

## wet- en regelgeving

# Wet Acquisitiefraude en franchising

mr. Th.R. Ludwig en mr. A.W. Dolphijn

Per 1 juli 2016 is de Wet Acquisitiefraude ingevoerd.<sup>1</sup> Hiermee zijn onder meer wijzigingen aangebracht in artikel 6:194 BW.<sup>2</sup> Kort en goed bestaat de wijziging eruit dat als er bij het aanbieden van goederen of diensten in zakelijke verhoudingen sprake is van misleiding, dit een onrechtmatige daad oplevert.<sup>3</sup> Dit impliceert dat de Wet Acquisitiefraude ook in de precontractuele fase tot het aangaan van een franchiseovereenkomst van toepassing is.<sup>4</sup>

In deze bijdrage zullen de civiel rechtelijke aspecten van de Wet Acquisitiefraude en de precontractuele fase bij het aangaan van franchiseovereenkomsten nader worden bezien, in het bijzonder de omkering van de bewijslast.

### De aanleiding

In 2009 is er een rapport verschenen van een onderzoek dat ingesteld is door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum (WODC) van het Ministerie van Justitie aan de sectie Criminologie van de Erasmus Universiteit Rotterdam naar acquisitiefraude.<sup>5</sup> De centrale vragen daarbij waren wat verstaan werd onder acquisitiefraude, de aard en de ernst ervan, alsmede welke mogelijke knelpunten er zijn in de aanpak en hoe die te verbeteren. De conclusies zijn dat er een relatief groot probleem is ten aanzien van misleidende handelspraktijken tussen organisaties waarbij bepaalde verkooptechnieken worden gebruikt gericht op het winnen van vertrouwen en het wekken van verwachtingen teneinde de ander te bewegen tot het aangaan van een overeenkomst, waarbij de tegenprestatie niet of nauwelijks naar behoren wordt geleverd. Naast de strafrechtelijke actiemogelijkheden wordt gesignaleerd dat de civiele actiebereidheid bij de gedupeerde

ondernemers meestal laag is. De oorzaak daarvan zou onder meer zijn dat het bewijs van misleiding vaak moeilijk te verkrijgen is.

Vervolgens is er door Kamerlid Koppejan een initiatiefnota ingediend over acquisitiefraude en spookfacturen.<sup>6</sup> Hierin wordt een plan geschetst met een verbod op acquisitie waarbij niet ondubbelzinnig aangegeven wordt dat het gaat om een aanbod tegen betaling. Op 29 augustus 2013 hebben Kamerleden Gesthuizen en Van Oosten een meer concreet initiatiefwetsvoorstel ingediend, onder andere tot wijziging van artikel 6:194 BW.

De noodzaak tot de voorgestelde wijziging betreft volgens de initiatiefnemers onder andere het ontbreken van een algemeen toepasselijke reflexwerking<sup>7</sup> van de Wet Oneerlijke Handelspraktijken (kortweg: "Wet OHP")<sup>8</sup>. Die regeling beschermt consumenten tegen oneerlijke, misleidende en agressieve handelspraktijken van ondernemers, waarbij bovendien de Autoriteit Consument & Markt en de Autoriteit Financiële Markten belast zijn met het toezicht en de handhaving daarvan. Het betreft een aanscherping van de algemene norm in artikel 6:162 BW en met name ook gezien de bewijslastomkering in artikel 6:193f sub 1 BW een nadere bescherming voor consumenten.

### De grondslag voor de precontractuele aansprakelijkheid

De wenselijkheid van de invoering van de (extra)civielrechtelijke bescherming in zakelijke verhoudingen wordt tevens in de gewijzigde Memorie van Toelichting<sup>9</sup> uiteengezet in de zin dat drie rechtsmiddelen "daadwerkelijk" in aanmerking zouden komen voor gedupeerde ondernemers, te weten een vordering uit bedrog, dwaling en/of wanprestatie. Opmerkelijk genoeg noemt de Memorie van Toelichting hier niet de onrechtmatige daad als een aan te wenden rechtsmiddel. Ter zake voornoemde drie rechtsmiddelen wordt overwogen dat er met name een bewijsprobleem geldt.

Alhoewel ter zake de gestelde wettelijke leemte om de zogeheten acquisitiefraude civielrechtelijk beperkt zou

1 Wet van 29 maart 2016, Staatsblad 2016, 133.

2 Zie ook de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 17 februari 2016.

3 Zie artikel 6:194 lid 1 BW.

4 Brief d.d. 17 februari 2016 "Presentatie Nederlandse Franchise Code" 16017965 in voetnoot 5, kenmerk: DGBI-O. Zie de brief van 29 augustus 2016: "Beantwoording schriftelijke vragen inzake het optreden van OM en FIOD tegen frauderende franchisegevers", kenmerk: DGBI-O / 16124763.

5 Onderzoek Erasmus Universiteit Rotterdam, Huisman & Van de Bunt "Misleidende Handelspraktijken" 2009.

6 Kamerstukken II, vergaderjaar 2011-2012, 33 233, nr.2.

7 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884 (Telefoongids.com B.V./Stichting Gilde Utrecht) en HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996 ter zake het afwijzen van de reflexwerking van de Colportagewet.

8 Sinds 15 oktober 2008 is in Nederland de afdeling oneerlijke handelspraktijken van kracht in artikel 6:193a en verder. Die regeling vloeit overigens voort uit de Europese richtlijn nr. 2005/29/EG.

9 Kamerstukken II, vergaderjaar 2013-2014, 33 712 nr.6, p. 4.

zijn tot de rechtsmiddelen van bedrog, dwaling en/of wanprestatie, is niet goed denkbaar waarom de algemene regeling van onrechtmatige daad daar niet onder zou scharen. Het schenden van een precontractuele informatieplicht is immers mogelijk te kwalificeren als een onrechtmatige daad.

Het doel met de invoering van de Wet Acquisitiefraude betreft de verbetering van de bewijspositie, het verkleinen van procesrisico's, het vergroten van de actiebereidheid, een en ander kennelijk om de gesloten overeenkomst ongedaan te maken. De wijziging van artikel 6:194 BW zou dit moeten bereiden door misleiding als onrechtmatig te kwalificeren. In de parlementaire geschiedenis is aan de orde gesteld dat een actie uit onrechtmatige daad niet een voor de hand liggende route is voor een gedupeerde die onder de overeenkomst uit wil.<sup>10</sup> Artikel 6:193j BW kent onder de Wet OHP wel de bevoegdheid van de benadeelde om de vernietigbaarheid in te roepen. Vernietiging leidt immers tot ongedaanmaking van de gesloten overeenkomst: *"In antwoord hierop wijzen de initiatiefnemers erop dat de gedupeerde de rechter kan vragen om ontbinding of vernietiging van de overeenkomst indien de onrechtmatigheid op grond van het nieuwe artikel 6:194 BW is komen vast te staan. Op die wijze is het dus wel degelijk mogelijk om onder de overeenkomst uit te komen."* Niet duidelijk is wat de grondslag is van de hier genoemde ontbinding of de vernietiging. Artikel 6:193 lid 3 BW is immers niet van overeenkomstige toepassing verklaard bij de Wet Acquisitiefraude. Mogelijk wordt bedoeld op de ontbinding ex artikel 6:265 lid 1 BW in het geval de overeenkomst niet nagekomen zou worden. Met de vernietiging wordt mogelijk bedoeld op dwaling ex artikel 6:228 BW. Echter, in die gevallen geldt dat er dan vanuit gegaan wordt dat als een onrechtmatige daad vaststaat, er tevens sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, althans er sprake zou zijn van dwaling. Dat lijkt wat kort door de bocht.

Niet valt uit te sluiten dat het precontractuele handelen ingevolge het arrest Baris/Riezenkamp<sup>11</sup> tussen partijen in de precontractuele onderhandelingsfase een verbintenis doet ontstaan (op grond van de redelijkheid en billijkheid). Deze, op de door de Duitse rechtsgeleerde R. von Jhering ontwikkelde rechtsleer van de "culpa in contrahendo", maakt dan ook dat het schenden van die verbintenis<sup>12</sup> ex artikel 6:74 BW een tekortkoming in de nakoming oplevert. Von Jhering ziet de precontractuele fout als een schending van een verbintenis omdat elk aanbod tot contracteren

noodzakelijk vergezeld gaat met een vorm van een stilzwijgende verbintenis in de zin van een ongeschreven voorcontract. Die visie wordt ook verdedigd door advocaat-generaal mr. W.L. Valk bij het arrest Street-One arrest van de Hoge Raad inzake de precontractuele informatieplicht van een franchisegever jegens een franchisenemer.<sup>13</sup> Die verbintenis verplicht partijen tot het inacht nemen van de nodige zorgvuldigheid, ofwel "diligentia in contrahendo". Ontbinding van de ontstane precontractuele verbintenis lijkt evenwel lastig voorstelbaar, zeker als daarna de franchiseovereenkomst gesloten is. De verplichting tot het vergoeden van schade is wel goed denkbaar.

Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich de visie dat de grondslag voor precontractuele aansprakelijkheid de onrechtmatige daad betreft. Die gedachte is ook in de Code Napoléon neergelegd. De aansprakelijkheid uit het schenden van de verbintenis is volgens die leer slechts van toepassing op een (relatief) gesloten systeem van verbintenissen die ontstaan door aanbod en aanvaarding, geuit door een wil en waarop vertrouwd mocht worden.<sup>14</sup> Naar Nederlands recht is dit ook de heersende leer en de Hoge Raad hanteert als grondslag voor aansprakelijkheid voor fouten in de precontractuele fase steevast het leerstuk van de onrechtmatige daad,<sup>15</sup> ook in franchiseverhoudingen.<sup>16</sup> De wetgever heeft met de invoering van de Wet Acquisitiefraude (en de Wet OHP) in het algemeen het leerstuk van de onrechtmatige daad nadrukkelijk ter zake de precontractuele fase onderkend.

Daar waar bij een beroep op onrechtmatige daad de benadeelde toerekenbaarheid van de wederpartij dient aan te tonen, is dit bij een beroep op een tekortkoming in de nakoming nu juist niet het geval. Immers, de toerekenbaarheid staat vast, tenzij de wederpartij het tegendeel aantoonst.<sup>17</sup> Bij de Wet Acquisitiefraude is de systematiek aldus vormgegeven dat met de van toepassing verklaring van artikel 6:195 BW de bewijslast ter zake de toerekenbaarheid (weer) bij de wederpartij gelegd wordt. Hiermee lijkt de facto tenminste het (dogmatische) verschil in toerekenbaarheid tussen onrechtmatige daad en de tekortkoming in de nakoming (al dan niet bewust) opgeheven te worden.

<sup>13</sup> Parket bij de Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1117, r.o. 3.27

<sup>14</sup> Zie artikel 6:217 juncto 3:33 BW en artikel 3:35 BW.

<sup>15</sup> HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO), HR 15 februari 1991, NJ 1991/493 en HR 23 oktober 1987, NJ 1988/1017 (VSH/Shell)

<sup>16</sup> HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (Eiser/Street-One) en HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier)

<sup>17</sup> Zie artikel 6:75 BW

<sup>10</sup> Kamerstukken I 2015-2016, 33 712, D, p.5

<sup>11</sup> HR 15 november 1957, NJ. 1958/67

<sup>12</sup> Zie artikel 6:2 BW.

Alvorens nader op de bewijslastomkering in te gaan, zal eerst de acquisitiefraude nader bezien worden.

## Acquisitiefraude

De term acquisitiefraude wordt niet in de wet gedefinieerd. Duidelijk moge zijn dat bedoeld wordt op misleiding in (ook) de precontractuele fase. Evenmin valt uit de wetsgeschiedenis een eenduidige “harde” en sluitende definitie voor het begrip misleiding in de precontractuele fase te destilleren. Steeds wordt uitgegaan van ruime omschrijvingen die met voorbeelden geïllustreerd worden, waarbij aan de orde wordt gesteld dat juist de ongrijpbare, althans de spitsvondige wijze waarop bewogen wordt om tot een overeenkomst te komen een ruime toepassing vereist. Uit de wetsgeschiedenis valt de volgende maatstaf op te maken:<sup>18</sup>

*“De grens van het toelaatbare wordt dus in ieder geval overschreden wanneer zodanige (nadelige) eigenschappen of aspecten aangaande de transactie worden verzwegen of onduidelijk gepresenteerd worden dat er redelijkerwijs van kan worden uitgegaan dat de persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep, bedrijf of organisatie niet tot de transactie betreffende het aangegeven goed of de aangeprezen dienst zou zijn overgegaan als hij daarvan wel weet zou hebben gehad.”*

Onder sub f van artikel 6:194 lid 1 BW wordt uitdrukkelijk misleidende “statistische gegevens” genoemd. Bij franchising zijn nu juist nogal eens de in de precontractuele fase verstrekte prognoses onderwerp van discussie, welke prognoses gebaseerd zouden kunnen zijn (of zelfs zouden moeten zijn gebaseerd<sup>19</sup>) op statistische gegevens.

Eén en ander behoeft verduidelijking teneinde de toepassing van de wettelijke bepaling te kunnen bezien.

## Handelspraktijk en mededeling (en omissie)

Uit hetgeen in artikel 6:194 lid 2 BW bepaald is, volgt dat iedere mededeling en omissie in de precontractuele fase ter zake het aangaan van zakelijke overeenkomsten onder het bereik van de regeling valt. In die zin zou betoogd kunnen worden dat (de precontractuele fase bij) alle zakelijke transacties tussen ondernemingen (en organisaties) onder de regeling geschaard kunnen worden.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2006-2007, 30 928, nr. 6, p. 19 en 20

<sup>19</sup> Rechtbank Utrecht 15 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2000:AJ0157, Prg. 2000/5572, r.o. 4.7, rechtbank Roermond 11 december 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BV1313, rechtbank Utrecht 23 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU5842

Zoals hiervoor mede aan de orde kwam, is de gedachte aan te sluiten bij de regeling inzake de Wet OHP. Er is echter wel sprake van een belangrijke beperking in het bereik. Artikel 6:193a lid 1 onder d BW definieert “handelspraktijk”: *“Iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing van een handelaar, die een rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.”*

Opmerkelijk is dat daar waar artikel 6:193c BW en artikel 6:193d BW zien op misleiding inzake handelspraktijken, artikel 6:194 lid 2 en lid 3 BW slechts zien op misleiding aangaande mededelingen (en omissies).<sup>20</sup> In artikel 6:194 lid 2 en lid 3 BW lijkt dus de kennisasymmetrie centraal te staan en in mindere mate de handelspraktijk. Er lijkt derhalve sprake te zijn van een beperkter bereik. Dit lijkt zich evenwel lastig te verenigen met het doel en de ruimere strekking van de Wet Acquisitiefraude, namelijk het sanctioneren van gebruik van verkooptechnieken gericht op het winnen van vertrouwen en het wekken van verwachtingen teneinde de ander te bewegen tot het aangaan van een overeenkomst, hetgeen hiervoor vastgesteld is.

## Essentiële informatie

Een ander belangrijk aspect betreft de vraag of er sprake is van “essentiële informatie”. Van een onrechtmatige misleidende mededeling en/of omissie in de precontractuele fase kan louter sprake zijn als het “essentiële informatie” betreft. Niet nodig is dat de betreffende informatie doorslaggevend is, maar aannemelijk behoort te worden gemaakt dat met de betreffende informatie de overeenkomst niet, of onder andere voorwaarden, zou zijn aangegaan. In artikel 6:194 lid 1 BW wordt onder letters a tot en met i een aantal onderwerpen genoemd, waarvan kennelijk aangenomen kan worden dat het “essentiële informatie” betreft. Artikel 6:194 lid 2 en met name ook lid 3 BW benadrukken dat ook een omissie misleidend kan zijn als “essentiële informatie” weggelaten wordt. Het lijkt er op dat de wetgever heeft willen fixeren welke informatie in ieder geval als essentieel aan te merken is voor de benadeelde, alsmede dat die informatie ook kenbaar wordt geacht voor degene die misleiding verweten wordt.

In artikel 6:194 lid 4 BW wordt voor het begrip “essentiële informatie” ook verwezen naar hetgeen bepaald is in artikel 6:193e, onderdelen a tot en met d BW. Echter, dit geldt evenwel uitsluitend als het gaat om een “uitnodiging tot aankoop”. De vraag rijst of dit ook betrekking heeft op het

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2013-2014, 33 712, nr. 6, p. 19

aangaan van een franchiseovereenkomst, nu zulks doorgaans niet als koop ex artikel 7:1 BW gezien kan worden. De wettekst lijkt zich hier derhalve tegen te verzetten.

In het bijzonder valt in artikel 6:193e sub d BW op dat als “essentiële informatie” genoemd wordt informatie inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding. Zo zou de vraag kunnen rijzen of onder vorenbedoelde beleid inzake klachtenbehandeling ook een van toepassing zijnde gedragscode geschaard kan worden. Zo geeft bijvoorbeeld de Europese Erecode inzake Franchising (2016) (de “Erecode”) in artikel 2.4 regels over de wijze waarop met klachten omgegaan zou moeten worden. In artikel 2.1 van de Nederlandse Franchise Code (de “NFC”) staat eveneens een dergelijke regeling omtrent klachten. De DFA Gedragscode Franchise geeft in artikel 4.6 een (zeer) algemene regel.

De Erecode, NFC en DFA Gedragscode Franchise geven ook aan welke informatie een franchisegever in ieder geval aan een aspirant franchisenemer zou moeten mededelen in de precontractuele fase. Daarmee zou de “essentiële informatie” nader ingevuld kunnen worden.

Thans geldt dat het gewijzigde artikel 6:194 BW niet de bepaling in artikel 6:193c lid 2 onder b BW van overeenkomstige toepassing verklaart. Artikel 6:193c lid 2 onder b BW bepaalt dat een handelspraktijk eveneens misleidend is indien: *“de handelaar een verplichting die is opgenomen in een gedragscode niet nakomt, voor zover: (1) de verplichting concreet en kenbaar is, en (2) de handelaar aangeeft dat hij aan die gedragscode gebonden is, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.”* Als artikel 6:193c lid 2 BW wel van overeenkomstige toepassing verklaard zou zijn, dan zou de gedragscode waaraan de franchisegever zich geconformeerd heeft, zoals de Erecode, de NFC of DFA Gedragscode Franchise, onder deze regeling vallen. Artikel 6:193a lid 1, aanhef en onder sub i BW, definieert een gedragscode namelijk als: *“regels die vaststellen hoe handelaren die zich aan de code binden, zich gedragen met betrekking tot een of meer bepaalde handelspraktijken of bedrijfssectoren en die niet bij of krachtens wettelijke voorschriften zijn vastgesteld”*. In vorenbedoelde gedragscodes zou dan per specifieke branche aangegeven kunnen worden wat als “essentiële informatie” te kwalificeren is. Als een franchisegever zich zou hebben geconformeerd aan een gedragscode, zoals de Erecode, de NFC of de DFA Gedragscode Franchise, dan zou het handelen in strijd met die gedragscode, ingevolge artikel 6:195 BW het bewijsvermoeden van misleiding kunnen doen ontstaan, waartoe de franchisegever tegenbewijs kan leveren. Zoals aangegeven, is artikel 6:193c lid 2 onder b BW niet van toepassing verklaard op de Wet Acquisitiefraude.

## Misleiding en dwaling

Centraal in de Wet Acquisitiefraude staat het begrip misleiding. Verwezen kan ook hier worden naar de Wet OHP, waaronder artikel 6:193c BW is bepaald: *“Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie (...)”*. Vergelijk ook artikel 6:193d BW ten aanzien van omissies.

Blijkens de parlementaire geschiedenis bij de Wet OHP is opzet voor een misleidende handelspraktijk geen voorwaarde.<sup>21</sup> Het moet gaan om foutieve informatie, ofwel informatie die feitelijk gezien weliswaar correct is, maar op de een of andere manier wel bedrieglijk is.<sup>22</sup>

Aangegeven wordt ook dat misleidende handelspraktijken nauw aansluiten bij het leerstuk van dwaling: *“Voor dwaling in de zin van het Burgerlijk Wetboek is immers essentieel het ontbreken van een juiste voorstelling van zaken, ten gevolge waarvan de dwalende een overeenkomst heeft gesloten die hij anders niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. De strekking van een misleidende handelspraktijk is dezelfde.”*<sup>23</sup> Hierbij lijkt voorbij gegaan te worden aan het perspectief van de partij die de dwaling veroorzaakt en dat verdisconteerd is in het zogeheten kenbaarheidsvereiste.<sup>24</sup> Voor een geslaagd beroep op dwaling moet gelden dat voor degene die de dwaling veroorzaakt heeft, kenbaar moet zijn geweest dat de benadeelde uitgegaan was van een onjuiste voorstelling van zaken. De opsomming, zoals genoemd in artikel 6:194 lid 1 BW, zou gezien kunnen worden als een fixatie van de informatie die geacht wordt kenbaar te zijn aan de partij die misleiding verweten wordt. Ingevolge artikel 6:194 lid 1 sub f BW geldt derhalve dat het voorwenden van misleidende “statistische gegevens” in beginsel een onrechtmatige daad oplevert. Voor prognoses zal dit dus ook doorgaans het geval kunnen zijn.

In artikel 6:194 lid 2 en lid 3 BW wordt die fixatie uitgebreid met het begrip “essentiële informatie”. Niet iedere feitelijk onjuiste “essentiële informatie” zal tevens misleidend zijn.<sup>25</sup> Zo zouden prognoses in franchiseverhoudin-

21 Kamerstukken II 2007-2008, 30 928, nr. 10, p. 3

22 Kamerstukken II 2006-2007, 30 928, nr. 3, p. 15

23 Kamerstukken II 2006-2007, 30 928, nr. 8, p. 18

24 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424 (Inbev/Van der Valk) r.o. 4.5

25 Rechtbank Noord-Nederland 9 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2770 r.o. 4.5 en Rechtbank Midden-Nederland 25 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2292 r.o. 4.6. Zie ook Zie ook artikel 3:44 lid 3 BW is bedrog bij bedrog.

gen feitelijk niet juist kunnen zijn, terwijl er geen sprake is van dwaling, omdat de verschaftte “essentiële informatie” slechts als algemene aanprijzing te zien is.<sup>26</sup> Illustratief zij gewezen naar het arrest van het gerechtshof Amsterdam<sup>27</sup> dat oordeelde over de vraag of de franchisegever een ondeugdelijke prognose verschaft had en de franchiseovereenkomst op grond van dwaling rechtsgeldig vernietigd was. Het gerechtshof oordeelde onder meer dat de franchisenemer ten tijde van het aangaan van de franchiseovereenkomst ermee bekend was dat de vestiging van de franchisegever te Amsterdam al geruime tijd liep, maar pas sinds zeer kort twee andere vestigingen operationeel waren en nog niet van een gerealiseerde omzet kon worden gesproken. De franchisenemer wist, of had behoren te weten, dat de door de franchisegever verstrekte prognoses slechts gebaseerd zijn op de resultaten van de vestiging in Amsterdam. Van dwaling was derhalve geen sprake, ondanks dat “essentiële informatie” onjuist was. Hier speelt ook de onderzoeksplicht van de aspirant franchisenemer een belangrijke rol. De aspirant-franchisenemer had niet zonder meer kunnen vertrouwen op de feitelijke juistheid van de gepresenteerde “essentiële informatie”.

Als de strekking van de Wet Acquisitiefraude hetzelfde zou zijn dan die ten aanzien van de dwalende, dan zou dit voorts complicerend kunnen werken ten aanzien van bijvoorbeeld de verjaringstermijnen. Bij een beroep op vernietiging op grond van dwaling geldt een vervaltermijn van drie jaren die onder omstandigheden een maal met zes maanden verlengd kan worden. Bij een beroep op onrechtmatige daad geldt de verjaringstermijn van in beginsel vijf jaren, die door stuiting steeds verlengd kan worden.

Als er sprake is van misleiding, dan hoeft dit mogelijk niet per definitie ook dwaling op te leveren. De regeling omtrent misleiding uit de Wet Acquisitiefraude en het leerstuk van dwaling, lijken nog niet zo gemakkelijk dezelfde strekking te hebben.

## Bewijslast

Voor een teleurgestelde franchisenemer kan het onder omstandigheden lastig zijn om aan te tonen dat de voorgehouden prognose onzorgvuldig moet zijn opgesteld. Zo is wel geoordeeld dat, ondanks dat een franchisenemer slechts 60% van de geprognosticeerde omzetten behaalde, er geen sprake was van een ondeugdelijke prognose, nu de franchisenemer zulks onvoldoende aangetoond

had.<sup>28</sup> Zo werd ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv niet alleen aangenomen dat er geen sprake was van misleiding, maar ook dat het op de weg van de teleurgestelde franchisenemer ligt om aan te tonen dat er meer aan de orde was dan slechts een algemene aanprijzing. Te denken valt aan het geval waarbij de franchisenemer opgedragen werd te bewijzen dat er sprake was van een prognose, en dus meer dan een algemene aanzegging.<sup>29</sup> Zou onder de Wet Acquisitiefraude, met een verwijzing naar de “statistische gegevens” in artikel 6:194 lid 1 sub f BW, de bewijspositie voor de teleurgestelde franchisenemer sterker zijn geweest?

Hetgeen in het kader van de Wet Acquisitiefraude in artikel 6:194 lid 2, 3 en 4 BW is toegevoegd, lijkt op het eerste gezicht niet meer dan een nadere specificatie en/of categorisering van hetgeen reeds onder artikel 6:162 BW geschaard zou kunnen worden. Echter, indien een vordering op grond van artikel 6:194 BW wordt ingesteld tegen iemand die de inhoud van de mededeling heeft bepaald, geldt ingevolge artikel 6:195 lid 1 BW dat op diegene de bewijslast rust met betrekking tot de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn opgenomen, of die daardoor worden gesuggereerd, en waarop het beweerd misleidende karakter van de mededeling berust. Indien het onrechtmatig handelen kan worden aangenomen staat tevens de aansprakelijkheid voor de schade die daar het gevolg van is vast. Dit bewijsvermoeden dient dan door de aangesprokene te worden ontkracht.<sup>30</sup> Een vergelijkbare regeling geldt in de Wet OHP waar artikel 6:193j lid 1 BW de bewijslast omkeert. Wanneer de consument voldoende heeft gesteld dat de informatie onjuist of onvolledig is, dient de handelaar de juistheid en volledigheid van de informatie aan te tonen. In die zin zou een franchisenemer kunnen volstaan met het verwijt dat een prognose niet uitkomt en stellen dat er dus sprake is geweest van misleiding door de franchisegever. De franchisegever zal dan het tegendeel moeten bewijzen.

Wellicht dat onder de Wet Acquisitiefraude de bewijslastomkering ter zake de algemene aanprijzing niet passend geacht wordt. De omkering van de bewijslast dient namelijk passend te zijn, aldus artikel 6:193j lid 1 BW. In de Nota van Verslag geeft de minister aan dat tussen artikel 6:193j BW en artikel 6:195 BW geen verschil beoogd is, alhoewel redactioneel wel verschillen bestaan. De rechter zou aldus een afweging dienen te maken of een omkering van de bewijslast passend is “gelet op de omstandigheden

<sup>26</sup> Rechtbank Amsterdam 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8043

<sup>27</sup> gerechtshof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:455 (Tot Straks/franchisenemer)

<sup>28</sup> Rechtbank Amsterdam 2 juli 2014, ECLI:RBAMS:2014:3831

<sup>29</sup> Rechtbank Amsterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6732

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2013-2014, 33 712, nr. 6, p.21

van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure".<sup>31</sup> Dit maakt de bewijslastomkering (in potentie) nogal relatief ten opzichte van de algemene gevallen. In artikel 150 Rv is immers ook de mogelijkheid geboden om tot een andere verdeling van de bewijslast te komen, indien dit naar het oordeel van de rechter uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Zo worden in franchiseverhoudingen bij dubbelzinnige teksten de contraferentem-regel wel gehanteerd.<sup>32</sup> Ook kan, als een prognose niet uitkomt, de franchisegever een verplichting opgelegd worden om zich te verantwoorden dat de prognose op een zorgvuldige wijze opgesteld is.<sup>33</sup>

De rechtbank Oost-Brabant<sup>34</sup> oordeelde omtrent een gesloten samenwerkingsovereenkomst, waaraan voorafgaand een prognose verstrekt was aan de deelnemende handelspartner. In feite was er sprake van een verhouding tussen een franchisegever en franchisenemer. De franchisenemer ageerde tegen het niet uitkomen van de prognose, onder meer op grond van de toen nog aanstaande Wet Acquisitiefraude. De rechtbank overwoog dat, nog daargelaten dat het toen toekomstige wetgeving betrof, het volgende: *"Dat [eiseres] misleidend heeft gehandeld door [gedaagde] voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst onjuiste informatie te verstrekken of relevante informatie te onthouden, staat immers niet vast. Zoals de rechtbank hiervoor in het kader van het beroep op dwaling en bedrog heeft overwogen, heeft [gedaagde] zijn stellingen op dit punt onvoldoende onderbouwd."* Daarmee lijkt de bewijslastverdeling ex artikel 6:195 BW afgewezen te worden op grond van het gegeven dat onvoldoende gesteld of gebleken is dat er sprake zou zijn van misleiding. Met een dergelijke redenering lijkt het doel en de strekking van de Wet Acquisitiefraude niet bewerkstelligd te worden. In plaats van een verbeterde positie van de benadeelde ten opzicht van bestaande rechtsmiddelen als dwaling en bedrog, wordt de regeling uit de Wet Acquisitiefraude daarmee op één lijn gesteld.

## Conclusie

De strekking van de Wet Acquisitiefraude gaat veel verder dan dat van het bieden van bescherming tegen spookfacturen e.d. De redactie maakt de inzetbaarheid van de regeling zeer breed, zo ook bij franchiseverhoudingen. Het doel

van de Wet Acquisitiefraude lijkt echter voorbijgeschoten te worden door geen duidelijke vernietigingsgrond te stimuleren, zoals dat bij de Wet OHP wel het geval is. Daarentegen lijkt de wetgever de vernietigbaarheid van dwaling onder dat van de onrechtmatige daad te willen scharen, hetgeen niet in helderheid uitblinkt.

De Wet Acquisitiefraude verschaft de teleurgestelde franchisenemer een extra handvat om te ageren tegen een beweerdelijke misstand in de precontractuele fase. Of er nu daadwerkelijk sprake is van een verbeterde positie valt nog te bezien. Naar de letter van de wet lijkt dit weliswaar het geval te zijn, met name in de bewijspositie. Tegelijkertijd geeft de Wet Acquisitiefraude de rechter aanzienlijke ruimte om die versterkte bewijspositie niet toe te passen. Bovendien zou die versterkte bewijspositie ook op andere manieren verkregen kunnen worden, zoals door toepassing van de uitzondering in artikel 150 Rv of de tekortkoming in de precontractuele verbintenis tot informatiever-schaffing.

*mr. Th.R. Ludwig en mr. A.W. Dolphijn zijn franchise-advocaat bij Ludwig & Van Dam Advocaten.*

<sup>31</sup> Kamerstukken II 2006-2007, 30 928, nr.8, p.5.

<sup>32</sup> *Gerechtshof Den Haag 4 maart 2015*, ECLI:NL:GHDHA:2014:4601

<sup>33</sup> *Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 september 2015*, ECLI:NL:GHSHE:2015:3583

<sup>34</sup> *Rechtbank Oost-Brabant 6 juli 2016*, ECLI:NL:RBOBR:2016:3833, r.o. 4.31.