

## rechtspraak

# Precontractuele zorgplicht van franchisegever: zorgvuldig handelen is maatstaf

mr. H.G.A.J. Janssen

Een potentiële franchisenemer dient een afgewogen beslissing te nemen, indien hij met een franchiseformule in zee gaat. Die beslissing is gebaseerd op een veelheid aan informatie, die de potentiële franchisenemer primair aangereikt krijgt door de franchisegever. Hij kan als deskundige worden beschouwd. Dit omdat de franchisegever, veelal als eigenaar, de franchiseformule heeft ontwikkeld, beschikt over de kennis en inzichten van de exploitatiewijze, het franchisenetwerk en de betrokken marktomstandigheden. Op de franchisegever rusten daarom vergaande precontractuele informatieplichten, met inbegrip van financiële informatie, waarop de franchisenemer zijn investeringen, exploitatiebegroting en verdienmodel kan baseren.

In wezen is het vanzelfsprekend dat de te verstrekken financiële cijfers en informatie, waaronder eventuele exploitatieprognoses en winstverwachtingen, zijn gebaseerd op juiste en deugdelijke gegevens die binnen het franchisenetwerk voorhanden zijn. De werkelijkheid is echter anders. De franchise rechtspraak<sup>1</sup> laat zien dat geschillen tussen franchisenemers en hun franchisegevers over voorspelde exploitatieprognoses en winstverwachtingen die niet uitkomen, in omvang blijven toenemen.

Geldend recht is en blijft dat de franchisegever in beginsel niet gehouden is om exploitatieprognoses te verstrekken aan zijn aspirant-franchisenemer. Deze zienswijze is gebaseerd op het Paalman-Lampenier arrest<sup>2</sup>:

*“Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting. Bijzondere omstandigheden kunnen een zodanige verbintenis wel met zich meebrengen.”*

1 Th. Ludwig en A.W. Dolphijn, *Kroniek jurisprudentie franchise-recht, 2e helft 2014 prognoses, 1e halfjaar 2015, 2e helft 2015 en 1e helft 2016, F&R, nr.1,2 en 4.*

2 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken.

In dit arrest ging het om een situatie waarbij het prognoserapport was opgesteld door een ingeschakelde derde en dus niet door de franchisegever zelf. Bij een ingeschakelde derde mag de franchisegever vertrouwen op de juistheid van de prognose. Aansprakelijkheid kan worden aangenomen indien de franchisegever wist dat er sprake was van ernstige fouten in het rapport en hij de wederpartij daarover niet informeerde. Voor franchisenemers was het evenwel niet eenvoudig om de franchisegever aansprakelijk te stellen.

Recentelijk zijn in het Street-One arrest<sup>3</sup> de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de franchisegever op grond van onrechtmatige daad concreter gemaakt en aangescherpt. Volgens de Hoge Raad gelden de voorwaarden zoals geformuleerd in het Paalman/Lampenier arrest alleen indien de exploitatieprognose is opgesteld door een door de franchisegever ingeschakelde derde partij. Verstrekt de franchisegever wel een omzetprognose, dan rust op hem een precontractuele zorgplicht. Franchisegever kan dan onrechtmatig handelen, indien hij wist dat van de ernstige fouten of onjuistheden in de afgegeven prognose en hij de aspirant franchisenemer daar niet op heeft gewezen. In de situatie dat de franchisenemer door een verstrekt rapport omtrent de te verwachten omzet/winst in dwaling is komen te verkeren door onjuiste feiten of fouten die dit rapport

bevat, heeft de franchisenemer de mogelijkheid de franchiseovereenkomst te vernietigen op grond van dwaling. Dit geldt dan ongeacht of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf, dan wel aan een of meer derden.

In het Street-One arrest gaf de Hoge Raad aan dat een franchisegever die binnen zijn eigen organisatie prognoses opstelt, eerder aansprakelijk is, indien later blijkt dat hij niet zorgvuldig heeft gehandeld, bij het opstellen of uitvoeren van het onderzoek waarop die prognoses zijn gebaseerd. Franchisegever is daarnaast ook aansprakelijk indien hij onzorgvuldig handelt doordat de franchisegever niet ‘wist of had behoren te weten’ dat de prognose fouten bevatte en ‘en/of haar anderszins een verwijt ter zake valt te maken’. In wezen is het aannemelijk maken van een gebrek aan zorgvuldigheid door de franchisegever al voldoende voor aansprakelijkheid<sup>4</sup>. Voor franchisegevers geldt er dan ook een verdergaande zorgplicht ten aanzien van eigen opgestelde prognoses als hij aansprakelijkheid wil vermijden.

3 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311.

4 Parket bij de Hoge Raad, 04-11-2016, W.ECLI:PHR:2016:1117, r.o.2.5.

## Zorgvuldigheid als maatstaf

De precontractuele zorgplicht van de franchisegever jegens aspirant franchisenemers bestaat vooral daarin dat hij zorgvuldigheid dient te betrachten bij het verstrekken van (financiële) informatie. Deze zorgplicht beschermt vooral de belangen van de aspirant franchisenemer en indirect ook de belangen van franchisegever en andere franchisenemers.

Opgemerkt dient te worden dat er een verschil bestaat tussen het verstrekken van financiële informatie (over de omzet en resultaten van bestaande franchisenemers) en het verstrekken van omzetprognoses en winstverwachtingen aan een aspirant franchisenemer. Het 'gewoon' verstrekken van voorhanden cijfers van bestaande franchisenemers is van een andere orde, dan het afgeven van een exploitatieprognose aan een individuele aspirant franchisenemer. Dit komt omdat een factor 'prognose' een voorspelling of verwachting impliceert dat de vermoedelijke omzet uiteindelijk wel nog door de franchisenemer in kwestie gerealiseerd dient te worden.

Zorgvuldig handelen begint m.i. dan ook bij de keuze van de franchisegever om wel óf geen omzetprognose te verstrekken. In beide situaties mag een potentiële franchisenemer er overigens op vertrouwen dat die financiële informatie berust op juiste en deugdelijke gegevens.

Franchiseketens kunnen onder omstandigheden beter geen prognoses afgeven. De noodzakelijke informatie of ervaring kan ontbreken om een evenwichtige omzet- of winstprognose af te geven. Indien er in onvoldoende mate financiële gegevens beschikbaar zijn, doen (beginnende) franchisegevers er dan ook goed aan geen prognoses te verstrekken. In gegeven omstandigheden kan worden volstaan met het afgeven van financiële informatie die wel voorhanden is. Er bestaat immers geen verplichting voor een franchisegever om een exploitatieprognose te verstrekken.

Voor de (gevestigde) franchisegever die ervoor kiest om een exploitatieprognose af te geven, geldt een verdergaande zorgplicht. Verwachte omzetcijfers dienen voldoende onderbouwd te zijn. Zorgvuldig handelen kan inhouden dat er een haalbaarheids- of vestigingsplaatsonderzoek door een derde (onafhankelijke) deskundige partij wordt opgesteld. Daarbij is het aan te bevelen om betrokken potentiële franchisenemer te betrekken bij de exploitatieprognose. Die verdergaande zorgplicht betekent dat de franchisegever vooral realistisch, conservatief of terughoudend zal moeten omgaan bij het verstrekken van exploitatieprognoses en winstverwachtingen aan aspirant-franchisenemers.

Omdat zij hun verwachtingen vooral zullen afstemmen op die prognoses, is een waarschuwing voor de betrekkelijke waarde van verstrekte prognoses vaak op zijn plaats.

Anderzijds gelden er voor de potentiële franchisenemers ook onderzoeksplichten, die vaak te weinig aandacht krijgen<sup>5</sup>. Omdat een franchisenemer voor eigen rekening en risico lokaal gaat ondernemen mag van hem voor het aangaan van de franchiseovereenkomst een kritische grondhouding worden verwacht. Ook in het Paalman-Lampenier-arrest stelt het Hof dat een vestigingsplaatsonderzoek de franchisenemer niet ontslaat van zijn eigen verantwoordelijkheid voor het inschatten van zijn ondernemersrisico en een kritische beoordeling van de gegeven prognose. Indien een potentiële franchisenemer niet of in te geringe mate wordt betrokken bij 'zijn' exploitatieprognose kan worden afgevraagd of er sprake is van zorgvuldig handelen in de precontractuele fase.

Resumerend geldt het Paalman/Lampenier-arrest nog steeds onverkort, in zoverre dat er geen verplichting op de franchisegever rust om exploitatie- of winstprognoses te verstrekken. Het Street-One arrest bevestigt met nadruk dat franchisegever de vereiste zorgvuldigheid dient te betrachten bij het zelf opstellen van exploitatieprognoses, als hij aansprakelijkheid wil vermijden. ●

*mr. H.G.A.J. Janssen is franchise jurist en consultant bij Franchise Consultancy Services.*

<sup>5</sup> Vgl. A.M.A. Schwegler, *De zorgplicht van de franchisegever: bijzonder of niet? Contracteren maart 2016, nr.1., p.6.*