

# Is de VAR-overeenkomst een agentuurovereenkomst?

## 1. Inleiding

De Value Added Reseller ('VAR') vervult een belangrijke rol bij de distributie van standaardsoftware. Een VAR verkoopt standaardsoftware van derden tezamen met door VAR te leveren 'Added Value'. Deze toegevoegde waarde bestaat uit eigen softwareoplossingen (die functioneren in samenhang met de standaardsoftware) en diensten, zoals support en maintenance, installatie-, implementatie- en/of consultancydiensten. Een VAR zal investeringen moeten doen voor de ontwikkeling van zijn 'toegevoegde waarde' software en diensten, marketing en verkoop. Beëindiging van een VAR-overeenkomst kan voor een VAR dan ook zeer ingrijpende gevolgen hebben. Doorgaans zal hij immers geen nuttig gebruik meer kunnen maken van de speciaal door hem ontwikkelde c.q. aangepaste eigen software en zal hij geen rendement meer kunnen halen uit zijn eerdere investeringen. Daarnaast zal de omzet van de VAR die bestaat uit de verkoop van de standaardsoftware van de producent wegvallen.

VAR-overeenkomsten kenmerken zich in de regel door een flexibel opzegregime, dat de producent de mogelijkheid geeft de VAR-overeenkomst op korte termijn te beëindigen, zonder gehouden te zijn enige schadevergoeding te betalen. In dit artikel worden de mogelijkheden onderzocht die de VAR ter beschikking staan om aanspraak te maken op schadevergoeding bij beëindiging. De vraag die daarbij aan de orde is of de VAR zich louter op regeland recht kan beroepen, of ook op de dwingendrechtelijke bepalingen van de agentuurovereenkomst, die bijvoorbeeld voorzien in minimumopzegtermijnen en schadevergoeding bij beëindiging.

## 2. Achtergrond, verschillende distributiesystemen

Voor een beter begrip voor de juridische kwalificatie van een VAR-overeenkomst, is het nuttig eerst stil te staan bij de verschillende distributiesystemen die een producent van software ter beschikking staan.

### 2.1. Wederverkopers inschakelen?

Allereerst zal de producent moeten bepalen of hij zijn software zelf aan eindgebruikers wil leveren, of dat hij gebruik wil maken van derden, die ik hierna ook wel zal aanduiden als 'wederverkoper'. Een reden om voor het inschakelen van wederverkopers te kiezen kan zijn de wens om zonder personele uitbreiding (en investeringen in huisvesting en infrastructuur) het aantal verkooppunten te vergroten. Een andere reden kan bijvoorbeeld zijn dat wederverkopers de lokale markt beter kennen, al een marktpositie hebben, en de klantenkring van de wederverkoper goede afzetmogelijkheden kan bieden voor de software van de producent. Bij afnemers van de software zal daarnaast vaak behoefte bestaan voor ondersteuning bij installatie en implementatie, aanvullend maat-

werk, gebruikerstrainingen en (eerstelijns) helpdeskondersteuning. Producenten die dergelijke aanvullende diensten niet zelf willen leveren, zullen sowieso met derden afspraken moeten maken voor het lokaal leveren van deze diensten, waarvan de distributie van software vaak onderdeel uit zal maken. In de praktijk kom je voor dit soort samenwerkingsvormen termen tegen zoals 'Certified Solution Partner', 'Alliance Partner' of 'Gold Certified Partner'. Daarnaast zou een reden voor het gebruik van wederverkopers kunnen zijn om de aansprakelijkheidsrisico's te beperken. Eindgebruikers zullen bij gebrekkige software in beginsel immers alleen hun eigen leverancier kunnen aanspreken, en niet diens toeleverancier. Die leverancier zal dan op zijn beurt moeten zien de schade te verhalen op zijn toeleverancier. Het is niet ondenkbaar dat de producent zijn aansprakelijkheid voor schade jegens zijn wederverkoper dusdanig kan beperken, dat de wederverkoper niet alle schade die hij een eindgebruiker moet betalen op zijn toeleverancier kan verhalen.

Mijn ervaring is dat producenten, zeker bij internationale expansie, voor de distributie van hun software gebruik zullen maken van wederverkopers.

Is de keuze gemaakt om wederverkopers in te schakelen, dan zal de producent moeten kiezen voor een geschikt distributiesysteem. In beginsel staan hem twee systemen ter beschikking. Enerzijds kan hij kiezen voor een zo groot mogelijke betrokkenheid bij eindgebruikers, anderzijds voor zo min mogelijk betrokkenheid bij eindgebruikers. Beide systemen hebben hun voor- en nadelen.

### 2.2. Grotere betrokkenheid bij eindgebruikers

Hiervan is veelal sprake indien de licentie van de eindgebruiker voor het gebruik van de software wordt aangegaan door de producent.

Redenen om voor een zo groot mogelijke betrokkenheid te kiezen, kunnen onder meer de volgende zijn:<sup>1</sup>

- controle op de licentievoorwaarden, met name ten aanzien van de beperkingen (in gebruik, garanties en aansprakelijkheid);
- controle op de eindgebruikervergoeding;
- een eigen, directe relatie met de eindgebruiker;
- de wederverkoper wil naar de eindgebruiker toe geen contractuele verantwoordelijkheid dragen voor de licentievoorwaarden van de software (omdat het niet zijn software is).

\* Advocaat bij Lovells, Amsterdam. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel en werd afgesloten op 18 mei 2003.

1 Zie ook het artikel 'De shrink-wrap licentie' van Reinoud Westerdijk en Franke van der Klaauw, *Computerrecht* 1991/1, p. 18 e.v.

Indien voor een directe relatie met eindgebruikers wordt gekozen brengt dit uiteraard wel aansprakelijkheidsrisico's met zich mee voor de producent, nu eindgebruikers tegen hem een directe actie uit contract hebben. Daarnaast zal er eerder sprake zijn van een agentuurovereenkomst tussen producent en wederverkoper, waarover hierna meer.

### 2.3. Kleinere betrokkenheid bij eindgebruikers

Hiervan is veelal sprake indien de licentie voor het gebruik van de software door de eindgebruiker wordt aangegaan door de wederverkoper.

Reden om voor een zo klein mogelijke betrokkenheid te kiezen, zouden de volgende kunnen zijn:

- geen directe band met eindgebruikers, en dus een lager aansprakelijkheidsrisico;
- geen noodzaak om eindgebruikervoorwaarden aan te passen aan nationaal (dwingend) recht;
- ontlopen toepasselijkheid van agentuurbepalingen.

Nadeel is dat een producent in beginsel minder grip heeft op de voorwaarden waaronder zijn software wordt verkocht. Daarnaast kan een wederverkoper een grote mate van vrijwaring eisen voor aanspraken van eindgebruikers op wederverkoper voor gebrekkige software, die de wederverkoper immers in licentie geeft aan eindgebruiker.

### 3. De VAR-overeenkomst

Centraal in dit artikel staat een veel voorkomende VAR-structuur, waarbij de VAR voor eigen rekening en risico licenties 'inkoopt' bij een producent en deze uit eigen naam, verrijkt met toegevoegde waarde (software), 'verkoopt' aan de eindgebruiker, onder gebruikmaking van een licentieovereenkomst van de producent. Een greep uit een willekeurig (Engelstalig) VAR-contract:

*'VAR shall ensure that prior to the delivery of the Software to an End-user, such End-user receives and accepts the appropriate License Agreement for the Software being sold (...).'*

Een dergelijke licentieovereenkomst is vaak vormgegeven als een *shrink wrap licentie*. Een *shrink wrap licentie* is een licentieovereenkomst die is bijgesloten bij een softwarepakket, waarbij doorgaans is bepaald dat het openen van de verpakking of het verbreken van een zegel betekent dat de eindgebruiker met de overeenkomst akkoord is. Over de geldigheid van dit soort contracten is overigens veel te doen.<sup>2</sup> Op deze wijze behoudt de producent controle over de eindgebruikerlicentievoorwaarden, er is sprake van betrokkenheid met de eindgebruiker. Met de eindgebruiker worden terzake van de standaardsoftware dus twee overeenkomsten gesloten. Enerzijds een overeenkomst waarbij de VAR aan eindgebruiker tegen betaling een licentie zal leveren en eventuele aanvullende diensten zal verrichten, anderzijds een licentieovereenkomst tussen eindgebruiker en producent.

Van een VAR-overeenkomst kan de eenvoudige resellerovereenkomst worden onderscheiden. Een reseller koopt en verkoopt, net als de VAR, software van derden. Een reseller zal daarnaast vaak ook waarde toevoegen, bijvoorbeeld door het verrichten van installatie- en implementatiediensten. Een reseller is echter niet gerechtigd om de standaardsoftware te

integreeren met eigen software en als een geheel aan te bieden. Juist die bevoegdheid (en opdracht) onderscheidt de VAR van een reseller. Ook een reseller zal overigens doorgaans een licentieovereenkomst tot stand brengen tussen producent en eindgebruiker. Gezien de overeenkomst tussen VAR en reseller, zullen de conclusies uit dit artikel in beginsel ook kunnen worden toegepast op de reseller.

### 4. Juridisch kader

#### 4.1. Uitgangspunt

VAR-overeenkomsten zijn in het Burgerlijk Wetboek niet afzonderlijk geregeld. Een VAR-overeenkomst is een wederkerige overeenkomst in de zin van art. 6:261 BW. Dit betekent dat in ieder geval dat de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, waaronder art. 6:2 en 6:248 BW. De vraag is of daarnaast of de bijzondere regels van bijvoorbeeld de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW) of agentuur (art. 7:428 e.v. BW) op de VAR-overeenkomst van toepassing zijn.

#### 4.2. Analogie met distributieovereenkomsten

De omstandigheid dat de wet geen bijzondere bepalingen bevat over de VAR-overeenkomst, heeft de VAR-overeenkomst gemeen met de daarop lijkende distributieovereenkomst. Aangezien de distributieovereenkomst geen specifiek wettelijk kader kent, is er ook geen wettelijk definitie. Afgaande op de literatuur<sup>3</sup> en in de in mijn praktijk voorkomende distributierelaties, zou ik de distributieovereenkomst als volgt willen definiëren:

*'De overeenkomst waarbij een wederverkoper voor (on)beaalde duur het recht krijgt van een producent om bij de producent producten in te kopen en deze vervolgens uit naam en voor rekening en risico van wederverkoper door te verkopen.'*

In de distributierelatie wordt door de producent dus gekozen voor een kleinere betrokkenheid bij eindgebruikers. Behalve het extra element van de *shrink wrap license* lijkt de VAR-overeenkomst sprekend op een distributieovereenkomst. De mogelijkheid op schadevergoeding bij beëindiging van duur-overeenkomsten in het algemeen en distributieovereenkomsten in het bijzonder heeft inmiddels een vaste grond gekregen in jurisprudentie<sup>4</sup> en literatuur.<sup>5</sup> In de literatuur wordt

2 Zie ook het artikel 'De shrink-wrap licentie' van Reinoud Westerdijk en Franke van der Klaauw, *Computerrecht* 1991/1, p. 18 e.v. Bij mijn weten is er slechts één uitspraak van de Nederlandse rechter over de geldigheid van een dergelijke overeenkomst, namelijk Coss Holland BV/TM Data Nederland BV, Rb. Amsterdam 29 mei 1995, *Computerrecht* 1997/2, p. 63-65. Vergelijk ook F. Grosheide, 'Shrink-wrap license', *WPNR* 6260 (1997), p. 153-154.

3 Vergelijk ook C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten*, Kluwer 1999, p. 13 en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurseem, *Distributieovereenkomsten*, Kluwer 1997, p. 3.

4 zie o.m. *Mattel/Borka*, HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742.

5 Zie o.m. A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten, een pleidooi voor de contractsvrijheid', *WPNR* 02/6501, p. 599-606 en *WPNR* 02/6502, p. 626-631, met name p. 630-631, J.M. Barendrecht, 'De redelijkheid en billijkheid en het einde van de distributie-overeenkomst', *NJB* 29 april 1994, afl. 17, alsmede de reactie daarop van F.M. Smit, *NJB*, 29 april 1994, afl. 17, C.A.M. van de Paverd, t.a.p., met name hoofdstuk 4, J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurseem, t.a.p. met name paragrafen 5.1.6 en 5.1.7 en F.M. Smit, 'Opzegging van distributie-overeenkomst', *Advocatenblad* 1993, p. 369-372, met name p. 371.

daarbij, voornamelijk op basis van de redelijkheid en billijkheid, stilgestaan bij een mogelijke analogie met de (dwingendrechtelijke) wettelijke bepalingen voor de agentuurovereenkomst, met name terzake van in acht te nemen minimale opzegtermijn en schadeloosstelling bij beëindiging.

Algemeen aanvaard is dat de producent die opzegt een redelijke opzegtermijn in acht moet nemen en dat distributeur aanspraak kan maken op een redelijke vergoeding.<sup>6</sup> In de literatuur zijn op basis van jurisprudentie vuistregels ontwikkeld om de lengte van een redelijke opzegtermijn te bepalen.<sup>7</sup> Gezien de sterke gelijkenis tussen VAR- en distributieovereenkomst, zie ik geen reden waarom deze, op basis van redelijkheid en billijkheid gebaseerde uitgangspunten niet ook zouden gelden bij de beëindiging van een VAR-overeenkomst.

De hier bedoelde jurisprudentie en literatuur hebben echter met name betrekking op de situatie dat partijen niets hebben geregeld over opzegtermijn en schadevergoeding. Een VAR-overeenkomst bevat vaak wel een regeling over opzegging en schadevergoeding (namelijk dat op korte termijn opgezegd kan worden en geen aanspraak kan worden gemaakt op schadevergoeding). Daarnaast worden VAR-overeenkomsten niet zelden beheerst door vreemd (Angelsaksisch) recht. De rol van de redelijkheid en billijkheid, en de dus de mogelijkheid op schadevergoeding, zal daardoor in de praktijk in belangrijke mate zijn beperkt.

### 4.3. Dwingend recht

Art. 7:428 lid 1 BW definieert de agentuurovereenkomst als een overeenkomst waarbij de ene partij, de principaal, aan de andere partij, de handelsagent, opdraagt, en deze zich verbindt, voor een bepaalde of een onbepaalde tijd en tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen, en deze eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten zonder aan deze ondergeschikt te zijn. Het verschil tussen een agentuurovereenkomst enerzijds en distributieovereenkomst anderzijds is met name gelegen in het feit dat de handelsagent bemiddelt bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen principaal en eindgebruiker. De handelsagent handelt derhalve altijd (ten dele) voor rekening en risico van de principaal. Een distributeur bemiddelt niet, uitsluitend hijzelf sluit contracten met de eindgebruikers en hij handelt daarmee voor uitsluitend zijn eigen rekening en risico.<sup>8</sup>

Een handelsagent kan onder meer aanspraak maken op in acht te nemen minimale opzegtermijnen en schadeloosstelling bij beëindiging. De minimale opzegtermijn is geregeld in art. 7:337 lid 2 BW, de schadevergoeding in art. 7:442 BW.

Krachtens art. 7:445 lid 1 BW kunnen partijen niet afwijken van art. 7:437 lid 2 BW, en krachtens art. 7:445 lid 2 BW mag van art. 7:442 BW vóór het einde van de overeenkomst niet ten nadele van de handelsagent worden afgeweken. De agentuurbepalingen zijn gebaseerd op een de Europese Agentuurrichtlijn.<sup>9</sup>

Directe toepasselijkheid van de agentuurbepalingen zou de VAR een sterk wapen in handen geven om een schadevergoeding te bedingen bij beëindiging. Immers, omdat het grotendeels dwingend recht betreft, zullen andersluidende contractbepalingen gepasseerd kunnen worden. Daarnaast volgt uit een arrest van het Hof van Justitie van de EG dat de op de Agentuurrichtlijn gebaseerde bepalingen terzake van bijvoorbeeld opzegtermijn en recht op schadevergoeding te

allen tijde door een in de EG gevestigde handelsagent kunnen worden ingeroepen, ook indien vreemd recht van toepassing is verklaard of het recht op schadevergoeding is uitgesloten.<sup>10</sup> Met andere woorden, een Nederlandse VAR zou bij toepasselijkheid van de agentuurbepalingen een beroep toekomen op wettelijke bescherming, ook al is bijvoorbeeld het recht van een Amerikaanse staat van toepassing op de VAR-overeenkomst.

Complicerende factoren zullen overigens zijn het forumbeding en executieperikelen. In de meeste VAR-overeenkomsten naar Amerikaans recht zal immers ook een Amerikaanse rechter bij uitsluiting bevoegd worden verklaard om van geschillen kennis te nemen. De handelsagent zal zich dan in het geval van een geschil, behoudens in kort geding, niet tot de Nederlandse rechter kunnen wenden. Of de Amerikaanse rechter genegen is Nederlands agenturrecht toe te passen terwijl Amerikaans recht van toepassing is verklaard, kan ten zeerste betwijfeld worden. Aangenomen dat de principaal actief blijft in Nederland, zou bijvoorbeeld een combinatie van derdenbeslag ten laste van de principaal onder een concurrerende (meestal de opvolgende) handelsagent, in combinatie met een kort geding waarin nakoming en een voorschot op schadevergoeding wordt gevorderd, de gedupeerde handelsagent mogelijk nog kunnen baten. Dergelijke IPR- en procesrechtelijke aspecten vallen echter buiten het bestek van deze bijdrage.

Laten we nagaan of een VAR-overeenkomst voldoet aan de wettelijke eisen van een agentuurovereenkomst. Zoals we zagen heeft een agentuurovereenkomst de volgende elementen:

1. overeenkomst voor (on)bepaalde tijd;
2. opdracht;
3. bemiddeling bij de totstandkoming van overeenkomsten;
4. geen ondergeschiktheid;
5. beloning.

#### *Ad 1. Overeenkomst voor (on)bepaalde tijd?*

Van een agentuurovereenkomst is pas sprake indien een handelsagent permanent belast is met het tot stand brengen van overeenkomsten. Uitgangspunt is dat de handelsagent continu activiteiten mag ontplooiën, er is een algemene bevoegdheid te bemiddelen. Er is sprake van een bemiddelingsopdracht die tijdens de duur van de relatie niet voltooid raakt.<sup>11</sup>

6 Zie o.m. J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursem, t.a.p., p. 151 e.v.

7 Zie o.m. F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomst', *Advocatenblad* 1993, p. 369-372 en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursem, t.a.p. p. 154 e.v.

8 Zie ook paragraaf 5 en de daar aangehaalde literatuur.

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

10 Zie het HvJEG, 9 november 2000, zaak C-381/98, onder meer besproken door mr. H.L.E. Verhagen in *NIPR* 2001, Afl. 1, 'Het spanningsveld tussen de vrijheid van rechtskeuze en het communautaire harmonisatieproces', en mr. J. Spiegel in *NIPR* 2001 Afl. 3, 'Enige agentuurperikelen'. Vergelijk voor interessante overwegingen op het vlak van IPR bijvoorbeeld mr. F.M. Smit, *De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 86-107, deels achterhaald door het hiervoor genoemde arrest van het Hof van Justitie EG.

11 Zie bijvoorbeeld Asser-Kortmann-De Leede-Thunissen (1994), t.a.p., p. 166 en mr. H.E. Urlus, *De agentuurovereenkomst*, Deventer, Kluwer 1990, p. 15.

Een VAR wordt voor de duur van de VAR-overeenkomst benoemd tot VAR. Daarmee mag de VAR tijdens de duur van de VAR-overeenkomst de software continu in- en verkopen tegen de condities van de VAR-overeenkomst. Tijdens de duur van de overeenkomst is de VAR dus permanent belast met de totstandbrenging van licentieovereenkomsten tussen producent en eindgebruiker.

Ik concludeer dan ook dat de VAR-overeenkomst voldoet aan het criterium van (on)bepaalde duur.

#### *Ad 2. Opdracht?*

Een VAR wordt benoemd, en krijgt het recht te resellen. De VAR aanvaardt deze aanstelling en bevoegdheid. Maar krijgt de VAR daarmee wel de opdracht om te resellen? Naar mijn mening is dat het geval. In de relatie tussen producent en VAR ligt besloten dat de VAR ook daadwerkelijk actief software zal verkopen en daarbij de licentievoorwaarden van de producent van toepassing verklaart. De opdracht omvat beide activiteiten, dus zowel de actieve verkoop als het hanteren van de licentievoorwaarden van de producent. Daarnaast, in de meeste VAR-overeenkomsten zal expliciet bepaald zijn dat de VAR zich moet inspannen zo veel mogelijk software te verkopen. In de door mij al eerder aangehaalde VAR-overeenkomst staat bijvoorbeeld dat VAR

*'will use all times its best endeavors to promote and extend the market for the Software to all potential End-users in the Territory and work diligently to obtain orders therefor.'*

Soms zal de verkoopverplichting daarbij zijn gekoppeld aan een target. Mocht er al twijfel bestaan over het opdrachtelelement, met een dergelijke expliciete bepaling bestaat geen twijfel dat er sprake is van een opdracht. In veel agentuurrelaties zal het overigens niet anders zijn. Kortom, uit de aanstelling en de acceptatie daarvan volgt een opdracht. In de literatuur wordt hier overigens ook wel eens anders over gedacht, maar dan in het kader van distributieovereenkomsten. Bijvoorbeeld Van de Paverd is van mening dat de distributieovereenkomst niet als overeenkomst van opdracht kan worden gekwalificeerd, omdat beide te zeer van karakter verschillen, welke conclusie waarschijnlijk ook op VAR-overeenkomsten betrekking zal hebben.<sup>12</sup> Deze meer gevoelsmatige opvatting van Van de Paverd spreekt mij minder aan, mede gezien de tekst van de wet, en kan mij niet overtuigen.

Opmerking verdient nog dat de Agentuurrichtlijn het opdrachtelelement niet kent. De Richtlijn spreekt van het 'belast zijn met'. Een aanstelling tot VAR kan moeilijk anders worden uitgelegd dan dat de VAR belast is met het resellen. Het element opdracht is naar ik vermoed opgenomen vanwege de wettelijke systematiek. De agentuurovereenkomst is immers een species van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW e.v.).

Naar mijn mening wordt dan ook aan het opdrachtereisde voldaan.

#### *Ad 3. Bemiddeling bij de totstandkoming van overeenkomsten?*

Door tussenkomst en bemoeienis van de VAR komt een contractuele relatie tot stand tussen producent en eindgebruiker, de licentieovereenkomst. Vraagtekens zouden gezet kunnen worden ten aanzien van de 'volwaardigheid' van een

dergelijke licentieovereenkomst. De meeste overeenkomst kenmerkt zich immers door verplichtingen over en weer.<sup>13</sup> De producent heeft als verplichting onder meer het verstrekken van de licentie. Het is evident dat daarmee op hem een verplichting rust. De enige verplichting die eindgebruikers doorgaans jegens hun contractpartij hebben in contracten, de betalingsverplichting, ontbreekt hier. De eindgebruiker heeft geen betalingsplicht jegens producent, maar uitsluitend jegens VAR. Het lijkt mij daarbij overigens te ver gaan om te stellen dat de VAR int namens de producent.<sup>14</sup> Een dergelijke machtiging zal in een VAR-overeenkomst immers niet aanwezig zijn. Heeft de eindgebruiker dan wel verplichtingen? Iedereen die wel eens een licentieovereenkomst heeft gezien, zal beamen dat die doorgaans bol staat van de verplichtingen voor eindgebruiker, niet in de laatste plaats ten aanzien van het gebruik van de software en de verplichting het exoneratiebeding te aanvaarden. Er is dan ook sprake van een wederkerige overeenkomst. Daarnaast, zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat slechts één partij een verbintenis op zich neemt jegens de andere, zal sprake zijn van een overeenkomst.<sup>15</sup> De definitie van agentuurovereenkomst vereist niet dat de overeenkomsten waarvoor bemiddeld wordt, wederkerig zijn, of dat er bijvoorbeeld betaling moet plaatsvinden door eindgebruiker aan principaal. Hoe dan ook, de licentieovereenkomst kwalificeert als overeenkomst. Derhalve kan gesteld worden dat de VAR bemiddelt bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen producent en eindgebruiker.

#### *Ad 4. Geen ondergeschiktheid?*

De handelsagent wordt geacht zelfstandig te handelen.<sup>16</sup> Iemand die in dienstbetrekking van een ander bemiddelt, handelt niet zelfstandig en is ondergeschikt; hij is geen handelsagent. De VAR is zelfstandig, niet ondergeschikt en niet in dienst van producent. Opgemerkt moet worden dat veel VAR-overeenkomsten de VAR wel in enige mate zullen verplichten instructies van producent op te volgen (vergelijk ook art. 7:402 BW, dat de opdrachtnemer verplicht instructies op te volgen van de opdrachtgever). Aan het criterium dat de VAR handelt zonder aan de producent ondergeschikt te zijn wordt dus voldaan.

#### *Ad 5. Beloning?*

Zonder beloning geen agentuur.<sup>17</sup> Bij beloning zal snel gedacht worden aan een tegemoetkoming in kosten of een provisie. De normale VAR-overeenkomst voorziet in geen

12 C.A.M. van de Paverd, t.a.p., p. 32.

13 Vergelijk art. 6:261 BW.

14 Vergelijk F.M. Smit, 'De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal', t.a.p., p. 18.

15 Vergelijk art. 6:213 BW.

16 Vergelijk art. 2 lid 1, eerste gedachtestreepje, Agentuurrichtlijn.

17 De Tekst en Commentaar bij het Burgerlijk Wetboek, J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, vierde druk, Deventer:Kluwer 2001, vermeldt bij art. 7:428 het volgende: 'Niettemin spreekt de wetgever ook van agentuurovereenkomst indien geen loon is overeengekomen; dan acht hij een gebruikelijke provisie overeengekomen (zie art. 7:405 lid 2 BW; NvW, *Kamerstukken II* 1989/90, 17779, nr. 4, p. 12'. Vergelijk ook mr. S.Y. Th. Meijer, t.a.p., aantekening 2 bij art. 7:431 BW. Ik heb de betreffende stukken bestudeerd, maar heb geen passage gevonden waar een dergelijke conclusie uit getrokken kan worden. Ik ga er voorslagnog vanuit dat de beloning welgedelijk een relevant element is.

van beide. De beloning van een VAR voor zijn bemiddelingsactiviteiten is gelegen in het verschil tussen zijn in- en verkoopprijzen.<sup>18</sup> Het staat hem daarbij overigens vrij er voor te kiezen beneden inkoopprijs te verkopen, bijvoorbeeld om de verkoop van een ander product of dienst te stimuleren.<sup>19</sup> In dat geval maakt hij verlies op de software.

Gezien het voordeel dat de VAR behaalt c.q. kan behalen door de verkoop van de licentie aan de eindgebruiker, zou op goede grond kunnen worden betoogd dat aan het beloningsvereiste wordt voldaan.

Daarnaast heeft een VAR-relatie vaak een grote gelijkenis met de 'klassieke' agentuurrelatie waarbij de agent werkt op provisiebasis. Een transactie in een VAR-relatie verloopt namelijk vaak als volgt. Een eindgebruiker bestelt een softwarepakket, vaak op basis van standaardlijstprijzen uitgegeven door de producent. De VAR, op zijn beurt, bestelt het pakket bij de producent, tegen de lijstprijs verminderd met een in de VAR-overeenkomst opgenomen korting op de lijstprijs. De inkomsten van de VAR uit de verkoop van de software (inclusief licentieovereenkomst met producent) bestaan in dat geval dus altijd uit een vooraf bekend percentage van de prijs die de eindgebruiker betaalt. Mocht een VAR-relatie op deze wijze ten uitvoer worden gelegd, dan geeft dit m.i. voldoende grond om te stellen dat sprake is van een beloning.

Maar zelfs als aangenomen moet worden dat op basis van het bovenstaande niet aan het beloningsvereiste wordt voldaan, kan de VAR via een andere weg bereiken dat er weldegelijk sprake is van een beloning. De hier beschreven VAR-overeenkomst is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW e.v.), zie ook onder ad 2, hierboven.

Een overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zich jegens opdrachtgever verbindt (anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst) werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Het in opdracht verrichten van VAR-werkzaamheden valt onder deze definitie. Art. 7:405 BW bepaalt dat indien de overeenkomst van opdracht door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, hetgeen hier het geval is, de opdrachtgever hem loon is verschuldigd. Ik ga er vanuit dat onder 'beloning' in de definitie van de agentuurovereenkomst hetzelfde wordt verstaan als 'loon' in de zin van art. 7:405 BW. Indien de hoogte daarvan niet door partijen is bepaald, is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd. Art. 7:405 BW dient mede te worden gezien in het licht van art. 6 lid 1 van de Agentuurrichtlijn. Dat artikel bepaalt dat 'bij gebreke van een overeenkomst ter zake tussen de partijen', de handelsagent recht heeft op een beloning.

De vraag rijst of vanwege het enkele feit dat partijen niets zijn overeengekomen over een beloning, moet worden aangenomen dat (impliciet) de toepasselijkheid van art. 7:405 BW, immers van regeland recht, is uitgesloten. Ik meen dat daarvan geen sprake kan zijn. Het wettelijke systeem van bescherming van de opdrachtnemer zou hierdoor worden uitgehouden. Die heeft immers uitsluitend baat bij de wettelijke regeling indien die kan worden ingeroepen wanneer een beloningsregeling in de overeenkomst ontbreekt. De opdrachtnemer zal bij gebreke van een beloningsregeling kunnen stellen dat terzake geen overeenkomst bestaat tussen partijen. Het ligt dan op de weg van de opdrachtgever om aan te tonen dat partijen weldegelijk zijn overeengekomen dat partijen de

toepasselijkheid van art. 7:405 BW hebben willen uitsluiten, wat in het algemeen een zware bewijslast zal zijn. Een contractbepaling waarin staat dat partijen geen agentuurovereenkomst zijn aangegaan lijkt mij daarvoor niet afdoende (zie ook onder paragraaf 5 hierna). Een dergelijke bepaling is mijns inziens te algemeen en ongericht om van een uitsluiting van de toepasselijkheid van art. 7:405 BW te kunnen spreken. Uitgaande van de hier behandelde VAR-overeenkomst zal de VAR dan ook aanspraak kunnen maken op beloning. Daarmee is aan het beloningsvereiste uit de wet voldaan.

De omstandigheid dat partijen geen overeenstemming hebben over de hoogte van de beloning doet daar m.i. niet aan af. Indien partijen over de hoogte geen instemming bereiken, is krachtens de wet het gebruikelijke dan wel redelijke loon verschuldigd (lid 2 van art. 7:405 BW). Mijn ervaring is dat er terzake geen sprake van een gebruik is. Derhalve zal aansluiting moeten worden gevonden bij de redelijkheid, met alle ruimte van dien voor discussie. Moet bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de omzet die VAR maakt voortvloeiend uit het verschil tussen zijn in- en verkoopprijzen? Los van dergelijke discussies ten aanzien van de hoogte, blijft in ieder geval vast staan dat aanspraak op beloning kan worden gemaakt.

Nu aan alle vereisten van de agentuurovereenkomst wordt voldaan, kan er geen andere conclusie zijn dan dat de VAR-overeenkomst is te kwalificeren als een agentuurovereenkomst in de zin van boek 7 BW.

## 5. Evaluatie

Het is algemeen aanvaard dat de distributieovereenkomst *niet* kwalificeert als een agentuurovereenkomst.<sup>20</sup> Is het dan niet merkwaardig dat de VAR, die wat bedrijfsvoering betreft sterk lijkt op de distributeur, wel aanspraak kan maken op de agentuurbescherming?

Laten we eerst nader kijken naar het verschil tussen handelsagent en distributeur. Wat betreft wijze van zaken doen en afhankelijkheid van de producent, vertonen de handelsagent en distributeur vaak een grote overeenkomst. De wetgever heeft er echter voor gekozen alleen de handelsagent de wettelijke bescherming te geven en de distributeur in beginsel niet.<sup>21</sup> Een verklaring voor dit verschil in behandeling zou gevonden moeten worden in het onderscheid tussen beide overeenkomsten. Belangrijkste onderscheid tussen distributeur en handelsagent is het feit dat de distributeur, in tegenstelling tot de handelsagent, de producent niet vertegenwoordigt.<sup>22</sup> Een ander onderscheid is dat de distributeur in het algemeen handelt voor eigen rekening en risico, en de

18 Vergelijk ook C.A.M. van de Pavert, t.a.p., p. 33.

19 Vergelijk ook de Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999.

20 Zie o.m. C.A.P. van de Pavert, t.a.p., p. 36 en mr. S.Y. Th. Meijer, losbladige Kluwer, Bijzondere overeenkomsten, band 1, aantekening 6 bij de inleiding op Afdeling 7.7.4. en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, t.a.p., p. 15.

21 Vergelijk ook de Memorie van Antwoord, 20842, nr. 6, p. 2, waarin wordt gesteld dat de agentuurregeling in beginsel niet geldt voor dealerovereenkomsten en J.M. Barendrecht, t.a.p., p. 565, die, zo begrijp ik, veronderstelt dat deze passage ook betrekking heeft op distributieovereenkomsten.

22 Vergelijk ook J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, t.a.p., p. 5, C.A.M. van de Pavert, t.a.p., p. 36 en F.M. Smit, 'De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal', t.a.p., p. 14 en p. 18.

handelsagent niet.<sup>23</sup> Gezien de vergelijkbare bedrijfsvoering, lijkt dit onderscheid het verschil in behandeling tussen agentuur en distributie moeilijk te kunnen dragen. Het verschil in wettelijk regime komt dan ook enigszins willekeurig over. Waarom wordt de zwakkere partij in het ene geval niet en in het andere, vergelijkbare geval wél bescherming geboden? Op basis van de aan de agentuurregeling ten grond liggende overtuiging dat de zwakkere partij soms wat extra bescherming nodig heeft, zou een verdere wettelijke bescherming van de distributeur mij niet onredelijk voorkomen.<sup>24</sup> Het feit dat we nu zien dat op de VAR-overeenkomst de agentuurbepalingen van toepassing zijn, is bezien vanuit het systeem van de wet dan ook niet een onlogische gevolg.

Is het verdedigbaar dat distributie- en VAR-overeenkomst een verschillend wettelijk kader kennen? Zoals gezegd, de VAR toont in de bedrijfsvoering grote gelijkenis met de distributeur, met als belangrijkste kenmerk dat beide producten inkopen en verkopen uit eigen naam. Een distributeur zal net als een VAR vaak substantiële investeringen doen in de promotie en verkoop van het product van de producent. Een belangrijk onderscheid is echter de vertegenwoordiging door de VAR, het sluiten van de licentieovereenkomst namens de producent. Een distributeur doet dat niet. Met een terugwijzing naar de verschillende distributiesystemen (paragraaf 2) is het verschil terug te leiden naar de keuze tussen een grotere en een kleinere betrokkenheid van de producent bij de eindgebruiker. Dit is nu ook juist het gene dat met name de distributie- van de agentuurovereenkomst onderscheidt. Ook al kan van een zekere willekeur worden gesproken, de constatering dat een VAR-overeenkomst een ander regime kent dan de distributieovereenkomst, is niet anders dan de constatering dat de distributieovereenkomst onderworpen is aan andere regels dan de agentuurovereenkomst. Het verschil is wellicht niet bevredigend, echter de bescherming die een VAR toekomt heeft een logische plaats in het wettelijk stelsel. Het verschil in behandeling laat nogmaals zien dat de distributeur wellicht een verdere bescherming verdient.

Voor de meeste producenten zal de kwalificatie als agentuurovereenkomst zeer ongewenst zijn vanwege de wettelijke waarborgen die de wet geeft aan de handelsagent. Dit roept de vraag op of er manieren zijn om aan de toepasselijkheid van de agentuurbepalingen te ontkomen. In de praktijk zie ik vaak dat partijen de toepasselijkheid van de agentuurbepalingen trachten te ontlopen door te bepalen dat de overeenkomst niet beschouwd mag worden als een agentuurovereenkomst. De eerder door mij aangehaalde overeenkomst bepaalt:

*'It is agreed and understood that the VAR is not the agent of representative of (...) and has no power to bind or contract in*

*the name of or create any liability against (...) in any way or for any purpose. It is understood that VAR is an independent contractor with non-exclusive rights as specified in this Agreement to market, distribute and support the Software on its own account and responsibility in the Territory.'*

Het enkele opnemen van deze clausule is echter onvoldoende om aan de werking van de agentuurbepalingen te ontkomen. Om vast te stellen of een overeenkomst te kwalificeren is als agentuurovereenkomst zijn de wettelijke criteria doorslaggevend, niet de benaming van partijen.<sup>25</sup>

Zoals we zagen is de doorslaggevende factor die de VAR-overeenkomst, in tegenstelling tot de distributieovereenkomst, tot agentuurovereenkomst maakt, de vertegenwoordiging door de VAR. Voor het overige zal de positie van VAR en distributeur vaak grote gelijkenis vertonen. Aangezien de bemiddeling door de VAR de doorslaggevende reden lijkt te zijn om tot een agentuurovereenkomst te komen, lijkt de enige wijze om aan de toepasselijkheid van de agentuurbepalingen te ontlopen dan ook te zijn om te kiezen voor een andere opzet van de relatie, waarbij de producent niet gebonden wordt. Dit zou bereikt kunnen worden door de VAR de mogelijkheid te geven uit eigen naam sublicenties te geven aan eindgebruikers. De VAR is dan een distributeur.

## 6. Afsluiting

Er zijn goede argumenten om aan te nemen dat de VAR die in opdracht van de softwareleverancier er voor zorgt dat bij de verkoop van software een licentieovereenkomst tot stand komt tussen eindgebruiker en producent, op basis van de wet gelijkgesteld kan worden met een handelsagent. Een VAR-overeenkomst voorziet doorgaans in korte opzegtermijnen en de uitsluiting van ieder recht op schadevergoeding bij beëindiging. In weerwil hiervan zou de VAR op basis van dwingend recht aanspraak kunnen maken op een minimale opzegtermijn en een schadevergoeding bij beëindiging. Gezien het dwingendrechtelijke karakter van de agentuurbepalingen zou hierop door een Nederlandse VAR zelfs aanspraak kunnen worden gemaakt indien buitenlands recht van toepassing is verklaard. Aan toepasselijkheid van de agentuurbescherming zou kunnen worden ontkomen door de VAR uit eigen naam sublicenties te laten verstrekken.

Als vangnet zou de VAR nog terug kunnen vallen op de jurisprudentie over beëindiging en schadevergoeding bij dueren distributieovereenkomsten. Gezien de gebruikelijke bepalingen uit VAR-overeenkomsten, die de speelruimte voor een redelijke en billijke oplossing beperken, en het feit dat vaak Amerikaans recht van toepassing is, zal het vangnet in de praktijk wel erg klein kunnen blijken.

23 Zie over het handelen voor eigen rekening en risico ook HR 20 januari 1956, NJ 1956, 335 en bijvoorbeeld F.M. Smit, 'De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal', t.a.p., p. 17 en 18, S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede en H.O. Thunnissen, Asser Boek 5, Deel III, Zwolle: W.E. Tjeenk Willink, 1994, p. 167 en C.A.M. van de Paverd, t.a.p., p. 36, met name voetnoot 85, Vergelijk ook J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursem, t.a.p., p. 5, die e.e.a. nuanceren.

24 Vergelijk ook C.A.M. van de Paverd, t.a.p., p. 39.

25 Zie ook Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen (1994), t.a.p., p. 168 en de daar aangehaalde jurisprudentie.