

HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (*franchisegever Lampenier*)

Wetsartikelen:	Art. 6:162 BW ; art. 6:228 lid 1 aanhef en onder a BW
Kernwoorden:	Onderhandelingen; franchise; omzetprognose; informatieplicht
Kern:	Als in de onderhandelingen tussen beoogd franchisegever en franchisenemer de eerstgenoemde een rapport met omzetprognose van een derde partij geeft die achteraf onjuist blijkt te zijn, is er alleen aansprakelijkheid als de franchisegever weet dat het rapport ernstige fouten bevat.
W.H. van Boom © versie 2 xxx	

1. Casus en uitspraak

Lampenier is een winkelketen waar verlichting wordt verkocht. De winkelformule wordt in franchiseovereenkomsten aan franchisenemers 'verhuurd'. De overeenkomst van franchise is volgens art. 7:911 BW de overeenkomst waarbij de franchisegever aan een franchisenemer tegen vergoeding het recht verleent en de verplichting oplegt om een franchiseformule op de door de franchisegever aangewezen wijze te exploiteren voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten.

Bij winkelfranchise betaalt de franchisenemer aan de franchisegever een al dan niet geheel of gedeeltelijk omzetafhankelijk bedrag, in ruil waarvoor de franchisenemer de beschikking krijgt over de winkelformule, logo's, knowhow, inkoopfaciliteiten en dergelijke. De overeenkomst is niet vrijblijvend: de franchisegever heeft er belang bij dat de winkels er uniform uitzien, dezelfde producten hebben en een gelijk niveau van dienstverlening kennen. Daarom heeft de franchisenemer vaak weinig ruimte om een eigen invulling te geven aan de geëxploiteerde winkel. Maar vaak draagt de franchisenemer wel alle financiële risico's van omzetfluctuatie. Vandaar dat het belangrijk is dat bij het aangaan van de overeenkomst de franchisenemer beschikt over betrouwbare omzetprognoses.

In deze rechtszaak draait het om een franchise in een nieuw geopend winkelcentrum. De overeenkomst was voor de duur van vijf jaren aangegaan, maar werd na één jaar in onderling overleg alweer beëindigd. Bij de onderhandelingen die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgingen, had Lampenier aan de franchisenemer een rapport van een onderzoeksbureau overhandigd. Dit zogeheten vestigingsplaatsonderzoek was in opdracht van Lampenier opgesteld. Het rapport zat er flink naast; de omzet bleef vanaf de dag van opening sterk achter bij de prognose.

De franchisenemer vordert schadevergoeding van Lampenier, primair wegens wanprestatie en subsidiair wegens onrechtmatige daad: Lampenier had met het overhandigen van het rapport een onjuiste voorstelling van zaken gegeven.

De rechtbank oordeelt in het voordeel van de franchisenemer: door het rapport te overhandigen, had Lampenier een onjuiste voorstelling van zaken verschaft en de franchisenemer zou bij een

juistere prognose niet op dezelfde voorwaarden hebben gecontracteerd. In appel komt het hof echter tot een ander oordeel: als er al fouten in het rapport staan, dan zijn dat de fouten van het onderzoeksbureau en niet die van Lampenier. Die fouten zijn niet als een tekortkoming van Lampenier te beschouwen.

Tegen dit oordeel stelt de franchisenemer cassatie in. Hij betoogt kort gezegd dat op een franchisegever in de onderhandelingsfase de plicht rust om er zorg voor te dragen dat zij prognoses verschaft die op deugdelijk onderzoek berusten. Als dat niet het geval is en de franchisenemer daardoor onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert, dan is de franchisegever aansprakelijk voor de schade van de franchisenemer.

De Hoge Raad stelt allereerst voorop (r.o. 3.3.2) dat het in deze zaak niet gaat om een beroep op vernietiging wegens dwaling door fouten in het rapport. Zou dat wel het geval zijn geweest, dan zou vernietiging mogelijk zijn geweest op grond van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder a BW, ongeacht of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever of aan een derde.

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan het betoog van de franchisenemer. Dat betoog wordt verworpen en het oordeel van het hof blijft in stand:

“(…) 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. 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.

Nu het bestaan van een verbintenis tot het verschaffen van inlichtingen als hiervoor bedoeld niet kan worden aangenomen, kan ook van een tekortkoming in de nakoming ervan geen sprake zijn en derhalve evenmin van een daarop berustende verplichting tot het vergoeden van schade. (...)”

De Hoge Raad benadrukt vervolgens dat het enkele feit dat een onderhandelende partij een rapport verschaft aan de andere partij, niet betekent dat sprake was van een verbintenis om dat rapport te overleggen. Het verschaffen van een ondeugdelijk rapport kan onder omstandigheden wel tot aansprakelijkheid leiden, ook al was geen sprake van een dergelijke verbintenis. De grondslag daarvoor is in dat geval buitencontractueel:

“(…) 3.4 Bij dit een en ander dient nog het volgende te worden opgemerkt. Uit de enkele omstandigheid dat een partij bij onderhandelingen die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaan, de ander een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst heeft verschaft, kan niet worden afgeleid dat een daartoe strekkende verbintenis op eerstgenoemde rustte.

Wel zal de franchisegever die een rapport, zoals hiervoor bedoeld, aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelen, indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt. Op deze grond zou kunnen worden aangenomen dat de franchisegever verplicht is de door zijn wederpartij geleden schade te vergoeden. Zodanige aansprakelijkheid kan ook bestaan indien sprake is van onrechtmatig handelen door personen voor de gevolgen van wier fouten degene die het rapport aan zijn wederpartij verschaft, op grond van de art. 6:170 - 6:172 BW aansprakelijk is. (...)”

De Hoge Raad constateert echter dat deze grondslagen niet aan de orde zijn in de procedure, omdat niet was gesteld dat het verschaffen van het rapport een onrechtmatige daad van Lampenier was, door het hof onbestreden was geoordeeld dat Lampenier niet op grond van art. 6:170 of 171 BW voor de eventuele ondeugdelijkheid van het rapport aansprakelijk was en art. 6:172 BW niet is aangevoerd.

2. Commentaar

Vooropgesteld moet worden dat elke prognose inherent onzeker is. Een goede prognose is een beredeneerde toekomstverwachting, maar zekerheid biedt ze natuurlijk niet. Komen toekomstverwachtingen niet uit, dan is dat dus voor risico van de franchisenemer.¹ Het enkele feit dat een prognose niet uitkomt, maakt daarom nog niet dat de prognose het gevolg is van onzorgvuldig handelen. Een prognose is alleen ondeugdelijk als een redelijk handelend deskundige bij het opstellen tot andere keuzes, aannames, berekeningen of presentatie had moeten komen.

Dat een rapport opgesteld door een derde ondeugdelijk is, valt degene die het rapport in de onderhandelingen in brengt, niet zomaar te verwijten. Voor een beroep op vernietiging wegens dwaling is dat verwijt niet beslissend. Het rapport kan dan namelijk worden gezien als een 'inlichting van de wederpartij', ook al had de franchisegever zélf geen weet van de ondeugdelijkheid van het rapport. In de regel mag men namelijk afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen.² Daarom wijst de Hoge Raad er allereerst op het hier niet gaat om een vernietigingsactie op grond van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder a BW.

Het gaat hier om een schadevergoedingsactie, en de meest voor de hand liggende leerstukken die dan om de hoek komen kijken zijn tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW) en toerekenbare onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). In beide gevallen staan de eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid centraal. Deze eisen brengen namelijk met zich dat onderhandelende partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander.³ Uit die eisen kunnen, afhankelijk van de omstandigheden, verschillende verplichtingen voortvloeien, zoals een plicht om te informeren of mededelingen te doen.⁴ Ook kan sprake zijn van een bijzondere zorgplicht zoals die op professionele aanbieders van risicovolle financiële producten rust, om te waarschuwen voor die risico's.⁵ Wat de precieze aard van deze verplichtingen is, blijft vaak in het midden. Gaat het om verbintenissen in de zin van art. 6:1 BW en dus art. 6:74 BW of om verplichtingen om kort gezegd niet onbetamelijk te handelen in de zin van art. 6:162 BW? In dit arrest laat de Hoge Raad scherp het verschil tussen beide routes zien.

Als art. 6:74 BW in stelling wordt gebracht, moet sprake zijn van een verbintenis tot het geven van een deugdelijke prognose, en in de regel ontstaat een dergelijke verbintenis alleen als partijen dat uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben afgesproken (art. 6:213 lid 1 BW, bijv. bij voorovereenkomst) of als de franchisenemer op grond van uitlatingen of gedragingen van de franchisegever erop mocht vertrouwen dat deze een dergelijke verbintenis op zich had genomen (art. 3:35 BW). Alleen als dat komt vast te staan, kan vervolgens de vraag worden gesteld of sprake is van een tekortkoming door de franchisegever of door iemand die als hulppersoon bij de nakoming van de verbintenis was ingeschakeld (art. 6:76 BW).

¹ HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8098 (Amicitia), r.o. 3.4.2.

² HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (Baris/Riezenkamp); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (Effectenlease), r.o. 4.4.4 en 4.4.5; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Rentswap), r.o. 3.5.4.

³ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (Baris/Riezenkamp).

⁴ De niet-nakoming van een precontractuele mededelingsplicht kan een verplichting tot schadevergoeding in het leven roepen, aldus reeds HR 2 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0915 (Verkoop varkensmesterij).

⁵ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (Effectenlease), r.o. 4.4.5 en 4.8.4; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Rentswap), r.o. 3.5.5.

Als art. 6:162 BW in stelling wordt gebracht, moet sprake zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad van de franchisegever zelf of van iemand voor wie hij verantwoordelijk is. Wat betreft de franchisegever moet dan volgens de Hoge Raad worden bewezen “hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt”.

Dat is een nogal streng, subjectief kennisvereiste. In een later arrest *Street-One* (2017) beargumenteert de Hoge Raad deze eis van subjectieve kennis en geeft de Hoge Raad aan dat als het rapport door de franchisegever zélf zou zijn opgesteld, een minder strenge maatstaf van ‘gewone’ onzorgvuldigheid zou gelden, zodat objectieve kennis zou volstaan voor de onrechtmatigedaadsvordering:

“(…) In het arrest P./Lampenier heeft de Hoge Raad overwogen dat de franchisegever die een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelt, indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt. Deze regel ziet op het in dat arrest aan de orde zijnde geval waarin de franchisegever het onderzoek en het opstellen van het daarop gebaseerde rapport aan een derde heeft uitbesteed. Ook de franchisegever mag dan in de regel op de juistheid daarvan vertrouwen, zodat in beginsel van onzorgvuldig handelen zijnerzijds pas sprake is in geval van wetenschap als hiervoor bedoeld.

Dat laatste is anders als de franchisegever zelf, of een persoon waarvoor hij aansprakelijk is op de voet van een van de art. 6:170 – 6:172 BW, het onderzoek uitvoert en de resultaten daarvan aan zijn wederpartij verstrekt. In dat geval kan ook sprake zijn van onzorgvuldig handelen zonder dat de franchisegever (of de persoon voor wie hij aansprakelijk is) weet dat het rapport fouten bevat, en wel indien onzorgvuldigheid van de franchisegever (of van de persoon voor wie hij aansprakelijk is) heeft geleid tot de fouten in het rapport. (...)”

Het maakt dus uit of een franchisegever, diens ondergeschikte of niet-ondergeschikte in de zin van art. 6:171 BW of een vertegenwoordiger het rapport opmaakt, of dat – zoals in het geval van Lampenier – een extern onderzoeksbureau in opdracht het rapport opmaakt. In het laatste geval is dat externe bureau misschien wel te beschouwen als een hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW en heeft de onzorgvuldigheid van de opsteller van het rapport in beginsel te gelden als toerekenbare tekortkoming van de franchisegever, maar dan moet die laatste wel een verbintenis op zich hebben genomen om een rapport te verschaffen. Is die verbintenis er niet, dan kan de franchisegever alleen maar verantwoordelijk zijn voor een ondeugdelijk rapport als de franchisegever zélf onbetamelijk heeft gehandeld (art. 6:162 BW; daarvoor is subjectieve kennis van een ernstige fout vereist) of als sprake is van een fout van een van de personen bedoeld in art. 6:170-172 BW. Een extern onderzoeksbureau geldt niet als een (niet-)ongeschikte of vertegenwoordiger in de zin van art. 6:170-172 BW.

Overigens moet men zich realiseren dat vorderingen tot schadevergoeding in beide varianten, dus zowel de precontractuele verbintenis om een deugdelijke prognose te verschaffen als de precontractuele betamelijkheidsnorm om niet een prognose te verschaffen waarvan men weet dat deze ernstige fouten bevat, gericht zijn op vergoeding van het negatieve belang. Een prognose is niet een belofte, laat staan een garantie dat een bepaalde omzet zal worden behaald. De schade die het gevolg is van het ten onrechte niet verschaffen van een deugdelijke prognose, is dat de franchisenemer op grond van ondeugdelijke informatie het transactiebesluit neemt; zou hem wél de juiste prognose zijn gegeven, dan zou hij niet hebben willen contracteren of alleen tegen een minder hoge prijs, een kortere duur of tegen minder bezwarende voorwaarden. De hypothetische situatie zonder ondeugdelijke prognose is dus niet de situatie waarin de ondeugdelijke prognose uitgekomen zou zijn (het positieve belang).

Ten slotte nog een opmerking over de verhouding van het arrest *franchisegever Lampenier* en Boek 7 BW. Het arrest dateert van 2002, terwijl in 2021 een regeling voor franchising is neergelegd in Titel

7.16 BW. Interessant is dat de wetgever in art. 7:915 BW heeft bepaald dat de franchisenemer in de precontractuele fase maatregelen moet treffen – dus bijvoorbeeld zelf op onderzoek uit moet gaan – om te voorkomen dat hij onder invloed van dwaling overgaat tot het sluiten van de overeenkomst. Die regel gaat rechtstreeks terug op *Baris/Riezenkamp* (1957).⁶ De wet regelt niet wat de rechtsgevolgen van niet-nakoming van deze ‘verschoningsplicht’ zijn.

In de wettelijke regeling is ook een aantal concrete contractuele én precontractuele informatieverplichtingen neergelegd. Zo somt art. 7:913 lid 2 BW een aantal punten op waar de franchisegever voor het sluiten van het contract informatie over moet geven aan de franchisenemer; deze informatie moet zodanig geformuleerd en weergegeven zijn dat een franchisenemer redelijkerwijs een weloverwogen besluit kan nemen over het sluiten van de overeenkomst.⁷ De informatieverplichtingen zijn dwingend beschermingsrecht ten behoeve van de franchisenemer.⁸ Een omzetprognose staat overigens niet op de lijst van punten waar de franchisegever informatie over moet verschaffen.⁹ In zoverre is het arrest *Lampenier* dus relevant gebleven.

⁶ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*). Vgl. HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621 (*Booy/Wisman*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Effectenlease*), r.o. 4.4.4 en 4.4.5; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Renteswap*), r.o. 3.5.4.

⁷ Art. 7:917 lid 2 BW.

⁸ Art. 7:922 jo. art. 3:40 lid 2 BW.

⁹ Hoewel art. 7:913 lid 4 nog bij wijze van open norm bepaalt dat franchisegever aan de beoogd franchisenemer alle overige informatie verstrekt waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst, volgt uit *Kamerstukken II* 2019/20, 35392, nr. 3, p. 33 dat de wetgever hiermee niet heeft beoogd om af te wijken van het arrest *Franchisegever Lampenier*: de franchisegever is niet verplicht om een omzetprognose te verschaffen. Wel moet zomogelijk historische financiële informatie worden verstrekt (zie bijv. art. 7:913 lid 3 aanhef en onder b BW) waaruit de franchisenemer voor zichzelf gedeeltelijk toekomstverwachtingen kan afleiden.