

## 2.2 PROGNOSEPROBLEMATIEK

Anita Canta

Franchisegevers verstrekken veelal een exploitatieprognose aan potentiële franchisenemers, teneinde de franchisenemer in staat te stellen een ondernemingsplan op te stellen en/of om de benodigde financiering te verkrijgen bij een bank. In een dergelijke prognose is aangegeven wat de potentiële franchisenemer op termijn mogelijk aan omzet en resultaat zou kunnen realiseren onder de formule. De franchisegever baseert deze prognose meestal op historische cijfers binnen zijn keten, de binnen de keten gebruikelijke normen voor bepaalde kosten en een vestigingsplaatsonderzoek met betrekking tot de locatie waar de franchise vestiging geëxploiteerd zal gaan worden.

In toenemende mate komt het voor dat een franchisenemer een franchisegever aansprakelijk stelt voor de door hem geleden schade, indien de franchisenemer de door de franchisegever geprognosticeerde omzet en/of het resultaat niet behaalt. Dit heeft een grote vlucht genomen sinds de economische crisis van 2008, die er voor zorgde dat de omzet in bijna alle branches onder druk kwam te staan.

Deze problematiek komt aan de orde in dit hoofdstuk. Daarbij zal ik eerst ingaan op de vraag of een franchisegever gehouden is om een franchisenemer een exploitatieprognose te verstrekken. Vervolgens zal ik bespreken de mogelijke aansprakelijkheid van franchisegevers in dit verband. Voorts zal ik toelichten de vraag of de franchisenemer op door de franchisegever verstrekte informatie mag vertrouwen zonder eigen onderzoek. Tot slot zal ik bespreken de zorgplicht van de franchisegever in het kader van niet behaalde prognoses.

### Informatieverplichting?

#### *Algemeen*

Reeds in 1957 heeft het hoogste rechtscollege in Nederland, de Hoge Raad<sup>2</sup>, bepaald dat partijen die zich in de onderhandelingsfase voorafgaand aan het tot stand komen van een overeenkomst bevinden, hun gedrag mede moeten laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen. Schending van een gerechtvaardigd belang van degene met wie wordt onderhandeld, kan een verplichting tot schadevergoeding opleveren. Denk hierbij aan het ongerechtvaardigd afbreken van de onderhandelingen.

---

<sup>2</sup> ECLI:NL:PHR:1957:AG2023

Het voorgaande betekent dat partijen zich jegens elkaar moeten gedragen overeenkomstig de regels van de redelijkheid en billijkheid. Hieruit kunnen bepaalde verplichtingen voor partijen voortvloeien, zulks afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

De vraag is of uit voornoemde regels ook een informatieverplichting voortvloeit voor een franchisegever. Is een franchisegever gehouden om een potentiële franchisenemer informatie te verstrekken over de economische haalbaarheid van de te exploiteren franchiseonderneming?

Zoals in hoofdstuk 2 is beschreven ontbreekt in Nederland specifieke franchisewetgeving en moeten we het doen met het algemene overeenkomsten- en verbintenissenrecht. Een franchisegever en een franchisenemer dienen zich op dezelfde wijze jegens elkaar te gedragen als partijen in andere contractsituaties: overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid. Hieruit kan een informatieplicht voor de franchisegever voortvloeien.

#### *De Europese Erecode*

De Europese Erecode inzake Franchising<sup>3</sup> bepaalt, kort gezegd, dat wanneer financiële ramingen en prognoses beschikbaar zijn, deze ook aan de potentiële franchisenemer moeten worden overhandigd. Deze code is echter alleen van toepassing op bij de Nederlandse Franchise Vereniging (“NFV”) aangesloten franchisegevers. Daarenboven heeft de code een beperkte invloed nu in diverse rechterlijke uitspraken<sup>4</sup> is uitgemaakt dat de Europese Erecode geen in rechte afdwingbare verplichtingen bevat en louter een fatsoensnorm inhoudt.

#### *De Nederlandse Franchise Code (“NFC”)*

De NFC<sup>5</sup> lijkt geen verplichtingen te bevatten voor een franchisegever om een exploitatieprognose te verstrekken. Aangegeven is dat de franchisegever “bij voorkeur een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose, vergezeld van een vestigingsplaatsonderzoek en/of beschikbare historische cijfers, en een begrijpelijk onderbouwde en deugdelijke investerings- en exploitatiebegroting” aan de franchisenemer dient te verstrekken. (onderstreping schrijver) De status van de NFC is op dit moment echter nog onduidelijk.

#### *Rechtspraak*

De Hoge Raad paste in 2002 in het Lampenier-arrest<sup>6</sup> voor het eerst de maatstaf

<sup>3</sup> Zie [www.nfv.nl](http://www.nfv.nl)

<sup>4</sup> ECLI:NL:RBNNE:2013:7307 en ECLI:NL:RBOVE:2015:5020

<sup>5</sup> Zie [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)

<sup>6</sup> ECLI:NL:HR:2002:AD7329

van redelijkheid en billijkheid toe op een franchiserelatie. De Hoge Raad oordeelde dat ook in een dergelijke relatie geldt dat er sprake kan zijn van een informatieplicht, bijvoorbeeld als de franchisegever de cijfers heeft van een vestiging en merkt dat de franchisenemer uitgaat van veel optimistischer cijfers.

Er bestaat, aldus de Hoge Raad, echter niet zoiets als een algemeen geldende plicht van een franchisegever om een potentiële franchisenemer zonder meer in te lichten over de te verwachten omzet of winst.

Als een franchisegever echter besluit om een franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst, dan moet hij er ook op toezien dat de informatie deugdelijk is.

De maatstaf zoals de Hoge Raad die heeft geformuleerd in het Lampenier arrest wordt tot op de dag van vandaag gehanteerd.

### **Aansprakelijkheid**

Zoals hiervoor reeds aangegeven, is een franchisegever volgens vaste rechtspraak niet zonder meer verplicht om een potentiële franchisenemer gegevens omtrent de te verwachten omzet en winst te verstrekken. Echter, wanneer een franchisegever dergelijke gegevens verstrekt, dient hij ervoor te zorgen dat deze gegevens juist zijn. Er rust op hem een zorgplicht. In het geval dat de prognoses gebaseerd zijn op onjuiste feiten of indien deze niet juist zijn uitgewerkt, dan kan de franchisegever aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad voor schade geleden door de franchisenemer en/of heeft de franchisenemer de mogelijkheid de franchise-overeenkomst te vernietigen op grond van dwaling.

### *Lampenier- en Street-One-arrest*

Deze twee mogelijke acties van de franchisenemer (onrechtmatige daad en dwaling) in geval van ondeugdelijke prognoses zijn vastgesteld in het Lampenier-arrest, zoals hiervoor reeds genoemd. In dit arrest heeft de Hoge Raad eveneens bepaald dat aansprakelijkheid voor ondeugdelijke prognoses op grond van toerekenbare tekortkoming in beginsel niet aan de orde is. Immers, aangenomen is dat er geen verbintenis bestaat op grond waarvan de franchisegever verplicht is tot het verstrekken van een exploitatieprognose aan een potentiële franchisenemer. Er kan derhalve ook geen sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming daarvan en derhalve evenmin van een daarop berustende verplichting tot het vergoeden van schade. Dit kan vanzelfsprekend anders zijn indien bijvoorbeeld in de franchiseovereenkomst is overeengekomen dat de franchisegever een exploitatieprognose aan de franchisenemer zal verstrekken.

### *Onrechtmatige daad*

De Hoge Raad heeft de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de franchisegever op grond van onrechtmatige daad voor exploitatieprognoses in het Lampenier-arrest als volgt geformuleerd:

- a. Een ernstige fout in de prognose.
- b. De franchisegever weet van de ernstige fout.
- c. Echter stelt de franchisenemer daarvan desondanks niet op de hoogte.

In het Street-One-arrest van de Hoge Raad<sup>7</sup> is duidelijk gemaakt dat deze voorwaarden zoals geformuleerd in het Lampenier-arrest alleen gelden in het geval de prognose is opgesteld door een door de franchisegever ingeschakelde derde partij. Bijvoorbeeld een gespecialiseerd bureau. In dat geval mag ook de franchisegever vertrouwen op de juistheid van de prognose en is hij alleen aansprakelijk als hij wist dat er sprake was van een fout.

Stelt de franchisegever echter zelf (of een persoon waarvoor hij aansprakelijk is) een rapport op dan kan sprake zijn van onzorgvuldig handelen van de franchisegever en aansprakelijkheid zonder dat hij weet dat het rapport fouten bevat. Bij grote franchiseketens komt het vaak voor dat er een gespecialiseerde afdeling is die omzetprognoses maakt. Indien deze afdeling onzorgvuldig is en een fout maakt in de prognose dan is de franchisegever hiervoor dus in beginsel aansprakelijk, ook indien de afdeling of de franchisegever niet op de hoogte is van de fout.

### *Dwaling*

In voornoemd Lampenier-arrest heeft de Hoge Raad eveneens bepaald dat de franchisenemer in beginsel ook de mogelijkheid heeft de franchiseovereenkomst te vernietigen op grond van dwaling, indien hij de franchiseovereenkomst is aangegaan op basis van prognoses die niet juist zijn. Ook als de franchisegever dat niet wist en ongeacht of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf dan wel aan een derde (bijvoorbeeld een gespecialiseerd bureau). De franchisenemer stelt dan dat hij bij het aangaan van de franchiseovereenkomst een onjuiste voorstelling van zaken had, die te wijten is aan onjuiste inlichtingen van de franchisegever. Bij een juiste voorstelling van zaken had de franchisenemer de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden gesloten. Het gevolg van vernietiging is dat de franchiseovereenkomst geacht wordt nimmer te hebben bestaan. Partijen moeten dan de al verrichte prestaties ongedaan maken of in plaats daarvan een vergoeding betalen.

<sup>7</sup> ECLI:NL:HR:2017:311

In plaats van de franchiseovereenkomst te vernietigen heeft de franchisenemer ook de mogelijkheid om de overeenkomst in stand te laten en de rechter te vragen om de nadelige gevolgen van de ondeugdelijke prognose voor hem op te heffen. De rechter kan dan bijvoorbeeld de franchisegever veroordelen een bepaalde vergoeding te betalen.

Essentieel is echter steeds dat -zowel bij de grondslag dwaling als onrechtmatige daad vooreerst dient vast te staan dat de prognose op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen en ondeugdelijk is. Dit is recent nogmaals bevestigd door het hof Amsterdam in een arrest d.d. 14 maart 2017<sup>8</sup>

### *NFC*

In de toelichting op artikel 3.6 sub d van de NFC staat dat een franchisegever dient in te staan voor de deugdelijkheid van de door hem afgegeven exploitatieprognose. Dit artikel lijkt ten onrechte uit te gaan van een garantie van de franchisegever. Dit is vanzelfsprekend niet mogelijk nu een prognose naar haar aard een onzekere toekomstige omstandigheid vormt. Dit is veelvuldig in de jurisprudentie bepaald<sup>9</sup>. Advocaat-generaal mr. W.L. Valk heeft in zijn conclusie bij het Street-One-arrest aangegeven dat een garantieverbintenis te ver gaat en dat dat niet voortvloeit uit de gewone regels van het verbintenissenrecht.

### *Taakstellende prognose*

In sommige franchiseketens is het gebruikelijk om een zogenaamde taakstellende prognose op te stellen. In een dergelijke prognose wordt opgenomen welke omzet behaald moet worden en hoe hoog de kosten maximaal mogen zijn om een bepaalde winst te behalen. Een dergelijke taakstellende prognose wordt echter door aspirant franchisenemers vaak gezien als een “gewone” voorspelling van de waarschijnlijke omzet. Dit creëert verwachtingen bij de franchisenemers. Wordt de prognose in een dergelijk geval niet behaald, dan kan de franchisenemer zich mogelijk met succes beroepen op dwaling.

In een recente uitspraak van de rechtbank Overijssel<sup>10</sup> is hierover het navolgende bepaald:

*“7.11. ....Een prognose betreft altijd een schatting. Waar het om gaat is dat Otto Simon als grote ervaren speler op de franchisemarkt, met deze gegevens bij [X] c.s., als onervaren kandidaat-franchisenemer, de indruk heeft gewekt dat deze gegevens een haalbare omzet bevatten.*

<sup>8</sup> Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2017, Albert Heijn Franchising B.V./L.A.J. van Gameren B.V. (nog) niet gepubliceerd

<sup>9</sup> Zie onder andere ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753, r.o. 4,3

<sup>10</sup> ECLI:NL:RBOVE:2016:2172

*Ook de vermelding van de term “taakstelling” kan daaraan niet afdoen. Het gebruik van dat woord in de verstrekte documentatie heeft niet tot gevolg dat daardoor geen sprake is van een exploitatieprognose. Immers, de vermelding dat een bepaalde omzet behaald **moet** worden om een bepaalde winst te behalen, impliceert dat die omzet ook behaald **kan** worden.”*

#### *Uitsluiting aansprakelijkheid*

In de franchiseovereenkomst wordt dikwijls de aansprakelijkheid van de franchisegever voor de verstrekte prognoses uitgesloten, behoudens in het geval van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de franchisegever. Of een dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid stand houdt is erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de rechtspraak hierover is dan ook wisselend.

#### *De rechtbank Breda<sup>11</sup> overwoog:*

*“Gelet op de aard van de franchiseovereenkomst en het feit dat in opdracht van Aviti door MWR Distribution & Franchising b.v.b.a. een haalbaarheidsonderzoek is verricht naar de vestiging van een ‘In den olifant’ winkel te Breda alsmede gelet op het feit dat het rapport dat naar aanleiding van dit haalbaarheidsonderzoek is opgesteld –en meer in het bijzonder de in dit rapport genoemde prognoses terzake omzet en winst –, naar Het Kinderparadijs onbetwist heeft gesteld, de directe aanleiding vormde voor Het Kinderparadijs om te contracteren, verzetten redelijkheid en billijkheid zich tegen een beroep op de door Aviti genoemde contractsbepalingen”.*

#### *En de rechtbank Overijssel<sup>12</sup>:*

*“4.19. Het voorgaande leidt tot aansprakelijkheid van Otto Simon voor de ontstane schade. De bepaling in de samenwerkingsovereenkomst dat aan de begrotingen en ander verstrekt cijfermateriaal geen rechten worden ontleend noch een garantie zijn tot het vermelde resultaat (artikel 10.2) en de bepaling in de algemene bepalingen dat contractant erkent dat Otto Simon niet aansprakelijk kan worden gesteld voor onder meer de exploitatiebegroting (artikel 13.5), alsmede de in dat kader door partijen gevoerde correspondentie, doen daar evenmin aan af.”*

In bovengenoemde zaken werd de uitsluiting van aansprakelijkheid niet gehonoreerd.

#### *Door het gerechtshof te ‘s-Hertogenbosch<sup>13</sup> is echter onlangs bepaald:*

<sup>11</sup> Rechtbank Breda 4 april 1998, Prg. 1998, 4967

<sup>12</sup> ECLI: NL:RBOVE:2014:1985

<sup>13</sup> ECLI:NL:GHSHE:2015:4989, r.o. 3, 17.4

*“Het hof stelt voorop dat HB Israël als professionele ondernemer en gezien het bepaalde in artikel 3.7 van de franchiseovereenkomst, inhoudende dat de franchisenemer zijn bedrijf geheel alleen voor zijn rekening en risico voert, allereerst zelf verantwoordelijk is voor de inschatting van haar mogelijkheden voor een profijtelijke bedrijfsvoering...”*

Voorts heeft het hof in dit arrest bevestigd dat het uitgangspunt is dat een uitsluiting van aansprakelijkheid in het algemeen buiten toepassing dient te blijven op grond van de redelijkheid en billijkheid indien de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van degene die zich op het beding beroept. Ook door de rechtbank Noord-Holland<sup>14</sup> is dit uitgangspunt zeer recent, op 16 maart 2016, nogmaals bevestigd.

### **Eigen verantwoordelijkheid franchisenemer**

Een prognose is een uitspraak over het vermoedelijke verloop van iets en in beginsel geen garantie. De resultaten die een franchisenemer boekt zijn afhankelijk van veel omstandigheden. Zo zijn de inzet en het ondernemerschap van de franchisenemer van groot belang en speelt ook de economie een belangrijke rol. Dit zijn elementen waarmee rekening wordt gehouden in de rechtspraak bij het bepalen van de mate van aansprakelijkheid van de franchisegever voor verstrekte prognoses.

Tot voor kort was de heersende leer dat een aspirant-franchisenemer in beginsel op de juistheid van de door de franchisegever verstrekte cijfers mocht afgaan en niet zelf een onderzoek behoefde in te stellen.<sup>15</sup> De rechtbank Utrecht<sup>16</sup> heeft bepaald:

*“Gelet op het grote aantal winkels dat wordt geëxploiteerd conform de franchiseformule van Read shop, kan er voorts vanuit worden gegaan dat Tahama ermee bekend was dat Read Shop ruime ervaring heeft met het opstellen van exploitatiebegrotingen. Op Tahama rustte dan ook niet de plicht om voor het sluiten van de franchiseovereenkomst het rapport van Boek & Bedrijf en het Bedrijfseconomisch Overzicht door een derde te laten toetsen.”*

De laatste tijd is een trend waarneembaar in de rechtspraak waarin een steeds grotere rol wordt toebedeeld aan de onderzoeksplicht van de franchisenemer. De rechtbank Amsterdam<sup>17</sup> heeft geoordeeld:

*“Als uitgangspunt heeft te gelden dat van [eiser] als toekomstig franchisenemer een kritische houding mag worden verwacht ten aanzien van door de franchisegever verstrekte informatie omtrent toekomstige omzetten.”*

<sup>14</sup> ECLI:NL:RBNNE:2016:1101, r.o. 4.8

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBUTR:2004:AR4485

<sup>16</sup> ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6979

<sup>17</sup> ECLI:NL:RBAMS:2015:416

En de rechtbank Arnhem<sup>18</sup>;

*"dat aan eiseres geen beroep op vernietiging wegens dwaling toekomt. Nu in de franchiseovereenkomst in de considerans (2,4) en paragraaf C van hoofdstuk 4 (2.5) uitdrukkelijk tussen de partijen is vastgelegd dat Curves geen garanties verstrekt aangaande de winstgevendheid van de vestiging en dat dit tot het risico van de franchisenemer behoort, dient een eventuele dwaling van [eiseres] aangaande de haalbaarheid van de ledenaantallen en daarmee de winstgevendheid van de vestiging op grond van de franchiseovereenkomst voor haar rekening te blijven."*

Thans wordt aangenomen dat op de franchisenemer een eigen verantwoordelijkheid rust om een beperkt onderzoek te verrichten naar de haalbaarheid van de onderneming. De prognose wordt gezien als een hulpmiddel om de afweging te maken om al dan niet te contracteren met de franchisegever. Tegen deze achtergrond mag een kritische grondhouding van een kandidaat-franchisenemer worden verwacht ten aanzien van de aan hem verstrekte prognoses. Indien een franchisenemer niet voldoet aan deze onderzoeksplicht, wordt het moeilijker om de franchisegever met succes aan te spreken op grond van onjuiste prognoses. Dit geldt temeer indien de onderzoeksplicht voor de franchisenemer contractueel is vastgelegd in de franchiseovereenkomst.

Door de rechtbank Overijssel is bijvoorbeeld aangenomen dat een franchisenemer voor een deel van zijn schade als gevolg van de ondeugdelijke prognose zelf verantwoordelijk was, omdat hij niet had voldaan aan zijn onderzoeksplicht.<sup>19</sup>

### *NFC*

De NFC bepaalt dat een aspirant franchisenemer verantwoordelijk is als ondernemer om zelfstandig onderzoek te verrichten en aanvullende informatie in te winnen met het oog op de haalbaarheid van de onderneming. De franchisenemer dient de informatie die hij ontvangt van de franchisegever en de daarbij gehanteerde uitgangspunten en aannames te (laten) toetsen op (financiële) juistheid en haalbaarheid.

### **Zorgplicht franchisegever**

#### *Rechtspraak*

Als algemeen uitgangspunt wordt binnen de rechtspraak aangenomen dat een franchisegever verplicht is de franchisenemer advies en bijstand te geven om te

<sup>18</sup> ECLI:NL:RBARN:2012:BY7750

<sup>19</sup> ECLI:NL:RBOVE:2014:1985

komen tot een succesvolle exploitatie van de franchisevestiging.<sup>20</sup>

Deze zorgplicht gaat echter niet zover dat van een franchisegever wordt verwacht dat hij uit eigen beweging de franchisenemer gedetailleerd van advies dient of planmatig begeleiding geeft ten aanzien van de exploitatie door de franchisenemer. Van de franchisenemer mag worden verwacht dat hij de franchisegever concreet om hulp vraagt.<sup>21</sup>

### *NFC*

In de NFC is opgenomen dat de franchisenemer het recht heeft op voortdurende en mede op het belang van de franchisenemer gerichte commerciële en technische hulp en advies van de franchisegever. Hoe ver deze verplichting reikt is echter onduidelijk.

Voorts bepaalt de NFC dat de franchisegever op concreet schriftelijk verzoek van de franchisenemer gehouden is schriftelijke onderbouwde aanbevelingen te doen wanneer omzet en winst van de franchisenemer structureel en substantieel achterblijven, om te komen tot verbetering van de situatie. Hier lijkt dus rekening gehouden met de in de rechtspraak gestelde eis dat een franchisenemer wel om hulp dient te vragen en dient aan te geven welke ondersteuning hij nodig heeft.

### *Conclusie*

Een franchisegever doet er goed aan om alle bij hem beschikbare essentiële informatie aan een potentiële franchisenemer ter beschikking te stellen, maar alleen dan als deze informatie op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Deze algemene richtlijn geldt ook voor omzetprognoses of winstverwachtingen.

Bij iedere afweging geldt, dat de belangen van beide partijen richtinggevend zijn voor de vraag hoever de informatieverstrekking in het concrete geval dient te reiken.

Voorzichtigheid is geboden voor franchisegevers wanneer zij een potentiële franchisenemer (rooskleurige) prognoses presenteren. Het is zaak dat zij dergelijke prognoses en de uitgangspunten daarvan deugdelijk en behoudend opstellen en aangeven waarop de cijfers zijn gebaseerd. Er moet worden voorkomen dat onjuiste verwachtingen worden gewekt.

Van franchisenemers mag worden verwacht dat zij zich zelf een beeld vormen over de haalbaarheid van de onderneming en de van de franchisegever ontvangen informatie toetsen op juistheid. Een franchisenemer blijft per slot van rekening een zelfstandig ondernemer.

<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld: ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753

<sup>21</sup> ECLI:NL:GHSHE:2015:3583

Indien de prognose echter niet wordt behaald, zal de franchisegever gehouden zijn om gehoor te geven aan concrete hulpvragen van de franchisenemer.

CMS

Anita Canta

Newtonlaan 203

3584 BH Utrecht

T +31 (0)30-212 15 84

E [anita.canta@cms-dsb.com](mailto:anita.canta@cms-dsb.com)

W [www.cms-dsb.com](http://www.cms-dsb.com)