

JOR 2018/321, Hoge Raad, 21-09-2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, 17/02817 (annotatie)

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 21-09-2018
Publicatie: JOR 2018/321 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 12, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. P.G.M. Brouwer
ECLI: ECLI:NL:HR:2018:1696
Zaaknummer: 17/02817
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:HR:2018:1696 • NJB 2018/1767 • NJ 2018/398 • RvdW 2018/1090
Rechtsgebied:
Rubriek: Varia
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Streefkerk • mr. Heisterkamp • mr. Kroeze • mr. Sieburgh • mr. Wattendorff
Partijen: X, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. M.E. Bruning, tegen Albert Heijn Franchising BV te Zaandam, verweerster in cassatie, advocaten: mr. M. Ynzonides en mr. J.W.M.K. Meijer.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW - 3:12 • BW - 6:162

Inhoudsindicatie

Franchiseovereenkomst, Redelijkheid en billijkheid eisen geen algemene precontractuele informatieplicht van franchisegever omtrent te verwachten omzet of winst, Onzorgvuldig handelen bij ondeugdelijk rapport, Europese Erecode inzake Franchising vertegenwoordigt niet zonder meer “in Nederland levende rechtsovertuigingen” als bedoeld in art. 3:12 BW, Verwijzing naar HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier) en HR 24 februari 2017, «JOR» 2017/152, m.nt. Brouwer en Bedaux (Street-One)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Zoals is geoordeeld in HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier), vloeit uit hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, 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, zij het dat de bijzondere omstandigheden van het geval een zodanige verbintenis wel kunnen meebrengen. Uit de enkele omstandigheid dat de franchisegever bij de onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst heeft verschaft, kan niet worden afgeleid dat een daartoe strekkende verbintenis op de franchisegever rustte. Wel kan de franchisegever die een rapport, zoals hiervoor bedoeld, aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelen. In het geval dat de franchisegever het onderzoek en het opstellen van het daarop gebaseerde rapport aan een derde heeft uitbesteed, zoals aan de orde was in het arrest Paalman/Lampenier, mag ook de franchisegever in de regel op de juistheid van het door de derde opgestelde rapport vertrouwen. In dat geval zal echter in beginsel van onzorgvuldig handelen zijnerzijds sprake zijn indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt. In het geval dat de franchisegever zelf, of een persoon voor wie 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, 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 (HR 24 februari 2017, «**JOR**» 2017/152, m.nt. Brouwer en Bedaux (Street-One)). De in de Europese Erecode neergelegde afspraken kunnen niet zonder meer worden aangemerkt als “in Nederland levende rechtsovertuigingen” als bedoeld in art. 3:12 BW. Daarom bestaat geen grond voor een algemene verplichting van de franchisegever om in de precontractuele fase “alle informatie en overige gegevens” aan de franchisenemer te verstrekken, waaronder de initiële omzetprognose die door de franchisegever is vastgesteld. Het onderdeel doet ook geen beroep op bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de franchisegever redelijkerwijs gehouden was om in de precontractuele fase niet alleen de definitieve prognose, maar ook de zogenoemde initiële prognose – waarvan de franchisegever heeft aangevoerd dat deze slechts een tussenstap behelste in het proces om tot een definitieve prognose te komen – aan de franchisenemer ter beschikking te stellen.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Hartlief)

[eiseres] exploiteerde op franchisebasis een C1000-winkel. Na de overname van C1000 door Jumbo heeft [eiseres] een franchiseovereenkomst gesloten met Albert Heijn. In dat kader is door Albert Heijn een omzetprognose verstrekt. De weekomzet van [eiseres] blijft echter ver achter bij deze prognose. Volgens [eiseres] is de prognose ondeugdelijk, omdat (kort gezegd) onvoldoende rekening is gehouden met de overgang van een prijsgerichte supermarkt (C1000) naar een servicegerichte formule (Albert Heijn). De rechtbank heeft geoordeeld dat de prognose inderdaad ondeugdelijk is, dat sprake is van dwaling en dat het nadeel van [eiseres] als dwalende partij op grond van art. 6:230 lid 2 BW dient te worden opgeheven. Het hof acht de omzetprognose echter niet ondeugdelijk. Tegen dat oordeel komt [eiseres] in cassatie op. Verder formuleert zij klachten met betrekking tot het ontbreken van een proces-verbaal van de pleitzitting, het buiten beschouwing blijven van een aantal incidentele grieven en de afwijzing van de grondslagen bedrog, onrechtmatige daad en misbruik van omstandigheden.

1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

1.2. [eiseres] heeft sinds 1998 op franchisebasis een supermarkt in Raamsdonksveer geëxploiteerd volgens de C1000-formule. Haar directeur is [betrokkene 1].

1.3. Eind 2011 heeft Jumbo Groep B.V. (hierna: Jumbo) met de aandeelhouder van C1000 B.V. overeenstemming

bereikt over de overname van C1000 B.V. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft bij besluit van 21 februari 2012 geoordeeld dat in verschillende marktgebieden, waaronder Raamsdonkveer, als gevolg van de voorgenomen concentratie mededingingsproblemen zouden kunnen ontstaan. In verband daarmee heeft Jumbo zich verbonden om (onder meer) de C1000-vestiging van [eiseres] voor 24 augustus 2012 af te stoten, althans over te dragen aan een onafhankelijke koper.

1.4. Vanaf mei 2012 is contact geweest tussen Albert Heijn en [eiseres] over een overgang van [eiseres] naar Albert Heijn. Vanaf juni 2012 hebben concrete gesprekken plaatsgevonden tussen Albert Heijn en [eiseres].

1.5. De daarin gespecialiseerde afdeling Location Strategy (hierna ook: LS) binnen Albert Heijn heeft onderzoek gedaan naar het omzetspotentieel van [eiseres]. In de wijze waarop LS haar onderzoek uitvoert, kunnen zes fasen worden onderscheiden. In elke fase wordt een omzetprognose vastgesteld. In de eerste vier fasen was de werkelijke omzet van [eiseres] niet bekend bij Albert Heijn. In fase 1 werd de omzet van [eiseres] als C1000-vestiging ingeschat op € 275.000,-- per week. In fase 4 werd de omzet van [eiseres] als Albert Heijn-vestiging in het derde jaar na overname door Albert Heijn, op basis van onder meer theoretische benaderingen en aannames, ingeschat op € 250.000,-- per week. Deze inschatting wordt ook wel aangeduid als de initiële prognose. In fase 5 werd na het *due diligence*-onderzoek dat Albert Heijn had uitgevoerd de werkelijke weekomzet van [eiseres] (dat wil zeggen als C1000, A-G) bekend. Vervolgens zijn de prognoses in fase 5 en 6 (mede) gebaseerd op de werkelijke weekomzet van € 300.000,--. [eiseres] heeft op enig moment vóór 4 juli 2012 een lange termijn-prognose, ook wel aangeduid als LTP (hierna ook: de prognose) van Albert Heijn ontvangen.² Volgens deze prognose, die is gedateerd 21 juni 2012, zou de weekomzet in het eerste jaar na de overgang van C1000 naar Albert Heijn € 280.000,-- bedragen, in het tweede jaar € 295.800,-- en in het derde jaar

€ 315.200,--.

1.6. De prognose vermeldt onderaan:

“AHF [Albert Heijn, A-G] merkt uitdrukkelijk op dat het advies uitsluitend is gebaseerd op bovenstaande gegevens en aannames en dat hoewel het advies met grote zorgvuldigheid is opgesteld AHF de juistheid en volledigheid van de gegevens niet garandeert en daarvoor ook geen aansprakelijkheid aanvaardt. Indien een of meer van de gegevens of aannames onvolledig blijken of bij nader inzien niet juist, de marktsituatie verandert en/of er wijzigingen optreden kan dit mogelijk tot gevolg hebben dat het bedoelde advies en de conclusie anders luiden. AHF is niet aansprakelijk voor enige schade ten gevolg van het gebruik van dit advies, behoudens voor zover er sprake is [van] opzet of bewuste roekeloosheid van AHF Franchising B.V. Tevens wijst AHF de ondernemer erop dat het advies in eerste instantie opgesteld is voor intern gebruik en slechts dient ter informatie en dat de ondernemer te[n] allen tijde gehouden is zelf onderzoek te verrichten naar de juistheid en volledigheid van de gegevens en aannames en de verstrekte informatie de ondernemer niet ontslaat van zijn verplichting om zelfstandig advies in te winnen bij een onafhankelijke adviseur.”

1.7. Op 21 juli 2012 heeft Albert Heijn een e-mail aan [eiseres] gezonden met daarin een overzicht van de gemaakte afspraken (hierna: de afsprakenbrief). In deze e-mail wordt [eiseres] verzocht om de e-mail en de franchiseovereenkomst voor akkoord te tekenen en te retourneren, zodat de ombouw naar Albert Heijn in gang kan worden gezet. [eiseres] heeft de afsprakenbrief voor akkoord getekend.

1.8. De afspraken zijn naderhand uitgewerkt bij brief van 15 augustus 2012 (hierna: de aanbiedingsbrief). Bij de aanbiedingsbrief waren onder meer als bijlagen gevoegd de franchiseovereenkomst, een vestigingsplaatsadvies gedateerd 4 juni 2012 (hierna ook: de Ondernemersnotitie) en een lange termijn-prognose met toelichting, gedateerd 6 augustus 2012.³

1.9. De aanbiedingsbrief vermeldt onder meer:

“Als bijlage hebben wij het vestigingsplaatsadvies (...) en de Lange Termijn Prognose (hierna: ‘LTP’) met toelichting bijgevoegd (...) die respectievelijk door de afdelingen Location Strategy van Ahold Europe en Albert Heijn zijn opgesteld.

(...)

Deze prognoses en raming geven een globaal beeld van de exploitatiemogelijkheden van uw Supermarkt onder de Albert Heijn winkelformule. Alle in de LTP of andere gesprekken genoemde waarden en bedragen zijn indicaties en gebaseerd op gemiddelden, aannames en veronderstellingen.

U kunt geen rechten ontleen aan de inhoud daarvan. Voor zover u dat nog niet heeft gedaan dient u zelfstandig advies in te winnen bij een onafhankelijk adviseur en onderzoek te doen teneinde de juistheid en volledigheid van de in de LTP en het Vestigingsplaatsadvies vermelde gegevens te toetsen en ons in kennis te stellen van eventuele onjuistheden. (...).”

1.10. In de aanbiedingsbrief wordt [eiseres] verzocht om uiterlijk 17 augustus 2012 de brief met bijlagen voor akkoord te ondertekenen en elke pagina daarvan te paraferen, en te retourneren. In de aanbiedingsbrief is vermeld dat [eiseres] na 17 augustus 2012 geen rechten meer kan ontleen aan het door middel van de brief gedane aanbod. Op 17 augustus 2012 heeft [eiseres] de aanbiedingsbrief met bijlagen voor akkoord getekend.

1.11. De bij de aanbiedingsbrief als bijlage gevoegde Ondernemersnotitie geeft een strategisch advies, namelijk: instemmen met franchise van sterke C1000 centrumwinkel in duokern Raamsdonksveer/Geertruidenberg. Als omzetspotentie wordt vermeld: jaar 1: € 280.000,--; jaar 3:

€ 300.000,--. Uit de toelichting blijkt op welke gegevens het advies is gebaseerd. Die gegevens zijn onderverdeeld in de volgende rubrieken: draagvlak, exclusiviteitsgebied, omzetherkomst, concurrentie, project + parkeren. Bij de uitgangspunten en voorwaarden bij het omzetspotentieel (onder 1 op pagina 2) wordt onder “bulletpoint” 6 als uitgangspunt genoemd: de basisomzet: € 300.000 (opgave over 2011). Bij de toelichting op de berekening van het omzetspotentieel (onder 2 op pagina 2) wordt het volgende opgemerkt:

“O.b.v. referenties en de huidige omzet verwacht LS dat een marktaandeel van ca 25% binnen de DIS plus een flinke toevloeiing van buiten de DIS (m.n. Geertruidenberg) realistisch is.”

Onderaan het advies is vermeld:

“Ahold Real Estate & Construction – Location Strategy [ook aangeduid als Location Strategy of LS, A-G] merkt uitdrukkelijk op dat het advies uitsluitend is gebaseerd op bovenstaande gegevens en aannames en dat hoewel het advies met grote zorgvuldigheid is opgesteld LS de juistheid en volledigheid van de gegevens niet garandeert en daarvoor ook geen aansprakelijkheid aanvaardt.”

1.12. De bij de aanbiedingsbrief gevoegde prognose geeft in een tabel (onder meer) de gemiddelde weekomzet, geprognoseerd⁴ voor de eerste acht exploitatiejaren. Evenals de prognose gedateerd 21 juni 2012 wordt de geprognoseerde omzet in het eerste jaar gesteld op € 280.000,--, in het tweede jaar op € 295.800,-- en in het derde jaar op € 315.200,--. De bij de prognose gevoegde toelichting, d.d. 6 augustus 2012, vermeldt ten aanzien van de ingeschatte omzet dat deze in het eerste jaar € 280.000,-- en in het derde jaar

€ 300.000,-- zal bedragen en dat de omzet in de prognose is opgehoogd met de jaarlijkse landelijke verwachte groei van de Albert Heijn-omzet.

1.13. Na verbouwing is de supermarkt van [eiseres] op 12 september 2012 heropend onder de Albert Heijn-formule.

1.14. De weekomzet van [eiseres] onder de C1000-formule bedroeg in 2011 gemiddeld € 299.000,-- en in de eerste weken van 2012 (exclusief Kerst en Pasen) € 295.000,--.

1.15. Na de ombouw van de winkel naar een supermarkt onder de Albert Heijn-formule is de omzet van [eiseres] teruggelopen naar gemiddeld € 240.000,-- per week in het eerste jaar en gemiddeld € 210.000,-- in het tweede jaar. Tot op heden blijkt [eiseres] niet in staat de geprognoseerde omzetten te realiseren.

1.16. [eiseres] heeft in juni 2013 een vestigingsplaatsonderzoek laten uitvoeren door Knowledge in Store.

1.17. In mei 2012 hebben gesprekken plaatsgevonden tussen de vereniging C1000 en Albert Heijn over een overgangsregeling ten behoeve van C1000-ondernemers die over zouden gaan naar Albert Heijn. Er is toen mondeling overeenstemming bereikt. In januari 2013 is opnieuw onderhandeld tussen deze partijen toen bleek dat de omzet van een aantal van de reeds naar de Albert Heijn-formule omgebouwde winkels achterbleef bij de prognoses. In maart 2013 is Albert Heijn met de Vereniging C1000 de overgangsregeling van 11 maart 2013 overeengekomen (hierna: de overgangsregeling).

1.18. Artikel 12 van de overgangsregeling heeft als titel: Brandingsregeling. Deze brandingsregeling biedt, onder bepaalde voorwaarden, aanvullende commerciële en exploitatie-bijdragen voor ondernemers die achterblijven bij de geprognosticeerde omzet, en houdt onder meer het volgende in:

“Aanvullende commerciële bijdrage

(...)

12.2. Indien onder de in 12.1 geschetste omstandigheden [te weten: indien bij een Ondernemer in week 1 tot en met week 26 na de Ombouw de gemiddelde weekomzet gedurende een aaneengesloten periode van vier weken 10% of meer achterblijft bij de in het verstrekte LTP opgenomen gemiddelde weekomzet (toevoeging A-G)] AH en de Ondernemer tot de conclusie komen dat aanvullende commerciële activiteiten gewenst zijn gedurende het eerste exploitatiejaar, zullen AH en de Ondernemer deze in gezamenlijk overleg bepalen en goedkeuren. AH zal 75% van de daadwerkelijke kosten die verbonden zijn aan deze goedgekeurde commerciële activiteiten vergoeden, waarbij een maximum geldt van EUR 75.000. Ten aanzien van deze vergoeding heeft de Ondernemer geen terugbetalingsverplichting aan AH.

Korte termijn exploitatiebijdrage

12.3. Indien bij een Ondernemer in de periode van week 1 tot en met week 16 na de Ombouw:

i) de gemiddelde weekomzet gedurende deze periode 10% of meer achterblijft bij de in het verstrekte LTP opgenomen gemiddelde weekomzet (...);

ii) de gerealiseerde genormaliseerde cashflow lager is dan de aflossingsverplichtingen (als ware er sprake van externe financiering conform de uitgangspunten van het verstrekte LTP, met als uitgangspunt 10% eigen vermogen, bancair rekening courant, leverancierskrediet en aflossing van de AH investering in 6 jaar waarvan 10% aflossing in 1 jaar) die de Ondernemer in deze periode heeft jegens zijn financier; en

iii) de Ondernemer inzicht geeft in zijn financiële resultaten over die periode (verstrekkt door een accountant) waaruit inderdaad blijkt dat sprake is van een situatie, zoals vermeld in 12.3 i, ii en iii;

dan zal AH 50% vergoeden van het verschil tussen (i) de genormaliseerde cashflow op basis van het LTP en (ii) de gerealiseerde genormaliseerde cashflow over de periode van week 1 tot en met week 16 na de Ombouw, waarbij een maximum geldt van EUR 50.000. Ten aanzien van deze vergoeding heeft de Ondernemer geen terugbetalingsverplichting aan AH.

Middellange termijn exploitatiebijdrage

(...)

12.5. Indien AH goedkeuring heeft gegeven aan de Nieuwe Begroting en vervolgens in week 17 tot en met week 68 na de ombouw:

i) de gemiddelde weekomzet over de periode van week 17 tot en met week 68 met 10% of meer achterblijft bij de in het

verstrekke LTP van jaar 1 opgenomen gemiddelde weekomzet (...);

ii) de cashflow op basis van de Nieuwe begroting lager is dan de aflossingsverplichtingen (als ware er sprake van externe financiering conform de uitgangspunten van het verstrekte LTP, met als uitgangspunt 10% eigen vermogen, bancair rekening courant, leverancierskrediet en aflossing van de AH investering in 6 jaar waarvan 10% aflossing in 1 jaar) die de Ondernemer in deze periode heeft jegens zijn financier; en

iii) de financiering door de financier is aangepast aan de Nieuwe Begroting;

zal AH 50% van het verschil tussen (i) de genormaliseerde cashflow op basis van het LTP van jaar 1 (...) en (ii) de cashflow op basis van de Nieuwe Begroting over die periode aan de Ondernemer betalen met een maximum van EUR 100.000. (...).

(...)

Speciale regeling

12.7. Een Ondernemer wiens weekomzet, ondanks de eventuele maatregelen welke zijn genomen op basis van artikel 12.1 tot en met 12.6, gedurende de eerste 1,5 jaar na de Ombouw in zodanige ernstige mate achterblijft dat de Ondernemer structurele financiële problemen behoudt, wordt door AH hulp geboden op basis van maatwerk. AH zal in overleg met de Ondernemer de oorzaak van de problemen proberen te vinden en AH zal voorstellen doen welke zowel redelijk als verantwoord zijn.”

1.19. Albert Heijn heeft een bedrag van in totaal € 181.343,63 aan [eiseres] verstrekt in het kader van door haar verrichte bijstand, waarvan in totaal € 100.000,-- op basis van de overgangsregeling.

2. Procesverloop

Eerste aanleg

2.1. [eiseres] heeft bij dagvaarding van 30 december 2013 Albert Heijn in rechte betrokken. Na wijziging van eis heeft [eiseres] onder I., verkort weergegeven, diverse verklaringen voor recht gevorderd op basis van de grondslagen (a) tekortkoming, (b) onrechtmatige daad, (c) dwaling, (d) misbruik van omstandigheden, (e) tekortkoming in de nakoming van de franchiseovereenkomst en (f) redelijkheid en billijkheid. Bij de grondslagen dwaling en misbruik van omstandigheden heeft [eiseres] gevorderd in plaats van vernietiging van de overeenkomst het door haar geleden nadeel op te heffen door Albert Heijn te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden nader op te maken bij staat. Bij de grondslagen tekortkoming, onrechtmatige daad en redelijkheid en billijkheid heeft [eiseres] gevorderd te verklaren voor recht dat Albert Heijn op deze gronden gehouden is tot vergoeding van de schade van [eiseres] nader op te maken bij staat. Aan haar vorderingen heeft [eiseres] onder meer ten grondslag gelegd dat Albert Heijn aan haar een onjuiste prognose heeft verstrekt althans dat de initiële prognose niet aan haar is verstrekt. Onder II. heeft [eiseres], samengevat, gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat Albert Heijn toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht doordat zij [eiseres] onvoldoende financiële compensatie heeft geboden en op deze grondslag heeft zij ook vergoeding van haar schade nader op te maken bij staat gevorderd. Onder III., IV. en V. heeft [eiseres] gevorderd om Albert Heijn te veroordelen tot betaling van respectievelijk een voorschot op de schadevergoeding, de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten.

2.2. In reconventie heeft Albert Heijn, kort samengevat, gevorderd [eiseres] te veroordelen tot betaling van € 127.026,43, althans het bedrag dat openstaat op de datum van het vonnis, vermeerderd met BTW, rente en proces- en nakosten.

2.3. Albert Heijn heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd dat [eiseres] haar verplichtingen uit hoofde van de franchiseovereenkomst niet nakomt, omdat zij diverse weekfacturen onbetaald heeft gelaten.

2.4. [eiseres] heeft verweer gevoerd. Zij heeft aangevoerd dat sprake is van schuldeisersverzuim aan de zijde van Albert Heijn, dat [eiseres] haar betalingsverplichtingen heeft opgeschort en dat zij de vordering wenst te verrekenen met de schade die zij lijdt in verband met de vorderingen in conventie.

2.5. Op 7 juli 2014 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden. Op 3 december 2014 heeft de rechtbank vonnis gewezen.⁵ Dit vonnis houdt het navolgende in.

Oordeel in conventie

Ondeugdelijke prognose?

2.6. Het geschil tussen partijen heeft zich toegespitst op de vraag of Albert Heijn op enigerlei grond aansprakelijk is voor de gevolgen van het feit dat [eiseres] de door Albert Heijn geprognoseerde omzet niet heeft gerealiseerd (rov. 4.1.). Centraal staat de vraag of deze prognose, waarin de weekomzet (exclusief de jaarlijkse verwachte groei van de omzet van AH-winkels) voor het eerste jaar was gesteld op € 280.000,-- en voor het derde jaar op € 300.000,--, ondeugdelijk, althans onzorgvuldig, tot stand gekomen is.

2.7. [eiseres] heeft zich op het standpunt gesteld dat de omzetprognose die Albert Heijn voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst aan haar heeft verstrekt ondeugdelijk was (rov. 4.2.). Albert Heijn was, aldus [eiseres], in eerste instantie, in oktober 2011, na door haar verricht onderzoek tot de conclusie gekomen dat [eiseres] onder de Albert Heijn-formule in het derde jaar tussen de € 200.000,-- en € 250.000,-- aan weekomzet zou behalen. Toen het onderhandelingsproces met [eiseres] begon, is deze initiële prognose – die Albert Heijn in die fase niet met [eiseres] heeft gedeeld – aangepast tot een veel rooskleuriger prognose van een gemiddelde weekomzet van € 280.000,-- in het eerste jaar en € 300.000,-- in het derde jaar. Deze laatste prognose is volledig gebaseerd op de omzet die [eiseres] als C1000 behaalde en Albert Heijn heeft andere variabelen, die zij bij het opstellen van de initiële prognose nog relevant achtte, niet meegenomen. Daardoor is in de aan [eiseres] verstrekte prognose, aldus [eiseres], met name geen rekening gehouden met de effecten van de formulewisseling van een prijsgerichte (C1000-) supermarkt naar een servicegerichte (Albert Heijn-) supermarkt.

2.8. Albert Heijn heeft betwist dat de aan [eiseres] verstrekte omzetprognose ondeugdelijk was (rov. 4.3.). Zij wijst erop dat het feit dat de geprognoseerde omzetten niet worden gehaald, op zich nog niet betekent dat de prognose ondeugdelijk was. Daarnaast voert zij aan dat de aan [eiseres] verstrekte prognose is gebaseerd op deugdelijk en uitvoerig (vestigingsplaats)onderzoek, verricht door de afdeling Location Strategy, die binnen Ahold wordt gezien als een ter zake kundige en objectieve autoriteit op het gebied van locatieadviezen en omzetinschattingen.

2.9. Ter onderbouwing van haar stelling dat de prognose wel zorgvuldig tot stand is gekomen, heeft Albert Heijn bij conclusie van antwoord nader uiteengezet dat bij het opstellen van de omzetprognose zes fasen zijn doorlopen. De rechtbank geeft deze beschrijving in rov. 4.4. weer:

“Fase 1: In september 2011 heeft de afdeling Location Strategy een eerste inschatting van de omzet van de C1000 supermarkt van [eiseres] gemaakt aan de hand van het Geografisch Informatie Systeem (GIS) van de afdeling Location Strategy. In dit systeem wordt de door Location Strategy adviseurs ingeschatte omzet van winkels (concurrenten) opgeslagen. De omzet komt tot stand door regelmatige bezoeken aan de winkel en de omgeving en de schattingen worden op regelmatige basis herijkt. Voor de winkel van [eiseres] als C1000 was de *inschatting* in deze fase een omzet van € 275.000,- per week.

Fase 2: In oktober 2011 is de omzet uit GIS van de winkel van [eiseres] aangescherpt. De GIS-omzet is namelijk een inschatting van wat de concurrent (in dit geval de C1000 winkel van [eiseres]) draait op die specifieke plek. Dit kan anders zijn dan de inschatting van de omzet die een Albert Heijn winkel kan halen op die locatie. De afdeling Location Strategy is in deze fase tot een omzetindicatie gekomen van wat de winkel van [eiseres] in het *derde jaar* na overname

zou draaien *onder de Albert Heijn formule*. De winkel van [eiseres] is toen geplaatst in de omzetrage € 200.000,- tot € 250.000,- per week. Deze indeling heeft plaatsgevonden op basis van de volgende gegevens: waar ligt de winkel, wat zijn de voornaamste concurrenten, hoe past de winkel in het Albert Heijn netwerk, hoeveel mensen wonen er in de kern, welke inkomensindex heeft de kern, hoe ziet de buurtstructuur eruit, zijn er plannen die spelen voor de omgeving (versterking/verandering van het speelveld), welke omzet en welk marktaandeel wordt gehaald door vergelijkbare Albert Heijn winkels (de zgn. referentiewinkels).

Fase 3: Een week later, in oktober 2011, heeft de afdeling Location Strategy de omzetrage uit fase 2 nader uitgewerkt. Daarbij is een omzetindicatie bepaald voor het derde jaar na overname en ombouw naar Albert Heijn, rekening houdend met het mogelijke kannibalisatie-effect op de omliggende Albert Heijn winkels. Hierbij is tevens rekening gehouden met de in GIS beschikbare gegevens, referentiesituaties en de kennis van de afdeling Location Strategy opgedaan bij de overname van de C1000 winkels die Albert Heijn in 2008 heeft overgenomen. In 2008 heeft Albert Heijn 56 C1000 winkels overgenomen en daarvan heeft men geleerd dat in beginsel de omzet van een winkel die wordt omgebouwd van C1000 naar Albert Heijn het eerste jaar na overname lager is dan voor de overname omdat het publiek moet wennen aan de nieuwe formule. Deze ervaring heeft de afdeling Location Strategy vertaald naar deze nieuwe overname van de winkel van [eiseres] en daarom wordt de omzet in het eerste jaar lager gesteld dan het derde jaar. De omzet wordt voor de winkel van [eiseres] *onder de Albert Heijn formule* in deze fase in het *derde jaar* na overname gesteld op € 250.000,- per week.

Fase 4: In maart 2012 werd het onderhandelingstraject met Jumbo hervat. Voor de winkel te Raam[s]donksveer wijzigt er niets.

Fase 5: In april 2012 start het due diligence onderzoek van Albert Heijn. De C1000 winkel van [eiseres] blijkt in 2011 gemiddeld een weekomzet van € 299.000,- te hebben gedraaid en in de eerste weken van 2012 (exclusief Kerst en Pasen)

€ 295.000,-. Dit is beter dan de afdeling Location Strategy had verwacht. Dit wordt meegenomen bij de nieuwe omzetinschatting, waarbij wel rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat de formule verandert. In deze fase wordt de omzet van de winkel van [eiseres] *onder de Albert Heijn formule* in het *eerste jaar* gezet op € 280.000,- en het *derde jaar* op € 300.000,- per week.

Fase 6: Een week later, in april 2012, blijkt dat er voor de winkel van [eiseres] geen aanvullende relevante informatie uit het due diligence onderzoek naar voren komt, zodat in de omzetprognose van fase 5 geen verandering komt.”

2.10. Volgens de rechtbank is tussen partijen niet in geschil dat de door [eiseres] gerealiseerde omzet sinds de overgang naar Albert Heijn (ruim) achter is gebleven bij de prognose. Dat betekent echter niet zonder meer dat de prognose ondeugdelijk was. Het niet halen van de geprognosticeerde omzet kan immers ook te wijten zijn aan andere omstandigheden waarmee bij het opstellen van de omzetprognose geen rekening kon en hoefde te worden gehouden. Bekeken dient te worden of de prognose op een zorgvuldige, deugdelijke wijze tot stand is gekomen. Bij de beoordeling heeft de rechtbank op het volgende acht geslagen (rov. 4.6. en 4.7.):

“4.6. Uit de door Albert Heijn gegeven uitleg omtrent de wijze waarop de omzetprognose tot stand is gekomen (de zes fasen) blijkt het volgende. In oktober 2011, toen bij Albert Heijn de daadwerkelijk door [eiseres] gerealiseerde omzet nog niet bekend was en ervan uit werd gegaan dat de weekomzet van [eiseres] als C1000 € 275.000,- bedroeg, heeft de afdeling Location Strategy een prognose opgesteld (hierna: de initiële prognose). Uit de beschrijving van de fasen 2 en 3 blijkt dat de afdeling Location Strategy hierbij uitgebreid heeft onderzocht wat de effecten voor de omzet van de winkel van [eiseres] zouden zijn van een formulewisseling van C1000 naar Albert Heijn, rekening houdend met alle relevante lokale omstandigheden en met inachtneming van de algemene ervaringen met de overgang van C1000 winkels naar Albert Heijn in 2008. Het resultaat van dit onderzoek was dat de geprognosticeerde weekomzet voor [eiseres] in het derde jaar na de overgang naar Albert Heijn op € 250.000,- werd gesteld (€ 25.000,- lager dan de geschatte C1000 omzet van € 275.000,- per week). In april 2012, nadat bekend werd dat de werkelijke weekomzet van [eiseres] bijna € 300.000,- bedroeg, is de initiële prognose bijgesteld. De uitkomst daarvan was dat de geprognosticeerde weekomzet van [eiseres] in het derde jaar na de formulewisseling op € 300.000,- werd gesteld (gelijk aan de C1000 omzet van [eiseres]).

4.7. Albert Heijn heeft voor het verschil tussen de intern gehouden initiële prognose en de later aan [eiseres] verstrekte prognose, hoewel de rechtbank daar ter zitting uitgebreid naar heeft gevraagd, geen afdoende verklaring gegeven. Nu Albert Heijn zelf heeft uiteengezet dat zij bij de totstandkoming van de initiële prognose op zorgvuldige wijze rekening heeft gehouden met alle voor de specifieke positie van [eiseres] geldende omstandigheden die voor de beoordeling van de omzeteffecten van een formulewisseling van belang zijn, betekent het voorgaande dat ervan uit moet worden gegaan dat bij het opstellen van de aan [eiseres] verstrekte latere, gunstiger prognose niet op diezelfde zorgvuldige wijze met deze relevante omstandigheden rekening is gehouden. Het enkele feit dat de werkelijke C1000 omzet van [eiseres] hoger bleek te zijn dan Albert Heijn in eerste instantie inschatte (te weten € 300.000,- in plaats van € 275.000,0) kan het verschil tussen de initiële en de latere prognose niet verklaren. Immers, zonder nadere toelichting – die niet is gegeven – valt niet in te zien waarom bij de initiële prognose, rekening houdende met alle relevante omstandigheden, de geprognosticeerde weekomzet van [eiseres] onder de Albert Heijn formule in het derde jaar € 25.000,- lager zou uitvallen dan de (geschatte) C1000 omzet, terwijl bij de aan [eiseres] verstrekte latere prognose de geprognosticeerde weekomzet in het derde jaar gelijk wordt gesteld aan de omzet die [eiseres] als C1000 werkelijk draaide. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Albert Heijn de stelling van [eiseres] dat de aan hem verstrekte omzetprognose onzorgvuldig tot stand is gekomen en ondeugdelijk is onvoldoende heeft betwist.”

2.11. Het voorgaande leidt ertoe dat de rechtbank uitgaat van de juistheid van de stelling dat de aan [eiseres] verstrekte prognose voor wat betreft de geprognosticeerde weekomzetten niet op basis van een zorgvuldig uitgevoerd vestigingsplaatsonderzoek is opgesteld en dat de prognose derhalve ondeugdelijk is (rov. 4.8.).

2.12. Hierna bespreekt de rechtbank in rov. 4.9. tot en met rov. 4.22. de verschillende door [eiseres] aangevoerde grondslagen voor (een vorm van) aansprakelijkheid. Deze bespreking geef ik hierna verkort weer.

Toerekenbare tekortkoming in de nakoming van (precontractuele) verplichtingen

2.13. [eiseres] legt aan haar vorderingen onder I., primair, ten grondslag dat Albert Heijn voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de informatieverplichtingen die op haar als franchisegever rusten (rov. 4.9.).

2.14. In dit verband overweegt de rechtbank:

“4.10. (...) dat partijen zich gedurende de precontractuele fase moeten gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid, zodat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen. In het arrest van 25 januari 2002, LJN: AD 7329 (Paalman/Lampenier)⁶ heeft de Hoge Raad de vaste lijn in de jurisprudentie bevestigd dat hieruit, behoudens bijzondere afspraken, niet een algemene regel voortvloeit dat op de franchisegever de *verbintenis* rust om een franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst. Van bijzondere afspraken over het verstrekken van inlichtingen zoals omzetprognoses gedurende de precontractuele fase is in dit geval niet gebleken. Nu derhalve geen sprake is van een verbintenis tot het verschaffen van inlichtingen, kan er ook geen sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van die verbintenis en evenmin van een daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding.”

Onrechtmatige daad

2.15. Subsidiair heeft [eiseres] aan haar vorderingen onder I. ten grondslag gelegd dat Albert Heijn onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar en tot schadevergoeding gehouden is. Daartoe voert zij aan dat Albert Heijn haar een onjuiste exploitatieprognose heeft verstrekt (rov. 4.11.). De rechtbank overweegt als volgt:

“4.12. Van een onrechtmatig handelen is sprake wanneer de franchisegever (hier: Albert Heijn) door of bij het aangaan van de franchiseovereenkomst heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijke verkeer betamelijk is. Daarvoor is meer nodig dan het enkele feit dat de omzetprognose niet op deugdelijke wijze tot stand is

gekomen. In het eerder genoemde arrest Paalman/Lampenier heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld beslist dat een franchisegever die een rapport over de te verwachten omzet aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelt, indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op die fouten opmerkzaam maakt. In casu is niet gesteld of gebleken dat Albert Heijn wist dat de omzetprognoses niet correct waren, of dat Albert Heijn bewust onjuiste omzetprognoses heeft verstrekt. Evenmin heeft [eiseres] andere feiten of omstandigheden gesteld waaruit onrechtmatig handelen door Albert Heijn kan volgen. Er is naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake van een onrechtmatige daad jegens [eiseres], zodat evenmin sprake kan zijn van een verplichting tot vergoeding van schade op die grond.”

Dwaling

2.16. [eiseres] heeft aan de meer subsidiaire vorderingen onder I. ten grondslag gelegd dat zij heeft gedwaald bij het aangaan van de franchiseovereenkomst met Albert Heijn. Bij een juiste voorstelling van zaken zou [eiseres] de franchiseovereenkomst niet, althans niet op dezelfde voorwaarden, hebben gesloten. Die onjuiste voorstelling van zaken is, aldus [eiseres], veroorzaakt door inlichtingen, althans het nalaten van het geven van inlichtingen door Albert Heijn, terwijl Albert Heijn wist dat die inlichtingen voor [eiseres] essentieel waren voor het aangaan van de overeenkomst en de voorwaarden daarvan (rov. 4.13.).

2.17. Albert Heijn heeft ten aanzien van de door haar verstrekte prognose aangevoerd dat [eiseres] een eigen onderzoeksplicht had. Zij had, aldus Albert Heijn, de verstrekte gegevens zelf moeten (laten) controleren, zeker nu die voor haar besluitvorming zo belangrijk waren. Albert Heijn heeft in dit verband gewezen op de hiervoor in randnummer 1.9 weergegeven passage in de aanbiedingsbrief, op de opmerking onderaan de aan [eiseres] verstrekte prognose d.d. 21 juni 2012 en 6 augustus 2012 (hiervoor randnummer 1.6) en de hiervoor (randnummer 1.11) weergegeven opmerking in het vestigingsplaatsonderzoek. Daarmee bedoelt Albert Heijn te betogen dat als [eiseres] al heeft gedwaald, deze dwaling voor haar rekening hoort te blijven (rov. 4.14.).

2.18. Nadat de rechtbank een weergave van de inhoud van art. 6:228 lid 1 en 2 BW heeft gegeven in rov. 4.15., overweegt zij vervolgens:

“4.16. In het eerder genoemde arrest Paalman/Lampenier heeft de Hoge Raad overwogen dat een franchiseovereenkomst in beginsel vernietigbaar is op grond van dwaling, indien de franchisenemer op het verkeerde been is gezet door fouten in een omzet- en/of winstprognose die de franchisegever heeft verstrekt. In rechtsoverweging 4.8 heeft de rechtbank vastgesteld, dat de door Albert Heijn aan [eiseres] verstrekte omzetprognose onzorgvuldig tot stand is gekomen en ondeugdelijk is. [eiseres], die is afgegaan op deze prognose, is bij het aangaan van de franchiseovereenkomst dus uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken, die te wijten is aan mededelingen van Albert Heijn. Nu de omzetprognose de kern vormt voor een aantal belangrijke bepalingen in de franchiseovereenkomst, zoals met betrekking tot de overnamesom, de goodwill en de uitkoopregeling, alsmede van groot belang is voor het aantrekken van externe financiering voor de onderneming, is zeer aannemelijk dat de franchiseovereenkomst niet, althans niet op dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten indien vooraf bekend was geweest dat de door Albert Heijn aan [eiseres] verstrekte omzetprognose ondeugdelijk was. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de franchiseovereenkomst in beginsel vernietigbaar is op grond van dwaling.”

2.19. Het verweer dat de dwaling van [eiseres] voor haar rekening moet blijven, is door de rechtbank verworpen. Daartoe heeft de rechtbank kort gezegd overwogen dat Albert Heijn zich ervan bewust moet zijn geweest dat [eiseres] zich in belangrijke mate op de door Albert Heijn verstrekte prognose zou baseren (rov. 4.18.).

2.20. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat [eiseres] zich terecht op dwaling heeft beroepen (rov. 4.18.). In plaats van vernietiging vordert [eiseres] met een beroep op art. 6:230 BW dat de rechtbank de gevolgen van de franchiseovereenkomst wijzigt ter opheffing van het door [eiseres] geleden nadeel. Dit nadeel dient volgens [eiseres] te worden gesteld op de ten gevolge van de onjuiste prognose geleden en nog te lijden schade, bestaande uit exploitatieschade en goodwill schade. Aangezien de vaststelling van de schade zeer complex en omvangrijk is, verzoekt [eiseres] de zaak ter bepaling van de schade te verwijzen naar de schadestaat (rov. 4.19.). De rechtbank overweegt

als volgt:

“4.20. Uit artikel 6:230 lid 2 BW vloeit voort dat de rechtbank desgevraagd de gevolgen van een overeenkomst zodanig kan wijzigen dat het nadeel dat de dwalende heeft geleden wordt opgeheven. Uitgangspunt daarbij is dat de dwalende wordt gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd als hij niet zou hebben gedwaald.

4.21. Toepassing van deze rechtsregel betekent dat [eiseres] dient te worden gebracht in de situatie waarin zij zou hebben verkeerd als haar wel een juiste omzetprognose zou zijn verstrekt. [eiseres] vordert dat de nadeelscompensatie geheel wordt vertaald in een geldelijke compensatie, die materieel strekt tot vergoeding van de schade die [eiseres] ten gevolge [van] de dwaling (gegeven dat de franchiseovereenkomst in stand blijft en niet wordt vernietigd) heeft geleden en nog zal lijden. De rechtbank is van oordeel dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de nadeelscompensatie tot een geldelijke vergoeding zal leiden en acht verwijzing naar de schadestaat ter berekening van de schade, en daarmee van het nadeel dat [eiseres] lijdt ten gevolge van de dwaling, in dit geval aangewezen.”

Contractuele zorgplicht (vordering onder II.)

2.21. De rechtbank heeft ten aanzien van de vordering onder II. (hiervoor randnummer 2.1) overwogen dat [eiseres] niet inzichtelijk heeft gemaakt hoe deze zich verhoudt tot de vordering onder I. Meer specifiek heeft [eiseres] niet duidelijk gemaakt waar de vordering onder II. op ziet, als het nadeel dat van [eiseres] door de ondeugdelijke prognose heeft geleden, reeds wordt gecompenseerd. De rechtbank heeft deze vordering als onvoldoende onderbouwd afgewezen (rov. 4.22.).

Vorderingen onder III., IV. en V. en slotsom in conventie

2.22. Het door [eiseres] gevorderde voorschot van € 387.000,-- wordt door de rechtbank afgewezen (rov. 4.23.). De rechtbank heeft geoordeeld dat [eiseres] onvoldoende heeft gesteld met betrekking tot de omvang van de schade (en daarmee het op te heffen nadeel) om betaling van een voorschot van € 387.000,-- te rechtvaardigen. De omvang van de schade (en daarmee het nadeel) staat onvoldoende vast en het voorschot kan daarom evenmin in goede justitie worden bepaald (rov. 4.25.).

2.23. De rechtbank heeft in conventie voor recht verklaard dat [eiseres] heeft gedwaald bij het aangaan van de franchiseovereenkomst met Albert Heijn (rov. 5.1.) en heeft Albert Heijn, ter opheffing van het door [eiseres] als gevolg van de dwaling geleden en nog te lijden nadeel, veroordeeld tot vergoeding van de door [eiseres] geleden en nog te lijden schade, te vermeerderen met de wettelijke rente, en heeft bepaald dat deze schade nader zal worden opgemaakt bij staat en zal worden vereffend volgens de wet (rov. 5.2.). Albert Heijn is uitvoerbaar bij voorraad veroordeeld tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten met wettelijke rente en de proceskosten te vermeerderen met wettelijke rente (rov. 5.3.-5.5.). De overige vorderingen heeft de rechtbank afgewezen (rov. 5.6.).

Oordeel in reconventie

2.24. Albert Heijn heeft in reconventie betaling door [eiseres] gevorderd van weekfacturen ter zake door Albert Heijn aan [eiseres] geleverde, maar niet betaalde goederen. Deze facturen bedragen in totaal € 127.026,43 (exclusief BTW) (rov. 4.31.).

2.25. [eiseres] heeft niet betwist dat zij de facturen verschuldigd is, maar heeft een beroep gedaan op schuldeisersverzuim aan de zijde van Albert Heijn, op een opschortingsrecht en op verrekening van het bedrag van de facturen met de vordering in conventie op Albert Heijn (rov. 4.32.). De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat [eiseres] het recht op opschorting toekomt, in beginsel totdat kan worden beoordeeld of het beroep op verrekening met

de vordering in conventie kan slagen.

2.26. In reconventie wordt Albert Heijn daarom niet ontvankelijk verklaard in haar vordering (rov. 5.7.), en wordt zij veroordeeld in de proceskosten (rov. 5.8.). De laatste beslissing wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard (rov. 5.9.)

Hoger beroep

2.27. In hoger beroep is Albert Heijn opgekomen tegen het vonnis van de rechtbank van 3 december 2014. Albert Heijn heeft hierbij 12 grieven (1 tot en met 12) geformuleerd.

2.28. [eiseres] heeft bij memorie van antwoord tevens houdende eiswijziging, tevens houdende incidenteel appel haar eis gewijzigd en ook 12 grieven (A tot en met L) geformuleerd tegen het vonnis. Na eiswijziging strekken de vorderingen van [eiseres], samengevat, onder meer tot diverse verklaringen voor recht met betrekking tot onder meer:

I. bedrog (primair) en misbruik van omstandigheden (subsidiar) door Albert Heijn bij het aangaan van de franchiseovereenkomst. In plaats van vernietiging wordt opheffing van het geleden nadeel gevorderd;

II. toerekenbaar tekortschieten in de nakoming (primair) dan wel onrechtmatig handelen (subsidiar) door schending door Albert Heijn van de op haar rustende zorgplicht zoals uiteengezet in onder meer de Erecode, door het werven van [eiseres] als franchisenemer op ondeugdelijke wijze waaronder het verstrekken van een ondeugdelijke prognose en informatie voorafgaand aan sluiting van de overeenkomst. Er wordt op die grond schadevergoeding op te maken bij staat gevorderd;

III. dwaling van [eiseres] bij het aangaan van de franchiseovereenkomst. In plaats van vernietiging wordt opheffing van het geleden nadeel gevorderd;

IV. toerekenbaar tekortschieten door Albert Heijn in de op haar rustende zorgplicht als franchisegever om hulp en bijstand te bieden. [eiseres] vordert in dat kader schadevergoeding op te maken bij staat.

Onder V., VI. en VII. heeft [eiseres] gevorderd om Albert Heijn te veroordelen tot betaling van respectievelijk een voorschot, de buitengerechtigde kosten en de proces- en nakosten.

2.29. Albert Heijn heeft een memorie van antwoord in het incidenteel appel genomen. Partijen hebben de zaak vervolgens ter zitting van het hof van 22 april 2016 doen bepleiten aan de hand van pleitnotities.

2.30. Bij brief van 10 mei 2016 heeft het hof als volgt bericht:

“Partijen hebben geen recht op afgifte van een proces-verbaal van een pleitzitting. Een proces-verbaal wordt alleen opgemaakt als een partij daarbij een bijzonder belang heeft. In dit geval is dat bijzondere belang onvoldoende duidelijk gemaakt.”

2.31. Op 14 maart 2017 heeft het hof arrest gewezen. Ik bespreek dat arrest hierna.

Beoordeling incidentele grieven B, G, H, I, J en L

2.32. In zijn arrest van 14 maart 2017 heeft het hof, nadat het heeft aangegeven recht te zullen doen op de gewijzigde eis van [eiseres] (rov. 3.2.), eerst de incidentele grieven B (informatieplicht Albert Heijn), G (dwaling), H (geen exoneration), I (schade), J (nadeel) en L (opschorting en verrekening) van [eiseres] gezamenlijk beoordeeld. Het hof heeft het in dit verband als volgt overwogen:⁷

“3.3. Het hof ziet aanleiding eerst de incidentele grieven B, G, H, I, J en L gezamenlijk te beoordelen. Krachtens vaste

rechtspraak wordt aan grieven als eis gesteld dat daarin de gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd, behoorlijk in het geding naar voren worden gebracht, zodat zij voor de appelrechter en de wederpartij, die immers moet weten waartegen zij zich heeft te verweren, voldoende kenbaar zijn (vgl. HR 5 december 2003, NJ 2004, 76, HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 620 en HR 3 februari 2006, NJ 2006, 120). Voormelde grieven voldoen niet aan deze eis, nu [eiseres] geen concrete bezwaren tegen het bestreden vonnis heeft geformuleerd, als gevolg waarvan niet duidelijk is tegen welk onderdeel van het vonnis gegriefd wordt en op welk(e) punt(en) het vonnis onjuist zou zijn, zodat het hof deze incidentele grieven verder buiten beschouwing zal laten.”

Beoordeling incidentele grief E (tekortkoming in precontractuele informatieverplichting)

2.33. Het hof heeft vervolgens grief E in incidenteel appel behandeld. In grief E stelt [eiseres] dat de rechtbank in rov. 4.10. van het bestreden vonnis ten onrechte heeft overwogen dat op Albert Heijn geen verbintenis rust tot het verschaffen van inlichtingen zoals omzetprognoses gedurende de precontractuele fase. Het hof overweegt als volgt:

“3.4. (...) [eiseres] betwist niet dat uit de jurisprudentie (HR 25 januari 2002, ECLI:NL:

HR:2002:**AD7329**), behoudens bijzondere omstandigheden, niet een algemene regel voortvloeit dat op de franchisegever de verbintenis rust om een franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst. [eiseres] stelt echter dat de Erecode en een daarin opgenomen derdenbeding, dat [eiseres] stilzwijgend heeft aanvaard, de verplichting op Albert Heijn legt gedurende de precontractuele fase omzetprognoses aan [eiseres] te verstrekken. De grief faalt. De Erecode bevat geen in rechte afdwingbare verplichtingen, zodat een daarin opgenomen derdenbeding, wat daar verder van zij, ook geen door [eiseres] in rechte afdwingbare informatieverplichting op Albert Heijn kan leggen. Bovendien heeft [eiseres] er niet gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat de Erecode van toepassing was, nu partijen in de franchiseovereenkomst en in de correspondentie op geen enkele wijze hebben gerefereerd aan de Erecode en als onvoldoende betwist vast staat dat partijen ook niet hebben gesproken over de toepasselijkheid van de Erecode.

Uit het voorgaande volgt dat op Albert Heijn niet de verplichting rustte om in de precontractuele fase omzetprognoses aan [eiseres] te verschaffen, derhalve ook niet de initiële omzetprognose die door LS in fase 4 van het door haar uitgevoerde onderzoek is vastgesteld.”

Beoordeling grieven 4 en 5 in principaal appel (ondeugdelijke prognose)

2.34. Het hof komt vervolgens toe aan de bespreking van de grieven 4 en 5 in principaal appel. Grief 4 betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat Albert Heijn geen afdoende verklaring heeft gegeven voor het verschil tussen de door LS gemaakte initiële prognose en de later aan [eiseres] verstrekte prognose en dat Albert Heijn bij de initiële prognose wél met alle relevante omstandigheden rekening heeft gehouden, maar dat zij bij het opstellen van de aan [eiseres] verstrekte latere prognose niet op dezelfde zorgvuldige wijze met de relevante omstandigheden rekening heeft gehouden. Met grief 5 betoogt Albert Heijn dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij de stelling van [eiseres], dat de aan haar verstrekte omzetprognose onzorgvuldig tot stand is gekomen en ondeugdelijk is, onvoldoende heeft betwist en dat de aan [eiseres] verstrekte prognose voor wat betreft de geprognosticeerde weekomzetten niet op basis van een zorgvuldig vestigingsplaatsonderzoek is opgesteld en dat de prognose derhalve ondeugdelijk is.

2.35. In dit verband overweegt het hof in rov. 3.7. dat de vraag die beantwoord moet worden is of Albert Heijn bij het opstellen van de geprognosticeerde weekomzetten die Albert Heijn aan [eiseres] heeft verstrekt op zorgvuldige wijze met alle relevante omstandigheden rekening heeft gehouden. In de kern komt die vraag er volgens het hof op neer of Albert Heijn, op de wijze zoals zij heeft gedaan, bij het opstellen van de prognose rekening heeft mogen houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] onder de C1000-formule:

“3.7. (...) In de initiële prognose, die de weekomzet inschatte op € 250.000,-, is geen rekening gehouden met de toenmalige werkelijke omzet. Op basis van de werkelijke weekomzet van [eiseres] van

€ 300.000,- heeft LS in fase 5 van haar onderzoek een hogere prognose vastgesteld dan de initiële prognose. Verder is in het eerste jaar rekening gehouden met een omzetzijging van 7% in plaats van de 2% waarmee Albert Heijn in 2008 bij een wisseling van de C1000-formule naar de Albert Heijn formule in het eerste jaar te maken kreeg. Op basis van deze gegevens is een geprognoseerde weekomzet berekend van € 280.000,- in het eerste jaar, € 295.800,- voor het tweede jaar en

€ 315.200,- voor het derde jaar. In de Ondernemersnotitie is de omzetzijging in het derde jaar geschat op € 300.000,- per week. Voor de geprognoseerde omzet voor de jaren 4 t/m 8 is Albert Heijn uitgegaan van een jaarlijkse omzetzijging van 3%.”

2.36. Het hof heeft vervolgens overwogen:

“3.8. Dienaangaande geldt het volgende. Albert Heijn stelt, hetgeen [eiseres] onvoldoende gemotiveerd betwist, dat de werkelijke weekomzet een goede voorspeller is voor de toekomst. Dit was de ervaring van LS bij de eerdere overname van C1000-winkels in 2008. Voorts had [eiseres] een goede match met het marktgebied. Op de eerste bladzijde van de Ondernemersnotitie wordt achter het kopje ‘Advies’ (onder meer) vermeld: ‘De verwachting is dat de huidige C1000 onder AH-vlag, dankzij een goede match met het marktgebied, uiteindelijk het huidige omzetzijgniveau moet kunnen evenaren. In eerste instantie moet echter rekening gehouden worden met een lichte zijging van de omzet, doordat meer prijsgeoriënteerd publiek op zoek gaat naar alternatieven en vanwege assortimentsverschillen tussen de C1000 en AH formule.’

De goede match met het marktgebied blijkt uit de gemiddelde inkomensindex van 101 voor [eiseres]. Van belang is verder dat alle variabelen van de winkel, zoals ligging, parkeren, vloeroppervlakte en directie/personeel hetzelfde zouden blijven; alleen de formule veranderde. Ten slotte is onvoldoende gesteld of gebleken dat Albert Heijn medio 2012 wist dan wel behoorde te weten, dat de met de C1000-formul[e] door [eiseres] behaalde weekomzetten met de AH-formule, ook na enkele jaren, bij lange na niet haalbaar waren. Het enkele feit dat Albert Heijn in fase 1 de weekomzet van [eiseres] als C1000-winkel – globaal – heeft ingeschat op € 275.000,- en de weekomzet in fase 4 als Albert Heijn-winkel in het derde jaar na de ombouw op € 250.000,- is in dat verband onvoldoende.

3.9. De aan [eiseres] verstrekte prognose is ter controle nog getoetst aan de standaard rekenmethodiek van LS waarin ook de specifieke voor de locatie relevante omstandigheden een belangrijke rol speelden. Zo wordt in de formule gebruik gemaakt van het lokale marktaandeel binnen de directe lokale invloedssfeer (DIS) van de supermarkt en het marktaandeel buiten de directe lokale invloedssfeer. Deze methodiek wordt toegelicht op bladzijde 2 van de Ondernemersnotitie. Onder 1. Uitgangspunten en voorwaarden wordt vermeld ‘Basisomzet € 300.000 (opgave over 2011)’, zodat voor [eiseres] duidelijk was dat de werkelijke omzet in de berekening van het omzetzijgpotentieel is meegenomen. Albert Heijn heeft gemotiveerd weerlegd dat, zoals [eiseres] stelt, de berekening niet klopt. Albert Heijn heeft uit de uitkomst van de controleberekening kunnen en mogen afleiden dat de prognose reëel was. In het licht van dit alles heeft [eiseres] onvoldoende concreet duidelijk gemaakt dat en waarom de wijze waarop de omzetzijgprognoses zijn berekend onjuist was en waarom de geprognoseerde weekomzetten in de gegeven omstandigheden – mede in aanmerking genomen dat prognoses naar hun aard een mate van onzekerheid in zich bergen – niet reëel waren. [eiseres] is zelf ook ervan uitgegaan dat de prognoses reëel waren en heeft geen omstandigheden gesteld die daarvoor een contra-indicatie vormden. Onder verwijzing naar verschillende gespreksverslagen en verklaringen heeft Albert Heijn daartoe gesteld dat [eiseres] zich voor de overname al zag als de Albert Heijn van Raamsdonksveer en dat [eiseres] zelf verwachtte dat zij de huidige omzet (onder de C1000-formule) zonder problemen kon handhaven onder de nieuwe formule. De juistheid van deze gespreksverslagen en verklaringen heeft [eiseres] onvoldoende gemotiveerd betwist.”

2.37. Het hof komt op grond van het voorgaande tot het oordeel dat Albert Heijn, op de wijze zoals zij heeft gedaan, in de aan [eiseres] verstrekte prognose rekening mocht houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] als C1000-winkel (rov. 3.10.). Daaruit volgt, aldus het hof, dat niet kan worden vastgesteld dat de prognoses die Albert Heijn aan [eiseres] heeft verstrekt ondeugdelijk waren. De principale grieven 4 en 5 slagen derhalve. Daaruit volgt volgens het hof

ook dat de principale grieven 6 en 7 (dwaling) slagen en dat de grieven 1 (algemene grief), 2 (ontvangstdatum gegevens door [eiseres]), 8 (exoneratie aansprakelijkheid) en 9 (nadeelscompensatie) evenals de voortbouwende grieven 11 (buitengerechtigde incassokosten) en 12 (proceskosten) geen (verdere) afzonderlijke behandeling hoeven.

Beoordeling incidentele grief C (bedrog)

2.38. Het hof verwerpt vervolgens de incidentele grief C (bedrog), omdat deze berust op het onjuiste uitgangspunt dat de aan [eiseres] verstrekte omzetprognose ondeugdelijk was (rov. 3.11.).

Beoordeling incidentele grief D (misbruik van omstandigheden)

2.39. In rov. 3.12. oordeelt het hof dat de incidentele grief D, die strekt ten betoge dat Albert Heijn misbruik van omstandigheden in de zin van art. 3:44 lid 4 BW heeft gemaakt, faalt:

“3.12. (...) Albert Heijn wist of moest begrijpen dat [eiseres] door bijzondere omstandigheden bewogen werd tot het aangaan van de franchiseovereenkomst. Het hof is van oordeel dat de omstandigheden die [eiseres] noemt (zie memorie van antwoord onder 3.88 en 3.89) niet maken dat [eiseres] ten opzichte van Albert Heijn een afhankelijke positie innam, die haar ertoe heeft bewogen de franchiseovereenkomst te sluiten. Ten aanzien van de stelling van [eiseres] dat zij door Albert Heijn onder druk is gezet om de franchiseovereenkomst te tekenen, geldt dat Albert Heijn onder verwijzing naar verschillende gespreksverslagen en verklaringen, heeft betoogd dat [eiseres] graag over wilde gaan naar de Albert Heijn formule en zelfs – zoals hiervoor al aan de orde is geko-

men – had gezegd dat zij al de Albert Heijn van Raamsdonkveer was, alsmede dat [eiseres] zelf verwachtte dat zij de huidige omzet (onder de C1000-formule) zonder problemen kon handhaven. De juistheid van deze gespreksverslagen en verklaringen heeft [eiseres] onvoldoende gemotiveerd betwist. Bovendien drijft [eiseres] sinds 1998 in Raamsdonksveer een supermarkt, zodat zij wat betreft de overgang naar de winkelformule van Albert Heijn in staat moet worden geacht een zelfstandige zakelijke afweging te kunnen maken. Dat [eiseres] vanwege door Albert Heijn op onrechtmatige wijze uitgeoefende druk en niet uit eigen keuze met de overgang naar de Albert Heijn formule heeft ingestemd, is dan ook niet gebleken. De grief faalt.”

Beoordeling incidentele grief F (onrechtmatig handelen)

2.40. Ook incidentele grief F, die bestrijdt dat Albert Heijn niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiseres], faalt (rov. 3.13.). 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. Nu is komen vast te staan dat de omzetprognose deugdelijk was, faalt de grief, ook voor zover [eiseres] een beroep doet op een specialis van de onrechtmatige daad, zoals misleidende reclame, aldus het hof.

Beoordeling incidentele grief K (schending verplichting tot verlenen bijstand en geven advies)

2.41. Vervolgens komt het hof toe aan de incidentele grief K die ziet op de verplichting tot het verlenen van bijstand en advies. Het hof verwerpt die grief kort gezegd omdat onvoldoende is toegelicht dat Albert Heijn haar verplichting tot bijstand en advies niet zou zijn nagekomen (rov. 3.14.).

Beoordeling grief 10 in principaal appel (reconventionele vordering)

2.42. Ten slotte heeft het hof geoordeeld over grief 10 van Albert Heijn, die betoogt dat de rechtbank ten onrechte Albert Heijn niet ontvankelijk heeft verklaard in de reconventionele vordering. Deze grief slaagt. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is naar het oordeel van het hof niet gebleken van een vordering van [eiseres] op Albert Heijn en heeft [eiseres] zich ten onrechte op een opschortingsrecht beroepen (rov. 3.15.).

2.43. [eiseres] heeft, aldus het hof, geen voldoende concrete feiten gesteld en te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden. Aan het bewijsaanbod komt derhalve geen betekenis toe voor de beslissing van de zaak, zodat dit aanbod als niet ter zake dienend wordt gepasseerd (rov. 3.16.).

Slotsom van het arrest

2.44. Uiteindelijk komt het hof in rov. 3.17. tot de slotsom dat de grieven 4 en 5 in het principaal appel slagen (en daarmee ook, hoewel het hof dat in deze rechtsoverweging niet herhaalt, de grieven 6 en 7 in principaal appel (hiervoor randnummer 2.37)) en dat de overige grieven geen (verdere) behandeling behoeven. De grieven in incidenteel appel hebben geen succes.

2.45. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank van 3 december 2014 vernietigd en opnieuw rechtdoende:

– de vorderingen van [eiseres] afgewezen;

– [eiseres] veroordeeld tot betaling aan Albert Heijn van een bedrag van € 127.026,43, te vermeerderen met BTW en met de wettelijke handelsrente;

– [eiseres] veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag ad € 20.716,40 dat Albert Heijn uit hoofde van het vonnis van 3 december 2014 heeft voldaan ter zake buitengerechtelijke kosten, proceskosten en rente, te vermeerderen met wettelijke rente; en

– [eiseres] veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties en de nakosten, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente.

Het meer of anders gevorderde heeft het hof afgewezen. Het arrest is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

2.46. [eiseres] heeft bij procesinleiding van 14 juni 2017 – en daarmee tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen 's hofs arrest van 14 maart 2017. Albert Heijn heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun stellingen schriftelijk doen toelichten. Namens [eiseres] is vervolgens gerepliceerd en namens Albert Heijn is gedupliceerd.

2.47. Op 3 april 2018 heeft de griffie van de Hoge Raad ambtshalve het proces-verbaal van de pleitzitting van 22 april 2016 bij het hof opgevraagd. Het hof heeft op 6 april 2018 een afschrift toegezonden van een brief van het hof van 16 juni 2017 aan de advocaten in feitelijke instanties. Deze brief bevat de volgende tekst:

“In reactie op het verzoek om een proces-verbaal van de zitting van 22 april 2016 in bovenvermelde zaak en de daarop gevolgde correspondentie, bericht ik u als volgt.

De griffier is niet meer werkzaam bij het hof en op basis van de aantekeningen van deze griffier is het niet mogelijk gebleken een inhoudelijk proces-verbaal op te maken, met name met betrekking tot de uitlatingen van [betrokkene 2].⁸ De raadsheren hebben hierover uit hun herinneringen van de zitting ook geen uitsluitel kunnen geven. Derhalve zal geen proces-verbaal worden verstrekt.”

2.48. Bij brief van 11 april 2018 zijn partijen in de gelegenheid gesteld om, mocht de brief van 16 juni 2017 aanleiding geven om te reageren, dat uiterlijk 25 april 2018 te doen.

2.49. Op 24 april 2018 is namens [eiseres] gereageerd. In deze reactie wordt het volgende opgemerkt. De brief van het hof van 16 juni 2017 is een respons op de faxbrieven van de advocaten in feitelijke instanties van [eiseres] van 31 mei 2017 en 8 juni 2017. De brief van het hof van 16 juni 2017 bouwt voort op de in cassatie bestreden weigering van het hof op 10 mei 2016 om een proces-verbaal van de pleitzitting op 22 april 2016 te verstrekken. Zoals in de faxbrief van 31 mei 2017 is bevestigd, is op de pleitzitting door het hof een groot aantal vragen gesteld en werd akte gevraagd – ter vastlegging in het proces-

verbaal – van de toen herhaalde verklaring van [betrokkene 2], samengevat, dat “er bij de [eiseres] voorgelegde omzetprognose geen referentiewinkels ten grondslag hadden gelegen”. Het belang van [eiseres] bij haar klachten tegen de weigering om een proces-verbaal te verstrekken, houdt verband met deze verklaring als bevestiging en herhaling van de in subonderdeel 3.4 van het middel vermelde gerechtelijke erkenning van Albert Heijn. Verwezen wordt naar randnummer 6 van de repliek in cassatie. De faxbrieven van 31 mei 2017 en 8 juni 2017 zijn als bijlagen bij de brief van 24 april 2018 gevoegd.

2.50. Op 25 april 2018 is namens Albert Heijn gereageerd. Haar reactie houdt het volgende in. [eiseres] heeft in 2016 verzocht om een proces-verbaal van de zitting zonder aan te geven wat er besproken zou zijn en waarom dat voor haar zaak van belang was. Dit verzoek is bij gebrek aan belang afgewezen. Ruim een jaar later heeft [eiseres] haar verzoek herhaald en toen is ineens betoogd dat van de zijde van Albert Heijn bepaalde uitlatingen zouden zijn gedaan. Dergelijke uitlatingen zijn echter niet gedaan. Albert Heijn heeft dit uiteengezet in de brieven van 2 en 8 juni 2017, die als bijlagen bij de reactie zijn gevoegd. Over dergelijke uitlatingen is dan ook niets terug te vinden in de aantekeningen van de griffier. Het is dus eveneens begrijpelijk dat de raadsheren hierover geen uitsluitel kunnen geven. [eiseres] heeft al eerder onterecht betoogd dat bepaalde uitlatingen zouden zijn gedaan van de zijde van Albert Heijn. Verwezen wordt naar randnummers 3.46 tot en met 3.53 van de memorie van antwoord in incidenteel appel. Verder wijst Albert Heijn op haar standpunt in de schriftelijke toelichting, met name de bespreking van onderdeel 1 in randnummers 36 e.v. Tevens refereert Albert Heijn aan de bespreking van subonderdeel 3.4 in randnummer 24 van haar schriftelijke toelichting, waar zij uiteenzet waarom de beweerde uitlatingen waarop [eiseres] zich beroept, sowieso niet relevant zijn.

3. Inleidende opmerkingen

3.1. Voordat ik toekom aan de inhoudelijke bespreking van de klachten, maak ik ter inleiding enkele opmerkingen over de volgende thema's:

- franchising en het toepasselijke regime;
- omzetprognoses in de precontractuele fase;
- de arresten *Paalman/Lampenier* en *Street-One*;
- teleurgestelde verwachtingen en mogelijke remedies;
- beroep op dwaling;
- aansprakelijkheid van de franchisegever;
- opheffing van nadeel via art. 6:230 lid 2 BW.

Franchising en het toepasselijke regime

3.2. Franchising is een ook in ons land populaire vorm van samenwerking waarbij de eigenaar van een bepaalde formule, de franchisegever, overeenkomsten aangaat met franchisenemers. Hoewel franchising, ook wel aangeduid als franchise, verschillende verschijningsvormen kent en een breed scala aan samenwerkingsverbanden omvat, leggen de diverse omschrijvingen in de literatuur wel een aantal kenmerkende elementen bloot. Houben kenschetst de

franchiseovereenkomst aldus:⁹

“Het gaat om een overeenkomst waarbij de franchisegever (franchisor) aan de franchisenemer (franchisee) tegen vergoeding het recht verleent een onderneming te drijven binnen het netwerk van de franchisegever met als doel de verkoop van specifieke producten op naam en voor rekening van de franchisenemer. De franchisenemer heeft het recht en de verplichting om de handelsnaam of het handelsmerk en andere intellectuele-eigendomsrechten, knowhow en de werkwijze van franchisegever te gebruiken.”

3.3. Het verschijnsel franchise en de franchiseovereenkomst kennen op dit moment geen specifieke wettelijke regeling;¹⁰ er is dus geen bijzondere aan (de) franchise(overeenkomst) gewijde wet en ook in Boek 7 BW zal men vergeefs zoeken naar een specifieke regeling.¹¹ Dat betekent dat vragen omtrent franchising of de franchiseovereenkomst in beginsel worden beoordeeld aan de hand van het algemene verbintenissen- en contractenrecht uit Boek 3 en 6 BW.¹² De onderhavige zaak is niet de eerste waarin een dergelijke vraag Uw Raad bereikt.¹³ Tot (nieuwe) zelfregulering is het wel gekomen: mede vanuit een oogpunt van bescherming van de franchisenemer is in 2016 de Nederlandse Franchise Code (NFC) geïntroduceerd. Zij is onder meer gebaseerd op de Europese Erecode inzake Franchising¹⁴ en beoogt breed gedragen opvattingen over goed franchisenemer- en franchisegeverschap neer te leggen in gedragsnormen.¹⁵ De NFC bevat bijvoorbeeld normen met betrekking tot de door de franchisegever vóór het aangaan van de overeenkomst te verstrekken gegevens.¹⁶ Zo is in de NFC neergelegd dat aan toekomstige franchisenemers binnen redelijke termijn correcte en zo volledig mogelijke informatie wordt verstrekt (artikel 3.4). Bij voorkeur wordt ook een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose verstrekt (artikel 3.6 onder d).

3.4. Deze ontwikkeling wordt in Haagse kringen toegejuicht,¹⁷ sterker nog: een concept-wetsvoorstel dat de NFC een wettelijke verankering beoogt te bieden, lijkt in de maak. Op 25 mei 2017 werd een internetconsultatie afgerond.¹⁸ Het doel van de voorgestelde regeling, die zou voorzien in het opnemen van een tweetal bepalingen in Boek 7 BW die, (te) kort gezegd, toepassing van de NFC verplicht stellen (althans onder het motto “pas toe of leg uit”), is onder meer om een zeker tegenwicht te bieden aan de ongelijkheid tussen de franchisegever en de franchisenemer.¹⁹ Het wachten is nu op een Kamerbrief over regelgeving met betrekking tot franchise.²⁰

Omzetprognoses in de precontractuele fase

3.5. Eén van de regelmatig in de rechtspraak terugkerende thema's betreft het verstrekken van omzet- en/of winstprognoses, hierna kortheidshalve: omzetprognoses, in de precontractuele fase. In dit verband rijst onder meer de vraag of een aspirant-franchisenemer recht op een dergelijke prognose heeft en daarmee of de franchisegever gehouden is er één te verstrekken en verder ook de vraag welke rechten de aspirant-franchisenemer aan een verstrekte omzetprognose kan ontleen c.q. welke verwachtingen hij daarop kan baseren.

3.6. Het is duidelijk dat omzetprognoses voor beide partijen in het precontractuele traject betekenis (kunnen) hebben.²¹ Omzetprognoses geven (enig) inzicht in de financiële (on)mogelijkheden van de te exploiteren franchise,²² en zullen mede de beslissing om al dan niet met elkaar in zee te gaan bepalen. Niet uitgesloten is dat een twijfelende franchisenemer over de streep wordt getrokken met een prognose die mooie vooruitzichten biedt en evenmin dat een franchisegever de vooruitzichten wel eens aantrekkelijker presenteert dan de werkelijkheid rechtvaardigt. De aspirant-fran-

chisenemer zal een prognose vaak ook inzetten bij de verkrijging van financiering. In dat verband is weer niet uitgesloten dat hij er belang bij heeft en wellicht zelfs op aanstuurt dat de vooruitzichten mooier worden gemaakt dan gerechtvaardigd is.²³

3.7. In eerste instantie gaat het hier om het in de onderhandelingsfase gebruikelijke spel van loven en bieden waarbij ieder van partijen (wel eens) de neiging zal hebben de kwaliteit van het aan de ander aangeboden op te poetsen, de plussen meer aandacht te geven dan de minnen et cetera. Die ander wordt zo al snel een (iets) te rooskleurig plaatje geschetst. Betrokkenen horen daar in de precontractuele fase binnen zekere grenzen, die onder meer worden

getrokken door de regeling van de wilsgebreken, de regelingen met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame²⁴ en ook door art. 6:162 BW, rekening mee te houden en op voorbereid te zijn.

3.8. In het verband van franchising geldt echter een tweetal bijzonderheden. In de eerste plaats zijn omzetprognoses tamelijk bepalend bij zowel het nemen van een beslissing over het al dan niet aangaan van een franchiseovereenkomst als bij de (verdere) inrichting van de uiteindelijke franchiseovereenkomst (denk aan thema's als de overnamesom, de *goodwill* en de uitkoopregeling), en zijn zij, als gezegd, ook van belang voor het aantrekken van externe financiering. Juist tegen deze achtergrond krijgt het tweede aspect reliëf: bij franchising is niet zonder meer sprake van gelijke verhoudingen. Hoewel er "grote" en/of "machtige" franchisenemers bestaan, zijn het in het algemeen de franchisegevers die het heft in handen hebben. Niet voor niets staat de discussie (vooral) in het teken van de vraag of en zo ja in welke mate en vorm bescherming van de (aspirant)franchisenemer, ook al is hij net als de franchisegever ondernemer,²⁵ in verband met informatieachterstand, verschil in deskundigheid, tijdsdruk en machtspositie van de franchisegever, aangewezen is.²⁶

3.9. Vooralsnog zal de (aspirant)franchisenemer zijn heil in dit verband, als gezegd (hiervoor randnummer 3.3), moeten zoeken in het algemene verbintenissen- en contractenrecht uit de Boeken 3 en 6 BW, waarbij niet uitgesloten is dat bij toepassing van algemene leerstukken *inkleuring* door een regeling als de NFC plaatsvindt, *direct* omdat deze eventueel door betrokkenen van toepassing is verklaard, maar mogelijk ook *indirect* via art. 6:2 jo. 3:12 BW of langs de weg van het ongeschreven recht in art. 6:162 BW (de zorgvuldigheidsnorm).²⁷ Daarmee is overigens weer niet gezegd dat een enkel schenden van hetgeen in de NFC staat, meteen ook onzorgvuldig en onrechtmatig is of anderszins beslissend is; het legt dan wel gewicht in de schaal.²⁸

3.10. Wat omzetprognoses betreft springt in ieder geval een drietal ook voor de onderhavige zaak relevante vragen in het oog:

– is de franchisegever verplicht een omzetprognose te verstrekken?;

– welke rechten kan de (aspirant-)franchisenemer aan een verstrekte omzetprognose ontleen c.q. welke verwachtingen kan hij daarop baseren?;

en in het verlengde hiervan:

– welke remedies staan de franchisenemer ten dienste wanneer hij in zijn verwachtingen teleurgesteld wordt?

3.11. In dit verband wordt het beeld bepaald door een tweetal arresten van Uw Raad: *Paalman/Lampenier*²⁹ en *Street-One* die weliswaar qua feitelijke context aansluiten bij het leerstuk van dwaling, maar in cassatie vooral de schadevergoedingsproblematiek betreffen.

De arresten Paalman/Lampenier en Street-One

3.12. In eerste instantie is het arrest *Paalman/Lampenier*³⁰ aan de orde. Lampenier als franchisegever en Paalman als franchisenemer hebben op 3 februari 1994 een franchiseovereenkomst gesloten met betrekking tot een Lampeniervestiging in Apeldoorn. Vóór het aangaan van de franchiseovereenkomst heeft Lampenier een op 29 december 1993 gedateerd rapport van onderzoeksbureau B & O Management BV (verder: B & O) aan Paalman verschaft. Dit rapport betrof een vestigingsplaatsonderzoek. De omzet van de Lampeniervestiging is van meet af aan sterk achtergebleven bij de prognose. Partijen hebben hierop in onderling overleg de franchiseovereenkomst tussentijds beëindigd. Paalman heeft Lampenier vervolgens aangesproken tot vergoeding van de schade. Hij is daarbij voor een tweetal ankers gaan liggen: (1) toerekenbaar tekortschieten door Lampenier in de nakoming van haar verplichtingen jegens Paalman uit de franchiseovereenkomst en (2) onrechtmatig handelen van Lampenier door aan Paalman, in het overleg dat aan het aangaan van de franchiseovereenkomst is voorafgegaan, een onjuiste voorstelling van zaken te geven in de vorm van een onvolledig en onjuist vestigingsplaatsonderzoek en daarop gebaseerde winstverwachtingen. Het hof heeft de vordering van Paalman alsnog, nadat de rechtbank de vordering aanvankelijk had

toegewezen, afgewezen. Daartoe heeft het hof, samengevat, geoordeeld dat de fouten die de rechtbank in het rapport van B & O heeft aangetroffen, niet aan Lampenier zijn toe te rekenen zodat een door het rapport veroorzaakte verkeerde voorstelling van zaken niet als een tekortkoming van Lampenier kan worden aangemerkt. Daaraan heeft het hof toegevoegd dat het voorshands niet het oordeel van de rechtbank deelt dat het rapport van B & O fouten bevat.

3.13. In cassatie rijst onder meer de vraag wat de (aspirant-)franchisenemer mag verwachten van een aan hem verstrekte prognose. Paalman betreft in dat verband de stelling dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat op de franchisegever, in de onderhandelingsfase die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaat, de plicht rust er voor zorg te dragen dat door hem aan de franchisenemer te verschaffen prognoses omtrent de te verwachten omzetten of resultaten van de door de franchisenemer te stichten onderneming berusten op een deugdelijk onderzoek (rov. 3.3.1). Het middel verbindt hieraan klaarblijkelijk de gevolgtrekking dat indien de door de franchisegever aan de franchisenemer verschaft prognose berust op een niet deugdelijk onderzoek, en de franchisenemer daardoor onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken de overeenkomst aangaat, de franchisegever aansprakelijk is voor de schade die de franchisenemer hierdoor lijdt.

3.14. Uw Raad stelt voorop dat het in dit geding niet gaat om de vraag of Paalman als franchisenemer de door hem gesloten overeenkomst kan vernietigen op de grond dat hij door een hem door Lampenier, als franchisegever, verschaft rapport omtrent de te verwachten omzet en/of te verwachten winst, in dwaling is komen te verkeren als gevolg van fouten die dit rapport bevat. In zodanig geval volgt, zo geeft Uw Raad aan, uit art. 6:228 lid 1 onder a BW, dat in beginsel vernietiging op grond van dwaling mogelijk zijn. Daarbij is niet relevant of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf dan wel aan één of meer derden. Dat laatste onderscheid is echter wel, zo blijkt (hierna nog randnummers 3.19 e.v.), relevant voor de vraag of de franchisegever aansprakelijk is jegens de franchisenemer. Uw Raad gaat vervolgens eerst in op de vraag of de franchisegever gehouden is een omzetprognose te verstrekken. Het antwoord op deze vraag is ontkennend. Volgens Uw Raad vloeit uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, 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. Een franchisegever is in beginsel dus niet verplicht om een omzetprognose te verstrekken aan een aspirant-franchisenemer. Bijzondere omstandigheden van het geval kunnen een zodanige verbintenis wel met zich brengen. Behoudens een dergelijk geval is van een verplichting om inlichtingen in deze zin te verschaffen geen sprake en dat heeft tot gevolg dat in een dergelijk geval dan ook geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd op het uitblijven van verstrekking van die informatie.³¹ Hoewel Uw Raad dus niet van een algemene verplichting tot het verstrekken ervan wil weten, worden omzetprognoses, en dat is gegeven de betekenis ervan in het precontractuele traject niet gek (hiervoor randnummer 3.6), vaak wél verstrekt. Uw Raad geeft in dit verband eerst nog wel een *caveat*: wanneer een franchisegever een rapport verstrekt, kan daaruit niet worden afgeleid dat op de franchisegever een dergelijke verplichting rustte (rov. 3.4.).

3.15. Dat neemt niet weg dat de omstandigheid dat een prognose is verstrekt, consequenties kan hebben, zo maakt Uw Raad duidelijk:

“3.4 (...) 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. 6:170-172 BW aansprakelijk is.”

In de zaak *Paalman/Lampenier* brengt dat echter geen soelaas, omdat de vraag of Lampenier op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is, in cassatie niet aan de orde was. In de eerste plaats was niet gesteld dat het door Lampenier aan Paalman verschaffen van het door B & O opgemaakte rapport als onrechtmatige daad van Lampenier zelf moest worden aangemerkt. Evenmin was aangevoerd dat zich in het aan de orde zijnde geval een aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:172 BW voordoet en het oordeel van het hof dat Lampenier niet op grond van art. 6:170 dan wel 6:171 BW voor de gevolgen van, eventuele, ondeugdelijkheid van het B & O-rapport jegens Paalman aansprakelijk kan worden gehouden, werd in cassatie niet bestreden.

3.16. Het arrest *Paalman/Lampenier* is naar mijn indruk nog steeds leidend althans richtinggevend zowel in de literatuur als in de feitenrechtspraak, ondanks de kritiek van onder meer Vranken in zijn *NJ*-noot die, (te) kort gezegd, meent dat in het arrest niet alleen onvoldoende aandacht is gegeven aan de verschillende gevallen van franchising, ontwikkelingen elders en in zelfregulering (noot onder I. en II.), maar ook te star is gekeken naar de stellingen van Paalman: het zou hem niet zozeer gaan om aansprakelijkheid wegens tekortschieten in een informatieverbintenis maar ook om aansprakelijkheid vanwege ondeugdelijk presteren (noot onder III.). Van de naar aanleiding van het arrest gerezen vragen is een tweetal nu relevant. In de eerste plaats is dat de vraag of inmiddels, bijvoorbeeld in het licht van ontwikkelingen in de landen om ons heen of “in het veld”, wél zou moeten worden aangenomen dat op de franchisegever een (afdwingbare) verplichting rust tot het verstrekken van prognoses (hierna randnummer 3.22). In de tweede plaats betreft dat de duiding van het arrest *Paalman/Lampenier*: volgt uit dat arrest nu dat de franchisegever enkel in geval van wetenschap omtrent fouten in door hem verstrekte prognoses aansprakelijk is?³² Het antwoord op die tweede vraag is inmiddels in het *Street-One*-arrest³³ gegeven.

3.17. In die zaak gaat het om het volgende. *Street-One* Modehandel BV heeft met [A] overeenkomsten gesloten met betrekking tot twee winkels, één in Wijchen en één in Barneveld. Voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomsten zijn door *Street-One* prognoses aan [A] verstrekt. De daadwerkelijk behaalde omzet is achtergebleven bij de geprognoseerde omzet. [A] wenst vervolgens een verklaring voor recht dat hij heeft gedwaald, dat de overeenkomsten buitengerechtelijk zijn vernietigd en dat *Street-One* onrechtmatig heeft gehandeld door ondeugdelijke prognoses te verstrekken. De prognoses zouden gebaseerd zijn op onjuiste of onvolledige uitgangspunten, omdat ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten zowel in Wijchen als in Barneveld een negatieve marktruimte aanwezig was (wat kort gezegd wil zeggen dat het aanbod zo groot is dat een nieuwkomer zich zal moeten “invechten”). Met betrekking tot de vestiging in Wijchen heeft *Street-One* bovendien de prognose niet bijgesteld toen bleek dat het vloeroppervlak 30 m² kleiner was.

3.18. Het hof heeft met betrekking tot beide vestigingen geoordeeld dat inderdaad sprake was van dwaling en voor recht verklaard dat de overeenkomsten tussen partijen buitengerechtelijk zijn vernietigd. Met betrekking tot de vestiging in Wijchen heeft het hof bovendien geoordeeld dat sprake was van onrechtmatig handelen van *Street-One* jegens [A] door deze een ondeugdelijke prognose te verstrekken en heeft het *Street-One* veroordeeld tot vergoeding van de door [A] door de dwaling geleden schade. Met betrekking tot de vestiging in Barneveld oordeelt het hof anders, omdat [A] naar het oordeel van het hof niet voldoende concreet heeft gesteld dat *Street-One* wist of had behoren te weten dat in Barneveld sprake was van een negatieve marktruimte en/of dat de omzetprognose in de eerste jaren niet haalbaar was. Hiertegen komt [A] vergeefs op in cassatie; toepassing van art. 81 RO is hem daarbij ten deel gevallen.

3.19. Hoewel daarmee het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van *Street-One* in principe niet aan de orde zou komen, is Uw Raad daarop toch, ten overvloed, ingegaan. Uw Raad heeft de gelegenheid te baat genomen het arrest *Paalman/Lampenier* te verduidelijken. In het incidentele cassatieberoep heeft *Street-One* ingezet op een tot gevallen van “bewust handelen” van de franchisegever beperkte aansprakelijkheid. De vraag die in cassatie aan de orde wordt gesteld, is of een franchisegever onrechtmatig handelt indien hij voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst een analyse omtrent de verwachte omzet aan zijn wederpartij verstrekt waarvan hij niet weet, maar (slechts) behoort te weten dat die analyse fouten bevat (rov. 5.2). Volgens het middel geldt ingevolge het arrest (*Paalman/Lampenier*) als voorwaarde voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW dat de franchisegever zijn wederpartij welbewust in een onjuiste veronderstelling heeft gebracht en gelaten. In eerste instantie licht Uw Raad het arrest *Paalman/Lampenier* toe: in dat arrest is 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. Vervolgens wijst Uw Raad erop dat deze regel ziet op het geval dat in dat arrest aan de orde was, namelijk het geval dat 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 als hij wetenschap heeft van ernstige fouten in het rapport (rov. 5.3). Maar, zo overweegt Uw Raad:

“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.”

3.20. Mijn indruk is dat de nadere duiding door Uw Raad in het *Street-One*-arrest in het algemeen positief wordt ontvangen.³⁴ Vranken suggereert in zijn *NJ*-noot overigens wel dat Uw Raad, vooral door eisen als “weten” en “ernstige fouten” in geval van uitbesteed onderzoek, streng is aan het front van de aansprakelijkheid van de franchisegever. Mede in dit verband wijst hij dan ook weer op het belang van een dwalingsactie al dan niet in combinatie met een beroep op art. 6:230 BW.³⁵

Tussenbalans

3.21. Het voorgaande leert dat:

- uit de rechtspraak van Uw Raad blijkt dat geen algemene verplichting tot het verstrekken van omzetprognoses geldt; zij is enkel aan de orde bij bijzondere omstandigheden;
- omzetprognoses desalniettemin vaak wél worden verstrekt;
- daaraan consequenties zijn verbonden, bijvoorbeeld in het kader van de vraag of door de fran-

chisenemer een beroep kan worden gedaan op een wilsgebrek, maar ook in termen van aansprakelijkheid van de franchisegever.

3.22. Natuurlijk kan worden tegengeworpen dat er sinds het wijzen van *Paalman/Lampenier* het nodige gebeurd is, zodat de vraag is of inmiddels, bijvoorbeeld in het licht van ontwikkelingen in de landen om ons heen of “in het veld”, wél zou moeten worden aangenomen dat op de franchisegever een (afdwingbare) verplichting rust tot het verstrekken van prognoses. Vooralsnog zou ik geneigd zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden, ook al is er in sommige landen om ons heen een wettelijke informatieplicht voor franchisegevers en ook al spreekt bijvoorbeeld uit de NFC en ook uit de Memorie van Toelichting bij het internetconsultatie-wetsvoorstel wettelijke verankering NFC een sterke voorkeur voor het verschaffen van prognoses.³⁶ In de praktijk zal het beoogde resultaat in het kader van het dwalingsleerstuk dicht worden benaderd, waarbij ik zowel aan art. 6:228 lid 1 onder *a* als aan lid 1 onder *b* BW denk: zonder prognoses zal het in de praktijk niet gaan (hiervoor randnummer 3.6) en aan eenmaal verstrekte prognoses kunnen, op straffe van toepassing van het reguliere contractenrechtelijke arsenaal, ook eisen worden gesteld. Algemeen wordt aangenomen dat de kandidaat-franchisenemer, wanneer hem een omzetprognose wordt verstrekt door de franchisegever, ervan mag uitgaan dat de prognose berust op juiste informatie en deugdelijk onderzoek.³⁷ Is dat niet het geval dan kan dat aanleiding geven tot een succesvol beroep op dwaling bijvoorbeeld, maar ook tot aansprakelijkheid van de franchisegever.³⁸ Bij die laatste optie moet, zo blijkt uit het arrest *Street-One*, onderscheid worden gemaakt tussen het geval dat de franchisegever het onderzoek en het opstellen van het daarop gebaseerde rapport aan een derde heeft uitbesteed, en het geval dat hij dat onderzoek zelf heeft gedaan. Dit onderscheid is bij een beroep op dwaling in principe zonder betekenis (hiervoor randnummer 3.14).

3.23. De vraag wat rechtens is wanneer de (aspirant-)franchisenemer teleurgesteld wordt in zijn verwachtingen, rechtvaardigt een nadere beschouwing.

Teleurgestelde verwachtingen en mogelijke

remedies

3.24. Voorop staat uiteraard dat het enkele feit dat prognoses niet zijn uitgekomen, nog niet de conclusie rechtvaardigt

dat de franchisenemer tekort is gedaan.³⁹ Prognoses hebben nu eenmaal betrekking op de toekomst en kunnen als zodanig geen garantie geven. Ook een enkel daarop gebaseerde dwalingsactie is niet mogelijk: een dwaling omtrent de toekomst behoort voor rekening van de dwalende te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).⁴⁰ De franchisenemer zal derhalve met zwaarder geschut moeten komen dan de stelling dat de hem verstrekte prognoses niet zijn uitgekomen, bijvoorbeeld door te wijzen op onjuistheden, onvolkomenheden, onzorgvuldigheden. Daarbij komt dan, uiteraard al naar gelang de omstandigheden, een aantal opties met specifieke daaraan verbonden rechtsgevolgen in beeld:

– een beroep op een wilsgebrek waarbij vooral dwaling (de betrokkene is op het verkeerde been gezet door de prognose en/of door het niet delen van andere c.q. betere gegevens) in aanmerking komt;⁴¹

– een beroep op een grondslag voor aansprakelijkheid waarbij eerst en vooral art. 6:162 BW aan de orde zal zijn, maar ook art. 6:74 BW wel wordt genoemd;

– een combinatie van beide (bijvoorbeeld een beroep op art. 6:228 BW gecombineerd met een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering tot schadevergoeding).

Bij een beroep op een wilsgebrek gaat het primair om vernietiging van de overeenkomst, maar zowel bij dwaling als bij misbruik van omstandigheden kan de rechter op verlangen van één der partijen in plaats van vernietiging de rechtsgevolgen van de overeenkomst wijzigen ter opheffing van het nadeel (art. 6:228 respectievelijk 3:54 lid 2 BW).⁴² Ook langs die weg zou de franchisenemer eventueel een financiële tegemoetkoming kunnen proberen te verkrijgen. De onderhavige zaak biedt daarvan een treffende illustratie.

Beroep op dwaling

3.25. Zoals aangegeven gaat het wat een beroep op wilsgebreken betreft in de regel om een beroep op dwaling: de betrokkene is op het verkeerde been gezet door de prognose en/of door het niet delen van andere c.q. betere gegevens. In het arrest *Paalman/Lampenier* heeft Uw Raad daarvoor de weg ook geplaveid (hiervoor randnummer 3.14). In de feitenrechtspraak is dat duidelijk terug te zien: met een zekere regelmaat worden franchiseovereenkomsten vernietigd wegens onjuiste, gebrekkige of anderszins onzorgvuldig verstrekte prognoses.⁴³ In veel van deze gevallen wordt er, overigens met wisselend succes, naast vernietiging ook schadevergoeding gevorderd.⁴⁴

3.26. Ik stip nog aan dat, juist omdat het beeld is dat een dwalingsactie sneller succesvol is dan een schadevergoedingsclaim, de vraag of de franchisegever zich kan wapenen tegen een dwalingsberoep de laatste jaren meer aandacht krijgt. Daarbij kan uiteraard aan het “wegcontracteren” worden gedacht (uitsluiting), maar ook aan het beïnvloeden van de verwachtingen van de (aspirant-)franchisenemer bijvoorbeeld door “voorbehouden” (*disclaimers*) te formuleren in de verschaft informatie (“deze informatie is weliswaar met grote zorgvuldigheid totstandgekomen, maar...” etc.).⁴⁵ De laatste techniek komt sympathieker over dan de eerste,⁴⁶ waarvoor de ruimte bovendien sterk afhankelijk is van de vraag of en zo ja in welke mate dwingendrechtelijke regelgeving zal worden geïntroduceerd. Maar ook het “spelen met de verwachtingen” dat in ieder geval een verschuiving beoogt naar meer eigen verantwoordelijkheid in de vorm van door de kandidaat-franchisenemer te verrichten onderzoek met als mogelijke rechtsgevolgen toepassing van art. 6:228 lid 2 BW (dwaling blijft voor eigen rekening) of art. 6:101 BW in geval van een schadevergoedingsclaim heeft in de specifieke franchisecontext beperkingen, dunkt me. Ik ben althans niet geneigd te gemakkelijk in het voordeel van de franchisegever mee te laten wegen dat hij (a) prognoses heeft verschaft (dikwijls in de hoop de ander over de streep te trekken) maar tegelijkertijd (b), gechargeerd gezegd, heeft aangegeven dat zijn informatie niet al te serieus genomen moet worden. Niet alleen is dat (in meer of mindere mate) tegenstrijdig, dergelijke *disclaimers* zijn ook wel erg gemakkelijk toegevoegd en opgeschreven, terwijl de kandidaat-franchisenemer vervolgens voor de afweging komt te staan of hij (extra) kosten gaat maken om de hem zojuist verstrekte informatie op waarde te laten schatten.

Aansprakelijkheid van de franchisegever

3.27. In sommige zaken die qua feitelijke context aansluiten bij het leerstuk van dwaling, wordt afgezien van vernietiging en aangestuurd op een vergoeding van schade. De zaak *Paalman/Lampenier* en de onderhavige zaak zijn hiervan voorbeelden.

3.28. De nadruk ligt daarbij op art. 6:162 BW als grondslag, maar ook art. 6:74 BW komt in beeld.

3.29. Bij art. 6:74 BW denkt men in eerste instantie aan schending van uit de franchiseovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, maar er wordt ook wel betoogd dat art. 6:74 BW kan worden ingezet bij uit de precontractuele basisnorm⁴⁷ van *Baris/Riezenkamp*⁴⁸ voortvloeiende verplichtingen.⁴⁹ Zelf ben ik geneigd de schending van dergelijke zorgvuldigheidsverplichtingen van de franchisegever over de band van art. 6:162 BW te benaderen.

3.30. De zelfstandige betekenis van art. 6:74 BW zit veeleer in de schending van uit de franchiseovereenkomst voortvloeiende primaire verplichtingen. Hierbij verdient opmerking dat Vranken in zijn *NJ*-noot bij *Paalman/Lampenier* heeft gesuggereerd dat in verband met eventuele ondeugdelijke prognoses ook zou kunnen worden gedacht aan een wanprestatie-claim waarbij de franchisenemer erover klaagt dat hij niet heeft gekregen wat hij (mede) in het licht van de verstrekte prognose mocht verwachten.⁵⁰ Dit sluit aan bij het leerstuk van non-conformiteit (vgl. art. 7:17 BW bij koop). Uitgesloten is die route naar mijn mening niet, maar dat deze optie in de praktijk niet werkelijk uit de verf komt, is niet zo gek. Wanneer zelfs in het kader van een beroep op een wilsgebrek al terughoudendheid aan de orde is, ligt een succesvol beroep op non-conformiteit, dat in de kern een aanspraak op bepaalde eigenschappen veronderstelt, bepaald niet voor de hand, nog daargelaten dat dan zelfs een aanspraak op vergoeding van het positief belang zou bestaan.⁵¹

3.31. Zowel in het kader van art. 6:162 BW als van art. 6:74 BW wordt geopperd dat de franchisegever een "zorgplicht" zou hebben.⁵² Bij andere gelegenheid heb ik tegen het veelvuldige gebruik van die term in het verbintenissenrecht bezwaar gemaakt:⁵³ waar die term een zekere structurele en zware verantwoordelijkheid suggereert, wordt in de regel niet meer bedoeld dan dat de betrokkene zich in een bepaalde situatie of verhouding zorgvuldig jegens een ander moet gedragen. In ieder geval rust op de franchisegever niet een bijzondere zorgplicht zoals die bijvoorbeeld op banken rust in het kader van de optiehandel en effectenlease:⁵⁴ waar deze de wederpartijen in vergaande mate tegen zichzelf moeten beschermen ("doe het niet!"), beogen de zorgvuldigheidsverplichtingen waar het hier om draait veeleer om de kandidaat-franchisenemers in staat stellen verantwoord te beslissen over het aangaan van het avontuur.⁵⁵

3.32. Wanneer we ons nu beperken tot art. 6:162 BW als grondslag geldt dat, zoals uit de bespreking hiervoor al naar voren kwam, een franchisegever die een rapport over de te verwachten omzet en/of winst aan de kandidaat-franchisenemer heeft verstrekt onder omstandigheden onrechtmatig kan handelen.

3.33. Uit de rechtspraak en dan in het bijzonder het *Street-One*-arrest blijkt dat een tweetal situaties moet worden onderscheiden. De *eerste* betreft een prognose die door de franchisegever zelf is opgesteld of door iemand voor wie hij aansprakelijk is op grond van art. 6:170-172 BW. In deze situatie gelden de normale regels voor eigen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en voor eventuele kwalitatieve aansprakelijkheid voor onrechtmatig gedrag van een ander. Niet vereist is dat de franchisegever wist dat de prognose niet deugde. De *tweede* situatie betreft een prognose die de franchisegever door een derde heeft laten opstellen. In dat geval mag de franchisegever in de regel vertrouwen op de deugdelijkheid van die prognose, zodat in beginsel van onzorgvuldig handelen zijnerzijds pas sprake is in het geval van wetenschap omtrent ondeugdelijkheid of gebreken.⁵⁶ In de voorliggende zaak betreft het de *eerste situatie*: Albert Heijn heeft een prognose verstrekt die is gebaseerd op onderzoek door haar eigen afdeling LS.

Opheffing van het nadeel via art. 6:230 lid 2 BW

3.34. De overwegingen van Uw Raad in de arresten *Paalman/Lampenier* en *Street-One* zien in het bijzonder op een op onrechtmatige daad gebaseerde aansprakelijkheid van de franchisegever. Voor schadevergoeding op grond van

onrechtmatig handelen is niet alleen onrechtmatig handelen van de franchisegever vereist, maar is ook nodig dat de onrechtmatige daad aan hem kan worden toegerekend. In de *Street-One*-zaak zijn de betrokken overeenkomsten niet alleen vernietigd op grond van dwaling, maar is vervolgens de vraag of met een beroep op art. 6:162 BW tevens schadevergoeding kan worden verkregen. In de onderhavige zaak stuurt [eiseres] juist niet aan op vernietiging wegens dwaling, maar wenst zij wel financieel gecompenseerd te worden. In dit verband doet zij niet alleen een beroep op art. 6:162 BW, maar ook op art. 6:230 (en 3:54) lid 2 BW. Daarbij rijst de vraag of de franchisenemer door het volgen van die laatste route aan normale aansprakelijkheid gestelde vereisten, zoals bijvoorbeeld het vereiste van toerekening, kan ontkomen. De consequentie zou dan zijn dat een vergoeding zou kunnen worden verkregen die langs de route van art. 6:162 BW niet aan de orde zou zijn. Een nadere beschouwing is daarom op haar plaats.

3.35. Op grond van art. 6:230 lid 2 BW kan de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel wijzigen. Voor het geval van misbruik van omstandigheden is in art. 3:54 BW een met art. 6:230 BW vergelijkbare regeling neergelegd. Daarvan is juist bewust afgezien bij bedrog en bedreiging. Het effect zou anders namelijk zijn dat de bedrogene en de bedreigde gedwongen zouden kunnen worden om – ook al is dat dan na opheffing van het na-

deel – de relatie met de wederpartij ondanks haar bedenkelijk gedrag voort te zetten.⁵⁷

3.36. Art. 6:230 BW veronderstelt dat het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde partij lijdt, op andere wijze dan door vernietiging kan worden geredresseerd. Wanneer dat niet het geval is, zoals bijvoorbeeld wanneer de dwalende bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst ook niet op andere voorwaarden zou zijn aangegaan, kan art. 6:230 BW uiteraard geen toepassing vinden.⁵⁸ Hoewel het daar niet per definitie over hoeft te gaan – wijziging van de rechtsgevolgen van een overeenkomst kan immers elk beding en elk onderdeel van de overeenkomst betreffen – verbaast het niet dat al snel aan aanpassing van de overeengekomen prijs wordt gedacht. Niet voor niets worden in de Parlementaire Geschiedenis slechts het voorbeeld genoemd van vermindering van de koopprijs ten behoeve van een dwalende koper (die kennelijk teveel heeft betaald), en van toekenning van een aanvullend bedrag boven de koopprijs ten behoeve van een dwalende verkoper (die kennelijk te weinig geld voor zijn waar heeft gekregen).⁵⁹

3.37. Het “nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt” zou, zo wordt wel bepleit, kunnen worden bepaald door het resultaat van de hypothetische overeenkomst, de overeenkomst die partijen bij een juiste voorstelling van zaken zouden hebben gesloten, te vergelijken met het resultaat van de overeenkomst die partijen daadwerkelijk hebben gesloten.⁶⁰ In de zojuist genoemde gevallen zou dan een koopovereenkomst zijn gesloten met een andere prijs. Toepassing van art. 6:230 lid 2 BW brengt zo alsnog een reëel contractueel evenwicht tussen prestaties en partijen tot stand.

3.38. Schadevergoeding is dat niet, net zo min als dat het geval is bij prijsvermindering langs de weg van art. 6:270 BW bijvoorbeeld.⁶¹ Dat neemt niet weg dat dat resultaat (verlaging van de prijs) soms, namelijk in die gevallen waarin aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, ook via schadevergoeding ex art. 6:74 BW of 6:162 BW gerealiseerd kan worden. Meerwaarde boven art. 6:230 lid 2 BW (en art. 6:270 BW in het zojuist genoemde geval) heeft aansprakelijkheid ex art. 6:74 of 6:162 BW in zoverre niet:⁶² die komt pas in beeld wanneer het gaat over andere nadelen dan een te hoge prijs, zoals schade door vertraging of in de vorm van gevolgschade (schade in het overig vermogen).⁶³

3.39. In casu is min of meer de spiegelbeeldige vraag aan de orde: kan via art. 6:230 lid 2 BW, dat in de praktijk eerst en vooral een prijsaanpassingsmechanisme is, ook vergoeding van dergelijke andere nadelen worden gerealiseerd? Anders geformuleerd: kan via art. 6:230 lid 2 BW eenzelfde resultaat bereikt worden als bijvoorbeeld via art. 6:74 of 6:162 BW, zonder dat daarbij de voor aansprakelijkheid op die gronden geldende vereisten in acht behoeven te worden genomen? In de Parlementaire Geschiedenis bij (de voorloper van) art. 6:230 BW wordt slechts het volgende opgemerkt:⁶⁴

“De vraag in hoeverre degene die de overeenkomst vernietigt, tevens aanspraak kan maken op schadevergoeding kan worden overgelaten aan de algemene regels betreffende onrechtmatige daad, zoals dat ook bij de andere wilsgebreken geschiedt. Wat betreft de regels die gelden met betrekking tot vergoeding van kosten, schaden en uitgaven in verband met de prestaties die als gevolg van de vernietiging ongedaan gemaakt moeten worden, moge de ondergetekende

voorts verwijzen naar de artikelen 6.4.2.4, 6 en 6a.” (uiteindelijk art. 6:205, 207 en 208 BW uit de regeling van de onverschuldigde betaling, A-G)

Uit deze passage blijkt niet een werkelijk antwoord op de vraag, zij het dat zij suggereert dat de toelichting bij schadevergoeding aan iets anders denkt dan bij opheffing van het nadeel. In de literatuur met betrekking tot art. 6:230 BW wordt deze vraag in het algemeen negatief beantwoord. Volgens Van Schaick bijvoorbeeld biedt art. 6:230 lid 2 BW geen uitzicht op een resultaat dat de vernietigingsbevoegde door een schadevergoedingsactie ex art. 6:74 BW of art. 6:162 BW niet zou kunnen bereiken. Wanneer de non-conformiteit van de zaak bijvoorbeeld niet aan de verkoper kan worden toegerekend, is schadevergoeding, die dus niet op prijsverlaging als zodanig ziet, niet mogelijk, maar vergoeding via art. 6:230 lid 2 BW evenmin.⁶⁵ De wederpartij die meer wil dan louter opheffing van het nadeel gelegen in het aangaan van een contract tegen ongunstiger voorwaarden dan bij een juiste voorstelling van zaken overeengekomen zouden zijn en die ook haar andere schade vergoed wil zien, zal zich op andere rechtsgronden moeten baseren (zoals bijvoorbeeld art. 6:162 BW) en stuit daarbij dus op extra vereisten zoals bijvoorbeeld dat van de onrechtmatigheid en de toerekening.⁶⁶

Afrondend

3.40. Wanneer een franchisenemer, na tegenvallende resultaten, van oordeel is dat aan hem onzorgvuldige, ondeugdelijke of onjuiste omzetprognoses zijn verstrekt, kan hij voor verschillende juridische ankers gaan liggen. Bij de keuze uit de verschillende grondslagen zal het richtsnoer voor hem in eerste instantie zijn welk resultaat hij beoogt (schadevergoeding, vernietiging of wijziging ter opheffing van het nadeel of een combinatie?). Al naar gelang dat resultaat, dat de ene keer belastender is voor de franchisegever dan de andere keer, komen verschillende vereisten in beeld: voor schadevergoeding ligt de lat in de praktijk het hoogste.

3.41. In de onderhavige zaak is met name interessant de vraag of in geval van onjuiste of anderszins onzorgvuldige prognoses langs de weg van art. 6:228 jo art. 6:230 lid 2 BW een vergelijkbaar resultaat gerealiseerd zou kunnen worden als via bijvoorbeeld art. 6:162 BW.⁶⁷ Daarvoor lijkt de rechtbank ruimte te laten met haar overweging dat de “nadeelscompensatie” tot een geldelijke vergoeding zal leiden en dat verwijzing naar de schadestaat ter berekening van de schade, en daarmee van het nadeel dat [eiseres] lijdt ten gevolge van de dwaling, in dit geval is aangewezen. Het lijkt mij daarom goed om op deze plaats te benadrukken dat art. 6:230 lid 2 BW geen bron van een schadevergoedingsverbintenis is en daarmee wat mij betreft ook niet op één lijn kan worden gesteld.⁶⁸

4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. De procesinleiding in cassatie vangt aan met een samenvatting van de essentie van de zaak en een weergave van de uitgangspunten in cassatie (zonder klachten). Daarna worden vier onderdelen geformuleerd die uiteenvallen in respectievelijk twee, vier, zeven en drie subonderdelen. Tot slot volgt een ongenummerde voortbouwende klacht.

4.2. Het derde onderdeel betreft de kern van de zaak: het komt op tegen het oordeel dat de prognose deugdelijk is. Onderdeel 4 bevat klachten tegen de verwerping van de grondslagen bedrog en onrechtmatige daad, die ook is gegrond op het oordeel dat de prognose deugdelijk is, en richt zich verder tegen de verwerping van het beroep op misbruik van omstandigheden. Onderdeel 1 klaagt over de weigering om het proces-verbaal van de zitting van 22 april 2016 te verstrekken. In onderdeel 2 wordt opgekomen tegen het buiten beschouwing laten van een aantal incidentele grieven.

4.3. Naar mijn mening is het derde onderdeel gedeeltelijk terecht voorgesteld. Het hof had volgens mij moeten onderzoeken of Albert Heijn in de verstrekte prognose voldoende is ingegaan op de gezichtspunten met betrekking tot de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet voor [eiseres] als Albert Heijn-winkel. Dit raakt ook de verwerping van de grondslagen bedrog en onrechtmatige daad, die voortborduurde op het oordeel dat de prognose deugdelijk is. De overige klachten acht ik ongegrond. Hierna licht ik dit één en ander nader toe.

Weigering verstrekken proces-verbaal

4.4. Het *eerste onderdeel* richt zich tegen de weigering van het hof, ondanks herhaalde daartoe strekkende verzoeken van [eiseres], om een proces-verbaal van de pleitzitting van 22 april 2016 te verstrekken. Door te weigeren een proces-verbaal te verstrekken zou het hof hebben geoordeeld en beslist in strijd met de, mede in het licht van art. 6 en 13 EVRM geldende, rechtsregel dat het hof als feitenrechter gehouden is in vorderingszaken als de onderhavige een proces-verbaal van het verhandelde ter zitting te verstrekken teneinde de mogelijkheden tot het instellen van cassatieberoep tegen een daaropvolgend arrest te kunnen beoordelen en de tegen dat arrest te richten klachten te kunnen bepalen.

4.5. *Subonderdeel 1.1* werkt deze klacht als volgt uit. De feitenrechter maakt ambtshalve of op verzoek van een partij die daarbij belang heeft, een proces-verbaal op van het verhandelde ter zitting. Voor de verzoekschriftprocedure volgt dit uit art. 279 lid 4 en 290 lid 2 Rv en voor nieuwe vorderingszaken uit art. 30n Rv. Hetzelfde behoort te gelden voor dagvaardingszaken, zoals de onderhavige, die dateren van vóór 1 maart 2017.⁶⁹ Volgens rechtspraak van de Hoge Raad moeten partijen de inhoud van een proces-verbaal kunnen betrekken bij de beslissing of, en zo ja, op welke gronden een rechtsmiddel zal (kunnen) worden ingesteld. Partijen hebben reeds om die reden voldoende belang bij het proces-verbaal. Het verstrekken van het proces-verbaal mag daarom niet afhankelijk worden gesteld van het al dan niet ingesteld zijn van een rechtsmiddel.⁷⁰

4.6. In *subonderdeel 1.2* wordt geklaagd dat het oordeel van het hof ook blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting wanneer het hof deze rechtsregel niet heeft miskend, maar van oordeel was dat [eiseres] geen voldoende in rechte te respecteren belang heeft bij afgifte van het proces-verbaal. Het zou niet aan het hof, maar aan [eiseres] zijn om de inhoud van het proces-verbaal te betrekken in de beslissing of en, zo ja, in hoeverre en om welke redenen, de inhoud ervan voor beroep in cassatie relevant kan zijn. In aanmerking genomen de door art. 6 en 13 EVRM gewaarborgde toegang tot de rechter, mag in gevallen als het onderhavige bij een verzoek van (één van) partijen tot afgifte van het proces-verbaal dan ook steeds voldoende belang worden verondersteld. Verwezen wordt daarbij naar de wetsgeschiedenis bij art. 3:303 BW.⁷¹

4.7. De klachten uit het eerste onderdeel lenen zich voor een gezamenlijke gespreking.

4.8. Een pleidooi in eerste aanleg of hoger beroep (art. 134 Rv) heeft, evenals de comparitie na antwoord in eerste aanleg in een dagvaardingszaak (art. 131 Rv) en de mondelinge behandeling in een verzoekschriftprocedure in eerste aanleg of hoger beroep (art. 279 respectievelijk art. 361 Rv), onder meer tot doel dat de rechter partijen en belanghebbenden in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten. Onder de nieuwe KEI-wetgeving⁷² geldt die doelstelling van de mondelinge behandeling onverkort.⁷³

4.9. Voor zaken waarin niet digitaal wordt geprocedeerd en waarop de meeste regels⁷⁴ uit de KEI-wetgeving daarom niet toepasselijk zijn, bepaalt art. 88 lid 3 Rv onderscheidenlijk art. 279 lid 2 Rv dat een proces-verbaal wordt opgemaakt van de comparitie van partijen in een dagvaardingsprocedure en van de mondelinge behandeling in een verzoekschriftprocedure. Een overeenkomstig voorschrift geldt niet voor een pleidooi (art. 134 Rv).⁷⁵ Het bepaalde in art. 91 Rv maakt dat niet anders: die bepaling houdt in dat *in het geval* een proces-verbaal is opgemaakt, daarvan zo spoedig mogelijk afschrift aan partijen wordt verstrekt.⁷⁶ De KEI-wetgeving bevat wel een algemene regeling voor het opmaken van een proces-verbaal (art. 30n lid 1 Rv).⁷⁷ Vaststaat⁷⁸ dat art. 30n Rv van de KEI-wetgeving hier niet toepasselijk is.⁷⁹ Er is in deze zaak dus geen wettelijke grondslag die het hof verplichtte een proces-verbaal van het pleidooi op te stellen.

4.10. Over het *belang* bij het proces-verbaal merk ik het volgende op. Uw Raad oordeelde in een BOPZ-procedure dat de voorschriften over het opmaken en verstrekken van een proces-verbaal er onder meer toe strekken dat het proces-verbaal wordt betrokken bij de beslissing of een rechtsmiddel wordt ingesteld.⁸⁰ Eenzelfde belang geldt mijns inziens in dagvaardings-/vorderingsprocedures.⁸¹ Volgens het eerste onderdeel van het cassatiemiddel zou het hof hebben miskend dat [eiseres] belang heeft bij de inhoud van het proces-verbaal, omdat deze moet kunnen worden betrokken bij de beslissing over de vraag of, en op welke gronden, beroep in cassatie wordt ingesteld. In de aanbiedingsbrief

wordt namens [eiseres] daartoe een beroep gedaan op de brief van het hof Amsterdam van 10 mei 2016 (hiervoor randnummer 2.30). Het instellen van cassatieberoep was op dat moment echter nog niet aan de orde. Het eindarrest dateert immers van 14 maart 2017. Het hof heeft weliswaar ook bij brief van 16 juni 2017 bericht dat geen proces-verbaal zal worden verstrekt, maar in die brief is als reden vermeld dat de griffier niet meer werkzaam is bij het hof, dat het op basis van de aantekeningen van deze griffier niet mogelijk is gebleken een inhoudelijk proces-verbaal op te maken, met name met betrekking tot verklaring van [betrokkene 2], en dat de raadsheren hierover uit hun herinnering geen uitsluitel hebben kunnen geven (hiervoor randnummer 2.47). Er is dus geen reden om aan te nemen dat het hof zou hebben miskend dat [eiseres] belang heeft bij de inhoud van het proces-verbaal, omdat deze moet kunnen worden betrokken bij de beslissing over de vraag of, en zo ja op welke gronden, beroep in cassatie wordt ingesteld.

4.11. Tot slot verdient opmerking dat (het eerste onderdeel van) de procesinleiding in cassatie niet betoogt dat het gewezen arrest vanwege het ontbreken van het proces-verbaal onjuist of onbegrijpelijk zou zijn. Volgens [eiseres] is het proces-verbaal relevant vanwege de verklaring van [betrokkene 2] als bevestiging en herhaling van de in subonderdeel 3.4 vermelde gerechtelijke erkenning van Albert Heijn.⁸² In subonderdeel 3.4 verdedigt [eiseres] dat [betrokkene 2] bij de zitting van het hof op 22 april 2016 een gerechtelijke erkenning zou hebben herhaald. Deze gerechtelijke erkenning zou inhouden (1) dat de aan [eiseres] voorgehouden prognose volgens een andere (reken)methodiek is opgesteld dan de initiële prognose die Albert Heijn intern had gehanteerd bij de eigen investeringsbeslissing en (2) dat Albert Heijn in de aan [eiseres] voorgehouden prognose niet heeft betrokken het (nauwgezet) vestigingsplaatsonderzoek met gebruikmaking van het “GIS-systeem” van Geodan waarop Albert Heijn de omzetinschatting in de initiële prognose baseerde.⁸³ Deze erkenningen zouden, gelet op art. 348 Rv (gedekt verweer), in de weg staan aan het standpunt van Albert Heijn in appel dat de aan [eiseres] voorgehouden prognose in de zes fasen voortdurend is geëvolueerd aan de hand van dezelfde methodiek en met gebruik van één en dezelfde rekenkundige formule. Dit betoog leidt echter, ook indien juist, niet tot vernietiging van het bestreden arrest. Het hof heeft namelijk niet geoordeeld dat de aan [eiseres] voorgehouden prognose volgens dezelfde rekenmethodiek zou zijn opgesteld als de initiële interne prognose. Het hof heeft evenmin geoordeeld dat Albert Heijn in de aan [eiseres] voorgehouden prognose het (nauwgezet) vestigingsplaatsonderzoek met gebruikmaking van het “GIS-systeem” van Geodan zou hebben betrokken. Het oordeel van het hof houdt kort gezegd in dat Albert Heijn in de aan [eiseres] verstrekte prognose rekening mocht houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] als C1000-winkel op de wijze zoals zij heeft gedaan. Aan dat oordeel staat de gestelde gerechtelijke erkenning – zoals ik bij de bespreking van subonderdeel 3.4 zal toelichten (hierna randnummer 4.55) – naar mijn mening niet in de weg.

4.12. Dit brengt mij voor de onderhavige zaak tot de navolgende conclusies:

- er is in deze zaak geen wettelijke grondslag die het hof verplichtte een proces-verbaal van het pleidooi op te stellen (hiervoor randnummer 4.9);
- er is geen reden om aan te nemen dat het hof zou hebben miskend dat [eiseres] belang heeft bij de inhoud van het proces-verbaal, omdat deze kan worden betrokken bij de beslissing over het instellen van cassatie (hiervoor randnummer 4.10);
- het ontbreken van het proces-verbaal maakt het gewezen arrest niet onjuist of onbegrijpelijk (hiervoor randnummer 4.11).

4.13. Deze drie bevindingen brengen mij tot de slotsom dat het eerste onderdeel faalt.

Uitleg van de grieven

4.14. Het *tweede onderdeel* is gericht tegen de overweging in rov. 3.3. dat in de incidentele grieven B, G, H, I, J en L geen concrete bezwaren tegen het vonnis zijn geformuleerd en dat deze incidentele grieven daarom buiten beschouwing worden gelaten.

4.15. *Subonderdeel 2.1* klaagt allereerst dat het hof een te strenge maatstaf heeft gehanteerd bij de beoordeling of

sprake is van een grief. Uit rechtspraak van de Hoge Raad⁸⁴ volgt dat als grieven worden aangemerkt alle gronden die de (incidenteel) appellant aanvoert ten betoge dat de uitspraak behoort te worden vernietigd, waaronder een verandering of vermeerdering van eis in hoger beroep. Het hof zou die regel hebben miskend door te eisen dat [eiseres] concrete bezwaren tegen het bestreden vonnis formuleert.

4.16. Bij de beoordeling van dit gedeelte van subonderdeel 2.1 stel ik het volgende voorop. Volgens rechtspraak van Uw Raad zijn als grieven aan te merken alle gronden die tot vernietiging van de bestreden uitspraak strekken. Daaronder vallen ook een verandering of vermeerdering van (de gronden van) de eis in eerste aanleg.⁸⁵ Daarmee is afstand genomen van de eerder gebruikte omschrijving van een grief als “bezwaar tegen de uitspraak waarvan beroep”.⁸⁶ De appelgronden dienen behoorlijk naar voren te worden gebracht, zodat zij voor de rechter en de wederpartij voldoende kenbaar zijn.⁸⁷

4.17. In rov. 3.3. heeft het hof de kenbaarheid van de incidentele grieven beoordeeld. In dat kader heeft het hof vooropgesteld dat aan grieven als eis wordt gesteld dat daarmee de gronden die de appelland aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd, behoorlijk in het geding naar voren worden gebracht, zodat zij voor de appelrechter en de wederpartij voldoende kenbaar zijn. Die maatstaf is correct (hiervoor randnummer 4.15). Vervolgens heeft het hof vastgesteld dat [eiseres] in de incidentele grieven B, G, H, I, J en L geen concrete bezwaren tegen het bestreden vonnis heeft geformuleerd als gevolg waarvan niet duidelijk is tegen welk onderdeel van het vonnis gegriefd wordt en op welk(e) punt(en) het vonnis onjuist zou zijn. Naar de letter is die tweede maatstaf te beperkt. Ook een verandering of vermeerdering van (de gronden van) de eis in eerste aanleg is immers als een grief aan te merken. Uit het vervolg van het arrest blijkt echter dat het hof deze ruime uitleg van het begrip “grief” niet heeft miskend. [eiseres] heeft met de incidentele grieven C en D haar eis in hoger beroep mede gegrond op bedrog en misbruik van omstandigheden. Deze grondslagen zijn door het hof in rov. 3.11. en 3.12. inhoudelijk beoordeeld. Dit betekent dat het hof de genoemde tweede maatstaf niet op de door [eiseres] gewraakte (beperkte) wijze heeft toegepast. Het *eerste gedeelte van subonderdeel 2.1* faalt dus.

4.18. *Subonderdeel 2.1* betoogt verder dat het hof in aanmerking had moeten nemen dat de incidentele grieven B, G, H, I, J en L blijkens de memorie van antwoord in incidenteel appel⁸⁸ en de reactie tijdens het pleidooi⁸⁹ voor Albert Heijn voldoende kenbaar zijn geweest en dat Albert Heijn hiertegen dan ook verweer heeft gevoerd. Dat geldt in elk geval voor wat betreft de incidentele grieven G en H. *Subonderdeel 2.2* bouwt hierop voort en luidt als volgt:

“Daarmee, of daarnaast, heeft het hof met zijn oordelen in rov. 3.3 voor wat betreft de *incidentele grieven G, H, I, J en L* miskend dat gelet op de in de ‘memorie van antwoord tevens houdende eiswijziging, tevens houdende incidenteel appel’ gegeven toelichting bij deze incidentele grieven en de door het hof in rov. 3.2 bedoelde wijziging van eis [eiseres] met incidentele grieven G, H, I, J en L haar stellingen uit de eerste aanleg herhaalde in het kader van de weerlegging van de daarmee corresponderende⁹⁰ grieven in het principaal appel en in het licht van de in incidentele grieven C en D en het petitum van de memorie gewijzigde eis onder I sub a (bedrog) en b (misbruik van omstandigheden). Daartoe was [eiseres] ten aanzien van de afwijzende oordelen en beslissingen gehouden om wijziging in haar voordeel in het dictum te bewerkstelligen.”

4.19. Voor de beoordeling van dit tweede gedeelte van subonderdeel 2.1 en subonderdeel 2.2 is het volgende van betekenis. De incidentele grief B betreft de informatieplicht van Albert Heijn en is gecombineerd met het verweer tegen de principale grieven 2, 3, 4 en 5. De incidentele grief G gaat over dwaling en is gekoppeld aan de bespreking van de principale grieven 6 en 7. De incidentele grief L gaat over opschorting en verrekening en is gebundeld met de bespreking van de principale grief 10 (die opkomt tegen de afwijzing van de reconventionele vordering van Albert Heijn). De rechtbank heeft bij vonnis van 3 december 2014 op deze punten voor [eiseres] gunstige oordelen gegeven. De rechtbank heeft immers geoordeeld dat de aan [eiseres] verstrekte prognose ondeugdelijk is (rov. 4.7.-4.8.), dat [eiseres] zich terecht op dwaling beroept (rov. 4.13.-4.18.) en dat [eiseres] met betrekking tot de vordering in reconventie het recht op opschorting toekomt, in beginsel totdat kan worden beoordeeld of het beroep op verrekening kan slagen (rov. 4.34.).

4.20. De incidentele grief H heeft als onderwerp “geen exonatie” en is geïntegreerd met de weerlegging van de principale grief 8. De incidentele grieven I en J gaan over schade en nadeel en zijn samengevoegd met het verweer tegen de principale grief 9. Het gaat hier in de kern om verwerpen van Albert Heijn waarop de rechtbank niet in het

nadeel van [eiseres] heeft beslist. De rechtbank heeft niet geoordeeld dat Albert Heijn een beroep toekomt op een exoneratie. De rechtbank heeft verder geoordeeld dat de “nadeelscompensatie” tot een geldelijke vergoeding zal leiden en dat verwijzing naar de schadestaat ter berekening van de schade, en daarmee het nadeel dat [eiseres] lijdt ten gevolge van de dwaling, in dit geval aangewezen is (rov. 4.21.).

4.21. Dit betekent dat de genoemde incidentele grieven B, G, H, I, J en L enerzijds gaan over thema's waarop [eiseres] door de rechtbank in het gelijk is gesteld en anderzijds gaan over verweren van Albert Heijn die door de rechtbank niet zijn gehonoreerd. [eiseres] heeft daarom mijns inziens in zoverre geen gronden naar voren gebracht die strekken tot vernietiging van de bestreden uitspraak. Deze onderwerpen horen tegen die achtergrond thuis bij (de beoordeling van) het principaal hoger beroep. Bij die stand van zaken mocht het hof in rov. 3.3. oordelen dat de voornoemde incidentele grieven niet voldoen aan de daaraan te stellen eisen.

4.22. In subonderdeel 2.1 heeft [eiseres] nog naar voren gebracht dat uit het verweer van Albert Heijn blijkt dat de betreffende incidentele grieven voor haar kenbaar waren. [eiseres] verwijst daartoe naar een aantal passages uit de memorie van antwoord in incidenteel appel. Uit deze passages maak ik niet op dat Albert Heijn de genoemde incidentele grieven heeft opgevat als gronden die volgens [eiseres] tot vernietiging van de bestreden uitspraak behoren te leiden. Randnummers 2.2-2.3 van de memorie van antwoord in incidenteel appel wijzen juist op het tegendeel:

“2.2. Voorts is van groot belang in deze dat [eiseres] ten aanzien van incidentele grieven A (feiten), B (Informatieplicht AFH [Albert Heijn, A-G]), D (Misbruik), G (dwaling), H (geen exoneratie), I (schade), J (nadeel) en L (Opschorting en verrekening) geen concrete grief heeft geformuleerd. [eiseres] maakt niet duidelijk tegen welke onderdelen van het vonnis en rechtsoverwegingen van de rechtbank in eerste aanleg gegriefd wordt en welke rechtsoverwegingen in haar visie onjuist zouden zijn in dit vonnis.

2.3. Op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient uit een grief kenbaar te blijken op welke gronden het vonnis vernietigd zou moeten worden. De geïntimeerde dient immers te weten waartegen zij zich dient te verweren. Aangezien het voor AHF volstrekt onduidelijk is welke geschilpunten [eiseres] met deze grieven aan Uw Gerechtshof wenst voor te leggen, dienen deze grieven als ongeschreven te worden beschouwd.”

4.23. In subonderdeel 2.2 wordt nog aangedragen dat de genoemde incidentele grieven B, G, H, I, J en L dienen te worden gelezen in het licht van de in incidentele grieven C en D en het petitum van de memorie van antwoord, tevens houdende eisenwijziging, tevens houdende incidenteel appel gewijzigde eis onder I. sub a (bedrog) en b (misbruik van omstandigheden). De uitleg van de grie-

ven – en daarmee de vraag of, en in hoeverre, van een grief sprake is – is echter in beginsel voorbehouden aan het hof als hoogste feitenrechter en slechts op begrijpelijkheid toetsbaar.⁹¹ Het subonderdeel wijst niet op passages uit de gedingstukken die onbegrijpelijk zouden maken dat het hof deze grieven niet in onderlinge samenhang heeft gelezen.

4.24. Gelet op het vorenstaande behoefde het hof uit de genoemde incidentele grieven B, G, H, I, J en L niet te begrijpen dat [eiseres] daarmee gronden heeft aangedragen die tot vernietiging van de bestreden uitspraak strekken. Met zijn oordeel in rov. 3.3. heeft het hof hieraan uitdrukking gegeven. Dat oordeel is dus niet onjuist of onbegrijpelijk.

4.25. Dit betekent dat ook *subonderdeel 2.1 (tweede gedeelte)* en *subonderdeel 2.2* falen.

4.26. Subonderdeel 2.3 bestaat uit twee sub-subonderdelen, aangeduid als a en b. Volgens *subonderdeel 2.3 onder a* is onjuist of onbegrijpelijk dat het hof met betrekking tot de incidentele grief B oordeelt dat geen duidelijke bezwaren tegen het vonnis zijn geformuleerd. Blijkens de aanhef en de toelichting keerde [eiseres] zich met deze grief tegen rov. 4.9. en 4.10. van het vonnis. Met deze grief heeft [eiseres], in het kader van de weerlegging van de grieven 2, 3, 4 en 5 in het principaal appel, het oordeel van de rechtbank in rov. 4.10. bestreden dat op Albert Heijn als franchisegever geen verplichting rust [eiseres] als franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst. [eiseres] heeft daartoe aangevoerd dat die zorgplicht bij werving van de franchisenemers voortvloeit uit ongeschreven recht waaronder de Europese Erecode inzake Franchising 1972 (hierna: de Erecode), zoals is uitgewerkt in de incidentele grief E. *Subonderdeel 2.3 onder b* betoogt dat het hof in dat licht ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] niet heeft betwist dat, behoudens bijzondere afspraken, uit de redelijkheid en billijkheid geen algemene regel voortvloeit dat op de

franchisegever de verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst.

4.27. *Subonderdeel 2.3 onder a* faalt bij gebrek aan belang. In rov. 3.4. heeft het hof namelijk overwogen dat [eiseres] met grief E heeft gesteld dat de rechtbank in rov. 4.10. van het bestreden vonnis ten onrechte heeft overwogen dat op Albert Heijn geen verbintenis rust tot het verschaffen van inlichtingen zoals omzetprognoses gedurende de precontractuele fase. In rov. 3.4. heeft het hof verder in het kader van de bespreking van de incidentele grief E het betoog van [eiseres] beoordeeld dat de Erecode de verplichting op Albert Heijn legt gedurende de precontractuele fase omzetprognoses aan [eiseres] te verstrekken. Dit betekent dat de in het subonderdeel genoemde gronden die volgens [eiseres] in de incidentele grief B naar voren zijn gebracht door het hof in het kader van de bespreking van de incidentele grief E zijn beoordeeld.

4.28. *Subonderdeel 2.3 onder b* faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft namelijk niet overwogen dat [eiseres] niet heeft betwist dat, behoudens bijzondere afspraken, uit de redelijkheid en billijkheid geen algemene regel voortvloeit dat op de franchisegever de verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst. Het hof heeft in rov. 3.4. overwogen dat [eiseres] niet betwist dat *uit de jurisprudentie* (HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**), behoudens bijzondere omstandigheden, niet een algemene regel voortvloeit dat op de franchisegever de verbintenis rust om een franchisenemer in te lichten over de te verwachten omzet of winst. Het subonderdeel wijst niet op een stelling waarmee [eiseres] gemotiveerd heeft betoogd dat uit de jurisprudentie wel een zodanige algemene regel voortvloeit. Overigens heb ik een stelling van die strekking evenmin in de gedingstukken gelezen.

4.29. Dit betekent dat *subonderdeel 2.3* geen doel treft.

4.30. *Subonderdeel 2.4* houdt in dat het buiten beschouwing laten van de incidentele grieven B, G, H, I, J en L het hof er niet toe had mogen brengen ook de toelichting op deze grieven buiten beschouwing te laten. Als het hof van oordeel is geweest dat de toelichting op deze grieven niet in zijn verdere beoordeling van het hoger beroep mocht worden betrokken, dan heeft het hof, in strijd met art. 24 Rv, niet geoordeeld en beslist met inachtneming van al hetgeen [eiseres] heeft gesteld. Dit zou temeer gelden voor de incidentele grieven G, H, I, J en L waarmee [eiseres] haar stellingen en verweren in reactie op de corresponderende grieven⁹² in het principaal appel heeft herhaald. In zoverre was het namelijk, gezien de devolutieve werking van het appel, niet nodig om incidenteel hoger beroep in te stellen. Althans is onduidelijk of, en op welke wijze, het hof in zijn beoordeling heeft betrokken hetgeen [eiseres] in het kader van de weerlegging van de met de incidentele grieven B, G, H, I, J en L corresponderende grieven in het principaal appel⁹³ had aangevoerd.

4.31. Voor zover het subonderdeel betoogt dat de toelichting op de genoemde incidentele grieven bij de beoordeling van het *incidenteel beroep* had moeten worden betrokken, stuit het af op hetgeen in rov. 3.3. is overwogen. Het hof heeft hierin tot uitdrukking gebracht dat in de genoemde incidentele grieven geen gronden zijn aangedragen die tot vernietiging van de bestreden uitspraak strekken. Deze overweging heeft kennelijk mede betrekking op de toelichting op de genoemde incidentele grieven. In het subonderdeel wordt ook niet gewezen op concrete stellingen in de toelichting op deze incidentele grieven die tot vernietiging van de bestreden uitspraak zouden strekken. Voor zover het subonderdeel betoogt dat de toelichting op de genoemde incidentele grieven ten onrechte niet is betrokken bij de beoordeling van het *principaal appel* mist het onderdeel feitelijke grondslag. De betreffende toelichtingen betreffen mede het verweer tegen de principale grieven 2 tot en met 10. Het arrest bevat geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat dit verweer buiten beschouwing zou zijn gelaten. Het subonderdeel wijst overigens ook niet op concrete verweren die in de toelichtingen op incidentele grieven B, G, H, I, J en L (tevens verweer tegen principale grieven 2 tot en met 10) zouden zijn gevoerd, doch door het hof zouden zijn miskend.

4.32. *Subonderdeel 2.4* treft dus evenmin doel. Dit betekent dat onderdeel 2 faalt.

Deugdelijkheid van de prognose

4.33. Het derde onderdeel komt op tegen het oordeel in rov. 3.4. dat op Albert Heijn niet de verplichting rustte om in de

precontractuele fase omzetprognoses te verschaffen, waaronder de initiële omzetprognose in fase 4 van het door haar uitgevoerde onderzoek. Het onderdeel richt zich ook tegen de in rov. 3.5.-3.10. gegeven oordelen (1) dat Albert Heijn, op de wijze zoals zij heeft gedaan, in de aan [eiseres] verstrekte prognose rekening mocht houden met de weekomzetten van [eiseres] als C1000-winkel en (2) dat daaruit volgt dat niet kan worden vastgesteld dat de aan [eiseres] verstrekte prognose ondeugdelijk is.

4.34. *Subonderdeel 3.1* richt zich tegen het oordeel dat op Albert Heijn niet de verplichting rustte om in de precontractuele fase omzetprognoses aan [eiseres] te verschaffen. Daartoe wordt gewezen op de Erecode en de daarin opgenomen derdenbedingen (in de zin van art. 6:253 BW). Deze normen worden ingevolge art. 3:12 BW aangemerkt als in Nederland geldende rechtsovertuigingen en dienen dan ook te worden betrokken bij de beoordeling van de uit de eisen van redelijkheid en billijkheid en/of de maatschappelijke zorgvuldigheid voortvloeiende verplichtingen van de franchisegever. Op grond van de door [eiseres] aangevoerde⁹⁴ bepalingen uit de Erecode en/of de in de bedrijfstak vigerende normen geldt daarom wel een verplichting voor Albert Heijn om [eiseres] in de precontractuele fase alle informatie en overige gegevens te verstrekken die voor [eiseres] nodig waren om tot het sluiten van de franchiseovereenkomst te kunnen beslissen. Anders dan het hof heeft geoordeeld, is daarvoor niet vereist dat partijen in de franchiseovereenkomst of in de correspondentie aan die Erecode hebben gerefereerd. Het hof heeft daarom ten onrechte geoordeeld dat op Albert Heijn geen afdwingbare verplichting rustte om aan [eiseres] omzetprognoses te verstrekken, waaronder de initiële omzetprognose uit fase 4 van het door Albert Heijn uitgevoerde onderzoek.

4.35. Ik stel bij de bespreking van deze klacht voorop dat, zoals hiervoor reeds in randnummer 3.14 is besproken, uit het arrest *Paalman/Lampenier* volgt dat er in beginsel geen verplichting op de franchisegever rust om in de precontractuele fase aan de franchisenemer omzetprognoses te verstrekken. Voor zover met de klacht wordt betoogd dat de genoemde bepalingen uit de Erecode en/of de in de bedrijfstak vigerende normen als algemene regel zouden meebrengen dat op franchisegevers de verbintenis c.q. rechtsplicht rust franchisenemers juist en deugdelijk in te lichten en te informeren over de verwachte omzet/winst – waardoor de franchisegever rechtens gehouden is in de precontractuele fase de franchisenemer inlichtingen zoals omzetprognoses te verstrek-

ken –, faalt de klacht. Een zodanige algemene regel kan, gezien het arrest *Paalman/Lampenier*, niet als juist worden aanvaard. Voor zover wordt bepleit dat er in de gegeven (specifieke) omstandigheden van het geval een verplichting zou bestaan om alle informatie te verstrekken die voor [eiseres] nodig was om tot het sluiten van de franchiseovereenkomst te kunnen beslissen, treft de klacht evenmin doel. Het subonderdeel wijst namelijk niet op stellingen over zodanige (specifieke) omstandigheden. Overigens wordt 's hofs oordeel ook gedragen door de overweging in rov. 3.10. dat de door Albert Heijn verstrekte omzetprognose deugdelijk was. Dit oordeel kan namelijk tot de slotsom leiden dat Albert Heijn in de precontractuele fase de informatie en overige gegevens heeft verstrekt die voor [eiseres] nodig waren om een beslissing te kunnen nemen over het al dan niet aangaan van de franchiseovereenkomst. *Subonderdeel 3.1* is dus vergeefs voorgesteld.

4.36. Ik kom nu toe aan de *subonderdelen 3.2 en 3.3* die zich voor gezamenlijke behandeling lenen.

4.37. *Subonderdeel 3.2* komt op tegen de rechtsoverwegingen 3.4. tot en met 3.10. Volgens het subonderdeel heeft het hof zich bij de verdere beoordeling van het hoger beroep ten onrechte beperkt tot de (bevestigende) beantwoording van de vraag of Albert Heijn bij het opstellen van de prognose rekening had mogen houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] onder de C1000-formule op de wijze zoals zij heeft gedaan. Het hof zou daarmee voorbij zijn gegaan aan de (essentiële) stelling dat – anders dan in de door Albert Heijn intern gehouden “initiële prognose” uit 2011 – in de verstrekte prognose geen rekening is gehouden met andere variabelen, waaronder de omzeteffecten van de exploitatie van een prijsgerichte supermarkt onder de C1000-formule in vergelijking met die van een servicegerichte supermarkt onder de Albert Heijn-formule.⁹⁵ [eiseres] wijst er daartoe op dat de rechtbank dit verschil tussen de prognoses in rov. 4.6. en 4.7. (in appel onbestreden)⁹⁶ heeft vastgesteld. Zij wijst verder op de overweging van de rechtbank in rov. 4.7. dat het enkele feit dat de werkelijke weekomzet van [eiseres] als C1000-winkel in 2011 onbekend was en in 2012 hoger bleek te zijn dan Albert Heijn aanvankelijk had ingeschat, het verschil tussen de prognoses niet kan verklaren.

4.38. Het andersluidende oordeel van het hof kan, aldus het middel, niet worden gedragen door de overweging dat de

werkelijke weekomzet een goede voorspeller is van de toekomst, dat [eiseres] een goede match had met het marktgebied en dat alle variabelen van de C1000-winkel hetzelfde zouden blijven maar dat alleen de formule zou veranderen. Daarmee is niet duidelijk hoe het hof tot het oordeel heeft kunnen komen dat de formulewisseling van een prijsgerichte naar een servicegerichte supermarkt geen effect zou hebben op de omzet en de geprognosticeerde gemiddelde weekomzet in het derde jaar dus gelijk zou zijn aan de werkelijke weekomzet van [eiseres] als C1000-supermarkt.

4.39. *Subonderdeel 3.3* bestaat uit drie sub-subonderdelen, aangeduid als a, b en c. *Subonderdeel 3.3 onder a* klaagt dat onbegrijpelijk is dat [eiseres] naar het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de werkelijke weekomzet een goede voorspeller is voor de toekomst. [eiseres] wijst ook in dat verband op haar stelling dat Albert Heijn zich niet volledig zou mogen baseren op de werkelijke weekomzet die [eiseres] als C1000-winkel behaalde. Zij had hierbij ook de andere – in de initiële prognose wel betrokken – variabelen moeten meenemen, waaronder de effecten van de formulewisseling van een prijsgerichte C1000-winkel naar een servicegerichte Albert Heijn-winkel, en het vestigingsplaatsonderzoek met gebruikmaking van het “GIS-systeem” van Geodan (quickscan). *Subonderdeel 3.3 onder b* acht gezien deze essentiële stelling ook onbegrijpelijk de overweging in rov. 3.9. dat voor [eiseres] op grond van de Ondernemersnotitie duidelijk was dat de werkelijke omzet in de berekening van het omzetspotentieel is meegenomen. Volgens *subonderdeel 3.3 onder c* is in dat licht eveneens onbegrijpelijk dat het hof heeft overwogen dat [eiseres] zelf ook ervan is uitgegaan dat de prognoses reëel waren. In dat verband wijst zij op haar stellingen dat sprake is van dwaling, bedrog en misleidende mededelingen van Albert Heijn.⁹⁷

4.40. Bij de beoordeling van subonderdelen 3.2 en 3.3 stel ik het volgende voorop. Albert Heijn heeft aanvankelijk een inschatting gemaakt van de omzet in de situatie na de overname zonder bekend te zijn met de werkelijke weekomzet van [eiseres] als C1000-winkel.⁹⁸ Dit blijkt uit de beschrijving van de zes fasen van de prognose door Albert Heijn (randnummers 11 e.v. van de conclusie van antwoord) die is opgenomen in rov. 4.4. van het vonnis (hiervoor randnummer 2.9). Na het beschikbaar komen van de gegevens omtrent de werkelijke weekomzet van [eiseres] als C1000-winkel heeft Albert Heijn een omzetprognose met betrekking tot de situatie na de overname opgesteld.

4.41. Over deze omzetinschatting en omzetprognose staat het volgende vast.

4.42. In de periode van september 2011 tot en met maart 2012 (fasen 1-4) is een inschatting gemaakt van de omzet die de winkel van [eiseres] in het derde jaar na de overname onder de Albert Heijn-formule zou maken. Deze inschatting was gebaseerd op (1) regelmatige bezoeken aan de C1000-winkel, (2) een beoordeling aan de hand van het Geografisch Informatie Systeem waarbij rekening is gehouden met de volgende gegevens: waar ligt de winkel, wat zijn de voornaamste concurrenten, hoe past de winkel in het Albert Heijn-netwerk, hoeveel mensen wonen in de kern, welke inkomensindex heeft de kern, hoe ziet de buurtstructuur eruit, zijn er plannen die spelen voor de omgeving, welke omzet en welk marktaandeel wordt gehaald door vergelijkbare Albert Heijn-winkels? en (3) de ervaringen die zijn opgedaan bij de overname van 56 C1000-winkels door Albert Heijn in 2008. Voor de winkel van [eiseres] als C1000 was de omzet in deze fase ingeschat op € 275.000,-- per week. De omzet van de winkel van [eiseres] onder de Albert Heijn-formule is in het derde jaar na de overname op € 250.000,-- per week gesteld (vonnis, rov. 4.4., onbestreden). Deze inschatting is niet aan [eiseres] kenbaar gemaakt (vonnis, rov. 4.7., in zoverre onbestreden).

4.43. Na het beschikbaar komen van de gegevens omtrent de omzet van [eiseres] als C1000-winkel in verband met het *due diligence*-onderzoek in april 2012 is een omzetprognose opgesteld. Deze prognose is gebaseerd op de werkelijke weekomzet van de winkel van [eiseres] onder de C1000-formule. Deze werkelijke weekomzet bedroeg

€ 300.000,--. In deze prognose is voor de eerste twee jaar na de overname rekening gehouden met een correctie voor de formulewisseling van C1000 naar Albert Heijn. Voor het eerste jaar is rekening gehouden met een omzetsdaling van 7% in plaats van de 2% waarmee Albert Heijn in 2008 bij de zojuist genoemde wisseling van de C1000-formule naar de Albert Heijn-formule in het eerste jaar te maken kreeg. Voor het derde jaar is niet (langer) een correctie toegepast. Op basis van deze gegevens is in de prognose een weekomzet geprognosticeerd van € 280.000,-- in het eerste jaar na de overname, € 295.800,-- voor het tweede jaar en

€ 315.200,-- voor het derde jaar (arrest, rov. 3.7., in zoverre onbestreden). Deze prognose is aan [eiseres] verstrekt (vonnis, rov. 4.7., in zoverre onbestreden).

4.44. [eiseres] heeft gesteld dat in de verstrekte omzetprognose niet de gezichtspunten zijn betrokken die zien op de invloed van de lokale omstandigheden op de verwachte omzet *als Albert Heijn-winkel* en die bij de aanvankelijke inschatting wél zijn betrokken. Die gezichtspunten zijn volgens haar wel relevant. [eiseres] heeft hierover in

de – in voetnoot 8 van de procesinleiding genoemde – randnummers 3.42, 3.45, 3.66 en 3.73-3.75 van de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, het volgende aangevoerd:

“3.42. AHF maakt derhalve een tweedeling in de gemaakte prognoses. De eerste episode (fase 1 tot en met fase 4) werd een omzetinschatting gemaakt aan de hand van een nauwgezet vestigingsplaatsonderzoek, met gebruikmaking van het GIS-systeem van Geodan (de zogenaamde ‘Quickscan’). De uitkomsten hiervan zijn niet met [eiseres] gedeeld. De tweede episode is gebaseerd op de gemiddelde weekomzet die [eiseres] onder de C1000 formule behaalde. De uitkomst hiervan is wel met [eiseres] gedeeld. (...)

3.45. De eerste episode betreft de periode april 2011 tot en met maart 2012 en behelst fasen 1 tot en met 4. De in deze episode ingeschatte omzetten zijn gebaseerd op een zogenaamde ‘Quickscan’, gebaseerd op een GIS onderzoek, (mede) uitgevoerd aan de hand van het externe bureau Geodan, gekoppeld aan (bonuskaart) gegevens van Ahold. Het onderzoek is in deze episode gebaseerd op een enorme hoeveelheid data en parameters die op geautomatiseerde wijze verwerkt en geanalyseerd worden. Met de resultante van het onderzoek uit deze eerste episode werd een weekomzet ingeschat van € 250.000,- in jaar 3. Naar aanleiding van die prognose heeft AHF afgewogen of de verwer[v]ing van het C1000 vestigingspunt van [eiseres] voor AHF interessant was. Nu dit het geval was, heeft AHF in haar persbericht van 26 april 2012 aangegeven dat onder meer het vestigingspunt van [eiseres] door Ahold verworven is en er een Albert Heijn gevestigd zal worden. (...)

3.66. De aan [eiseres] voorgehouden prognose voor de weekomzet onder de Albert Heijn formule, is berekend door er vanuit te gaan dat [eiseres] de laatst bekende gemiddelde weekomzet onder de C1000 formule in jaar 3 zou evenaren, na een groeiperiode, om voorts exponentieel door te groeien. (...)

3.73. AHF erkent evenwel in randnummer 3.3.8, randnummer 3.3.9 en randnummer 3.3.10 van haar memorie van grieven het significante verschil tussen enerzijds het karakter van de C1000 formule en anderzijds de Albert Heijn formule. De C1000 formule wordt als goedkoop ervaren en de Albert Heijn formule als duurder en servicegericht. In eerste aanleg zette [eiseres] zulks al onbetwist uiteen. Ook richtte AHF geen grief tegen het oordeel in het bestreden vonnis in randnummer 4.22 dat de C1000 formule prijsgericht is en de Albert Heijn formule servicegericht is.

3.74. Het verschil in aantrekkingskracht van prijsgerichte en service gerichte supermarkten wordt grote[r] bij economisch ‘zwaar weer’. Ook is dit van belang bij een hoge concentratiegraad van supermarkten. In het marktgebied is er sprake van een zeer hoge concentratiegraad van supermarkten, van zelfs 54% hoger dan gemiddeld. Een hoge concentratiegraad betekent dat de bevolking gemakkelijk voor alternatieven kan kiezen en dus eerder geneigd is om bij verschillende supermarkten boodschappen te doen.

3.75. Deze factoren maken ook dat de methodiek die in de tweede episode zou zijn gehanteerd, ondeugdelijk is.”

4.45. Albert Heijn heeft bestreden dat in de verstrekte omzetprognose onvoldoende rekening zou zijn gehouden met de lokale omstandigheden (memorie van grieven, randnummer 4.5.3 (toelichting op grief 5)). Zij betoogt dat alle fases tezamen hebben geleid tot één omzetprognose (memorie van grieven, randnummers 3.3.1-3.3.19 (Totstandkoming prognose)).

4.46. Het hof is niet ingegaan op de vraag of de gezichtspunten over de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet *als Albert Heijn-winkel* in de verstrekte omzetprognose zijn betrokken. Het hof heeft wel overwogen dat de aan [eiseres] verstrekte prognose ter controle is getoetst aan de standaard rekenmethodiek waarin ook de specifieke voor de locatie relevante omstandigheden een belangrijke rol speelden (rov. 3.9.). Bij die controle is echter, zo blijkt uit de volgende zin van rov. 3.9., gebruik gemaakt van het marktaandeel van [eiseres] als C1000. Of in de verstrekte omzetprognose rekening is gehouden met de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet *als Albert Heijn-winkel* heeft het hof dus in het midden gelaten. Op grond van het leerstuk van de hypothetische feitelijke grondslag⁹⁹ moet daarom in cassatie worden uitgegaan van de juistheid van de stelling van [eiseres] te dien

aanzien. Dit betekent dat er in cassatie van moet worden uitgegaan dat de inschatting van de omzet (fasen 1-4) en de omzetprognose (fasen 5- 6) op wezenlijk verschillende uitgangspunten berusten.

4.47. Het verschil tussen de inschatting van de omzet (fasen 1-4) en de omzetprognose (fasen 5-6) komt ook in de uitkomst tot uitdrukking. Volgens de inschatting moet in het derde jaar na de overname immers rekening worden gehouden met een lagere omzet (€ 250.000,-- per week) dan [eiseres] naar schatting als C1000 behaalde

(€ 275.000,-- per week) (hiervoor randnummer 4.42). Het gaat dus per saldo om een correctie van € 25.000,-- per week in het derde jaar. In de omzetprognose wordt de verwachte omzet in het derde jaar na de overname echter gelijkgesteld aan de omzet van [eiseres] als C1000 (hiervoor randnummer 4.43). De rechtbank heeft dit verschil in rov. 4.6. benoemd en in rov. 4.7. overwogen dat Albert Heijn hiervoor, ook na uitgebreide vragen ter zitting, geen verklaring heeft kunnen geven. Een correctie van € 25.000,-- per week komt overeen met een omzetverschil van circa € 1.250.000,-- per jaar, hetgeen niet verwaarloosbaar is te noemen.

4.48. Een omzetverwachting behelst een inschatting van (naar hun aard onzekere) toekomstige ontwikkelingen. Het is op zich begrijpelijk dat verschillende gezichtspunten in ogenschouw zijn genomen om tot een goede inschatting van deze toekomstige ontwikkelingen te komen.

4.49. Voor mij zit de *pièce de résistance* hierin dat de genoemde gezichtspunten met betrekking tot de invloed van de lokale omstandigheden blijkens de initiële omzetinschatting kennelijk een veel minder rooskleurig beeld geven over de verwachte omzet van [eiseres] onder de Albert Heijn-formule dan de verstrekte omzetprognose schetst op basis van de werkelijke omzet met een correctiepercentage voor de eerste twee jaar in verband met de formulewisseling. De initiële inschatting gaat voor het derde jaar na de overname uit van een substantieel lagere omzet voor [eiseres] dan zij onder de C1000-formule had. De initiële omzetinschatting is echter niet aan [eiseres] verstrekt en zij is hierover ook niet geïnformeerd. In de omzetprognose is die correctie zonder duidelijke verklaring niet meer opgenomen.

4.50. De verstrekte omzetprognose vertelt bij die stand van zaken niet het gehele verhaal over de bij Albert Heijn bekende gegevens. Dat is bij uitstek een situatie die dwaling kan opleveren.

4.51. De overwegingen dat de werkelijke weekomzet een goede voorspeller is voor de toekomst (rov. 3.8.) en dat in de rekenmethodiek gebruik is gemaakt van het lokale marktaandeel binnen de directe invloedssfeer (DIS) van de supermarkt en buiten de directe lokale invloedssfeer (rov. 3.9.) kunnen niet de slotsom dragen dat Albert Heijn met de verstrekte omzetprognose een volledig beeld heeft geschetst. Die overwegingen hebben geen betrekking op de genoemde gezichtspunten over de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet van [eiseres] *als Albert Heijn-winkel*. Ook de overweging dat [eiseres] een goede match had met het marktgebied en dat die match blijkt uit de gemiddelde inkomensindex van 101 (rov. 3.8.), kan niet het oordeel dragen dat Albert Heijn met de verstrekte omzetprognose een volledig beeld heeft geschetst. De inkomensindex is slechts één van (de vele) in de initiële inschatting genoemde gezichtspunten over de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet voor [eiseres] als Albert Heijn-winkel (zie in dat verband de opsomming in randnummer 4.42 hiervoor).

4.52. Het hof heeft derhalve mijns inziens niet mogen volstaan met zijn oordeel dat Albert Heijn, op de wijze zoals zij heeft gedaan, in de prognose rekening mocht houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] als C1000-winkel en dat daaruit volgt dat niet kan worden vastgesteld dat de verstrekte prognose ondeugdelijk was (rov. 3.10.). Het hof diende ook te onderzoeken of Albert Heijn in de verstrekte prognose voldoende is ingegaan op de genoemde gezichtspunten met betrekking tot de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet voor [eiseres] als Albert Heijn-winkel. De relevantie blijkt genoegzaam uit de in de initiële inschatting voor het derde jaar genoemde correctie van

€ 25.000,-- per week.

4.53. Nu het hof dit niet heeft onderzocht, treffen de hierop gerichte klachten van *subonderdelen 3.2 en 3.3* doel.

4.54. *Subonderdeel 3.4* klaagt dat het hof bij de beoordeling van de principale grieven 4 en 5 in rov. 3.5. tot en met 3.10. het primaire verweer¹⁰⁰ van [eiseres] niet (kenbaar) in zijn beoordeling zou hebben betrokken. Dit primaire

verweer houdt volgens [eiseres] in dat Albert Heijn in eerste aanleg ter terechtzitting van de rechtbank van 7 juli 2014 heeft erkend (i) dat de aan [eiseres] voorgehouden prognose volgens een andere (reken)methodiek is opgesteld dan de interne initiële prognose en (ii) dat Albert Heijn in de aan [eiseres] voorgehouden prognose niet heeft betrokken het (nauwgezette) vestigingsplaatsonderzoek met gebruikmaking van het "GIS-systeem" van Geodan waarop Albert Heijn de omzetinschatting in de initiële prognose baseerde. Volgens [eiseres] staat deze gerechtelijke erkenning in de weg aan het standpunt van Albert Heijn dat de aan [eiseres] voorgehouden prognose in de periode van september 2011 tot en met mei 2012 in zes fasen is geëvolueerd aan de hand van dezelfde methodiek en met gebruik van één en dezelfde rekenkundige formule. Het hof heeft de verklaringen van Albert Heijn ten onrechte niet, zoals [eiseres] betoogde, als een gerechtelijke erkenning aangemerkt (art. 154 Rv). Met de genoemde verklaring erkende Albert Heijn immers dat sprake is van twee ongelijke prognoses. Verder heeft het hof het primaire verweer ten onrechte niet, ambtshalve, beoordeeld als een beroep op een gedekt verweer als bedoeld in art. 348 Rv. Uit de genoemde verklaring blijkt namelijk dat Albert Heijn tijdens de zitting van de rechtbank reeds het verweer heeft prijsgegeven dat zij in hoger beroep ter toelichting op de grieven 4 en 5 aanvoerde. Indien het hof dit alles niet heeft miskend, dan is zijn oordeel onbegrijpelijk. Uit de in rov. 3.5. e.v. gegeven motivering kan niet worden opgemaakt waarom het hof van oordeel is dat hier geen sprake is van een gerechtelijke erkenning die in de weg stond aan beoordeling en gegrondbevinding van grieven 4 en 5 in het principaal appel.

4.55. Wat mij betreft faalt de klacht van *subonderdeel 3.4*. Voor zover de klacht betoogt dat het hof voorbij is gegaan aan de (volgens [eiseres] erkende) stelling dat de initiële prognose is gebaseerd op een andere methodiek dan de aan [eiseres] verstrekte prognose, mist zij feitelijke grondslag. Het hof heeft niet geoordeeld dat de aan [eiseres] voorgehouden prognose volgens dezelfde rekenmethodiek zou zijn opgesteld als de initiële interne prognose. Het hof heeft immers in rov. 3.7. overwogen dat Albert Heijn bij de initiële prognose is uitgegaan van geschatte weekomzetten en dat bij de aan [eiseres] verstrekte prognose de daadwerkelijke omzetten tot uitgangspunt zijn genomen. Verder heeft het hof blijkens rov. 3.8. ook onderkend dat Albert Heijn in fase 1 de weekomzet van [eiseres] als C1000-winkel heeft ingeschat op

€ 275.000,-- en de weekomzet in fase 4 als Albert Heijn in het derde jaar na de ombouw op

€ 250.000,-- heeft gesteld. Anders dan het subonderdeel meent, is het oordeel van het hof evenmin in strijd met een (eventuele) erkenning van de stelling dat Albert Heijn in de aan [eiseres] voorgehouden prognose niet het (nauwgezet) vestigingsplaatsonderzoek met gebruikmaking van het "GIS-systeem" van Geodan zou hebben betrokken. Het oordeel van het hof in rov. 3.10. houdt namelijk kort gezegd in dat Albert Heijn, op de wijze zoals zij heeft gedaan, in de aan [eiseres] verstrekte prognose rekening mocht houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] als C1000-winkel. *Subonderdeel 3.4* is daarom vergeefs voorgesteld.

4.56. In *subonderdeel 3.5* klaagt [eiseres] over het passeren van haar bewijsaanbod. Daartoe wordt het volgende aangedragen. Blijkens rov. 3.9. is het hof van oordeel dat Albert Heijn gemotiveerd heeft weerlegd dat de rekenkundige formule, die zij voor de door haar aan [eiseres] verstrekte prognose hanteerde, ondeugdelijk zou zijn om tot een omzetinschatting te komen en kennelijk is bedacht om de werkelijke gang van zaken te verhullen.¹⁰¹ Op de voet van art. 149 lid 1 en 150 Rv rust op [eiseres] de bewijslast omtrent haar stelling over de gehanteerde rekenmethode. Daarvoor heeft [eiseres] in hoger beroep voldoende concreet en gespecificeerd getuigenbewijs aangeboden door het horen van [betrokkene 2], [betrokkene 3] (adviseur Albert Heijn die het vestigingsplaatsonderzoek had opgesteld) en de directie van Geodan onder wie [betrokkene 4], [betrokkene 5], [betrokkene 6] en [betrokkene 7]. Het hof heeft vervolgens in rov. 3.9. geoordeeld dat [eiseres] onvoldoende concreet duidelijk gemaakt heeft dat, en waarom, de wijze waarop de omzetprognoses zijn berekend onjuist was en waarom de geprognosticeerde weekomzetten in de gegeven omstandigheden niet reëel waren. Het hof is in rov. 3.10. tot het oordeel gekomen dat niet kan worden vastgesteld dat de prognoses die Albert Heijn aan [eiseres] had verstrekt ondeugdelijk waren. Door aldus te oordelen heeft het hof [eiseres] ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren van haar stelling dat de prognoses ondeugdelijk waren.

4.57. Gelet op het slagen van de subonderdelen 3.2 en 3.3 (hiervoor randnummers 4.40 e.v.) behoeft *subonderdeel 3.5* geen behandeling. Het verwijzingshof zal de stellingen van partijen met betrekking tot vraag of de omzetprognose zorgvuldig tot stand is gekomen, opnieuw moeten beoordelen. Daarbij zal ook aan de orde (kunnen) komen of [eiseres] in de gelegenheid moet worden gesteld om bewijs te leveren van haar stellingen. In dat verband komt haar

bewijsaanbod in beeld.

4.58. Volgens *subonderdeel 3.6* zou het hof bij de beantwoording van de vraag of Albert Heijn bij het opstellen van de omzetprognose op zorgvuldige wijze met alle relevante omstandigheden rekening heeft gehouden, een onjuiste maatstaf hebben aangelegd. Het hof heeft, aldus het middel, ten onrechte beoordeeld of Albert Heijn wist of behoorde te weten dat de als C1000-winkel door [eiseres] behaalde weekomzetten met de Albert Heijn-formule niet haalbaar waren. Daarmee zou het hof hebben miskend dat in gevallen als het onderhavige, waarin de franchisegever zelf door een interne gespecialiseerde afdeling de onderzoeken laat uitvoeren en de resultaten daarvan aan de franchisenemer verstrekt, niet pas sprake is van onzorgvuldig handelen als de franchisegever weet dat de gegevens ernstige fouten bevatten. Het subonderdeel verwijst naar het arrest *Street-One*.¹⁰² Nu de prognose het resultaat is van eigen onderzoek van Albert Heijn zou het hof ten onrechte (mede) bepalend gewicht hebben toegekend aan de wetenschap van Albert Heijn.

4.59. Het in de klacht geformuleerde uitgangspunt klopt strikt genomen (randnummer 3.33). De in dit subonderdeel geformuleerde klacht berust echter op een verkeerde lezing van het arrest van het hof. Rov. 3.8. betreft de vraag of de omzetprognose deugdelijk was. In dat kader is van belang of Albert Heijn aanleiding had om te veronderstellen dat de als C1000-winkel door [eiseres] behaalde weekomzetten met de Albert Heijn-formule, ook na enkele jaren, bij lange na niet haalbaar waren. Met de bestreden overweging heeft het hof die vraag ontkennend beantwoord. Van een onjuiste prognose is naar 's hofs oordeel dus geen sprake. Die overweging heeft tegen die achtergrond geen betrekking op de vraag of Albert Heijn bekend was of kon zijn met een fout in de omzetprognose. Het gaat hier dan ook – anders dan in het arrest *Street-One* – niet om de vraag of een vaststaande fout in de prognose resulteert in aansprakelijkheid van de franchisegever. Ik verwijs korthedshalve naar randnummer 3.33 van deze conclusie. *Subonderdeel 3.6* is dus ongegrond.

4.60. *Subonderdeel 3.7* behelst de voortbouwende klacht dat het hof, gelet op het voorgaande, ten onrechte heeft geconcludeerd dat de principale grieven 4 en 5 falen en dat geen sprake is geweest van een schending van de informatieplicht door Albert Heijn.

4.61. Het slagen van de subonderdelen 3.2 en 3.3 brengt mee dat ook *subonderdeel 3.7* doel treft. De subonderdelen 3.1 en 3.4 en 3.6 falen mijns inziens en subonderdeel 3.5 behoeft naar mijn mening geen bespreking. Het derde onderdeel slaagt dus gedeeltelijk. Het slagen van subonderdelen 3.2-3.3 en 3.7 behoort mijns inziens te leiden tot vernietiging van het bestreden arrest (hierna randnummer 4.73).

Grondslagen van de vordering

4.62. *Onderdeel 4* vangt aan met de ongenummerde klacht dat het slagen van (een of meer) klachten van het derde onderdeel meebrengt dat ook niet in stand kunnen blijven de, op het onjuiste uitgangspunt dat de aan [eiseres] verstrekte omzetprognose niet ondeugdelijk is, voortbouwende beslissingen tot verwerping van de incidentele grieven C, D, F en K en tot gegrondbevinding van de grieven 4, 5, 6 en 7 van het principaal appel.

4.63. De subonderdelen 4.1-4.3 komen op tegen rov. 3.11.-3.13. *Subonderdeel 4.1* richt zich tegen het oordeel in rov. 3.11. dat de incidentele grief C (over bedrog) faalt, omdat deze berust op het onjuiste uitgangspunt dat de aan [eiseres] verstrekte omzetprognose ondeugdelijk was. Daarmee zou het hof het betoog hebben miskend dat Albert Heijn [eiseres] tot het aangaan van de franchiseovereenkomst heeft bewogen door gebruikmaking van kunstgrepen, bestaande in het (voorwaardelijk) opzettelijk doen van onjuiste mededelingen, door het niet-delen van de intern gehouden initiële prognose en het verstrekken van alleen de latere, op werkelijke weekomzetten gebaseerde, te rooskleurige prognose.¹⁰³ Het hof zou daarmee in strijd met art. 24 Rv niet hebben beslist op al hetgeen [eiseres] ter onderbouwing van de in appel gewijzigde grondslagen had aangevoerd. Althans zou het oordeel van het hof niet begrijpelijk zijn, omdat niet duidelijk is waarom het hof van oordeel is dat het niet-delen van de intern gehouden initiële prognose niet heeft kunnen leiden tot het oordeel dat sprake was van bedrog van de zijde van Albert Heijn. In dat verband worden de volgende stellingen aangehaald:

(a) dat de door Albert Heijn voorgehouden prognose LTP was gebaseerd op de enkele veronderstelling dat met de AH-formule na drie jaren het omzetriveau onder de C1000-formule zou kunnen worden gehaald;

(b) dat het gemiddelde inkomen en vermogen van de inwoners van de DIS lager was dan landelijk;

(c) dat in de ingroeiperiode van drie jaar de “dip” gebaseerd was op ervaringen uit 2008 bij omgebouwde slecht renderende C1000-filialen;

(d) dat de gebruikte referentiewinkels niet representatief waren,¹⁰⁴

waarbij

(e) Albert Heijn [eiseres] opzettelijk de gegevens en informatie verschafte waarvan zij wist dat deze een onjuist en onvolledig (toekomst)beeld gaven;¹⁰⁵

(f) Albert Heijn haar onderzoek aanpreeft als “met de grootst mogelijke zorgvuldigheid” uitgevoerd;¹⁰⁶

terwijl

(g) Albert Heijn naliet [eiseres] te informeren dat de niet-gedeelde, intern gehouden, “initiële prognose” op basis van een andere methodiek veel lager was.¹⁰⁷

Dit alles met het oogmerk [eiseres] tot het aangaan van de franchiseovereenkomst te bewegen, wetende dat [eiseres] die (onjuiste en/of onvolledige) informatie zou betrekken in de afweging de AH-formule te gaan voeren, c.q. de franchiseovereenkomst met Albert Heijn te sluiten.

4.64. *Subonderdeel 4.2* komt op tegen de verwerping in rov. 3.13. van de incidentele grief F. Die grief richtte zich tegen het oordeel dat Albert Heijn niet onrechtmatig jegens [eiseres] heeft gehandeld. Naar het oordeel van het hof faalt die grief, omdat is komen vast te staan dat de omzetprognose deugdelijk was. Volgens het subonderdeel zou het hof daarmee, in strijd met art. 24 Rv, niet zijn ingegaan op de ter onderbouwing van deze grondslag aangevoerde stellingen.¹⁰⁸ Daartoe wordt verwezen naar de stellingen die zijn genoemd in subonderdeel 4.1. Althans zou onbegrijpelijk zijn waarom het niet-delen van de initiële prognose in de omstandigheden die zijn genoemd in subonderdeel 4.1 onder (a) tot en met (g) naar het oordeel van het hof niet onzorgvuldig is.

4.65. De klachten in de *subonderdelen 4 (ongenummerd), 4.1 en 4.2* lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.66. Het hof heeft de incidentele grief C (over bedrog) verworpen op de grond dat “deze berust op het onjuiste uitgangspunt dat de aan [eiseres] verstrekte omzetprognose ondeugdelijk was.” De incidentele grief F (onrechtmatig handelen) faalt naar ’s hofs oordeel “Nu is komen vast te staan dat de omzetprognose deugdelijk was”. De verwerping van deze grieven heeft het hof dus uitsluitend gegrond op zijn oordeel dat de verstrekte omzetprognose niet ondeugdelijk was.

4.67. Het slagen van de subonderdelen 3.2 en 3.3 (hiervoor randnummers 4.40-4.53) brengt mee dat in rechte niet (langer) vast staat dat de omzetprognose deugdelijk was. Dit treft het oordeel dat de grieven 4, 5, 6 en 7 van het principaal beroep slagen (rov. 3.10. en 3.17. en hiervoor randnummers 2.37 en 2.44). Het raakt ook de daarop voortbouwende motivering van de verwerping van de grieven C en F. In zoverre zijn *subonderdelen 4 (ongenummerd), 4.1 en 4.2* gegrond. De incidentele grief K is op andere gronden verworpen dan de deugdelijkheid van de prognose (rov. 3.14.). Het slagen van subonderdelen 3.2 en 3.3 raakt de verwerping van die grief dus niet. In zoverre is de klacht daarom vergeefs voorgesteld.

4.68. Na verwijzing zal de deugdelijkheid van de prognose opnieuw moeten worden beoordeeld. In dat kader dient te worden bezien of Albert Heijn bij het opstellen van de verstrekte omzetprognose voldoende is ingegaan op de concrete (lokale) omstandigheden. De in subonderdelen 4.1 en 4.2 genoemde stellingen (hiervoor randnummer 4.63) komen er in de kern (eveneens) op neer dat de verstrekte omzetgegevens geen recht doen aan de omstandigheden van het

geval en dat daarom sprake zou zijn van bedrog respectievelijk onrechtmatig handelen. Deze stellingen zullen daarom in de verwijzingsprocedure aan bod (kunnen) komen. Dit betekent dat de subonderdelen 4.1 en 4.2 in zoverre geen verdere bespreking behoeven.

4.69. *Subonderdeel 4.3* richt zich tegen de verwerping in rov. 3.12. van de incidentele grief D over het gestelde misbruik van omstandigheden. Het hof zou bij zijn oordeel niet (kenbaar) hebben betrokken dat Albert Heijn onder de in subonderdeel 4.1 genoemde omstandigheden (a) tot en met (g) de totstandkoming van de franchiseovereenkomst heeft bevorderd, terwijl Albert Heijn wist of moest begrijpen dat het delen van de initiële prognose [eiseres] van het sluiten van die overeenkomst zou hebben (kunnen) weerhouden. Het oordeel in rov. 3.12. komt hierop neer dat de omstandigheden (a) tot en met (d) niet maken dat [eiseres] jegens Albert Heijn een afhankelijke positie innam die haar ertoe bewoog de franchiseovereenkomst te sluiten. Het hof zou hiermee het volgende betoog hebben miskend. Albert Heijn zou [eiseres] bij de onderhandelingen voortdurend hebben voorgehouden (1) dat de C1000-formule werd gestaakt, (2) dat Albert Heijn (onvoorwaardelijk) verhuurder was geworden en (3) dat Albert Heijn daarmee het uitsluitende recht had verkregen om een nieuwe franchisenemer in het door haar gehuurde pand een supermarkt volgens de Albert Heijn-formule te laten exploiteren.¹⁰⁹ Het hof zou de genoemde omstandigheden (a) tot en met (d) in het licht van dit betoog hebben moeten begrijpen.

4.70. Het uitgangspunt van art. 3:44 lid 4 BW is dat sprake dient te zijn van een ongelijke verhouding tussen partijen.¹¹⁰ Het dient hierbij te gaan om bijzondere omstandigheden die grofweg zijn te verdelen in twee categorieën.¹¹¹ De eerste categorie is een bepaalde noodtoestand, inhoudende dat iemand zich in een benarde situatie bevindt en om die reden afhankelijk is van een ander die daardoor grote invloed heeft op het aangaan van de rechtshandeling. Hierbij kan gedacht worden aan economische noodtoestand of gevaar voor een persoon of zijn bezittingen. De tweede categorie betreft de situatie waarin iemand geestelijk of emotioneel van een ander afhankelijk is. Het subonderdeel klaagt dat de motivering van 's hofs oordeel, dat [eiseres] geen afhankelijke positie innam ten opzichte van Albert Heijn, onbegrijpelijk is. Het hof had, aldus het subonderdeel, de in randnummer 4.63 genoemde omstandigheden (a) tot en met (d) moeten betrekken bij zijn motivering.

4.71. Het subonderdeel faalt mijns inziens. Het hof heeft aan zijn oordeel ten grondslag gelegd dat [eiseres] zelf ook graag over wilde gaan naar de Albert Heijn-formule, dat [eiseres] reeds jaren een supermarkt dreef in Raamsdonksveer zodat [eiseres] in staat moet worden geacht een zelfstandige zakelijke afweging te kunnen maken en dat [eiseres] zelf ook verwachtte aan C1000 gelijkwaardige omzetten te halen (rov. 3.9. en 3.12.). Deze motivering kan het oordeel van het hof dragen. De in randnummer 4.63 genoemde omstandigheden (a) tot en met (d) maken dit niet anders. Dit geldt zeker gezien het feit dat deze omstandigheden meer zien op de vraag of de aan [eiseres] verstrekte omzetprognose wel zorgvuldig tot stand is gekomen dan op de vraag of [eiseres] een afhankelijke positie innam. *Subonderdeel 4.3* faalt dan ook.

4.72. De procesinleiding besluit met de (ongenummerde) klacht dat gegrondbevinding van één of meer klachten van deze middelonderdelen betekent dat ook al wat het hof, op diens daarin bestreden oordelen voortbouwend, overigens heeft geoordeeld in rov. 3.3. tot en met 3.17. en het daarop voortbouwende dictum niet in stand kan blijven. Gezien het slagen van subonderdelen 3.2, 3.3 en het gedeeltelijk slagen van subonderdelen 4 (ongenummerd), 4.1 en 4.2 treft deze voortbouwende klacht eveneens doel.

4.73. Afrondend kom ik tot de conclusie dat de subonderdelen 3.2 en 3.3 terecht zijn voorgesteld. Het hof had moeten onderzoeken of Albert Heijn in de verstrekte prognose voldoende is ingegaan op de genoemde gezichtspunten met betrekking tot de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet voor [eiseres] *als Albert Heijn-winkel*. Nu het hof dit heeft nagelaten, kan zijn oordeel dat de verstrekte prognose deugdelijk is niet in stand blijven. Dit brengt mee dat ook subonderdelen 4 (ongenummerd), 4.1 en 4.2 gedeeltelijk gegrond zijn. De verwerping van de grieven over bedrog en onrechtmatig handelen heeft het hof immers ook gegrond op de vaststelling dat de prognose niet ondeugdelijk is. De (ongenummerde) klacht tegen de voortbouwende overwegingen en het dictum (hiervoor randnummer 4.72) treft bij die stand van zaken eveneens doel.

4.74. Het verwijzingshof zal dienen te onderzoeken of in de door Albert Heijn verstrekte prognose voldoende is ingegaan op de genoemde gezichtspunten met betrekking tot de invloed van de lokale omstandigheden op de te verwachten omzet voor [eiseres] *als Albert Heijn-winkel*. Het verwijzingshof zal mede in dat licht moeten beoordelen of

de verstrekte prognose al dan niet deugdelijk is. Mocht het verwijzingshof oordelen dat de verstrekte prognose onzorgvuldig tot stand is gekomen, dan zal opnieuw moeten worden beslist over de grondslagen dwaling, bedrog en onrechtmatige daad en de toewijsbaarheid van een compensatie van nadeel (ingevolge art. 6:230 lid 2 BW bij dwaling) dan wel schadevergoeding (bij bedrog en onrechtmatige daad). Bij de toepassing van art. 6:230 lid 2 BW zal naar mijn mening voor ogen dienen te worden gehouden dat dit geen schadevergoedingsverbintenis is (hiervoor randnummers 3.38 e.v.).

5. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten

en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.19. Deze komen, voor zover in cassatie van belang, op het volgende neer.

(i) [eiseres] heeft sinds 1998 op franchisebasis een supermarkt in Raamsdonksveer geëxploiteerd volgens de C1000-formule.

(ii) Eind 2011 heeft Jumbo Groep B.V. (hierna: Jumbo) met de aandeelhouder van C1000 B.V. overeenstemming bereikt over de overname van C1000 B.V. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft bij besluit van 21 februari 2012 geoordeeld dat in verschillende marktgebieden, waaronder Raamsdonksveer, als gevolg van de voorgenomen concentratie mededingingsproblemen zouden kunnen ontstaan. In verband daarmee heeft Jumbo zich verbonden om (onder meer) de C1000-vestiging van [eiseres] voor 24 augustus 2012 af te stoten, althans over te dragen aan een onafhankelijke koper.

(iii) Vanaf mei 2012 is contact geweest tussen Albert Heijn en [eiseres] over een overgang van [eiseres] naar Albert Heijn. Vanaf juni 2012 hebben concrete gesprekken plaatsgevonden tussen Albert Heijn en [eiseres].

(iv) De daarin gespecialiseerde afdeling Location Strategy (hierna: LS) binnen Albert Heijn heeft onderzoek gedaan naar het omzetspotentieel van [eiseres]. In de wijze waarop LS haar onderzoek uitvoert, kunnen zes fasen worden onderscheiden. In elke fase wordt een omzetprognose vastgesteld. In de eerste vier fasen was de werkelijke omzet van [eiseres] niet bekend bij Albert Heijn. In fase 1 werd de omzet van [eiseres] als C1000-vestiging geschat op € 275.000,-- per week. In fase 4 werd de omzet van [eiseres] als Albert Heijn-vestiging in het derde jaar na overname door Albert Heijn, op basis van onder meer theoretische benaderingen en aannames, geschat op € 250.000,-- per week. Deze schatting wordt ook wel aangeduid als de "initiële prognose". In fase 5 werd na het due diligence-onderzoek dat Albert Heijn had uitgevoerd, de werkelijke weekomzet van [eiseres] als C1000-vestiging bekend. Vervolgens zijn de prognoses in fase 5 en 6 (mede) gebaseerd op de werkelijke weekomzet van € 300.000,--.

(v) [eiseres] heeft op enig moment vóór 4 juli 2012 een langetermijnprognose, ook wel aangeduid als LTP (hierna ook: de prognose), van Albert Heijn ontvangen. Volgens deze prognose, die is gedateerd 21 juni 2012, zou de weekomzet in het eerste jaar na de overgang van C1000 naar Albert Heijn € 280.000,-- bedragen, in het tweede jaar

€ 295.800,-- en in het derde jaar € 315.200,--. De prognose vermeldt onderaan:

“[Albert Heijn] merkt uitdrukkelijk op dat het advies uitsluitend is gebaseerd op bovenstaande gegevens en aannames en dat hoewel het advies met grote zorgvuldigheid is opgesteld [Albert Heijn] de juistheid en volledigheid van de gegevens niet garandeert en daarvoor ook geen aansprakelijkheid aanvaardt. Indien een of meer van de gegevens of aannames onvolledig blijken of bij nader inzien niet juist, de marktsituatie verandert en/of er wijzigingen optreden kan dit mogelijk tot gevolg hebben dat het bedoelde advies en de conclusie anders luiden. [Albert Heijn] is niet aansprakelijk voor enige schade ten gevolge van het gebruik van dit advies, behoudens voor zover er sprake is [van] opzet of bewuste roekeloosheid van [Albert Heijn]. Tevens wijst [Albert Heijn] de ondernemer erop dat het advies in eerste instantie opgesteld is voor intern gebruik en slechts dient ter informatie en dat de ondernemer te allen tijde gehouden is zelf onderzoek te verrichten naar de juistheid en volledigheid van de gegevens en aannames en de verstrekte informatie de ondernemer niet ontslaat van zijn verplichting om zelfstandig advies in te winnen bij een onafhankelijke adviseur.”

(vi) Op 21 juli 2012 heeft Albert Heijn een e-mail aan [eiseres] gezonden met daarin een overzicht van de gemaakte afspraken (hierna: de afsprakenbrief). [eiseres] heeft de afsprakenbrief voor akkoord getekend.

(vii) De afspraken zijn naderhand uitgewerkt bij brief van 15 augustus 2012 (hierna: de aanbiedingsbrief). Bij de aanbiedingsbrief waren onder meer als bijlagen gevoegd de franchiseovereenkomst, een vestigingsplaatsadvies gedateerd 4 juni 2012 (hierna ook: de Ondernemersnotitie) en een langetermijnprognose met toelichting, gedateerd 6 augustus 2012. Op 17 augustus 2012 heeft [eiseres] de aanbiedingsbrief met bijlagen voor akkoord getekend.

(viii) De aanbiedingsbrief vermeldt onder meer:

“Als bijlage hebben wij het vestigingsplaatsadvies (...) en de Lange Termijn Prognose (hierna: ‘LTP’) met toelichting bijgevoegd (...) die respectievelijk door de afdelingen Location Strategy van Ahold Europe en Albert Heijn zijn opgesteld.

(...)

Deze prognoses en raming geven een globaal beeld van de exploitatiemogelijkheden van uw Supermarkt onder de Albert Heijn winkelformule. Alle in de LTP of andere gesprekken genoemde waarden en bedragen zijn indicaties en gebaseerd op gemiddelden, aannames en veronderstellingen.

U kunt geen rechten ontleen aan de inhoud daarvan. Voor zover u dat nog niet heeft gedaan dient u zelfstandig advies in te winnen bij een onafhankelijk adviseur en onderzoek te doen teneinde de juistheid en volledigheid van de in de LTP en het Vestigingsplaatsadvies vermelde gegevens te toetsen en ons in kennis te stellen van eventuele onjuistheden. (...).”

(ix) De bij de aanbiedingsbrief gevoegde Ondernemersnotitie geeft een strategisch advies, namelijk: instemmen met franchise van sterke C1000 centrumwinkel in duokern Raamsdonksveer/Geertruidenberg. Als omzetspotentie wordt vermeld: jaar 1: € 280.000,--; jaar 3: € 300.000,--. Uit de toelichting blijkt op welke gegevens het advies is gebaseerd. Die gegevens zijn onderverdeeld in de volgende rubrieken: draagvlak, exclusiviteitsgebied, omzetherkomst, concurrentie, project + parkeren. Bij de uitgangspunten en voorwaarden bij het omzetspotentieel (op pagina 2 onder 1) wordt onder het zesde “bulletpoint” als uitgangspunt genoemd: “basisomzet: € 300.000 (opgave over 2011)”. Bij de toelichting op de berekening van het omzetspotentieel (op pagina 2 onder 2) wordt het volgende opgemerkt:

“O.b.v. referenties en de huidige C1000 omzet verwacht LS dat een marktaandeel van ca 25% binnen de DIS plus flinke toevloeiing van buiten de DIS (m.n. Geertruidenberg) realistisch is.” [Hoge Raad: “DIS” staat voor “directe invloedssfeer”.]

Onderaan het advies is vermeld:

“[LS] merkt uitdrukkelijk op dat het advies uitsluitend is gebaseerd op bovenstaande gegevens en aannames en dat hoewel het advies met grote zorgvuldigheid is opgesteld LS de juistheid en volledigheid van de gegevens niet

garandeert en daarvoor ook geen aansprakelijkheid aanvaardt.”

(x) De bij de aanbiedingsbrief gevoegde prognose geeft in een tabel (onder meer) de gemiddelde weekomzet, geprognoseerd voor de eerste acht exploitatiejaren. In deze prognose wordt – zoals ook het geval was in de prognose gedateerd 21 juni 2012 – de omzet in het eerste jaar gesteld op € 280.000,--, in het tweede jaar op € 295.800,-- en in het derde jaar op € 315.200,--. De bij de prognose gevoegde toelichting vermeldt ten aanzien van de geschatte omzet dat deze in het eerste jaar € 280.000,-- en in het derde jaar € 300.000,-- zal bedragen en dat de omzet in de prognose is opgehoogd met de jaarlijkse landelijke verwachte groei van de Albert Heijn-omzet.

(xi) Na verbouwing is de supermarkt van [eiseres] op 12 september 2012 heropend onder de Albert Heijn-formule.

(xii) De weekomzet van [eiseres] onder de C1000-formule bedroeg in 2011 gemiddeld € 299.000,-- en in de eerste weken van 2012 (exclusief Kerst en Pasen) € 295.000,--.

(xiii) Na de ombouw van de winkel naar een supermarkt onder de Albert Heijn-formule is de omzet van [eiseres] teruggelopen naar gemiddeld € 240.000,-- per week in het eerste jaar en gemiddeld € 210.000,-- in het tweede jaar. Tot op heden blijkt [eiseres] niet in staat de geprognoseerde omzetten te realiseren.

3.2.1. In dit geding vordert [eiseres], na eiswijziging en voor zover in cassatie van belang, verklaringen voor recht dat zij bij het aangaan van de franchiseovereenkomst met Albert Heijn heeft gedwaald en dat Albert Heijn zich schuldig heeft gemaakt aan bedrog, misbruik van omstandigheden, toerekenbaar tekortschieten en/of onrechtmatig handelen, alsmede veroordeling van Albert Heijn tot schadevergoeding, op te maken bij staat.

In reconventie vordert Albert Heijn betaling van enkele openstaande facturen tot een bedrag van € 127.026,43.

3.2.2. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat [eiseres] bij het aangaan van de franchiseovereenkomst met Albert Heijn heeft gedwaald, en Albert Heijn veroordeeld tot schadevergoeding, op te maken bij staat. De vordering in reconventie is door de rechtbank afgewezen.

3.2.3. Het hof heeft, met vernietiging van het vonnis van de rechtbank, de vorderingen van [eiseres] afgewezen en de vordering van Albert Heijn in reconventie toegewezen. Daartoe heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

De incidentele grieven B, G, H, I, J en L van [eiseres] worden buiten beschouwing gelaten, nu daarin geen concrete bezwaren tegen het bestreden vonnis zijn geformuleerd, als gevolg waarvan niet duidelijk is over welk onderdeel van het vonnis geklaagd wordt en op welk(e) punt(en) het vonnis onjuist zou zijn. (rov. 3.3)

Op Albert Heijn rustte niet de verplichting om in de precontractuele fase omzetprognoses aan [eiseres] te verschaffen, derhalve ook niet de initiële omzetprognose die door LS in fase 4 van het door haar uitgevoerde onderzoek is vastgesteld. (rov. 3.4)

Naar aanleiding van de grieven 4 en 5 in het principaal appel van Albert Heijn, die gericht waren tegen het oordeel van de rechtbank dat de aan [eiseres] verstrekte prognose onzorgvuldig tot stand is gekomen en derhalve ondeugdelijk is, overwoog het hof als volgt.

“3.7. De vraag die moet worden beantwoord is of Albert Heijn bij het opstellen van de geprognoseerde weekomzetten die Albert Heijn aan [eiseres] heeft verstrekt op zorgvuldige wijze met alle relevante omstandigheden rekening heeft gehouden. In de kern komt die vraag erop neer of Albert Heijn bij het opstellen van de prognose, op de wijze zoals zij heeft gedaan, rekening heeft mogen houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] onder de C1000-formule. In de initiële prognose, die de weekomzet inschatte op

€ 250.000,-, is geen rekening gehouden met de toenmalige werkelijke omzet. Op basis van de werkelijke weekomzet van [eiseres] van

€ 300.000,- heeft LS in fase 5 van haar onderzoek een hogere prognose vastgesteld dan de initiële prognose. Verder

is in het eerste jaar rekening gehouden met een omzetzijging van 7% in plaats van de 2% waarmee Albert Heijn in 2008 bij een wisseling van de C1000-formule naar de Albert Heijn formule in het eerste jaar te maken kreeg. Op basis van deze gegevens is een geprognoseerde weekomzet berekend van € 280.000,- in het eerste jaar, € 295.800,- voor het tweede jaar en

€ 315.200,- voor het derde jaar. In de Ondernemersnotitie is de omzetzijging in het derde jaar geschat op € 300.000,- per week. Voor de geprognoseerde omzet voor de jaren 4 t/m 8 is Albert Heijn uitgegaan van een jaarlijkse omzetzijging van 3%.

3.8. Dienaangaande geldt het volgende. Albert Heijn stelt, hetgeen [eiseres] onvoldoende gemotiveerd betwist, dat de werkelijke weekomzet een goede voorspeller is voor de toekomst. Dit was de ervaring van LS bij de eerdere overname van C1000-winkels in 2008. Voorts had [eiseres] een goede match met het marktgebied. Op de eerste bladzijde van de Ondernemersnotitie wordt achter het kopje 'Advies' (onder meer) vermeld: 'De verwachting is dat de huidige C1000 onder AH-vlag, dankzij een goede match met het marktgebied, uiteindelijk het huidige omzetzijgingniveau moet kunnen evenaren. In eerste instantie moet echter rekening gehouden worden met een lichte daling van de omzet, doordat meer prijsgeoriënteerd publiek op zoek gaat naar alternatieven en vanwege assortimentsverschillen tussen de C1000 en AH formule.'

De goede match met het marktgebied blijkt uit de gemiddelde inkomensindex van 101 voor [eiseres]. Van belang is verder dat alle variabelen van de winkel, zoals ligging, parkeren, vloeroppervlakte en directie/personeel hetzelfde zouden blijven; alleen de formule veranderde. Ten slotte is onvoldoende gesteld of gebleken dat Albert Heijn medio 2012 wist dan wel behoorde te weten, dat de met de C1000-formule door [eiseres] behaalde weekomzetten met de AH-formule, ook na enkele jaren, bij lange na niet haalbaar waren. Het enkele feit dat Albert Heijn in fase 1 de weekomzet van [eiseres] als C1000-winkel – globaal – heeft ingeschat op € 275.000,- en de weekomzet in fase 4 als Albert Heijn-winkel in het derde jaar na de ombouw op € 250.000,- is in dat verband onvoldoende.

3.9. De aan [eiseres] verstrekte prognose is ter controle nog getoetst aan de standaard rekenmethodiek van LS waarin ook de specifieke voor de locatie relevante omstandigheden een belangrijke rol speelden. Zo wordt in de formule gebruik gemaakt van het lokale marktaandeel binnen de directe lokale invloedssfeer (DIS) van de supermarkt en het marktaandeel buiten de directe lokale invloedssfeer. Deze methodiek wordt toegelicht op bladzijde 2 van de Ondernemersnotitie. Onder '1. Uitgangspunten en voorwaarden' wordt vermeld 'Basisomzet € 300.000 (opgave over 2011)', zodat voor [eiseres] duidelijk was dat de werkelijke omzet in de berekening van het omzetzijgingpotentieel is meegenomen. Albert Heijn heeft gemotiveerd weerlegd dat, zoals [eiseres] stelt, de berekening niet klopt. Albert Heijn heeft uit de uitkomst van de controleberekening kunnen en mogen afleiden dat de prognose reëel was. In het licht van dit alles heeft [eiseres] onvoldoende concreet duidelijk gemaakt dat en waarom de wijze waarop de omzetzijgingprognoses zijn berekend onjuist was en waarom de geprognoseerde weekomzetten in de gegeven omstandigheden – mede in aanmerking genomen dat prognoses naar hun aard een mate van onzekerheid in zich bergen – niet reëel waren. [eiseres] is zelf ook ervan uitgegaan dat de prognoses reëel waren en heeft geen omstandigheden gesteld die daarvoor een contra-indicatie vormden. Onder verwijzing naar verschillende gespreksverslagen en verklaringen heeft Albert Heijn daartoe gesteld dat [eiseres] zich voor de overname al zag als de Albert Heijn van Raamsdonksveer en dat [eiseres] zelf verwachtte dat zij de huidige omzet (onder de C1000-formule) zonder problemen kon handhaven onder de nieuwe formule. De juistheid van deze gespreksverslagen en verklaringen heeft [eiseres] onvoldoende gemotiveerd betwist.

3.10. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat Albert Heijn, op de wijze zoals zij heeft gedaan, in de aan [eiseres] verstrekte prognose rekening mocht houden met de werkelijke weekomzetten van [eiseres] als C1000-winkel. Daaruit volgt dat niet kan worden vastgesteld dat de prognoses die Albert Heijn aan [eiseres] heeft verstrekt ondeugdelijk waren, zodat de principale grieven 4 en 5 slagen. (...)"

Het beroep van [eiseres] op bedrog, misbruik van omstandigheden, onrechtmatige daad en tekortschieten in de nakoming van de verbintenis tot het verlenen van bijstand en advies wordt verworpen. (rov. 3.11-3.14)

Omdat niet is gebleken van een vordering van [eiseres] op Albert Heijn, beroept [eiseres] zich ten onrechte op een opschortingsrecht. De reconventionele vordering van Albert Heijn wordt daarom toegewezen. (rov. 3.15)

[eiseres] heeft geen – voldoende concrete – feiten gesteld en te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een andere beoordeling kunnen leiden. Het bewijsaanbod wordt daarom gepasseerd. (rov. 3.16)

3.3.1. Onderdeel 3.1 van het middel is gericht tegen het oordeel in rov. 3.4 dat op Albert Heijn niet de verplichting rustte om in de precontractuele fase omzetprognoses aan [eiseres] te verschaffen, derhalve ook niet de initiële omzetprognose die door LS in fase 4 van het door haar uitgevoerde onderzoek is vastgesteld.

Het onderdeel strekt ten betoge dat de in de “Europese Erecode inzake Franchising” (hierna: Europese Erecode) neergelegde afspraken, op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid, meebrengen dat op franchisegevers de verbintenis of rechtsplicht kan rusten om in de precontractuele fase alle informatie en overige gegevens te verstrekken die de franchisenemer nodig heeft om tot het sluiten van de franchiseovereenkomst te kunnen beslissen. Daartoe is niet vereist dat tussen partijen is of wordt gerefereerd aan de in de Europese Erecode neergelegde normen. Voor de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moeten de in de Europese Erecode neergelegde afspraken en verplichtingen worden aangemerkt als “in Nederland levende rechtsovertuigingen” als bedoeld in art. 3:12 BW, aldus het onderdeel.

3.3.2. Zoals is geoordeeld in HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier), vloeit uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, 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, zij het dat de bijzondere omstandigheden van het geval een zodanige verbintenis wel kunnen meebrengen. Uit de enkele omstandigheid dat de franchisegever bij de onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer 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 kan de franchisegever die een rapport, zoals hiervoor bedoeld, aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelen. In het geval dat de franchisegever het onderzoek en het opstellen van het daarop gebaseerde rapport aan een derde heeft uitbesteed, zoals aan de orde was in het arrest Paalman/Lampenier, mag ook de franchisegever in de regel op de juistheid van het door de derde opgestelde rapport vertrouwen. In dat geval zal echter in beginsel van onzorgvuldig handelen zijnerzijds sprake zijn indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt.

In het geval dat de franchisegever zelf, of een persoon voor wie 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 (zoals in het onderhavige geval bij Albert Heijn aan de orde is, blijktens hetgeen hiervoor in 3.1 onder (iv) is overwogen) 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 (HR 24 februari 2017, ECLI:

NL:HR:2017:311, NJ 2018/12 (**«JOR» 2017/152**, m.nt. Brouwer en Bedaux, *red.*) (Street-One).

3.3.3. Anders dan het onderdeel betoogt, kunnen de in de Europese Erecode neergelegde afspraken niet zonder meer worden aangemerkt als “in Nederland levende rechtsovertuigingen” als bedoeld in art. 3:12 BW. Daarom bestaat, mede gelet op hetgeen hiervoor in de eerste alinea van 3.3.2 is overwogen, geen grond voor de door het onderdeel bepleite algemene verplichting van Albert Heijn om in de precontractuele fase “alle informatie en overige gegevens” aan [eiseres] te verstrekken, waaronder de initiële omzetprognose die door LS in fase 4 van het door haar uitgevoerde onderzoek is vastgesteld. Het onderdeel doet ook geen beroep op (in de feitelijke instanties aangevoerde) bijzondere omstandigheden die meebrengen dat Albert Heijn redelijkerwijs gehouden was om in de precontractuele fase niet alleen de definitieve prognose, maar ook de zogenoemde initiële prognose – waarvan Albert Heijn heeft aangevoerd dat deze slechts een tussenstap behelsde in het proces om (in fase 6) tot een definitieve prognose te komen – aan [eiseres] ter beschikking te stellen.

3.3.4. Onderdeel 3.1 faalt derhalve.

3.4.1. De onderdelen 3.2 en 3.3 zijn in het bijzonder gericht tegen de rov. 3.7-3.9 (hiervoor in 3.2.3 geciteerd). Geklaagd wordt onder meer dat het hof zonder voldoende motivering is voorbijgegaan aan de essentiële stelling dat de aan [eiseres] verstrekte prognose niet op een vestigingsplaatsonderzoek was gegrond, maar volledig was gebaseerd op de werkelijke weekomzetten die zij als C1000 behaalde, zonder rekening te houden met de andere, (wel) in de initiële prognose betrokken, variabelen waaronder de omzeteffecten van de formulewijziging van een prijsgerichte C1000-formule naar een servicegerichte AH-formule. De door het hof in aanmerking genomen omstandigheden dat de werkelijke weekomzet een goede voorspeller van de toekomst is (zoals de ervaring was van LS bij de eerdere overname van C1000-winkels in 2008), dat [eiseres] een goede match met het marktgebied had en dat alle variabelen van haar winkel behalve de formule hetzelfde zouden blijven, maken zonder nadere motivering niet duidelijk waarom de formulewijziging volgens de aan [eiseres] verstrekte prognose vanaf het derde jaar geen omzeteffect meer zou hebben omdat de omzet dan weer gelijk zou zijn aan de werkelijke weekomzet als C1000-supermarkt, terwijl in de initiële prognose werd uitgegaan van een achteruitgang van de (toen nog geschatte) weekomzet met € 25.000,-- in het derde jaar, aldus nog steeds deze klachten.

3.4.2. Het hof heeft in rov. 2.4 de wijze van totstandkoming van de aan [eiseres] verstrekte prognose weergegeven en in dat verband vastgesteld dat de prognoses van LS in de fases 5 en 6 “(mede)” gebaseerd waren op de werkelijke weekomzet (zie hiervoor in 3.1 onder (iv)). Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het in fase 5 verkregen gegeven van de werkelijke weekomzet naast de reeds in de eerdere fases verdisconteerde gegevens aan de omzetschatting ten grondslag is gelegd (zoals de rechtbank in haar rov. 4.4, in hoger beroep onbestreden, bij fase 5 had overwogen: “Dit wordt *meegenomen* bij de nieuwe omzetschatting”).

Voorts heeft het hof in rov. 3.8 in aanmerking genomen dat [eiseres] een goede match met het marktgebied had gezien de gemiddelde inkomensindex ter plaatse, waarbij uit het door het hof opgenomen citaat uit de Ondernemersnotitie blijkt dat daarbij ook op de marktpositie van de supermarkt “onder AH-vlag” is gedoeld. Die Ondernemersnotitie – die dezelfde “omzetpotentie” noemt als de prognose (€ 300.000,-- in het derde jaar) – is naar de vaststelling van het hof gebaseerd op nog diverse andere lokale variabelen, onderverdeeld in verscheidene rubrieken (zie 3.1 onder (ix) hiervoor).

In rov. 3.9 heeft het hof voorts overwogen dat de aan [eiseres] verstrekte prognose nog is getoetst aan de standaard rekenmethodiek van LS, waarin ook specifieke voor de locatie relevante omstandigheden een belangrijke rol spelen, zoals het lokale marktaandeel van [eiseres] binnen en buiten de directe lokale invloedssfeer (DIS). In dit verband heeft het hof geoordeeld dat Albert Heijn de kritiek op de door LS uitgevoerde berekening gemotiveerd heeft weerlegd en dat zij uit de uitkomst van de controleberekening heeft kunnen en mogen afleiden dat de prognose reëel was.

Tot slot heeft het hof onderkend dat in de aan [eiseres] ter beschikking gestelde prognose ook rekening is gehouden met de effecten van de formulewisseling van een prijsgerichte supermarkt naar een servicegerichte supermarkt. Het hof heeft immers in rov. 3.7 vastgesteld dat in de prognose vanwege die formulewisseling rekening is gehouden met een omzetsdaling in het eerste jaar van 7% in plaats van de 2% waarmee Albert Heijn in 2008 bij een wisseling van de C1000-formule naar de Albert Heijn-formule in het eerste jaar te maken kreeg.

Het voorgaande brengt mee dat de onderdelen 3.2 en 3.3 falen voor zover daarin geklaagd wordt dat het hof in zijn motivering onvoldoende is ingegaan op de stelling van [eiseres] dat in de aan haar verstrekte prognose – in tegenstelling tot de initiële prognose – de invloed van lokale omstandigheden op de te verwachten omzet als Albert Heijn supermarkt niet is verdisconteerd maar slechts is uitgegaan van de werkelijke weekomzet van [eiseres] als C1000-supermarkt. Het hof heeft die stelling blijkens het voorgaande verworpen. Dat oordeel is voldoende gemotiveerd en in het licht van het partijdebat niet onbegrijpelijk. Bij dit laatste verdient opmerking dat Albert Heijn in hoger beroep, ten betoge dat voor iedere winkel een inschatting is gemaakt op basis van de specifieke omstandigheden, onbestreden heeft aangevoerd dat bij 14 van de in 2012 overgenomen C1000-winkels de prognose voor jaar 3 aanzienlijk hoger uitkwam dan de werkelijke omzet onder de C1000-formule, en bij 24 winkels aanzienlijk lager.

3.4.3. Ook de klacht dat zonder nadere motivering niet duidelijk is waarom de formulewijziging volgens de aan [eiseres] verstrekte prognose vanaf het derde jaar geen omzeteffect meer zou hebben, terwijl in de initiële prognose werd uitgegaan van een achteruitgang van de (toen nog geschatte) weekomzet met € 25.000,-- in het derde jaar, treft geen doel.

Het hof heeft met de laatste zin van rov. 3.8 tot uitdrukking gebracht dat die omstandigheid (het bedoelde verschil tussen de initiële prognose en de aan [eiseres] verstrekte prognose) onvoldoende gewicht in de schaal legt om af te doen aan zijn oordeel dat de omzetprognose op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en niet ondeugdelijk is. Daarbij heeft het hof kennelijk aanvaard dat, zoals Albert Heijn had toegelicht, de “initiële prognose” uit fase 4 niet een zelfstandige prognose naast de aan [eiseres] verstrekte prognose was, maar een voorlopige schatting die nog aangepast moest worden nadat in de fases 5 en 6 alle benodigde gegevens verkregen waren, waarna het eindresultaat nog ter controle getoetst zou worden aan de in rov. 3.9 bedoelde standaard rekenmethodiek van LS (met als conclusie dat de in fase 6 gemaakte prognose als reëel kon worden aangemerkt). Deze oordelen, die berusten op een waardering van de wederzijdse argumenten, zijn in de rov. 3.7-3.10 voldoende gemotiveerd en in het licht van het partijdebat niet onbegrijpelijk.

3.5.1. Onderdeel 3.4 strekt ten betoge dat het hof de stelling van [eiseres] miskend heeft dat Albert Heijn ter comparitie in eerste aanleg heeft erkend dat de aan [eiseres] verstrekte prognose volgens een andere (reken)methodiek is opgesteld dan de initiële prognose en niet is gebaseerd op gegevens waarop de initiële prognose was gebaseerd. [eiseres] heeft in hoger beroep betoogd dat deze erkenning als een gerechtelijke erkenning aangemerkt moet worden en dat het andersluidende betoog van Albert Heijn in hoger beroep een gedekt verweer in de zin van art. 348 Rv is. Daaraan is het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd voorbijgegaan, aldus het onderdeel.

3.5.2. Het onderdeel faalt, omdat de ter comparitie in eerste aanleg door Albert Heijn gedane uitlatingen naar het kennelijke oordeel van het

hof – mede gelet op de toelichting die Albert Heijn in hoger beroep heeft gegeven over de strekking daarvan – niet van dien aard zijn dat het (in hoger beroep nader uitgewerkte) verweer van Albert Heijn met betrekking tot de gegevens waarop de definitieve prognose is gebaseerd, ondubbelzinnig is prijsgegeven. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is geenszins onbegrijpelijk.

3.6. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

Noot

1. Franchiseformules zijn in Nederland een bekend fenomeen. Volgens de rijksoverheid waren in 2017 in Nederland ongeveer 750 franchiseformules actief, met meer dan 30.000 franchisevestigingen en een omzet van ruim € 30 miljard. Het lijkt dan ook haast onvermijdbaar dat er onenigheid ontstaat tussen franchisegevers en franchisenemers en dat er geprocedeerd wordt tussen (aspirant-)franchisenemers en franchisegevers. In de afgelopen twee jaar hebben bijvoorbeeld Olympia Uitzendbureau, Etos en (dochterbedrijven van) Blokker te maken gekregen met procedures tegen franchisenemers.

2. Een onderwerp dat regelmatig terugkomt in procedures over franchising, is het verstrekken van omzetprognoses door de franchisegever aan de aspirant-franchisenemer in het precontractuele stadium. Daarbij wordt dan veelal de vraag aan de orde gesteld of de aspirant-fran-

chisenemer recht heeft op een omzetprognose en of de franchisegever verplicht is om een omzetprognose te verstrekken. Deze vraag is ook aan de orde gesteld in de zaak waarover de Hoge Raad in dit arrest een oordeel velt.

3. De casus is kort gezegd als volgt. De aspirant-franchisenemer exploiteerde een C1000-supermarkt. De aspirant-franchisenemer heeft vanaf 2012 contact gehad met Albert Heijn over een overgang van de aspirant-franchisenemer naar Albert Heijn. Albert Heijn heeft zelf onderzoek gedaan naar het omzetspotentieel van de aspirant-franchisenemer. Op enig moment schat Albert Heijn het omzetspotentieel op € 250.000 per week. Deze schatting van het omzetspotentieel wordt door Albert Heijn niet met de aspirant-franchisenemer gedeeld, maar betreft een initiële omzetprognose van Albert Heijn voor intern gebruik. Vervolgens stelt Albert Heijn de berekening van het omzetspotentieel bij, waarna Albert Heijn een omzetprognose aan de aspirant-franchisenemer verstrekt. Albert Heijn geeft de aspirant-franchisenemer te kennen dat wordt ingeschat dat in het eerste jaar na de overgang van de C1000-formule naar de Albert Heijn-formule een weekomzet zal worden gehaald van

€ 280.000, dat in het tweede jaar een weekomzet zal worden gehaald van € 295.800 en in het derde jaar een weekomzet van € 315.200. De berekening van Albert Heijn van het omzetspotentieel die is gedeeld met de aspirant-franchisenemer, ligt dus hoger dan de eerdere initiële interne berekening van Albert Heijn van een omzetspotentieel van € 250.000 per week. De weekomzet van de aspirant-franchisenemer onder de C1000-formule bedroeg gemiddeld € 295.000.

4. De aspirant-franchisenemer besluit om met Albert Heijn in zee te gaan en laat haar supermarkt ombouwen van een supermarkt volgens de C1000-formule naar een supermarkt volgens de Albert Heijn-formule. Na de ombouw van de supermarkt naar de Albert Heijn-formule valt de omzet tegen. De weekomzet is in het eerste jaar na de ombouw teruggelopen naar € 240.000 en in het tweede jaar loopt de omzet per week terug naar € 210.000. De omzet blijft dus achter bij de omzet die de franchisenemer haalde met haar supermarkt onder de C1000-formule en ook bij de omzetprognose die Albert Heijn met de franchisenemer heeft gedeeld.

5. De franchisenemer laat het er niet bij zitten en start een procedure tegen Albert Heijn. De franchisenemer vordert een verklaring voor recht dat zij heeft gedwaald bij het aangaan van de franchiseovereenkomst met Albert Heijn en ook dat er sprake is van bedrog en misbruik van omstandigheden. Ook vordert de franchisenemer een verklaring voor recht dat er sprake is van toerekenbaar tekortschieten en onrechtmatig handelen. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de franchisenemer bij het aangaan van de franchiseovereenkomst heeft gedwaald en dat Albert Heijn schadevergoeding moet betalen. Het vonnis van de rechtbank houdt echter geen stand in hoger beroep. Het hof overweegt onder andere dat op Albert Heijn geen verplichting rustte om in de precontractuele fase omzetprognoses aan de aspirant-franchisenemer te verstrekken. In de ogen van het hof hoefde Albert Heijn daarom ook niet de initiële interne prognose van een weekomzet van € 250.000 te delen met de aspirant-franchisenemer.

6. De franchisenemer komt in cassatie onder andere op tegen de overweging van het hof dat er in de precontractuele fase op Albert Heijn geen verplichting rustte om een (interne) omzetprognose te verstrekken. De franchisenemer betoogt dat die verplichting wel degelijk op Albert Heijn rustte op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Om dit standpunt te onderbouwen verwijst de franchisenemer naar de Europese Erecode inzake Franchising. Deze erecode bepaalt in art. 4.3 lid 5 dat voor het sluiten van een franchiseovereenkomst financiële ramingen of prognoses worden verstrekt als die beschikbaar zijn. Deze bepaling zou, volgens de franchisenemer, Albert Heijn verplichten om een omzetprognose te verstrekken – ook als er door de franchisenemer en Albert Heijn niet is gerefereerd aan de Europese Erecode inzake Franchising – omdat afspraken en verplichtingen uit deze erecode moeten worden aangemerkt als “in Nederland levende rechtsovertuigingen” en als zodanig bijdragen aan de vaststelling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen (art. 3:12 BW). De franchisenemer betoogt dus dat Albert Heijn mede op grond van art. 3:12 BW de initiële interne omzetprognose van € 250.000 had moeten verstrekken.

7. De Hoge Raad maakt korte metten met dit betoog en overweegt zonder nadere toelichting dat de in de Europese Erecode inzake Franchising neergelegde afspraken niet kunnen worden aangemerkt als “in Nederland levende rechtsovertuigingen” zoals bedoeld in art. 3:12 BW. Via de weg van de Europese Erecode inzake Franchising kan er, volgens de Hoge Raad, daarom geen verplichting voor Albert Heijn bestaan om de initiële interne prognose van

€ 250.000 aan de aspirant-franchisenemer te verstrekken.

8. De Hoge Raad wil geen verplichting van een franchisegever aannemen om in de precontractuele fase een omzetprognose te verstrekken. Dit sluit aan bij eerdere jurisprudentie. In het arrest Paalman/Lampenier werd

overwogen dat er op de franchisegever geen algemene verplichting rust om aan een aspirant-franchisenemer een omzetprognose te verstrekken (HR 15 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329). Als de fran-

chisegever ervoor kiest om toch een omzetprognose te verstrekken (bijvoorbeeld om de aspirant-franchisenemer te verleiden om met de franchisegever in zee te gaan), dan kan de franchisegever wel onrechtmatig handelen en aansprakelijk zijn als de omzetprognose (ernstige) fouten bevat. De norm die voor aansprakelijkheid geldt in het geval dat de franchisegever een derde heeft ingeschakeld voor het opstellen van de omzetprognose, wijkt af van de norm die geldt als de franchisegever zelf de omzetprognose heeft opgesteld (of een persoon voor wie hij aansprakelijk is op grond van art. 6:170, 6:171 of 6:172 BW) (HR 24 februari 2017, «JOR» 2017/152, m.nt. Brouwer en Bedaux (*Street-One*)).

9. De poging van de franchisegever om een verplichting voor de franchisegever te baseren op de Europese Erecode inzake Franchising via art. 3:12 BW was niet bij voorbaat kansloos. De Hoge Raad heeft in het verleden namelijk vaker bij de beoordeling van wat "in Nederland levende rechtsovertuigingen" zijn als bedoeld in art. 3:12 BW, acht geslagen op de opvattingen van organisaties en instanties die actief zijn in een branche. Zo heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld overwogen dat bij de bepaling van de in Nederland levende rechtsovertuigingen betekenis kan toekomen aan het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf (HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1955) en aan het standpunt van de Raad van Toezicht Verzekeringen (HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8089).

10. Wellicht was het oordeel van de rechter in feitelijke instanties anders geweest als de franchisenemer tevens had betoogd dat ook buiten art. 3:12 BW om op Albert Heijn een verplichting rust om een omzetprognose te verstrekken. Leden van de Nederlandse Franchise Vereniging (waarvan Albert Heijn vermoedelijk ook deel uitmaakt) zijn verplicht om de Europese Erecode inzake Franchising na te leven. Dit volgt uit art. 8 van de statuten van de Nederlandse Franchise Vereniging. Franchisegevers die lid willen worden van de Nederlandse Franchise Vereniging, moeten dan ook direct bij aanvraag van hun lidmaatschap te kennen geven dat zij de Europese Erecode inzake Franchising onderschrijven. De franchisegever had wellicht dus niet hoeven te betogen dat de Europese Erecode inzake Franchising de in Nederland levende rechtsovertuigingen weerspiegelt. Zij had ook kunnen betogen dat Albert Heijn onrechtmatig handelt door in strijd te handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, welk ongeschreven recht wordt ingekleurd door de onderschrijving van de Europese Erecode inzake Franchising door leden van de Nederlandse Franchise Vereniging.

11. Of de franchisenemer met een dergelijke benadering wel succesvol zou zijn geweest, valt te bezien. De Hoge Raad houdt vast aan zijn eerdere uitspraak in Paalman/Lampenier, zonder daaraan veel woorden vuil te maken. Er is daarom vermoedelijk een wettelijke regeling nodig om een franchisegever in het algemeen te verplichten om in de precontractuele fase een omzetprognose te verstrekken aan een aspirant-franchisenemer. Het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke wettelijke verplichting er snel zal komen. Met een wetsvoorstel uit 2017 wordt beoogd om de Nederlandse Franchise Code in de wet te verankeren (<https://www.internetconsultatie.nl/franchise/details>). Maar de behandeling van het wetsvoorstel is "slappend" sinds het aflopen van de internetconsultatie op 25 mei 2017. Bovendien kent de Nederlandse Franchise Code geen verplichting voor franchisegevers om omzetprognoses te verstrekken. Op grond van art. 3.6, onder a, van de Nederlandse Franchise Code gebeurt dit slechts bij voorkeur. Voorlopig staat de Paalman/Lampenier-jurisprudentie dus nog als een huis.

mr. P.G.M. Brouwer, advocaat bij Osborne Clarke NV

Voetnoten

1
De feiten zijn ontleend aan de in cassatie onbestreden rov. 2.1.-2.18. van het arrest van het hof van 14 maart 2017.

2
Conclusie van antwoord, productie 3.

3
Inleidende dagvaarding, productie 17.

4
Ik geef de voorkeur aan (vervoegingen van) prognosticeren boven het in de gedingstukken meestal gehanteerde

“prognotiseren”.

5

Rb. Noord-Holland 3 december 2014, **ECLI:NL:RBNHO:2014:11564**, *NJF* 2015/70. Zie over het vonnis A.A.M. van der Steen, ‘Een ondeugdelijke omzetprognose, en nu?’, *Juridisch up to Date* 2015-0082.

6

HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**, *NJ* 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken, *Prg.* 2002/5823 m.nt. A.J.J. van der Heiden en *AV&S* 2002, p. 120 m.nt. J.W. Hoekzema (*Paalman/Lampenier*).

7

Hof Amsterdam 14 maart 2017, **ECLI:NL:GHAMS:2017:821**.

8

[betrokkene 2] is senior director Acquisition and Development bij Albert Heijn. [eiseres] meent blijkens subonderdeel 3.4 van het cassatiemiddel dat [betrokkene 2] bij de zitting van 22 april 2016 gerechtelijk zou hebben erkend dat het vestigingsplaatsonderzoek niet aan de verstrekte omzetprognose ten grondslag is gelegd (zie dienaangaande randnummers 4.54 en 4.55).

9

Asser/I.S.J. Houben, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 138. Zie ook J.H. Kolenbrander, *Franchise. Een korte introductie*, Den Haag: Bju 2018, p. 11. In HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**, *NJ* 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken, *Prg.* 2002/5823 m.nt. A.J.J. van der Heiden en *AV&S* 2002, p. 120 m.nt. J.W. Hoekzema (*Paalman/Lampenier*) sluit Uw Raad in rov. 3.2 aan bij de door A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie voor dat arrest (randnummer 2.6) aangehaalde omschrijving uit Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten, *PbEG* 1988, L 359/46, art. 3 onder b.

10

In diverse andere landen is dat wel het geval. Ook in de DCFR is een regeling gewijd aan de franchiseovereenkomst. Ik volsta met verwijzing naar I.S.J. Houben, J. Sterk en J.A.J. Devilee, ‘Codificatie of zelfregulering in de franchisector’, *MvV* 2014, p. 243 e.v.

11

Daarvoor is in het verleden wel gepleit. Zie bijvoorbeeld J.H. Kolenbrander, ‘Franchising’, *NJB* 2013, p. 2736 e.v. met kritische reactie van J. Burgers, ‘Reactie op artikel Kolenbrander in *NJB* van 8 november 2013’, *NJB* 2014, p. 593-594. Ook I.S.J. Houben, J. Sterk en J.A.J. Devilee, ‘Codificatie of zelfregulering in de franchisector’, *MvV* 2014, p. 240 e.v. zijn niet zonder meer enthousiast over een regeling in Boek 7 BW.

12

Het is overigens niet uitgesloten dat ook Boek 7 BW in beeld komt, bijvoorbeeld omdat de betreffende samenwerking ook agentuurelementen bevat of omdat de franchiseovereenkomst ook afspraken met betrekking tot huur kent. Zie in dit verband onder meer Asser/I.S.J. Houben, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015, nrs. 152 e.v.

13

Zie eerder onder meer HR 19 februari 1993, **ECLI:NL:HR:1993:ZC0868**, *Prg.* 1996/4459 (*Renault*), HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**, *NJ* 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken (*Paalman/Lampenier*), HR 23 september 2016, **ECLI:NL:HR:2016:2180**, *RvdW* 2016/962 (*Luxembourg Designs SA/Habitat Holding BV*) (art. 81 RO), HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken (*Street-One*) en HR 15 september 2017, **ECLI:NL:HR:2017:2372**, *RvdW* 2017/953 (*X/Coop Groothandel BV*).

14

Artikel 3.6 NFC.

15

De Nederlandse Franchise Code, <http://www.denederlandsefranchisecode.nl>, inleiding. Zie *Kamerstukken II* 2015-2016, 31 311, nr. 165 (brief presentatie Nederlandse Franchise Code) en ook J. Teunissen, ‘De NFC: zelfregulering of discussiedocument?’, *NJB* 2016, p. 1415 e.v.

16

Zie onder meer M. de Koning, ‘Het “wettelijk haakje” van de Nederlandse Franchise Code’, *NJB* 2017, p. 1254 e.v. en H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Het wetsvoorstel franchise: better think twice!’, *Contracteren* 2017, p. 113.

17

Zie *Kamerstukken II* 2015-2016, 31 311, nr. 165 (brief presentatie Nederlandse Franchise Code).

18

Concept-wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise en Memorie van Toelichting bij het internetconsultatie-wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising), te raadplegen op <https://www.internetconsultatie.nl/franchise>.

19

Memorie van Toelichting bij het internetconsultatie-wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising), p. 6. Zie daarover onder meer J. Teunissen, ‘De NFC. Zelfregulering of formele wetgeving?’, *NJB* 2017, p. 1259 e.v., M. de Koning, ‘Het “wettelijk haakje” van de Nederlandse Franchise Code’, *NJB* 2017, p. 1251 e.v., J.H.M. Spanjaard,

'Dwalen over franchise', *Contracteren* 2017, p. 92 e.v., H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', *Contracteren* 2017, p. 105 e.v. en C.T. Klepper en E. Koekoek, 'De Nederlandse Franchisecode: van zelfregulerende gedragsregels naar wet!', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2017/132, p. 31 e.v.

20

Zie *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 775 XIII, nr. 128. In het regeerakkoord wordt regelgeving aangekondigd die de positie van de franchisenemer in de 'pre-competitieve fase' zou moeten versterken. Zie *Vertrouwen in de toekomst*, p. 35 (www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst). Zie nog H.N. Schelhaas, 'Een dynamisch verbintessenrecht', *NTBR* 2018, p. 70-71 die (opnieuw) suggereert dat de enkele wettelijke verankering van de NFC niet het juiste spoor is.

21

Zie A.M.A. Schwegler, 'De zorgplicht van de franchisegever: bijzonder of niet?', *Contracteren* 2016, p. 7.

22

Zie onder meer J.H. Kolenbrander, *Franchise. Een korte introductie*, Den Haag: Bju 2018, p. 23-24 en eerder al J.H. Kolenbrander, 'De "prognoseproblematiek" revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever', *Contracteren* 2012, p. 159.

23

Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 1993, **ECLI:NL:HR:1993:ZC0868**, *Prg.* 1996/4459 (*Renault*).

24

Zoals deze bij Wet van 29 maart 2016, *Stb.* 2016/133 (ook wel de "Wet op de Acquisitiefraude" genoemd) is aangepast en aangevuld. De wet is in werking getreden op 1 juli 2016.

25

Zie bijvoorbeeld A.M.A. Schwegler, 'De zorgplicht van de franchisegever: bijzonder of niet?', *Contracteren* 2016, p. 5-6.

26

Ik volsta met verwijzing naar Asser/I.S.J. Houben, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015, nrs. 158-159, I.S.J. Houben, J. Sterk en J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de franchisesector', *MvV* 2014, p. 240 e.v. en H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', *Contracteren* 2017, p. 105 e.v.

27

Zie over deze betekenis van zelfregulering in meer algemene zin M.C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, diss., Tilburg 2016, hoofdstuk 6 en meer specifiek met betrekking tot (voorlopers van) de NFC ook I.S.J. Houben, J. Sterk en J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de franchisesector', *MvV* 2014, p. 248 e.v. en M. de Koning, 'Het "wettelijk haakje" van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017, p. 1252.

28

Zie recentelijk, in een geheel andere context overigens, de conclusie van A-G Valk van 30 maart 2018,

ECLI:NL:PHR:2018:304, randnummers 2.10. e.v.

29

HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux, *JIN* 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en *Prg.* 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*).

30

HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**, *NJ* 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken, *Prg.* 2002/5823 m.nt. A.J.J. van der Heiden en *AV&S* 2002, p. 120 m.nt. J.W. Hoekzema (*Paalman/Lampenier*). Zie ook Asser/I.S.J. Houben, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 162 en J.H. Kolenbrander, *Franchise. Een korte introductie*, Den Haag: Bju 2018, p. 24.

31

HR 25 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7329**, *NJ* 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken, *Prg.* 2002/5823 m.nt. A.J.J. van der Heiden en *AV&S* 2002, p. 120 m.nt. J.W. Hoekzema (*Paalman/Lampenier*), rov. 3.3.3. Zie ook Asser/I.S.J. Houben, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 162.

32

Deze aan het arrest wel gegeven algemene strekking is kritisch aan de orde gesteld in de conclusie van A-G Valk voor HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, *JIN* 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en *JOR* 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux en *Prg.* 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*), randnummers 2.4. e.v.

33

HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, *JIN* 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en *JOR* 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux en *Prg.* 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*).

34

Zie onder meer H. Boom, 'De zorgplicht van de franchisegever voor verschaft prognoses aan de (aspirant-)franchisenemer', *Bb* 2017, p. 127 e.v., P.S. Bakker, 'Onjuiste informatieverstopping en franchise', *Tijdschrift*

Overeenkomst in de Rechtspraak 2017/218, p. 26 e.v. en M. Raas en R.B. Musters, 'Franchiseprognoses volgens de zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?', *Contracteren* 2017, p. 77 e.v. Ook A.J.J. van der Heiden in de noot bij het arrest in *Prg.* 2017/82 en T.H.M. van Wechem en Jac. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2017, p. 992 e.v. lijken gematigd positief.

35

J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 (*Street-One*) onder 5 e.v.

36

In die Memorie van Toelichting wordt het geheel achter wege blijven van een prognose van omzet en exploitatiekosten op p. 30 "zeer onwenselijk" en een "duidelijke rode vlag" genoemd. Zie ook J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 (*Street-One*) onder 13 e.v.

37

Zie bijvoorbeeld Asser/I.S.J. Houben, *Bijzondere overeenkomsten. Deel 7-X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 163, J. Teunissen, 'De NFC: zelfregulering of discussiedocument?', *NJB* 2016, p. 1417 en J.H. Kolenbrander, *Franchise. Een korte introductie*, Den Haag: Bju 2018, p. 24.

38

Dat is wat anders dan artikel 3.6 onder d NFC lijkt voor te schrijven. Die tekst lijkt een garantieverbintenis van de franchisegever in te houden (instaan voor de deugdelijkheid). Dat sluit in ieder geval niet aan bij de stand van de rechtspraak. Zo terecht A-G Valk voor HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux, *JIN* 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en *Prg.* 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*), randnummers 2.7. e.v. Zie ook M. de Koning, 'Het "wettelijk haakje" van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017, p. 1255 en A.J.J. van der Heiden in zijn noot bij HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *Prg.* 2017/82 (*Street-One*).

39

Zie onder meer I.S.J. Houben, J. Sterk en J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de franchisesector', *MvV* 2014, p. 242 e.v., H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', *Contracteren* 2017, p. 114 overigens mede onder verwijzing naar het vonnis van de rechtbank in de onderhavige procedure en ook J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, *NJ* 2018/12 (*Street-One*) onder 8.

40

Zie A.M.A. Schwegler, 'De zorgplicht van de franchisegever: bijzonder of niet?', *Contracteren* 2016, p. 7.

41

Veel zaken staan in de praktijk in een dwalingssleutel, ook al wordt er vaak naast vernietiging ook schadevergoeding gevorderd of wordt er, zoals in *Paalman/Lampenier* en ook in de onderhavige zaak, juist afgezien van vernietiging. Zie onder meer J.H. Kolenbrander, 'De "prognoseproblematiek" revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever', *Contracteren* 2012, p. 159 e.v., J.H.M. Spanjaard, 'Dwalen over franchise', *Contracteren* 2017, p. 94 e.v. en H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', *Contracteren* 2017, p. 113 e.v.

42

Als ik goed zie, is hier nog van onontgonnen terrein sprake. Ik trof op www.rechtspraak.nl enkel de uitspraken in de onderhavige procedure aan.

43

Zie onder meer Rb. Utrecht 23 november 2011, **ECLI:NL:RBUTR:2011:BU5842** (*Kweekel Advies & Training c.s./X*), Rb. Utrecht 12 december 2012, **ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6869** (*Tahama BV/The Readshop II BV*), Rb. Limburg 26 februari 2014, **ECLI:NL:RBLIM:2014:2557** (*X/MultiVlaai Retail BV*) en Hof Den Bosch 15 september 2015, **ECLI:NL:GHSHE:2015:3583** (*X/ToFuel BV*).

44

Zie onder meer Hof Den Bosch 12 maart 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4057** (*X/Biretco BV*), Rb. Noord-Holland 15 januari 2014, **ECLI:NL:RBNNE:2014:173**, Rb. Zeeland-West Brabant 15 juni 2016, **ECLI:NL:RBZWB:2016:3723** (*X/Biretco BV*), Rb. Noord-Holland 28 december 2016, **ECLI:NL:RBNHO:2016:11505** (*Van Vuuren vof/Albert Heijn Franchising*), Hof Amsterdam 14 februari 2017, **ECLI:NL:GHAMS:2017:455** (*X/Tot Straks BV*) en Rb. Den Haag 21 maart 2018, **ECLI:NL:RBDHA:2018:3348** (*De IJsvogelgroep BV/X*).

45

Zie onder meer P.S. Bakker, 'Onjuiste informatieverschaffing en franchise', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2017/218, p. 26 e.v. (onder 3.2), M. Raas en R.B. Musters, 'Franchiseprognoses volgens de zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?', *Contracteren* 2017, p. 80 en T.H.M. van Wechem en Jac. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2017, p. 993. Zie overigens eerder al E.B.M. Brons-Stikkelbroeck en J.J.W. Kappert, 'Uitsluiting van dwaling in franchiseovereenkomsten', *Contracteren* 2010, p. 5 e.v.

46

Zie in dit verband ook J. Teunissen, 'De NFC: zelfregulering of discussiedocument?', *NJB* 2016, p. 1418.

47

Door in onderhandeling te treden komen partijen tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding. Dit brengt mee dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Vgl.

HR 12 augustus 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT7337](#), NJ 2005/467 (CBB/JPO), rov. 3.6.

48

HR 15 november 1957, [ECLI:NL:HR:1957:AG2023](#), NJ 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten.

49

Zo bijvoorbeeld A-G Valk in zijn conclusie voor HR 24 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:311](#), NJ 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux, JIN 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en Prg. 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*), randnummer 2.5.

50

Zie de noot bij HR 25 januari 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD7329](#), NJ 2003/31, Prg. 2002/5823 m.nt. A.J.J. van der Heiden en AV&S 2002, p. 120 m.nt. J.W. Hoekzema (*Paalman/Lampenier*) onder 14 en 15.

51

Ik weet wel dat ook in het kader van wilsgebreken wel is bepleit dat aansprakelijkheid niet beperkt zou moeten blijven tot het negatief belang en zich ook zou moeten kunnen uitstrekken tot het positief belang, maar met Asser/A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Algemeen overeenkomstenrecht. Deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 641 meen ik dat dit niet de stand van ons recht is. Anders is bepleit door A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss., Deventer: Kluwer 1992, p. 141 e.v. en door M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss., Deventer: Kluwer 1991, p. 50 e.v.

52

Zie onder meer J.H. Kolenbrander, 'De "prognoseproblematiek" revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever', *Contracteren* 2012, p. 159 e.v. die spreekt van een "forse" en "verregaande" zorgplicht en tevens van een "bijzondere zorgplicht".

53

T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?', *NJB* 2017, p. 1241.

54

Zo ook A-G Valk in zijn conclusie voor HR 24 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:311](#), NJ 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux, JIN 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en Prg. 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*), randnummer 2.5., A.M.A. Schwegler, 'De zorgplicht van de franchisegever: bijzonder of niet?', *Contracteren* 2016, p. 7 e.v., M. Raas en R.B. Musters, 'Franchiseprognoses volgens de zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?', *Contracteren* 2017, p. 80 e.v.

55

Inmiddels zit ook Kolenbrander op dat spoor. Zie J.H. Kolenbrander, *Franchise. Een korte introductie*, Den Haag: Bju 2018, p. 25.

56

HR 24 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:311](#), NJ 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, JIN 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en JOR 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux en Prg. 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden (*Street-One*), rov. 5.3. Vranken maakt in zijn noot onder 9 e.v. overigens enkele relativerende opmerkingen over (de praktische betekenis van) het onderscheid tussen beide situaties.

57

Parl. Gesch. Boek 6, p. 914. Kritisch Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss., Deventer: Kluwer 1998, nr. 4.34. Met instandhouding van de overeenkomst en schadevergoeding ex art. 6:162 BW is uiteraard een vergelijkbaar resultaat haalbaar, maar dat is een surrogaat-oplossing. In het verleden is herhaaldelijk analoge toepassing van art. 6:230 en 3:54 lid 2 BW bepleit. Zie M.W. Hesselink, 'Vragen bij de toepassing van artikel 6:230 BW (II, slot)', *WPNR* 6192 (1995), p. 566-567 en A.C. van Schaick, 'Wijzigingsbevoegdheden', in B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 233 met verdere verwijzingen.

58

Zie onder meer A.C. van Schaick, 'Wijzigingsbevoegdheden', in B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 222-223 en *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:228 BW, aant. 2 (W.L. Valk).

59

MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 915. Behulpzaam is het door Hijma geïntroduceerde onderscheid tussen "alomvattend" en "localiseerbaar" nadeel. Van "alomvattend" nadeel is sprake wanneer de dwalende bij juiste voorstelling van zaken geen overeenkomst zou hebben gesloten, van "localiseerbaar" nadeel wanneer hij dan wel een andere overeenkomst zou hebben gesloten maar dan met een andere inhoud. In het eerste geval is vernietiging de enige optie en is er geen ruimte voor wijziging van de overeenkomst, in het tweede geval wel. Zie Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss., Deventer: Kluwer 1998, nr. 4.35 slot.

60

Zie in dit verband bijvoorbeeld A.C. van Schaick, 'Wijzigingsbevoegdheden', in B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 222 e.v., A.C. van Schaick, 'De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW', *WPNR* 6550 (2003), p. 777 en ook M.W. Hesselink, 'Vragen bij de toepassing van artikel 6:230 BW (I)', *WPNR* 6191 (1995), p. 545. Kritisch is A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 18 januari 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AD7321, NJ 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*), randnummer 2.21.

61

Zie daarover F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss., Deventer: Kluwer 1993, p. 26 e.v. en T. Hartief, *Ontbinding*, diss., Deventer: Kluwer 1994, p. 207-209.

62

Andersom heeft art. 6:230 BW dan juist wel meerwaarde in die gevallen waarin bijvoorbeeld van overmacht sprake is. Prijsverlaging via art. 6:74 (of 6:162) BW is dan niet mogelijk, toepassing van art. 6:230 BW wel. Zie bijvoorbeeld A.C. van Schaick, 'De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW', *WPNR* 6550 (2003), p. 775 naar aanleiding van een geval waarin de non-conformiteit van de zaak niet aan de verkoper kan worden toegerekend.

63

Vgl. M.W. Hesselink, 'Vragen bij de toepassing van artikel 6:230 BW (I)', *WPNR* 6191 (1995), p. 542 die zich daarbij afzet tegen A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss., Deventer: Kluwer 1992, p. 133-134 die ruimte ziet voor vergoeding van vertragingsschade via art. 6:230 BW. Zie ook L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van de redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2005 die in hoofdstuk 5 een visie op art. 6:230 BW ontwikkelt die ruimte laat voor vergoeding van schade langs die weg (p. 91).

64

Parl. Gesch. Boek 6, p. 915.

65

A.C. van Schaick, 'De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW', *WPNR* 6550 (2003), p. 775. Op een zelfde spoor zitten M.W. Hesselink, 'Vragen bij de toepassing van artikel 6:230 BW (I)', *WPNR* 6191 (1995), p. 542 en M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, diss., Den Haag: Bju 1999, p. 44. Zie ook A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 18 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7321**, NJ 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*), randnummer 2.41, dezelfde, in zijn conclusie voor HR 6 december 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AE9250**, JOL 2002/665 (*Nuon/X*), randnummers 2.15 e.v. en Asser/A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Deel 6-II. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 630. Anders bijvoorbeeld A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss., Deventer: Kluwer 1992, p. 133 e.v.

66

Vanuit dit perspectief plaatst A.C. van Schaick, 'De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW', *WPNR* 6550 (2003), p. 777 e.v. vraagtekens bij de uitkomst in HR 28 november 1997, **ECLI:NL:HR:1997:ZC2509**, NJ 1998/659 (*Luycks/Kroonenberg*) en HR 18 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AD7321**, NJ 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*).

67

In het kader van de vraag of de franchisegever een beroep op dwaling kan uitsluiten (hiervoor randnummer 3.26) kan ook de vraag aan de orde komen of hij zich tegen toepassing van art. 6:230 BW kan wapenen. In dit verband kan erop worden gewezen dat onder meer in de overnamepraktijk hardop wordt gesuggereerd in geval van uitsluiting van het beroep op dwaling uitdrukkelijk ook toepassing van art. 6:230 BW uit te sluiten. Ik volsta met verwijzing naar M.B. Krestin, 'Is er bij uitsluiting van een beroep op vernietiging wegens dwaling in overnamecontracten nog ruimte voor wijziging ex artikel 6:230 BW?', *V&O* 2010, p. 145 e.v., R.J. Tjittes, 'Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten', *Contracteren* 2015, p. 110 e.v. en M.J.E. van den Bergh, 'Uitsluiten van ontbinding en vernietiging in overnamecontracten', *Contracteren* 2018, p. 16 e.v.

68

Voor andere dan uit de wet voortvloeiende schadevergoedingsverbintenissen is de schadestaatprocedure strikt genomen ook niet geschreven. Zie A.C. van Schaick, 'De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW', *WPNR* 6550 (2003), p. 774. Er wordt echter ook op gewezen dat als de rechter in een dergelijk geval toch verwijst en partijen daarover niet klagen, de schadestaatprocedure feitelijk toch toepassing krijgt in een geval waarvoor de procedure eigenlijk niet geschreven is. Zie in dit verband T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 408 onder verwijzing naar HR 11 januari 2002, **ECLI:NL:HR:2012:AD8044**, NJ 2003/256 m.nt. H.J. Sniijders (*Van den Aamele BV/Buyck*), rov. 3.2, alsmede de conclusie voor het arrest van A-G De Vries Lentsch-Kostense, randnummer 12 en de noot van H.J. Sniijders bij dit arrest, randnummer 3. onder f. die overigens niet tegen een zekere uitbreiding op proceseconomische gronden van de actieradius van de schadestaatprocedure lijkt.

69

1 maart 2017 is de dag van inwerkingtreding van de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de digitalisering voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad. Zie Besluit van 25 januari 2017, *Stb.* 2017/16. Zie over het moment van inwerkingtreding van art. 30n Rv voor procedures in feitelijke instanties nader voetnoot 79.

70

Daartoe wordt gewezen op HR 20 november 2015, **ECLI:NL:HR:2015:3336**, *RvdW* 2015/1268, *JIN* 2016/36 m.nt. J. van Weerden en *JVggz* 2016/2 m.nt. F.L.G. Geisel.

71

Parl. Gesch. Boek 3, p. 915 (tweede alinea).

72

Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb.* 2016/288. De afkorting KEI staat voor "Kwaliteit En Innovatie van de rechtspraak".

73

HR 22 december 2017, **ECLI:NL:HR:2017:3259**, *RvdW* 2018/86 (*X/Stichting Maatschappelijke Ondersteuning Voor Elkaar*), HR 22 december 2017, **ECLI:NL:HR:2017:3264**, *RvdW* 2018/67 (*S/Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond*), conclusie A-G Wesseling-van Gent van 16 februari 2018, **ECLI:NL:PHR:2018:164**, randnummer 2.29 en Kamerstukken II 2014-2015, 34 509, nr. 3, p. 71 (Memorie van Toelichting KEI-wetgeving).

74

Enkele regels uit de KEI-wetgeving zijn per 1 september 2017 integraal ingevoerd. Zie art. I van het Besluit van 24 april 2017 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse onderdelen van de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb.* 2017/174.

75

Conclusie plv. P-G Langemeijer vóór HR 9 februari 2018, **ECLI:NL:HR:2018:718**, *RvdW* 2018/243 (*Top Mehrwert/Getronics*), randnummer 2.53, conclusie A-G Wesseling-van Gent van 16 februari 2018, **ECLI:NL:PHR:2018:164**, randnummer 2.24, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 134 Rv, aant. 8 (P.E. Ernste) en J. Ekelmans, *In eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 83.

76

Conclusie plv. P-G Langemeijer vóór HR 9 februari 2018, **ECLI:NL:HR:2018:718**, *RvdW* 2018/243 (*Top Mehrwert/Getronics*), randnummer 2.53, conclusie A-G Wesseling-van Gent van 16 februari 2018, **ECLI:NL:PHR:2018:164**, randnummer 2.24, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 91 Rv, aant. 2 (R.H. de Bock) en *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 258.

77

Conclusie plv. P-G Langemeijer vóór HR 9 februari 2018, **ECLI:NL:HR:2018:718**, *RvdW* 2018/243 (*Top Mehrwert/Getronics*), voetnoot 46, conclusie A-G Wesseling-van Gent van 16 februari 2018, **ECLI:NL:PHR:2018:164**, randnummer 2.25 en *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 74 (Memorie van Toelichting KEI-wetgeving).

78

Ook [eiseres] neemt blijkens de tekst van subonderdeel 1.1 tot uitgangspunt dat art. 30n Rv in deze zaak niet rechtstreeks toepasselijk is.

79

Art. 30n Rv is met ingang van 1 september 2017 in werking getreden voor vorderingsprocedures bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland. Zie art. II lid 1 onder A van het Besluit van 24 april 2017 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse onderdelen van de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb.* 2017/174.

80

HR 20 november 2015, **ECLI:NL:HR:2015:3336**, *RvdW* 2015/1268, *JIN* 2016/36 m.nt. J. van Weerden en *JVggz* 2016/2 m.nt. F.L.G. Geisel.

81

In diezelfde zin conclusie A-G Wesseling-van Gent van 16 februari 2018, **ECLI:NL:PHR:2018:164**, randnummer 2.26. Wesseling-van Gent wijst er in randnummer 2.27 van haar conclusie verder op dat een proces-verbaal een zekere waarborg biedt dat hetgeen ter zitting is voorgevallen bij de totstandkoming van de uitspraak wordt meegewogen. Zij verwijst daartoe naar HR 31 oktober 2014, **ECLI:NL:HR:2014:3076**, *NJ* 2015/181 m.nt. W.D.H. Asser, *JIN* 2014/225 m.nt. N. de Boer en *JBPPr* 2015/18 m.nt. G. van Rijssen (*[...] c.s./Staat der Nederlanden*).

82

Zie randnummer 6 van de repliek in cassatie en voorts de in randnummer 2.49 van deze conclusie genoemde brief van de cassatieadvocaat van [eiseres] van 24 april 2018.

83

In het subonderdeel wordt niet aangevoerd dat de verklaring van [betrokkene 2] zou inhouden dat aan de aan [eiseres] voorgelegde omzetprognose geen referentiewinkels ten grondslag hebben gelegen. Over een zodanige verklaring wordt in cassatie voor het eerst bij brief van 24 april 2018 gesproken (hiervoor randnummer 2.49). Daartoe wordt verwezen naar een brief van de advocaten in feitelijke instanties van [eiseres] aan het hof van 31 mei 2017. Deze laatste brief is (hoewel kennelijk bij partijen bekend) in cassatie niet eerder genoemd of gefourneerd. In dat licht behoeft dit standpunt geen bespreking.

84

[eiseres] verwijst naar HR 19 juni 2009, **ECLI:NL:HR:2009:BI8771**, *NJ* 2010/154 m.nt. H.J. Snijders (*mr. Wertenbroek q.q./[...] c.s.*).

85

HR 20 juni 2008, **ECLI:NL:HR:2008:BC4959**, *NJ* 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*[...]/NOM*), herhaald in HR 19 juni 2009, **ECLI:NL:HR:2009:BI8771**, *NJ* 2010/154 m.nt. H.J. Snijders (*mr. Wertenbroek q.q./[...] c.s.*), H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 162 en H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 17.

86

Bijvoorbeeld HR 19 januari 1979, **ECLI:NL:HR:1979:AC6464**, *NJ* 1980/124 m.nt. W.H. Heemskerck (*British*

Caledonian Airways/Turner) en daarover onder meer H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003 (oude druk), nr. 196, B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss., Deventer: Kluwer 2004, nrs. 281-282, F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep*, diss., Deventer: Kluwer 2005, nr. 395 en F.B. Bakels, 'Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over het hoger beroep in burgerlijke zaken', *WPNR* 5951 (1990), p. 145 e.v.

87

HR 3 februari 2006, **ECLI:NL:HR:2006:AU8278**, *NJ* 2006/120 ([...]/Geju), HR 5 december 2003, **ECLI:NL:HR:2003:AJ3242**, *NJ* 2004/76, *Ars Aequi* 2004, p. 282 e.v. m.nt. G.R. Rutgers en *JBPr* 2004/18 m.nt. M.A.J.G. Janssen (*Clickly*), HR 14 oktober 2005, **ECLI:NL:HR:2005:AT6830**, *NJ* 2006/620, *JBPr* 2006/20 m.nt. A. Hammerstein (*Euro/Eurochemie*), HR 6 februari 2009, **ECLI:NL:HR:2009:BG6231**, *RvdW* 2009/275, H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 26, H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 162 en Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 117.

88

Daartoe wordt verwezen naar randnummers 2.2 e.v., 4.4.1 tot en met 4.4.14 (grief B), 4.9.1 tot en met 4.9.18 (grief G), 4.10.1 tot en met 4.10.14 (grief H), 4.11.1 tot en met 4.11.10 (grief I), 4.12.1 tot en met 4.12.12 (grief J) en 4.14.2 (grief L) van de memorie van antwoord in het incidenteel appel van de zijde van Albert Heijn.

89

Daartoe verwijst [eiseres] naar randnummers 3.1-3.2 e.v. in het bijzonder 7.1 tot en met 7.8 (grief G), 8.1 tot en met 8.6 (grief H) en 9.1 van de memorie van antwoord in het incidenteel appel van de zijde van Albert Heijn.

90

Daartoe wordt verwezen naar randnummers 8.1 tot en met 11.17 respectievelijk 13.1 tot en met 13.15 van de memorie van antwoord met betrekking tot de grieven 6 tot en met 9 en 10 in het principaal appel.

91

Zie onder meer HR 27 juni 2014, **ECLI:NL:HR:2014:1557**, *RvdW* 2014/898, *JBPr* 2014/39 m.nt. G.C.C. Lewin, H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 40, Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 117 en Asser Procesrecht/E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 283.

92

Daartoe wordt verwezen naar randnummers 8.1 tot en met 11.17 respectievelijk 13.1 tot en met 13.15 van de memorie van antwoord met betrekking tot de grieven 6 tot en met 9 en 10 in het principaal appel.

93

Verwezen wordt naar randnummers 3.1 tot en met 3.91, 8.1 tot en met 11.17 respectievelijk 13.1 tot en met 13.15 van de memorie van antwoord met betrekking tot de grieven 2 tot en met 5, 6 tot en met 9 en 10 in het principaal appel.

94

Daartoe wordt verwezen naar onder meer randnummers 2.1, in het bijzonder 2.7 tot en met 2.9, 2.29 en 2.30 van de inleidende dagvaarding, randnummers 6.34 en 6.35 van de conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 2.1 e.v., in het bijzonder 2.2, 2.3 en 3.1 van de comparitieaantekeningen, randnummers 3.1 tot en met 3.28, in het bijzonder 3.4, 3.11 tot en met 3.15 e.v., 3.85 en 6.1 tot en met 6.5 van de memorie van antwoord en randnummers 2.1 e.v. en 4.4 van de pleitaantekeningen in hoger beroep.

95

Daartoe wordt verwezen naar onder meer randnummers 1.56 e.v., 2.2 e.v. in het bijzonder 2.12 tot en met 2.27, 2.43 en 2.44 van de inleidende dagvaarding, randnummers 6.40 tot en met 6.48 in het bijzonder 6.41 sub a tot en met j van de conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 2.55 e.v., 3.29 e.v. in het bijzonder 3.34 tot en met 3.43, 3.44 tot en met 3.64 en 3.65 tot en met 3.75 e.v. in het bijzonder 3.80 e.v. van de memorie van antwoord.

96

Daartoe wordt verwezen naar grieven 3, 4 en 5 in het principaal appel en de toelichting daarop in randnummers 4.3.1 tot en met 4.5.4 van de memorie van grieven.

97

Daartoe wordt verwezen naar onder meer randnummers 2.47 tot en met 2.53 van de inleidende dagvaarding, randnummers 6.49 tot en met 6.62 van de conclusie van antwoord in reconventie en randnummers 4.1 tot en met 5.5, 8.1 tot en met 8.23 in het bijzonder 8.17 en 8.22 van de memorie van antwoord.

98

[eiseres] en de rechtbank spreken in dat verband van een "initiële prognose". Albert Heijn bestrijdt die kwalificatie als "prognose". Ik zal daarom hierna spreken over "de omzetinschatting" of over de inschatting van de omzet. Overigens geeft het hof aan (rov. 2.4.) dat de aanvankelijke inschatting ook wel wordt aangeduid als initiële prognose, waarna ook het hof deze terminologie gebruikt onder 3. Beoordeling.

99

De hypothetische feitelijke grondslag in cassatie houdt in dat eiser in cassatie zich ook kan baseren op feiten die hij in vorige instanties heeft aangevoerd en waarvan de rechter niet heeft vastgesteld of deze (al dan niet) juist zijn. Dit beginsel berust op de gedachte dat de bestreden uitspraak ook stand moet kunnen houden, indien de feiten, die door de in het ongelijk gestelde partij zijn gesteld en waarvan de juistheid door de rechter uitdrukkelijk of stilzwijgend in het

midden is gelaten, juist zijn. Zie Asser Procesrecht/E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 284.

100

In dat kader wordt gewezen op onder meer randnummers 3.29 tot en met 3.48 van de memorie van antwoord in het bijzonder 3.43 en 3.44, 3.48 en 3.73 en randnummers 4.1 e.v. van de pleitaantekeningen in hoger beroep.

101

Daartoe wordt gewezen op randnummers 3.48 tot en met 3.57 van de memorie van antwoord en randnummers 4.4-4.7 en 6.1 van de pleitaantekeningen in hoger beroep.

102

HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:311**, NJ 2018/12 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2017/152 m.nt. P.G.M. Brouwer en J. Bedaux, JIN 2017/58 m.nt. P.J.B. van Deurzen en Prg. 2017/82 m.nt. A.J.J. van der Heiden.

103

Verwezen wordt naar randnummers 4.1 tot en met 4.24 in het bijzonder 4.9, 4.10 tot en met 4.12 en 4.17 tot en met 4.19 e.v. van de memorie van antwoord.

104

Voor stellingen (a) tot en met (d) wordt verwezen naar randnummers 4.2, 4.9 en 4.18 verwijzend naar randnummers 3.88 en 3.89 van de memorie van antwoord.

105

Verwezen wordt naar randnummers 1.56 e.v., 2.2 e.v. in het bijzonder 2.12 tot en met 2.27, 2.43 en 2.44 van de inleidende dagvaarding, randnummers 6.40 tot en met 6.48 in het bijzonder 6.41 sub a tot en met j van de conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 1.2 en 2.4 e.v. van de comparitie-aantekeningen en randnummers 2.55 e.v., 3.29 e.v. in het bijzonder 3.34 tot en met 3.43, 3.44 tot en met 3.64 en 3.65 tot en met 3.75 e.v. in het bijzonder 3.80 e.v., 4.12 en 4.19 van de memorie van antwoord.

106

Daartoe wordt verwezen naar randnummers 1.16-1.17, 1.26-1.27, 1.31 e.v. in het bijzonder 1.40 e.v., 1.90 en 2.26 van de inleidende dagvaarding, randnummers 6.24 en 6.32 tot en met 6.35 van de conclusie van antwoord in reconventie, randnummer 1.4 van de comparitieaantekeningen, randnummers 2.81, 2.136, 3.88-3.91, 4.9-4.11, 4.19 en 7.12 van de memorie van antwoord en randnummers 3.1 e.v. van de pleitaantekeningen in hoger beroep.

107

Daartoe wordt verwezen naar randnummers 1.56 e.v., 2.2 e.v. in het bijzonder 2.12 tot en met 2.27, 2.43 en 2.44 van de inleidende dagvaarding, randnummers 6.40 tot en met 6.48 in het bijzonder 6.41 sub a tot en met j van de conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 2.55 e.v., 3.29 e.v. in het bijzonder 3.34 tot en met 3.43, 3.44 tot en met 3.64 3.65 tot en met 3.75 e.v. in het bijzonder 3.80 e.v. en 4.9 tot en met 4.19 van de memorie van antwoord alsmede randnummers 4.1 e.v. van de pleitaantekeningen in hoger beroep.

108

Gewezen wordt op randnummers 7.4 tot en met 7.17 (misleidende reclame/mededelingen), 7.18 tot en met 7.25 (reflexwerking art. 6:193a e.v. BW), 7.26 tot en met 7.28 (acquisitiefraude), 7.29 (inbreuk informatierecht), 7.30-7.31 (profiteren wanprestatie C1000) en 7.32 tot en met 7.36 (art. 6:166 BW) van de memorie van antwoord.

109

Daartoe wordt verwezen naar onder meer randnummers 6.4 tot en met 6.16 en 6.60 van de conclusie van antwoord in reconventie, randnummers 3.1 en 3.2 van de comparitieaantekeningen, randnummers 2.17 e.v. in het bijzonder 2.37 tot en met 2.48 en 4.18 van de memorie van antwoord en randnummers 2.2, 2.3, 6.1 en 6.2 van de pleitaantekeningen in hoger beroep.

110

Zie onder meer M.Y. Schaub, *Wilsgebreken*, Mon.BW B3, Deventer: Kluwer 2015, nr. 62 en *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:44, aant. 6 (Jac. Hijma).

111

Zie bijvoorbeeld M.Y. Schaub, *Wilsgebreken*, Mon.BW B3, Deventer: Kluwer 2015, nr. 63 en de daar genoemde jurisprudentie.