 3 HAW kunnen niet exhaustief zijn. Uit deze passage blijkt slechts dat enkel deze elementen voor vergoeding in aanmerking komen en niet dat de per hypothese verschuldigde vergoeding uitsluitend op basis van deze elementen dient te worden berekend⁴⁷. Zij volstaan op zich genomen immers geenszins om tot een concrete begroting te komen. Dit verklaart allicht ook waarom zich in de rechtspraak inmiddels de praktijk heeft ontwikkeld waarbij de opgezegde agent, indien er inderdaad nog sprake is van een mogelijkheid tot aanzienlijke voordelen, een fractie van dit maximum wordt toegekend⁴⁸. Hoewel hiervoor geen (dwingende) wettelijke grond bestaat, biedt dit de feitenrechter inderdaad enige houvast in zijn berekeningen en blijft hij zo steeds binnen het wettelijke maximum. Bovendien biedt deze benadering toch de mogelijkheid alle feitelijke elementen die indicatief zijn voor het potentieel dat het cliënteel nog biedt, in de begroting van de uitwinningsvergoeding te integreren, zoals bij de billijke vergoeding van de concessiehouder. Men kan evenwel niet stelselmatig fracties toekennen van het wettelijke maximum zoals vastgesteld in artikel 20, lid 4 HAW en tegelijkertijd blijven beweren dat de uitwinningsvergoeding uitsluitend mag worden berekend op basis van de hiervan sterk afwijkende criteria vastgesteld in artikel 20, lid 3 HAW.

D. BEPALING EN BEGROTING VAN DE UITWINNINGSVERGOEDING

14. Zoals reeds aangehaald, reikt de Handelsagentuurwet geen concrete methode aan om het bedrag van de uitwinningsvergoeding te bepalen. Het derde lid van artikel 20 HAW bepaalt slechts dat dit bedrag dient te worden vastgesteld door de partijen zelf of, bij betwisting, door de rechter rekening houdend met de gerealiseerde uitbreiding en met de aanbrengh van klanten. Inmiddels ontstond een praktijk dat de agent de maximale vergoeding vordert en de principaal een aantal argumenten aanvoert om dit bedrag te verminderen. Deze praktijk biedt ongetwijfeld voordelen, maar vindt als dusdanig geen steun in de wettekst (*supra*). Hierna volgt een

alternatief voorstel van berekeningswijze. Hierbij werd *mutatis mutandis* rekening gehouden met de rechtspraktijk zoals die in Duitsland bestaat⁴⁹. Artikel 17 § 2 Richtlijn is immers duidelijk geïnspireerd op artikel 89b HGB.

15. Eerste stap is het berekenen van de vergoedingen voor transacties met klanten over de twaalf maanden voorafgaand aan het einde van de overeenkomst. Doel is de meerwaarde aan cliënteel te vergoeden. Bij gebrek aan andere gegevens, bieden de vergoedingen hiervoor een goede benadering⁵⁰. Dit is immers de “prijs” die partijen zelf op de wervings-

⁴⁴ Zo verminderde het hof van beroep te Antwerpen de aan een handelsagent toegekende uitwinningsvergoeding tot 1/2 jaar vergoeding “rekening houdende met het gegeven dat geïntimeerde ook een belangrijk deel van het bestaande cliënteel van het agentschap heeft kunnen behouden [...]”. Antwerpen (5^e k.) 28 oktober 2004, *onuitg.* (2003/AR/866)]. In soortgelijke zin: Kh. Antwerpen (13^e k.) 24 juni 2005, *onuitg.* (AR/04/06905); Kh. Antwerpen (13^e k.) 17 juni 2005, *onuitg.* (AR/04/12971); Kh. Antwerpen (13^e k.) 17 juni 2005, *onuitg.* (AR/04/00094); Kh. Antwerpen (17^e k.) 18 april 2005, *onuitg.* (AR/04/02760); Kh. Antwerpen (21^e k.) 16 november 2004, *onuitg.* (AR/03/16492); *contra*: Antwerpen (4^{bis} k.) 30 oktober 2006, *onuitg.* (2005/AR/3096); Kh. Antwerpen (9^e k.) 21 april 2006, *onuitg.* (A/8925/04); Kh. Antwerpen (7^e k.) 10 december 2002, *onuitg.* (A/01/110304) en Kh. Antwerpen (10^e k.) 13 mei 2002, *onuitg.* (A/01/1740).

⁴⁵ Kh. Kortrijk (4^e k.) 14 april 2003, *onuitg.* (AR/01/5067).

⁴⁶ Antwerpen 12 maart 2007, *R.W.* 2008-09, 150; in dezelfde zin: Antwerpen (4^{bis} k.) 30 oktober 2006, *onuitg.* (2005/AR/3096).

⁴⁷ Vgl. M. WILLEMART, “Essai sur l’indemnité de clientèle du concessionnaire de vente” (noot bij Bergen 12 oktober 1998), *J.L.M.B.* 1999, p. 514.

⁴⁸ Vgl.: P. CRAYAY, *La rupture du contrat d’agence commerciale*, in *Dossiers J.T.*, Brussel, Larcier, 2008, 122-130, nr. 131.

⁴⁹ Vgl.: G. VON HOYNINGEN-HUENE, “Handelsvertreter”, in K. SCHMIDT (ed.), *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, I*, München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2005, § 89b, 1328-1329, nrs. 148-149; K. DE BOCK en E. DURSIN, “De uitwinningsvergoeding”, in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 353-354, nr. 616 en D. BRÜGGEMANN (bew.), *HGB: Staub Grosskommentar, §§ 84-104*, Berlijn, Walter de Gruyter, 1983, 170-241.

⁵⁰ Vgl.: G. VON HOYNINGEN-HUENE, “Handelsvertreter”, in K. SCHMIDT (ed.), *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, I*, München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2005, § 89b, 1323, nr. 130.

inspanningen van de agent hebben gekleefd. Het zijn ook de kosten die de principaal na beëindiging uitspaart; zij vormen op zich dus al een (bruto) voordeel. De contractkansen die de principaal zelf creëerde, bijvoorbeeld door te investeren in de uitstraling van zijn merk, moeten worden geacht bij het bepalen van de vergoedingen reeds in rekening te zijn gebracht. Bovendien strookt het hanteren van de vergoeding als bepalende factor met de door de wetgever genomen keuzes met betrekking tot het berekenen van het maximaal verschuldigde bedrag (art. 20, lid 4 HAW). In beginsel zijn de transacties afgesloten vlak voor het einde van de overeenkomst het meest representatief voor de actuele waarde van het cliënteel. Door een jaar te nemen worden seizoensgebonden pieken of dalen uitgevlakt. Uitzonderlijk kan een andere periode worden genomen, althans wanneer deze meer representatief is⁵¹. Dit kan het geval zijn bij sterk dalende of stijgende verkoop (korte periode) of bij producten waarbij de contracten of licentie voor meer dan een jaar worden gesloten (langere periode).

16. In een tweede fase wordt abstractie gemaakt van die transacties waaruit de principaal desgevallend nog wel voordeel zal kunnen halen, maar die niet aan de inspanningen van de agent te danken zijn. Het gaat dan om transacties met klanten die reeds voor het ingaan van de handelsagentuurovereenkomst verworven waren, althans voor zover de zaken met deze klanten door de agent niet substantieel werden uitgebreid. De vraag of een klant door de agent werd aangebracht is een feitenkwestie. Soms lijst de agentuurovereenkomst zelf de bestaande klanten op. Wanneer een agent zijn agentschap van de grond af heeft opgebouwd, mag men aannemen dat alle klanten door hem werden aangebracht. Ook cliënteel dat door de agent werd verworven, bijvoorbeeld ingevolge een overdracht van handelszaak of overdracht van cliënteelportefeuille, moet geacht worden door hem te zijn aangebracht en aanleiding te kunnen geven tot vergoeding. Zoveel volgt onder meer en a contrario uit artikel 20, lid 5, 3° HAW.

Tevens moet abstractie worden gemaakt van vergoedingen voor transacties die weliswaar het gevolg zijn van de inspanningen van de agent, maar waaruit voor de principaal geen verdere voordelen te verwachten zijn. Dit geldt onder meer voor klanten die inmiddels failliet zijn gegaan of reeds hebben aangegeven geen verdere zaken te willen doen. Terecht werd aldus geoordeeld dat bij begroting van de verschuldigde uitwinningvergoeding rekening dient te worden gehouden met de aard van het aangebrachte cliënteel, bij-

voorbeeld wanneer “een groot percentage van de ‘nieuwe verlaters’ eerder sporadische klanten waren en enkel een aantal onder hen ‘blijvers’ waren”⁵². Een en ander heeft immers een grote invloed op de kans op aanzienlijke voordelen. Hierbij moet evenwel ook rekening worden gehouden met de intenties van de betrokken partijen. Zo zullen er geen of alleszins slechts beperkte voordelen kunnen zijn wanneer de principaal zijn onderneming sluit of het territorium van de gewezen agent niet langer zal bedienen⁵³. *Idem dito* indien de principaal zelf te kennen had gegeven met bepaalde klanten geen verdere zaken te willen doen, bijvoorbeeld gelet op solvabiliteitsproblemen of een hangende gerechtelijke procedure.

Het is in dit verband dat het cliënteelbehoud door de voormalige agent moet worden gezien. De mogelijkheid van de principaal om het cliënteel te behouden is immers omgekeerd evenredig met de mogelijkheid van de agent om het cliënteel mee te nemen. Transacties met klanten die door een vertrouwensrelatie gebonden zijn aan de agent, zullen na beëindiging voor de principaal geen verdere voordelen kunnen opleveren⁵⁴. De vergoedingen voor deze transacties blijven bijgevolg buiten beschouwing. Zo zal de kans dat de agent zijn klanten kan meenemen klein zijn wanneer de klanten door een raamovereenkomst aan de principaal gebonden zijn, wanneer zij voor de verlenging van hun licenties van hem afhankelijk of wanneer de agent werd “verrast” door een onmiddellijke beëindiging met opzeggingsvergoeding. *Idem dito* wanneer de agent zich na de opzegging maar voor het einde van de overeenkomst tot niet-concurrentie verbindt. Een ruime opzeggingstermijn op een mature en competitieve markt met gemakkelijk substitueerbare goederen biedt hiertoe veel betere kansen. *Idem dito* wanneer de agent reeds voor het einde van de agentuur werkte voor andere opdrachtgevers die zelf of vanuit hun groep substitueerbare producten kunnen aanbieden. Ook deze beoordeling gebeurt in beginsel in abstracto en op basis van de aard van het cliënteel en de betrokken diensten of goederen, de relatie van de agent met dit cliënteel, het voornemen van de agent om een concurrerende activiteit op te nemen, e.d. Van belang is niet het daadwerkelijke verloop/behoud, maar het verloop/behoud voorzienbaar op het einde van de overeenkomst. Niettemin en behoudens tegenindicaties, zal het werkelijke behoud, *c.q.* verloop aan cliënteel hierbij als uitgangspunt en lakmoesproef kunnen dienen⁵⁵.

17. In een derde fase moet worden nagegaan of het onder fase 1 en fase 2 bepaalde bedrag werkelijk representatief is

⁵¹. Ook bij de raming van de billijke bijkomende vergoeding zal de feitenrechter de meerwaarde inzake cliënteel doorgaans bepalen op grond van een vergelijking van het cliëntenbestand bij het begin en bij het einde van de concessieovereenkomst. Niettemin heeft het Hof van Cassatie reeds bevestigd dat deze methode geenszins bindend is. Er kunnen redenen zijn om een andere beoordeling te hanteren. De feitenrechter oordeelt soeverein. (Cass. 7 januari 2005, *J.L.M.B.* 2006, 22, p. 955, met noot W. WILLEMART en A. DESTRYCKER, *T.B.H.* 2005/9, p. 916, met noot P. HOLLANDER).

⁵². Antwerpen (4^{bis} k.) 11 oktober 2004, *onuitg.* (2003/A/1661).

⁵³. K. DE BOCK en E. DURSIN, “De uitwinningvergoeding”, in E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 344, nr. 604.

⁵⁴. Th. STEINMANN, Ph. KENEL en I. BILLOTTE, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Brussel, Bruylant, 2005, 574.

⁵⁵. D. BRÜGGEMANN (bew.), *HGB: Staub Grosskommentar*, § 84-104, Berlijn, Walter de Gruyter, 1983, 198, nr. 45.

voor de waarde van het aangebrachte cliënteel op het einde van de overeenkomst. Al naar gelang de omstandigheden kan het bedrag hetzij in meer, hetzij in min worden aangepast. De maatstaf is hier niet de billijkheid in de zin van artikel 17 § 2 Richtlijn of artikel 89b HGB. Enkel elementen die betrekking hebben op het voordeel van de principaal kunnen in overweging worden genomen. In tegenstelling tot de Duitse rechtspraak, moet de schade van de agent onder de Belgische Handelsagentuurnetwet buiten beschouwing blijven (*supra*). Vermits vrijwel alle elementen die van invloed kunnen zijn op de werkelijke omvang van de meerwaarde voor de principaal reeds in aanmerking werden genomen, kan deze derde fase slechts uitzonderlijk aanleiding geven tot correctie van het onder fase 1 en fase 2 berekende bedrag. Niettemin is het mogelijk dat dit bedrag en de vergoedingen op basis waarvan het werd berekend, de werkelijke waarde van het cliënteel onderschatten. Dit kan het geval zijn wanneer de meeste winst niet bij de initiële transactie wordt gemaakt, maar door de latere verlenging van de licentie, de onderhoudscontracten, de verkoop van vervangstukken en upgrades, ... Bij uitstek in deze hypothese moet men vermijden dat wanneer het cliënteel eenmaal is opgebouwd en de inspanningen van de agent vrucht beginnen te dragen, de principaal zich deze vruchten zonder gepaste vergoeding zou toe-eigenen.

18. In een vierde fase moet een raming worden gemaakt van de verwachte duur van de voordelen voor de principaal als gevolg van de transacties met de nieuwe klanten en de aanzienlijke uitbreiding van de transacties met bestaande klanten. De uitwinningvergoeding wil de inspanningen van de agent beschermen en vermijden dat de principaal de vruchten van deze inspanningen zonder vergoeding zou kunnen plukken. Nu is het een bekend fenomeen dat inspanningen in de opbouw en verder ontwikkeling van cliënteel op termijn "uitdoven". Zonder bijkomende inspanningen gaan klanten na verloop van tijd verloren. Hierbij moet de markt-

situatie op het ogenblik van de beëindiging en de betrokken sector in aanmerking worden genomen. Deze periode kan 2-3 jaar zijn, maar kan tot 5 jaar en uitzonderlijk zelfs meer gaan. Op basis van dezelfde marktsituatie wordt de verwachte migratiegraad of het natuurlijke verloop bepaald. Het verwachte natuurlijke verloop wordt dan berekend in procenten van de vergoeding op jaarbasis. Tot slot wordt het aldus voor elk jaar bekomen bedrag verdisconteerd naar de actuele waarde.

Indien het onder fase 1, fase 2 en fase 3 berekende bedrag 100 bedraagt, de verwachte duur van de voortdurende voordelen 4 jaar, het natuurlijke verloop elk jaar 20% en de gemiddelde rentevoet 5%, kan de waarde van het aangebrachte cliënteel en de mogelijke voordelen voor de principaal aldus bepaald worden op: $[(100 \times 0,80) / (1,05)] + [(100 \times 0,80^2) / (1,05)^2] + [(100 \times 0,80^3) / (1,05)^3] + [(100 \times 0,80^4) / (1,05)^4] = 76,19 + 58,05 + 44,23 + 33,70 = 212,17$.

19. In een vijfde en laatste fase wordt het uiteindelijk bekomen bedrag getoetst aan het wettelijke plafond van artikel 20, lid 4 HAW. De vergoeding waarvan wordt uitgegaan voor de berekening van dit plafond omvat de vergoedingen voor alle klanten en niet alleen van de nieuwe klanten of de gerealiseerde uitbreiding. Indien het in fase 4 berekende bedrag lager is dan dit plafond, wordt het toegekend. Indien dat bedrag het plafond overschrijdt, wordt dit laatste toegekend. Gelet op het voorgaande, zal dit in regel het geval zijn wanneer a) de agent de gehele cliënteelportefeuille heeft opgebouwd; b) hetzij de aard van het cliënteel of de betrokken producten, hetzij de marktomstandigheden, hetzij de intenties en verbintenissen van de agent zelf, uitsluiten dat hij een substantieel deel van "zijn" klanten naar een andere principaal zou meenemen; c) de omzet in de periode voor de beëindiging constant of stijgend was; en d) de principaal de betrokken activiteit verder zet of door een andere tussenpersoon laat verder zetten.

E. CONCLUSIE

20. De uitwinningvergoeding is een zuivere vergoeding voor meerwaarde aan cliënteel (goodwill), ongeacht schade. Het bestaan en de omvang van deze meerwaarde moet worden beoordeeld op het einde van de overeenkomst. Vanaf dat ogenblik beschikt de principaal immers over het cliënteel en behoort hij het ondernemersrisico volledig te dragen. In die zin gebeurt de beoordeling in abstracto. Niettemin moet rekening worden gehouden met alle elementen die van invloed kunnen zijn op het bestaan en de omvang van de aangebrachte contractkansen. In die zin gebeurt de beoordeling in concreto. (Mogelijke) concurrentie door de voormalige agent is ongetwijfeld een van deze elementen. De kans die

de principaal heeft om voordelen te halen uit verdere transacties met de aangebrachte of geïntensifieerde klanten, is immers omgekeerd evenredig met de kans die de agent heeft om deze klanten mee te nemen. De bewijslast ligt in beginsel bij de agent. Wanneer de agentuurovereenkomst een concurrentiebeding bevat, wordt deze bewijslast evenwel omgekeerd. Niets belet partijen latere gebeurtenissen in de analyse te betrekken, althans voor zover ze indicatief zijn voor het potentieel op het beoordelingsmoment. Het werkelijke cliënteelbehoud door de principaal geldt als eerste en belangrijkste aanwijzing. De feitenrechter behoudt terzake een uiterst ruime marge voor appreciatie.