

eenkomst ook in het geval van een negatieve beoordeling toch te sluiten, zo blijkt uit de conclusie van A-G Kokott bij het Schyns-arrest (nr. 77). Inmiddels heeft de Europe Commissie op 30 juni 2021 ook een voorstel gepubliceerd voor herziening van de Richtlijn Consumentenkrediet (COM(2021) 347 Final). In het voorgestelde art. 18 is opgenomen dat de lidstaten ervoor zullen zorgen dat een kredietaanbieder uitsluitend krediet aan de consument ter beschikking stelt "als het resultaat van de kredietwaardigheidstoets uitwijst dat de kredietovereenkomst waarschijnlijk op de krachtens die overeenkomst vereiste wijze zal worden nagekomen." Als dit voorstel wet (beter: richtlijn) wordt, dan zal ook ambtshalve moeten worden getoetst aan art. 4:34 lid 2 Wft. Nog los van de doorwerking van een geconstateerde schending van art. 4:34 lid 2 Wft in de civiele relatie tussen de consument en de kredietaanbieder, zal dat een heel nieuw scala aan uitdagingen voor rechtbanken met zich brengen. De beoordeling of sprake is van overkreditering in een concreet geval is van een geheel andere orde dan de beoordeling of de juiste precontractuele informatie juist en tijdig is verstrekt. Hoe overkreditering ambtshalve en zonder tegenspraak wordt beoordeeld en vastgesteld, moet ik nog zien.

mr. M.H.P. Claassen  
advocaat bij FIZ advocaten

## 245

**Consumentenbescherming bij oneerlijke handelspraktijken inzake Contracts for Difference**

Rechtbank Noord-Nederland zp Groningen  
19 mei 2021, nr. HA ZA 20-38,  
ECLI:NL:RBNNE:2021:1885  
(mr. Baarsma)  
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

**Beleggingsovereenkomst tussen consument en Cypriotische "broker" inzake Contracts for Difference (CFD's). Vernietiging van rechtskeuzebeding en toepassing van Nederlands recht. Oneerlijke handelspraktijken bij aangaan van overeenkomst en bij faciliteren c.q. initiëren van "opt-up". Vernietiging van overeenkomst.**

[BW art. 6:193a t/m 193j; Rome I art. 3 lid 1, 6 lid 1]

*[Eisers] hebben als consumenten te gelden, zodat de rechtbank op grond van Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) ambtshalve de geldigheid van het rechtskeuzebeding in de overeenkomst dient te toetsen. De onderhavige rechtskeuze voldoet niet aan de door het HvJ EU in het arrest VKI/Amazon gestelde voorwaarden. Het rechtskeuzebeding wekt namelijk – ten onrechte – bij [eisers] de indruk dat enkel Cypriotisch recht van toepassing zou zijn, zonder hen in te lichten dat zij eveneens recht hebben op de bescherming die zij genieten op grond van de dwingendrechtelijke bepalingen van het Nederlandse recht. Dat brengt mee dat de rechtbank het rechtskeuzebeding uit de tussen partijen gesloten overeenkomst vernietigt. De vraag is welk recht de overeenkomst dan beheerst. Daarbij geldt dat op grond van art. 6 lid 1 Rome I in beginsel het recht van het land van de gewone verblijfplaats van [eisers], dus Nederlands recht, van toepassing is.*

*De in art. 6 lid 1 Rome I neergelegde regels die van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten gelden echter niet voor CFD's als instrument. Naar het oordeel van de rechtbank ziet de verde-*

ring van [eisers] evenwel niet op het financiële instrument CFD “an sich”, maar op de tussen partijen gesloten raamovereenkomst (“klantovereenkomst”). Daarmee draait het in deze zaak niet om rechten en verplichtingen die het financiële instrument CFD vormen, maar om de door de Cypriotische vennootschap F1 Markets Ltd aan [eisers] verleende financiële diensten, die blijkens overweging 26 van de Preambule van Rome I beheerst dienen te worden door art. 6 Rome I.

De rechtbank overweegt dat dit naar haar oordeel ook in lijn is met de doelstellingen van het Europees (internationaal) privaatrecht, te weten een hoog niveau van consumentenbescherming.

Dit brengt met zich dat de rechtbank van oordeel is dat de uitzondering van art. 6 lid 4 sub d Rome I niet van toepassing is, zodat op grond van art. 6 lid 1 Rome I het geschil in het onderhavige geval naar Nederlands recht beoordeeld dient te worden.

De rechtbank gaat ervan uit dat [eiser 2] in bitcoins wilde gaan beleggen, dat hij zich hierop heeft georiënteerd en dat hij in dat kader op internet bij een door (althans in opdracht van) Investous (de handelsnaam van F1) geplaatste advertentie is uitgekomen, waarin één of meer bekende Nederlanders reclame maakten voor beleggingen in bitcoins via Investous, dat [eiser 2] op deze advertentie heeft geklikt en dat hij zo op de website van Investous is uitgekomen. Naar het oordeel van de rechtbank is de misleiding van [eiser 2] als consument door F1 hier al begonnen. Genoegzaam is namelijk vast komen te staan dat het hier om nepadvertenties ging, aangezien deze niet de instemming van de betreffende bekende Nederlanders hadden.

De rechtbank stelt vervolgens vast dat de misleiding van [eiser 2] als consument door F1 zich na diens online registratie heeft voortgezet. Toen [eiser 2] zich eenmaal als klant van F1 had geregistreerd, werd hem immers geen informatie over bitcoins – waarin hij geïnteresseerd was – toegezonden, maar over beleggingen in CFD's, terwijl niet gebleken is dat [eiser 2] in het kader van zijn registratie op enigerlei wijze aan F1 te kennen had gegeven dat hij juist in CFD's wilde beleggen of anderszins om informatie over dit product heeft verzocht. Dusdoende heeft F1 naar het oordeel van de rechtbank [eiser 2] op het verkeerde been gezet en hem – mede in het licht van de latere gebeurtenissen – ertoe gebracht om een besluit

over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

F1 rept in een e-mail aan [eiser 2], die op dat moment een retailcliënt was, niet slechts over beleggingen in CFD's, waarvoor een maximum leverage van 1:30 geldt, maar vermeldt óók meteen de optie van een “opt-up” naar de status van professionele cliënt, waarvoor een véél hogere – en daarmee nog risicovollere – leverage van maximaal 1:400 geldt. Dit is naar het oordeel van de rechtbank zonder meer misleidend, nu het F1 op grond van het AFM-besluit van 19 april 2019 (als ook het identieke besluit van ESMA) in het geheel niet was toegestaan om aan niet-professionele beleggers als [eiser 2] CFD's met een leverage hoger dan 1:30 aan te bieden.

Meer specifiek, op grond van de anti-ontduikingsbepaling van art. 3 van het AFM-besluit mocht de status van [eiser 2] als niet-professionele belegger niet worden opgewaarderd naar die van professionele belegger. F1 had zich om die reden zonder meer moeten onthouden van het verstrekken van enige informatie aan [eiser 2] over een “opt-up” naar de status van professionele belegger. Door dit toch te doen, heeft F1 [eiser 2] naar het oordeel van de rechtbank bewust onjuist voorgelicht. Hiermee is [eiser 2] immers in de onjuiste veronderstelling gebracht dat een “opt-up” naar de status van professioneel belegger mogelijk was.

Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat F1 zich aan een oneerlijke handelspraktijk heeft schuldig gemaakt door [eiser 2], als niet-professionele belegger, te faciliteren om in het kader van beleggingen in CFD's de status van professioneel belegger te verwerven, waardoor hij beleggingen kon doen waarvan de leverage vór boven de maximaal door de AFM en ESMA toegestane 1:30 uitging. F1 heeft deze oneerlijke handelspraktijk gecontinueerd door [eiser 2] onder strakke begeleiding tot het openen van een professional account aan te zetten. F1 heeft deze “opt-up” in het geval van [eiser 2] zelf geïnitieerd. De rechtbank gaat ervan uit dat F1 zich in het kader van de “opt-up” van [eiser 2] naar de status van professionele belegger heeft bediend van documenten die inhoudelijk niet waarheidsgetrouw zijn. Dat dit een oneerlijke handelspraktijk van F1 in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst betreft, staat buiten kijf.

De rechtbank vernietigt de tussen [eiser 2] en F1 gesloten overeenkomst.

1. A,  
2. B,  
eisers,  
hierna te noemen: [eiser 1], [eiser 2] en samen [eisers],  
advocaat: mr. M.A. Hupkes,  
tegen  
de vennootschap naar Cypriotisch recht  
*F1 Markets Ltd* te Limassol (Cyprus),  
gedaagde,  
hierna te noemen: F1,  
advocaten: mr. E.N. Nordmann en mr. M. Groen.  
(...; red.)

## 2. De feiten

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten, die tussen partijen vaststaan omdat ze enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of niet voldoende zijn weersproken.

2.1. [eiser 2] en [eiser 1] zijn echtgenoten.

2.2. F1 is een Cypriotisch bedrijf dat via een vanuit Cyprus geëxploiteerd online handelsplatform beleggingsdiensten aanbiedt. Hierbij handelt zij onder meer onder de naam Investous, via de website [www.investous.com/eu](http://www.investous.com/eu).<sup>1</sup> Het hoofdkantoor van F1 is gevestigd te Limassol (Cyprus).

2.3. F1 verricht haar activiteiten op basis van een rechtsgeldige vergunning van de Cypriotische toezichthouder, de Cyprus Securities and Exchange Commission (CySEC), gedateerd 13 januari 2015, met nummer [nummer].

2.4. De dienstverlening van F1 richt zich ook op buitenlandse beleggingsmarkten, waaronder de Nederlandse.

2.5. Op het online handelsplatform van F1 kan in verschillende financiële producten worden gehandeld, waaronder zogeheten CFD's (*Contracts for Difference*). Met gebruikmaking van een account op het online handelsplatform kunnen klanten van F1 orders plaatsen en het verloop van hun orders volgen. De inleg die klanten doen, wordt overgemaakt naar de klantenrekening van F1 op Cyprus.

2.6. CFD's zijn onderhandse overeenkomsten, waarbij de aanbieder en de klant afspreken om het verschil te verrekenen tussen de actuele prijs van

bijvoorbeeld aandelen, valuta's of grondstoffen, en de prijs op het moment dat het contract is afgesloten. Met een belegging in een CFD krijgt de belegger (bij een *long* positie) of betaalt de belegger (bij een *short* positie) een bedrag ter hoogte van het koersverschil en het uitgekeerde inkomen van de onderliggende waarden tussen het moment van het openen van het CFD en het moment van sluiten van het CFD.

2.7. CFD's kunnen een (zeer) hoog risiconiveau hebben. Dat is het geval wanneer met een zogeheten "hefboom" wordt gespeculeerd. Een hefboom zorgt ervoor dat de klant met meer geld (*leverage* genoemd) kan handelen dan hij inlegt. Dit verhoogt het risico, omdat er feitelijk met geleend geld wordt gespeculeerd. De hefboomwerking treedt op doordat de belegger een bedrag inlegt dat bestaat uit een percentage van de koers van de onderliggende waarde (marge). Hoe hoger de hefboom is, des te kleiner is de marge. Bij een hefboom van bijvoorbeeld 1:30 legt de belegger 1/30e van de koers in. Beleggers kunnen meer verliezen dan hun inleg wanneer het verlies dat verrekend wordt, groter is dan de marge.<sup>2</sup> Beleggers moeten in dat geval aanvullende zekerheid stellen. Indien zij dat niet of onvoldoende doen, beëindigt de aanbieder de CFD-positie en is het verlies van de klant definitief.

2.8. Op 19 april 2019 is een besluit van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) van kracht geworden, strekkende tot een verbod op handel in CFD's met een *leverage* hoger dan 1:30 ten aanzien van retailbeleggers/niet-professionele cliënten van kracht geworden. Dit verbod werd voorafgegaan door een zelfde verbod afkomstig van de Europese Autoriteit voor Effecten en Markten (ESMA), op grond waarvan reeds vanaf 27 maart 2018 een verbod op handel in CFD's met een *leverage* hoger dan 1:30 ten aanzien van retailbeleggers gold. Dit verbod is vervolgens meerdere malen verlengd.

2.9. In voornoemd AFM-besluit is onder meer bepaald:

"Artikel 2

*Beperkingen aan CFD's met betrekking tot niet-professionele cliënten*

CFD's kunnen uitsluitend op de markt worden gebracht, worden verspreid of worden verkocht

1 De rechtbank zal de benamingen 'F1' en 'Investous' hierna naast elkaar gebruiken. Hiermee wordt dezelfde onderneming aangeduid.

2 Zie ook: [www.afm.nl/nl-nl/consumenten/themas/producten/beleggen/soorten/cfd](http://www.afm.nl/nl-nl/consumenten/themas/producten/beleggen/soorten/cfd)

aan niet-professionele cliënten indien in ieder geval aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

1. de CFD-aanbieder eist van de niet-professionele cliënt betaling van de initiële marge bescherming;

2. de CFD-aanbieder verschaft de niet-professionele cliënt de margin close-outbescherming;

3. de CFD-aanbieder verschaft de niet-professionele cliënt de bescherming tegen negatief saldo;

4. de CFD-aanbieder verschaft de niet-professionele cliënt, rechtstreeks of middellijk, geen betaling of geldelijk dan wel uitgezonderd niet-geldelijk voordeel in verband met het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van een CFD anders dan de gerealiseerde winst op een verstrekte CFD, en

5. de CFD-aanbieder doet niet, rechtstreeks of middellijk, enige mededeling aan en publiceert evenmin enige voor niet-professionele cliënten toegankelijke informatie in verband met het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van een CFD tenzij in die mededeling of informatie een passende risicowaarschuwing is opgenomen zoals gespecificeerd in en in overeenstemming met de voorwaarden van bijlage II.

Artikel 3

*Verbod op deelname aan ontduikingsactiviteiten*

Het is verboden om doelbewust deel te nemen aan activiteiten die ontwijking van de vereisten van artikel 2 als oogmerk of als resultaat hebben, en eveneens om daartoe op te treden als vervanger van de CFD-aanbieder. De CFD-aanbieder eist van de niet-professionele cliënt betaling van de initiële marge bescherming.

2.10. In de toelichting op het AFM-besluit staat onder meer vermeld:

(...)

3) Vanwege de grote zorgen over de bescherming van beleggers heeft ESMA op 22 mei 2018 het besluit genomen om tijdelijke beperkingen op te leggen aan het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van CFD's in de EU overeenkomstig artikel 40 van Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad (*ESMA-Besluit*). De maatregel is van kracht vanaf 1 augustus 2018 en is inmiddels drie keer verlengd met steeds een periode van drie maanden.

(...)

4) De AFM onderschrijft de overwegingen in het ESMA-Besluit ter onderbouwing van de beperkende maatregelen die ESMA heeft opgelegd. De AFM komt, zoals hierna uit de overwegingen in

paragraaf 3.1. blijkt, tot dezelfde conclusie als ESMA dat een ongecontroleerd aanbod van CFD's aan retailcliënten leidt tot significante reden tot bezorgdheid over de beleggersbescherming. Ook is de AFM van mening dat het bij de huidige stand van zaken niet acceptabel is dat CFD's (weer) zonder beperkingen op de markt worden gebracht, verspreid of verkocht aan retailcliënten.

5) De AFM acht het daarom noodzakelijk om het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van CFD's aan retailcliënten in of vanuit Nederland te beperken overeenkomstig artikel 42 van Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*MiFIR*) en artikel 1:77f van de Wet op het financieel toezicht (*Wft*). De beperkingen zijn zowel van toepassing op de beleggingsonderneming met zetel in Nederland als op de beleggingsonderneming met zetel in een andere lidstaat die door middel van een bijkantoor of via het verrichten van diensten met een Europees paspoort in Nederland beleggingsdiensten verleent. De beperkingen zijn ook van toepassing op beleggingsondernemingen met een zetel in Nederland die beleggingsdiensten verlenen in een andere lidstaat. De beperkingen gelden voor onbepaalde tijd. (...)

(...)

8. Dit besluit is van toepassing op beleggingsondernemingen waaraan op grond van MiFID II een vergunning is verleend en kredietinstellingen waaraan op grond van Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn Kapitaalvereisten) een vergunning is verleend als deze beleggingsdiensten verlenen en/of beleggingsactiviteiten verrichten, en marktexploitanten, met inbegrip van door hen geëxploiteerde handelsplatformen.

(...)

14) CFD's zijn complexe producten die doorgaans niet op handelsplatforms worden verhandeld. De prijsstelling, handelsvoorwaarden en afwikkeling van dergelijke producten zijn niet gestandaardiseerd, wat het voor retailcliënten lastig maakt om de voorwaarden van het product te begrijpen. Bovendien verlangen CFD-aanbieders vaak van cliënten dat ze bevestigen dat de referentieprijzen aan de hand waarvan de waarde van een CFD wordt bepaald, kunnen verschillen van de prijs die beschikbaar is op de betreffende markt waar-

op de onderliggende waarde wordt verhandeld. Dit maakt het voor retailcliënten moeilijk om na te gaan of de door de aanbieder verstrekte prijzen betrouwbaar zijn.

15) De kosten en bijbehorende lasten die voor het handelen in CFD's in rekening worden gebracht, zijn complex en weinig transparant voor retailcliënten. Het is voor hen met name lastig zich een goed beeld te vormen van het verwachte rendement van een CFD, mede gezien de complexiteit als gevolg van het effect van transactiekosten op dit rendement. Transactiekosten worden bij CFD's normaliter in rekening gebracht op de volledige notionele waarde van de transactie, met als gevolg dat beleggers bij hogere hefboomniveaus te maken krijgen met hogere transactiekosten in verhouding tot het bedrag van hun belegging. Transactiekosten worden gewoonlijk ingehouden op de initiële marge die door een cliënt is ingelegd. Een hoge hefboom kan leiden tot een situatie waarbij de cliënt bij het openen van een CFD een significant verlies op zijn beleggingsrekening waarneemt doordat er hoge transactiekosten in rekening worden gebracht. Omdat bij een hogere hefboom de transactiekosten een groter deel van de initiële marge van de cliënt beslaan, moet de cliënt meer geld uit de transactie zelf verdienen om winst te realiseren. Hierdoor heeft de cliënt minder kans om na aftrek van de transactiekosten winst te realiseren, met als gevolg dat het risico op verlies toeneemt.

16) Naast transactiekosten kunnen spreads en andere financieringskosten en lasten in rekening worden gebracht. Het kan hierbij gaan om commissies (een algemene commissie of een commissie per transactie, of een commissie bij het openen en sluiten van een CFD-rekening) en/of beheerskosten. Ook worden gewoonlijk financieringskosten in rekening gebracht voor het openhouden van een CFD, zoals dag- of overnight-kosten, waarbij tevens een toeslag kan worden berekend. De verscheidenheid aan en de complexiteit van de verschillende kosten en bijbehorende lasten en het effect ervan op het transactierendement voor de cliënt, dragen eraan bij dat CFD's onvoldoende transparant zijn om een retailcliënt in staat te stellen een goed gefundeerde beleggingsbeslissing te nemen.

(...)

29) De combinatie van vaak hoge hefboomniveaus die retailcliënten worden geboden, de volatilititeit van bepaalde onderliggende waarden en de

transactiekosten die van invloed zijn op het rendement van de belegging kan leiden tot snelle veranderingen in de beleggingspositie van een cliënt. Als gevolg hiervan wordt de cliënt gedwongen snel actie te ondernemen om zijn risicopositie onder controle te houden, en wel door extra marge in te leggen om te voorkomen dat de positie automatisch wordt gesloten. In dergelijke gevallen kan een hoge hefboom voor retailcliënten op zeer korte termijn tot grote verliezen leiden en wordt de kans vergroot dat de cliënten meer verliezen dan ze hebben ingelegd om in CFD's te handelen.

30) Bovenstaande factoren bevestigen dat er met betrekking tot deze CFD's sprake is van een significante reden tot bezorgdheid over beleggersbescherming.

(...)

37) CFD's worden veelal aangeboden door middel van platformen waarmee een breed publiek kan worden bereikt (bijvoorbeeld internetzoekmachines, sociale mediaplatformen of grote voetbalclubs). Dit staat in schril contrast met de complexiteit van CFD's die, zoals hiervoor in 3.1.1. overwogen, buitengewoon moeilijk is om te doorgronden voor de retailcliënt. Doordat CFD's (hoofdzakelijk) zonder advies of vermogensbeheer worden verkocht, hebben aanbieders van CFD's bovendien beperkt zicht op de persoonlijke situatie of kerndoelstellingen van de cliënt. Dit draagt bij aan het significante risico dat CFD's niet bij een specifiek omschreven doelgroep, maar bij het brede publiek terecht komen. Het in 3.1.3. genoemde bewijs van de verliezen die door retailcliënten zijn geleden, bevestigt daarom voor de AFD dat er bij het zonder beperkingen aanbieden van CFD's aan retailcliënten sprake is van een significante reden tot bezorgdheid over beleggersbescherming.

38) Hoewel CFD's complexe producten zijn, worden ze veelal via elektronische handelsplatformen aan retailcliënten aangeboden zonder beleggingsadvies of vermogensbeheer. In dit soort gevallen moet overeenkomstig artikel 4:24 Wft worden beoordeeld of de dienst of het product passend is. Indien de aanbieder beoordeelt dat de dienst of het product niet passend is, dan dient zij de cliënt te waarschuwen. Deze beoordeling kan echter niet voorkomen dat, zonder beperkingen daaraan te stellen, CFD's terecht komen bij cliënten voor wie ze niet passend zijn.

(...)

74) De AFM acht het noodzakelijk om het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van CFD's aan retailcliënten te beperken door het toepassen van specifieke hefboomlimieten, afhankelijk van de aard van de onderliggende waarde.

75) Dergelijke hefboomlimieten bieden bescherming voor de cliënt door te eisen dat die een minimale initiële marge inlegt alvorens een CFD te kunnen aangaan. Deze eis wordt de 'bescherming van de initiële marge' genoemd en beperkt de notionele blootstelling van de cliënt in verhouding tot het belegde bedrag. De beperking van de hefboomlimieten draagt bij aan de bescherming van de retailcliënt en aan het tegengaan van de zorgen over de beleggersbescherming. De AFM licht dat als volgt toe.

76) Ten eerste leidt een hogere hefboom tot een grotere gevoeligheid van een CFD voor de koersbewegingen van de onderliggende waarde en daarmee tot een groter risico van het CFD. Door de hefboom te beperken, wordt een grens gesteld aan dit risico. Ten tweede leidt een hogere hefboom tot een grotere notionele blootstelling. De kosten van een CFD nemen toe met de notionele blootstelling, en met de kosten neemt ook de kans op verlies met een CFD toe. De hefboomlimieten beperken de toename van voornoemde verlieskans. Ten derde leidt een hogere hefboom tot een grotere kans dat de initiële marge niet meer toereikend is, waardoor de positie door de aanbieder en met verlies wordt gesloten. De hefboomlimieten verkleinen de kans dat een positie door de aanbieder met verlies wordt gesloten.

(...)

110) Dit besluit is van toepassing op aanbieders van CFD's met een zetel in Nederland en op aanbieders van CFD's met een zetel in een andere lidstaat die CFD's aanbieden aan Nederlandse retailcliënten. Beleggingsondernemingen met zetel in een andere lidstaat die in Nederland beleggingsdiensten verlenen vallen derhalve onder de onderhavige maatregel evenals beleggingsondernemingen met zetel in Nederland. Het is daarom niet aannemelijk dat het onderhavige besluit een discriminerend effect heeft op diensten en effecten vanuit een andere lidstaat."

2.11. [eisers], die het plan had opgevat om met spaargeld voor zichzelf een klein bedrag in bitcoins te gaan beleggen, zag op internet advertenties waarin bekende Nederlanders figureerden, die reclame maakten voor beleggen in bitcoins door tussenkomst van Investous. [eiser 2] heeft op

een dergelijke advertentie geklikt en is langs die weg op de Nederlandstalige website van F1/Investous uitgekomen. Hierop stond onder meer vermeld dat Investous sponsor van betaald voetbalclub PSV Eindhoven is. Op de website van Investous stond ook vermeld dat ca. 80% van de particuliere beleggers geld verliezen als zij bij Investous in CFD's handelen.

2.12. De hiervoor genoemde advertenties betroffen nepadvertenties, waarvoor door de betreffende bekende Nederlanders, zoals [naam 1], [naam 2] en [naam 3], geen toestemming aan F1 was gegeven. Onder meer [naam 3] en [naam 2] hebben om die reden juridische procedures tegen Investous gestart.

2.13. De handelspraktijken van F1/Investous zijn in meerdere Nederlandse media aan de orde gesteld, waaronder in het tv-programma "Opgeheld". Verder heeft NRC Handelsblad een artikel over (de nepadvertenties van) Investous gepubliceerd.<sup>3</sup> In dit artikel is onder meer te lezen:

"NRC vond vijf online beleggingsplatforms die gebruik maken van de nepadvertenties. Alleen het Cypriotische Investous ging aanvankelijk in op vragen. Het bedrijf biedt zeer risicovolle derivaten met een looptijd van minder dan een uur aan. Zo kun je bijvoorbeeld op de koersstijging of -daling van cryptovaluta gokken. Dankzij een vergunning op Cyprus mag het moederbedrijf van Investous volgens de Europese regels zijn producten in de hele Europese Unie aanbieden.

Een woordvoerder erkent dat bezoekers op het handelsplatform terecht komen via nepadvertenties met BN'ers. 'Het is gewoon marketing,' zegt zij. Dat mensen met verzinsels en valse beloftes naar de site worden gelokt vindt ze geen bezwaar. 'De advertenties brengen bezoekers naar gereguleerde bedrijven waar je bitcoins kunt kopen. Dus eigenlijk bieden wij wat er in die advertenties staat gewoon aan.'"

2.14. [eiser 2] heeft zich op 13 augustus 2019 via de website van Investous als klant van F1/Investous geregistreerd.

2.15. Naar aanleiding van deze registratie ontving [eiser 2] per e-mail een bevestiging van Investous, waarin onder meer is vermeld:

"Thank you for choosing to register with Investous.

3 <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/07/05/toen-zei-die-man-tegen-ons-ik-ga-jullie-rijk-maken/a3966279>

*How to get started*

Before you can receive access to trading, you will need to complete an online questionnaire and submit your personal documentation for the verification of your trading account.

(...)

CFDs are complex instruments and come with high risk of losing money rapidly due to leverage. *79,86% of retail investor accounts lose money when trading CFDs with this provider.* You should consider whether you understand how CFDs work and whether you can afford to take the high risk of losing your money.”

Voorts is in deze bevestiging onder het kopje “Risk Warning” vermeld:

“*Risk Warning:* Contracts for difference (‘CFDs’) is a complex financial product, with speculative character, the trading of which involves significant risks of loss of capital. Trading CFDs, which is a marginal product, may result in the loss of your entire balance. Remember that leverage in CFD can work both to your advantage and disadvantage. CFDs traders do not own, or have any rights to, the underlying assets. Trading CFDs is not appropriate for all investors. Past performance does not constitute a reliable indicator of future results. Future forecasts do not constitute a reliable indicator of future performance. Before deciding to trade, you should carefully consider your investment objectives, level of experience and risk tolerance. You should not deposit more than you are prepared to lose. Please ensure you fully understand the risk associated with the product envisaged and seek independent advice, if necessary. F1Markets Limited does not issue advice, recommendations or opinions in relation to acquiring, holding or disposing of any financial product. F1Markets Limited is not a financial adviser and all services are provided on an execution only basis. (...)”

Bij deze e-mail was een aantal documenten van de zijde van Investous gevoegd, waaronder een klantovereenkomst.

2.16. [eiser 2] heeft vervolgens online de door Investous gevraagde persoonsgegevens ingevuld en diverse vragen van Investous beantwoord, waarbij hij heeft aangegeven dat hij geen beleggingsveraring heeft.

2.17. Hierna heeft [eiser 2] een nieuwe e-mail van Investous ontvangen, waarin onder meer is vermeld:

“Thank you for providing us with the required security documents, your account has now been verified and approved.

As a registered trader of Investous, you can now access:

- A large list of tradeable assets - Forex, Indices, Stocks and Commodities

- CFD and Forex trading using the MT4 trading platform

- And much more

(...)”

Deze e-mail van Investous bevat dezelfde *Risk Warning* als hiervoor onder 2.15. genoemd.

2.18. In een nadere e-mail van Investous aan [eiser 2] is onder meer vermeld:

“Thank you for choosing Investous. Based on our method of categorisation, we have categorised you as a Retail Client and we will treat you as such until further notice. Please note that you have the right to request to change your categorisation to a Professional Client. Who can be categorised as a Professional Client? A Professional Client means a client who possesses the experience, knowledge and expertise to make their own investment decisions, properly assess the risks that they incur and meet the relevant criteria laid down in the legislative framework. *Differences while the leverage level for Retail Clients cannot exceed 1:30, elective Professional Clients may choose a leverage level of up to 1:400.* As such, you will waive certain protections by becoming an elective Professional Client, as listed in our Client Categorisation Policy. (...)”

2.19. Met zijn voltooide registratie kreeg [eiser 2] via een eigen account toegang tot het online handelsplatform van F1 en kon hij beleggen door via iDeal geld over te maken naar een klantenrekening van F1. In eerste instantie is op naam van [eiser 2] door F1 een *retail account* geopend, met een maximale *leverage* van 1:30.

2.20. [eiser 2] heeft in het kader van zijn registratie als klant van F1/Investous (online) de klantovereenkomst – met de daarin genoemde voorwaarden – geaccepteerd.

2.21. In artikel 9 lid 1 van de klantovereenkomst staat vermeld:

“9.1. De onderneming zal de klant niet informeren over de verdiensten van een bepaalde order of hem enige vorm van beleggingsadvies geven en de klant erkent dat de services geen beleggingsadvies in financiële instrumenten of de onderliggende markten of onderliggende activa omvatten. Alleen de klant zal beslissen hoe hij zijn han-

delsaccount behandelt, orders plaatst en relevante beslissingen neemt op basis van zijn eigen oordeel.”

2.22. In artikel 13 van de klantovereenkomst staat onder meer vermeld:

“13.1. Als een gereguleerde entiteit zijn we verplicht om een administratie bij te houden van alle geleverde diensten en uitgevoerde transacties. Wij nemen daarom alle telefoon gesprekken en elektronische communicatie op met betrekking tot minstens afgesloten transacties bij het omgaan met het eigen account en de commissie van klantorderservices die betrekking hebben op ontvangst, overdracht en uitvoering van klantorders. We nemen ook persoonlijke gesprekken met klanten op door schriftelijke notulen of notities bij te houden. We behouden ons het recht voor om deze dossiers te gebruiken waar we dit nodig achten, inclusief, maar niet beperkt tot geschillenbeslechting. Alle dossiers worden opgeslagen op een duurzaam medium, waardoor de originele versie ongewijzigd kan worden gereproduceerd.

13.2. We kunnen kopieën van dergelijke dossiers op verzoek van regelgevende instanties verstrekken om zonder uw toestemming aan onze wettelijke verplichtingen te voldoen. De klant kan om een kopie van de opgenomen communicatie verzoeken en de onderneming zal de klant dergelijke communicatie verstrekken na een schriftelijk verzoek van de klant.

(...)

13.5. De hierboven genoemde gegevens, die betrekking hebben op interne gesprekken en communicatie tussen werknemers en contractanten van de onderneming, worden op verzoek aan de betrokken klant verstrekt en worden gedurende een periode van vijf jaar bewaard en, op verzoek van CySEC, voor een periode van maximaal zeven jaar.”

2.23. In artikel 41.1. van de klantovereenkomst staat vermeld:

“41.1. De interpretatie, constructie, werking en afdwingbaarheid van de klantovereenkomst worden beheerst door de wetten van Cyprus, en u en wij komen overeen ons te onderwerpen aan de exclusieve jurisdictie van de rechtbanken van Cyprus voor de beslechting van geschillen. U stemt ermee in dat alle transacties die op het handelsplatform worden uitgevoerd, onder de Cypriotische wetgeving vallen, ongeacht de locatie van de geregistreerde gebruiker.”

2.24. F1 heeft na de aanmelding en het aanmaken van de *retail account* op eigen initiatief met [eiser 2] gebeld, waarna [eiser 2] online een vragenformulier (“questionnaire”) heeft ingevuld. Dit gesprek verliep geheel in het Engels. F1 heeft [eiser 2] geadviseerd om niet in bitcoins, maar in CFD's te gaan beleggen, welk advies [eiser 2] heeft opgevolgd. Bij het invullen van het online vragenformulier ontving [eiser 2] instructies van een medewerker van F1. [eiser 2] heeft F1 aan de hand van het invullen van een vragenformulier (nadere informatie verschaft over zijn persoonlijke omstandigheden, waaronder zijn financiële situatie en zijn beleggingsvoornemens.

2.25. [eiser 2] heeft het vragenformulier, voor zover hier van belang, als volgt ingevuld:

“*Question Tekst Answer Text*

(...) (...)

How much do you expect to deposit Under € 10.000 in the next year with us?

(...)

Which of the following instruments Forex/CFDs/ Spread Betting and other leveraged have you traded before? products

What was the common level of Above 1:30 leverage in your past transactions?

Frequency of your annual past Frequent (20 per quarter) transactions?

Average trade size (volume) of your More than \$ 10,000 in Stocks/Cryptos and/or annual past transactions? \$ 30,000 in Forex/Commodities

(...)”

2.26. Ook heeft [eiser 2] op 26 augustus 2019 online een document getiteld “Request to be treated as a Professional Client” ingevuld. In dit document staat het volgende vermeld:

“Professional clients are treated differently as they forego some of the protections provided to Retail Clients, but have access to *increased leverage and others*. As you are aware, higher leverage is translated to potential higher gains and losses.

Please complete the below form and click submit to apply for *Professional Client status*.

*Trading Experience*

I have carried out transactions with Investous or other broker(s), of significant size, on the CFDs market at an average frequency of 10 per quarter over the previous four (4) quarters.

*Professional Experience*

I work or have worked in the financial sector for at least one year in a professional position, which



requires knowledge of the transactions or services envisaged.

*Financial Instrument Portfolio Overview*

The size of my financial instrument portfolio, defined as including cash deposits and financial instruments exceeds EUR 500,000.

(...)

*Client Declaration*

By submitting the application you declare the following:

I wish to be classified as a professional client of Investous and fully understand that the submission of this application is considered a written request.

I will inform Investous immediately of any change which may arise that could affect my status as a professional client.

I have read and understood and agree with the 'Client Categorization Policy' and fully acknowledge that by having classified myself as a Professional Client, I waive the relevant protections granted to a Retail client and I am aware about the consequences of such waiver.

(...)

By clicking the 'SUBMIT APPLICATION' button I, the undersigned, confirm that I meet at least two out of the three criteria required for becoming a Professional Client and acknowledge the fact that in case of approval of the present request by the Company, I won't be eligible for coverage from the Investor's Compensation Fund."

2.27. [eiser 2] heeft een (digitale) handtekening onder deze aanvraag gezet. Naar aanleiding hiervan is op 26 augustus 2019 een *professional account* aan [eiser 2] toegekend, met een maximale *leverage* van 1:400.

2.28. Hierna is [eisers] veelvuldig, soms meerdere keren per dag, langdurig en ongevraagd door adviseurs van F1 gebeld, die hem in het Engels adviezen verstrekten over de te verrichten beleggingen (*trades*) in CFD's. Deze *trades* werden hem steeds concreet door deze adviseurs aangeraden, waarna [eiser 2] zelf online tot deze *trades* overging. Omdat de beheersing door [eiser 2] van de Engelse taal onvoldoende is, werden de gesprekken met F1 feitelijk door [eiser 1] gevoerd. F1 heeft regelmatig zogeheten *margin calls* met [eiser 2] verricht, waarbij zij heeft aangegeven dat het rekeningsaldo te laag was om een positie open te kunnen houden. Vervolgens had [eiser 2] de keuze om geld bij te storten of om de positie te laten verlopen.

2.29. [eiser 2] heeft in de periode van 13 augustus 2019 tot 21 oktober 2019 *trades* verricht op het online handelsplatform van Investous. In dat kader heeft [eiser 2] de volgende bedragen bij F1 ingelegd:

- op 13 augustus 2019 € 1.000,-
- op 28 augustus 2019 € 20.000,-
- op 29 augustus 2019 € 5.000,-
- op 10 september 2019 € 20.000,-
- op 19 september 2019 € 7.500,-

-----  
totaal € 53.500,-.

2.30. [eiser 2] heeft in deze periode een bedrag van in totaal € 4.233,- opgenomen vanaf zijn account. De eerste serie *trades* voortvloeiend uit de storting van € 1.000,- op 13 augustus 2019 had een *leverage* van 1:30. De *trades* voortvloeiend uit de overige stortingen hadden een *leverage* van 1:400. In het begin stegen de koersen nog, maar gaandeweg kelderden deze, waardoor [eiser 2] zijn inleg voor het overgrote deel verloor.

2.31. F1 heeft [eiser 2] kosten in rekening gebracht over de gedane *trades*, in de regel aangeduid als *swaps*. Dit betreft volgens de website van Investous de rente die wordt toegevoegd of afgetrokken van de waarde van een positie en die alleen in rekening wordt gebracht wanneer een positie 's nachts open wordt gehouden.

2.32. Op 5 september 2019 heeft [eiser 2] aan F1 laten weten dat hij wilde stoppen met het beleggen in CFD's en om terugbetaling van een bedrag van € 31.640,- verzocht. Hierna heeft een accountmanager van F1 op 9 september 2019 herhaaldelijk contact met [eiser 2] opgenomen, hem overtuigd om toch door te gaan en is de verzochte terugbetaling geannuleerd, waarna [eiser 2] de dag erna, 10 september 2019, een aanvullend bedrag van € 20.000,- heeft ingelegd.

2.33. Op 12 september 2019 is [eisers] gebleken dat een bedrag van € 17.000,- aan swapgeld van zijn accounttegoed was afgehaald. Dezelfde dag heeft F1 [eiser 2] diverse malen telefonisch gemeld dat [eiser 2] geld moest bijstorten en dat terugbetaling van de ingelegde gelden niet mogelijk was.

2.34. Op of omstreeks 16 september 2019 heeft [eiser 2] F1 (op aangeven van een accountmanager van F1) de navolgende e-mail gestuurd:

"Lately I had an account in your organisation. I wanted to try this out, we put 45.000 euro into this, but regretfully, it made me, and my wife, very nervous, we made mistakes, we were not fast en-

ough to do all this trading So so far we lost a lot of money. I am not blaming the company, or the accountmanager fort his. The market did not work in our direction. May be, we will try trading again. Jonathan, our accountmanager, was helpful. He told us we could make a request for getting the swapmoney back that we payed these last weeks, so I hope this letter can be the request. I really hope you will help us!”

2.35. Op 19 september 2019 heeft F1 [eisers] verzocht om een bedrag van € 7.500,- bij te storten. [eisers] heeft dit vervolgens gedaan. Hierna heeft [eisers] geen gelden meer ingelegd.

2.36. Op 2 oktober 2019 zijn de door [eisers] van Investous ontvangen e-mails uit de e-mailbox van [eisers] verdwenen.

2.37. Op 4 oktober 2019 heeft [eisers] bij F1 en de AFM een klacht ingediend over de dienstverlening van F1.

2.38. F1 heeft de historische informatie over de *trades* van [eisers] na de beëindiging van de relatie ontoegankelijk voor hem gemaakt.

2.39. F1 heeft alle telefoongesprekken met [eisers] opgenomen. Zij beschikt nog steeds over deze opnames. Ondanks een verzoek daartoe van [eisers] (bij conclusie van repliek) heeft F1 geweigerd om deze opnames aan [eisers] beschikbaar te stellen.

2.40. [eisers] heeft – na daartoe op 4 november 2019 van de voorzieningenrechter van deze rechtbank verkregen verlot – ten laste van F1 Europees conservatoir bankbeslag gelegd als bedoeld in Verordening EU 655/2014. In verband hiermee heeft [eisers] zekerheid gesteld voor proceskosten/schadevergoeding in verband met het beslag tot een (maximum)bedrag van € 6.000,-. Dit bedrag staat op de derdengeldenrekening van het kantoor van zijn advocaat, dat als *garantor* voor betaling optreedt. Blijkens de schriftelijke garantie d.d. 21 oktober 2019 verbindt *garantor* zich om op eerste schriftelijk verzoek van F1 het gevorderde bedrag tot genoemd maximumbedrag uit te betalen en is voor een beroep op de garantie een schriftelijke opgave vereist van hetgeen F1 ingevolge een onherroepelijk vonnis of arrest van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, van [eisers] te vorderen heeft. De garantie heeft een duur van twee jaar.

2.41. De Britse Financial Conduct Authority (hierna: FCA) heeft bij besluit van 28 mei 2020 F1/Investous verboden om nog langer in het Ver-

enigd Koninkrijk actief te zijn. In dit besluit stelt de FCA daartoe onder meer het volgende:

#### “2. REASONS FOR ACTION

2.1. The Firm is an investment firm registered in Cyprus. It provides consumers with the ability to trade CFD’s through an online platform. The Authority considers that the Firm has acted in contravention of its obligations under MiFiD, as implemented in Cypriot Law, and that it is acting in a manner which is clearly prejudicial to the interests of investors in the United Kingdom.

2.2. In particular, the Firm’s marketing material is not fair, clear and not misleading, it has failed to carry out appropriate assessments of the compatibility of its products with its customers and it has engaged in highly inappropriate sales practices.

2.3. Several of its clients have lost significant sums of money through dealing with the Firm.

2.4. As a result, the Authority has concluded, on the basis of the facts and matters described below, that it is desirable to exercise its power of intervention to impose requirements on the Firm which will prevent it from providing any further investment services to United Kingdom consumers. Given the serious concerns that the Authority has about the Firm, and the significant risks it presents to UK consumers, the Authority considers that it is necessary for the requirements to take effect immediately.

2.5. This action is taken in order to advance the Authority’s consumer protection objective.”

2.42. In een aansluitend persbericht van 1 juni 2020 stelt de FCA onder meer:

“FCA bars Cypriot Firms that used unauthorised celebrity endorsements The FCA has taken action to stop four Cypriot investment firms from continuing to offer high risk contracts for difference (CFDs) to UK Investors.

It appears that these firms used unauthorized celebrity endorsements on social media as part of their marketing. The orders require them to stop selling CFDs to UK customers, to close existing positions with UK customers, to return UK customers’ money and to notify UK customers of the FCA’s action.

The firms are entitled to seek a review of the FCA’s action.

Hoch Capital Ltd (trading as iTrader and trade-ATF), Magnum FX (Cyprus) Ltd (trading as ET Finance), Rodeler Ltd (trading as 24option) and F1Markets Ltd (trading as Investous, Stratton Markets and Europrime) used social media and

webpages carrying fake endorsements from celebrities to entice customers into the scams involving CFDs.

The FCA estimates that UK investors have lost hundreds of thousands of pounds in these investments.

None of the firms and their operators have any actual presence in the UK and the firms have addresses in Cyprus.

The FCA took action because consumers were not provided with sufficient information as to the nature of the investments, some were pressured to make increasingly large investments in CFDs, which referenced bitcoin, foreign exchange, shares and indices, and some were even encouraged to take out credit to make the payments.

It also appears that the firms had failed to pay money owed to investors, charged customers undisclosed fees and failed to tell them about the risks of trading CFDs.

(...)"

2.43. De FCA heeft CySEC over haar bevindingen omtrent F1/Investous geïnformeerd. Vervolgens heeft CySEC op 1 juni 2020 een sanctiebesluit genomen, strekkende tot gedeeltelijke schorsing van de vergunning van F1/Investous. In dit besluit is onder meer vermeld:

"The Cyprus Securities and Exchange Commission announces that the authorisation of the Cyprus Investment Firm *F1Markets Ltd* ('the Company'), number [nummer], is partially suspended, pursuant to section 10(1) of Directive DI87-05 for the Withdrawal and Suspension of Authorization ('DI87-05', as there are suspicions of alleged violations of:

1. Article 25(1) of The Investment Services and Activities and Regulated Markets Law of 2017 ('the Law') as the Company does not appear to act honestly, fairly and professionally when providing investment services to clients.

2. Article 25(2)(b) of the Law as the Company does not appear to assess the compatibility of the financial instruments with the needs of the clients to whom it provides investment services and to ensure that financial instruments are offered or recommended only when this is in the interest of the client.

3. Article 25(3) of the Law as the company does not provide information, including marketing communications, to its clients or potential clients that is fair, clear and not misleading.

4. Article 25(4)(a) of the Law as the Company does not provide appropriate information to clients in good time.

5. Article 25(5) of the Law as the Company does not appear to provide the information referred to in article 25(4) of the Law to the clients in a comprehensible form.

(...)"

2.44. F1 heeft van CySEC een termijn gekregen om haar dienstverlening te verbeteren. Vervolgens heeft CySEC bij besluit van 15 juni 2020 de gedeeltelijke schorsing van de vergunning van F1 opgeheven.

2.45. F1 (als "Plaintiff") heeft op of omstreeks 14 juli 2020 een procesinleiding ("Writ of Summons") voor het starten van een tegenprocedure jegens [eiser 2] (als "Defendant") ingediend bij het District Court van Limassol (Cyprus). Hiertoe heeft zij bij deze rechtbank een zogeheten (*ex-parte*) *application to seal* ingediend.

2.46. In deze procesinleiding heeft F1, samengevat en zakelijk weergegeven, de volgende vorderingen tegen [eiser 2] ingesteld:

a) betaling van een bedrag van € 35.000,- in verband met het opwerpen van bezwaren tegen de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter;

b) een verklaring voor recht dat de overeenkomst tussen partijen eenzijdig door [eiser 2] is beëindigd en niet vanaf het begin als nietig kan worden beschouwd;

c) een verklaring voor recht dat de bevoegdheidsclausule uit de overeenkomst van partijen ook na de beëindiging van de overeenkomst nog bestaat;

d) een verklaring voor recht inzake de exclusieve bevoegdheid van de rechter op Cyprus om kennis te nemen van geschillen tussen partijen die verband houdend met hun overeenkomst.

e) een punitieve schadevergoeding;

f) vergoeding van proceskosten.

2.47. Ter onderbouwing van deze vorderingen heeft F1 in haar procesinleiding onder meer aangevoerd:

"18. On the 23.10.2019 the Defendant sent a letter through his Lawyers to the Plaintiff by which he unilaterally proceeded to declare the agreement as null and void and demanded the return of all the money invested, claiming that the agreement between the parties was a product of fraud and/or that it was illegal and that all legal acts between the parties under the Agreement were invalid from the outset, for the reason that he was unaware of the risks involved in investing, using leverage

and margin, such as the Plaintiff's products and services and/or that the Plaintiff's services were not appropriate in relation to his risk intention.

19. On 07.11.2019 the Defendant filed the Civil Action No C/18/197401 against the Plaintiff in the courts of Noord-Nederland, in Groningen, demanding the return of the money he invested.

20. It is the position of the Plaintiff that the above action constitutes a breach of the jurisdiction clause of the agreement under which the courts of the Republic of Cyprus had sole jurisdiction to resolve any dispute concerning the Agreement.

21. It is the position of the Plaintiff that the above action constitutes an illegal and/or unconventional act of the Defendant which she seeks to legitimize afterwards (ex-post) through the Court.

22. The Plaintiff maintains that the above acts of the Defendant are an afterthought of the Defendant in order to overturn and/or cancel and/or rectify her irrational and/or negligent and/or frivolous investment tactics and in order to recover her losses and/or to avoid payment of the debt created by bringing her account to a negative balance, to the detriment of Plaintiff.

23. The Plaintiff believes that the Defendant illegally declared the agreement as nul land void as to depart from and/or to avoid the contractual obligation to accept the jurisdiction of the Cyprus courts to resolve any disputes in connection with the Agreement and further to deliberately bypass the jurisdiction of the Cyprus courts in order to exert any undue influence and/or pressure and/or to extort the refund and/or to evade its responsibilities towards the Plaintiff.

24. The Plaintiffs claim that they have suffered damage both in their reputation and financially, by defending their rights as a result of the above illegal and/or unjustified acts and/or allegations of the Defendant.

25. The Plaintiffs allege that they have incurred increased costs and delays in ascertaining their rights, as they have been forced to raise unnecessary objections to the jurisdiction of the Dutch courts, which they would not have had to submit if the Plaintiff had justified with the terms of the Agreement and forward his claims before the Cypriot courts.

26. The costs of the Plaintiffs according to the above, are estimated at an amount of € 35.000,- which concerns Court Fees amounting to € 5.000,-, procedural costs such as translations and other amounting to € 2.000,-, as well as legal

fees amounting to € 30.000,- which they claim against the Defendant.

(...)"

2.48. F1 heeft de procesinleiding tot dusver nog niet aan [eiser 2] betekend.

2.49. In de inleidende dagvaarding in de onderhavige procedure d.d. 7 november 2019 heeft [eisers] wegens oneerlijke handelspraktijken van F1 op grond van artikel 6:139j lid 3 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) de buitengerechtelijke vernietiging van de overeenkomst met F1 ingeroepen.

### 3. *Het geschil*

3.1. [eisers] vordert na wijziging van eis dat de rechtbank, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht verklaart dat de overeenkomst van partijen buitengerechtelijk is vernietigd, althans deze overeenkomst ex artikel 6:139j lid 3 BW vernietigt, althans voor recht verklaart dat F1 onrechtmatig heeft gehandeld, zodat F1 gehouden is de door [eisers] betaalde bedragen terug te betalen althans de geleden schade te vergoeden;

2. F1 veroordeelt om aan [eisers] te betalen een bedrag van € 49.780,00, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover te rekenen vanaf 19 september 2019;

3. F1 veroordeelt in de kosten van de procedure, daaronder begrepen de nader op te geven kosten van conservatoire beslagen indien die worden gelegd, alsmede in de nakosten;

4. een gewaarmerkte Europese Executoriale Titel (EET) afgeeft die in Cyprus ten uitvoer kan worden gelegd;

5. voor recht verklaart dat F1 misbruik van (Unieproces)recht maakt en/of onrechtmatig handelt door in een consumentenzaak in de zin van art. 17-19 van de Brussel Ibis Verordening een tegenprocedure in Cyprus te entameren nadat deze rechtbank zich bevoegd heeft verklaard;

6. F1 verbiedt een jegens [eisers] gewezen verstekvonnis te laten betekenen en/of te executeren hetzij in Nederland dan wel in Cyprus, F1 verbiedt onder zichzelf beslag te leggen teneinde executie van het in de Nederlandse procedure te wijzen vonnis te frustreren en F1 verbiedt om enig te betalen bedrag dat [eisers] ingevolge een Cypriotisch vonnis dient te voldoen aan F1 te verrekenen met enig bedrag dat ingevolge een in Nederland te wijzen vonnis of arrest moet worden voldaan aan [eisers];

7. een dwangsom aan F1 oplegt van € 50.000,00 ingeval van overtreding van enig onderdeel van

dit verbod, althans een door de rechtbank passend geachte dwangsom;

8. althans, als alternatief, F1 veroordeelt tot betaling van aanvullende schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met toekenning van een voorschot op de geleden en nog te lijden schade van € 50.000,00;

9. bepaalt dat de gestelde zekerheid als bedoeld in artikel 12 van de Verordening EU 655/2014 vervalt, nu deze zekerheid in het licht van de omstandigheden niet langer passend is.

3.2. F1 concludeert tot afwijzing van de vorderingen van [eisers], met veroordeling van [eisers] in de kosten van de procedure en de nakosten.

#### 4. De beoordeling van het geschil

##### Inleiding

4.1. Het gaat in deze zaak, samengevat, om het volgende. [eiser 2] heeft in augustus 2019 online een overeenkomst met F1/Investous gesloten, op grond waarvan hij beleggingen in CFD's kon doen op het online handelsplatform van F1/Investous. [eiser 2] heeft eerst een *retail account* gekregen met een hefboomwerking ('leverage') van maximaal 1:30. Het *retail account* is twee weken later omgezet in een *professional account*, met een veel hogere én nog risicovollere *leverage* van maximaal 1:400. In een periode van circa twee maanden heeft [eiser 2] op het online handelsplatform van F1 beleggingen in CFD's gedaan, waarbij hij per saldo een bedrag van bijna € 50.000,- heeft verloren. [eiser 2] meent dat de overeenkomst op basis van oneerlijke handelspraktijken van de zijde van F1 tot stand is gekomen én uitgevoerd. Hij heeft daarom de overeenkomst in de dagvaarding buitengerechtelijk vernietigd. [eiser 2] vordert nu dat de rechtbank voor recht verklaart dat hij dit beroep op vernietiging terecht heeft gedaan en dat de rechtbank F1 veroordeelt tot terugbetaling van zijn inleg, verminderd met de opgenomen gelden, per saldo een bedrag van € 49.780,-. Ten slotte heeft [eiser 2] een aantal vorderingen tegen F1 ingesteld die zien op de tegenprocedure die F1 inmiddels tegen hem aanhangig heeft gemaakt bij de rechter op Cyprus.

##### De opbouw van dit vonnis

4.2. De inhoudelijke beoordeling bestaat uit de volgende onderdelen:

- I. processuele overwegingen;
- II. het toepasselijke recht;

III. de contractspartijen;

IV. zorgplicht/aard van de beleggingsrelatie;

V. toepasselijkheid AFM-besluit

VI. oneerlijke handelspraktijken van F1 en de rechtsgevolgen hiervan;

VII. misbruik van procesrecht/treffen van voorzieningen;

VIII. vervallen gestelde zekerheid;

IX. proceskosten.

##### I. Processuele overwegingen

4.3. F1 heeft tijdens de mondelinge behandeling aangegeven dat zij in de gelegenheid wenst te worden gesteld om bij antwoord-akte nog op de inhoud van de akte rectificatie van [eisers] te reageren. Dit verzoek wordt afgewezen nu [eisers] ter zitting heeft aangegeven dat (de inhoud van) de akte rectificatie als ingetrokken kan worden beschouwd, zodat F1 naar het oordeel van de rechtbank geen rechtens relevant belang meer heeft bij het geven van een reactie hierop.

4.4. De rechtbank zal de eiswijziging van [eisers], zoals deze bij conclusie van repliek is gedaan, toestaan nu F1 zich tegen de eiswijziging als zodanig niet heeft verzet en de rechtbank ook ambtshalve, gelet op de eisen van een goede procesorde, geen beletselen voor de eiswijziging ziet. Hierna zal dan ook op de gewijzigde eis recht worden gedaan.

##### II. Het toepasselijke recht

4.5. De rechtbank heeft zich bij incidenteel vonnis van 29 juli 2020 (hierna: het incidentele vonnis) bevoegd verklaard om kennis te nemen van de onderhavige zaak en daarbij – samengevat – overwogen dat [eisers] als consument dient te worden aangemerkt, zodat de bevoegdheid van de rechtbank bepaald diende te worden aan de hand van de artikelen 17 tot en met 19 van de van de Brussel *Ibis-Vo*.<sup>4</sup> De rechtbank heeft zich vervolgens op grond van artikel 18 Brussel *Ibis-Vo* bevoegd verklaard en bepaald dat het in de tussen partijen gesloten overeenkomst opgenomen forumkeuzebeding ongeldig was.

4.6. De vraag die nu als eerste voorligt, is naar welk recht het geschil tussen partijen dient te wor-

4 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en burgerlijke handelszaken.

den beoordeeld. De rechtbank stelt vast dat [eisers] in eerste instantie weliswaar heeft bepleit dat het toepasselijk recht diende te worden bepaald aan de hand van de Rome II Verordening<sup>5</sup> (hierna: Rome II) omdat zijn vordering gebaseerd is op onrechtmatig handelen door F1, maar dat hij daar in een later stadium op terug is gekomen. [eisers] stelt zich thans op het standpunt dat het toepasselijk recht primair moet worden gevonden aan de hand van de conflictregels van de Rome I Verordening<sup>6</sup> (hierna: Rome I) en dat de in de overeenkomst tussen partijen opgenomen rechtskeuze voor Cypriotisch recht op grond van het arrest *VKI/Amazon* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) vernietigd dient te worden.<sup>7</sup> Volgens [eisers] dient Nederlands recht van toepassing te zijn in de onderhavige zaak.

F1 heeft gesteld dat het toepasselijk recht in de onderhavige zaak aan de hand van Rome I moet worden bepaald en dat partijen conform artikel 3 Rome I in artikel 41.1 van de overeenkomst een rechtskeuze hebben gemaakt voor Cypriotisch recht. Omdat [eisers] niet als consument gehandeld heeft, kan het beroep op vernietiging van de rechtskeuze niet slagen.

4.7. De rechtbank overweegt het volgende. De rechtbank begrijpt het door [eisers] aan F1 gemaakte verwijt aldus dat hij stelt dat F1 zich in het kader van de totstandkoming en uitvoering van de door partijen gesloten overeenkomst heeft bediend van oneerlijke handelspraktijken. De grondslag van de vordering is derhalve gelegen in de door [eisers] gestelde overeenkomst. De subsidiaire vordering, strekkende tot een verklaring voor recht dat F1 onrechtmatig jegens [eisers] heeft gehandeld en gehouden is om de betaalde bedragen terug te betalen wegens onverschuldigde betaling, althans de geleden schade te vergoeden, is eveneens onlosmakelijk met de overeenkomst verbonden. Gelet op voornoemde primaire grondslag van de vordering moet het toepasselijk recht naar het oordeel van de rechtbank worden bepaald aan de hand van de conflictregels van Rome I. Hoofddregel is dat de overeenkomst wordt

beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen (artikel 3 lid 1 Rome I). In dit geval zou dat leiden tot toepasselijkheid van Cypriotisch recht.

4.8. Ten aanzien van de vraag of het rechtskeuzebeding geldig is, overweegt de rechtbank dat in dat kader van belang is of [eisers] de overeenkomst al dan niet als consument heeft gesloten. In het incidentele vonnis heeft de rechtbank overwogen dat er in het onderhavige geval sprake is een consumentenovereenkomst, aangezien deze is gesloten tussen een consument en een persoon die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep. De rechtbank heeft dit afgeleid uit de door [eisers] gestelde omstandigheden dat hij als werknemer in loondienst werkzaam is (geweest), dat hij zijn spaargeld bij F1 heeft belegd en dat hij geen zakelijk doel met de beleggingen nastreefde maar een particulier doel, te weten het verhogen van het privévermogen dat het spreekwoordelijke “appeltje voor de dorst” was. Dat [eisers] nadien – naar eigen zeggen op initiatief en dringend advies van F1 – een *professional account* bij F1 heeft gekregen met alle risico's van dien, zoals die zich ook hebben verwezenlijkt, maakt naar het oordeel van de rechtbank niet dat [eisers] ineens handelde in de uitoefening van een bedrijf of beroep.<sup>8</sup>

4.9. F1 heeft na het incidentele vonnis opnieuw uitvoerig betoogd dat [eisers] als professioneel belegger en niet als consument heeft te gelden. Zij heeft daartoe aangevoerd dat [eisers] van meet af aan als professional heeft gehandeld en verwezen naar de “routing” van het aanmeldtraject. [eisers] heeft zelf verzocht om behandeld te worden als professioneel belegger, F1 heeft dit verzoek in overeenstemming met de regelgeving van MiFID-II behandeld. Op basis van de door [eisers] zelf aangeleverde informatie heeft F1 hem als professioneel belegger kunnen en mogen kwalificeren.

4.10. De rechtbank blijft bij en verwijst naar hetgeen op dit punt is geoordeeld in het incidentele vonnis. In aanvulling daarop overweegt de rechtbank nog het volgende. Onder consument wordt verstaan iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Dit volgt uit de gehanteerde definitie van consument in verschillende Europese richtlijnen, waaronder Richtlijn 93/13/EEG

5 Verordening (EG) nr. 864/2007 inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

6 Verordening (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

7 HvJEU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612.

8 Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5062.

betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld met welk doel de overeenkomst is aangegaan, waarbij de aard van het goed of de dienst waarop de overeenkomst betrekking heeft bepalend is. De subjectieve situatie van de persoon die de overeenkomst aangaat is daarbij niet van belang omdat eenzelfde persoon voor sommige verrichtingen als consument en voor andere verrichtingen als marktdeelnemer kan worden beschouwd. Alleen overeenkomsten die worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier vallen onder de bepalingen ter bescherming van de consument die als de economisch zwakkere partij wordt beschouwd.<sup>9</sup> Specifiek ten aanzien van CFD's heeft het HvJEU geoordeeld dat een natuurlijk persoon die op grond van een met een effectenmakelaarskantoor gesloten overeenkomst via dat kantoor transacties op de Forex-markt verricht, als 'consument' in de zin van artikel 17 Brussel *Ibis-Vo* moet worden aangemerkt als hij die overeenkomst niet heeft gesloten in verband met zijn bedrijfs- of beroepsmatige activiteit. Voor deze kwalificatie komt in beginsel als zodanig geen relevantie toe aan factoren zoals de waarde van de transacties die op grond van overeenkomsten zoals CFD's worden verricht, de omvang van de aan de sluiting van deze overeenkomsten verbonden risico's op financiële verliezen, de eventuele kennis op het gebied van financiële instrumenten of zijn actieve gedrag bij dergelijke transacties. Daarnaast is op die kwalificatie in beginsel als zodanig niet van invloed dat financiële instrumenten niet onder artikel 6 van de Rome I-Verordening vallen of dat de persoon een 'niet-professionele' belegger in de zin van artikel 4 lid 1 punt 12 van Richtlijn 2004/39 is.<sup>10</sup>

4.11. Gelet op bovengenoemde jurisprudentie – die naar het oordeel van de rechtbank ook in het kader van de bepaling van het toepasselijk recht

van belang is<sup>11</sup> – stelt de rechtbank vast dat de kennis, ervaring en expertise die [eisers] al dan niet van of met het handelen in CFD's had geen factor van betekenis is bij de vraag of hij als consument handelde of niet. De stelling dat [eisers] uitgebreid gewaarschuwd is voor de risico's op financiële verliezen, kan daarom onbesproken blijven. Dat [eisers] zelf zou hebben verzocht te worden aangemerkt als professioneel belegger is evenmin relevant. Het professional account bij F1 was gebaseerd op het concept "professionele belegger" in de zin van MiFID II en de Wft. In zowel MiFID II als de Wft wordt aangegeven dat een professionele belegger een belegger is die over voldoende deskundigheid, kennis en ervaring beschikt (vgl. artikel 4:18c lid 1 en 2 Wft, artikel 4 lid 1 en onder 10 alsmede bijlage II MiFID II). Maar het door het HvJEU gegeven relevante criterium bij de beoordeling van de vraag of [eisers] als consument is te kwalificeren, is of [eisers] de overeenkomst heeft gesloten in verband met zijn bedrijfs of beroepsmatige activiteit, of niet. De rechtbank handhaaft gezien het voorgaande haar oordeel dat [eisers] als consument dient te worden aangemerkt: hij heeft immers gesteld geen ondernemer te zijn en met zijn spaargeld te hebben belegd. F1 heeft dat niet betwist. Dat [eisers] geen ondernemer is, blijkt ook uit de door hem ingevulde "questionnaire" behorend bij het "request to be treated as a Professional Client" waarin hij heeft vermeld "Employee" te zijn.

De rechtbank ziet, gezien het bovenstaande, evenmin aanleiding om [eisers] na de "opt-up" tot professioneel belegger niet langer als consument aan te merken, zoals F1 subsidiair heeft betoogd. 4.12. Nu [eisers] als consument heeft te gelden, dient de rechtbank op grond van Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) ambtshalve de geldigheid van het rechtskeuzebeding in de overeenkomst te toetsen. Naar het oordeel van de rechtbank is de onderhavige rechtskeuze vernietigbaar, nu deze niet aan de door het HvJEU in het arrest *VKI/Amazon* gestelde voorwaarden voldoet.<sup>12</sup> Het rechtskeuzebe-

9 Zie ondermeer HvJEU 3 juli 1997, ECLI:EU:C:1997:337 (*Benincasa*), HvJEU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*) en HvJEU 25 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems*).

10 Zie HvJEU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:825 (*Petruchová*) en HvJEU 2 april 2020 («JOR» 2020/258, m.nt. Claassen; *red.*), ECLI:EU:C:2020:264 (*AU/Reliantco*).

11 Vgl. ook overweging 7 van de Preamble van Rome I, waarin is bepaald dat het materiële toepassingsgebied en de bepalingen van de verordening moeten stroken met (thans) Brussel *Ibis* en Rome II.

12 Zie ook HvJEU 3 oktober 2019 («JOR» 2020/34, m.nt. BENS; *red.*), ECLI:EU:C:2019:827 (*VKI/TVP*).

ding wekt namelijk – ten onrechte – bij [eisers] de indruk dat enkel Cypriotisch recht van toepassing zou zijn, zonder hem in te lichten dat hij eveneens recht heeft op de bescherming die hij geniet op grond van de dwingendrechtelijke bepalingen van het Nederlandse recht. Dat brengt mee dat de rechtbank het rechtskeuzebeding uit de tussen partijen gesloten overeenkomst vernietigt.

4.13. Nu er geen geldige rechtskeuze voor Cypriotisch recht is gemaakt, is de vraag welk recht de overeenkomst dan beheerst. Daarbij geldt dat op grond van artikel 6 lid 1 Rome I in beginsel het recht van het land van de gewone verblijfplaats van [eisers], dus Nederlands recht, van toepassing is. In lid 4 van artikel 6 Rome I is echter in sub d bepaald dat artikel 6 lid 1 Rome I niet van toepassing is op ‘rechten en verplichtingen die een financieel instrument vormen’. Financiële instrumenten – waarop de uitzondering van artikel 6 lid 4 sub d Rome I ziet – zijn volgens overweging 30 van de Preambule van Rome I instrumenten in de zin van artikel 4 van Richtlijn 2004/39/EG; daaronder vallen onder meer CFD's.<sup>13</sup> Blijkens overweging 28 van de Preambule van Rome I moet ervoor “gezorgd worden dat rechten en verplichtingen die een financieel instrument vormen niet onder de algemene regels voor consumentenovereenkomsten vallen, omdat dat ertoe zou kunnen leiden dat op een enkel uitgegeven instrument verschillende wetgevingen van toepassing zijn, hetgeen de aard ervan wijzigt en handel en aanbod minder vervangbaar maakt. Evenzo dient bij de uitgifte of het aanbod van dergelijke instrumenten de contractuele verbintenis tussen de uitgevende instelling of de aanbieder en de consument niet noodzakelijkerwijze dwingend te worden onderworpen aan het recht van het land van de gewoonlijke verblijfplaats van de consument, omdat de uniformiteit van de voorwaarden voor de uitgifte of het aanbod moet worden gewaarborgd.”

4.14. De rechtbank overweegt dat hieruit volgt dat de in artikel 6 lid 1 Rome I neergelegde regels die van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten

niet voor CFD's als instrument gelden. De vordering van [eisers] ziet evenwel niet op het financiële instrument CFD “an sich”, maar op de tussen partijen gesloten raamovereenkomst (“klantovereenkomst”).<sup>14</sup> Daarmee draait het naar het oordeel van de rechtbank in deze zaak niet om rechten en verplichtingen die het financiële instrument CFD vormen, maar om de door F1 aan [eisers] verleende financiële diensten, die blijkens overweging 26 van de Preambule van Rome I beheerst dienen te worden door artikel 6 Rome I. Dat CFD's niet in Afdeling A of B van bijlage I bij Richtlijn 2004/39/EG worden genoemd, doet daaraan naar het oordeel van de rechtbank niet af. De in overweging 30 van de Preambule genoemde risico's van toepassing van verschillende rechtstelsels op een enkel uitgegeven instrument doen zich in het geheel niet voor. Dat geldt eveneens voor de noodzakelijke waarborging van de uniformiteit van de voorwaarden voor de uitgifte of voorwaarden van CFD's.

De rechtbank overweegt dat dit naar haar oordeel ook in lijn is met de doelstellingen van het Europese (internationaal) privaatrecht, te weten een hoog niveau van consumentenbescherming.

4.15. Het voorgaande brengt met zich dat de rechtbank van oordeel is dat de uitzondering van artikel 6 lid 4 sub d Rome I niet van toepassing is, zodat op grond van artikel 6 lid 1 Rome I het geschil in het onderhavige geval naar Nederlands recht beoordeeld dient te worden.

### III. De contractspartijen

4.16. [eiser 2] en [eiser 1] stellen zich op het standpunt dat zij beiden als contractspartij van F1 moeten worden beschouwd, nu zij samen nauw betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst.

4.17. F1 betwist, onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de overeenkomst en de latere correspondentie tussen partijen, dat [eiser 1] naast [eiser 2] als haar contractspartij kan worden aangemerkt.

4.18. De rechtbank stelt voorop dat de vraag wie als contractspartijen hebben te gelden naar vaste rechtspraak moet worden beantwoord op basis van hetgeen betrokkenen daaromtrent jegens el-

13 Volgens artikel 4, lid 1, punt 17, van Richtlijn 2004/39/EG, thans artikel 4, lid 1, punt 15, van Richtlijn 2014/65/EU, zijn financiële instrumenten alle instrumenten die genoemd zijn in deel C van bijlage I bij Richtlijn 2004/39/EG. Deel C, punt 9, van bijlage I bij Richtlijn 2004/39/EG verwijst naar CFD's.

14 Vgl. ook conclusie A-G E. Tanchev van 11 april 2019, ECLI:EU:C:2019:314 (*Petruchová*), punten 70 en 71, met bijbehorende voetnoot 41.



kaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.<sup>15</sup> Bij de toepassing van deze maatstaf komt niet alleen betekenis toe aan de inhoud van de wederzijdse verklaringen maar ook aan de verdere omstandigheden van het geval, waaronder mede de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid van de handelende persoon en de context waarin partijen optraden, omdat die medebepalend kunnen zijn voor de wederzijdse verwachtingen en voor de betekenis die partijen aan elkaars verklaringen en gedragingen geven. Ook kunnen mede van belang zijn gedragingen en verklaringen en andere omstandigheden die plaatsvinden nadat de handeling is verricht.

4.19. Met inachtneming van deze maatstaven, is de rechtbank van oordeel dat slechts [eiser 2] en niet óók [eiser 1] als partij bij de overeenkomst met F1 kan worden aangemerkt. Vast staat dat het [eiser 2] is geweest die zich op 13 augustus 2019 op eigen naam via de website van F1 als klant heeft geregistreerd. Daarmee heeft [eiser 2] naar het oordeel van de rechtbank aan F1 te kennen gegeven dat *hij* klant van F1 wilde worden. Gesteld noch gebleken is dat de naam van [eiser 1] hierbij op enige wijze is genoemd. Hierna heeft F1 de e-mailbevestiging van de registratie aan [eiser 2] gericht. Verder staat – als door F1 onbetwist gesteld – vast dat de persoonlijke gegevens van [eiser 2] aan F1 zijn verstrekt ten behoeve van het opzetten van een beleggingsaccount bij F1 en niet (ook) die van [eiser 1]. De e-mailbevestiging hiervan heeft F1 aan [eiser 2] gericht. Verder stelt de rechtbank vast dat het [eiser 2] is geweest die op 26 augustus 2019 het zogeheten *request to be treated as a professional client* bij F1 heeft ingediend en (digitaal) heeft ondertekend. Hierbij wordt de naam van [eiser 1] evenmin genoemd. Het door F1 in het geding gebrachte transactieoverzicht vermeldt ook slechts de naam van [eiser 2]. Ten slotte vermeldt de hierboven (onder 2.34.) geciteerde e-mail van 16 september 2019, waarbij in rekening gebrachte swapgeldten aan F1 zijn teruggevraagd, slechts de naam van [eiser 2]. De hiervoor genoemde omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, brengen de rechtbank tot de conclusie dat het slechts [eiser 2] is die

zich tegenover F1 als klant en vervolgens als (enige) contractspartij heeft gepresenteerd. De omstandigheden dat [eiser 1] feitelijk de telefoongesprekken met F1 deed vanwege haar (betere) beheersing van de Engelse taal en dat zij, mede daardoor, nauw betrokken was bij de *trades*, maken dit niet anders.

4.20. Omdat [eiser 1] geen medecontractspartij van F1 is, dient zij niet-ontvankelijk te worden verklaard in de ingestelde vorderingen. In het vervolg van dit vonnis zal de rechtbank dan ook slechts [eiser 2] als contractspartij van F1 aanmerken.

#### IV. Zorgplicht F1/aard van de beleggingsrelatie

4.21. De rechtbank overweegt dat krachtens vaste rechtspraak op F1 als aanbieder van beleggingsdiensten, als professionele en op het onderhavige terrein bij uitstek deskundige partij een bijzondere zorgplicht rust in beleggingsadviesrelaties met particuliere beleggers. Deze bijzondere zorgplicht – die naar zijn aard tot strekking heeft om de cliënt te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht – vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen de financieel dienstverlener en de cliënt – meebrengen. De inhoud van de hiervoor genoemde bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de van toepassing zijnde publiekrechtelijke regels. Daarbij zijn ook de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de cliënt, zijn inkomens- en vermogenspositie en de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's relevant.<sup>16</sup> De enkele bekendheid met de optiehandel in het algemeen en de daaraan verbonden risico's in het bijzonder kan niet leiden tot het oordeel dat de cliënt de in dit verband bedoelde deskundigheid heeft.<sup>17</sup>

4.22. De hiervoor genoemde zorgplicht behelst onder meer dat de financieel dienstverlener vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en hem dient te

15 Vgl. HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1997:AC1877, NJ 1977/521, en HR 30 november 2018 («JOR» 2019/96, m.nt. Biemans; *red.*), ECLI:NL:HR:2018:2217.

16 Vgl. HR 28 juni 2019 («JOR» 2019/233, m.nt. Strijbos; *red.*), ECLI:NL:HR:2019:1046.

17 Vgl. HR 6 december 2019 («JOR» 2020/61, m.nt. 't Hart; *red.*), ECLI:NL:HR:2019:1845, en HR 11 juli 2003 («JOR» 2003/199, m.nt. Frieling; *red.*), ECLI:NL:HR:2003:AF7419.

waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm verbonden zijn, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste beleggingsstrategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze verplichting strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. Zij geldt bij uitstek als de cliënt handelt in opties.<sup>18</sup>

4.23. Slechts de professionele belegger is uitgesloten van de hiervoor geformuleerde zorgplicht. Dan geldt een beperktere zorgplicht. Daarvan was ten aanzien van [eiser 2], die, naar de rechtbank reeds heeft vastgesteld, in de onderlinge verhouding met F1 als consument heeft te gelden, geen sprake. Naar het oordeel van de rechtbank gaat het verweer van F1 dat [eiser 2] als deskundige en professionele belegger wist wat hij deed en welbewust de risico's heeft genomen die aan handel in CFD's verbonden waren om die reden al niet op.

4.24. In geschil tussen partijen is voorts of sprake was van een beleggingsadviesrelatie of (slechts) van *execution only* dienstverlening door F1. Dit laatste betreft de verhouding tussen een financiële dienstverlener en een cliënt, waarbij de cliënt een product afneemt zonder financieel advies van de financiële dienstverlener. De financiële dienstverlener functioneert daarbij slechts als uitvoerder van de door de cliënt gegeven opdracht.

4.25. De rechtbank is van oordeel dat de (feitelijke) dienstverlening van F1 aan [eiser 2] in dit geval zonder meer als een beleggingsadviesrelatie moet worden gekwalificeerd, in weerwil van het feit dat in artikel 9.1. van de klantovereenkomst is bepaald dat geen sprake is van een beleggingsadviesrelatie. Daartoe is het volgende van belang. Allereerst heeft [eiser 2] onvoldoende weersproken gesteld dat hij dadelijk na zijn registratie bij F1 op advies van F1 voor beleggen in CFD's in plaats van bitcoins heeft gekozen. Daarnaast heeft [eiser 2] gedetailleerd feitelijk uiteengezet hoe de dienstverlening door F1 in de praktijk verliep. Volgens [eiser 2] werd hij veelvuldig, soms zelfs meerdere keren per dag en langdurig, door adviseurs van F1 gebeld, die hem telkens concrete adviezen gaven over de te verrichten *trades* in CFD's,

waarna [eiser 2] zelf online tot deze beleggingen overging, alsook dat F1 herhaaldelijk op eigen initiatief *margin calls* met hem verrichtte, waarbij zij aangaf dat zijn rekeningsaldo te laag was om een positie te kunnen openhouden en dat hij dan de keuze had om geld bij te storten of de positie te laten verlopen. De rechtbank stelt vast dat F1 deze feitelijke uiteenzetting over haar dienstverlening aan [eiser 2] niet gemotiveerd heeft betwist. F1 stelt immers slechts in algemene bewoordingen dat zij alleen maar een *execution only* relatie met [eiser 2] had, zonder dit aan de hand van daartoe concreet aangewezen feiten en omstandigheden nader in te vullen. Dit had in het licht van het gemotiveerde betoog van [eiser 2] over het bestaan van een beleggingsadviesrelatie wél op haar weg gelegen. F1 had dit bijvoorbeeld kunnen doen door opnames van de telefoongesprekken met [eiser 2] in het geding te brengen, maar dat heeft zij tot dusverre – om haar moverende redenen – geweigerd (ook al was zij daartoe naar het oordeel van de rechtbank op grond van artikel 13 lid 1 van de overeenkomst naar aanleiding van het door [eiser 2] gedane verzoek wél gehouden). De gevolgen van deze keuze moeten naar het oordeel van de rechtbank voor rekening van F1 komen. De rechtbank gaat, bij gebreke van een behoorlijke betwisting, dan ook uit van de juistheid van hetgeen [eiser 2] over de feitelijke dienstverlening door F1 heeft gesteld.

4.26. In het vervolg van dit vonnis strekt aldus voor de rechtbank tot uitgangspunt dat tussen F1 en [eiser 2] sprake was van een beleggingsadviesrelatie, waarbij de hiervoor genoemde zorgplicht van F1 als beleggingsadviesinstelling tegenover haar consument-klant [eiser 2] onverkort gold.

4.27. De rechtbank overweegt ten slotte dat in het onderhavige geval te meer hoge eisen aan de door F1 jegens [eiser 2] als (potentiële) klant in acht te nemen zorgplicht mochten worden gesteld, nu het ging om beleggingen in CFD's. Zoals hiervoor in de rechtsoverwegingen 2.6. e.v. is aangegeven, gaat het bij CFD's om complexe beleggingsproducten met een groot financieel risico, die doorgaans niet op handelsplatforms worden verhandeld en waarvan het risico op verliesgevende investeringen groot is. F1 noemt in dit verband zelf ook een hoog verliespercentage van ongeveer 80%. Bovendien betreft het hier online dienstverlening, waarbij klant en financieel dienstverlener elkaar niet voorafgaand aan de aanmelding hebben gesproken over de financiële mogelijkheden,

18 Vgl. HR 8 februari 2013 («JOR» 2013/106, m.nt. Van der Wiel; *red.*), ECLI:NL:HR:2013:BY4600.

deskundigheid en doelstellingen van [eiser 2] en de risico's van beleggingen in CFD's. Onder die omstandigheden mocht te meer van F1 worden verwacht dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met [eiser 2] diens beleggingsmogelijkheden, -ervaring en -doelstellingen in kaart bracht en hem behoorlijk waarschuwde voor de grote risico's van het doen van beleggingen met CFD's.

Uit het hiernavolgende zal blijken dat de rechtbank van oordeel is dat F1 de jegens [eiser 2] in acht te nemen zorgplicht in ernstige mate heeft geschonden.

#### IV. Toepasselijkheid AFM-besluit d.d. 19 april 2019

4.28. De rechtbank stelt vervolgens vast dat vanaf 19 april 2019 een besluit van de AFM van kracht is, strekkende tot een verbod op handel in CFD's met een *leverage* hoger dan 1:30 ten aanzien van retailcliënten. Dit verbod gold dus reeds ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst tussen [eiser 2] en F1.

4.29. Tussen partijen is in geschil of het AFM-besluit zich (materieel) ook uitstrekt tot hun overeenkomst. Volgens F1 is dat niet het geval, want toe zij, kort gezegd, het volgende aanvoert. De Wet financieel toezicht (Wft), waarop het AFM-besluit gegrond is, is niet van toepassing op de dienstverlening van F1. Ingevolge artikel 1:16 Wft is de Wft namelijk niet van toepassing op financiële diensten die (i) kunnen worden aangemerkt als diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 3:15d, lid 3 BW en (ii) die worden verleend door een financiële onderneming vanuit een vestiging in een andere lidstaat. F1 valt naar eigen zeggen onder deze uitzondering. Ook overigens mist de Wft volgens F1 toepassing, omdat zij een buitenlandse aanbieder van beleggingsdiensten is zonder bijkantoor of vestiging in Nederland is, die buiten de territoriale reikwijdte van artikel 4:1 Wft valt.

4.30. De rechtbank passeert het verweer van F1. De rechtbank overweegt hiertoe dat de AFM (als zogeheten bevoegde autoriteit) op grond van artikel 42 Markets in Financial Instruments Regulation (MiFIR)<sup>19</sup> de bevoegdheid toekomt om in het

kader van productinterventie in Nederland het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van bepaalde financiële instrumenten<sup>20</sup> te verbieden of te beperken. Deze Verordening heeft rechtstreekse werking in de gehele Europese Unie. Uit dien hoofde mocht de AFM dus al de onderhavige productinterventie voor de Nederlandse beleggingsmarkt uitvaardigen.<sup>21</sup> Deze grondslag wordt ook uitdrukkelijk in het AFM-besluit genoemd. Hieronder vallen naar het oordeel van de rechtbank dus ook de in het AFM-besluit neergelegde beperkingen voor de handel in CFD's ten aanzien van retailcliënten.

4.31. Artikel 42 MiFIR is op nationaal niveau uitgewerkt in artikel 1:77f Wft, waarin is bepaald dat de toezichthouder op de financiële markt (de AFM) – overeenkomstig het bepaalde in artikel 42 MiFIR – het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van bepaalde financiële instrumenten in Nederland kan verbieden of beperken. Nu de AFM op grond van artikel 42 MiFIR al de bevoegdheid tot productinterventie heeft, kan de rechtbank onbesproken laten of de Wft al dan niet ziet op de online financiële dienstverlening van F1.

4.32. De AFM heeft in haar besluit onder meer bepaald dat de beperkingen van toepassing zijn op beleggingsondernemingen met een zetel in een andere lidstaat die via het verrichten van diensten met een Europees paspoort in Nederland beleggingsdiensten verlenen. Daarmee keert het besluit zich dus uitdrukkelijk ook tegen buitenlandse aanbieders van beleggingsdiensten in Nederland. Niet in geschil is dat F1, gevestigd op Cyprus, met gebruikmaking van een Europees paspoort in Nederland beleggingsdiensten aanbiedt. Onder paragraaf 8 van het AFM-besluit wordt ook nog expliciet verwezen naar de toepasselijkheid van het besluit ten aanzien van door een beleggingsonderneming, aan wie op grond van MiFID II een vergunning is verleend, geëxploiteerde handelsplatformen. Hieronder kan

19 Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012.

20 CFD's kwalificeren als een financieel instrument als bedoeld in Bijlage I, Deel c, sub 9 van MiFID II.

21 Zie ook D. Busch, *De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector*, NJB 2020/424, par. 5.4. sub (v), en M. Smayel en J. van den Berg-van Ochten, *Productinterventie door ESMA en de AFM onder MiFIR*, FR 2018, 7, p. 361-369.

naar het oordeel van de rechtbank ook het online beleggingsplatform van F1 worden begrepen.<sup>22</sup> 4.33. Het vorenstaande overziende, concludeert de rechtbank dat het AFM-besluit ook ten aanzien van F1 van toepassing is. Derhalve was het F1 vanaf 19 april 2019 verboden om in Nederland beleggingen in CFD's met een *leverage* hoger dan 1:30 voor retailcliënten op de markt te brengen, te verspreiden en aan hen te verkopen. Overigens was dit naar het oordeel van de rechtbank op grond van het – inhoudelijk gelijklopende – (meermaals verlengde) besluit van de European Securities and Marketing Authority (hierna: ESMA) van 22 mei 2018<sup>23</sup> óók al eerder het geval. Een maatregel van ESMA is immers op alle marktdeelnemers binnen de Europese Unie van toepassing.

#### V. Oneerlijke handelspraktijken van F1

##### Standpunt [eiser 2]

4.34. stelt dat de overeenkomst met F1 tot stand is gekomen en uitgevoerd met gebruikmaking van oneerlijke handelspraktijken door F1, zoals bedoeld in artikel 6:193a e.v. BW (Titel 3, Afdeling 3A). Daartoe voert [eiser 2], samengevat weergegeven, het volgende aan.

4.34.1 F1 heeft zich van misleidende handelspraktijken bediend, onder meer bij de werving van nieuwe klanten. Zij heeft op grote schaal geadverteerd met nepadvertenties van bekende Nederlanders, die veel geld zouden hebben verdiend met bitcoins. F1 heeft deze handelwijze ook in de pers erkend. Wanneer de consument op deze nepadvertenties klikte, kwam hij op de website van Investous terecht. Zo is het ook in het geval van [eiser 2] gegaan. Daarnaast heeft F1 valse positieve reviews op internet gezet, waardoor de consument zich niet objectief kon informeren over de

beleggingsproducten van F1. Ook is er sprake geweest van manipulatie van kosten en is aan [eiser 2] steeds geadviseerd dat moest worden bijgestort om de dekking te verbeteren (in plaats van zijn verlies te nemen), in combinatie met het uitoefenen van druk op [eiser 2] om meer in te leggen.

4.34.2. Daarnaast heeft F1 zich volgens [eiser 2] van agressieve handelspraktijken bediend. De upgrade naar een *professional account* heeft louter op initiatief van F1 plaatsgevonden, met het kennelijke doel om het AFM-besluit over beleggen in CFD's door retailbeleggers te ontduiken, zodat [eiser 2] risicovoller zou gaan beleggen. Hierbij heeft F1 [eiser 2] gedetailleerd voorgeschreven wat hij moest doen. Voorts is [eiser 2] bij het doen van de *trades* steeds intensief door F1 begeleid en is hem geadviseerd hoe te handelen. Dat gebeurde door middel van het zeer regelmatig bellen door medewerkers van F1, soms meerdere keren per dag en ging gepaard met grote druk om steeds meer geld in te leggen. De adviezen van F1 waren er slechts op gericht dat [eiser 2] zoveel mogelijk geld zou inleggen en om vervolgens dit geld te doen verdwijnen, zonder dat [eiser 2] enig zicht had op de achterliggende beleggingsmarkt. Er moet van uit worden gegaan dat er geen reële beleggingsproducten zijn verhandeld, maar dat er slechts schijntransacties met behulp van voorgeprogrammeerde algoritmes hebben plaatsgevonden, aldus [eiser 2]. Dat sprake is geweest van oneerlijke handelspraktijken, blijkt ook uit de omstandigheid dat F1 de beleggingsgeschiedenis van [eiser 2] op enig moment voor hem ontoegankelijk heeft gemaakt.

4.34.3. Vanwege deze oneerlijke handelspraktijken heeft [eiser 2] op goede gronden de overeenkomst met F1 vernietigd en is F1 (primair) gehouden om de per saldo gedane inleg van € 49.780,- als onverschuldigd betaald aan [eiser 2] terug te betalen. Subsidiair is sprake van onrechtmatig handelen van F1 jegens [eiser 2], op grond waarvan F1 de aldus door [eiser 2] geleden schade dient te vergoeden, die ook op de per saldo gedane inleg kan worden begroot.

##### Standpunt F1

4.35. F1 stelt zich primair op het standpunt dat de wettelijke regeling inzake oneerlijke handelspraktijken niet van toepassing is, nu [eiser 2] niet als consument maar bedrijfsmatig heeft gehandeld.

22 De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis bij de implementatie van MiFID II expliciet opgemerkt dat een productinterventiemaatregel van de AFM ook van toepassing is op in andere lidstaten gevestigde beleggingsondernemingen die in Nederland (uitsluitend via internet) actief zijn. *Kamerstukken II*, 2016/17, 34 583, nr. 6, p. 19.

23 Besluit (EU) 2018/796 van de ESMA om tijdelijke beperkingen op te leggen aan contracts for differences (hierna: CFD's) in de Unie, overeenkomstig art. 40 van Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad.

4.36. Subsidiair ontkent F1 dat sprake is geweest van oneerlijke handelspraktijken. Zij voert daarvoor, samengevat weergegeven, het volgende aan.

4.36.1. [eiser 2] heeft zijn betoog niet (nader) onderbouwd. Er is slechts sprake van een blote stellingname van [eiser 2] over oneerlijke handelspraktijken van F1. Daarnaast heeft [eiser 2] geen van de op de zwarte lijst van artikel 6:193i BW genoemde verboden gedragingen gesteld. Hij beroept zich alleen maar op de open norm van oneerlijke handelspraktijken.

4.36.2. F1 betwist dat zij zich bij de werving van klanten van nepadvertenties heeft bediend. Weliswaar heeft NRC Handelsblad daarover geschreven, maar F1 heeft NRC Handelsblad daarop laten weten dat haar publicatie onjuist is. Ook de advocaat van [eiser 2] heeft zich publiekelijk onjuist uitgelaten over nepadvertenties van F1 en is daarvoor door F1 aangeschreven. De aan [eiser 2] bij het aangaan van de overeenkomst verstrekte informatie is volgens F1 steeds juist, volledig en duidelijk geweest. [eiser 2] heeft zelf het initiatief genomen om in CFD's te gaan handelen, om een *professional account* aan te vragen en hij heeft zelf alle daartoe benodigde stappen doorlopen. Uit het door hem ingevulde geschiktheidsonderzoek bleek dat [eiser 2] een ervaren belegger was, die over ruime financiële middelen beschikte.

4.36.3. F1 ontkent druk op [eiser 2] te hebben uitgeoefend ter zake het doen van *trades* in CFD's. Het is beleid bij F1 dat de klant F1 belt en niet andersom. Slechts als de klant zelf daarom verzoekt, wordt hij door een medewerker van F1 gebeld. Uit de e-mail van [eiser 2] van 16 september 2019 blijkt ook dat hij van de zijde van F1 nooit enige druk heeft ervaren bij het doen van de beleggingen op het online handelsplatform van F1. De door [eiser 2] gedane *trades* betreffen reële beleggingen en geen schijntransacties. Dit volgt ook uit het door F1 overgelegde transactieoverzicht en het feit dat F1 onder toezicht staat van CySEC. [eiser 2] kon zijn handelsgeschiedenis ook op elk gewenst moment op zijn account inzien en deze is niet verwijderd, aldus F1. Dat F1 slechts erop uit zou zijn geweest om gelden van [eiser 2] binnen te hengelen, blijkt uit niets. F1 heeft ook geen kosten gemanipuleerd. De kosten zijn steeds transparant weergegeven. Evenmin heeft F1 [eiser 2] medegedeeld dat hij moest bijstorten om zijn dekking te verbeteren in plaats van zijn verlies te nemen. Gezien het verloop van de door [eiser 2] gedane transacties, heeft F1 een

aantal keren een *margin call* verricht waarbij zij aan [eiser 2] heeft aangegeven dat zijn rekeningsaldo te laag was om een positie open te houden. [eiser 2] had toen steeds kunnen stoppen, maar koos er zelf voor om gelden bij te storten, waarmee hij het risico nam dat zijn verlies groter kon worden.

4.36.4. Nu geen sprake is geweest van oneerlijke handelspraktijken van F1, is voor vernietiging van de overeenkomst en terugbetaling van de per saldo gedane inleg geen plaats. Overigens blijkt ook niet dat [eiser 2], zoals hij aangeeft, de overeenkomst buitengerechtelijk heeft vernietigd. Indien F1 toch gehouden zou zijn tot enige terugbetaling van de inleg aan [eiser 2], dan kan dit volgens haar maximaal een bedrag van € 49.267,- betreffen (de totale inleg van € 53.500,- verminderd met de opgenomen gelden ad € 4.233,-). Ten slotte wijst F1 erop dat de eerste serie *trades* (waarvoor € 1.000,- is ingelegd) is verricht met een hoe dan ook niet verboden *leverage* van 1:30, zodat dit bedrag sowieso niet voor vergoeding in aanmerking kan komen.

#### *Het oordeel van de rechtbank*

– *Is de wettelijke regeling inzake oneerlijke handelspraktijken hier van toepassing?*

4.37. De rechtbank stelt voorop dat de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken in het Burgerlijk Wetboek alleen van toepassing is op overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten. Deze wettelijke regeling vormt de implementatie van de Europese richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.<sup>24</sup>

4.38. In geschil is of [eiser 2] in zijn onderlinge verhouding tot F1 als consument kan worden aangemerkt.

Artikel 6:193a lid 1 sub a BW definieert de consument als een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

De rechtbank is van oordeel dat [eiser 2] als een zodanige consument moet worden aangemerkt. Daartoe verwijst de rechtbank op deze plaats uitdrukkelijk naar hetgeen zij eerder in dit vonnis

24 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

– in hoofdstuk II – met betrekking tot de positie van [eiser 2] als consument heeft overwogen en waaruit volgt dat [eiser 2] in zijn onderlinge verhouding met F1 zonder meer als consument moet worden aangemerkt. De inhoud van de betreffende rechtsoverwegingen moet als hier herhaald en overgenomen worden beschouwd. Derhalve kan [eiser 2] tegenover F1 als handelaar bescherming ontleen aan de wettelijke regeling inzake oneerlijke handelspraktijken.

– *Het wettelijke kader*

4.39. De rechtbank overweegt dat het wettelijke kader voor de beoordeling van de gestelde oneerlijke handelspraktijken, voor zover hier van belang, op het volgende neerkomt.

4.40. Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Het begrip handelspraktijk omvat iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan een consument.

4.41. Het tweede lid van dit wetsartikel bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is indien een handelaar handelt: a. in strijd met de vereisten van professionele toewijding, en b. het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

4.42. In lid 3 is vervolgens bepaald dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien een handelaar:

a. een *misleidende* handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW;

b. een *agressieve* handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193h en 6:193i BW.

Het betreft hier per definitie oneerlijke handelspraktijken.

4.43. Artikel 6:193c lid 1 BW bepaalt dat een handelspraktijk *misleidend* is 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. Hiervan wordt in dit artikel een – niet-uit-

puttende – catalogus van voorbeelden gegeven. Het gaat in zijn algemeenheid om handelspraktijken waarbij de handelaar foutieve informatie verstrekt – niet gebaseerd op de waarheid – of informatie verstrekt die door de wijze van presentatie, hoewel feitelijk gezien correct, op een of andere manier de consument bedriegt.<sup>25</sup> Het gaat erom of een gemiddelde consument door de (onjuiste) informatie op het ‘verkeerde been’ kan worden gezet en of die informatie van dien aard is dat deze de gemiddelde consument er toe kan brengen om een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

4.44. Verder bepaalt artikel 6:193h BW dat een handelspraktijk in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, *agressief* is indien door intimidatie, dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

– *[Eiser 2] heeft de overeenkomst schriftelijk vernietigd*

4.45. Artikel 6:193j sub 3 BW bepaalt dat een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, vernietigbaar is. Deze bepaling ziet op alle oneerlijke handelspraktijken die jegens de consument zijn verricht en waardoor er een overeenkomst is gesloten, maar niet (ook) op oneerlijke handelspraktijken die jegens de consument zijn verricht nadat een overeenkomst is gesloten. De consument kan op grond van artikel 3:50 en 3:51 BW de overeenkomst via een (buitengerechtelijke) schriftelijke verklaring of door een daartoe strekkende vordering in rechte in te stellen (laten) vernietigen.

4.46. De rechtbank stelt vast dat [eiser 2] buiten rechte geen schriftelijke vernietigingsverklaring als hiervoor bedoeld heeft uitgebracht. [eiser 2] heeft in de dagvaarding wel een dergelijke verklaring uitgebracht en daarmee (alsnog) de vernietiging van de overeenkomst met F1 ingeroepen, zodat daarvan in rechte verder kan worden uitge-

<sup>25</sup> Zie MvT, *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 10, p. 3.

gaan. Hierna wordt beoordeeld of dit beroep op vernietiging van de overeenkomst slaagt.

– *F1 heeft zich bediend van oneerlijke handelspraktijken*

4.47. De rechtbank is van oordeel dat F1 zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de overeenkomst met [eiser 2] zich op diverse fronten schuldig heeft gemaakt aan oneerlijke handelspraktijken. Hiertoe overweegt de rechtbank het volgende.

*a. Misleidende handelspraktijken bij het aangaan van de overeenkomst*

4.48. Als door [eiser 2] niet dan wel onvoldoende weersproken gesteld, gaat de rechtbank ervan uit dat [eiser 2] in bitcoins wilde gaan beleggen, dat hij zich hierop heeft georiënteerd en dat hij in dat kader op internet bij een (door althans in opdracht van) Investous geplaatste advertentie is uitgekomen, waarin een of meer bekende Nederlanders reclame maakten voor beleggingen in bitcoins via Investous, dat [eiser 2] op deze advertentie heeft geklikt en dat hij zo op de website van Investous is uitgekomen. Naar het oordeel van de rechtbank is de misleiding van [eiser 2] als consument door F1 hier al begonnen. Genoegzaam is namelijk vast komen te staan dat het hier om nepadvertenties ging, aangezien deze niet de instemming van de betreffende bekende Nederlanders hadden. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Investous het gebruik van deze nepadvertenties ook erkend tegenover NRC Handelsblad in het hiervoor in 2.13. (deels) geciteerde artikel. De rechtbank heeft geen reden om aan te nemen dat de daar weergegeven bewoordingen van de woordvoerder van Investous over het daadwerkelijke gebruik van nepadvertenties onjuist zouden zijn. Het enkele feit dat F1 NRC Handelsblad over de (vermeende) onjuistheid van het artikel heeft aangeschreven, is daarvoor onvoldoende. F1 heeft aan deze actie, toen rectificatie uitbleef, ook geen (kenbaar) vervolg meer gegeven. Illustratief in dit verband is voor de rechtbank voorts dat de Britse toezichthouder FCA in het persbericht bij het besluit waarbij zij F1 van de Britse financiële markt heeft verbannen (zie rechtsoverwegingen 2.41. en 2.42.), expliciet opmerkt:

“F1 Markets used social media and webpages carrying fake endorsements from celebrities to entice consumers into the scams involving CFDs.”

Deze door de FCA vastgestelde “Britse praktijk” van F1, die door F1 in deze procedure niet gemotiveerd is ontkend, ondersteunt naar het oordeel van de rechtbank het hiervoor aangenomen gebruik van nepadvertenties door F1. Kennelijk maakte zij hier structureel gebruik van. Met het gebruik van de Nederlandse nepadvertenties wilde F1, naar de rechtbank aanneemt, kennelijk potentiële klanten op de Nederlandse markt ertoe verleiden om beleggingen bij F1 te doen, daarbij de (valse) indruk wekkende dat deze bekende Nederlanders de beleggingsproducten van Investous ondersteunden en zelf ook van de diensten van F1 gebruik maakten.

4.49. De rechtbank stelt vervolgens vast dat de misleiding van [eiser 2] als consument door F1 zich na diens online registratie heeft voortgezet. Toen [eiser 2] zich eenmaal als klant van F1 had geregistreerd, werd hem immers geen informatie over bitcoins – waarin hij geïnteresseerd was – toegezonden, maar over beleggingen in CFD’s, terwijl niet gebleken is dat [eiser 2] in het kader van zijn registratie op enigerlei wijze aan F1 te kennen had gegeven dat hij juist in CFD’s wilde beleggen of anderszins om informatie over dit product heeft verzocht. In de e-mail van F1 waarbij de registratie van [eiser 2] werd bevestigd,<sup>26</sup> wordt meteen al uitvoerig ingegaan op beleggingen in CFD’s en de daaraan verbonden – grote – financiële risico’s voor beleggers (de *Risk Warning*). Dat wekt verbazing wanneer de klant via een advertentie voor beleggingen in bitcoins bij F1 terechtgekomen is. De daaropvolgende e-mail van F1,<sup>27</sup> verstuurd na het verstrekken van persoonsgegevens en de beantwoording van vragen van F1 en waarin F1 bevestigt dat er een account op naam van [eiser 2] is geopend, bevat dezelfde *Risk Warning* voor het beleggen in CFD’s.

De rechtbank kan hier geen andere conclusie aan verbinden dan dat het vanaf het moment van registratie van [eiser 2] als klant van F1 – toen hij als het ware in fuik van F1 was beland – reeds de bedoeling van F1 om het ertoe te leiden dat [eiser 2] in risicovolle CFD’s in plaats van in bitcoins zou gaan beleggen. De rechtbank vindt hiervoor ook bevestiging in de onweersproken stelling van [eiser 2] ter zitting dat een medewerker van F1 [eiser 2] daags na zijn registratie heeft gebeld en

<sup>26</sup> Zie hiervoor onder 2.15.

<sup>27</sup> Zie hiervoor onder 2.17.

hem toen heeft overtuigd om in CFD's in plaats van in bitcoins te gaan beleggen. Dusdoende heeft F1 naar het oordeel van de rechtbank [eiser 2] op het verkeerde been gezet en hem – mede in het licht van de latere gebeurtenissen – ertoe gebracht om een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

4.50. F1 rept in de daarop volgende e-mail aan [eiser 2],<sup>28</sup> die op dat moment een retailcliënt was, niet slechts over beleggingen in CFD's, waarvoor – naar F1 in deze e-mail ook onderkent – een maximum *leverage* van 1:30 geldt, maar vermeldt óók meteen de optie van een 'opt-up' naar de status van professionele cliënt, waarvoor een véél hogere – en daarmee nog risicovollere – *leverage* van maximaal 1:400 geldt. Dit is naar het oordeel van de rechtbank zonder meer misleidend, nu het F1 op grond van het AFM-besluit van 19 april 2019 (alsook het identieke besluit van ESMA) *in het geheel niet* was toegestaan om aan niet-professionele beleggers als [eiser 2] CFD's met een *leverage* hoger dan 1:30 aan te bieden. Meer specifiek, op grond van de anti-ontduikingsbepaling van artikel 3 van het AFM-besluit mocht de status van [eiser 2] als niet-professionele belegger niet worden opgewaardeerd naar die van professionele belegger. F1 had zich om die reden zonder meer moeten onthouden van het verstrekken van enige informatie aan [eiser 2] over een "opt-up" naar de status van professionele belegger aan [eiser 2]. Door dit toch te doen, heeft F1 [eiser 2] naar het oordeel van de rechtbank bewust onjuist voorgelicht. Hiermee is [eiser 2] immers in de onjuiste veronderstelling gebracht dat een "opt-up" naar de status van professioneel belegger mogelijk was.

*b. Oneerlijke handelspraktijken - faciliteren/bewerkstelligen "opt-up"*

4.51. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat F1 zich aan een oneerlijke handelspraktijk heeft schuldig gemaakt door [eiser 2], als niet-professionele belegger, te faciliteren om in het kader van beleggingen in CFD's de status van professioneel belegger te verwerven, waardoor hij beleggingen kon doen waarvan de *leverage* vér boven de maximaal door de AFM en ESMA toegestane 1:30 uitging. Dat [eiser 2], zoals F1 betoogt, vanaf zijn aanmelding bij F1 als professionele belegger in CFD's aan de slag wilde gaan, is door [eiser 2] niet

alleen gemotiveerd betwist, maar blijkt verder ook uit niets. F1 heeft zich hiermee dus niets gelegen laten liggen aan het door F1 en ESMA uitgevaardigde verbod op beleggingen in CFD's door niet-professionele beleggers met een *leverage* hoger dan 1:30.

4.52. F1 heeft deze oneerlijke handelspraktijk naar het oordeel van de rechtbank gecontinueerd door [eiser 2] onder strakke begeleiding tot het openen van een *professional account* aan te zetten. Zoals hiervoor vastgesteld, kan de bezitter van een *professional account* bij F1 beleggingen in CFD's doen met een *leverage* van maximaal 1:400, hetgeen tot grote financiële risico's voor de belegger leidt. F1 heeft deze 'opt-up' naar het oordeel van de rechtbank in het geval van [eiser 2] zelf geïnitieerd. Voldoende vast is komen te staan dat F1 [eiser 2] na het toekennen van een *retailaccount* op eigen initiatief heeft gebeld, hem toen heeft verzocht om online een vragenlijst in te vullen die de toegangspoort vormde tot de toekenning van een *professional account* en dat F1 [eiser 2] heeft geïnstrueerd hoe hij de vragenlijst moest invullen. Dit gesprek verliep ook nog eens in het Engels, wat niet de moedertaal van [eiser 2] is. [eiser 2] heeft onweersproken gesteld dat hij de Engelse taal ook niet voldoende machtig was. Op geen enkele wijze is gebleken dat F1 zich destijds ervan heeft vergewist dat [eiser 2] voldoende begreep waar hij mee bezig was. Dit klemt te meer nu het bij CFD's om complexe, voor de niet-professionele belegger moeilijk te doorgronden, beleggingsproducten gaat, met als gezegd grote financiële risico's. Tegen deze achtergrond gaat de rechtbank ervan uit dat zowel het vragenformulier<sup>29</sup> als het *request to be treated as a professional client*<sup>30</sup> door [eiser 2] op aangeven van een medewerker van F1 zijn ingevuld, zo op deze documenten de antwoorden mogelijk niet reeds voorgedrukt waren. F1 heeft [eiser 2] derhalve niet in staat gesteld om de 'opt-up' rustig te overwegen, maar de daartoe strekkende aanvraag is er feitelijk door F1 in zeer korte tijd doorheen gedrukt.

4.53. In de hiervoor genoemde documenten heeft [eiser 2], samengevat, verklaard dat hij een ervaren belegger is die al eerder in CFD's heeft gehandeld, met een *leverage* van meer dan 1:30 heeft belegd, elk kwartaal een aantal transacties in

28 Zie hiervoor onder 2.18.

29 Zie hiervoor onder 2.25.

30 Zie hiervoor onder 2.26.



CFD's heeft gedaan, dat hij minimaal een jaar in de financiële sector heeft gewerkt en dat hij een financiële portfolio heeft van meer dan € 500.000,-. De rechtbank stelt vast dat [eiser 2] in dit geding uitdrukkelijk en gemotiveerd heeft ontkend dat deze informatie juist is. Op haar beurt heeft F1 geen enkele informatie in het geding gebracht die de juistheid van de inhoud van genoemde documenten ook maar enigszins onderbouwt. F1 heeft hoegenaamd niets aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat [eiser 2] een ervaren belegger is die eerder in CFD's heeft gehandeld, ook nog eens met een *leverage* hoger dan 1:30, dat [eiser 2] in de financiële sector heeft gewerkt en ook nog eens over een financiële portfolio van meer dan € 500.000,- zou beschikken. Bewijsstukken ter zake zijn niet overgelegd. De rechtbank herhaalt hier dat het – ter onderbouwing van haar stellingen dat alles op eigen initiatief van [eiser 2] is gebeurd – op de weg van F1 had gelegen om bijvoorbeeld de opnames van de telefoongesprekken met [eiser 2] in het geding te brengen, maar dat zij dat tot dusverre heeft geweigerd en dat de gevolgen van die keuze naar het oordeel van de rechtbank voor rekening van F1 komen. Bij die stand van zaken gaat de rechtbank ervan uit dat F1 zich in het kader van de “opt-up” van [eiser 2] naar de status van professionele belegger heeft bediend van documenten die inhoudelijk niet waarheidsgetrouw zijn. Dat dit een oneerlijke handelspraktijk van F1 in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst betreft, staat buiten kijf.

– [Eiser 2] heeft terecht vernietiging van de overeenkomst gevorderd

4.54. De hiervoor vastgestelde oneerlijke handelspraktijken van F1, in samenhang bezien met de evidente schending door F1 van het verbod op het op de markt brengen, aanbieden en verkopen van CFD's met een *leverage* hoger dan 1:30 aan niet-professionele beleggers, maken dat F1 onrechtmatig jegens [eiser 2] heeft gehandeld. Dit klemt te meer nu F1, dusdoende, in ernstige mate in strijd heeft gehandeld met de zorgplicht die zij als beleggingsonderneming tegenover [eiser 2] als niet-professionele belegger in acht diende te nemen.

4.55. Nu de overeenkomst van partijen als gevolg van oneerlijke handelspraktijken tot stand is gekomen, heeft [eiser 2] naar het oordeel van de rechtbank op goede gronden vernietiging van de overeenkomst gevorderd. Dat betekent dat de in

verband daarmee door [eiser 2] gevorderde vernietiging van de overeenkomst zal worden toegewezen.

– Overige oneerlijke handelspraktijken

4.56. De rechtbank is voorts van oordeel dat F1 zich bij de uitvoering van de overeenkomst eveneens schuldig heeft gemaakt aan oneerlijke handelspraktijken jegens [eiser 2]. De rechtbank overweegt daarover als volgt.

4.57. Hiervoor is reeds geoordeeld dat er geen sprake was van een *execution only* verhouding tussen F1 en [eiser 2] bij het doen van de beleggingen in CFD's, maar dat [eiser 2] juist veelvuldig, soms zelfs meerdere keren per dag en langdurig, door adviseurs van F1 is gebeld, die hem telkens concrete adviezen gaven over de te verrichten *trades* in CFD's, waarna [eiser 2] online tot deze beleggingen overging. Hiermee is naar het oordeel van de rechtbank sprake van agressieve handelspraktijken van F1 jegens [eiser 2] als bedoeld in artikel 6:193h BW in samenhang gelezen met artikel 6:193i onder c BW. Die feitelijke gang van zaken bij het geven van advies over de beleggingen van [eiser 2] moet, mede gelet op de bij F1 bestaande deskundigheid en het feit dat [eiser 2] een niet-professionele belegger was, worden beschouwd als het hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon om (de door F1 voorgestane) beleggingen in CFD's te doen. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank ongepaste druk op [eiser 2] als consument uitgeoefend.

4.58. Ter zitting heeft [eiser 2] verklaard dat hij na het sluiten van de overeenkomst F1's accountmanager Jonathan heeft gevraagd naar het verliesrisico van (ca.) 80% waarover F1 op haar website sprak en dat Jonathan hem toen heeft medegedeeld dat dit risico alleen gold voor mensen die zelf hun beleggingen deden, zonder advies van F1. Deze verklaring van [eiser 2] heeft F1 niet (gemotiveerd) weersproken, zodat van de juistheid hiervan wordt uitgegaan. Met deze uitlatingen over het verliesrisico heeft F1 [eiser 2] naar het oordeel van de rechtbank ook misleid, nu vast staat dat de financiële risico's van beleggingen in CFD's met *leverages*, zeker wanneer die een *leverage* tot maximaal 1:400 kunnen hebben, zeer risicovol zijn. Dit wordt treffend geïllustreerd door de omstandigheid dat [eiser 2] zijn inleg vrijwel geheel is kwijtgeraakt met de door F1 aangeraden beleggingen in CFD's met een hogere *leverage* dan was toegestaan.

4.59. Verder neemt de rechtbank, nu dit door [eiser 2] onweersproken is gesteld, als vaststaand aan dat F1 [eiser 2] herhaaldelijk onder druk heeft gezet om extra gelden in te leggen om de dekking te verbeteren in plaats van zijn verlies op de betreffende CFD's te nemen, waarna [eiser 2] dienovereenkomstig heeft gehandeld. Voorts constateert de rechtbank dat, zoals [eiser 2] heeft aangegeven, F1 bij herhaling hoge kosten aan [eiser 2] in rekening heeft gebracht in verband met diens beleggingen in CFD's. Weliswaar heeft F1 gesteld dat de in rekening te brengen kosten transparant op haar website zouden zijn vermeld, maar zonder enige nadere toelichting hierop van de zijde van F1, die ontbreekt en die gelet op de hoogte van deze kosten te meer voor de hand had gelegen, kan niet worden vastgesteld dat de aan [eiser 2] in rekening gebrachte kosten überhaupt wel gerechtvaardigd waren. Ten slotte stelt de rechtbank vast dat alle transacties zich in een kort tijdsbestek van minder dan twee maanden hebben afgespeeld, waarin F1 een bedrag van meer dan € 50.000,- van [eiser 2] in handen heeft gekregen en dat F1 aan het eind van de rit de handelshistorie van [eiser 2] ontoegankelijk voor hem heeft gemaakt. Deze omstandigheden, op zich en in onderling verband en samenhang bezien, brengen de rechtbank tot de conclusie dat in zoverre ook sprake is geweest van oneerlijke handelspraktijken zijdens F1.<sup>31</sup>

4.60. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, kan de rechtbank in het midden laten of, zoals [eiser 2] betoogt en F1 heeft betwist, er geen sprake is geweest van reële beleggingen en/of door F1 gemanipuleerde algoritmes. Evenmin is van belang dat – zoals F1 tijdens de mondelinge behandeling meermaals heeft benadrukt – F1 zelf niet aan de verliezen van [eiser 2] heeft verdiend.

– *F1 moet de inleg van [eiser 2] grotendeels terugbetalen*

4.61. Nu [eiser 2] op goede gronden vernietiging van de overeenkomst van partijen heeft gevorderd en vernietiging terugwerkende kracht heeft, heeft F1 de betalingen van [eiser 2] zonder rechtsgrond ontvangen en is F1 gehouden om aan [eiser 2] zijn inleg, als zijnde onverschuldigd betaald, terug te betalen, verminderd met de gelden die [eiser 2]

heeft geïncasseerd vanaf zijn account bij F1. Vast staat dat [eiser 2] een bedrag van in totaal € 53.500,- bij F1 heeft ingelegd. Tevens staat genoegzaam vast dat [eiser 2] een bedrag van € 4.233,- van zijn account heeft geïncasseerd. Tegen die achtergrond moet F1 naar het oordeel van de rechtbank aan [eiser 2] per saldo een bedrag van € 49.267,- terug betalen. De vordering tot terugbetaling is in zoverre toewijsbaar. Overigens kan [eiser 2] in verband met de ná het sluiten van de overeenkomst plaatsgevonden hebbende oneerlijke handelspraktijken van F1 ook, uit hoofde van onrechtmatige daad, met vrucht terugbetaling van zijn inleg vorderen, bij wege van vergoeding van door hem als gevolg van het onrechtmatig handelen van F1 geleden financiële schade.<sup>32</sup>

4.62. Ten aanzien van de gevorderde wettelijke rente overweegt de rechtbank dat deze krachtens artikel 6:119 BW verschuldigd is over de periode van verzuim. Ingeval van onverschuldigde betaling van een geldsom, zoals hier aan de orde is, raakt de schuldenaar reeds in verzuim (dus zonder voorafgaande ingebrekestelling) wanneer hij het goed te kwader trouw heeft aangenomen, zo volgt uit artikel 6:205 BW. Van kwade trouw is sprake indien degene die een prestatie ontvangt, weet of vermoedt dat deze onverschuldigd is. Een “behoren te weten” is onvoldoende om kwade trouw aan te kunnen nemen.<sup>33</sup>

In het licht van al hetgeen hiervoor is overwogen, oordeelt de rechtbank dat F1 de gelden van [eiser 2] in ontvangst heeft genomen, wetende dat deze nimmer aan haar betaald mochten worden, zodat sprake was van kwade trouw aan de zijde van F1. Dit betekent dat de rente is gaan lopen vanaf de dag van betaling van de ingelegde gelden. Nu [eiser 2] voor alle terug te betalen inleggeden is uitgegaan van de datum van de laatste betaling, 19 september 2019, zal de rechtbank deze datum als ingangsdatum van de rentevordering nemen. De rentevordering is in zoverre dus toewijsbaar.

## VII. Misbruik van (Unieproces)recht/treffen voorzieningen

4.63. [eiser 2] stelt dat de door F1 tegen hem bij de Cypriotische rechter aanhangig gemaakte proce-

31 Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5062.

32 MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 14.

33 Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW 1981* (Toelichting Meijers), p. 812, en HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:506.

dure moet worden gezien als een onaanvaardbare poging om de rechtsgang in Nederland bij deze rechtbank, die zich reeds bevoegd heeft verklaard om van het geschil kennis te nemen, te frustreren en te saboteren.

4.63.1. Van [eiser 2] als consument kan naar zijn mening niet worden gevergd dat hij in de procedure op Cyprus verweer voert, ook al ligt het voor de hand dat de Cypriotische rechter zich bevoegd zal verklaren als hij verneemt van het oordeel van de Nederlandse rechter dat deze zich bevoegd heeft geacht tot kennisname van het geschil van partijen. De tegenprocedure op Cyprus tast de integriteit van de Nederlandse rechtsgang in de kern aan, zo meent [eiser 2]. F1 maakt volgens [eiser 2] misbruik van (Unie)procesrecht, althans handelt onrechtmatig jegens [eiser 2], in het bijzonder door de bevoegdheidsregels uit de Brussel *Ibis*-Vo te misbruiken en, terwijl er al een procedure in Nederland tussen partijen loopt, [eiser 2] op Cyprus voor de rechter te dagen. Hiermee wordt inbreuk gemaakt op de beschermende werking die consumenten aan de Brussel *Ibis*-Vo kunnen ontleen. Het misbruik van procesrecht is hier extra prangend gelet op de aard van de ingestelde tegenvorderingen. F1 eist in de Cypriotische procedure immers een schadevergoeding van € 35.000,- in verband met het opwerpen van het bevoegdheidsincident in Nederland, vermeerdert met een niet nader bepaald bedrag aan aanvullende schadevergoeding.

4.63.2. Tegen deze achtergrond stelt [eiser 2] zich op het standpunt dat de Nederlandse rechter ter opheffing van voornoemd misbruik voorzieningen moet treffen die strekken tot herstel en bewaking van de integriteit van de Nederlandse rechtsgang. Deze voorzieningen komen erop neer dat het F1 verboden dient te worden om een (toekomstig) jegens [eiser 2] door de Cypriotische rechter gewezen verstekvonnis te (laten) betekenen en/of executeren, dat het F1 verboden wordt om onder zichzelf beslag te leggen om de executie van het in de onderhavige procedure te wijzen vonnis te frustreren en, ten slotte, dat het F1 wordt verboden om enig bedrag dat [eiser 2] uit hoofde van een Cypriotisch vonnis aan F1 moet voldoen kan verrekenen met enig bedrag dat F1 ingevolge een in Nederland gewezen vonnis of arrest aan [eiser 2] moet voldoen, een en ander op straffe van een dwangsom bij overtreding van enig verbod. Indien de rechtbank voornoemde voorzieningen niet toewijsbaar acht, moet F1 vol-

gens [eiser 2] worden veroordeeld tot betaling van aanvullende schadevergoeding, nader op te maken bij staat, met toekenning van een voorschot op de geleden en nog te lijden schade van € 50.000,-. Daartoe voert [eiser 2] aan dat hij als gevolg van de procedure op Cyprus schade lijdt althans nog zal kunnen lijden, zeker wanneer een Cypriotisch verstekvonnis eerder zou worden gewezen dan het vonnis van deze rechtbank.

4.64. F1 betwist de hiervoor genoemde vorderingen van [eiser 2], waartoe zij, samengevat, het volgende aanvoert.

4.64.1. [eiser 2] loopt met zijn vorderingen op de zaken vooruit, nu hij nog niet is opgeroepen om te verschijnen in de procedure op Cyprus. Daarnaast heeft F1 een gerechtvaardigd belang bij de in die procedure ingestelde vordering. [eiser 2] is op grond van de overeenkomst van partijen gehouden tot betaling van het gevorderde bedrag van € 35.000,-. Het instellen van een daartoe strekkende vordering is geen misbruik van recht. De rechtsgang in Nederland wordt hiermee ook niet gefrustreerd of gesaboteerd, aldus F1. De Cypriotische rechter is bevoegd om van de vordering kennis te nemen. Niet valt in te zien waarom niet van [eiser 2] zou kunnen worden gevergd dat hij in een procedure op Cyprus verweer voert. Het gevorderde verbod tot betekening/executie van een op Cyprus te wijzen verstekvonnis is prematuur, nu er nog geen vonnis ligt. [eiser 2] kan na oproeping gewoon verweer voeren in de procedure op Cyprus. Zolang er geen vonnis ligt, kan niet getoetst worden of daarvan de betekening/executie zou moeten worden verboden. Om dezelfde redenen als hiervoor genoemd, kan een veroordeling tot betaling van (een voorschot op) aanvullende schadevergoeding volgens F1 niet aan de orde zijn.

4.65. De rechtbank oordeelt als volgt.

F1 heeft gesteld dat zij verlof van de Cypriotische rechter heeft gekregen om een procedure tegen [eiser 2] te beginnen en dat de volgende stap in deze procedure de oproeping van [eiser 2] zal zijn, waarvoor zij naar eigen zeggen eveneens (voorafgaand) verlof van de Cypriotische rechter nodig heeft. Dat verlof is er volgens F1 nog niet. De zaak heeft nu de status dat F1 in afwachting is van een "permission to serve", aldus F1.

Nu [eiser 2] een en ander niet heeft betwist, zal de rechtbank uitgaan van de door F1 geschetste procedurele stand van zaken, die impliceert dat [eiser

2] nog niet is opgeroepen om in een procedure op Cyprus te verschijnen.

4.66. Het betoog van [eiser 2] in dezen komt er in de kern op neer dat hij F1 verwijt dat zij misbruik van (Unieproces)recht maakt, in die zin dat F1 de bevoegdheidsregels van de Brussel *Ibis-Vo* misbruikt door hem voor de rechter op Cyprus te dagen, dat om die reden niet van hem kan worden gevegd in die procedure verweer te gaan voeren en dat er derhalve voorzieningen moeten worden getroffen om aan een (eventueel) toewijzend Cypriotisch (verstek)vonnis de kracht te ontnemen.

4.67. Vooropgesteld wordt dat de Nederlandse rechter, indien het (voornemen tot het) instellen van een procedure als kennelijk misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen moet worden beschouwd, op vordering van de hierdoor benadeelde partij, maatregelen daartegen kan treffen. Naar vaste rechtspraak wordt echter aangenomen dat van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het (gaan) aanspannen van een procedure pas sprake is als het instellen van de betreffende vordering(en), gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij, achterwege had moeten blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als de eisende partij zijn vordering heeft gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van zodanig misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen moet de rechter evenwel de nodige terughoudendheid betrachten, gelet op het mede door artikel 6 EVRM gewaarborgde fundamentele recht op toegang tot de rechter.<sup>34</sup>

4.68. De rechtbank is van oordeel dat zij *niet* bevoegd is om aan F1 een verbod op te leggen om bij de Cypriotische rechter een procedure aan te spannen of te vervolgen,<sup>35</sup> ook niet indien deze wordt ingezet tegen een procespartij die te kwader trouw handelt om een reeds aanhangige procedure te frustreren. Daartoe verwijst de rechtbank naar vaste rechtspraak van het Europese Hof van

Justitie.<sup>36</sup> Deze rechtspraak is geweest onder het EEX-Verdrag, een rechtsvoorganger van de huidige Brussel *Ibis-Vo*, maar heeft naar het oordeel van de rechtbank zijn gelding ook voor de huidige bevoegdheidsregeling behouden nu de bepalingen in deze Unierechtelijke instrumenten als gelijkwaardig kunnen worden beschouwd.<sup>37</sup> De lijn van deze rechtspraak is, samengevat, de volgende. Het Europeesrechtelijke bevoegdheidsrecht is noodzakelijkerwijs gegrond op het vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en gerechtelijke instanties. Dankzij dit wederzijds vertrouwen is volgens het HvJEU een bindend bevoegdheidsstelsel ingesteld, dat alle rechten die onder de werkingssfeer van de bevoegdheidsregeling vallen, moeten eerbiedigen. Het is de rechter van de ene lidstaat dan ook niet toegestaan om de bevoegdheid van een rechter in een andere lidstaat te toetsen. Dat zou een onaanvaardbare inmenging in de rechtsmacht van de rechter in die andere lidstaat betekenen en dat is onverenigbaar met het EEX-Verdrag (lees voor nu: de Brussel *Ibis-Vo*), aldus het HvJEU. Hiermee zou immers afbreuk worden gedaan aan het recht van de rechter in de andere lidstaat om een aan hem voorgelegd geschil te beslechten. Deze inmenging is óók niet gerechtvaardigd wanneer gepoogd wordt om misbruik van procesrecht door de wederpartij te verhinderen. Of sprake is van misbruik van procesrecht met het entameren van een procedure in een andere lidstaat dient door de rechter in die andere lidstaat te worden beoordeeld. Voor zover betoogd wordt dat een rechterlijk bevel van de nationale rechter (slechts) kan worden aangemerkt als een procedurele regel ter bescherming van de integriteit van de bij de nationale rechter aanhangige procedure, zodat uitsluitend met toepassing van nationaal recht kan worden volstaan, geldt dat nationale regels ten aanzien van misbruik van procesrecht (zoals hiervoor onder 4.67. genoemd) volgens het HvJEU geen afbreuk doen aan het nuttige effect van het Europese recht op dit punt. Daarvan zou met voornoemd bevel sprake zijn, aldus het

34 Vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, en HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360.

35 Door het HvJEU ook wel een 'anti-suit-injunction' genoemd.

36 Vgl. HvJEU 9 december 2003, ECLI:EU:C:2003:657 (*Gasser/MISAT*), HvJEU 27 april 2004, JAR 2004/149 (*Turner/Grovit*), en HvJEU 10 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:69 (*Allianz/West Tankers*).

37 Zie ook HvJEU 15 november 2018, ECLI:EU:C:2018:911 (*Kuhn*).

HvJEU, omdat daarmee de toepassing van de bevoegdheidsregels van het EEX-Verdrag zou worden beperkt.

4.69. Tegen deze achtergrond is het naar het oordeel van de rechtbank aan de Cypriotische rechter om zijn bevoegdheid te toetsen, te beoordelen of sprake is van misbruik van procesrecht en een (eventueel) inhoudelijk oordeel over de door F1 tegen [eiser 2] ingestelde vorderingen te geven. Dit alles mag de Nederlandse rechter niet doen. Daaruit vloeit voort dat de Nederlandse rechter ook geen voorzieningen op voorhand mag treffen om het effect aan een (in de toekomst liggend) Cypriotisch vonnis te ontnemen. Reeds daarom moeten de voorliggende vorderingen van [eiser 2] worden afgewezen.

4.70. De rechtbank overweegt verder dat de vorderingen van [eiser 2] prematuur zijn. Niet gebleken is immers dat [eiser 2] al door F1 is opgeroepen om in de procedure op Cyprus te verschijnen en er ligt nu dus ook nog geen (verstek)vonnis van de Cypriotische rechter ten gunste van F1 in deze procedure. Pas op het moment dat er *daadwerkelijk* een dergelijk (verstek)vonnis is geweest, kan de vraag aan de orde komen of F1 daarvan jegens [eiser 2] gebruik mag maken. Misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen van F1 ter zake, althans de dreiging daarvan, is nu dan ook niet actueel. Om die reden heeft [eiser 2] op dit moment naar het oordeel van de rechtbank geen belang bij de door hem voorgestelde verbodsmaatregelen. Ook hierop stranden de betreffende vorderingen van [eiser 2].

4.71. Op het vorenstaande stuit ook de door [eiser 2] gevorderde veroordeling van F1 tot betaling van (een voorschot op) schadevergoeding af. Deze vordering wordt dus ook afgewezen.

### VIII. Vervallen gestelde zekerheid

4.72. [eiser 2] stelt dat de door hem gestelde zekerheid als bedoeld in artikel 12 EAPO-Vo<sup>38</sup> dient te vervallen, nu deze zekerheid in het licht van de omstandigheden volgens hem niet langer passend is. De zekerheid dient geen doel meer, nu F1 niet

heeft gesteld dat zij schade heeft geleden als gevolg van het beslag en F1 geen schadevergoeding wegens een onterecht beslag vordert. Zij heeft hiertoe ook geen vordering in reconventie ingesteld. F1 heeft inmiddels laten weten dat zij hoe dan ook in hoger beroep zal gaan omdat zij de door de Nederlandse rechter aangenomen bevoegdheid niet accepteert. Dat laatste kan ertoe leiden dat [eiser 2] gedurende meerdere jaren niet kan beschikken over de gesepareerde zekerheid. Alle omstandigheden in aanmerking nemend, dient de zekerheid te worden vrijgegeven, aldus [eiser 2].

4.73. F1 voert als verweer aan dat voor het opheffen van de gestelde zekerheid geen plaats is. F1 kan indien zij meent schade te hebben geleden als gevolg van een onterecht gelegd beslag schadevergoeding ter zake vorderen. Daarvoor hoefde zij niet al in deze procedure een vordering in reconventie in te stellen. Een dergelijke schadevergoedingsvordering kan ook later nog ahangig worden gemaakt. In gevallen waarin de schuldeiser nog geen rechterlijke beslissing over zijn vordering heeft verkregen, moet het stellen van zekerheid de regel zijn, waarvan slechts in uitzonderingssituaties kan worden afgeweken. Een en ander betekent dat F1 van [eiser 2] een zekerheid moet kunnen eisen waaruit zij later vergoed kan worden.

4.74. De rechtbank stelt voorop dat de voorzieningenrechter van deze rechtbank bij beschikking van 4 november 2019 (met nummer C/18/195019 PR RK 19-328) aan [eiser 2] verlof heeft verleend voor het leggen van Europees bankbeslag ten laste van F1.

4.75. Op grond van artikel 12 lid 1 EAPO-Vo is het uitgangspunt dat de beslagrechter in het geval dat de schuldeiser nog geen rechterlijke beslissing heeft verkregen voordat de beslagrechter een bevel tot conservatoir beslag uitvaardigt, verlangt dat de schuldeiser zekerheid stelt ten belope van een bedrag dat volstaat om misbruik te voorkomen van de procedure waarin deze Verordening voorziet en eventuele door de schuldenaar als gevolg van het bevel geleden schade te vergoeden voor zover de schuldeiser daarvoor aansprakelijk is. De achtergrond van de verplichting tot zekerheidstelling is dus om een waarborg te scheppen voor betaling van schadevergoeding aan de schuldenaar voor het geval deze door een (onterecht gebleken) bankbeslag benadeeld is.

38 Verordening (EU) nr. 655/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken.

4.76. Bij wijze van uitzondering kan de beslagrechter van het vorenstaande afwijken indien hij zekerheidstelling in het licht van de omstandigheden niet passend acht of deze op een lager bedrag wil stellen. Zulke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn dat de schuldeiser bijzonder overtuigend bewijs levert maar te weinig middelen heeft om een zekerheid te stellen, dat de vordering betrekking heeft op onderhoudsgeld of op uitbetaling van loon, of dat de vordering van een zodanige omvang – bijvoorbeeld een geringe bedrijfs-schuld is – dat de schuldenaar waarschijnlijk geen schade ondervindt van het bevel.<sup>39</sup>

4.77. Naar het oordeel van de rechtbank biedt, anders dan [eiser 2] meent, de tweede alinea van artikel 12 lid 1 EAPO-Vo geen grondslag voor het in de loop van het geding vervallen verklaren van de aan [eiser 2] opgelegde verplichting om zekerheid te stellen, nu voornoemde bepaling slechts ziet op het, bij wijze van uitzondering, niet opleggen van de verplichting om zekerheid te stellen bij het leggen van een Europees bankbeslag *nog voordat er een rechterlijke beslissing is over de hoofdzaak*. Laatstgenoemde situatie is hier niet aan de orde. Voor analogische toepassing van deze bepaling in de loop van het geding ziet de rechtbank geen ruimte.

4.78. De rechtbank merkt ten slotte op dat artikel 35 EAPO-Vo bepaalt dat de schuldeiser of de schuldenaar het gerecht dat het bevel tot conservatoir beslag heeft uitgevaardigd kan verzoeken om het bevel te wijzigen omdat de omstandigheden op grond waarvan het is uitgevaardigd, zijn veranderd. Voor zover het verzoek van [eiser 2] (mede) op artikel 35 EAPO-Vo zou zijn gegrond, bestaat er naar het oordeel van de rechtbank ook geen grond voor toewijzing van het verzoek. Weliswaar heeft F1 tot dusverre niet gesteld dat zij door het bankbeslag als zodanig financieel benadeeld is, maar dat betekent niet dat zij in de toekomst niet alsnog schadevergoeding ter zake zou kunnen vorderen. Daarnaast is er op dit moment (nog) geen sprake van een onherroepelijk vonnis of arrest in de onderhavige procedure ten gunste van [eiser 2]. Onder deze omstandigheden ziet de rechtbank op dit moment (nog) geen aanleiding om de verplichting om zekerheid te stellen vervallen te verklaren. Daarbij merkt de rechtbank nog

op dat gelet op de tekst van de in dezen verstrekte garantie ook [eiser 2] kennelijk ervan uitgegaan is dat deze garantie geldt zolang er nog geen onherroepelijk vonnis of arrest is in deze zaak.

4.79. De vordering van [eiser 2] die ertoe strekt om de gestelde zekerheid vervallen te verklaren, wordt dan ook afgewezen.

#### IX. Proceskosten

4.80. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, oordeelt de rechtbank dat F1 als de grotendeels in het ongelijk te stellen partij moet worden beschouwd. Daarom zal F1 in de proceskosten worden veroordeeld (...; *red.*).

4.81. In de inleidende dagvaarding heeft [eiser 2] tevens vergoeding gevorderd van (nader op te geven) kosten van conservatoire beslaglegging. [eiser 2] heeft vervolgens in zijn conclusie van repliek (onder randnummer 7) aangegeven dat deze vordering (alsnog) vervalt omdat het leggen van conservatoir bankbeslag in Cyprus kosteloos is. Daarom hoeft de rechtbank deze vordering niet meer te beoordelen.

4.82. De mede gevorderde veroordeling in de nakosten is toewijsbaar als hierna in het dictum te melden.

4.83. [eiser 2] heeft ten slotte verzocht om een gewaarmerkte Europese Executoriale Titel af te geven. De rechtbank overweegt het volgende. De EET-Vo<sup>40</sup> is bedoeld voor niet-betwiste vorderingen. Daarvan is in dit geval – getuige het voorgaande – geen sprake. De rechtbank begrijpt het verzoek van [eiser 2] echter aldus dat hij heeft verzocht om afgifte van het daartoe geëigende middel om tot tenuitvoerlegging van dit vonnis in Cyprus te kunnen overgaan. De rechtbank zal daarom van deze uitspraak een certificaat als bedoeld in artikel 53 van de Brussel Ibis-Vo afgeven.

#### 5. Beslissing

De rechtbank:

5.1. verklaart [eiser 1] niet-ontvankelijk in haar vorderingen jegens F1;

5.2. vernietigt de tussen [eiser 2] en F1 gesloten overeenkomst vanwege oneerlijke handelspraktijken;

39 Zie ook overweging 18 van de Preamble van EAPO-VO.

40 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europese parlement en de Raad tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen.

5.3. veroordeelt F1 tot betaling aan [eiser 2] van een bedrag van € 49.267,-, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 19 september 2019 tot aan de dag der algehele voldoening;

5.4. veroordeelt F1 in de kosten van het geding (...; *red.*);

5.5. veroordeelt F1 in de nakosten (...; *red.*);

5.6. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

## NOOT

1. In deze zaak oordeelt de Rechtbank Noord-Nederland tot vernietiging van een door een Nederlandse belegger met een Cypriotische broker gesloten overeenkomst tot het aangaan van een contract for difference (CFD). Bij CFD's spreken de partijen af om het verschil te verrekenen tussen de actuele prijs van bijvoorbeeld op de beurs genoteerde aandelen, valuta's of grondstoffen, en de prijs op het moment dat de overeenkomst is aangegaan. Met deze beleggingsvorm ontvangt de belegger van (bij een long positie) of betaalt de belegger aan (bij een short positie) de wederpartij een bedrag ter hoogte van het koersverschil en het uitgekeerde inkomen van de onderliggende waarden tussen het moment van de opening van en het sluiten van het CFD. Omdat de waarde van een CFD is afgeleid van de onderliggende waarden is het een derivatencontract. CFD's worden onderhands gesloten en zijn niet verhandelbaar op de beurs.

2. Deze beleggingsvorm is uiterst risicovol – namelijk een gok ten aanzien van de koersontwikkeling van het financieel instrument of product – en speculatief – de belegger heeft geen belang in de onderliggende waarde en het CFD dient niet ter afdekking van enig risico. Het financiële risico wordt nog versterkt indien gebruik wordt gemaakt van een hefboom (leverage) waarbij de cliënt met geleend geld de inzet verhoogt. Deze hefboom wordt uitgedrukt in een percentage (marge) van de koers van de onderliggende waarde. Bij een hefboom van 1:400, zoals in deze zaak, legt de belegger 1/400 van de koers in, maar moet uiteindelijk wel over 100% van het koersverschil afrekenen. Bij een margin call moet de belegger meer zekerheid verstrekken door geld bij te storten of zijn positie te laten verlopen.

Voor consumenten geldt een maximumleverage van 1:30. Zie de verboden tot handel in CFD's die dit maximum overschrijden, ESMA-besluit van 27 maart 2018, ESMA71-98-128 en AFM-besluit 18 april 2019, *Stcrt.* 2019, 21123.

3. Op basis van het feitelijk kader dat ik in de volgende paragrafen schets, is de conclusie meer dan gerechtvaardigd dat het om een aanbieder met uiterst agressieve en misleidende praktijken gaat. F1 Markets Ltd (hierna: F1) is een Cypriotische vennootschap die via een vanuit Cyprus geëxploiteerd online handelsplatform beleggingsdiensten aanbiedt. Haar handelsnaam is Investous; haar website [www.investous.com/eu](http://www.investous.com/eu). Vanaf 13 januari 2015 beschikt zij over een vergunning van de Cypriotische financiële markttoezichthouder Cyprus Securities and Exchange Commission (CySEC) om deze beleggingsdiensten aan te bieden. Op grond van haar Europees paspoort mag zij in de hele EU – en dus ook in Nederland – online deze diensten aanbieden. Na klachten heeft de Britse financiële markttoezichthouder Financial Conduct Authority (FCA) onderzoek naar de activiteiten van F1 gedaan en haar per 28 mei 2020 verboden nog langer in het Verenigd Koninkrijk beleggingsdiensten aan te bieden. De CySEC heeft per 1 juni 2020 haar vergunning (gedeeltelijk) geschorst. F1 heeft van CySEC een termijn gekregen om haar dienstverlening te verbeteren. Vervolgens heeft CySEC bij besluit van 15 juni 2020 de gedeeltelijke schorsing van de vergunning van F1 opgeheven. Zie r.o. 2.41-2.44.

4. De cliënten waren een echtpaar dat van hun spaargeld een klein bedrag wilde beleggen. Van belang is nog dat de overeenkomsten in de naam van de man zijn aangegaan, maar alleen de vrouw het Engels voldoende beheerste om de mondelinge en schriftelijke communicatie met F1 te voeren. Op het internet troffen zij advertenties aan waarin BN'ers F1 aanprezen. Deze BN'ers hebben hiervoor geen toestemming gegeven en zijn juridische procedures hierover tegen F1 begonnen. Op de website stond vermeld dat ca. 80% van de particuliere beleggers geld verliezen als zij bij Investous in CFD's handelen.

5. De echtgenoot heeft zich op 13 augustus 2019 bij F1 geregistreerd als cliënt. Na registratie en het aanmaken van het retail account heeft F1 op eigen initiatief met de echtgenote gebeld. Tijdens dit gesprek heeft de echtgenoot online een vragenformulier ingevuld waarbij F1 instructies gaf.

F1 adviseerde om niet in bitcoins, maar in CFD's te beleggen. Aldus geschiedde. Op 26 augustus heeft de echtgenoot een verzoek ingediend om als professioneel belegger erkend te worden. De maximum leverage werd hierdoor verhoogd naar 1:400. Hierna zijn de echtelieden meerdere keren per dag, langdurig en ongevraagd door F1 gebeld met het concrete advies beleggingen (trades) in CFD's te verrichten. Tussen 13 augustus 2019 en 21 oktober 2019 hebben zij trades verricht op het online handelsplatform van Investous ter waarde van € 53.500. Bij dagvaarding van 7 november 2019 hebben zij een vernietiging van deze overeenkomst gevorderd wegens oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193 lid 3 BW). Rond 14 juli 2020 is F1 een tegenprocedure gestart tegen de echtgenoot bij de rechter in eerste aanleg in Limassol, Cyprus.

6. Voor wat betreft de internationaalprivaatrechtelijke kwesties van bevoegdheid (Brussel I-bis-verordening) en toepasselijk recht (Rome I-verordening) is het van belang dat de eisers kwalificeren als consument. Haar eerdere oordeel over bevoegdheid op grond van door consumenten gesloten overeenkomsten (art. 17-19 Brussel I-bis), herroept de rechtbank niet (zie Rb. Noord Nederland 29 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2651, r.o. 4.5). Ondanks dat de eisers – beweerdelijk op initiatief en dringend advies van F1 – zich als professioneel belegger hebben aangemeld, maakt dat volgens de rechtbank niet dat zij ineens handelden in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5062 (*X/F1*).

7. Volgens het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) moet aan de hand van alle omstandigheden van het geval worden vastgesteld met welk doel de overeenkomst is aangegaan, waarbij de aard van het goed of de dienst waarop de overeenkomst betrekking heeft bepalend is. Een objectieve toetsing is geboden; alleen overeenkomsten waarin wordt voorzien in consumptiebehoeften van een persoon als particulier vallen onder de bepalingen ter bescherming van de consument, die als de economisch zwakkere partij wordt beschouwd. Zie HvJ EU 3 juli 1997, ECLI:EU:C:1997:337 (*Benincasa*), HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*) en HvJ EU 25 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems*). Specifiek ten aanzien van CFD's heeft het HvJ EU geoordeeld dat een natuurlijk per-

soon die op grond van een met een effectenmakelaarskantoor gesloten overeenkomst via dat kantoor transacties op de Forex-markt verricht, als "consument" kwalificeert als hij die overeenkomst niet heeft gesloten in verband met zijn bedrijfs- of beroepsmatige activiteit. Factoren zoals de waarde van de transacties, de omvang van de risico's op financiële verliezen, de eventuele financiële kennis of het actieve beleggingsgedrag van de koper spelen bij deze kwalificatie in beginsel geen rol. Ook het feit dat financiële instrumenten niet onder art. 6 Rome I vallen of dat de persoon een "niet-professionele" belegger in de zin van MiFID II (Richtlijn 2014/65/EU) is, spelen geen rol. Zie HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:825 (*Petruchová*) en HvJ EU 2 april 2020, ECLI:EU:C:2020:264 (*AU/Reliantco*). De rechtbank leidt hieruit terecht af dat het feit dat de belegger kwalificeert als professionele belegger in de zin van art. 4:18c lid 1 en lid 2 Wft en art. 4 lid 1 en onder 10 alsmede bijlage II van de MiFID II, evenmin een rol toekomt. Zie r.o. 4.11. 8. Het gaat dus om een consumentenovereenkomst. Dit brengt een heel scala aan rechtsbescherming onder het EU-recht teweeg. De rechtbank vernietigt het rechtskeuzebeding voor Cypriotisch recht op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie r.o. 4.12. Uit het arrest *VKI/Amazon* blijkt dat sprake is van een vernietigbaar oneerlijk beding indien een consument is misleid doordat de indruk is gewekt dat alleen het gekozen recht van toepassing is, en hij er niet over wordt ingelicht dat hij bescherming geniet op grond dwingende bepalingen van het nationale recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van dit beding. Zie HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:827 (*VKI/TVP*). 9. De rechtbank verwerpt het beroep van F1 op art. 6 lid 4 sub d Rome I dat de verplichte beheersing van het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de consument (zoals voorzien in lid 1) geen toepassing vindt bij rechten en verplichtingen die een financieel instrument vormen. Weliswaar zijn CFD's financiële instrumenten in de zin van art. 4 MiFID, maar de werking van deze uitzondering kent een specifiek doel. In de preambule, overweging 28 van Rome I, staat namelijk dat "op een enkel uitgegeven instrument verschillende wetgevingen van toepassing zijn, hetgeen de aard ervan wijzigt en handel en aan-



bod minder vervangbaar maakt. Evenzo dient bij de uitgifte of het aanbod van dergelijke instrumenten de contractuele verbintenissen tussen de uitgevende instelling of de aanbieder en de consument niet noodzakelijkerwijze dwingend te worden onderworpen aan het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de consument, omdat de uniformiteit van de voorwaarden voor de uitgifte of het aanbod moet worden gewaarborgd.”

10. Volgens de rechtbank draait de vordering (vernietiging wegens oneerlijke handelspraktijk) niet om de CFD zelf, maar om de (raam)overeenkomst waardoor het echtpaar cliënt van F1 is geworden. Het gaat niet om de rechten en verplichtingen die het financiële instrument CFD vormen, maar om de door F1 verleende financiële diensten en de schendingen van zorgverplichtingen die daarbij horen. Deze dienstverlening valt uitdrukkelijk wel onder de bescherming van art. 6 lid 1 Rome I. Dat het aanbieden van CFD's niet in Afdeling A of B van bijlage I van beide MiFIDs wordt genoemd, maakt niet dat hier geen sprake is van financiële dienstverlening. Zie r.o. 4.14. Dit laatste lijkt mij juist. Nog daargelaten dat de feitelijke activiteiten van F1 zich niet hebben beperkt tot het aanbieden van CFD's, maar ook beleggingsadvies hebben omvat om hierin te gaan beleggen, is ook het enkel aanbieden van CFD's een beleggingsdienst. Zie *ESMA Q&A Relating to the provision of CFDs and other speculative products to retail investors under MiFID*, 31 maart 2017 | ESMA35-36-794.

11. Dit oordeel is een noodzakelijke schakel voor de rechtbank om te kunnen toetsen aan de Nederlandse regeling van oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a t/m 193j BW), meer in het bijzonder aan de vernietigingsgrond van art. 6:193j lid 3 BW. Op grond hiervan is een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, vernietigbaar. De rechtbank vindt terecht dat hier sprake is van misleidende handelspraktijken bij het aangaan van de overeenkomst. Hierbij spelen de nepadvertenties een centrale rol. Er werd geadverteerd voor beleggingen in bitcoins, maar aan cliënten die zich melden, werden CFD's verkocht. Ook het aanbieden van leverage boven het geldend maximum van 1:30 voor consumenten door de mogelijkheid te bieden van een opt-up naar de status van professionele belegger is misleidend. Zie 4.48-4.50. Het opdringen door F1 van deze opt-up acht de recht-

bank eveneens een oneerlijke handelspraktijk die gedurende de looptijd van de overeenkomst is gepleegd. Zie r.o. 4.51-53. Dat het hier gaat om oneerlijke handelspraktijken lijkt mij evident.

12. De overeenkomst met F1 wordt op grond van art. 6 lid 1 Rome I beheerst door het Nederlands recht. De vraag is echter of de vernietiging van de raamovereenkomst met F1 dit echtpaar voldoende soelaas biedt. Idealiter zouden ook de CFD's als zodanig worden vernietigd. Als F1 alleen verplicht is tot terugbetaling van de inleggeden, maar de door de eiser gesloten trades in stand laat, kunnen deze eisers nog altijd worden geconfronteerd met een betalingsverplichting jegens hun wederpartij bij de CFD. Het gaat in dit geval om trades die worden gesloten op een online handelsplatform dat door F1 wordt geëxploiteerd. Vernietiging van de trade is gelijk aan vernietiging van de rechten en verplichtingen die het financiële instrument CFD vormen en vallen onder de uitzondering van art. 6 lid 4 sub d Rome I.

prof. mr. T.M.C. Arons  
hoogleraar Financieel recht en collectief verhaalsrecht, Universiteit Utrecht en legal counsel VEB

## 246

### Gedogen overtreding bonuscapregels

Rechtbank Rotterdam  
30 juli 2021, zaaknr. 20/325,  
ECLI:NL:RBROT:2021:7402  
(mr. Rutten, mr. Haan, mr. De Grave)  
Noot prof. dr. E.P.M. Joosen

**Concreet zicht op legalisatie van toekomstige Nederlandse wetgeving. Op grond hiervan zijn handelaren voor eigen rekening niet ten onrechte uitgezonderd van bonusplafond/bonuscapvoorschriften.**

[Wft art. 1:121 lid 7, aanhef en onder c]

*Met betrekking tot toepassing van de bonuscapregels is op de eerste plaats aan de orde of [derde-partij] als beleggingsonderneming orders van (externe) cliënten uitvoert en zich om die re-*