

# Artikel

## Uitsluiting van dwaling in franchiseovereenkomsten

Mr. E.B.M. Brons-Stikkelbroeck en mr. J.J.W. Kappert\*

### 1. Inleiding

#### 1.1 Beloftes en verwachtingen

Het werven en selecteren van goede franchisenemers wordt door veel franchiseorganisaties als lastig ervaren. Het schaap met de vijf poten ligt nu eenmaal niet voor het oprapen. Het vinden en binden van dit schaap vraagt om een succesvol rekruteringsproces en wervende informatiebrochures. De grens tussen een campagne voorzien van te florissante voorspellingen die verder gaan dan algemene aanprijzingen en een campagne gebaseerd op reële informatie vanuit deugdelijk onderbouwde ervaringscijfers, blijkt in de praktijk nogal eens dun. De door de franchisegever gepresenteerde cijfers en prognoses worden door de franchisenemer niet gehaald, de resultaten vallen tegen, het ontbreekt aan ondersteuning en er ontstaat ruzie over de oorzaken van dit alles. Een van de onderwerpen die dan aan de orde komt, is de vraag of de franchisegever een grens is overgegaan. Waren de prognoses te rooskleurig of waren zij juist behoudend en heeft het ontbroken aan ondernemerschap bij de franchisenemer? Het zal niet verbazen dat partijen naar elkaar wijzen. En wat zijn de gevolgen van het overschrijden van een grens? Zijn deze gevolgen te beperken?

#### 1.2 Eis en verweer

De procedures over dit onderwerp laten zien, dat de franchisenemer in zijn poging om genoegdoening te krijgen in

ieder geval enige vorm van schade vergoed wil zien.<sup>1</sup> De meest geziene grondslagen voor een schadevergoedingsvordering zijn de toerekenbare tekortkoming, de onrechtmatige daad en de redelijkheid en billijkheid.<sup>2,3</sup> Hoewel elk van deze grondslagen haar eigen vereisten, gevolgen en overige karakteristieken heeft, is de opbouw van het verweer in grote mate gelijk. De franchisegever zal zich tegen de schadevergoedingsvorderingen over het algemeen feitelijk verweren en stellen dat hij geen contractuele, wettelijke of maatschappelijke verplichting heeft overtreden. Zo nodig zal hij zich willen beroepen op een contractuele beperking van de schadevergoedingsplicht.

Bovendien wil de franchisenemer zich meestal niet langer gebonden zien aan de franchiseovereenkomst.<sup>4</sup> In veel gevallen leidt de ontstane discussie over oorzaak, gevolg en schadevergoeding tussen partijen tot een beëindiging met wederzijds goedvinden. De franchisegever kan echter

5

1. De berekening van de schade zal mede afhankelijk zijn van de grondslag voor de schadevergoeding. Bij een vergoeding op basis van een toerekenbare tekortkoming zal de schuldenaar het positief contractsbelang moeten vergoeden. Als de overeenkomst wordt vernietigd en de schuldenaar is aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, dan komt slechts het negatieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking. Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 26.
2. Volgens Van Laarhoven in Aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste informatie in een precontractuele verhouding, WPNR 02/6484, kan het schenden van de precontractuele redelijkheid en billijkheid een zelfstandige grondslag voor schadevergoeding opleveren.
3. De gedachte is bij elk van de grondslagen voor aansprakelijkheid min of meer gelijk. Het verstrekken van ondeugdelijke prognoses is, mede gezien de bijzondere zorgplicht die een franchisegever in acht moet nemen, een tekortkoming, c.q. maatschappelijk onbetamelijk, c.q. in strijd met de redelijkheid en billijkheid.
4. De franchisegever en de franchisenemer sluiten vaak naast de franchiseovereenkomst ook diverse andere overeenkomsten. Hierbij kan gedacht worden aan huurovereenkomsten, financieringsovereenkomsten, terugkoopovereenkomsten enz. In deze bijdrage wordt met franchiseovereenkomst bedoeld het geheel aan overeenkomsten gesloten tussen franchisenemer en franchisegever.

\* Mr. E.B.M. Brons-Stikkelbroeck was ten tijde van het schrijven van dit artikel werkzaam bij Dijkstra Voermans Advocatuur & Notariaat te Utrecht. Mr. J.J.W. Kappert was ten tijde van het schrijven van dit artikel werkzaam bij Dijkstra Voermans Advocatuur & Notariaat te Utrecht.

allerlei redenen hebben om de relatie te willen voortzetten.<sup>5</sup> In deze situatie zal de franchisenemer een beroep moeten doen op ontbinding en/of vernietiging of aanpassing van de overeenkomst wegens dwaling en andere wilsgebreken. Ook tegen deze mogelijke eisen zal de franchisegever zich in eerste instantie feitelijk verweren, stellende dat er geen gegronde en afdoende redenen bestaan om te ontbinden of de franchiseovereenkomst te vernietigen. De franchisegever zal zich daarnaast, indien althans overeengekomen, ook kunnen beroepen op een contractuele beperking van het ontbindingsrecht van de franchisenemer. Voornamelijk in de overnamepraktijk is dit een standaardbepaling. Zo'n mogelijkheid om ontbinding uit te sluiten, is alom geaccepteerd.<sup>6</sup> Wij zien ook bij franchiseovereenkomsten geen juridische bezwaren tegen een bepaling als de volgende:

Partijen doen/franchisenemer doet afstand van het recht om deze overeenkomst te ontbinden, alsmede van het recht om gehele of gedeeltelijke<sup>7</sup> ontbinding van deze franchiseovereenkomst te vorderen.

De praktische rechtvaardiging voor het uitsluiten van de ontbindingsmogelijkheid wordt gevonden in de problemen die de uit ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverplichtingen met zich brengen: *one cannot unscramble scrambled eggs*.

Kan de franchisegever zich, bij een beroep op dwaling door de franchisenemer, ook verweren met een beroep op een contractuele uitsluiting van dwaling? En is een beroep op dwaling, net als een beroep op ontbinding, contractueel uit te sluiten? In de franchisepraktijk is het opnemen van uitsluitingclausules niet gebruikelijk. Waarom eigenlijk niet? Bestaan er (specifieke) juridische bezwaren tegen het contractueel uitsluiten van een beroep op dwaling in franchiseovereenkomsten?

6

## 2. Enkele algemene beschouwingen over franchising

### 2.1 Aard van franchising en zorgplicht

Franchising is een bijzondere vorm van samenwerking tussen een keten van ondernemers. Franchising vindt plaats in vele vormen. Er bestaat dan ook geen vastomlijnde definitie. De Nederlandse franchisevereniging

noemt op haar website (<[www.nfv.nl](http://www.nfv.nl)>) twee veelgezigde definities:

‘Franchising is een hechte vorm van samenwerking tussen juridisch zelfstandige ondernemers, de franchisegever en de franchisenemer, die onder gebruikmaking van een gemeenschappelijke naam en met een uniforme uitstraling producten en diensten aanbieden aan afnemers.’

‘Franchising is een systeem voor de afzet van goederen en/of diensten en/of toepassing van technologie, gebaseerd op een hechte en voortdurende samenwerking tussen juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen, de franchisegever en zijn individuele franchisenemers.’

Bij de totstandkoming van een franchiseovereenkomst en ook gedurende de samenwerking bestaat er, ondanks de formele gelijkwaardigheid, een ongelijkheid tussen de franchisegever en de franchisenemer. De verschillen zitten hem onder meer in professionaliteit, deskundigheid, kennis en ervaring. Deze ongelijkheid zorgt ervoor, mede gelet op het duurzame karakter van de samenwerking en de afhankelijkheid van de franchisenemer ten opzichte van de franchisegever, dat de franchisegever richting de franchisenemer een zorgplicht heeft.

De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan wel gezegd worden dat deze zorgplicht met zich brengt dat de franchisegever zich bij de presentatie van prognoses moet baseren op een grondig en zorgvuldig markt- en vestigingsplaatsonderzoek. Het is vaste rechtspraak dat de franchisegever op grond van de zorgplicht gehouden is om de franchisenemer blijvend te adviseren en te begeleiden. Indien de voorspelde resultaten tegenvallen, zal de franchisegever in overleg moeten treden met de franchisenemer, om zo te komen tot een situatie die recht doet aan de franchiseovereenkomst, te weten een overeenkomst waarbij zowel franchisegever als franchisenemer profijt heeft.<sup>8</sup>

### 2.2 Geen wetgeving

In Nederland kennen wij geen specifieke franchisewetgeving. De franchiserelatie wordt dus beheerst door de normale regels van onder meer het verbintenisrecht en het mededingingsrecht.<sup>9</sup> Waar de relatie kwalificeert als een bijzondere rechtsfiguur, bijvoorbeeld agentuur, gelden ook de regels die van toepassing zijn op die rechtsfiguur.

Slechts in een aantal landen is dit anders. De Verenigde Staten, België en Griekenland kennen bijvoorbeeld specifieke franchisewetgeving. In genoemde landen bevat de

5. Dit zal bijvoorbeeld al snel het geval zijn bij omzetgedreven organisaties, waarbij de franchisegever geen direct belang heeft bij winstgevendheid c.q. succes van de franchisenemer. Ook kan gedacht worden aan handhaving van de locatie met het oog op de zichtbaarheid in de markt.

6. Volgens Strikwerda heeft de Hoge Raad dit al in 1866 bevestigd. H.K. Strikwerda, Sluit een verbod op ontbinding de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding uit?, V&O 2008, nr. 7/8.

7. Dit wordt nog wel eens vergeten. Strikwerda (2008) komt tot de conclusie dat een uitdrukkelijke uitsluiting van gedeeltelijke ontbinding over het algemeen wel verstandig is.

8. Hof Den Bosch 26 november 1996, Prg. 1997, nr. 4675 (Aviti), Rb. Arnhem 18 februari 1993, Prg. 1996, nr. 4455 (Home Choice) en Rb. Den Bosch 15 juni 2001, niet gepubliceerd (La Venezia).

9. Op het gebied van het mededingingsrecht spelen met name de Verordening (EG) nr. 2790/1999 en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2000/291/01) een belangrijke rol voor franchiserelaties. De verordening expireert met ingang van 1 mei 2010 en haar opvolger is thans in de maak.

wet een ‘disclosure verplichting’, welke franchisegevers verplicht om in de precontractuele fase allerlei informatie te overleggen. Op Europees vlak wordt al vele jaren geprobeerd om tot een bepaalde mate van harmonisatie te komen. De Study Group on a European Civil Code pleit onder andere voor een precontractuele en contractuele informatieverplichting.<sup>10</sup> Volgens Hesselink heeft de franchisenemer bescherming, gelet op zijn vaak uiterst zwakke positie.<sup>11</sup> Deze pogingen tot harmonisatie ten spijt, is er tot op heden geen Europese regelgeving voor franchising.

Zelfregulering door de Europese Franchise Federatie heeft geresulteerd in de Europese Erecode inzake Franchising. De Erecode bevat diverse verplichtingen voor franchisegevers en franchisenemers, onder meer op het gebied van werving, informatieverstrekking, opleiding, de vorm en inhoud van de franchiseovereenkomst. De Erecode bindt partijen bij een franchiseovereenkomst niet rechtstreeks. Tenzij de toepasselijkheid van de Erecode tussen partijen is overeengekomen, zijn bedoelde verplichtingen dan ook niet zonder meer afdwingbaar.

In de rechtspraak wordt regelmatig betoogd dat de Erecode en de *Principles of European Law* van toepassing zijn of een bepaalde mate van invloed c.q. reflexwerking hebben op franchiserelaties, ook als de toepasselijkheid niet expliciet is overeengekomen. Dergelijke betogen zijn nog niet succesvol gebleken. Wij kunnen ons wel voorstellen dat de specifieke omstandigheden wel tot een dergelijke invloed kunnen leiden. Daarbij zou bijvoorbeeld een rol kunnen spelen of de franchisegever lid is van de Nederlandse Franchisevereniging. Deze branchevereniging verplicht zijn leden om de Erecode van toepassing te verklaren. Zou een franchisegever deze plicht verzaken, dan zou (met een beroep op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid) betoogd kunnen worden dat de Erecode toch van toepassing is.

### 3. Ontstaan van dwaling

#### 3.1 Algemeen

Bij het nemen van zijn besluit om een franchiseovereenkomst aan te gaan, is een potentiële franchisenemer in grote mate afhankelijk van de informatie die hij van de franchiseorganisatie krijgt. Veel van deze informatie is immers niet openbaar en berust op bijzondere kennis van de franchisegever. Als achteraf blijkt dat hij een *onjuiste voorstelling van zaken* had, terwijl dit te wijten is aan *inlichtingen van of schending van de mededelingsplicht* door de franchisegever, en hij *bij een juiste voorstellingen van zaken de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden had gesloten*, dan kan de franchiseovereenkomst in beginsel

door de franchisenemer worden vernietigd (art. 6:228 lid 1 BW).

#### 3.2 Verstrekken van inlichtingen door de franchisegever

De franchisegever loopt het risico geconfronteerd te worden met vernietiging van een franchiseovereenkomst als hij voor of bij het aangaan van de franchiseovereenkomst informatie heeft verstrekt die heeft geleid tot een onjuiste voorstelling van zaken aan de kant van de franchisenemer. De informatie hoeft daarbij niet per definitie onjuist te zijn geweest. De voorstelling van zaken die inlichtingen teweegbrengen, wordt immers mede gekleurd door andere factoren. Wij denken dan bijvoorbeeld aan de wijze waarop de informatie gepresenteerd wordt, maar ook aan de persoon van de ontvanger van de informatie (kennis, veronderstellingen). Zo zal informatie die op zich juist is, maar op onduidelijke wijze en zonder deugdelijke onderbouwing wordt verstrekt aan een ondeskundige persoon, een ‘onjuiste voorstelling van zaken’ tot gevolg kunnen hebben.

De wijze van presenteren van informatie speelt dus een belangrijke rol. Kan een franchisegever dit ook in zijn voordeel gebruiken? Kan hij de informatie bijvoorbeeld zo presenteren dat de franchisenemer niet in dwaling komt te verkeren? Dwaalt een franchisenemer nog als de franchisegever bij het verstrekken van de informatie expliciet meldt dat aan de verstrekte informatie slechts indicatieve betekenis kan worden toegekend en dat daaraan geen rechten kunnen worden ontleend?

Wij menen dat een franchisegever het ontstaan van dwaling tot op zekere hoogte kan beïnvloeden. De gedachte daarbij is dat een franchisenemer die voldoende twijfelt over de voorstelling van zaken, niet dwaalt.<sup>12</sup> Op basis van deze gedachte achten Hijma en ook Du Perron en Van Wechem het mogelijk om met een clause in een overeenkomst te beïnvloeden of er sprake is dwaling.<sup>13</sup> De vraag is dan hoe je voldoende twijfel zaait. Dit zou mogelijk kunnen met een clause in de franchiseovereenkomst, maar vaak zal de voorstelling van zaken dan al vorm gekregen hebben. Het ligt dus meer voor de hand om een clause op te nemen in/of op de informatie zelf en/of in een voorovereenkomst.

Overigens zal het veelal lastig zijn om te bewijzen dat er daadwerkelijk getwijfeld is. Zou wel aannemelijk gemaakt kunnen worden dat een franchisenemer redelijkerwijs had moeten twijfelen, dan zou de ontstane dwaling mogelijk voor rekening van de franchisenemer komen (hierover later meer).

In de franchisepraktijk is het goed gebruik dat informatie wordt verstrekt met de mededeling dat daaraan geen rechten kunnen worden ontleend of met mededelingen van

10. Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts.

11. F.W. Grosheide, Werk in uitvoering, interview met prof. mr. M.W. Hesselink, Contracteren 2007/2, p. 49.

12. Wat voldoende twijfel is, zal moeten worden beoordeeld in het licht van alle relevante omstandigheden.

13. C.E. du Perron en T.H.M. van Wechem, Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?, V&A 2004/1.

gelijke strekking. Deze mededelingen lijken primair gericht op het afwenden van aansprakelijkheid. In de jurisprudentie<sup>14</sup> en de literatuur zijn bedoelde disclaimers met name beoordeeld in het licht van de toerekenbare tekortkoming. Gelet op het vorenstaande zouden deze 'disclaimers' echter ook gevolgen kunnen hebben voor het ontstaan van dwaling.<sup>15</sup>

Of een disclaimer het gewenste effect sorteert, zal mede afhangen van de persoon van de ontvanger (kennisseniveau, ervaring, verwachtingen), de feitelijk daarbij verstrekte informatie en uiteraard de formulering van de disclaimer. Afhankelijk van de situatie kan de volgende tekst het ontstaan van dwaling mogelijk voorkomen of beperken:

'Franchisegever adviseert franchisenemer ten eerste om onderzoek te doen naar de haalbaarheid en de potentie van de vestiging. Alle door de franchisegever verstrekte gegevens zijn bedoeld als basis voor dat onderzoek. Indien franchisenemer nadere informatie wenst, onduidelijkheden of onvolkomenheden signaleert, dan is franchisegever graag bereid nadere informatie of toelichtingen te verschaffen.'

### 3.3 Achterhouden van informatie door de franchisegever

De risico's aan het verstrekken van financiële informatie kunnen voor een franchisegever reden zijn om dan maar geen prognoses te verstrekken en informatie te geven. Kan dat? In hoeverre heeft een franchisegever in het kader van de dwalingsleer een mededelingsplicht? De wet zegt dat deze mededelingsplicht bestaat als de franchisegever 'in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten'. In algemene zin geldt dat een contracterende partij de informatie in ieder geval zelf moet hebben, moest begrijpen dat het om informatie ging die relevant was voor de ander en er rekening mee moest houden dat die ander dwaalde.<sup>16</sup>

### 3.4 Mededelingsplichten buiten het dwalingsvraagstuk

Uit de zorgplicht die franchisegevers in acht moeten nemen richting hun franchisenemers kunnen diverse verplichtingen voortvloeien. Wij gaven al het voorbeeld van het geven van extra advies en begeleiding. De vraag rijst of op franchisegevers, buiten de dwalingsituatie om, een plicht rust of kan rusten om aan kandidaat-franchise-

nemers informatie te verstrekken. En betekent schending van zo'n informatieplicht ook automatisch dat de mededelingsplicht bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW wordt geschonden?

Zeker tot aan het Lampenier-arrest van 25 januari 2002 werd regelmatig betoogd en geoordeeld dat de franchisegever verplicht is een marktonderzoek te doen en winsten omzetprognoses te overleggen. Deze plichten zouden voortvloeien uit de zorgplicht. De Hoge Raad oordeelde in vernoemde kwestie echter dat er geen algemene verplichting tot het verstrekken van informatie bestaat. In 'bijkomende' omstandigheden kan dat anders zijn. Als de franchisegever besluit om onverplicht informatie te verstrekken, dan geldt dat het onverplichte karakter een beroep op artikel 6:228 lid 1 sub a BW niet in de weg in staat.<sup>17</sup> Overigens gaf de Hoge Raad in deze zaak ten overvloede<sup>18</sup> mee dat de gegeven omstandigheden maakten dat de franchiseovereenkomst met een beroep op dwaling kon worden vernietigd.

Welke bijkomende omstandigheden kunnen leiden tot een informatieplicht, is nog niet in rechtspraak uitgemaakt. Men zou kunnen denken aan een contractuele plicht in de (nog te sluiten) franchiseovereenkomst, het beschikbaar hebben van de gegevens en eventuele bestendige gebruiken van de franchisegever of de branche, een lidmaatschap van de NFV, het verschil in kennis en ervaring, het aantal franchisenemers dat reeds bij de formule is aangesloten, de mate van professionaliteit van partijen, de betrokkenheid van deskundige adviseurs, het (financiële) belang van de franchisenemer bij volledige informatie<sup>19</sup> en de relevantie van de informatie. Wij merken op dat een deel van de genoemde aspecten maakt dat er überhaupt een zorgplicht is.<sup>20</sup> Die zorgplicht was bij Lampenier niet voldoende om een informatieplicht aan te nemen. De optelsom van de bijkomende omstandigheden zal dus verder moeten gaan dan daar het geval was.

Stel dat er in een concreet geval sprake is van een zorgplicht en dat bijkomende omstandigheden maken dat een franchisegever verplicht is om bepaalde informatie te verstrekken. Betekent dit dat hij ook een mededelingsplicht binnen het dwalingvraagstuk heeft? Hoewel grotendeels dezelfde omstandigheden een rol spelen, is er sprake van een aparte toets. In de zaak Dexia/De Treek<sup>21</sup> kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat het Hof Arnhem geen blijk

14. Over het algemeen wordt primair een beroep gedaan op wanprestatie en ontbinding en subsidiair een beroep op vernietiging in combinatie met een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Dit is ook logisch, gezien het verschil in schadeberekening (zie voetnoot 1). Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 20 oktober 2004, LJN AR4485 (Bruna) en Hof Den Bosch 26 november 1996, Prg. 1997, nr. 4675 (Aviti).
15. Op 15 maart 2007 heeft een Haagse voorzieningenrechter zich in het kader van het dwalingvraagstuk uitgelaten over mededelingen ten aanzien van verstrekte informatie. Hij kwam tot het oordeel dat een door franchisegever Cartridge World gesteld voorbehoud ten aanzien van verstrekte financiële informatie 'thans niet (is) komen vast staan'. Zou dit voorbehoud wel aangetoond zijn, dan had het dus relevant kunnen zijn.
16. Van Koppen, Dwaling, bedrog en koop van aandelen, Nieuwsbrief BW 2003, nr. 12.

17. HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Lampenier).
18. In cassatie kwam het dwalingvraagstuk niet aan de orde.
19. Keirse spreekt tijdens het jubileumcongres van Contracteren over de aard en de omvang van de schade als criterium. Zie: Contracteren 2009/4, p. 143.
20. Die zorgplicht kan op haar beurt, gelet op de omstandigheden van het geval, resulteren in allerlei verplichtingen. Grosheide wierp tijdens het jubileumcongres de vraag op of de in De Treek/Dexia aangenomen plichten alleen gelden in (financiële) contracten met consumenten, of wellicht ook gelden voor andere relaties. Wij menen dat de benadering in alle gevallen dezelfde zal zijn, maar de omstandigheden van het geval maken dat diverse verplichtingen bestaan. De zorgplicht zien wij daarbij als een soort basisnorm. Als de omstandigheden niet resulteren in een zorgplicht, dan zullen ook geen (verdergaande) informatie-, waarschuwingsplichten worden aangenomen. Contracteren 2009/4, p. 143.
21. HR 5 juni 2009, LJN BH2815 (De Treek/Dexia).

had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat er geen sprake was van dwaling vanwege schending van een mededelingsplicht. Dit terwijl het hof in dezelfde uitspraak had geoordeeld dat Dexia enkele mededelings- en waarschuwingplichten had verzaakt. De reikwijdte van de mededelings- en waarschuwingplichten die op Dexia rustten, ging blijkbaar verder dan de plicht om te voorkomen dat De Treek zou dwalen over de overeenkomst. Die laatste plicht had Dexia niet geschonden.

Het uitgangspunt is dus dat een franchisegever geen algemene informatieplicht heeft. Bijkomende omstandigheden kunnen hier verandering in brengen, maar dit zal in de praktijk niet vaak voorkomen. Het ontbreken van zo'n plicht staat niet in de weg aan het ontstaan van een mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Andersom betekent het bestaan van een informatieplicht buiten dwaling niet dat er een mededelingsplicht binnen dwaling bestaat.<sup>22</sup>

Terug naar het ontstaan van dwaling en het verstrekken van inlichtingen. Ook hier geldt dat een franchisenemer die twijfelt niet dwaalt. Een clause in een voorovereenkomst (zie hiervoor) zou naar ons idee ook bescherming kunnen bieden tegen dwaling als gevolg van een schending van de mededelingsplicht, althans voor zover het dwaling betreft.<sup>23</sup>

Al met al concluderen wij dat het juridisch acceptabel en theoretisch mogelijk is om met een 'disclaimer' of een contractueel beding invloed uit te oefenen op de vraag of een franchisenemer in dwaling komt te verkeren.

## 4. Toerekening van dwaling aan de dwalende

Een dwalende kan geen beroep doen op vernietiging van de overeenkomst als de dwaling 'in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende' behoren te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).

In dit kader is allereerst de eventuele *onderzoeksplicht* van de dwalende van belang. Zou hij deze hebben geschonden, dan kan dit een reden zijn om een beroep op vernietiging af te wijzen. Als de franchisenemer informatie ontvangt, dan is het uitgangspunt dat de franchisenemer mag vertrouwen op die informatie. Hij heeft dan in beginsel geen zelfstandige onderzoeksplicht.<sup>24</sup> Dit is in lijn met de algemene leer over onderzoeks- en mededelingsplichten.<sup>25</sup>

22. Met ons onderzoek hebben wij niet in volle omvang kunnen vaststellen wat de invloed van de zorgplicht van een franchisegever op het dwalingleerstuk is. Wellicht dat dit een onderwerp is waarop iemand zich in de toekomst nog eens zou kunnen toeleggen.
23. Diverse andere vorderingen zijn denkbaar als een mededelingsplicht geschonden wordt.
24. Zie Bruna-uitspraak.
25. HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (Van der Beek/Van Dartel) en meer recent HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman).

Aangenomen wordt wel dat dit in franchiserelaties sterker geldt gezien de ongelijke situatie, zowel wat de deskundigheid betreft als wat de feitelijke kennisachterstand betreft.

De positie van partijen kan ook met zich brengen dat een onderzoeksplicht juist wel bestaat. De Rechtbank Almelo oordeelde al eens dat een ex-werknemer die franchisenemer wilde worden, een eigen onderzoeksplicht had.<sup>26</sup> Hij had immers voldoende kennis over de kostenstructuur waarmee hij te maken zou krijgen. Ditzelfde zou kunnen gelden voor franchisenemers die een tweede of derde vestiging openen. Zij zullen immers over het algemeen al relevante kennis en deskundigheid hebben.

Ook denken wij aan de situatie dat de franchisenemer niet aantoonbaar twijfelde, maar dit gezien de omstandigheden redelijkerwijs wel had moeten doen. In dat geval zal de dwaling voor rekening van de franchisenemer moeten blijven. De franchisegever zou anders de dupe worden van de onvoorzichtigheid, nalatigheid of domheid van de franchisenemer die niet gaat twifelen als daar alle aanleiding voor is.<sup>27</sup> Van der Heiden<sup>28</sup> deelt onze mening, maar stelt onder verwijzing naar de Europese Erecode dat in zijn optiek niet snel zal worden aangenomen dat de franchisenemer had moeten twifelen.

Als de franchisegever een mededelingsplicht heeft geschonden, dan kan de dwaling in beginsel niet voor rekening van de dwalende blijven.<sup>29</sup> Volgens Hijma<sup>30</sup> zal de Hoge Raad niet snel een uitzondering op deze hoofdregel aanvaarden. In de zaak VBI/Beerkens<sup>31</sup> zag de Hoge Raad ruimte voor die uitzondering. Het hof kwam tot het oordeel dat de relevante omstandigheden met zich brachten dat de dwaling voor rekening van de dwalende (VBI) kwam. Daarbij waren de volgende aspecten van belang: (i) het betrof professionele partijen, (ii) partijen werden bijgestaan door adviseurs, (iii) de dwalende had redenen om te twifelen aan de juistheid van de verstrekte informatie, (iv) er was sprake van een lage koopprijs door de eerder geconstateerde onjuistheden en (v) er was geen druk uitgeoefend. VBI had 'bewust de goede en kwade kansen van de gesloten koopovereenkomst aanvaard'. De dwaling werd geacht te zijn verdisconteerd in de overeenkomst. Nu een eventuele dwaling op grond van lid 2 aan VBI werd toegerekend, kwam volgens de Hoge Raad ook geen zelfstandige betekenis toe aan de vraag of VBI had gedwaald en of er een mededelingsplicht was geschonden.

26. Rb. Almelo 7 mei 1997, Prg. 1997, 4782 (Eismann).
27. Zie in deze lijn ook: Asser/Hartkamp 2001, nr. 194 en Van der Weij, Dwaling en bedrog bij het sluiten van overnameovereenkomsten, V&O 2008, nr. 3.
28. A.J.J. van der Heiden, Franchising, definities, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 1999, p. 341, zie ook zijn noot onder Rb. Arnhem 18 februari 1993, Prg. 1996/4455 (Home Choice), waarin hij Drion aanhaalt.
29. HR 30 november 1973, LJN AC5383 (Van der Beek/Van Dartel), meer recent: HR 14 november 2008, LJN BF0407 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen).
30. Hijma, losbladige, aantekening 144 bij art. 6:228 BW.
31. HR 10 oktober 2003, LJN AI0306.

Volgens Du Perron en Van Wechem<sup>32</sup> is het ook mogelijk om met een contractuele bepaling te spelen met de toerekening van de dwaling, en de dwaling aldus op meer expliciete wijze te verdisconteren. Wij zien verschillende mogelijkheden om met een contractueel beding te zorgen dat een eventuele dwaling voor rekening van de franchisenemer blijft. In de meest extreme vorm komen franchisegever en franchisenemer uitdrukkelijk overeen dat de franchisenemer het risico van dwaling aanvaardt. In een iets genuanceerde vorm denken wij aan de hiervoor besproken 'disclaimer', maar dan opgenomen in de franchiseovereenkomst. Een contractueel overeengekomen beding dus, in plaats van een eenzijdige mededeling. Ook denkbaar is een bepaling waarbij een extra lading wordt gegeven aan de onderzoeksplicht van de franchisenemer:

Indien de franchisenemer dwaalt omtrent enig aspect van de franchiseovereenkomst, terwijl hij niet had gedwaald indien hij zorgvuldig onderzoek had verricht, dan zal de dwaling voor zijn rekening blijven.

Wij komen tot de conclusie dat er diverse juridisch toelaatbare mogelijkheden zijn om met een contractuele bepaling invloed uit te oefenen op de toerekening van de dwaling. De mogelijkheden hiertoe in een franchiserelatie wijken niet, althans niet significant af van de mogelijkheden in andere relaties. Het verschil in positie tussen franchisegever en franchisenemer zou gevolgen kunnen hebben voor de mededelingsplichten en onderzoeksplichten, al is dit niet zonder meer het geval.

10

## 5. Contractuele uitsluiting van een beroep op dwaling

Zowel het ontstaan van dwaling als de toerekening van dwaling kan dus contractueel beïnvloed worden. De meest vergaande exoneratie richt zich op het volledig uitsluiten van ieder beroep op vernietiging wegens dwaling. De algemene lijn in de juridische literatuur is dat het in beginsel mogelijk is om een beroep op dwaling uit te sluiten.<sup>33</sup> Het uitsluiten van vernietiging op grond van andere wilsgebreken wordt in strijd met de openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW) geacht.

Du Perron en Van Wechem<sup>34</sup> betogen echter dat een uitsluitingclausule ook in strijd is met de goede zeden, althans voor zover de wederpartij van de dwalende niet te goeder trouw is. Het verschil met bedrog (bij voorbaat nietig) zou zo beperkt zijn, dat er geen goede gronden zijn voor een verschillende benadering. Wij zijn geneigd om in deze gedachtegang mee te gaan, maar merken op dat niet altijd duidelijk is wanneer een wederpartij te kwader trouw is.

32. Du Perron & Van Wechem 2004.

33. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van verschillende opvatting de conclusie van A-G Bakels voor HR 13 april 2001, NJ 2001, 326.

34. C.E. du Perron & T.H.M. van Wechem 2004.

Volgens Du Perron en Van Wechem is een wederpartij die informatie heeft achtergehouden of zijn mededelingsplicht heeft geschonden niet te goeder trouw. Zij komen tot de conclusie dat een beroep op een contractuele uitsluiting nietig is voor zover zij 'de gevallen van wederzijdse dwaling of van een onjuiste mededeling waarvan de onjuistheid aan de wederpartij niet bekend was of behoorde te zijn te buiten gaan'. Zo zwart-wit is het volgens ons niet. Wij kunnen ons situaties indenken waarbij een franchisegever te goeder trouw was, maar er toch sprake is van een situatie waarbij de franchisenemer (zonder uitsluitingclausules) een succesvol beroep op artikel 6:228 lid 1 sub a of b BW zou kunnen doen. Wij noemen drie voorbeelden:

1. De franchisegever heeft informatie verstrekt die op zich juist was, maar vanwege haar presentatie of door bijkomende omstandigheden heeft geleid tot een verkeerde voorstelling van zaken.
2. De informatie wordt namens de franchisegever verstrekt door zijn accountant. De accountant gaat onzorgvuldig te werk en stelt een te rooskleurige prognose op. De franchisenemer heeft dan een onjuiste voorstelling van zaken, terwijl de franchisegever een juiste situatie voor ogen heeft. De vernietiging zal dan geënt moeten worden op sub a.<sup>35</sup> De franchisegever kan echter moeilijk te kwader trouw worden geacht. Hij kan hoogstens van laksheid of onzorgvuldigheid worden beticht.
3. De franchisegever let niet op en mist daardoor dat de franchisenemer dwaalt. Als hij nu inlichtingen achterhoudt, is hij dan te kwader trouw?

In lijn met de heersende leer<sup>36</sup> voelen wij er meer voor om een contractuele uitsluiting van een beroep op dwaling in beginsel geldig te achten, maar van geval tot geval te toetsen aan artikel 6:248 lid 2 BW. Wij zien geen aanleiding om hier in franchiseverband anders naar te kijken.

Wij zijn van mening dat het volgende beding geldig kan worden opgenomen in een franchiseovereenkomst:

Partijen doen/franchisenemer doet afstand van het recht deze franchiseovereenkomst te vernietigen op grond van artikel 6:228 BW of van het recht om een verzoek in te stellen tot wijziging van de franchiseovereenkomst op grond van artikel 6:230 lid 2 BW.

## 6. Derogerende werking redelijkheid en billijkheid

Het feit dat een clausule geldig is, dat wil zeggen geldig tot stand gekomen, niet in strijd met dwingend recht, openbare orde en goede zeden, wil nog niet zeggen dat hier ook met succes een beroep op kan worden gedaan.

35. Een mededeling van een vertegenwoordiger van de wederpartij geldt als mededeling van de wederpartij. Zie: Asser-Hartkamp 2001, nr. 184.

36. Zie bijvoorbeeld ook de conclusie van Hydecoper voor HR 26 oktober 2007, LJN BA4494.

Een beding kan altijd buiten werking gezet worden met een geslaagd beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Dit is een zware toets: er moet sprake zijn van een bepaling die in de gegeven omstandigheden *onaanvaardbaar* is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit zal niet snel worden aangenomen.<sup>37</sup>

In tegenstelling tot de toets of een bepaling geldig is, vindt de toets op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid *ex nunc* plaats. Allerlei omstandigheden kunnen meegenomen worden in de toets, ook omstandigheden die puur betrekking lijken te hebben op de totstandkoming van het beding. Een beroep op een uitsluitingsclausule zal sneller onaanvaardbaar zijn als het beding wordt ingeroepen na aan bedrog grenzende dwaling.<sup>38</sup> Ook kan een rol spelen wie partij zijn en of er over de totstandkoming van het contract onderhandeld is.<sup>39</sup> De belangen van beide partijen zullen worden meegenomen in de discussie. Bij de vraag wat het belang van de dwalende is, zou kunnen meespelen of de dwalende aanspraak kan maken op alternatieve remedies, waarbij wij primair denken aan schadevergoeding.

Vooraf bij de toets aan artikel 6:248 lid 2 BW zullen de bijzondere aspecten van franchise tot uiting komen. In de franchisewereld is het gebruikelijk om te werken met standaard contracten, waarbij nauwelijks onderhandelingsruimte is. Het verschil in kennis, ervaring en onderhandelingsmacht tussen de betrokken partijen is vaak erg groot. De franchisegever heeft ook nog een aantal bijzondere belangen die pleiten voor acceptatie van de uitsluitingsclausule. Wij denken hierbij aan handhaving van de zichtbaarheid in de markt, wegvloeien van knowhow over de formule en verlies van omzet.

## 7. Conclusie

Het is gebruikelijk dat franchisegevers aan kandidaat-franchisenemers allerlei prognoses en andere informatie verstrekken. Franchisegevers proberen hun aansprakelijkheid voor de onjuistheid van verstrekte prognoses en andere informatie veelal uit te sluiten door disclaimers op te nemen op of bij deze informatie. Deze disclaimers kunnen tot gevolg hebben dat een franchisenemer minder snel dwaalt. Hierbij spelen allerlei omstandigheden een rol. Het zorgvuldig selecteren van de bewoordingen is van

groot van belang. Aan deze zorgvuldige formulering ontbreekt het vaak.

Franchisegevers maken zelden gebruik van de mogelijkheid om met bepalingen in de (latere) contracten te beïnvloeden of de franchisegever in dwaling komt te verkeren en aan wie een eventuele dwaling wordt toegerekend. Hierbij spelen mededelings- en onderzoeksplichten een voorname rol. Als een franchisenemer dwaalt, terwijl deze dwaling het gevolg is van een schending door de franchisegever van zijn mededelingsplicht, dan zal de dwaling over het algemeen voor rekening van de franchisegever komen. De franchisegever heeft weliswaar een zorgplicht richting de franchisenemer, maar er bestaat geen algemene plicht om precontractuele informatie, prognoses of andere informatie te verstrekken. Bijkomende omstandigheden zouden in een specifiek geval kunnen leiden tot een dergelijke plicht, maar dit zal in de praktijk niet snel het geval zijn. Als een dergelijke informatieplicht bestaat, betekent dit nog niet dat de mededelingsplicht als bedoeld in het dwalingleerstuk geschonden is.

Ook wordt een beroep op vernietiging op grond van dwaling zelden uitgesloten in franchiseovereenkomsten. Daartoe strekkende contractuele bedingen zijn in beginsel geldig, ook wanneer zij zijn opgenomen in een franchiseovereenkomst. Franchisegevers laten hier kansen liggen. Zonde, want gezien het huidige economische klimaat en de snelle groei die veel franchiseondernemingen ondanks of misschien wel dankzij de recessie doormaken, zijn goede contractuele bepalingen meer dan ooit van belang.

De beoordeling van de geldigheid van clausules in franchiseovereenkomsten geschiedt langs de lijnen van het algemene verbintenissenrecht. Dit geldt ook voor de toets of ook daadwerkelijk een beroep kan worden gedaan op een overeengekomen clausule. Wij menen dat een beroep op uitsluitingsclausules ook in franchiserelaties in verregaande mate toelaatbaar is. Of dat in een specifieke situatie het geval is, zal van de omstandigheden van het geval afhangen. De bijzondere aspecten van franchising, in het bijzonder de ongelijkheid tussen partijen op diverse vlakken, spelen hierbij een belangrijke rol.

Kortom, voor ons contracterende juristen is het zaak om de bijzondere aspecten van franchising goed in ogenschouw te nemen bij het opstellen van franchiseovereenkomsten. Er bestaan diverse mogelijkheden om de franchisegever te wapenen tegen dwalende franchisenemers, althans mogelijkheden om hen te verwijzen naar een ander loket, bijvoorbeeld dat van de schadevergoeding. ■

37. Dit dient enigszins genuanceerd te worden. Indien de franchisenemer met succes betoogt dat de litigieuze bedingen algemene voorwaarden vormen, hetgeen bijvoorbeeld door de Rechtbank Arnhem op 18 april 2007, Prg. 2007/85 (All Star Travel) werd aangenomen, dan dient getoetst te worden of de voorwaarden onredelijk bezwarend zijn. Daarbij geldt dat veel franchisenemers gebruik kunnen maken van de reflexwerking van de grijze en de zwarte lijst.

38. Du Perron & Van Wechem 2004.

39. Volgens Raaijmakers en Wessels zal een uitsluitingbeding tussen twee commerciële partijen waarover onderhandeld is, door een rechter altijd gerespecteerd worden. Zie: G.T.M.J. Raaijmakers en B. Wessels, Fiscale garanties civielrechtelijk beschouwd, WPNR 2007, 6695.