

Datum: 7 juni 2017
Van: Tico Schneider, directeur HEMA Nederland
Betreft: bijdrage aan rondetafelgesprek over Nationale Franchise Code

Werkvloer werkelijkheid: ons retail perspectief

Achtergrond

Op de drempel van uw rondetafelgesprek over de Nationale Franchise Code wil HEMA duidelijk maken wat haar perspectief is op de franchise code tegen de achtergrond van het concept van het wetsvoorstel 'wettelijke verankering gedragscode franchise'¹.

Code is bespreekstuk

HEMA is van mening dat het wetsvoorstel is gebaseerd op stellingen en aannames die slechts in een klein aantal gevallen van toepassing zijn. De Nationale Franchise Code (verder: NFC) gaat voor de overige formules te diep en te stellig in op aspecten in franchiserelaties die franchisegever en franchisenemer zelf zouden moeten bepalen.

HEMA ziet de NFC dan ook eerder als een bespreekstuk dat handvatten geeft voor overleg met franchisenemers over samenwerking, dan als een wettelijke regeling die gehanteerd moet worden. Met name beginnende franchiseformules zouden hiermee richting kunnen geven aan hun franchiseverband.

Blind uitgangspunt

HEMA merkt op dat de Memorie van Toelichting (MvT) én het wetsvoorstel zelf blind uitgaan van het uitgangspunt dat er een 'disbalans' tussen franchisegever en franchisenemer bestaat, in het nadeel van franchisenemer. Het doel van het wetsvoorstel is balans te brengen in deze verhouding.

Vervolgens spreekt de MvT van twee belangrijke oorzaken voor de problemen in franchiseland. Ten eerste de "frauduleuze handelingen" door franchisegever en anderzijds de verschillen in onderhandelingspositie tussen franchisegever en franchisenemer.

Frauduleuze handelingen?

Het lijkt erop dat er gemakshalve vanuit wordt gegaan dat de problemen bij enkele formules zich over de hele sector voordoen, hetgeen HEMA betwist. Evenmin ziet HEMA aanleiding om van het bestaan van frauduleuze handelingen uit te gaan.

HEMA is in elk geval niet bekend met frauduleuze praktijken. De MvT geeft veel te weinig onderbouwing om dergelijke praktijken vast te stellen, laat staan aan te nemen dat deze zich op grote schaal voordoen.

Disbalans?

Bij het creëren van de mogelijkheid om bepalingen te vernietigen (en schadevergoeding te vorderen) wegens strijd met de NFC heeft de wetgever de plank misgeslagen door de mogelijkheid de

¹ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising)

overeenkomst te vernietigen en schadevergoeding te vorderen alleen open te stellen voor franchisenemers, en niet voor franchisegevers. Dit strookt niet met artikel 5.2 van de NFC.

Aan de mogelijkheid dat franchisegever een beroep op de NFC toekomt wordt in het wetsvoorstel voorbijgegaan omdat de wetgever het als vanzelfsprekend beschouwt dat franchisegever de sterkere partij is en de 'penvoerder' is bij het opstellen van de franchiseovereenkomst, hetgeen in de praktijk weliswaar voorkomt, maar niet per definitie zo hoeft te zijn.

Bovendien is het niet bezwaarlijk, en zelfs volkomen logisch, dat een franchisegever – met inachtneming van de belangen van franchisenemers – de franchiseovereenkomst opstelt. De franchisegever is immers de eigenaar van de formule en de constante factor binnen de formule. Dit hoeft niet per definitie te betekenen dat de belangen van franchisenemers onvoldoende invloed op de inhoud van de overeenkomst hebben gehad.

Rechten én plichten

Als de NFC aldus als wetgeving ingevoerd wordt, dan dient het wetsvoorstel dusdanig aangepast te worden dat beide partijen een beroep op de in het leven geroepen bepalingen kunnen doen. In de NFC zijn immers rechten én plichten voor beide partijen opgenomen, beide partijen moeten dit kunnen afdwingen. Dit zou ook volledig in lijn zijn met de beoogde balans in franchiserelaties.

Niet-onderbouwde aannames

Voor het overige bevat de MvT nog veel meer niet-onderbouwde stellingen zoals de als feit gepresenteerde mening dat franchisenemers hun eigen ondernemerschap onvoldoende zouden kunnen ontplooien en de stelling dat franchiseovereenkomsten veel plichten voor franchisenemers bevatten en vooral rechten voor franchisegevers (p. 6 MvT).

Zonder nadere toelichting is deze conclusie zeer kort door de bocht. Er bestaat een grote verscheidenheid aan formules, van 'hard' franchising tot 'soft' franchising en van alles daartussenin.

Uiteraard is het in zijn algemeenheid waar dat een franchisenemer minder ondernemersvrijheid heeft dan een ondernemer buiten franchiseverband.

Dit is inherent aan franchising en HEMA ziet dit absoluut niet als een probleem, hier staan vanzelfsprekend grote voordelen tegenover.

Bij franchising geldt voor franchisenemers dat er sprake is van vrijheid in gebondenheid en het staat iedere ondernemer per slot van rekening volledig vrij om franchisenemer te worden bij een franchiseformule, of buiten franchiseverband te ondernemen. Daarbij moeten beide partijen de mogelijkheid hebben om wegens moverende redenen de samenwerking te beëindigen.

Bedoeling wetsvoorstel en NFC

Hoewel HEMA zich niet herkent in de tendens die in de MvT wordt geschetst, kan HEMA zich wel vinden in de bedoeling van de NFC zelf. HEMA onderschrijft de kernwaarden die in de NFC naar voren komen, maar vraagt zich af in hoeverre de open normen in de NFC voldoende concreet zijn om daadwerkelijk een beroep op te doen.

Handelen naar redelijkheid en billijkheid zou in ogen van HEMA sowieso al het uitgangspunt moeten zijn, dit volgt overigens al uit de wet (6:248 BW).

Toepasbaarheid ontbreekt

Dat collectiviteit en uniformiteit centraal staan bij franchising beaamt HEMA eveneens, maar hoe uit zich dat in een formule? De NFC geeft hier geen nadere uitleg over. HEMA mist bij veel van deze kernwaarden de concrete toepasbaarheid.

HEMA is al 59 jaar actief als franchisegever en heeft op haar manier de kernwaarden van franchising altijd in acht genomen. De kaders die de NFC schetst zijn echter dermate ruim, stellig en rigide geformuleerd, dat dit ongetwijfeld tot discussies zal leiden. HEMA vreest dan ook een juridisering van de samenwerking bij invoering van de code.

Een voorbeeld van de rigide en veel te vergaande formulering van de NFC leest HEMA in artikel 1.2: Een franchiseformule omvat volgens de definitie van de code fysiek en/of digitaal.

HEMA is van mening dat offline en online activiteiten niet per definitie deel uit hoeven te maken van dezelfde formule. Het betreffen immers verschillende distributiekanaalen met een eigen dynamiek. Franchisegever en –nemers dienen hieromtrent in ieder geval separate afspraken te maken, rekening houdend met ieders rol en verantwoordelijkheid binnen dat kanaal. Het kan zijn dat partijen overeenkomen dat (niet alle) franchisenemers meedoen in de E-commerce operatie. Deze definitie is thans dus te ruim en stellig geformuleerd. Het is aan franchisegever en franchisenemers om hier – op basis van wilsovereenstemming – afspraken over te maken.

In het verlengde hiervan is artikel 2.3 c eveneens volstrekt ongenueanceerd en niet toepasbaar op alle situaties

In de toelichting op dit artikel wordt gesteld dat het ontwikkelen en exploiteren van (fysieke en/of digitale) afgeleide of secundaire formules die direct concurreren met de bestaande franchisenemers, per definitie afbreuk doet aan de kracht van de franchise. Dit hoeft niet het geval te zijn. Er zijn tal van nuances te bedenken van afgeleide of secundaire formules die geen afbreuk doen, maar juist een aanvulling op of versterking van de franchiseformule zijn. Voorkomen moet worden dat het ondernemerschap van de franchisegever te veel wordt beperkt. Doordat deze bepaling zo stellig is geformuleerd zou dit wel een gevolg van dit wetsvoorstel kunnen zijn.

Ook over het gebruik van consumentendata is onvoldoende nagedacht (2.5 a en de bijbehorende toelichting)

Aan consumentendata zijn zware wettelijke vereisten verbonden. De aansprakelijke partij (in casu veelal de franchisegever) dient als verantwoordelijke van de persoonsgegevens te waarborgen dat de consumentengegevens beschermd worden tegen ongewenst gebruik en dient in dat kader franchisenemers te verplichten dezelfde zware vereisten en beveiligingsmethoden te hanteren. De verantwoordelijke kan immers aansprakelijk geacht worden voor alle bewerkers van de gegevens. HEMA hecht grote waarde aan haar goede naam en wanneer consumentendata makkelijk toegankelijk is, ligt aanzienlijke reputatieschade op de loer. Dit moet voorkomen worden. Franchisegevers hebben bovendien over het algemeen meer mogelijkheden tot het uitvoeren van data-analyses dan franchisenemers, franchisenemers hebben dan ook geen individuele toegang nodig. Wel is het de taak van franchisegever de resultaten van eventuele data-analyses in te zetten om de franchisenemers te ondersteunen. Hoe partijen dit doen moet niet ingevuld worden door de NFC, maar zullen partijen zelf moeten overeenkomen.

Conclusies voor uw rondetafelgesprek: er is geen toegevoegde waarde

HEMA voorziet in de huidige vorm van het wetsvoorstel geen toegevoegde waarde voor haar samenwerking met franchisenemers en HEMA vindt het invoeren van een dergelijk wetsvoorstel veel te ver gaan.

Daarnaast zijn het voorliggende wetsvoorstel en de huidige code onvoldoende doordacht. Sterker, het geheel is daarmee onvoldoende toepasbaar op de gehele sector.

Tot slot wil HEMA met nadruk herhalen dat het voorliggende wetsvoorstel op zijn minst dient te worden aangepast, zodat ook de franchisegever een beroep op de NFC kan doen.

Vanzelfsprekend is HEMA beschikbaar en bereid om het een en ander, ook na uw rondetafelgesprek op 8 juni 2017, toe te lichten.

Contact HEMA B.V.

mr Emiel A. Schaeffner, senior bedrijfsjurist

emiel.schaeffner@hema.nl

06-15862618