

Impressies

De invloed van door een franchisegever verstrekte prognoses voorafgaand aan het sluiten van een franchiseovereenkomst

Mr. dr. A.J.J. van der Heiden

Franchisegevers die op zoek zijn naar franchisenemers voor nieuwe locaties of bestaande franchisevestigingen, zullen doorgaans informatie verschaffen over het in franchise te geven systeem en de exploitatiemogelijkheden voor de aspirant-franchisenemer. Franchisegevers die lid zijn van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) zijn gehouden de regels uit de Europese ereco-de inzake franchising in acht te nemen.

De ereco-de is in 1972 uitgegeven door de Europese Franchise Federatie en is bedoeld een praktisch samenstel te zijn van 'noodzakelijke voorwaarden van fair gedrag voor de bij franchising betrokkenen in Europa'. Op grond van artikel 3 zijn franchisegevers verplicht zorg te dragen dat informatie in wervingsadvertenties en reclamemateriaal, waarin direct of indirect verwezen wordt naar 'resultaten, cijfers of te verwachten inkomsten voor de individuele franchisenemers, objectief en niet misleidend is'.

Op grond van bepalingen uit de ereco-de dienen franchisegevers binnen redelijke tijd voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst 'volledige en correcte schriftelijke informatie en documentatie met betrekking tot de franchiseverhouding' te verstrekken aan kandidaat-franchisenemers, waaronder (indien aanwezig) *financiële ramingen c.q. prognoses* (art. 3 lid 3 sub 5). Ook bevat de ereco-de de verplichting voor franchisegevers om een exemplaar van de ereco-de aan de kandidaat te verstrekken tijdens de precontractuele fase. Met andere woorden: aspirant-franchisenemers mogen ervan uitgaan dat hun aanstaande contractpartner de bepalingen uit de ereco-de franchising heeft nageleefd.

De informatieverstrekking in de precontractuele fase heeft – ondanks de 'goede bedoelingen' van de opstellers van de ereco-de – geleid tot tal van problemen binnen franchiserelaties en diensengevolge tot een stroom van vaste (lagere) jurisprudentie, waarin onder meer is bepaald dat de franchisegever toerekenbaar tekort zal komen, indien aan de afgifte van prognoses geen deugdelijk onderzoek is voorafgegaan¹ of voorbij wordt gegaan aan negatieve aspecten.² Mocht het door een franchisenemer opge-

stelde financieringsplan door de franchisegever niet haalbaar worden geacht, dan dient de franchisegever te corrigeren.³ Blijkt een franchisenemer niet in staat de prognoses te realiseren, dan vloeit uit de aard van de franchiseovereenkomst voort dat de franchisegever de franchisenemer zal begeleiden, door deze advies en bijstand te verlenen, om te komen tot een situatie die recht doet aan de franchiseovereenkomst, te weten een overeenkomst waarbij zowel franchisegever als franchisenemer profijt hebben.⁴

De Lampeniers-zaak heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 29 januari 2002, Prg. 2002, 5823 en heeft betrekking op aansprakelijkheid van een franchisegever voor de afgifte van prognoses aan aspirant-franchisenemers. Twee vragen staan centraal. In de eerste plaats of de franchisenemer zich met succes kan beroepen op dwaling, indien blijkt dat de door of namens een fran-

1 Rb. Arnhem 18 februari 1993, Prg. 1996, 4455 (m.nt. AJJ, Home-Choise). Zie ook Arbitraal vonnis Rotterdam 30 januari 1996, Prg. 1996, 4503 (Novus), in welke zaak is geoordeeld dat Novus toerekenbaar tekortgekomen is, door geen marktonderzoek te verrichten. Tevens dient Novus de schade te vergoeden aan franchisenemers die de begroting wel hebben gehaald, doch schade hebben geleden door het verplicht in dienst nemen van een (te hoog) aantal monteurs waardoor hun kostenpatroon te hoog was. Zie verder Pres. Rb. Breda 16 januari 1996, Prg. 1996, 4468 (Aviti); Pres. Rb. Haarlem 26 januari 1996, Prg. 1996, 4482 (m.nt. AJJ; Houtman/Medianet); Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 1997, Prg. 1997, 4727 (La Venezia); Ktg. Gouda 28 mei 1997 en 1 oktober 1997, Prg. 1997, 4864 (Coffee Club); Rb. Breda 14 april 1998, Prg. 1998, 4967 (m.nt. AJJ; Aviti); Rb. Arnhem 18 juni 1998, Prg. 1999, 5211, KGK 1999, 1512 (Brown Fashion); Rb. Utrecht 20 januari 1999, Prg. 1999, 5112 (m.nt. AJJ; Bruna); Rb. Zwolle 12 december 2001, Prg. 2002, 5818 (m.nt. AJJ, Lampenier).

2 HR 19 februari 1993, Prg. 1996, 4459 (Renault).

3 Pres. Rb. Haarlem 26 januari 1996, Prg. 1996, 4482 (m.nt. AJJ, Houtman/Medianet).

4 Ktg. Gouda 28 mei 1997 en 1 oktober 1997, Prg. 1997, 4864 (Coffee Club); Rb. Breda 14 april 1998, Prg. 1998, 4967 (m.nt. AJJ, Aviti); Rb. Arnhem 18 juni 1998, Prg. 1999, 5211, KGK 1999, 1512 (Brown Fashion); Rb. Utrecht 20 januari 1999, Prg. 1999, 5112 (m.nt. AJJ, Bruna); Rb. Zwolle 12 december 2001, Prg. 2002, 5818 (m.nt. AJJ, Lampenier); Rb. 's-Hertogenbosch 17 oktober 1997 en 14 augustus 1998, Prg. 1998, 5042 (m.nt. P.Abas, Paalman/Lampenier).

chisegever afgegeven prognoses niet in redelijke mate gerealiseerd kunnen worden. De tweede vraag heeft betrekking op toerekenbare tekortkoming, omdat uit de bijzondere verhouding tussen franchisegever en franchisenemer een bijzondere zorgplicht voortvloeit voor de franchisegever om advies en bijstand te verlenen aan franchisenemers, meer speciaal in het geval wanneer blijkt dat de prognoses niet zijn te verwezenlijken.

Voor een beter begrip van de Lampeniers-zaak volgt een kort chronologisch overzicht. Op 3 februari 1994 heeft Paalman een franchiseovereenkomst gesloten met De Lampenier BV. Paalman opende een Lampeniersvestiging in een pas geopend winkelcentrum, de Orangerie te Apeldoorn. Vóór het aangaan van de overeenkomst heeft De Lampenier opdracht gegeven aan B&O Management haalbaarheidsonderzoeken te verrichten en heeft vervolgens het rapport van B&O overhandigd aan Paalman, die zijn beslissing mede heeft gebaseerd op de mooi ogende prognoses. De omzet bleef echter van meet af aan sterk achter. Op grond van dwaling, toerekenbare tekortkoming en onrechtmatige daad vorderde Paalman voor de Rechtbank 's-Hertogenbosch schadevergoeding op te maken bij staat. In een uitgebreid vonnis (zie Rb. 's-Hertogenbosch 14 augustus 1998, Prg. 1998, 5048 m.nt. P. Abas) overwoog de rechtbank dat De Lampenier dient in te staan voor de juistheid van de door of namens haar opgestelde prognoses die met het oog op het aangaan van een franchiseovereenkomst aan de kandidaat-franchisenemer waren gepresenteerd. Volgens de rechtbank berustte het onderzoeksrapport op foutieve inschattingen en onvolledig uitgevoerde haalbaarheidsonderzoeken. Op Paalman rustte geen eigen onderzoeksplicht.⁵

De Lampenier is in beroep gegaan en het hof ('s-Hertogenbosch 28 december 1999, gepubliceerd in mijn artikel Prognoses, eigen risico franchisenemer en zorgplicht franchisegever nader belicht, Prg. 2000, p. 111-120) oordeelde dat niet valt 'in te zien waarom Lampenier zou moeten instaan voor alle uitgangspunten in het onderzoek van B&O, ook voor zover het gegevens betreft waarvan duidelijk is dat deze niet door Lampenier zijn verstrekt en die Lampenier niet in het bijzonder als onjuist behoefde te onderkennen'. Verder oordeelt het hof 'dat de franchiserelatie een minder grote ongeloofwaardigheid van partijen impliceert dan Paalman wil doen voorkomen'; hij dient als zelfstandige ondernemer te worden beschouwd en heeft zijn eigen verantwoordelijkheid voor het inschatten van zijn ondernemingsrisico's en een kritische beoordeling van de voorgelegde prognoses.

In cassatie ging het slechts over de vraag of een franchisegever dient in te staan voor de deugdelijkheid van een in zijn opdracht uitgevoerd (haalbaarheids)onderzoek naar een vestigingsplaats en – daarvan afgeleid – in hoeverre een franchisenemer mag afgaan op de juistheid van de op het onderzoek gebaseerde prognoses. De Hoge Raad (25 januari 2001, Prg. 2002, 5823 m.nt. AJJ, rolnr. C00/118HR) overwoog in r.o. 3.3.1:

'het middel berust op de opvatting dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, voortvloeit dat op de franchisegever, in de onderhandelingsfase, die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst vooraf

gaat, de plicht rust ervoor zorg te dragen dat door hem aan de franchisenemer te verschaffen prognoses omtrent de te verwachten omzetten of resultaten van de door de franchisenemer te stichten onderneming berusten op een deugdelijk onderzoek.'

Deze opvatting kan – aldus de Hoge Raad – in het algemeen niet worden aanvaard. R.o. 3.3.3 luidt:

'Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, vloeit niet in het algemeen voort dat op franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachtingen. De bijzondere omstandigheden van het geval kunnen zodanige verbintenis wel meebrengen, maar het bestaan van zodanige omstandigheden heeft het Hof niet vastgesteld. Daarover wordt in cassatie niet geklaagd.'

Voor deze beslissing overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.3.2:

'Vooropgesteld moet worden dat het in dit geding niet gaat om de vraag of Paalman, als franchisenemer, de door hem gesloten overeenkomst kan vernietigen op de grond dat hij door een hem door Lampenier, als franchisegever, verschaft rapport omtrent de te verwachten omzet en/of te verwachten winst, in dwaling is komen te verkeren als gevolg van fouten die dit rapport bevat. In zodanig geval zou, naar volgt uit art. 6:228 lid 1, aanhef en onder a, BW, in beginsel vernietiging op grond van dwaling mogelijk zijn, ongeacht of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf dan wel aan een of meer derden.'

In een overweging ten overvloede merkte de Hoge Raad op (in r.o. 3.4) dat een franchisegever 'die een rapport, zoals hiervoor bedoeld, aan zijn wederpartij verschaft, "onder omstandigheden onrechtmatig" zal handelen, indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt'. Echter, deze vraag is in cassatie niet aan de orde.

De uitspraak van de Hoge Raad was aanleiding voor Jeroen Janssen om in Franchise+, 2002, 3, p. 34-35, RvdW 2002, 22 te stellen dat een franchisegever in het algemeen niet verplicht is omzetprognoses af te geven en dat de franchisenemer uitsluitend zelf verantwoordelijk is voor de omzetprognose. Een eigen verantwoordelijkheid voor een zelfstandige ondernemer. Met deze stelling ben ik het niet eens. De stelling doet ook geen recht aan de bepalingen uit de erecode. Janssen ziet dat kennelijk ook in, want hij benadrukt dat gunstige omzetprognoses, bij voorkeur gebaseerd op een vestigingsplaatsonderzoek, onmiskenbaar de totstandkoming van een franchiseovereenkomst stimuleert. A. Knigge stelt in zijn artikel Aansprakelijkheid voor franchisegevers, Bb. 2002, 13, p. 119-122 dat de franchisegever zal moeten stellen dat het rapport fouten bevat en niet kan volstaan om te (blijven) roepen dat de omzet (ver) achterblijft bij de prognoses. Knigge concludeert dat in de lagere rechtspraak en literatuur de zorgplicht van de franchisegever te ver is opgerekt.

Is de stelling van Knigge en de Hoge Raad juist? De Hoge Raad oordeelt dat de redelijkheid en de billijkheid geen zelfstandige bron voor een op de franchisegever rustende verbintenis tot het verstrekken van prognoses in de precontractuele fase is. Met dat

⁵ Zie in dit verband ook Rb. Zwolle 12 december 2001, Prg. 2002, 5818 m.nt. AJJ (Lampenier/Visser).

oordeel kan ik wel leven, zij het dat het te algemeen is verwoord. Op zichzelf is de redelijkheid en billijkheid geen zelfstandige bron voor verbintenissen. Er zijn andere omstandigheden nodig, zoals gebruik of bepalingen uit de erecode, die de meeste franchisegevers naleven en daardoor gezien kunnen worden als een ‘bestendig gebruikelijk beding’. De Hoge Raad geeft zelfs een opening door te overwegen, dat een franchisegever aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van (op onjuiste gronden gebaseerde) prognoses. In de eerste plaats overweegt de Hoge Raad ‘dat de bijzondere omstandigheden van het geval kunnen zodanige verbintenis wel meebrengen’, doch vermeldt niet expliciet welke omstandigheden dat kunnen zijn. Aansluiting kan in dit verband gezocht worden bij de *aard van de* franchiserelatie (r.o. 3.3.3) en de daaruit voortvloeiende zorgplicht. Uit de woorden van de Hoge Raad valt ook af te leiden dat de rechtsbetrekkingen tussen franchisegever en franchisenemer(s) een rol hebben gespeeld bij de overweging. Een en ander blijkt ook uit r.o. 3.2, waarin de Hoge Raad de definiëring van de begrippen franchiseovereenkomst, franchisegever en franchisenemer heeft aanvaard, zoals deze zijn omschreven in de oude EG-Verordening 4087/88. Twee belangrijke aspecten spelen daarin een rol: de mededeling van de franchisegever aan de franchisenemer van belangrijke knowhow en de voortdurende verlening van commerciële of technische bijstand door franchisegever aan franchisenemer (art. 3 sub b derde liggende streepje). In mijn noot (Prg. 2002, 5823) heb ik verwezen naar – van de Amerikaanse Full Disclosure Act afgeleide – artikel 3.3. van de Europese Erecode inzake franchising (totstandgekomen in 1972 door de Europese Franchise Federatie) waarin staat dat de franchisegever voorafgaand aan het sluiten van een bindende overeenkomst kandidaat-franchisenemers volledige en correcte schriftelijke informatie en documentatie met betrekking tot de franchiseverhouding dient te verstrekken, binnen redelijke tijd vóór het sluiten van de franchiseovereenkomst, waaronder mede wordt verstaan financiële ramingen c.q. prognoses. Vernietiging op grond van dwaling is, volgens de Hoge Raad, in beginsel mogelijk.

Voor de rechtbank heeft Paalman zijn vordering gebaseerd op dwaling, toerekenbare tekortkoming en onrechtmatige daad. In cassatie zijn deze gronden kennelijk verlaten. De Hoge Raad, die niet buiten de grenzen van het middel kan treden, heeft desalniettemin ten overvloede gewezen op deze gronden, zoals blijkt uit de zinsnede de ‘bijzondere omstandigheden van het geval kunnen zodanige verbintenis wel meebrengen [...]’. Vooropgesteld moet worden dat het in dit geding niet gaat [...] om dwaling [...] “onder omstandigheden onrechtmatig” zal handelen (...)’. Die vragen waren, aldus de Hoge Raad in cassatie niet aan de orde. De Hoge Raad heeft deze overwegingen (ten overvloede) niet voor niets gemaakt. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad zich laten inspireren door een stroom van vaste jurisprudentie op het gebied van (misleidende) prognoses in franchiseverhoudingen.

Mr. dr. A.J.J. van der Heiden, advocaat en procureur te Den Helder