

Impressies

De ‘prognose-torpedo’: een effectief verweermiddel tegen vorderingen in kort geding

Mr. J.H. Kolenbrander*

100

1. Inleiding

Het kan zomaar gebeuren dat een franchisegever een geschil krijgt met een van zijn franchisenemers omdat laatstgenoemde weigert aan zijn verplichtingen te voldoen richting de franchisegever. Denk daarbij, bijvoorbeeld, aan de situatie dat een franchisenemer zijn facturen niet betaalt of omdat de franchisenemer niet vrijwillig voldoet aan de (kwaliteits)eisen die de franchisegever via de franchiseovereenkomst heeft opgelegd. Ook komt het met enige regelmaat voor dat een ex-franchisenemer weigert om vrijwillig te voldoen aan een postcontractueel non-concurrentiebeding.

De franchisegever kan in spoedeisende situaties ervoor kiezen om een kortgedingprocedure te starten teneinde de weigerachtige franchisenemer alsnog zo snel mogelijk te dwingen om aan de franchiseovereenkomst te voldoen. In de praktijk is gebleken dat een beroep op ondeugdelijke prognoses door de franchisenemer dan een effectief verweermiddel kan zijn om de franchisegever van het lijf te houden. Gezien de effectiviteit van een beroep op ondeugdelijke prognoses in kort geding is het gepast om een dergelijk verweer een ‘prognose-torpedo’ te noemen. Het verweer is immers te beschouwen als een juridische torpedo die – als hij zijn doel raakt – de vloot van vorderingen van de franchisegever relatief eenvoudig kan doen zinken.

* Mr. Jan-Willem Kolenbrander is advocaat bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden en gespecialiseerd in franchising.

In dit artikel zal ik de ‘prognose-torpedo’ nader bespreken aan de hand van recente en minder recente jurisprudentie. Daarbij zal ik onder meer aandacht besteden aan welke stappen de franchisenemer kan nemen om een dergelijke ‘prognose-torpedo’ zo goed mogelijk in stelling te brengen, maar ook welke voorzorgsmaatregelen de franchisegever kan treffen om deze torpedo zo veel mogelijk onschadelijk te maken.

2. Exploitatieprognoses

Voorafgaand aan het ondertekenen van de franchiseovereenkomst kan een franchisegever een zogenaamde exploitatieprognose verstrekken aan een kandidaat-franchisenemer. Deze prognose betreft een document waarin de franchisegever een inschatting geeft van de omzetten en/of resultaten die een franchisenemer voor de komende jaren zou kunnen behalen als hij zich zou aansluiten bij de desbetreffende franchiseformule.¹ Het hoeft uiteraard geen nader betoog dat een kandidaat-franchisenemer zijn beslissing om zich al dan niet aan te sluiten bij een franchiseformule voor een groot gedeelte zal baseren op de inhoud van de verstrekte exploitatieprognose.²

1. Voor meer informatie over exploitatieprognoses en franchise zie o.a. Asser/Houben, 7-x 2015/162-166; J.H. Kolenbrander, Franchise – een korte introductie, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 23-33; J.H.M. Spanjaard, Dwalen over franchise, Contracteren 2017/3, p. 91-98; M. Raas & R.B. Musters, Franchiseprognoses volgens de zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?, Contracteren 2017/3, p. 77-81.
2. Vgl. r.o. 3.6 van Parket HR 4 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:461 (Albert Heijn).

Is de exploitatieprognose deugdelijk en zijn de daarin genoemde omzetten en resultaten realistisch en haalbaar, dan is er weinig reden tot klagen aan de zijde van de franchisenemer. Dat wordt natuurlijk een ander verhaal als achteraf blijkt dat de eerder door de franchisegever verstrekte prognose niet deugdelijk is en onrealistische ('te rooskleurige') omzetten en/of resultaten benoemt.

Een franchisegever die ondeugdelijke prognoses heeft verstrekt, kan – naargelang de omstandigheden van het geval – aansprakelijk zijn voor de ten gevolge daarvan door de franchisenemer geleden schade.³ Daarnaast – en met name dat is relevant voor dit artikel – komt de franchisenemer een beroep toe op dwaling op grond van artikel 6:228 Burgerlijk Wetboek (BW).⁴ Roept de franchisenemer de vernietiging van de franchiseovereenkomst in op grond van dwaling, dan wordt aangenomen dat deze overeenkomst nimmer heeft bestaan. Eventuele vorderingen die gegrond zijn op deze franchiseovereenkomst, zoals betaling van franchisefees of nakoming van een postcontractueel non-concurrentiebeding, kunnen dan niet (meer) worden afgedwongen door de franchisegever. En het is een dergelijk beroep op dwaling door de franchisenemer dat in kort geding effectief blijkt te zijn.

In de rechtspraak is bepaald dat een dwaling op grond van ondeugdelijke prognoses géén toekomstige omstandigheid betreft in de zin van artikel 6:228 lid 2 BW.⁵ Desalniettemin komt een franchisenemer niet altijd een beroep toe op dwaling, bijvoorbeeld omdat de rechter oordeelt dat de dwaling in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de franchisenemer dient te blijven, zoals bedoeld in artikel 6:228 lid 2 BW. Meestal zal de franchisegever om die reden werken met voorbehouden en disclaimers. Verder is in de literatuur betoogd dat dwaling bij franchiseovereenkomsten contractueel is uit te sluiten.⁶ In paragraaf 5.2 zal hier verder op in worden gegaan.

3. Zie o.a. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (Street One).
4. Zie HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman); Parket HR 4 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1117 (Street One). Zie verder o.a. r.o. 4.4 van Rb. Alkmaar 22 februari 2007, zaak 93156 / KG ZA 07-31 (Cartridge World); Rb. Arnhem 6 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4852 (Only Natural); Rb. Utrecht 7 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1143 (Glasconnect); Rb. Utrecht 23 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU5842 (Kwekel); Rb. Utrecht 12 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6869 (The Readshop).
5. Zie r.o. 12 van Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1707 (Street One). Zie ook Rb. Utrecht 23 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU5842 (Kwekel); Rb. Amsterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6732 (Hollandse kids). Vgl. HR 21 januari 1966, NJ 1966/183 (Booy/Wisman).
6. E.B.M. Brons-Stikkelbroeck & J.J.W. Kappert, Uitsluiting van dwaling in franchiseovereenkomsten, *Contracteren* 2010/1, p. 5-11.

3. Kort geding: voor- en nadelen

Zoals in de inleiding van dit artikel reeds is aangegeven, kan het gebeuren dat een franchisenemer om hem moverende redenen weigert om aan zijn contractuele verplichtingen te voldoen richting de franchisegever. Blijken buitengerechtelijke oplossingen geen soelaas te bieden, dan kan de franchisegever zich richten tot de rechter om alsnog nakoming van de franchiseovereenkomst te krijgen.

In dat geval zal de franchisegever de keuze dienen te maken of hij de kwestie voorlegt aan de 'normale' rechter via een bodemprocedure, of dat hij de kwestie voorlegt aan de voorzieningenrechter via een kortgedingprocedure. Hoewel een kortgedingprocedure voordelen kent ten opzichte van een bodemprocedure, zijn er ook duidelijke nadelen aan te wijzen. Nadelen die *juist* maken dat een 'prognose-torpedo' effectief kan zijn in kort geding.

3.1 Aard van een kortgedingprocedure

Zoals bekend verondersteld, kan niet in alle gevallen door de franchisegever worden gekozen voor een kortgedingprocedure tegen een franchisenemer. Op grond van artikel 254 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) komen immers alleen spoedeisende zaken daarvoor in aanmerking. Spoedeisende zaken waarbij – gelet op de belangen van partijen – een onmiddellijke voorziening is vereist.

Of er sprake is van spoedeisend belang, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de vordering.⁷ Er is in ieder geval sprake van een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening indien niet van de franchisegever kan worden gevergd dat hij de uitkomst van een normale bodemprocedure afwacht.⁸ Kan de franchisegever redelijkerwijs wel de uitkomst afwachten van een bodemprocedure, dan zal de route via een kort geding in principe dus niet mogelijk zijn.

3.2 Voordelen van een kortgedingprocedure

Laten we ten behoeve van dit artikel ervan uitgaan dat de franchisegever inderdaad een (voldoende) spoedeisend belang heeft om via een kort geding nakoming te vorderen van een franchisenemer.

Een van de voordelen die de franchisegever dan zal ervaren ten opzichte van een bodemprocedure is snelheid: een kort geding zal binnen enkele weken afgewikkeld kunnen zijn, terwijl een bodemprocedure al gauw een jaar tot anderhalf jaar in beslag neemt. Dat zit er met name in dat een kort geding relatief informeel van aard is, waarbij diverse (vertragende) processuele regels niet gelden. Met als bijkomend extraatje dat de franchisegever vaak minder juridische kosten kwijt is aan een kort geding dan aan een bodemprocedure.

7. HR 23 januari 1998, NJ 2000/544 (Kruidvat/Lancôme).
8. Tonkens-Gerkema/Van Nispen. in T&C Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 254 Rv, aant. 2.

Een franchisegever weet daardoor ook sneller wat (in ieder geval voorlopig) zijn rechtspositie is ten opzichte van de franchisenemer. Ondanks dat een vonnis in kort geding slechts een voorlopig karakter kent (zie ook hierna), blijkt dat een oordeel van de voorzieningenrechter in de praktijk voor partijen vaak voldoende handvatten biedt om het geschil definitief af te kunnen ronden. Een bodemprocedure kan dan achterwege blijven. Het oordeel van de voorzieningenrechter heeft in de praktijk een definitiever karakter dan men daar wellicht van zou verwachten.

3.3 Nadelen van een kort geding

Een kort geding kent ook nadelen ten opzichte van een bodemprocedure. Zo heeft het oordeel van de voorzieningenrechter, bijvoorbeeld, slechts een voorlopig karakter en mist het vonnis op grond van artikel 257 Rv gezag van gewijsde. Dat is geen probleem als partijen (zie hiervoor) de strijdbijl na het kort geding begraven, maar wel als het noodzakelijk is dat een bepaald (rechts)feit bindend tussen partijen moet worden vastgesteld.

Daarnaast zijn bepaalde soorten vorderingen niet mogelijk om via kort geding af te dwingen, zoals het vaststellen van een rechtstoestand tussen partijen (declaratoir vonnis) of bepaald ingrijpen door de rechter in een rechtstoestand, bijvoorbeeld via een gerechtelijke ontbinding of vernietiging (constitutief vonnis). Verder zijn er vorderingen waaraan in kort geding ten opzichte van een bodemprocedure verzwaarde motiveringseisen kleven om toegewezen te kunnen worden. Denk daarbij onder meer aan geldvorderingen.

Een verder nadeel – en met name van belang voor dit artikel – is het feit dat de ‘gewone’ regels van het processuele bewijsrecht niet gelden in kort geding. Dat betekent dat de voorzieningenrechter een grote vrijheid toekomt bij de waardering van de bewijsmiddelen.⁹ De voorzieningenrechter mag dus genoeg nemen met summier bewijs.¹⁰ Ook hoeft de in rechte betrokken franchisenemer pas op de mondelinge behandeling zijn verweer richting de franchisegever kenbaar te maken, zodat de kans op verrassingsverweren doorgaans groter is in kort geding dan bij een bodemprocedure. Deze nadelen van de kortgedingprocedure vormen waarschijnlijk de reden waarom de ‘prognose-torpedo’ zo effectief is, zoals hierna zal worden toegelicht.

4. Prognose-torpedo en kort geding

De franchisegever wil dus nakoming van de franchisenemer van een bepaald beding in de franchiseovereenkomst. Er is sprake van een spoedeisend belang, bijvoorbeeld omdat het gaat om nakoming van een post-

contractueel non-concurrentiebeding.¹¹ De ex-franchisenemer schendt dit concurrentiebeding, en diverse sommaties van de zijde van de franchisegever om de inbreuk te staken stuiten helaas op dovemansoren.

Als *ultimum remedium* start de franchisegever vervolgens een kort geding om nakoming te vorderen van het non-concurrentiebeding. Tijdens de mondelinge behandeling van dit kort geding beroept de franchisenemer zich echter (al dan niet voor het eerst) op ondeugdelijke prognoses en dwaling. De ‘prognose-torpedo’ wordt derhalve in stelling gebracht. Aangezien de normale bewijsregels van het processuele bewijsrecht niet van toepassing zijn in kort geding, zal de franchisenemer in deze procedure in het kader van verweer vaak af kunnen met een aannemelijk verhaal dat de prognoses ondeugdelijk zijn en dat er sprake is van dwaling. Er hoeft geen sprake te zijn van *bewijzen* dat er daadwerkelijk sprake is van ondeugdelijke prognoses, maar uiteraard moet er wel sprake zijn van een steekhoudend verweer. De franchisegever zal vervolgens dit verweer van de franchisenemer dienen te ontkrachten. En dat kan soms lastig zijn voor een franchisegever binnen de kaders van een kortgedingprocedure, waar nader onderzoek of nadere bewijslevering niet mogelijk is. Dat geldt overigens temeer als de franchisegever eerst op de mondelinge behandeling wordt geconfronteerd met een beroep op ondeugdelijke prognoses en dwaling.

4.1 Voorbeelden waar de torpedo doel trof

Voor zover de franchisenemer voldoende aannemelijk kan maken bij de voorzieningenrechter dat er sprake kan zijn van ondeugdelijke prognoses en dwaling, dan zal dit doorgaans de toewijzing van de vordering van de franchisegever frustreren. Van een dergelijke situatie is ook jurisprudentie voorhanden.

In dat kader kan onder meer gewezen worden op een uitspraak van de Rechtbank Zutphen¹² waarbij de franchisegever nakoming vorderde van een postcontractueel non-concurrentiebeding. De ex-franchisenemer verweerde zich hiertegen door een beroep te doen op dwaling in verband met ondeugdelijke prognoses. De voorzieningenrechter oordeelt in die kwestie dat niet valt uit te sluiten dat de buitengerechtelijke vernietiging op grond van dwaling stand zal houden in een bodemprocedure. Hoewel in kort geding niet definitief valt vast te stellen of de door de franchisegever verstrekte gegevens inderdaad ondeugdelijk zijn, is de voorzieningenrechter voorshands van mening dat er voldoende aanknopingspunten zijn om die aanname te kunnen doen, zodat de franchisegever geen beroep toekomt op het postcontractuele non-concurrentiebeding.

9. HR 29 januari 1943, NJ 1943/198.

10. Vgl. HR 29 juni 1928, NJ 1928, p. 1639.

11. Voor recente jurisprudentie daaromtrent zie J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2019, *Contracteren* 2019/1, p. 41-46.

12. Rb. Zutphen 20 februari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:AZ8931 (Cartridge World). Zie ook Rb. Alkmaar 22 februari 2007, KG ZA 07-31 (Cartridge World – niet gepubliceerd); Rb. Den Haag 15 maart 2007, KG ZA 07-87 (Cartridge World – niet gepubliceerd).

In een zaak bij de Rechtbank Gelderland¹³ dagvaarde een franchisenemer de franchisegever in kort geding nadat deze de franchise- en onderhoudsovereenkomst had opgezegd. De franchisenemer wilde ontheffing van het postcontractuele non-concurrentiebeding. In reconventie vorderde de franchisegever op zijn beurt onder meer betaling van een aanzienlijke geldsom vanwege betalingsachterstanden. Als verweer tegen die vordering beriep de franchisenemer zich op ondeugdelijke prognoses en dwaling. De rechter stelt vast dat er sprake lijkt te zijn van te rooskleurig prognoses, maar merkt ook op dat dit niet definitief in een kort geding kan worden vastgesteld. Mede gezien de aanvullende criteria die gelden voor het kunnen toewijzen van een geldvordering in kort geding – en vooruitlopend op de uitkomst van een bodemprocedure waarin het beroep op dwaling zal moeten worden onderzocht – ziet de voorzieningenrechter voorshands geen aanleiding de vordering tot betaling van de betalingsachterstanden toe te wijzen.

In een zaak bij de Rechtbank Amsterdam¹⁴ vorderde de franchisegever betaling van een geldvordering uit hoofde van de franchiseovereenkomst. De franchisenemer beriep zich echter op ondeugdelijke prognoses en dwaling. De voorzieningenrechter overweegt onder meer dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat het beroep op dwaling door de franchisenemer in een bodemprocedure gegrond wordt geacht. In dat licht is het volgens de voorzieningenrechter voorshands niet uitgesloten dat de franchisegever in de precontractuele fase onrechtmatig heeft gehandeld jegens de franchisenemer. Om de geldvordering van de franchisegever goed te kunnen beoordelen moet er aldus de voorzieningenrechter dus eerst nader onderzoek en bewijslevering plaatsvinden over onder meer de deugdelijkheid van de door de franchisegever verstrekte prognoses. Daarvoor leent de kortgedingprocedure zich echter niet en al daarom is voor toewijzing van de vordering van de franchisegever in kort geding geen plaats volgens de voorzieningenrechter.

4.2 Voorbeelden waar de torpedo geen doel trof

In voornoemde gevallen trof de ‘prognose-torpedo’ derhalve doel, hoewel (zeker niet in alle gevallen) er onomstotelijk bewijs lijkt te zijn geleverd door de franchisenemer dat er *inderdaad* sprake was van ondeugdelijke prognoses en dwaling. Er zijn echter ook gevallen aan te wijzen waarbij de ‘prognose-torpedo’ geen doel heeft getroffen.

Zo hadden in een kwestie bij de Rechtbank Rotterdam¹⁵ meerdere franchisenemers van een bepaalde formule hun samenwerking met de franchisegever beëindigd, mede vanwege vermeend ondeugdelijke prognoses. De franchisegever wilde echter integrale nakoming van de franchiseovereenkomsten en startte een kort geding. Daar verweerden de franchisenemers zich ook met de stelling dat er sprake zou zijn van ondeugdelijke prognoses

en dwaling. Aldus de voorzieningenrechter kunnen vorderingen tot nakoming van een franchiseovereenkomst in het kader van een voorlopige voorziening als een kort geding slechts dan worden toegewezen indien aannemelijk is, en derhalve voorshands aangenomen moet kunnen worden, dat ook in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat de franchisenemers de franchiseovereenkomsten dienen na te komen. En daarvan is in deze kwestie sprake volgens de voorzieningenrechter, omdat in zijn visie onvoldoende uit de verf komt dat de verstrekte prognoses inderdaad ondeugdelijk zijn. Een van de voornaamste redenen daarvoor was een schriftelijke verklaring van de accountant van de franchisegever, die stelt dat de prognoses een realistisch beeld geven, welke verklaring volgens de voorzieningenrechter niet (voldoende) is bestreden door de franchisenemers.

In een zaak die uiteindelijk bij het Gerechtshof Den Bosch¹⁶ uitkwam, vorderde de franchisegever nakoming van een postcontractueel non-concurrentiebeding. De ex-franchisenemer verweerde zich onder meer met een beroep op ondeugdelijke prognoses en dwaling. Het hof passeert dit verweer, mede omdat vooralsnog vaststaat dat de ex-franchisenemer zelf betrokken was bij de totstandkoming van de prognoses. Ook stelt het hof vast dat de *wel* door de franchisenemer gehaalde omzet in relatie tot de geprognosticeerde omzet ‘substantieel’ is te noemen. Ook stelt het hof vast dat door beide partijen omstandigheden worden genoemd die een verklaring (kunnen) vormen voor het feit dat de geprognosticeerde omzetten niet zijn behaald. Dat er sprake zou zijn van een al te rooskleurige voorstelling van zaken door de franchisegever, is volgens het hof echter onvoldoende aannemelijk geworden. De ex-franchisenemer bleef dan ook gebonden aan het postcontractuele non-concurrentiebeding.

In een kwestie die speelde bij de Rechtbank Rotterdam¹⁷ was sprake van een franchisegever die een franchisenemer in kort geding aansprak op nakoming van de franchiseovereenkomst. De franchisenemer verweerde zich daartegen door zich te beroepen op ondeugdelijke prognoses en dwaling. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat het vaststellen of de franchisenemer een recht op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling toekomt, een onderzoek naar feiten en waarschijnlijk ook bewijslevering vergt. Daarvoor leent een kortgedingprocedure zich niet (goed). Wel stelt de voorzieningenrechter voorshands vast dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat het beroep op vernietiging in een bodemprocedure zal slagen.

4.3 Tussenconclusie

Het beeld dat zich in ieder geval op basis van voornoemde uitspraken opdringt, is dat een ‘prognose-torpedo’ een effectief middel kan zijn voor een franchisenemer om vorderingen van de franchisegever in kort geding te

13. Rb. Gelderland 9 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1629 (Bakker Bart).

14. Rb. Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1610 (Eye Wish).

15. Rb. Rotterdam 31 maart 2011, KG ZA 11-212 (Froothies – niet gepubliceerd).

16. Hof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5661 (FietsNED).

17. Rb. Rotterdam 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8895 (Haarwerkjes).

frustreren. Met als doel om de franchisegever te ontmoedigen om verdere (rechts)maatregelen te treffen jegens de franchisenemer, zoals een bodemprocedure. Met name in het geval dat de franchisegever voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling wordt geconfronteerd met een beroep op ondeugdelijke prognoses kan het zeer effectief werken, simpelweg omdat de franchisegever dan minder goed in staat is inhoudelijk en onderbouwd verweer daartegen te voeren. Ook blijkt de torpedo een effectief middel te zijn tegen vorderingen waaraan verzwaarde motiveringseisen kleven om toegewezen te kunnen worden, zoals geldvorderingen. Dergelijke vorderingen zijn immers al moeilijker om in kort geding toegewezen te krijgen, dus dan helpt het zeker niet als een franchisenemer een verweer in stelling brengt dat het (voort)bestaan van de achterliggende overeenkomst in twijfel trekt. Als een franchisenemer voldoende heeft gesteld om aannemelijk te maken dat zijn verweer voorshands niet ongegrond is, kan een voorzieningenrechter al voldoende geprikkeld zijn om de vordering van de franchisegever af te wijzen. Zelfs als de voorzieningenrechter helemaal niet definitief heeft vastgesteld dat er inderdaad sprake is van ondeugdelijke prognoses.

Hoe mooi dit voorgaande wellicht allemaal ook klinkt in de oren van een franchisenemer, moet ook onderkend worden dat de ‘prognose-torpedo’ zeker geen tovermiddel is dat altijd tot succes zal leiden. Zo valt met name op uit voornoemde uitspraken dat de franchisegevers die goed zijn voorbereid op dit verweer deze torpedo uiteindelijk toch weten te ontwijken. Franchisenemers kunnen in dat geval niet volstaan met enkel roepen dat de prognoses niet deugen, zeker niet als partijen al langere tijd inhoudelijk debatteren over de (on)deugdelijkheid van de verstrekte prognoses.

Daarnaast moet ook onderkend worden dat een uitspraak van een voorzieningenrechter (zie ook hiervoor) slechts een voorlopig karakter heeft. Dus ook al *is* de voorzieningenrechter voorshands van mening dat er al dan niet sprake is van ondeugdelijke prognoses en dwaling, dan betekent dit nog niet automatisch dat de bodemrechter diezelfde mening is toegedaan. Zie in dat kader, bijvoorbeeld, het voorshandse oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag dat ‘niet zonder meer op voorhand uit te sluiten’¹⁸ is dat er sprake zou kunnen zijn van ondeugdelijke prognoses. In de daarop volgende bodemprocedure bij de Rechtbank Den Haag¹⁹ wordt echter geoordeeld door een bodemrechter dat er geen sprake zou zijn van ondeugdelijke prognoses. Een oordeel dat (in ieder geval gedeeltelijk) in hoger beroep weer onderuit gaat en vervolgens in cassatie tot een van de meest memorabele en invloedrijke arresten van de afgelopen jaren op het gebied van franchise heeft geleid.²⁰ Het kan verkeren...

18. R.o. 3.3 van Rb. Den Haag 6 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8021 (Street One).

19. Rb. Den Haag 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753 (Street One).

20. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (Street One).

5. Hoe om te gaan met een prognose-torpedo

Dat brengt mij bij het volgende onderdeel van dit artikel, te weten het bespreken van de stappen die een franchisenemer kan nemen om een ‘prognose-torpedo’ zo goed mogelijk in stelling te brengen. Ook zal hier kort besproken worden welke voorzorgsmaatregelen de franchisegever op zijn beurt kan treffen om deze torpedo zo veel mogelijk onschadelijk te maken.

5.1 De franchisenemer

Zoals hiervoor aangegeven, is het verstandig als een franchisenemer – die een beroep wil doen op ondeugdelijke prognoses – ook afdoende bewijsmateriaal verzamelt om dat te kunnen bewijzen. Denk daarbij onder meer aan schriftelijke verklaringen van deskundigen, rapporten van accountants, enzovoort. Het bewijsrecht is weliswaar niet van toepassing in kort geding, maar als het beroep van een franchisenemer op dwaling naar de maatstaven van het ‘normale’ processuele bewijsrecht door de ballotagecommissie komt, dan is de kans groot dat het beroep op dwaling ook in kort geding zal slagen. Goede voorbereiding en er niet te veel op vertrouwen dat de voorzieningenrechter ‘toch wel’ genoeg neemt met summier bewijs zijn essentieel om een ‘prognose-torpedo’ goed in stelling te kunnen brengen.

5.2 De franchisegever

Een goede voorbereiding aan de zijde van de franchisegever is ook aanbevelingswaardig als er enige aanleiding is om te vermoeden dat de franchisenemer zich in een kort geding als verweer zal gaan beroepen op ondeugdelijke prognoses. Het (volledige) verweer van een franchisenemer zal misschien pas ter zitting duidelijk worden, maar uit de vooraf overgelegde producties zal vaak al kenbaar zijn welke juridische route (de advocaat van) een franchisenemer zal kiezen tijdens het kort geding. Ook zal uit de voorgeschiedenis tussen partijen al kunnen blijken dat er (mogelijk) een torpedo in stelling zal worden gebracht.

En in dat geval zal de franchisegever natuurlijk een goed onderbouwd verhaal moeten kunnen vertellen aan de voorzieningenrechter waarom in zijn visie de prognoses wel deugdelijk zijn. Ook hier geldt: het bewijsrecht is weliswaar niet van toepassing, maar franchisegevers doen er verstandig aan om op zeker te spelen door de materie te behandelen alsof het bewijsrecht *wel* van toepassing zou zijn. Denk daarbij ook weer aan schriftelijke verklaringen van deskundigen, accountants enzovoort. Als de exploitatieprognose eerder is gemaakt door een externe partij namens de franchisegever, dan zou het in principe weinig moeite hoeven te kosten voor de franchisegever om (weer) de hulp in te schakelen van deze externe partij.

Echter, het voorgaande betreft natuurlijk enkel lapmiddelen ‘aan de achterkant’. Het beste wat een franchisegever dan ook kan doen is de zaken goed ‘aan de voorkant’ regelen door de precontractuele fase deugdelijk

vorm te geven. Is het immers goed geregeld in de precontractuele fase, dan is de kans klein(er) dat de franchisegever achteraf wordt geconfronteerd met een ‘prognose-torpedo’, laat staan dat deze torpedo doel treft.

Zo doet de franchisegever er bijvoorbeeld goed aan om de hoogste graad van zorgvuldigheid in acht te nemen bij het (laten) opstellen van een prognose, hetgeen – zeker met het oog op de aankomende franchisewetgeving²¹ – altijd aanbevelingswaardig is. Als alternatief kan de franchisegever ervoor kiezen om in het geheel geen prognose te verstrekken aan de franchisenemer in de precontractuele fase, uiteraard voor zover de wet of de franchiseovereenkomst dat toelaat. Als er in het geheel geen (ondeugdelijke) prognose aan te wijzen is, dan zal de torpedo geen doel treffen.

Ook kan een franchisegever proberen om via voorbehouden (disclaimers) de dwaling voor rekening van de franchisenemer te laten blijven, zoals bedoeld in artikel 6:228 lid 2 BW. Denk daarbij aan teksten als ‘Aan de prognose kunnen geen rechten worden ontleend’ of ‘Franchisenemer zal de verkregen prognose zelf moeten onderzoeken op juistheid’. Hoewel er diverse rechtspraak bestaat die een beroep op dergelijke voorbehouden honoreert, is er ook rechtspraak voorhanden die dat juist *niet* doet. Advocaat-generaal T. Hartlief is in ieder geval terughoudend om een beroep door de franchisegever op een dergelijk voorbehoud te honoreren, omdat het (in meer of mindere mate) tegenstrijdig is dat een franchisegever aan de ene kant allerlei informatie verstrekt om een franchisenemer een franchiseovereenkomst te laten tekenen, maar tegelijkertijd (gechargeerd) stelt dat die informatie niet al te serieus genomen moet worden. Daarnaast zijn dergelijke voorbehouden in zijn visie 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.²² Gezien de voorhanden rechtspraak waarin het beroep op dergelijke voorbehouden wel wordt gehonoreerd, lijkt het verstandig voor een franchisegever om veiligheidshalve daarvan toch maar gebruik te maken om ‘prognose-torpedo’s’ en ander onheil zo veel mogelijk buiten de deur te houden. Met daarbij uiteraard de aantekening dat dergelijke voorbehouden bij franchising beperkingen kennen.

Verder kan de franchisegever proberen om ‘prognose-torpedo’s’ op voorhand onschadelijk te maken door een beroep op dwaling contractueel volledig uit te sluiten, dan wel door met elkaar af te spreken dat dwaling over bepaalde onderwerpen voor rekening van de franchisenemer dient te blijven. Brons-Stikkelbroeck en Kappert wijzen erop dat een dergelijke clause weliswaar opgenomen kan worden in de franchiseovereenkomst, maar

dan zal de (onjuiste) voorstelling van zaken al reeds vorm hebben gekregen en is de dwaling reeds een feit. Zij zien er dan ook meer heil in om een dergelijke clause op te nemen in de informatie zelf en/of in een voorovereenkomst.²³ Gezien de (ingrijpende) aard van een uitsluiting van het beroep op dwaling zou ik geneigd zijn om dat louter te doen via een contractueel beding in een (voor)overeenkomst waarbij beide partijen voor akkoord tekenen. Een eenzijdige vermelding op de prognose zelf door de franchisegever dat een beroep op dwaling is uitgesloten, zal wellicht al gauw in de sfeer van de hiervoor genoemde disclaimers terechtkomen. Hoewel een clause als voornoemd zeker waarde zou kunnen hebben om een ‘prognose-torpedo’ buiten de deur te houden, moet ook onderkend worden dat de redelijkheid en billijkheid het laatste woord hebben. In bepaalde gevallen zal ook een dergelijke clause de franchisegever niet kunnen beschermen tegen een ‘prognose-torpedo’, bijvoorbeeld in het geval van bedrog.

6. Brede scope dan franchise

In dit artikel is voornamelijk aandacht besteed aan franchisekwesties, hetgeen volledig te wijten is aan de praktijk van ondergetekende. Echter, hetgeen hiervoor is opgemerkt, kent uiteraard ook zijn nut in andere soorten van (contractuele) geschillen waarbij een van de partijen via een kort geding nakoming wil afdwingen van een contract. Ook in dergelijke (niet-franchise) zaken kan de schuldenaar immers een – al dan niet terecht – dwalingsverweer opwerpen ter blokkering van de vordering van de eisende partij. Denk daarbij, bijvoorbeeld, aan een autoverkoper die nakoming van een koopovereenkomst eist in kort geding terwijl de koper zich tijdens de zitting beroept op dwaling (of zelfs bedrog) vanwege een teruggedraaide kilometerteller.

Dat maakt dat de in dit artikel genoemde uitgangspunten en handvatten ook gelding kunnen hebben buiten franchisekwesties. De benoemde voor- en nadelen van het kort geding zullen daarbij net zoveel een rol kunnen spelen. Ook kan er in die gevallen in principe nuttig gebruikgemaakt worden van de genoemde tips voor beide partijen. Een beroep op een wilsgebrek in kort geding is immers niet beperkt tot franchise en wordt dan ook veelvuldig elders toegepast. Of zoals een bevriende advocaat daarover zei: ‘If you cannot convince them, confuse them..’

7. Conclusie

De ‘prognose-torpedo’ blijkt een effectief middel te zijn om vorderingen van de franchisegever in kort geding te frustreren en kunnen bedoeld zijn om hem zodanig te ontmoedigen dat verdere juridische maatregelen achter-

21. Voor meer informatie over het wetsvoorstel Wet franchise zie H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het Voorontwerp Franchise: strike two voor de wetgever, Contracteren 2019/1, p. 3-14. Voor de concepttekst van het wetsvoorstel zie www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.

22. R.o. 3.26 van Parket HR 4 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:461 (Albert Heijn).

23. Brons-Stikkelbroeck & Kappert 2010, p. 7.

wege blijven. Desalniettemin is het geen tovermiddel dat altijd tot succes zal leiden, zoals ook duidelijk blijkt uit de aangehaalde jurisprudentie. Een franchisenemer doet er in ieder geval goed aan om zijn verweer zo goed mogelijk in te kleden, ondanks dat de ‘gewone’ regels van het processuele bewijsrecht niet gelden in kort geding. De franchisegever doet er op zijn beurt goed aan zich goed voor te bereiden indien er aanleiding is te vermoeden dat een franchisenemer een beroep op ondeugdelijke prognoses zal gaan doen. Ook heeft de franchisegever bij uitstek de mogelijkheid om allerlei voorbehouden, disclaimers en contractuele uitsluitingen op te nemen in de documentatie en overeenkomsten tussen partijen om ‘prognose-torpedo’s’ en ander onheil zo veel mogelijk buiten de deur te houden. Echter, het beste is natuurlijk als de franchisegever de zaken al goed regelt in de precontractuele fase door louter deugdelijke prognoses te verstrekken aan kandidaat-franchisenemers. In dat geval is de kans op ‘prognose-torpedo’s’ in ieder geval het kleinst.