

gezet door de belegger om tussentijdse prijsdaling van de effecten op de uitgevende instelling of de lead manager af te wentelen.

Naar mijn mening was er ook bij de invoering van art. 6:193j lid 3 BW voor de wetgever aanleiding om toepassing van de vernietigingsactie op transacties in de financiële markten uit te sluiten, zoals dat in art. 6:230x lid 4(a) BW heeft plaatsgevonden ten aanzien van het ontbindingsrecht. Tegen vernietiging van kapitaalmarkttransacties gelden immers dezelfde argumenten als tegen ontbinding daarvan. De rechter zou dan ook, na weging van de concrete omstandigheden, zowel op rechtssystematische als op kapitaalmarkt-technische gronden kunnen overwegen om, analoog aan art. 6:230x lid 4(a) BW, in geval van beurstransacties het vernietigingsrecht van art. 6:193j lid 3 BW aan de consument-belegger te onttrekken. Daarmee wordt tevens een incongruentie met de regeling van art. 6:194 e.v. BW, welke de vernietigingsactie niet kent, voor een deel geëlimineerd.

J.P. Franx<sup>15</sup>

## Naschrift

### Ondernemingsrecht 2016/31

In dit naschrift wil ik kort reageren op de twee belangrijkste aandachtspunten die Franx in de hierboven geplaatste reactie signaleert. Ten eerste de kwestie dat mijns inziens de verkopende aandeelhouder die niet betrokken is bij het opstellen van het prospectus noch bij het verkoopproces van de aandelen geen handelaar in de zin van de regeling oneerlijke handelspraktijken is. Ten tweede de door mij bepleite analoge toepassing van art. 6:230 BW bij de regeling oneerlijke handelspraktijken.

Franx stelt dat in de praktijk de verkopende aandeelhouder in een transactie die geheel uit herplaatsing van door hem gehouden effecten bestaat, wel degelijk in een positie verkeert om het prospectus inhoudelijk te beïnvloeden. Aldus is hij ook een handelaar en dientengevolge onderworpen aan de regeling oneerlijke handelspraktijken.

De stelling betreft een verkopende aandeelhouder waarvan de rol beperkt is tot het zijn van (contractuele) wederpartij van de consument-koper zonder dat er sprake is van enige informatieverstrekking door de verkopende aandeelhouder richting de consument-koper. Deze verkopende aandeelhouder maakt geen prospectus openbaar en verricht mijns inziens geen eigen handelspraktijk. Het doel van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is het bieden van bescherming tegen handelaren, niet noodzakelijkerwijs tegen de contractuele wederpartij of rechthebbende van de verkochte goederen. De verkoop (bevordering) door gebruik van misleidende handelspraktijken staat centraal; niet de al dan niet contrac-

tuele relatie.<sup>1</sup> Hoogstens worden de gedragingen van de uitgevende instelling en/of de banken die ten behoeve van de verkopende aandeelhouder handelde, aan hem toegerekend. Dit op grond van de aansprakelijkheid voor hulppersonen en vertegenwoordigers (art. 6:170-172 BW).<sup>2</sup>

De tweede kwestie betreft de analoge toepassing van art. 6:230 BW bij de regeling oneerlijke handelspraktijken. Bij dwaling vervalt de vernietigingsbevoegdheid indien de wederpartij van de dwalende op tijd een voorstel doet dat de gevolgen van de overeenkomst aanpast en zodoende het nadeel dat door de dwaling is geleden op afdoende wijze opheft. In die laatste zinssnede zit de crux. Als het consumentengebruiksartikel in het voorbeeld van Franx ongeschikt of defect is, zal het nadeel pas op afdoende wijze worden opgeheven bij (volledige) teruggave van de koopprijs. Zodoende wordt rechtgedaan aan het uitgangspunt "niet goed, geld terug". Dat hierover mogelijk een processueel debat moet worden gevoerd, is minder bezwaarlijk. Vernietiging in en buiten rechte wegens een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193j lid 3 BW) blijft net als bij dwaling mogelijk. Wel zal bij betwisting in rechte van deze vernietiging door de wederpartij met een beroep op art. 6:230 BW hierover een debat bij de rechter moeten worden gevoerd. Dit beschouw ik als een zegen van onze rechtsstaat.

Franx bepleit – naar analogie van art. 6:230x lid 4(a) BW bij het ontbindingsrecht voor consumentenkoop op afstand of buiten een verkoopprijsruimte – een ontzegging aan consument-beleggers van het vernietigingsrecht van art. 6:193j lid 3 BW bij beurstransacties. Zodoende wordt ook recht gedaan aan de bezwaarlijkheid van ontbinding of vernietiging van koopovereenkomsten inzake beursverhandelde financiële producten. Graag stem ik hiermee in indien het door de consument-belegger geleden nadeel als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk door de handelaar voldoende wordt gecompenseerd. Dit kan door aanpassing van de transactievoorwaarden inclusief koopprijs of door schadevergoeding.

Tomas Arons<sup>3</sup>

<sup>15</sup> Mr. J.P. Franx is advocaat te Amsterdam en bereidt een dissertatie over prospectusaansprakelijkheid voor aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

<sup>1</sup> Ook degene die na de sluiting van een contract en gedurende de uitvoering daarvan handelspraktijken verricht, is een handelaar. Vgl. overweging 13 van de considerans bij Richtlijn 2005/29/EG/.

<sup>2</sup> Zie: Mon. BW B49a (Verkade), nr. 16.

<sup>3</sup> Mr. drs. T.M.C. Arons is universitair docent Financieel Recht bij het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) aan de Radboud Universiteit Nijmegen.