

## De zorgplicht van de franchisegever voor verschafte prognoses aan de (aspirant-)franchisenemer

Bb 2017/36

In een arrest van 24 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:311, *Street-One*) verduidelijkt de Hoge Raad zijn vaste rechtspraak over de zorgplicht van franchisegevers bij het verschaffen van omzet-/winstprognoses aan aspirant-franchisenemers. In het arrest *Street-One* maakt de Hoge Raad duidelijk dat de franchisegever slechts wetenschap hoeft te hebben wanneer de prognose door een derde is opgesteld en niet wanneer de franchisenemer zelf onderzoek uitvoert en de resultaten aan de wederpartij verstrekt. In laatstgenoemd geval kan ook sprake zijn van onzorgvuldig handelen zonder dat de franchisegever wetenschap heeft van de fouten in de prognose. Het arrest past in een trend in de regelgeving om franchisenemers beter te beschermen.

### 1. Inleiding

Naar geldend Nederlands recht bestaat er voor de franchisegever geen informatieplicht om (deugdelijke) prognoses aan de aspirant-franchisenemer te verstrekken, op grond waarvan de franchisegever bij achteraf gebrekkig gebleken vooruitzichten door de franchisenemer wegens wanprestatie aansprakelijk kan worden gehouden. Echter verschaffen franchisegevers in de praktijk veelvuldig prognoses aan aspirant-franchisenemers. In dat geval dient de franchisegever er op grond van vaste rechtspraak zorg voor te dragen dat de daarin vervatte informatie aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet. In het arrest *Paalman/Lampenier* (HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, *NJ* 2003/31) overwoog de Hoge Raad dat indien de franchisegever weet dat de (op zijn verzoek door een derde, waarvoor hij niet aansprakelijk is op grond van art. 6:170-6:172 BW, opgestelde) prognose ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt, hij onder omstandigheden onrechtmatig kan handelen jegens de franchisenemer. Het gaat dan in beginsel om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad op de voet van art. 6:162 BW.

In deze bijdrage bespreek ik een arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:311, *Street-One*), waarin de Hoge Raad duidelijk maakt dat het wetenschapsvereiste uit *Paalman/Lampenier* slechts geldt wanneer de prognose door een derde is opgesteld en niet wanneer de franchisenemer zelf onderzoek uitvoert en de resultaten aan de wederpartij verstrekt. In laatstgenoemd geval kan ook sprake zijn van onrechtmatig handelen zonder dat de franchisegever weet dat het rapport fouten bevat, terwijl het rapport wel op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen en daardoor fouten zijn veroorzaakt.

Het arrest past in een trend in regelgeving om franchise-nemers beter te beschermen. Ik schets in dat kader kort de

regeling over het verschaffen van prognoses door franchisegevers uit de in februari 2016 verschenen Nederlandse Franchise Code. De code is niet juridisch bindend, maar omdat de code mogelijk een wettelijke verankering krijgt,<sup>2</sup> is het interessant om het geldende recht in context van deze code te plaatsen.

### 2. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (*Street-One*)

*Street-One* is een kledingmerk, dat als onderdeel van het CBR-concern (onder wiens vlag verschillende kledingmerken worden geëxploiteerd) overeenkomsten sluit met zelfstandige 'partners'/retailers, die de kleding van *Street-One* verkopen in een door CBR ontwikkelde 'store'. Dat is een winkel met een door CBR ontworpen inrichting, waarin uitsluitend CBR-merken in worden verkocht.

Op 10 augustus 2010 sluit *Street-One* een zogenoemde POS-overeenkomst (POS staat voor Point of Sale, een variant op een franchiseovereenkomst) voor een looptijd van vijf jaar met de betreffende contractant, die ik hierna gemakshalve 'de franchisenemer' zal noemen, voor de levering van merk-kleding van *Street-One* en een recht van verkoop daarvan. De overeenkomst wordt gesloten voor de opening van een zaak in Wijchen. Voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst verstrekt *Street-One* prognoses voor de exploitatie van de winkel aan de franchisenemer. Op 8 en 31 maart 2011 en 1 mei 2011 sluiten partijen gelijksoortige overeenkomsten voor een *Street-One* winkel in Barneveld. Ook vooraf aan het sluiten van deze overeenkomsten verstrekt *Street-One* prognoses.

Bij brieven van 15 maart 2011 en 1 juli 2011 stelt de advocaat van de franchisenemer *Street-One* in gebreke omdat de prognoses voor de winkel in Wijchen onjuist zouden zijn, zodat de franchisenemer heeft gedwaald bij het sluiten van de overeenkomst. Op 16 januari 2012 acht de franchisenemer de overeenkomst voor de winkel in Wijchen buitengerechtelijk vernietigd op grond van dwaling.

De Rechtbank Den Haag wijst de vorderingen bij vonnis van 19 september 2012 af. Het Hof Den Haag verklaart in zijn arrest van 9 juni 2015 echter voor recht dat de overeenkomsten op grond van dwaling buitengerechtelijk zijn vernietigd en overweegt daarnaast dat *Street-One* onrechtmatig jegens de franchisenemer heeft gehandeld door ondeugdelijke prognoses te verstrekken. De prognose was volgens het hof onjuist, omdat er ten tijde van het aangaan van de POS-overeenkomst sprake was van een negatieve marktruimte in Wijchen die niet in de prognose was verdisconteerd, waardoor de geprognosticeerde omzet niet haalbaar bleek. Bovendien was de prognose voor de winkel in Wijchen ge-

<sup>1</sup> Hugo Boom is als advocaat werkzaam bij BarentsKrans N.V. te Den Haag.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2015/16, 31311, 165.

baseerd op een groter vloeroppervlak dan de daadwerkelijke vloeroppervlakte van het betreffende winkelpand.

De Hoge Raad laat dit oordeel in stand en overweegt ten overvloede (r.o. 5.3) dat de regel uit zijn standaardarrest *Paalman/Lampenier*, dat een franchisegever onder omstandigheden onrechtmatig handelt, indien hij weet dat het rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt (HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31, r.o. 3.4), slechts ziet op het geval waarin de franchisegever het opstellen van het rapport aan een derde heeft uitbesteed. Ook de franchisegever mag dan in beginsel op de juistheid daarvan vertrouwen, zodat onrechtmatig handelen van de franchisegever pas in beeld komt bij diens wetenschap van het feit dat onjuiste informatie aan de franchisenemer wordt verstrekt.

Welnu, dit ligt volgens de Hoge Raad anders wanneer de franchisegever het onderzoek zelf uitvoert of wanneer het onderzoek wordt gedaan door een partij waarvoor hij aansprakelijk is (op de voet van art. 6:170-6:172 BW). In dat geval kan volgens de Hoge Raad ook sprake zijn van onzorgvuldig handelen zonder dat de franchisegever weet dat het rapport ernstige fouten bevat, en wel indien een onzorgvuldigheid van de franchisegever heeft geleid tot deze fouten in het rapport (vgl. r.o. 5.3 van het arrest).

Mogelijk kan op grond van dit arrest eveneens worden betoogd dat wetenschap van de fouten in een prognose niet vereist is wanneer de prognose weliswaar door een derde is opgesteld, maar de fouten in die prognose zijn veroorzaakt door een onzorgvuldigheid van de franchisegever, bijvoorbeeld bij het aanleveren van informatie die de derde nodig heeft om de prognose op te stellen.

### 3. Ruimere zorgplicht franchisegever bij eigen onderzoek naar prognoses?

Aansprakelijkheid komt dus sneller in beeld wanneer de franchisegever het onderzoek, dat aan een omzet- of winstprognose ten grondslag ligt, zelf heeft uitgevoerd. Ik merk hierbij op dat deze overweging van de Hoge Raad op zichzelf geen verruiming van de zorgplicht voor franchisegevers betekent, omdat het wetenschapsvereiste uit *Paalman/Lampenier* slechts heeft gegolden (en geldt) voor gevallen waarin de prognoses door een derde zijn opgesteld. Niettemin merkt A-G Valk in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:1117, r.o. 2.5) op dat de norm uit *Paalman/Lampenier* in de praktijk te breed wordt toegepast.

Een goed voorbeeld daarvan is een vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 3 december 2014 (ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, NJF 2015/70), waarbij de rechtbank Albert Heijn niet aansprakelijk achtte voor het verstrekken van een door haar zelf vervaardigde omzetprognose die significant rooskleuriger cijfers bevatte dan een tweede prognose, die niet aan de aspirant-franchisenemer werd verstrekt maar intern werd gehouden. De rechtbank neemt op grond daarvan aan dat de prognose op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Echter komt de rechtbank met verwijzing naar het arrest *Paalman/Lampenier* niet tot vaststelling van een onrechtmatige daad van Albert Heijn,

omdat niet was gesteld dat Albert Heijn wist dat er ernstige fouten in het rapport zaten, of dat Albert Heijn bewust onjuiste omzetprognoses heeft verstrekt. De franchisenemer kwam in dat geval gelukkig wel verder met een beroep op dwaling in combinatie met wijziging van de overeenkomst op de voet van art. 6:230 lid 2 BW, maar op deze manier is de drempel voor het aannemen van een onrechtmatige daad van de franchisegever wel erg hoog.

Daarom is het een goede zaak dat de Hoge Raad met het arrest *Street-One* meer duidelijkheid geeft over de reikwijdte van de zorgplicht van een franchisegever die eigengemaakte prognoses aan aspirant-franchisenemers verstrekt.

### 4. De Nederlandse Franchise Code

Het arrest *Street-One* past in de ontwikkelingen die gaande zijn op regelgevingsgebied, waar de tendens is dat franchisenemers beter worden beschermd. Zo bepaalt de Europese Erecode inzake Franchising in art. 4.3, weliswaar zonder sanctie, dat de franchisegever volledige en correcte schriftelijke informatie verstrekt, waaronder ook prognoses indien beschikbaar. De Draft Common Frame of Reference (DCFR) bevat in art. IV.E.4:102 DCFR een heuse informatieplicht voor de franchisegevers voor onder meer 'market conditions'. Aansprakelijkheid voor onjuiste gegevens volgt op grond van het tweede lid 'unless the franchisor had reason to believe that the information was adequate'.

Ook de in februari 2016 verschenen Nederlandse Franchise Code (NFC) voorziet in een verplichting voor de franchisegever om ervoor te zorgen dat verstrekte prognoses deugdelijk zijn. Art. 3.6 onder d van de NFC bepaalt dat de door de franchisegever te verstrekken informatie bij voorkeur een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose bevat. De toelichting op art. 3.6 onder d van de NFC luidt bovendien als volgt:

"Als een franchisegever een exploitatieprognose aan de franchisenemer afgeeft, dient hij in te staan voor de deugdelijkheid daarvan."

Dat doet de vraag rijzen in hoeverre eventuele nieuwe regelgeving, geïnspireerd op de NFC, meer bescherming biedt aan de franchisenemer dan het geldende recht. A-G Valk merkt in zijn conclusie bij het arrest *Street-One* op dat de tekst van de toelichting van de NFC ("instaan voor de deugdelijkheid") haast het karakter van een garantieverbintenis heeft en daarmee veel verder strekt dan de zorgplicht naar geldend recht. Anderzijds zou "instaan" ook enkel op een zorgplicht kunnen duiden zoals die in het geldende recht bestaat, onder meer omdat de NFC net als de Europese Erecode geen expliciete sanctie bevat voor het verschaffen van onjuiste informatie, zodat niet zonder meer duidelijk is wanneer de franchisegever aansprakelijk kan worden gehouden (anders dan bij de regels van de DCFR, bijvoorbeeld). De wetgever kan met deze tekst naar mijn mening meerdere kanten op.

## 5. Conclusie

Met het arrest *Street-One* van 24 februari 2017 is in ieder geval duidelijk geworden dat de franchisegever (onder omstandigheden) onrechtmatig handelt, wanneer er door zijn onzorgvuldigheid (ernstige) fouten in de prognose terecht zijn gekomen waar hij de aspirant-franchisenemer op had moeten wijzen, zonder dat noodzakelijk is dat hij weet van de fouten. Wel moeten de fouten in een causaal verband staan met de onzorgvuldigheid van de franchisegever.

De zaken liggen anders wanneer de prognose door een derde is vervaardigd, omdat de franchisegever dan in beginsel mag vertrouwen op de juistheid van door de derde opgestelde prognose. In dat geval is wetenschap van de fouten vereist voordat de franchisegever zijn zorgplicht schendt. Mogelijk is wetenschap ook niet vereist wanneer de prognose weliswaar door een derde is opgesteld, maar fouten in die prognose evengoed zijn veroorzaakt door een onzorgvuldigheid van de franchisegever, bijvoorbeeld bij het aanleveren van informatie aan de derde die het rapport opstelt. Het arrest past in een trend van (niet bindende) regelgeving die meer bescherming van de franchisenemer voorstaat. In dat kader moet nog blijken of er in toekomstige regelgeving een ruimere zorgplicht voor de franchisegever komt. De tekst van de Nederlandse Franchise Code biedt daartoe in ieder geval mogelijkheden.