

Impressies

McBankroet: faillissement en franchise

Mr. J.H. Kolenbrander*

1. Inleiding

Het is, ondanks diverse positieve geluiden, nog steeds zwaar voor zelfstandig ondernemers in Nederland. Door het weerbarstigste economische klimaat staan hun omzetten onder druk.¹ Dit geldt niet alleen voor ondernemers die onder eigen naam een onderneming drijven, maar eveneens voor ondernemers die dat doen als franchise-nemer van een franchiseketen. Hoewel de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) franchising als ‘*crisisbestendig*’² omschrijft, zijn er ook faillissementen te betreuren binnen franchiseketens. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld het faillissement van de winkelketen Halfords,³ alsmede van enkele HEMA-franchisenemers.⁴ Dit artikel zal enkele onderwerpen bespreken waarmee franchisegevers en franchisenemers te maken kunnen krijgen op het moment dat er sprake is van een faillissement binnen de formule.

* Mr. J.H. Kolenbrander is advocaat bij De Clercq Advocaten Notarissen en gespecialiseerd in franchise. Met uitdrukkelijke dank aan zijn collega's Willem Balfoort, Teun Pouw en Sacha Krekel, die de nodige input voor dit artikel hebben geleverd.

1. Volgens het conjunctuurbericht van 12 november 2014 van het Centraal Bureau voor de Statistiek is er in het jaar 2014 (januari tot en met oktober) 21% minder bedrijven en instellingen failliet verklaard dan in dezelfde periode het jaar ervoor. Het aantal dat failliet gaat, is echter nog steeds tweemaal zoveel als in dezelfde periode in het jaar 2008.
2. R.J. Engeman (red.), *Huidige wetgeving voldoende om mogelijke misstanden in franchise aan te pakken*, Het Financieel Dagblad 15 januari 2014.
3. J. Westerveld, *Winkelketen Halfords failliet verklaard*, Het Financieel Dagblad 7 oktober 2014.
4. G. Reijn, *Drie HEMA-winkels failliet binnen enkele dagen*, De Volkskrant 22 oktober 2014.

2. De franchiseovereenkomst tijdens faillissement

2.1 Wel/niet nakomen

Franchising is een nauwe vorm van samenwerking tussen juridisch en economisch zelfstandige partijen, waarbij een door de franchisegever uitgedacht zakelijk concept (de franchiseformule) en de daarbij behorende intellectuele eigendomsrechten in gebruik worden gegeven aan zelfstandig ondernemers (de franchisenemers).⁵ Centraal bij deze samenwerking staat de franchiseovereenkomst. Het is een onbenoemde – niet in de wet geregelde⁶ – overeenkomst van (doorgaans) bepaalde tijd. Tijdens een faillissement blijft, behoudens andere contractuele afspraken tussen partijen, deze overeenkomst in beginsel van kracht; partijen moeten hun verplichtingen over en weer dus blijven nakomen. Artikel 26 van de Faillissementswet⁷ (Fw) is een nuancering op dit uitgangspunt. Rechtsvorderingen tot nakoming van een verbintenis uit een failliete boedel kunnen uitsluitend worden ingesteld doordat de schuldeiser deze vorderingen ter verificatie indient bij de curator.⁸ Dat houdt kort gezegd in dat de failliete schuldenaar c.q. de curator niet buiten de verificatievergadering kan worden gedwongen tot nakoming van de franchiseovereenkomst. Er is dus sprake van een situatie waarbij de franchiseovereenkomst blijft voortbestaan, maar waarbij de niet-failliete partij niet zomaar nakoming van de franchiseovereen-

5. Voor een definitie van franchising wordt korthedshalve verwezen naar de website van de NFV: www.nfv.nl/voorwaarden%20franchising/.
6. Zie in dat kader: J.H. Kolenbrander, *Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken*, NJB 2013/39, p. 2736-2741.
7. Art. 26 Fw: ‘Rechtsvorderingen, die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, kunnen gedurende het faillissement ook tegen de gefailleerde op geen andere dan een in artikel 110 [Fw; JK] bepaalde wijze worden ingesteld.’
8. Dat vloeit voort uit art. 110 Fw.

schap). Hoewel de rechtbanken te Arnhem en Haarlem het beroep op vereenzelviging afwezen,³² en daarmee het beroep van de (ex-)franchisenemers op verrekening, nam de rechtbank te Maastricht wel vereenzelviging aan. Deze laatste rechtbank overwoog dat niet was gebleken dat de formele franchisegever (Megapool Franchise) enige eigen activiteiten had ontplooid ter uitvoering van de franchiseovereenkomst. Ook vertegenwoordigde niet Megapool Franchise de franchiseformule, maar deed Megapool B.V. dat, omdat zij alle zaken deed met de franchisenemers. Megapool Franchise was, aldus de rechter, dan ook alleen op papier de franchisegever.³³ Deze franchisenemers konden daardoor ruim hun vorderingen verrekenen, hoewel de andere franchisenemers achter het net visten.

Conclusie(s)

Een faillissement in een franchisesamenwerking heeft, ongeacht welk van de partijen failliet gaat, gevolgen voor de formule. Een partij die zich geconfronteerd ziet met een failliete contractspartij, doet er verstandig aan om in een vroeg stadium contact te leggen met de curator en na te gaan in hoeverre deze namens de failliet bereid is om de verplichtingen uit de franchise- en (onder)huurovereenkomst deugdelijk na te komen. Is daar geen sprake van, dan zal gekeken moeten worden naar een beëindiging van de samenwerking, al dan niet in combinatie met het indienen van een vordering tot schadevergoeding. Een franchisegever doet er verder verstandig aan om op voorhand zekerheidsrechten te bedingen, teneinde zich te wapenen tegen financiële tegenvallers in het geval van een faillissement van een franchisenemer. En wordt de (niet-failliete) partij aangesproken op betaling van facturen door de curator, dan dient onderzocht te worden of er verrekend kan worden. Op diverse manieren kan dus schadebeperkend worden opgetreden door partijen.

32. Rb. Arnhem 16 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5855 (Megapool II) en Rb. Haarlem 5 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY0412 (Megapool III).

33. Rb. Maastricht 21 december 2005, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY0412 (Megapool I).