

Actualia

contractspraktijk

De 'prognoseproblematiek' revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever

Mr. J.H. Kolenbrander*

Inleiding

De afgelopen periode is er diverse lagere, maar interessante, jurisprudentie verschenen ten aanzien van het verstrekken van onjuiste exploitatieprognoses door de franchisegever. Onderhavig artikel is met name bedoeld om die (recente) jurisprudentie te bespreken en te vergelijken met de eerdere rechtspraak op dit punt. Om die reden zal in dit artikel eerst – kort – besproken worden wat franchising precies is, alsmede wat de aard en het doel van een exploitatieprognose is. Vervolgens zal ingegaan worden op de zorgplicht van de franchisegever ten aanzien van het verstrekken van prognoses zoals die is te vinden in eerdere jurisprudentie. Afsluitend zal recente rechtspraak besproken worden en vergeleken worden met de eerdere jurisprudentie.

Franchising

Volgens de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) is franchising 'een zakelijk concept (...) waarbij de franchisegever (...) knowhow overdraagt aan de franchise-nemer [onder gebruikmaking] van één handelsnaam

en/of merk (...) ten behoeve van uniformiteit en uitstraling'. Er is daarbij sprake van een 'duurzame relatie' tussen 'juridisch en economisch zelfstandige partijen',¹ te weten de voornoemde franchisegever en franchise-nemer. Kort samengevat is franchising een vorm van nauwe samenwerking, waarbij een zelfstandig ondernemer (de franchisenemer) de gelegenheid krijgt om zijn onderneming te exploiteren met gebruikmaking van de (handels)naam en uitstraling die door de franchisegever zijn ontwikkeld. Sprekende voorbeelden van franchising zijn tegenwoordig in overvloed in elke gemiddelde winkelstraat te vinden.

De exploitatieprognose

Een kandidaat-franchisenemer zal echter niet 'zomaar' franchisenemer willen worden van elke franchiseformule die op zijn pad komt. Hoe leuk, interessant of hip een franchiseformule in eerste instantie ook oogt, uiteindelijk zal er toch uitzicht moeten zijn op brood op de plank, wil een ondernemer besluiten om franchisenemer te worden van die formule. Een kandidaat-franchisenemer zal om die reden, vóór het tekenen van de franchiseovereenkomst, een exploitatieprognose van zijn toekomstige franchisegever willen ontvangen. In een dergelijke exploitatieprognose is concreet aangegeven wat de kandidaat-franchisenemer op termijn redelijker-

159

* Mr. J.H. Kolenbrander is advocaat bij De Clercq Advocaten en Notarissen te Leiden en gespecialiseerd in franchising.

1. Zie de website van de Nederlandse Franchise Vereniging: <www.nfv.nl/voorwaarden%20franchising/>.

wijs aan omzet en resultaat zou kunnen behalen indien hij zou toetreden tot de formule. In veel gevallen zal de franchisegever echter uit eigen beweging een exploitatieprognose verschaffen teneinde een twijfelende kandidaat te overtuigen om franchisenemer te worden. De franchisegever heeft in dat opzicht dan ook belang bij het verschaffen van een positieve exploitatieprognose en niet snel een belang bij het verschaffen van een negatieve prognose.

De exploitatieprognose is niet alleen van belang voor de besluitvorming van de kandidaat-franchisenemer om al dan niet franchisenemer te worden, maar zal eveneens een rol spelen bij het verkrijgen van financiering door de kandidaat-franchisenemer. Zeker gezien het huidige economische klimaat zal een bancaire instelling enkel bereid zijn om financiering te verstrekken als er uitzicht is op een rendabele exploitatie van de onderneming.

Op grond van het voorgaande ligt het dan ook voor de hand dat een franchisegever aan een kandidaat-franchisenemer een exploitatieprognose verstrekt. Vooropgesteld moet worden dat op de franchisegever geen verplichting rust om de kandidaat-franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of de te verwachten winst.² Behoudens bijzondere omstandigheden, denk daarbij bijvoorbeeld aan contractuele verplichtingen of concrete toezeggingen, is een franchisegever derhalve niet verplicht om een exploitatieprognose aan een kandidaat-franchisenemer te verstrekken.

De zorgplicht van de franchisegever

Wordt door de franchisegever echter wél een exploitatieprognose verstrekt aan de kandidaat-franchisenemer – hetzij op verzoek van de kandidaat-franchisenemer, hetzij uit eigen beweging –, dan dient de franchisegever zich ervan bewust te zijn dat er een bijzondere zorgplicht op hem rust, welke zorgplicht voortvloeit uit de franchiseovereenkomst. Deze zorgplicht brengt met zich mee dat de, door de franchisegever aan de kandidaat-franchisenemer gepresenteerde, exploitatieprognose dient te berusten op een grondig en zorgvuldig uitgevoerd markt- en vestigingsplaatsonderzoek. Is de gepresenteerde exploitatieprognose niet terug te voeren op een dergelijk onderzoek, dan is de franchisegever toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht jegens de kandidaat-franchisenemer en in beginsel aansprakelijk voor de schade die laatstgenoemde daardoor lijdt.³ Ook kan de franchisegever in dat geval onrechtmatig handelen, bijvoorbeeld indien hij weet dat de exploitatieprognose fouten bevat en hij de kandidaat-franchisenemer niet op die fouten opmerkzaam heeft gemaakt.⁴ De franchisegever kan zich niet gemakkelijk

aan de voornoemde zorgplicht onttrekken, zelfs niet als de kandidaat-franchisenemer zelf heeft verzocht om een (te) positieve exploitatieprognose om, bijvoorbeeld, financiering te verkrijgen van een bancaire instelling.⁵ De franchisegever moet, kort gezegd, garant staan voor de juistheid van de exploitatieprognose die hij verstrekt aan de kandidaat-franchisenemer.

Er kan derhalve gesproken worden van een forse zorgplicht die op de franchisegever rust. Dat is echter zonder meer verdedigbaar, onder meer vanwege het grote belang dat kleeft aan een deugdelijke exploitatieprognose voor de kandidaat-franchisenemer. Vaak zal de inhoud van een gunstige exploitatieprognose de kandidaat-franchisenemer doen besluiten om te contracteren met de franchisegever. Als gevolg van dat contracteren zal de kandidaat-franchisenemer doorgaans verregaande financiële en contractuele verplichtingen op zich nemen gedurende een langere periode. Zou blijken dat de exploitatieprognose ten onrechte een gunstige inhoud laat zien, dan heeft de kandidaat-franchisenemer dus op onjuiste gronden verregaande verplichtingen op zich genomen.

Daarnaast kan gewezen worden op de ongelijkheid die bestaat tussen een franchisegever en een kandidaat-franchisenemer. Hoewel franchising formeel uitgaat van twee gelijkwaardige en zelfstandige partijen, blijkt uit de praktijk dat er wel degelijk sprake is van ongelijkheid tussen de franchisegever en de franchisenemer. De franchisegever bezit immers een monopoliepositie als het gaat om de informatie die zijn eigen franchiseformule betreft, zoals de omzetten die in de betreffende franchisevestigingen doorgaans worden behaald. Ook bezit de franchisegever specifieke ervaring die een kandidaat-franchisenemer over het algemeen mist ten tijde van het tekenen van een franchiseovereenkomst, bijvoorbeeld omdat de kandidaat niet eerder ondernemer is geweest, dan wel niet in de betreffende branche. Een kandidaat-franchisenemer ‘kan’ vaak dan ook niet anders dan afgaan op de uitlatingen van de franchisegever. Daarbij speelt vaak bij de kandidaat-franchisenemer de gedachte dat hij de goede verhoudingen tussen hem en de franchisegever niet direct onder druk wil zetten door een (te) kritische houding aan te nemen ten aanzien van de verstrekte gegevens, een rol. Dit is begrijpelijk, gezien de langdurige en nauwe samenwerking die partijen voor ogen hebben.

Ook is de verregaande zorgplicht verdedigbaar door te wijzen op het ‘keurslijf’, waarin een kandidaat-franchisenemer terecht komt als hij uiteindelijk besluit om toe te treden tot een franchiseformule. Enige andere ‘normale’ ondernemer heeft, gedurende de looptijd van de exploitatie van de onderneming, de gelegenheid om zijn exploitatie aan te passen als blijkt dat de omzet, om wat voor reden dan ook, achterblijft. Denk daarbij aan een wijziging van de (handels)naam, het interieur van de winkel of het te voeren assortiment van goederen en/of diensten. Een franchisenemer heeft die vrijheid echter niet, maar is juist contractueel gebonden aan de formu-

2. HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman).

3. O.m.: Rb. Breda 14 april 1998, Prg. 1998/4967 (Aviti/Kinderparadijs) en Rb. Arnhem 18 juni 1999, Prg. 1999/5211 (Brown Fashion).

4. HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman).

5. HR 19 februari 1993, Prg. 1996/4449 (Renault).

lenaam, de uitstraling en het assortiment die de franchisegever hem voorschrijft. Tussentijds de exploitatie stoppen is vaak geen optie, gezien de eerdergenoemde verregaande verplichtingen die de kandidaat-franchisenemer op zich neemt. Reden te meer dus dat een kandidaat-franchisenemer op voorhand deugdelijk wordt ingelicht.

Op de laatste plaats is de voornoemde zorgplicht van de franchisegever verdedigbaar door de simpele vaststelling dat de franchisegever dus helemaal niet verplicht is om een exploitatieprognose te verstrekken aan een kandidaat-franchisenemer. Dat hij er, uit eigen beweging en om hem moverende redenen, voor kiest om dat wél te doen – doorgaans uit het oogpunt van wervingsactiviteiten – zou dienen in te houden dat de franchisegever dan ook volledig moet instaan voor de juistheid van hetgeen hij onverplicht – en soms ongevraagd – verschaft aan derden, zoals de kandidaat-franchisenemer.

Onderzoeksplicht van de franchisenemer?

Er rust, kortom, een verregaande zorgplicht op de franchisegever. Een kandidaat-franchisenemer mag in beginsel dan ook afgaan op de juistheid van de verstrekte exploitatieprognose en zal zelf geen onderzoek hoeven in te stellen of de prognose inderdaad deugdelijk is.⁶ Dat geldt ook als de franchisegever uitdrukkelijk heeft opgemerkt dat er geen rechten aan de exploitatieprognose kunnen worden ontleend.⁷ Van een franchisegever mag immers worden verwacht dat hij – op basis van zijn ervaring en kennis – zonder meer in staat zou moeten zijn om een deugdelijke exploitatieprognose op te (laten) stellen.⁸ In de rechtspraak is dan ook bepaald dat een franchisegever het verzaken van zijn mededelingsplicht, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, niet kan zuiveren door erop te wijzen dat de franchisenemer zelf (beter) onderzoek had moeten doen.⁹ Uit het voorgaande blijkt derhalve dat de belangen van een kandidaat-franchisenemer in de rechtspraak stevig zijn gewaarborgd, waarbij de kandidaat-franchisenemer in beginsel mag afgaan op de uitlatingen van de franchisegever.

Recente jurisprudentie

Toch is er – in weerwil van het voorgaande – steeds meer rechtspraak aan te wijzen waarin nu juist een kritischer houding van de kandidaat-franchisenemer wordt verwacht. Eind vorige eeuw oordeelde het Gerechtshof Den Bosch al dat op de kandidaat-franchisenemer een

plicht zou rusten om ‘enig onderzoek te verrichten en informatie in te winnen’¹⁰ alvorens de franchiseovereenkomst te sluiten. Dit lijkt dus niet in lijn te zijn met voornoemde andere rechtspraak, waarin juist is bepaald dat de kandidaat-franchisenemer in beginsel mag afgaan op de juistheid van de exploitatieprognose die aan hem is verstrekt.

Voornoemd gedachtegoed van het Gerechtshof Den Bosch lijkt enige tijd een sluimerend bestaan te hebben gehad in de gepubliceerde rechtspraak, maar lijkt tegenwoordig echter steeds meer navolging te krijgen bij andere rechtbanken in Nederland. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam bijvoorbeeld, dat een kandidaat-franchisenemer bedacht moet zijn op een beperkte overdriving in de aanprijzingen van een franchisegever. Desgewenst kan de kandidaat-franchisenemer zelf onderzoek doen naar de juistheid van een en ander, aldus de Rechtbank Rotterdam.¹¹ De Rechtbank Haarlem gaat feitelijk nog verder dan het Gerechtshof Den Bosch door te stellen dat er een eigen verantwoordelijkheid rust op de kandidaat-franchisenemer ‘om als ondernemer zelfstandig onderzoek te doen naar de haalbaarheid van de onderneming’.¹² Er wordt derhalve ‘meer’ verwacht van de kandidaat-franchisenemer.

De voornoemde lijn van de jurisprudentie aangaande de onderzoeksplicht van de kandidaat-franchisenemer is ook zonder meer terug te lezen in een recent vonnis van de Rechtbank Den Haag. In dat vonnis merkt de rechtbank op dat voor een kandidaat-franchisenemer de exploitatieprognose een hulpmiddel is om de afweging te maken om al dan niet te contracteren met de franchisegever. Tegen deze achtergrond mag, aldus de rechtbank, van een kandidaat-franchisenemer ‘een kritische grondhouding worden verwacht ten aanzien van de aan hem verstrekte prognoses’.¹³ Klaarblijkelijk mag een kandidaat-franchisenemer dus niet meer op de uitlatingen van de franchisegever vertrouwen, maar dient hij een kritische houding aan te nemen.

Een versoepeling in de zorgplicht van de franchisegever?

Als de voornoemde uitspraken van de diverse rechterlijke instanties worden bekeken, lijkt er dus sprake te zijn van een versoepeling van de zorgplicht van de franchisegever, veroorzaakt doordat van de kandidaat-franchisenemer kennelijk ook een en ander verwacht mag worden. Kort samengevat: volgens ‘oudere’ rechtspraak mocht de kandidaat-franchisenemer in beginsel afgaan op de juistheid van de exploitatieprognose die aan hem werd verstrekt. Daarna werd van de kandidaat-franchi-

6. Rb. Arnhem 18 februari 1993, Prg. 1996/4455 (Home-Choice).

7. Rb. Dordrecht d.d. 8 augustus 2007, LJN BB2204 (Top1Toys).

8. R.o. 4.4 van het vonnis van de Rechtbank Utrecht 20 oktober 2004, niet gepubliceerd (Bruna II).

9. R.o. 4.5 van het vonnis van de Rechtbank Den Bosch 15 juni 2001, niet gepubliceerd (La Venezia).

10. Gerechtshof Den Bosch 2 februari 1998, niet gepubliceerd (La Venezia).

11. Rb. Rotterdam 16 mei 2008, niet gepubliceerd.

12. Rb. Haarlem 3 augustus 2011, niet gepubliceerd.

13. Rb. Den Haag 19 september 2012, LJN BY1753.

senemer verwacht dat hij ‘enig onderzoek’ zou verrichten naar de juistheid van – onder andere – de exploitatieprognose. Op grond van de laatste rechtspraak van de Rechtbank Den Haag moet de kandidaat-franchisenemer kennelijk zelfs een ‘kritische grondhouding’ aannemen. Voorgaande brengt dus met zich mee dat de kandidaat-franchisenemer tegenwoordig niet in beginsel mag afgaan op de juistheid van de exploitatieprognose die aan hem wordt verstrekt door de franchisegever.

Mededelings- en onderzoeksplicht

Deze gang van zaken lijkt niet alleen op een uitholling van de jurisprudentiële bescherming die kandidaat-franchisenemers hadden op dit punt, maar lijkt eveneens op gespannen voet te staan met de leer van de mededelings- en onderzoeksplicht. Uit deze leer vloeit voort dat, hoewel de ene partij wellicht haar onderzoeksplicht heeft verzaakt naar bepaalde relevante gegevens, niet uitgesloten is dat de andere partij van diezelfde gegevens toch een mededelingsplicht had en de ene partij had moeten inlichten.¹⁴ Op grond hiervan zou betoogd kunnen worden dat, hoewel een franchisenemer wellicht te gemakkelijk een exploitatieprognose voor deugdelijk heeft aangenomen, op de franchisegever desalniettemin een plicht rust om de franchisegever deugdelijk te informeren over diezelfde exploitatieprognose, meer specifiek de daadwerkelijke deugdelijkheid daarvan. Dit is – het zij herhaald – zonder meer te rechtvaardigen door de bijzondere positie die de franchisegever inneemt tijdens de onderhandelingen, alsmede de bijzondere positie van franchising als samenwerkingsvorm.

162

Conclusie

Het is op dit moment te kort door de bocht om, op grond van voornoemde uitspraken, vast te kunnen stellen dat de rechtspraak ‘om’ is. Daarvoor zijn de uitspraken te divers en de rechtszaken te casuïstiek. Verder betreffen voornoemde uitspraken enkel lagere jurisprudentie, zodat het thans ontbreekt aan recente hogere rechtspraak op dat specifieke punt. Dat gezegd hebbende, blijkt uit de hiervoor geschetste lijn in de jurisprudentie wel degelijk dat franchisenemers het kennelijk steeds moeilijker hebben om met succes bij de rechter een beroep te doen op de onjuistheid van een door de franchisegever verstrekte exploitatieprognose. Het is zeer de vraag, gezien de aard en inhoud van de zorgplicht die eerder op de franchisegever rustte, of dat een wenselijke ontwikkeling is.

14. HR 30 november 1973, NJ 1974/97 en HR 16 juni 200, NJ 2001/559.