

# Artikel

## Franchiseprognoses volgens de zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?

Mr. M. Raas en mr. R.B. Musters\*

### 1. Inleiding

Eerder dit jaar heeft de Hoge Raad een interessant arrest gewezen dat relevant is voor de franchisepraktijk.<sup>1</sup> Centraal staat de vraag onder welke omstandigheden een franchisegever onrechtmatig handelt indien hij een franchisenemer een ondeugdelijke exploitatieprognose verschaft. Het arrest, gewezen in een procedure aangespannen tegen modeketen Street-One, kan gezien worden als opvolger van het uit 2002 stammende Paalman/Lampenier-arrest.<sup>2</sup> Vijftien jaar na dato maakt de Hoge Raad een eind aan enkele misverstanden die naar aanleiding van dat arrest in de rechtspraktijk zijn ontstaan. In dit artikel plaatsen wij het arrest Street-One tegen de achtergrond van geldend én (mogelijk) wordend recht.

### 2. Feiten en voorafgaand procesverloop

Sterk vereenvoudigd luiden de feiten als volgt. Street-One is een in Oldenzaal gevestigde onderneming die onderdeel uitmaakt van het internationale kledingconcern CBR. CBR werkt met zelfstandige partners die haar kleding verkopen in door haar ontwikkelde winkelconcepten. In 2010 sluiten Street-One en een franchisenemer een overeenkomst voor de duur van vijf jaar met betrekking tot een winkel in Wijchen, die kort daarna wordt geopend. In het voorjaar van 2011 sluiten zij inhoudelijk gelijke overeenkomsten voor een winkel in Barneveld, die medio april 2011 wordt geopend. Een essentieel gegeven is dat in beide gevallen Street-One de franchisenemer voorziet van exploitatieprognoses voordat de contracten tot stand komen. Street-One heeft deze rapporten zelf opgesteld.

De door Street-One voorspelde resultaten vallen echter al in het eerste jaar (behoorlijk) tegen. De prognoses blijken bovendien op onjuiste uitgangspunten te zijn gebaseerd. In Wijchen is het vloeroppervlak van de winkel onjuist bepaald. In Barneveld is geen rekening gehouden met de aldaar bestaande 'negatieve markt-ruimte'. Dat wil zeggen: Barneveld kent een overdadig kledingaanbod in het segment waarbinnen Street-One

\* Mr. M. Raas en mr. R.B. Musters zijn advocaten in Amsterdam.

1. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, RvdW 2017, 340 (Street-One).

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

opereert.<sup>3</sup> De franchisenemer moet zich ‘invechten’ en heeft dus in elk geval een aanlooptijd nodig.<sup>4</sup>

De franchisenemer stelt Street-One aansprakelijk en brengt verklaringen tot vernietiging dan wel ontbinding van de overeenkomsten uit op grond van respectievelijk dwaling en tekortkomingen in de nakoming. Vervolgens dagvaardt hij Street-One. Hij vordert onder meer verklaringen voor recht dat hij de overeenkomsten rechtsgeeldig heeft vernietigd of ontbonden en dat Street-One onrechtmatig heeft gehandeld. Street-One stelt eisen in reconventie in. Zij vordert onder meer betalingen van uitstaande facturen.

De Rechtbank Den Haag wijst de franchisenemer’s vorderingen af en wijst Street-One’s vorderingen deels toe.<sup>5</sup> In hoger beroep honoreert het Hof Den Haag het beroep van de franchisenemer op vernietiging op grond van dwaling ter zake van de overeenkomsten voor de Wijchense én Barneveldse winkels. Met betrekking tot de winkel in Wijchen verklaart het hof ook voor recht dat Street-One onrechtmatig heeft gehandeld. Street-One kan hier, aldus het hof, een concreet verwijt worden gemaakt. Zij had de prognose naar beneden moeten bijstellen toen haar was gebleken dat de winkel een vloeroppervlak had van slechts 100 in plaats van 130 m<sup>2</sup>. Daarentegen vinden bij het hof de verwijten van de franchisenemer ter zake van de Barneveldse prognoses geen gehoor. Volgens het hof heeft de franchisenemer niet voldoende concreet gesteld waarom Street-One wist of had moeten weten dat sprake was van een negatieve marktruimte, dat de geprognosticeerde omzet niet haalbaar was en/of dat Street-One anderszins een verwijt valt te maken. Het hof wijst de vorderingen van de franchisenemer in zoverre af.<sup>6</sup>

### 3. Overweging ten overvloede

De franchisenemer klaagt zich in cassatie over ’s hofs oordelen omtrent de deugdelijkheid van Street-One’s prognoses voor de winkel in Barneveld. Street-One stelt incidenteel cassatieberoep in, op de voorwaarde dat de klachten van de franchisenemer slagen. De Hoge Raad verwierpt de rechts- en motiveringsklachten van de franchisenemer met één pennenstreek op de voet van artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Hij behoeft dus niet in te gaan op Street-One’s voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep. Echter,

3. Zie over dat modesegment B. Imminck, Iedereen kan slagen bij kleding-zaak Street One, De Digitale Barneveldse Krant 13 april 2011: ‘We verkopen mode die voor iedereen draagbaar is.’
4. Vgl. conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 3.4.
5. Rb. Den Haag 19 september 2012, zaak-/rolnummer 416016/HA ZA 12-416 (Street-One).
6. Gerechtshof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1707 (Street-One), overweging 34.

op aangeven van advocaat-generaal (A-G) Valk heeft hij een overweging ten overvloede in petto.<sup>7</sup>

Street-One had in haar cassatiemiddel betoogd dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting zou zijn uitgegaan door aan te nemen dat Street-One niet alleen aansprakelijk is indien zij (a) wist dat de aan de franchisenemer verstrekte prognose fouten bevatte, maar óók indien zij (b) dit ‘slechts’ behoorde te weten of (c) aan haar anderszins een verwijt ter zake valt te maken. Het hof zou daarmee, aldus Street-One, de lat voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad te laag gelegd hebben. Volgens Street-One zou alleen aansprakelijkheid kunnen bestaan indien zij de franchisenemer *welbewust* in een onjuiste veronderstelling heeft gebracht en gelaten. Wij merken op dat de Rechtbank Den Haag met dit standpunt zou hebben ingestemd, aangezien zij in eerste aanleg van deze zaak nog oordeelde.<sup>8</sup>

‘Onder omstandigheden zal een franchisegever onrechtmatig handelen als hij weet dat de prognose ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt.’

Vergelijkbare overwegingen komen bijvoorbeeld voor in uitspraken van de Rechtbank Noord-Holland en de Rechtbank Noord-Nederland.<sup>9</sup> De A-G acht Street-One’s cassatiemiddel dan ook exemplarisch voor een té verstrekkende betekenis die veelal aan het arrest Paalman/Lampenier wordt gegeven. Hij contrasteert de feitelijke achtergrond van die uitspraak, waarin een franchisegever *een derde* een rapport had laten opstellen, met de voorliggende situatie, waarin Street-One *zelf* onderzoek had verricht. Hij meent bovendien dat Street-One’s opvatting niet (meer) van deze tijd is en concludeert dat een bespreking van het middel gewenst is.<sup>10</sup>

De Hoge Raad pakt de handschoen op en verduidelijkt:<sup>11</sup>

‘In het arrest Paalman/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

7. De Hoge Raad vervult hier dus de rol van ‘hoeder van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling’. Op dezelfde dag wees hij een tweede arrest waarin eveneens een (substantieel) obiter dictum voorkomt na afwijzing van cassatieklachten op de voet van art. 81 Wet RO (HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, RvdW 2017, 298 (Gemeente Heusden)).
8. Rb. Den Haag 19 september 2012, zaak-/rolnummer 416016 HA ZA 12-416 (Street-One), overweging 4.3.
9. Rb. Noord-Holland 3 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11564 (Van Gameren/Albert Heijn), overweging 4.12; Rb. Noord-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1101 (John & Roy Toys/Otto Simon), overweging 4.6.
10. Conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 4.1 en 4.2.
11. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, RvdW 2017, 340 (Street-One), overweging 5.3.

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.’

#### 4. Auteurschap rapport bepaalt de drempel voor onrechtmatigheid

De Hoge Raad schenkt klare wijn over de relevantie van het auteurschap van de exploitatieprognose. Wordt onderzoek verricht door (a) de franchisegever zelf of, kort gezegd, (b) een werknemer, (c) een hulppersoon of (d) een vertegenwoordiger (respectievelijk art. 6:170, 6:171, 6:172 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) en verschaft een van hen de resultaten aan de franchisenemer, dan geldt het Street-One-aansprakelijkheidsregime. Dat wil zeggen: onzorgvuldigheid die heeft geleid tot fouten in het rapport kan (reeds) een onrechtmatigheidsoordeel dragen. Ter staving moet de franchisenemer aantonen dat onzorgvuldig is gehandeld en dat dit heeft geresulteerd in fouten. Zwaardere kwalificaties, zoals opzet of bewuste roekeloosheid, zijn niet nodig.<sup>12</sup>

Heeft daarentegen de franchisegever het onderzoek en het rapport uitbesteed, dan geldt het Paalman/Lampenier-aansprakelijkheidsregime: de franchisegever handelt in beginsel pas onzorgvuldig indien hij daadwerkelijk wist dat het rapport ernstige fouten bevat en hij de franchisenemer daarop niet attent maakte. De franchisenemer heeft een zware bewijsopdracht om aan deze drempel van onrechtmatigheid te geraken.

Naar onze indruk zal als gevolg van Street-One in de praktijk des te relevanter worden of een bij de totstandkoming van een exploitatieprognose betrokken derde al dan niet aangemerkt kan worden als hulppersoon van de franchisegever (art. 6:171 BW). Het Street-One-aansprakelijkheidsregime geldt, als gezegd, óók indien de franchisegever een hulppersoon heeft ingeschakeld om het onderzoek uit te voeren. Daarentegen geldt het Paalman/Lampenier-aansprakelijkheidsregime indien een ‘derde-niet-zijnde-een-hulppersoon’ een rapport heeft

afgegeven. In het laatste geval blijft de franchisegever in beginsel buiten schot indien het rapport fouten bevat. Net zozeer als de franchisenemer mocht ook de franchisegever op de deugdelijkheid van het onderzoek vertrouwen. De franchisenemer kan in een dergelijk geval de derde aanspreken op grond van onrechtmatige daad indien die derde behoorde te weten dat zijn rapport aan de franchisenemer zou (kunnen) worden verschaft.<sup>13</sup>

Van Wechem en Rinkes leiden uit het arrest Street-One af dat ‘onjuistheden in prognoses in beginsel gewoon aan de franchisegever zullen worden toegerekend’. In hun lezing van dit arrest kan in geval van een onjuiste prognose die wordt afgegeven door de franchisegever aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ‘slechts voorkomen worden als de franchisegever geen wetenschap van de onjuiste prognoses had en zulks hem niet kan worden toegerekend’.<sup>14</sup> Die interpretatie – een fout resulteert in aansprakelijkheid, tenzij... – vindt onzes inziens geen steun in het arrest. Uit de hiervoor geciteerde slotzin van overweging 5.3 volgt dat de franchisenemer aannemelijk moet maken dat sprake is van (a) een fout in het rapport, (b) een onzorgvuldigheid van de franchisegever én strikt genomen ook (c) causaliteit tussen de onzorgvuldigheid en de fout.

#### 5. Wanneer levert een fout ook een verwijt van onzorgvuldig handelen op?

In wat voor gevallen kan, Street-One indachtig, in de praktijk een (sterk genoeg) verwijt van onzorgvuldigheid gemaakt worden aan een franchisegever ter zake van een door hem opgesteld ondeugdelijk rapport? In de conclusie van de A-G zagen wij een nuttige aanzet voor wat zich onder het thans geldende recht in verdere rechtspraak tot een gezichtspuntencatalogus zou kunnen ontwikkelen (hier toegespitst op Street-One’s fout ter zake van negatieve marktruimte):<sup>15</sup>

‘Uit de *enkele* omstandigheid dat [...] de door Street-One verstrekte prognoses onjuist waren omdat er (ook) in Barneveld een negatieve marktruimte bestond, volgt niet dat Street-One een verwijt treft. Om dat te kunnen vaststellen zullen we meer moeten weten, bijvoorbeeld [a] de diepgang van onderzoek zoals dat in de branche gebruikelijk is, [b] eventuele aanwijzingen voor een negatieve marktruimte in Barneveld die Street-One redelijkerwijs had moeten opmerken, [c] de stelligheid waarmee de prognoses door Street-One aan [de franchisenemer] zijn gepresenteerd, [d] mededelingen die Street-One bij gele-

12. Vgl. conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 2.5.

13. Vgl. conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 2.4.

14. T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2017/833, par. ‘Wetenschap bij het aangaan van de franchiseovereenkomst’.

15. Conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 3.5.

genheid van die presentatie aan [de franchisenemer] heeft gedaan omtrent de toegepaste onderzoeksmethode en de betrouwbaarheid van de prognosecijfers en [e] het vertrouwen dat [de franchisenemer] aan zulke mededelingen redelijkerwijs heeft mogen ontleenen.’

Op de franchisenemer rust de stelplicht en (bij voldoende betwisting) de bewijslast om dergelijke omstandigheden voldoende concreet aan te voeren. De hiervoor genoemde factoren (c) tot en met (d) illustreren het evidente belang voor de franchisegever van *disclaimers* en exonertes in de rapportages en de daaromtrent gewisselde correspondentie. Inspiratie kan bijvoorbeeld geput worden uit een waaier van *disclaimers* die zijn vervat in rapportages van Albert Heijn. Deze *disclaimers* zijn geciteerd in een voor Albert Heijn gunstig uitpakkende vrij recente uitspraak van het Hof Amsterdam.<sup>16</sup> Die benadering lijkt voor de franchisegever veiliger dan blindvaren op de benadering die wordt voorgestaan door de Rechtbank Den Haag in eerste aanleg van de onderhavige procedure. De rechtbank meende dat prognoses eenvoudigweg naar hun aard onzeker waren en dat daarom geen gewicht behoefde te worden toegekend aan het feit dat Street-One geen voorbehouden had gemaakt.<sup>17</sup> Volledigheidshalve merken wij op dat *disclaimers* uiteraard ook relevant kunnen zijn voor het aannemen van een onderzoeksplicht van de franchisenemer. Dit kan een rol spelen bij het al dan niet slagen van een beroep op dwaling,<sup>18</sup> maar ook in het kader van het aannemen van eigen schuld bij de vestiging of het bepalen van de omvang<sup>19</sup> van aansprakelijkheid (art. 6:101 BW).

## 6. Heeft de franchisegever een zorgplicht en, zo ja, is die bijzonder?

In het arrest Street-One laat de Hoge Raad zich, een overweging ten overvloede ten spijt, niet uit over het al dan niet bestaan van een ‘bijzondere zorgplicht’ van een franchisegever jegens een franchisenemer. Tot het aannemen van een dergelijke plicht leek de Hoge Raad in het arrest Paalman/Lampenier niet geneigd. Hij overwoog toen in elk geval dat uit de redelijkheid en billijk-

heid géén algemene plicht voor de franchisegever voortvloeit tot het (laten) voorlichten van de franchisenemer over omzet- en winstverwachtingen.<sup>20</sup> De aanvulling die Street-One op dat uitgangspunt geeft, lijkt vrij vertaald te zijn: áls je het (zelf) doet, moet je het goed doen.

In dit tijdschrift is vorig jaar overtuigend betoogd dat indien voor de franchisegever vis-à-vis de franchisenemer al een zorgplicht zou bestaan, die zorgplicht in elk geval niet erg ‘bijzonder’ mag heten.<sup>21</sup> De A-G in Street-One lijkt op dezelfde lijn te zitten. Hij brengt de plicht onder de aandacht die bestaat tussen partijen vanaf het moment dat zij met elkaar in onderhandeling treden over het eventuele sluiten van een overeenkomst.<sup>22</sup> Zoals is uitgemaakt in onder meer de arresten Baris/Riezenkamp en CBB/JPO,<sup>23</sup> komen partijen vanaf dat moment tot elkaar te staan in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding die vergt dat zij hun gedrag ‘mede’ laten bepalen door gerechtvaardigde belangen van de ander. Die algemene, precontractueel ontstane plicht zal zich concretiseren aan de hand van de omstandigheden van het geval.

Bij die benadering sluiten wij ons graag aan. De franchisegever zal in de lijn van Baris/Riezenkamp zijn gedrag ‘mede’ door gerechtvaardigde belangen van de franchisenemer moeten laten leiden. Dat is niets bijzonders<sup>24</sup> en het is ook slechts een correctie op het uitgangspunt van autonomie van partijen. De franchisegever heeft nu eenmaal niet – anders dan bijvoorbeeld (in bepaalde verhoudingen) bankiers, artsen en advocaten – een *bijzondere* zorg voor zijn contractuele wederpartij. Zijn informatiepositie kan in voorkomende gevallen<sup>25</sup> sterker zijn dan die van de franchisenemer. Juist ter eventuele regulering daarvan vindt op dit moment echter maatschappelijk en politiek debat plaats, dat waarschijnlijk beter in die dialoog kan worden beslecht dan in rechterlijke rechtsvorming (*ex obiter*).

16. Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:821 (Albert Heijn/X), overweging 2.5, 2.8 en 2.10. Frappant is overigens dat de disclaimers wel worden geciteerd, maar daar anderszins niet aantoonbaar veel gewicht aan wordt toegekend in de beoordeling door het hof.

17. Rb. Den Haag 19 september 2012, zaak-/rolnummer: 416016/HA ZA 12-416 (Street-One), overweging 4.7: ‘Vanwege de onzekerheid die inherent is aan prognoses, hoefde Street One geen voorbehoud dienangaande te maken.’

18. Zie in het kader van een beroep op dwaling recent bijv. Rb. Limburg 15 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2370 (Coöperatie Maestricht/Y), overweging 4.32.

19. Aldus ook: HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885, RvdW 2017, 60, overweging 3.5.2.

20. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier), overweging 3.3.3.

21. A.M.A. Schwegler, De zorgplicht van de franchisegever: bijzonder of niet?, *Contracteren* 2016/1, p. 3-9.

22. Conclusie A-G, sub 2.5.

23. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp) en HR 17 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO).

24. Vgl. T. Hartlief, Is de zorgplicht ons een zorg?, *NJB* 2017/965, slotalinea: ‘Omdat de ‘aanknopingspunten’ voor deze zorgplichten scherpte missen, zijn de antwoorden niet altijd eenvoudig te geven. Dat is niet alleen onhandig voor diegenen die willen weten of zij aanspraak kunnen maken op extra aandacht en voor hen die willen weten of zij daartoe gehouden zijn, het kan ook leiden tot ongerechtvaardigde verschillen en inconsistentie. Dat zou ons een zorg moeten zijn.’

25. In de concept-MvT d.d. 12 april 2017 wordt er ten onrechte van uitgegaan dat dit vrijwel categorisch het geval zou zijn. In Nederland zijn er uiteraard ook de nodige grote franchisenemers waarvan de economische en informatiepositie bepaald niet onderdoet voor die van de franchisegever.

## 7. Vooruitblik: feitenrechtspraak en Nederlandse Franchise Code

De door de Hoge Raad bevestigde nuances lijken nog niet over de volle linie in acht te zijn genomen door het Hof Amsterdam in een uitspraak van 14 maart 2017 over een Albert Heijn-franchise. Het hof overwoog dat uit het arrest Paalman/Lampenier volgt dat ‘de franchisegever onder omstandigheden onrechtmatig zal handelen, indien hij weet dat de prognose ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt’.<sup>26</sup> Die overweging is juist maar irrelevant, omdat Albert Heijn zelf de prognoses had opgesteld (binnen haar gespecialiseerde afdeling *Location Strategy*).<sup>27</sup> Het criterium uit Paalman/Lampenier geldt dan niet. De drempel voor aansprakelijkheid ligt lager, zo blijkt uit Street-One: sprake van onrechtmatig handelen kan er reeds zijn indien onzorgvuldigheid van Albert Heijn heeft geleid tot fouten in het rapport. Overigens heeft het Hof Amsterdam onzes inziens door de bank genomen toch blijkt gegeven van toepassing van het juiste toetsingscriterium, al vermeldt het de één maand tevoren gewezen uitspraak Street-One niet.<sup>28</sup> Sprake lijkt te zijn van een schoonheidsfoutje.

De huidige editie van de Nederlandse Franchise Code (NFC) verwoordt een sterke ambitie op het punt van informatievoorziening door een franchisegever aan een aspirant-franchisenemer. De franchisegever moet binnen een redelijke termijn voorafgaand aan het sluiten van een franchiseovereenkomst zo volledig mogelijk schriftelijke informatie en documentatie verschaffen om de aspirant-franchisenemer in staat te stellen met verstand van zaken al dan niet de franchiseovereenkomst aan te gaan.<sup>29</sup> De franchisegever moet naast allerhande specifieke informatie ook nog ‘informatie die verder voor de franchisenemer nodig is om tot een goede, zorgvuldige beslissing te komen over het sluiten van de franchiseovereenkomst’ verschaffen.<sup>30</sup>

De NFC verplicht de franchisegever echter niet tot het verschaffen van exploitatieprognoses; evenmin als dat naar huidig recht het geval is (zie par. 6). Ook op basis van de NFC geldt in wezen: indien je het doet, moet je het goed doen. Artikel 3.6 aanhef en sub (d) van de NFC bepaalt dat de franchisegever de aspirant-franchisenemer ‘bij voorkeur’ een ‘zorgvuldig en transparant

onderbouwde omzet- en kostenprognose’ verschaft, alsmede onder meer een begrijpelijk onderbouwde en deugdelijke exploitatiebegroting. De toelichting op deze bepaling luidt:

‘Als een franchisegever een exploitatieprognose aan de franchisenemer afgeeft, dient hij in te staan voor de deugdelijkheid daarvan. [...]’

In zijn conclusie voor het arrest Street-One schrijft de A-G dat hij vermoedt dat de opstellers van de NFC met de hiervoor geciteerde zin blijk hebben willen geven van een *garantie* tot deugdelijke exploitatieprognoses.<sup>31</sup> Wij begrijpen zijn interpretatie, die strookt met hetgeen een doorgewinterde contractenmaker *prima facie* in de gehanteerde term ‘instaan voor’ zou lezen.<sup>32</sup> Krijgt de NFC een wettelijke verankering, dan komt aldus mogelijk de lat voor onrechtmatigheid (nog) iets lager te liggen dan waar de Hoge Raad deze naar huidig recht in het arrest Street-One plaatst.<sup>33</sup> Immers, uit Street-One volgt dat de franchisegever die zelf een rapport opstelt, aansprakelijk is indien het rapport een fout bevat (voorbeeld: niet verwerkt is het gegeven dat in Barneveld al veel vergelijkbaar kledingaanbod bestaat) én hem een verwijt treft (voorbeeld: prognoses gedaan op basis van oppervlakkig onderzoek zijn stellig verkondigd), waarbij de stelplicht ter zake van die verschillende elementen op de franchisenemer rust (zie par. 4 en 5). Zou daarentegen de franchisegever de deugdelijkheid van de exploitatieprognose *garanderen*, dan is zijn aansprakelijkheid in beginsel reeds gegeven bij het enkele vaststaan van ondeugdelijkheid. Er bestaat dan geen ruimte voor het verweer dat de franchisegever geen verwijt treft. De franchisegever is risicoaansprakelijk.

De toelichting op artikel 3.6 sub (d) van de NFC biedt een licht geruststellende gedachte voor de franchisegever:

‘[...] het enkele feit dat het resultaat lager is dan door de franchisegever is geprognosticeerd, brengt ook niet zonder meer met zich mee dat de prognose ondeugdelijk is.’

De franchisenemer zal ter staving van een stelling dat de exploitatieprognose ondeugdelijk is, dus in elk geval méér moeten doen dan constateren dat prognose en realiteit uiteenlopen.

Omdat elders in dit tijdschrift uitvoerig wordt ingegaan op de NFC en het conceptwetsvoorstel van demissionair minister Kamp tot, kort gezegd, een wettelijke veranke-

26. Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:821 (Albert Heijn/Van Gameren), overweging 3.13.

27. Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:821 (Albert Heijn/Van Gameren), o.a. overweging 2.4.

28. Zie bijv. overweging 3.7 e.v.: ‘De vraag die moet worden beantwoord is of Albert Heijn bij het opstellen van de geprognosticeerde weekomzetten die Albert Heijn aan [Van Gameren] heeft verstrekt op zorgvuldige wijze met alle relevante omstandigheden rekening heeft gehouden.’ Een rechtsklacht in cassatie over overweging 3.13 lijkt in zoverre bij gebrek aan belang niet kansrijk.

29. Art. 3.4 NFC (2016-versie).

30. Art. 3.6 aanhef en sub (j) NFC (2016-versie).

31. Conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 2.7.

32. Dit zou contractsuitleg behoeven, aldus onder meer HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (Mol/Meijer) en HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne).

33. Conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2016:1117), sub 2.7: ‘Ik meen dat een garantiEVERBINTENIS in de zojuist bedoelde zin niet voortvloeit uit de gewone regels van het verbintenissenrecht. Een dergelijke garantiEVERBINTENIS wordt pas recht op het moment dat de wet dat zou gaan bepalen.’

ring daarvan, volstaan wij hier met één laatste observatie. Volgens de auteurs van de NFC zijn de bepalingen uit die code onlosmakelijk verbonden met de toelichting daarop.<sup>34</sup> Echter, in de conceptmemorie van toelichting op het conceptwetsvoorstel valt te lezen dat de eventuele aanwijzing van de NFC bij algemene maatregel van bestuur enkel zou zien op de bepalingen daarin.<sup>35</sup> Inderdaad laat ook de conceptwettekst ruimte voor aanwijzing van slechts een deel van een gedragscode.<sup>36</sup> Hier zou verduidelijking wenselijk zijn, omdat er soms licht zit tussen enerzijds de bepalingen en anderzijds de toelichting in de NFC. In het vorenstaande bleek dat dit ook geldt voor de regeling in de NFC ter zake van exploitatieprognoses. Waar artikel 3.6 sub (d) van de NFC ertoe verplicht dat indien een prognose wordt verschaft, deze ‘zorgvuldig en transparant onderbouwd’ dient te zijn, geeft de toelichting daarop mogelijk blijk van een risicoaansprakelijkheid van de franchisegever in geval van een ondeugdelijke prognose.

34. De NFC (2016-versie), p. 3, alinea 6: ‘De bepalingen in de NFC zijn meestal voorzien van een toelichting. In de toelichting zijn, waar van toepassing, typische voorbeelden uit diverse sectoren opgenomen om de bedoeling van de codebepalingen te illustreren. Deze toelichting is onlosmakelijk verbonden met de bepalingen in de NFC.’

35. Concept-MvT d.d. 12 april 2017, par. 7 ‘Uitvoering en handhaving’ (p. 21, alinea 2): ‘De NFC bevat voorschriften met een toelichting. De eventuele aanwijzing van de code ziet alleen op de voorschriften. Wel is het zo dat de toelichting in veel gevallen een aanbeveling geeft voor de inhoudelijke invulling en wijze van toepassing van de codevoorschriften.’

36. Art. 399g lid 1 aanhef van het conceptwetsvoorstel d.d. 12 april 2017.