

## MEMORANDUM

Aan: Timo Jansen

Plaats, datum: Amsterdam, 22 mei 2014

Ons kenmerk: 31413/

Betreft: Research zorgplicht franchisegever

Afzender: Anne van der Heide, juridisch medewerker

Telefoon: Fax: E-mail:  
+31 20 5736 869 +31 20 5736 884 a.van.der.heide@lexence.com

### 1 INLEIDING

- 1.1 In dit memorandum wordt een aantal vragen beantwoord dat betrekking heeft op de zorgplicht van een franchisegever. Eerst wordt kort stilgestaan bij de zorgplicht in het algemeen (**Onderdeel 2**). Vervolgens wordt gekeken naar het wettelijk kader van deze eventuele zorgplicht (**Onderdeel 3**). In **Onderdeel 4** worden de twee vormen van zorgplicht voor de franchisegever uiteengezet.
- 1.2 De conclusie in **Onderdeel 5** luidt: dat voor de franchisegever twee vormen van een zorgplicht bestaan. De eerste zorgplicht ziet op het geven van juiste informatie indien een exploitatieprognose wordt afgegeven. De tweede zorgplicht ziet op het bijstaan van de franchisenemer door het geven van advies en bijstand.

### 2 ZORGPLICHT ALGEMEEN

- 2.1 Tjong Tjin Tai omschrijft een zorgplicht als volgt:

*" Een zorgplicht kan worden gedefinieerd als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object. "*<sup>1</sup>

- 2.2 Met betrekking tot zorgplichten binnen overeenkomsten schrijft Tjong Tjin Tai het volgende:

*"Art. 6:2 lid 1 BW bepaalt dat partijen, waaronder dus de schuldenaar, zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid jegens elkaar moeten gedragen, maar deze regel is abstract en algemeen en geeft geen indicatie dat hieronder zorg moet worden begrepen.*

(...)

*Die verplichting tot zorg wordt in de literatuur daarnaast afgeleid uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW)."*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, dissertatie Zorgplichten en zorgethiek, Kluwer: Deventer 2006, p. 97.

<sup>2</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, dissertatie Zorgplichten en zorgethiek, Kluwer: Deventer 2006, p. 102.

- 2.3 In zijn dissertatie schrijft Tjong Tjin Tai niets over franchiseovereenkomsten, supermarkten of zorgplichten voor franchisegevers.
- 2.4 In hoofdstuk 5 geeft Tjong Tjin Tai aan waarom banken een bijzondere zorgplicht hebben:

*"Ook op banken zal bij het uitvoeren van opdrachten in beginsel de normale contractuele zorgvuldigheid worden verwacht.*

(...)

*Daarnaast wijst de Hoge Raad op de 'rol die banken in het maatschappelijk verkeer vervullen' (HR 29 september 1995, NJ 1998, 81 (ABN AMRO/Hendriks), rov.3.1.3), de positie van de bank als 'een professionele credietverlener' (HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/mevr. Bink), rov. 3.4), de deskundigheid en 'maat schappelijke positie' van banken (HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Ever -aars), rov. 3.3, al. 3), de 'maatschappelijke functie van banken (...) de vertrouwenspositie en deskundigheid van banken op het gebied van vermogensbeheer' (HR januari 1998, NJ 1999, 285 (Mees Pierson/Ten Bos), rov. 3.6.2 en 3.6.3).*

*Dit alles houdt verband met het feit dat banken tot functie hebben het betalingsverkeer te faciliteren.*

(...)

*Men moet erop mogen rekenen dat de banken de hun toevertrouwde tegoeden en betalingen correct behandelen. Banken moeten daarom een neutralere, objectievere positie innemen dan gewone bedrijven. Zij moeten betrouwbaar zijn, en daarom moeten zij ook vertrouwd kunnen worden. Van cliënten wordt in het maatschappelijk verkeer verwacht dat zij de bank hun financiële aangelegenheden toevertrouwen. Dit leidt ertoe dat van banken een grotere mate van zorg kan worden verwacht, zowel binnen die specifieke taak van banken, alsmede in verband met andere handelingen op het gebied van financiën. De zorg strekt zich in beginsel uit tot de financiële belangen die aan de bank zijn toevertrouwd. Deze zorg zal overigens vooral beschermend zijn: de bank is niet verplicht steeds de meest renderende beleggingsmogelijkheid aan te wijzen, al was het maar omdat dit niet objectief kan worden vastgesteld in verband met de risico's die met potentieel hoge opbrengsten gepaard gaan"<sup>3</sup> (onderstr. AHe).*

- 2.5 Ook met betrekking tot het beroep advocaat geeft hij aan waarom een bijzondere zorgplicht bestaat:

*"De advocaat heeft als maatschappelijke taak het bieden van juridische bijstand in procedures, waarmee hij bijdraagt aan een behoorlijke rechtspleging. Als maatstaf geldt ook voor de advocaat het handelen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, hij dient de zaak 'met zorg te behandelen' (HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420, rov. 4.3.2). Hij is verplicht 'alle rechtmatige belangen van de*

---

<sup>3</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, dissertatie Zorgplichten en zorgethiek, Kluwer: Deventer 2006, p. 178-179.

cliënt met betrekking tot de aan hem toevertrouwde zaak naar behoren te behartigen' (HR 1 november 1991, NJ 1992, 121 (De Korte/Blok), rov. 3.2).

(...)

Daarbij is een wezenlijke factor het vertrouwen dat de burger in de deskundigheid en integriteit van de advocaat mag hebben. Het zou dan niet passen dat een advocaat in het ene deel van zijn praktijk beduidend lagere standaarden aanlegt dan in het andere deel. De grens van de zorgvuldigheid ligt daar waar de advocaat vertrouwen kon ontlenen 'aan de voor hem kenbare rechtspraak en literatuur' dat geen moeilijkheden waren te verwachten (HR 29 november 1991, NJ 1992, 808, rov. 3.3), waar sprake is van een gebeurtenis 'op een zodanig onjuiste en van de normale praktijk en geldende normen afwijkende wijze dat geen redelijk handelend advocaat daarmee rekening had kunnen houden of daarop had behoeven te anticiperen'<sup>4</sup> (onderstr. AHe).

- 2.6 Ook geeft Tjong Tjin Tai de reden van de bijzondere zorgplicht voor bepaalde beroepen:

*"De aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren volgt de algemene regels, toegespitst op de bijzondere eigenschappen van beroepen (in de beperkte zin van professies). Voor bepaalde beroepen, die ik heb aangeduid als institutionele beroepen, is in de jurisprudentie een hogere graad van zorg als maatstaf gesteld. Dit zijn beroepen die tot taak hebben zorg te dragen voor bepaalde bijzonder maatschappelijke belangen"<sup>5</sup> (onderstr. AHe).*

- 2.7 Ten slotte schrijft Tjong Tjin Tai over bijzondere zwaarwegende zorgplichten: p. 189:

*"Deze zorgplicht komt dus voort uit de positie van een institutioneel beroepsbeoefenaar. Een dergelijke zorgplicht kan daarom in beginsel ook bij andere institutionele beroepen aan de orde zijn (voor niet-beroepsbeoefenaren is hier geen grond voor). Het zal dan moeten gaan om een schakel in het maatschappelijk verkeer waar het institutionele beroep zorg voor draagt, en waar een zeker maatschappelijk belang mee is gemoeid zodat ook andere belanghebbenden van de passende zorg mogen uitgaan. De beroepsbeoefenaar is dan zagezegd 'schakelbeheerder'; evenals een wegbeheerder degene is die zorg draagt voor de toestand van de weg, moet de beroepsbeoefenaar naar vermogen zorgen voor de bruikbaarheid en betrouwbaarheid van deze schakel."* (onderstr. AHe).<sup>6</sup>

### **3 WETTELIJK KADER**

---

<sup>4</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, dissertatie Zorgplichten en zorgethiek, Kluwer: Deventer 2006, p. 180.

<sup>5</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, dissertatie Zorgplichten en zorgethiek, Kluwer: Deventer 2006, p. 187.

<sup>6</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, dissertatie Zorgplichten en zorgethiek, Kluwer: Deventer 2006, p. 189.

- 3.1 In Nederland bestaan geen specifieke wettelijke bepalingen met betrekking tot franchiseovereenkomsten.<sup>7</sup> Wel bestaat er de Europese Erecode (**Code**) inzake Franchising.<sup>8</sup> Uit deze Code is een aantal verplichtingen voor de franchisegever af te leiden. In artikel 1 wordt een verplichting genoemd waar veelal een beroep op wordt gedaan door franchisenemers:

*"Artikel 1*

*Gedurende de looptijd van een schriftelijke franchiseovereenkomst, die voor dit doel tussen partijen is gesloten, heeft de individuele franchisenemer het recht en de plicht om tegen directe of indirecte financiële vergoeding gebruik te maken van de handelsnaam en/of het handelsmerk en/of het dienstmerk van de franchisegever, de knowhow (\*), de zakelijke en technische methoden, de werkwijze en andere zaken die industrieel en/of intellectueel eigendom zijn van de franchisegever, ondersteund door voortdurende commerciële en technische hulp door de franchisegever" (onderstr. AHe).*

- 3.2 Volgens de Nederlandse Franchise Vereniging (**NFV**) zijn, in ieder geval, de leden van de NFV aan de Code gebonden.<sup>9</sup> Door verschillende rechtbanken is echter geoordeeld dat de Code juridische status ontbeert:

*"Daargelaten de juridische status van deze code, kan uit hetgeen [gedaagde] stelt en daaruit citeert worden opgemaakt dat zij vooral waarborgen bevat voor de aspirant-franchisenemers en in zoverre niet op [gedaagde] van toepassing zijn"<sup>10</sup> (onderstr. AHe).*

- 3.3 De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde zelfs dat de Code buiten beschouwing moet worden gelaten bij het beantwoorden van de vraag of een franchisegever tekort is geschoten in de nakoming van de franchiseovereenkomst:

*"Partijen hebben in dat verband gedebatteerd over de gebondenheid in rechte van De IJsvogel Groep aan de Erecode. Daaromtrent overweegt de kantonrechter dat de Erecode een code is waaraan franchisegevers die lid zijn van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) zich hebben gecommitteerd. De Erecode bevat een richtsnoer voor een eerlijke en redelijke invulling van de franchiserelatie waarbij oog is voor de belangen van beide partijen. Echter, de Erecode behelst geen in rechte afdwingbare verplichtingen. In zoverre heeft de Erecode hooguit de status van een fatsoensnorm. Dat betekent dat de Erecode buiten beschouwing moet blijven waar het gaat om de beantwoording van de vraag of De IJsvogel Groep tekort is geschoten in de nakoming van de franchiseovereenkomst"<sup>11</sup> (onderstr. AHe).*

#### **4 SOORTEN ZORGPLICHT FRANCHISEGEVER**

<sup>7</sup> Kolenbrander, *Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken*, NJB 2013/2302.

<sup>8</sup> Beschikbaar via de website van de NFV: <http://www.nfv.nl/userfiles/image/europese%20erecode.pdf>

<sup>9</sup> Jumbo is lid van de NFV.

<sup>10</sup> Rb Breda 9 februari 2011, *LJN BZ2618*, r.o. 3.21.

<sup>11</sup> Rb Noord-Nederland 29 november 2013, *NJF 2014/119*, r.o. 5.15.

4.1 Op grond van jurisprudentie en literatuur kan worden geconcludeerd dat in ieder geval twee vormen van een zorgplicht bestaan voor de franchisegever:

(i) Zorgplicht met betrekking tot de exploitatieprognose;

(ii) Zorgplicht met betrekking tot hulp/ondersteuning/bijstand.

4.2 De grondslag voor de eerste zorgplicht is vooral te vinden in de jurisprudentie. Uit het arrest Paalman/Lampenier vloeit voort dat op de franchisegever géén verplichting rust om de (kandidaat-)franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of de te verwachten winst:

*"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."*<sup>12</sup>

4.3 De franchisegever heeft wel een zorgplicht als hij een exploitatieprognose verstrekt. Hij moet er zorg voordragen dat de prognose op grondig en zorgvuldig uitgevoerd markt- en vestigingsonderzoek berust.<sup>13</sup> Dit blijkt bijvoorbeeld uit de volgende uitspraak van de Rechtbank Breda:

*"Uit deze franchise-overeenkomst vloeit een bijzondere zorgplicht van Aviti voor Het Kinderparadijs voort. Die zorgplicht brengt met zich mee dat de door Aviti gepresenteerde omzet- en winstprognoses dienen te berusten op een grondig en zorgvuldig uitgevoerd markt- en vestigingsplaatsonderzoek. Zijn de gepresenteerde prognoses niet terug te voeren op een onderzoek als hier bedoeld dan is Aviti toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen en is Aviti in beginsel aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade."*<sup>14</sup>

4.4 Volgens Brons-Stikkelbroeck en Kappert bestaat deze verplichting voor de franchisegever vanwege de ongelijke verhouding tussen de franchisegever en de franchisenemer:

*"Bij totstandkoming van een franchiseovereenkomst en ook gedurende de samenwerking bestaat er, ondanks de formele gelijkwaardigheid, een ongelijkheid tussen de franchisegever en de franchisenemer.*

(...)

*Deze ongelijkheid zorgt ervoor, mede gelet op het duurzame karakter van de samenwerking en de afhankelijkheid van de franchisenemer ten opzichte van de franchisegever, dat de franchisegever richting de franchisenemer een zorgplicht heeft."*<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> HR 25 januari 2002, RvdW 2002, 22, r.o. 3.3.3.

<sup>13</sup> Kolenbrander, *De 'prognoseproblematiek' revisited*, BJU Contracteren, december 2012, nr. 4, p. 160.

<sup>14</sup> Rb Breda 14 april 1998, Prg. 1998/4967 (Aviti/Kinderparadijs), r.o. 3.4.

<sup>15</sup> Brons-Stikkelbroeck en Kappert, *'Uitsluiting van dwaling in franchiseovereenkomsten'*, BJU

- 4.5 Voorts schrijven Brons-Stikkelbroeck en Kappert over de reikwijdte van deze zorgplicht het volgende:

*"De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan wel gezegd worden dat deze zorgplicht met zich brengt dat de franchisegever zich bij de presentatie van prognoses moet baseren op een grondig en zorgvuldig markt- en vestigingsplaatsonderzoek."*<sup>16</sup>

- 4.6 De tweede zorgplicht ziet op ondersteuning/hulp van de franchisegever aan de franchisenemer en is gebaseerd op art. 1 van de Code. Kolenbrander pleit ervoor dat deze verplichting wordt vastgelegd in de Nederlandse wetgeving:

*"Een andere nuttige wettelijke regeling zou de codificatie betreffen van de zorgplicht van de franchisegever terzake ondersteuning en bijstand. Deze zorgplicht ziet er op toe dat de franchisegever een franchisenemer gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst voortdurende commerciële en technische ondersteuning moet verstrekken. Dit wordt als een wezenlijk onderdeel van de franchise samenwerking beschouwd. Hoewel voornoemde zorgplicht reeds is verankerd in vaste jurisprudentie kan het zeker geen kwaad om deze zorgplicht ook op te nemen in een wettelijke bepaling."*<sup>17</sup>

- 4.7 Dat deze zorgplicht voor een franchisegever bestaat, blijkt inderdaad uit de jurisprudentie:

*"Bij de beantwoording van voornoemde vraag [of één der partijen tekort is geschoten in de nakoming van de FO (AHe)] stelt de kantonrechter voorop dat een franchisegever verplicht is de franchisenemer advies en bijstand te geven om te komen tot een succesvolle exploitatie van de franchiseonderneming. Artikel 14 van onderhavige franchiseovereenkomst werkt dit concreet uit (...).*

*Voorts is uitgangspunt dat de zorgplicht van de franchisegever met zich brengt dat indien de geprognosticeerde omzet niet wordt behaald door de franchisenemer, de franchisegever de verplichting heeft advies en bijstand te verlenen om te komen tot een voor beide partijen gunstige situatie."*<sup>18</sup>

- 4.8 Deze zorgplicht dient er toe om er voor te zorgen dat men in een situatie terecht komt die recht doet aan de franchiseovereenkomst:

*"Uit de franchiseovereenkomst vloeit een zorgplicht van de franchisegever voort die met zich brengt dat als de prognose niet wordt gehaald, de franchisegever de verplichting heeft de franchisenemer advies en bijstand te verlenen. Dit dient ertoe om*

---

contracteren maart 2010, nr. 1, p. 6.

<sup>16</sup> Brons-Stikkelbroeck en Kappert, 'Uitsluiting van dwaling in franchiseovereenkomsten', BJU contracteren maart 2010, nr. 1, p. 6.

<sup>17</sup> Kolenbrander, *Franchising*, NJB 2013/2302, p. 7.

<sup>18</sup> RB Noord-Nederland 29 november 2013, NJF 2014/119, r.o. 5.16.

*te komen tot een situatie die recht doet aan de franchiseovereenkomst, te weten een overeenkomst waarbij zowel de franchisegever als de franchisenemer baat hebben.*"<sup>19</sup>

4.9 Deze zorgplicht is blijkens de jurisprudentie niet onbeperkt:

*"Daarin ligt echter ook de grens van de verplichtingen van de franchisegever: het is niet zonder meer haar taak om ten koste van haar eigen profijt de franchisenemer op de been te houden."*<sup>20</sup>

4.10 Franchise-advocaat Ludwig is van mening dat de franchisegever juist een verregaande zorgplicht heeft:

*"Een teruglopende markt –zichtbaar in 2008- hoe hevig ook, dwingt de franchisegever tot ondersteuningsmaatregelen. De franchisegever heeft hierin een verregaande zorgplicht, die tevens betrekking heeft op het nakomen van verplichtingen met betrekking tot marketing, productlevering et cetera."*<sup>21</sup>

4.11 Ook is Ludwig van mening dat het tot de zorgplicht van de franchisegever behoort, de franchisenemer te informeren over huurrechten:

*"Het behoort overigens tot de zorgplicht van de franchisegever de franchisenemer vooraf te informeren omtrent zijn werkelijke huurrechten en positie –zeker bij bepaalde vormen van koppeling van de franchiseovereenkomst aan de onderhuurovereenkomst. Wettelijke uitgangspunt is hierbij dat de franchisenemer door de onderhuurconstructie (uiteindelijk) niet in een slechtere positie mag komen te verkeren."*<sup>22</sup>

## **5 CONCLUSIE**

5.1 Uit de dissertatie van Tjong Tjin Tai kan worden afgeleid dat een bijzondere zorgplicht vooral wordt aangenomen bij (rechts)personen die een bijzondere maatschappelijke functie hebben. Functies waarbij het belangrijk is dat de wederpartij hen vertrouwt.

5.2 Voor de franchisegever bestaan twee zorgplichten: (i) m.b.t. exploitatieprognose; en (ii) m.b.t. hulp/bijstand. De grondslag voor de eerste zorgplicht is te vinden in de literatuur. De zorgplicht met betrekking tot het geven van hulp/bijstand bestaat op grond van de Code.

5.3 Deze tweede zorgplicht bestaat vaak, zoals blijkt uit de jurisprudentie, als de omzetprognose niet wordt gehaald. In een enkel geval is niet gespecificeerd in welk geval deze zorgplicht bestaat. Het is aan de franchisenemer om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan worden afgeleid dat de franchisegever niet voldaan heeft aan zijn zorgplicht.

---

<sup>19</sup> RB Arnhem, 15 juni 2011, *Prg.* 2011/216, r.o. 4.7.

<sup>20</sup> RB Amsterdam, 14 september 2011, *RCT* 2012/6, r.o. 4.24.

<sup>21</sup> <http://franchiseplus.nl/archief-2009/Nummer-2-2009/Nummer-2-2009---Column.html>

<sup>22</sup> <http://franchiseplus.nl/archief-2011/Nummer-4/Column-Theodoor-Ludwig.html>