

zo'n verweer enkel slagen als de governance geheel niet in het gedrang is. Zie de conclusie van S.M. Campmans, 'De enquêteprocedure en vermogensrechtelijke geschillen', *Bb* 2018/65. Bij nadere beschouwing blijkt in de onderhavige zaak de gang van zaken binnen de vennootschap wel degelijk verstoord. De wens om de pandhouder achter het net te laten vissen, dreef (het bestuur van) de vennootschap immers tot handelingen die niet in haar belang waren en die tot gevolg hadden dat de vennootschap niet langer beschikte over een onderneming en uiteindelijk failliet ging. Zonder dergelijke omstandigheden had het desbetreffende verweer beduidend meer kans van slagen gehad.

6. De hamvraag bij dit alles is wat de pandhouder opschiet met de Beschikking. Zijn poging om de vennootschap met onmiddellijke voorzieningen bij te sturen, werd ingehaald door een faillissement. De enquêteprocedure kan daarom hooguit resulteren in een onderzoeksverslag dat kan uitmonden in de vaststelling van wanbeleid en wie verantwoordelijk is voor onjuist beleid. Strikt genomen vestigen de genoemde oordelen geen aansprakelijkheid jegens de pandhouder (vgl. HR 8 april 2005, «JOR» 2005/119, m.nt. Brink (*Laurus*)). Evenwel laat de praktijk zien dat na het uitspreken van dergelijke oordelen meestal wel (bestuurders)aansprakelijkheid wordt vastgesteld door de gewone civiele rechter. Zie S.J. van Calker, 'Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een fact check', in J. van Bekkum, N. Kreileman & B.A. Schuijling, *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140), 2017. De pandhouder lijkt daarin geïnteresseerd, gezien zijn toezegging het onderzoek (deels) te financieren.

De vraag blijft desalniettemin wat dit toevoegt aan de overige remedies die de pandhouder ter beschikking staan. Ook zonder onderzoeksverslag en oordeel van de OK – met alle kosten van dien – zal de pandhouder waarschijnlijk eenvoudig kunnen aantonen dat de pandgever door de Transactie toerekenbaar tekortschoot in de nakoaming van de pandakte en op die grond schadevergoeding kunnen vorderen. In dit geval echter was de UBO, die de Transactie uitvoerde en daarvan profiteerde, geen partij bij de pandakte. Ook lijkt de pandgever blijkens r.o. 2.20 geen verhaal te bieden. Vermoedelijk zal de pandhouder de UBO willen aanspreken op grond van bestuur-

dersaansprakelijkheid en daarbij de uitkomsten van de enquêteprocedure in stelling brengen.

mr. F. Eikelboom

advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam

## Financieel recht

### 258

#### Nadere afbakening van begrip "consument" als bedoeld in art. 17 Brussel I-bis

Hof van Justitie EU

2 april 2020, nr. C-500/18, ECLI:EU:C:2020:264 (Vilaras, Rodin, Šváby, Jürimäe, Piçarra)

Noot mr. M.H.P. Claassen

**Prejudiciële beslissing. Internationale rechtsmacht. Overeenkomsten (zoals CFD's) gesloten tussen een natuurlijke persoon en een financiële onderneming vallen onder de werkingssfeer van art. 17 t/m art. 19 Brussel I-bis. Voor de kwalificatie als consument in de zin van art. 17 Brussel I-bis is de omstandigheid dat in relatief korte tijd een groot aantal transacties is verricht of grote bedragen in die transacties zijn geïnvesteerd niet relevant. Verwijzing naar HvJ EU 3 oktober 2019, «JOR» 2020/24, m.nt. Bens (Petruchová).**

[Brussel I-bis art. 17 lid 1; MiFID art. 4 lid 1, punt 12]

*Volgens de rechtspraak van het Hof is art. 17 lid 1 Brussel 1-bis van toepassing wanneer voldaan is aan drie voorwaarden: (i) dat een van de contractanten een consument is die handelt in een kader dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd; (ii) dat er daadwerkelijk een overeenkomst is gesloten tussen deze consument en een bedrijfs- of beroepsmatig handelende persoon; en (iii) dat deze overeenkomst onder een van de in art. 17 lid 1 onder a tot en met c Brussel I-bis bedoelde categorieën valt. Bovenstaande voorwaarden zijn cumulatief, zodat het feit dat niet voldaan is aan een van de drie voorwaarden,*

tot gevolg heeft dat de bevoegdheid niet kan worden vastgesteld volgens de regels die gelden voor overeenkomsten die zijn gesloten door consumenten (HvJ EU 3 oktober 2019, «JOR» 2020/24, m.nt. Bens (Petruchová), C-208/18, EU:C:2019:825, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

De eerste tot en met de derde van de in de onderhavige zaak aan het Hof voorgelegde vragen betreffen de eerste van die drie voorwaarden, te weten dat een van de contractanten een “consument” is.

Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het begrip “consument” in de zin van art. 17 en art. 18 Brussel I-bis restrictief moet worden uitgelegd op basis van de positie die de betrokken persoon in een bepaalde overeenkomst inneemt in verband met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet op basis van de subjectieve situatie van die persoon, aangezien een en dezelfde persoon voor sommige transacties als consument en voor andere als ondernemer kan worden beschouwd.

Het Hof heeft daaruit afgeleid dat alleen overeenkomsten die een individu los en onafhankelijk van enige bedrijfs- of beroepsmatige activiteit of doelstelling sluit met als enige doel te voldoen aan de eigen particuliere consumptiebehoeften, onder de in die verordening neergelegde bijzondere regeling ter bescherming van de consument als zwakke partij vallen.

Derhalve zijn de specifieke bevoegdheidsregels van art. 17 tot en met art. 19 Brussel I-bis in beginsel enkel van toepassing indien de overeenkomst tussen de partijen is gesloten voor een niet bedrijfs- of beroepsmatig gebruik van het goed of de dienst in kwestie.

Met betrekking tot overeenkomsten zoals CFD's die tussen een natuurlijke persoon en een financiële onderneming worden gesloten, heeft het Hof geoordeeld dat dergelijke financiële instrumenten binnen de werkingsfeer van art. 17 tot en met art. 19 Brussel I-bis vallen.

Voorts dient eraan te worden herinnerd dat art. 17 lid 1 Brussel I-bis niet vereist dat de consument zich op een specifieke manier gedraagt in het kader van een overeenkomst die hij heeft gesloten voor een gebruik dat niet bedrijfs- of beroepsmatig is.

Het Hof heeft daaruit afgeleid dat 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 ver-

liezen, de eventuele kennis of deskundigheid van een persoon op het gebied van financiële instrumenten of zijn actieve gedrag bij dergelijke transacties, als zodanig geen relevantie toekomt.

Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de consument een groot aantal transacties heeft verricht in een relatief kort tijdsbestek of dat hij grote bedragen in die transacties heeft geïnvesteerd.

Wat aangaande de kwalificatie van een persoon als “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis de relevantie betreft van het feit dat die persoon een “niet-professionele belegger” in de zin van art. 4 lid 1, punt 12, MiFID is, moet in herinnering worden gebracht dat de omstandigheid dat een persoon als een “niet-professionele belegger” in de zin van deze laatste bepaling wordt aangemerkt, in beginsel als zodanig geen invloed heeft op de kwalificatie van die persoon als “consument” in de zin van eerstgenoemde bepaling.

Wat betreft de vaststelling van de bevoegde rechter valt een door een consument ingestelde vordering inzake wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad onder hoofdstuk II, afdeling 4, Brussel I-bis indien deze vordering onlosmakelijk verbonden is met een overeenkomst die de betrokken consument en de beroepsmatig handelende wederpartij daadwerkelijk hebben gesloten, waarbij het aan de verwijzende rechter is om dit na te gaan.

AU,

tegen

Reliantco Investments LTD.

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PB 2004, L 145, blz. 1), alsook van artikel 7, punt 2, en artikel 17, lid 1, onder c), van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen AU enerzijds en Reliantco Investments LTD en Reliantco Investments LTD Limasol Sucursala București anderzijds betreffende limietorders die door AU zijn ingevoerd op een onlineplatform van verweersters in het hoofdgeding en waarmee hij speculeerde op een daling van de olieprijs maar als gevolg waarvan hij een groot bedrag zou hebben verloren.

#### *Toepasselijke bepalingen*

#### *Unierecht*

##### *Richtlijn 93/13*

3. Artikel 2 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29), bepaalt:

“In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

b) consument: iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;

c) verkoper: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.”

4. Artikel 3, lid 1, van die richtlijn luidt als volgt: “Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort”

##### *Richtlijn 2004/39*

5. Overweging 31 van richtlijn 2004/39 luidt als volgt:

“Deze richtlijn strekt onder meer tot bescherming van de beleggers. Maatregelen ter bescherming van de belegger dienen daarom te worden aangepast aan de bijzondere kenmerken van elke beleggerscategorie (niet-professionele beleggers, professionele beleggers en tegenpartijen).”

6. Artikel 4, lid 1, van deze richtlijn luidt:

“In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder: [...]

10) cliënt: iedere natuurlijke of rechtspersoon voor wie een beleggingsonderneming beleggingsdiensten en/of nevendiensten verricht;

11) professionele cliënt: een cliënt die voldoet aan de criteria vastgesteld in bijlage II;

12) niet-professionele belegger: een niet-professionele cliënt;

[...]

17) financieel instrument: alle instrumenten die zijn genoemd in deel C van bijlage I;

[...]”

7. Artikel 19 van richtlijn 2004/39 bepaalt:

“[...]

2. Alle aan cliënten of potentiële cliënten verstrekte informatie, met inbegrip van publicitaire mededelingen, moet correct, duidelijk en niet misleidend zijn. Publicitaire mededelingen moeten duidelijk als zodanig herkenbaar zijn.

3. In een voor de cliënten of potentiële cliënten begrijpelijke vorm wordt passende informatie verstrekt over:

- de beleggingsonderneming en haar diensten;
- financiële instrumenten en voorgestelde beleggingsstrategieën; hieronder vallen passende toelichting en waarschuwingen over de risico's verbonden aan beleggingen in deze instrumenten of aan bepaalde beleggingsstrategieën;
- plaatsen van uitvoering en
- kosten en bijbehorende lasten

zodat zij redelijkerwijs in staat zijn de aard en de risico's van de aangeboden beleggingsdienst en van de specifiek aangeboden categorie van financieel instrument te begrijpen en derhalve met kennis van zaken beleggingsbeslissingen te nemen. Deze informatie mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

[...]

5. De lidstaten dragen er zorg voor dat een beleggingsonderneming, wanneer zij andere dan de in lid 4 bedoelde beleggingsdiensten verricht, bij de cliënt of de potentiële cliënt informatie inwint over zijn ervaring en kennis op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort van product of dienst die men voornemens is aan te bieden of die wordt verlangd, zodat de onderneming kan beoordelen of het aangeboden product of de te verrichten dienst passend is voor de cliënt.

Indien de beleggingsonderneming op grond van de uit hoofde van de voorgaande alinea ontvangen informatie oordeelt dat het product of de dienst voor de cliënt of de potentiële cliënt ongepast is, waarschuwt zij de cliënt of de potentiële

cliënt. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

Wanneer de cliënt of de potentiële cliënt ervoor kiest de in de eerste alinea bedoelde informatie over zijn ervaring en kennis niet te verstrekken of wanneer hij onvoldoende informatie verstrekt, waarschuwt de beleggingsonderneming de cliënt of de potentiële cliënt dat zij door diens beslissing niet kan vaststellen of de aangeboden beleggingsdienst of het aangeboden product voor hem geschikt is. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

[...]

8. Bijlage I, deel C, punt 9, van die richtlijn betreft “financiële contracten ter verrekening van verschillen (‘contracts for differences’)”.

9. Bijlage II bij dezelfde richtlijn bepaalt dat “[o]nder professionele cliënt wordt verstaan een cliënt die de nodige ervaring, kennis en deskundigheid bezit om zelf beleggingsbeslissingen te nemen en de door hem gelopen risico’s adequaat in te schatten”. Volgens deze bijlage worden in het bijzonder als professionele cliënten aangemerkt “[e]ntiteiten die een vergunning moeten hebben of gereguleerd moeten zijn om op financiële markten actief te mogen zijn”.

#### *Verordening nr. 864/2007*

10. Artikel 2, lid 1, van verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”) (PB 2007, L 199, blz. 40), bepaalt:

“In deze verordening wordt onder schade verstaan ieder gevolg dat voortvloeit uit onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming of precontractuele aansprakelijkheid.”

11. Artikel 12, lid 1, van deze verordening luidt als volgt:

“De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, wordt, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.”

#### *Verordening nr. 1215/2012*

12. Overweging 18 van verordening nr. 1215/2012 vermeldt:

“In het geval van verzekerings-, consumenten- en arbeidsovereenkomsten moet de zwakke partij worden beschermd door bevoegdheidsregels die gunstiger zijn voor haar belangen dan de algemene regels.”

13. Artikel 7 van die verordening bepaalt:

“Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

1. a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd;

[...]

2. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad, voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen;

[...]

14. Artikel 17, lid 1, van verordening nr. 1215/2012, dat is opgenomen in hoofdstuk II, afdeling 4, van deze verordening, is als volgt verwoord:

“Voor overeenkomsten gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, wordt de bevoegdheid geregeld door deze afdeling, onverminderd artikel 6 en artikel 7, punt 5, wanneer:

[...]

c) in alle andere gevallen, de overeenkomst is gesloten met een persoon die commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in de lidstaat waar de consument woonplaats heeft, of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op die lidstaat, of op meerdere staten met inbegrip van die lidstaat, en de overeenkomst onder die activiteiten valt.”

15. Artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 bepaalt:

“De rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld tegen de wederpartij bij de overeenkomst, kan worden gebracht hetzij voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan die partij woonplaats heeft, hetzij, ongeacht de woonplaats van de wederpartij, voor het gerecht van de plaats waar de consument woonplaats heeft.”

16. In artikel 19 van die verordening is bepaald:

“Van deze afdeling kan slechts worden afgeweken door overeenkomsten:

1. gesloten na het ontstaan van het geschil;

2. die aan de consument de mogelijkheid geven de zaak bij andere gerechten dan de in deze afdeling genoemde aanhangig te maken, of

3. waarbij een consument en zijn wederpartij, die op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt gesloten woonplaats of hun gewone verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben, de gerechten van die lidstaat bevoegd verklaren, tenzij het recht van die lidstaat dergelijke overeenkomsten verbiedt.”

17. Artikel 25 van dezelfde verordening is als volgt geformuleerd:

“1. Indien de partijen, ongeacht hun woonplaats, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. De overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;

b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;

c) hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

[...]

4. Overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegd gerecht en soortgelijke bedingen in akten tot oprichting van een trust hebben geen rechtsgevolg indien zij strijdig zijn met de artikelen 15, 19 of 23, of indien de gerechten op welke bevoegdheid inbreuk wordt gemaakt, krachtens artikel 24 bij uitsluiting bevoegd zijn.

[...]

#### *Roemeens recht*

18. Artikel 1254 van de Cod civil (burgerlijk wetboek) luidt:

“1. Een absoluut nietige of nietig verklaarde overeenkomst wordt geacht nooit te zijn gesloten.

2. De nietigverklaring van de overeenkomst leidt, onder de in de wet bepaalde voorwaarden, tot de nietigverklaring van de latere op grond van die overeenkomst gestelde handelingen.

3. Wanneer de overeenkomst nietig wordt verklaard, moeten de partijen de ontvangen prestaties teruggeven in natura of bij equivalent, in overeenstemming met de bepalingen van de artikelen 1639 tot en met 1647, zelfs indien het opeenvolgende prestaties of prestaties met een voortdurend karakter betreft.”

19. Artikel 1269 van het burgerlijk wetboek bepaalt:

“1. Indien de overeenkomst na toepassing van de uitleggingsregels nog steeds niet duidelijk is, wordt zij uitgelegd in het voordeel van diegene die zich verbindt.

2. Clausules van toetredingsovereenkomsten worden uitgelegd tegen diegene die ze heeft voorgesteld.”

20. Artikel 2, lid 1, van Lege nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori (wet nr. 193/2000 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen verkopers en consumenten) ter omzetting van richtlijn 93/13 in het Roemeense recht, is als volgt geformuleerd:

“Onder ‘consument’ wordt verstaan iedere natuurlijke persoon of vereniging van natuurlijke personen die op grond van een binnen de werkingssfeer van deze wet vallende overeenkomst handelt voor doeleinden buiten zijn industriële, handels- of productieactiviteit, ongeacht of het om een artisanale activiteit dan wel om een activiteit in het kader van een vrij beroep gaat.”

21. Artikel 4, leden 2 en 3, van deze wet luidt:

“2. Over een beding in een overeenkomst wordt geacht niet rechtstreeks met de consument te zijn onderhandeld indien het is vastgesteld zonder de consument de mogelijkheid te bieden de draagwijdte ervan te beïnvloeden, zoals het geval is bij standaardovereenkomsten of algemene verkoopvoorwaarden die worden toegepast door de handelaars die actief zijn op de markt van het betrokken product of de betrokken dienst.

3. Het feit dat over een aantal delen van bedingen in een overeenkomst of over slechts één beding rechtstreeks met de consument is onderhandeld, sluit de toepassing van de bepalingen van de onderhavige wet op de rest van de overeenkomst niet uit, ingeval uit een globale beoordeling van de overeenkomst blijkt dat het gaat om een over-

eenkomst die bij voorbaat eenzijdig door de handelaar is vastgelegd. Wanneer de handelaar stelt dat over een vooraf vastgesteld standaardbeding rechtstreeks met de consument is onderhandeld, staat het aan hem om dit te bewijzen.”

22. Artikel 4, lid 1, van Lege nr. 297/2004 privind piața de capital (wet nr. 297/2004 betreffende de kapitaalmarkt) is als volgt geformuleerd:

“De financiële beleggingsdiensten worden vericht via natuurlijke personen, die voor deze diensten optreden als uitvoerende gemachtigden. Deze personen oefenen hun activiteit uitsluitend uit namens de tussenpersoon waarvoor zij optreden en mogen niet in eigen naam financiële beleggingsdiensten aanbieden.”

23. Artikel 4, lid 1, van Ordonanță Guvernului nr. 85/2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind servicii financiare (regeringsverordening nr. 85/2004 inzake de bescherming van de consument bij het afsluiten en uitvoeren van overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten) bepaalt:

“Voordat een overeenkomst op afstand wordt gesloten of bij het doen toekomen van zijn aanbod, moet de leverancier de consument tijdig, correct en volledig op de hoogte brengen van minimaal de volgende gegevens betreffende zijn identiteit:

[...]

c) de naam van de tussenpersoon, de hoedanigheid waarin deze optreedt tegenover de consument, het adres van de maatschappelijke zetel of, naargelang het geval, van de woonplaats van de tussenpersoon en de manier waarop hij kan worden bereikt, zijn telefoon- en faxnummer, e-mailadres, het handelsregister waarbij hij is ingeschreven en zijn unieke inschrijvingsnummer wanneer de consument werkt via een tussenpersoon;

[...]

#### *Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

24. Op 15 november 2016 heeft AU een rekening geopend voor digitale handel op het onlineplatform UFX van Reliantco Investments voor de handel in financiële instrumenten zoals financiële contracten ter verrekening van verschillen (contracts for differences, hierna: “CFD’s”).

25. Bij het openen van de rekening op het onlineplatform UFX heeft AU een webdomein van een handelsvennootschap gebruikt, en hij heeft met Reliantco Investments gecorrespondeerd in zijn

hoedanigheid van directeur van de afdeling ontwikkeling van deze handelsvennootschap.

26. Op 11 januari 2017 heeft AU met Reliantco Investments een overeenkomst voor de uit de handel in financiële instrumenten voortvloeiende winst gesloten waarin stond dat hij de algemene voorwaarden van het aanbod had gelezen, had begrepen en in acht zou nemen. Deze overeenkomst bepaalt dat alle geschillen en meningsverschillen die voortvloeien uit of verband houden met de aldus met de klant gesloten overeenkomst voor de Cypriotische rechterlijke instanties moeten gebracht worden en dat die overeenkomst en alle betrekkingen in verband met de handel tussen partijen worden beheerst door het Cypriotisch recht.

27. Op 13 januari 2017 heeft AU op het onlineplatform UFX meerdere limietorders ingevoerd waarmee hij inzette op de daling van de olieprijs. AU heeft betoogd dat hij, als gevolg van deze transacties, het volledige op de transactierekening geblokkeerde bedrag, te weten 1 919 720 Amerikaanse dollar (USD) (ongeveer 1 804 345 EUR), heeft verloren.

28. Op 26 april 2017 heeft AU tegen verweersters in het hoofdgeding een procedure ingeleid bij de verwijzende rechter. Hij voert aan dat hij het slachtoffer is geweest van manipulatie die tot het verlies van het in het vorige punt genoemde bedrag heeft geleid en hij vordert dat in deze omstandigheden wordt vastgesteld dat verweersters in het hoofdgeding wettelijk aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad wegens de niet-inachtneming van de bepalingen inzake de bescherming van de consument. Met deze vordering verzoekt AU bovendien om nietigverklaring van bepaalde contractuele bedingen die volgens hem oneerlijk zijn enerzijds en van bepaalde orders die hij op het UFX-platform heeft geplaatst anderzijds, als ook om het herstel van partijen in hun vroegere toestand.

29. Volgens AU zijn de Roemeense rechterlijke instanties krachtens artikel 17, lid 1, onder c), van verordening nr. 1215/2012, gelezen in samenhang met de artikelen 18 en 19 van deze verordening, bevoegd om kennis te nemen van deze vordering aangezien hij een consument is met woonplaats in Roemenië.

30. Verweersters in het hoofdgeding werpen een exceptie van algemene onbevoegdheid van de Roemeense rechterlijke instanties op. Zij stellen dat de door AU ingestelde vordering volgens arti-

kel 25, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 en de in punt 26 van het onderhavige arrest vermelde clause tot aanwijzing van een bevoegd gerecht tot de bevoegdheid behoort van de Cypriotisch rechterlijke instanties. Zij benadrukken dat de Eparhiako Dikastirio Lemesou (rechter voor het district Limassol, Cyprus) – bij wie AU een voorlopige voorziening tot bevrozing van vermogensbestanddelen van verweersters in het hoofdgeding op Cyprus had ingesteld – zich bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van dat verzoek.

31. Zij betogen voorts dat de door AU ingestelde vordering uitgaat van een precontractuele fout (“culpa in contrahendo”) die een niet-contractuele verplichting betreft en dus onder verordening nr. 864/2007 valt.

32. Verweersters in het hoofdgeding betwisten ook dat AU de hoedanigheid van consument heeft, aangezien AU volgens hen een natuurlijke persoon is die een winsttoegmerk nastreeft, daar hij handelingen heeft verricht die kenmerkend zijn voor een beroepsactiviteit en hij bij de uitvoering van de betrokken overeenkomst een winst heeft behaald van 644 413,53 USD (ongeveer 605 680 EUR), uit 197 transacties die door hem werden uitgevoerd in de periode van november 2016 tot en met 13 januari 2017 en waarvan er slechts zes worden betwist.

33. De verwijzende rechter stelt in het kader van zijn onderzoek van de vraag of hij bevoegd is om de zaak ten gronde af te doen vast dat AU zijn verzoek heeft gebaseerd op wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, dus een niet-contractuele aansprakelijkheid waarop in beginsel verordening nr. 864/2007 van toepassing is, terwijl hij zich tegelijkertijd beroept op zijn hoedanigheid van consument, hetgeen zou betekenen dat de rechterlijke bevoegdheid moet worden bepaald volgens de bepalingen van artikel 17, lid 1, onder c), van verordening nr. 1215/2012.

34. De verwijzende rechter heeft echter twijfels over het argument dat AU heeft aangevoerd in antwoord op de verklaringen van verweersters in het hoofdgeding en waarmee hij stelt dat het begrip “niet-professionele belegger” in artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39 en het begrip “consument” in de zin van artikel 2, onder b), van richtlijn 93/13, elkaar overlappen. Volgens de verwijzende rechter volgt uit de uitlegging van deze bepalingen immers dat terwijl een “consument” uitsluitend een natuurlijke persoon kan zijn die

buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit handelt, een “niet-professionele belegger” zowel een natuurlijke als een rechtspersoon anders dan die vermeld in bijlage II bij richtlijn 2004/39 kan zijn. 35. De verwijzende rechter verwijst ook naar het arrest van 3 juli 1997, Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337), waarin het Hof heeft geoordeeld dat enkel overeenkomsten die los en onafhankelijk van enige beroepsmatige activiteit of doelstelling worden gesloten, met als enig doel om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier, onder de bijzondere regeling inzake consumentenbescherming vallen, terwijl een dergelijke bescherming geen rechtvaardiging vindt in geval van een overeenkomst die een beroepsactiviteit tot doel heeft.

36. De verwijzende rechter merkt bovendien op dat hoofdstuk II, afdeling 4, van verordening nr. 1215/2012, dat de bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten regelt, in beginsel van toepassing is op vorderingen van consumenten die gebaseerd zijn op een overeenkomst, terwijl de door AU ingestelde vordering uitsluitend is gebaseerd op wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, wat uitsluit dat er sprake is van een contractuele betrekking.

37. Daarop heeft de Tribunal Specializat Cluj (bijzondere rechter Cluj, Roemenië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1) Kan/moet de nationale rechter bij de uitlegging van het begrip ‘niet-professionele belegger’ als bedoeld in artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39 dezelfde uitleggingscriteria hanteren als die welke gelden voor het begrip ‘consument’ in de zin van artikel 2, onder b), van richtlijn 93/13? 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, onder welke voorwaarden kan een ‘niet-professionele belegger’ als bedoeld in richtlijn 2004/39 zich dan in een procedure als in het hoofdgeding beroepen op de hoedanigheid van consument?

3) Meer bepaald, vormen de verrichting door een ‘niet-professionele belegger’ als bedoeld in richtlijn 2004/39 van een groot aantal transacties in een relatief kort tijdbestek en de investering van grote geldbedragen in financiële instrumenten zoals gedefinieerd in artikel 4, lid 1, punt 17, van richtlijn 2004/39, relevante criteria voor de beoordeling of een ‘niet-professionele belegger’ kan worden aangemerkt als consument in de zin van deze richtlijn?

4) Kan en/of moet de nationale rechter bij de vaststelling van zijn bevoegdheid, aangezien hij dient vast te stellen of, naargelang het geval, artikel 17, lid 1, onder c), dan wel artikel 7, punt 2, van verordening nr. 1215/2012 van toepassing is, de door de verzoeker aangevoerde materiële rechtsgrond – uitsluitend niet-contractuele aansprakelijkheid – in aanmerking nemen als rechtsmiddel tegen het overeenkomen van beweerdelijk oneerlijke bedingen als bedoeld in richtlijn 93/13, met als gevolg dat de toepasselijke materiële wet wordt vastgesteld overeenkomstig verordening nr. 864/2007, of maakt de omstandigheid dat de verzoeker eventueel als consument kan worden aangemerkt de materiële rechtsgrond van zijn verandering irrelevant?”

#### *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

##### *Ontvankelijkheid*

38. De Roemeense regering heeft twijfels over de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing. Zij betoogt dat de verwijzende rechter nadere informatie had moeten verstrekken over het beroep van AU en de argumenten rechtens waarop dat beroep is gebaseerd. De Roemeense regering benadrukt bovendien dat de gestelde vragen geen rekening houden met de clausule tot aanwijzing van een bevoegd gerecht die in de tussen AU en Reliantco Investments gesloten overeenkomst is opgenomen. Wegens die tekortkomingen bevat het verzoek om een prejudiciële beslissing volgens de Roemeense regering niet alle noodzakelijke informatie om relevante antwoorden op de gestelde vragen te kunnen geven.

39. Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof stelt te beoordelen (arrest van 10 december 2018, Wightman e.a., C-621/18, EU:C:2018:999, punt 26).

40. Bovendien rust op vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof staat de juistheid te onderzoeken, een vermoeden

van relevantie (arrest van 24 oktober 2019, Belgische Staat, C-35/19, EU:C:2019:894, punt 29).

41. Wanneer echter duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te geven, kan het Hof het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk verklaren (arrest van 17 oktober 2019, Comida paralela 12, C-579/18, EU:C:2019:875, punt 20).

42. Gelet op de geest van samenwerking waarop de betrekkingen tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure zijn gebaseerd, heeft het ontbreken van bepaalde voorafgaande vaststellingen door de verwijzende rechter evenwel niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is indien het Hof, niettegenstaande die tekortkomingen, gelet op de gegevens in het dossier, van oordeel is dat het de verwijzende rechter een nuttig antwoord kan geven (arrest van 17 oktober 2019, Comida paralela 12, C-579/18, EU:C:2019:875, punt 21).

43. Aangezien in casu de verwijzende rechter, overeenkomstig de in de punten 41 en 42 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, het feitelijke en wettelijke kader heeft afgebakend, wat het Hof toelaat om de overgelegde vragen te beantwoorden, en het niet aan het Hof toekomt om de juistheid van dat kader na te gaan, moet worden vastgesteld dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is.

##### *Eerste tot en met derde vraag*

44. Met zijn eerste tot en met derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 17, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een natuurlijke persoon die op grond van een met een financiële onderneming gesloten overeenkomst, zoals een CFD, via die onderneming financiële transacties verricht, als “consument” in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt en of het voor die kwalificatie relevant is om rekening te houden met factoren zoals het feit dat die persoon een groot aantal transacties heeft verricht in een relatief kort tijdsbestek of het feit dat hij grote bedra-

gen in die transacties heeft geïnvesteerd, dan wel dat die persoon een “niet-professionele belegger” in de zin van artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39 is.

45. Volgens de rechtspraak van het Hof is artikel 17, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 van toepassing wanneer er voldaan is aan drie voorwaarden, namelijk ten eerste dat een van de contractanten een consument is die handelt in een kader dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, ten tweede dat er daadwerkelijk een overeenkomst is gesloten tussen deze consument en een bedrijfs- of beroepsmatig handelende persoon, en ten derde dat deze overeenkomst onder een van de in lid 1, onder a) tot en met c), van dat artikel 17 bedoelde categorieën valt. Bovenstaande voorwaarden zijn cumulatief, zodat het feit dat er niet voldaan is aan een van de drie voorwaarden, tot gevolg heeft dat de bevoegdheid niet kan worden vastgesteld volgens de regels die gelden voor overeenkomsten die zijn gesloten door consumenten (arrest van 3 oktober 2019, («JOR» 2020/24, m.nt. Bens; *red.*) Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, betreffen de eerste tot en met de derde van de in de onderhavige zaak aan het Hof voorgelegde vragen, de eerste van die drie voorwaarden, te weten dat een van de contractanten een “consument” is.

47. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het begrip “consument” in de zin van de artikelen 17 en 18 van verordening nr. 1215/2012 restrictief moet worden uitgelegd op basis van de positie die de betrokken persoon in een bepaalde overeenkomst inneemt in verband met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet op basis van de subjectieve situatie van die persoon, aangezien een en dezelfde persoon voor sommige transacties als consument en voor andere als ondernemer kan worden beschouwd (arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat alleen overeenkomsten die een individu los en onafhankelijk van enige bedrijfs- of beroepsmatige activiteit of doelstelling sluit met als enige doel te voldoen aan de eigen particuliere consumptiebehoeften, onder de in die verordening neergelegde bijzondere regeling ter bescherming van de consument als zwakke partij vallen (arrest van 3 oktober 2019,

Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49. Deze bijzondere bescherming is niet gerechtvaardigd wanneer een overeenkomst wordt gesloten omwille van een bedrijfs- of beroepsmatige activiteit, en dat is niet anders wanneer deze activiteit voor de toekomst is gepland, aangezien het toekomstige karakter van een activiteit niets afdoet aan de bedrijfs- of beroepsmatige aard ervan (arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50. Derhalve zijn de specifieke bevoegdheidsregels van de artikelen 17 tot en met 19 van verordening nr. 1215/2012 in beginsel enkel van toepassing indien de overeenkomst tussen de partijen is gesloten voor een niet bedrijfs- of beroepsmatig gebruik van het goed of de dienst in kwestie (arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51. Met betrekking tot overeenkomsten zoals CFD's die tussen een natuurlijke persoon en een financiële onderneming worden gesloten, heeft het Hof geoordeeld dat dergelijke financiële instrumenten binnen de werkingssfeer van de artikelen 17 tot en met 19 van verordening nr. 1215/2012 vallen (arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 49).

52. Voorts dient eraan te worden herinnerd dat artikel 17, lid 1, van die verordening niet vereist dat de consument zich op een specifieke manier gedraagt in het kader van een overeenkomst die hij heeft gesloten voor een gebruik dat niet bedrijfs- of beroepsmatig is (zie in die zin arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 58).

53. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat 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 of deskundigheid van een persoon op het gebied van financiële instrumenten of zijn actieve gedrag bij dergelijke transacties, als zodanig geen relevantie toekomt (zie in die zin arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 59).

54. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de consument een groot aantal transacties heeft verricht in een relatief kort tijdsbestek of dat hij grote bedragen in die transacties heeft geïnvesteerd.

55. Wat aangaande de kwalificatie van een persoon als “consument” in de zin van artikel 17, lid 1, van de verordening nr. 1215/2012 de relevantie betreft van het feit dat die persoon een “niet-professionele belegger” in de zin van artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39 is, moet in herinnering worden gebracht dat de omstandigheid dat een persoon als een “niet-professionele belegger” in de zin van deze laatste bepaling wordt aangemerkt, in beginsel als zodanig geen invloed heeft op de kwalificatie van die persoon als “consument” in de zin van eerstgenoemde bepaling (zie in die zin arrest van 3 oktober 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, punt 77).

56. In die omstandigheden is de vraag of het begrip “niet-professionele belegger” in de zin van artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39 moet worden uitgelegd aan de hand van dezelfde criteria als die welke voor de uitlegging van het begrip “consument” van artikel 2, onder b), van richtlijn 93/13 gelden, eveneens irrelevant.

57. Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de eerste tot en met de derde vraag worden geantwoord dat artikel 17, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een natuurlijke persoon die op grond van een met een financiële onderneming gesloten overeenkomst, zoals een CFD, via die onderneming financiële transacties verricht, als “consument” in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt indien hij die overeenkomst niet heeft gesloten in verband met zijn bedrijfs- of beroepsmatige activiteit, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan. Voor deze kwalificatie zijn factoren zoals het feit dat die persoon een groot aantal transacties heeft verricht in een relatief kort tijdsbestek of het feit dat hij grote bedragen in die transacties heeft geïnvesteerd in beginsel als zodanig niet relevant en is daarnaast het feit dat diezelfde persoon een “niet-professionele belegger” in de zin van artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39 is, op zich evenmin relevant.

#### *Vierde vraag*

58. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat voor de vaststelling van de bevoegde rechter een door een consument tegen zijn medecontractant ingestelde vordering inzake wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad onder hoofdstuk II, afdeling 4, van die verordening valt.

59. Vooraf zij eraan herinnerd dat het vaste rechtspraak is dat aangezien verordening nr. 1215/2012 strekt tot opheffing en vervanging van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1), die harerzijds het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij de opeenvolgende verdragen betreffende de toetreding van de nieuwe lidstaten tot dit verdrag, had vervangen, de door het Hof aan de bepalingen van laatstgenoemde rechtsinstrumenten gegeven uitlegging ook geldt voor de bepalingen van verordening nr. 1215/2012 voor zover deze bepalingen als “gelijkwaardig” kunnen worden beschouwd (arrest van 29 juli 2019 («JOR» 2019/272, m.nt. Bens; *red.*), Tibor-Trans, C-451/18, EU:C:2019:635, punt 23).

60. Aldus moet worden benadrukt dat artikel 15 van verordening nr. 44/2001, dat overeenstemt met artikel 17 van verordening nr. 1215/2012, slechts toepassing vindt indien de vordering in kwestie verband houdt met een tussen een consument en een beroepsmatig handelende wederpartij gesloten overeenkomst. Gelet op de bewoordingen van zowel de aanhef van lid 1 van artikel 15 van verordening nr. 44/2001 als lid 1, onder c), van dat artikel vereist deze laatste bepaling dat door een consument een “overeenkomst” is “gesloten” met een persoon die commerciële of beroepsactiviteiten uitoefent. Deze vaststelling vindt bovendien steun in het kopje “Bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten” van afdeling 4 van hoofdstuk II van de verordening, waartoe artikel 15 behoort (arrest van 14 mei 2009, Ilsinger, C-180/06, EU:C:2009:303, punten 52 en 53).

61. Daarenboven heeft het Hof, in het kader van de analyse van artikel 13, eerste alinea, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, dat eveneens overeenstemt met artikel 17 van verordening nr. 1215/2012, geoordeeld dat dit verdrag niet aldus kan worden uitgelegd dat bepaalde aanspraken uit hoofde van een door een consument gesloten overeenkomst onder de bevoegdheidsregels van de artikelen 13 tot en met 15 van dit verdrag vallen, terwijl andere vorderingen, die

met deze overeenkomst dermate nauwe banden hebben dat zij er onverbrekkelijk mee verbonden zijn, zouden zijn onderworpen aan andere regels (arrest van 11 juli 2002, Gabriel, C-96/00, EU:C:2002:436, punt 56).

62. Dat zo veel mogelijk dient te worden vermeden dat een veelvoud van rechters bevoegd is ten aanzien van eenzelfde overeenkomst geldt immers des te meer wanneer het gaat om een overeenkomst tussen een consument en een beroepsmatig handelende wederpartij (zie in die zin arrest van 11 juli 2002, Gabriel, C-96/00, EU:C:2002:436, punt 57).

63. Aangezien in geval van meerdere bevoegde rechters bovenal een als zwak beschouwde partij – zoals de consument – kan worden benadeeld, is het in het belang van een goede rechtsbedeling dat deze consument alle moeilijkheden die kunnen voortvloeien uit een overeenkomst die hij vermeend heeft gesloten omdat de beroepsmatig handelende wederpartij formuleringen heeft gebruikt die voor de wederpartij misleidend zijn, voor hetzelfde gerecht kan brengen (zie in die zin arrest van 11 juli 2002, Gabriel, C-96/00, EU:C:2002:436, punt 58).

64. Hieruit volgt dat hoofdstuk II, afdeling 4, van verordening nr. 1215/2012, onverminderd de naleving van de andere in artikel 17, lid 1, van die verordening vastgestelde voorwaarden, alleen op een door een consument tegen een beroepsmatig handelende wederpartij ingestelde vordering kan worden toegepast indien tussen die twee partijen daadwerkelijk een overeenkomst is gesloten en deze vordering onlosmakelijk is verbonden met die overeenkomst.

65. Wat in casu in de eerste plaats de verhouding betreft tussen AU en Reliantco Investments Li-massol Sucursala București, de dochteronderneming van Reliantco Investments, moet er evenwel op worden gewezen dat uit het dossier waarover het Hof beschikt niet blijkt dat deze twee partijen een overeenkomst hebben gesloten.

66. Voor zover een vordering wordt ingesteld in omstandigheden waarin de betrokken partijen geen overeenkomst hebben gesloten, valt die overeenkomst, gelet op hetgeen in punt 60 van het onderhavige arrest is uiteengezet, dan ook niet onder hoofdstuk II, afdeling 4, van verordening nr. 1215/2012.

67. Wat in de tweede plaats de vraag betreft of die afdeling van toepassing is op de vordering van AU voor zover deze is ingesteld tegen Reliantco In-

vestments, waarmee AU wel een overeenkomst heeft gesloten, moet worden opgemerkt dat uit het dossier waarover het Hof beschikt blijkt dat deze vordering met name gebaseerd is op nationale bepalingen inzake consumentenbescherming, te weten de verplichting voor de leverancier om de consumenten vóór het sluiten van de overeenkomst te informeren en te adviseren over de geleverde diensten en hen te waarschuwen voor de risico's waaraan zij zijn blootgesteld.

68. Hieruit volgt dat die vordering, onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, ertoe strekt de aansprakelijkheid van de beroepsmatig handelende wederpartij vast te stellen wegens niet-nakoming van zijn precontractuele verplichtingen tegenover de medecontractant die consument is.

69. Een dergelijke vordering moet worden geacht onlosmakelijk verbonden te zijn met de overeenkomst die tussen de consument en de beroepsmatig handelende wederpartij is gesloten, zodat hoofdstuk II, afdeling 4, van verordening nr. 1215/2012 van toepassing is op die vordering.

70. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat de door AU ingestelde vordering ertoe strekt de beroepsmatig handelende wederpartij aansprakelijk te stellen wat inzonderheid haar precontractuele aansprakelijkheid betreft waarin wordt voorzien door artikel 2, lid 1, van verordening nr. 864/2007 en die geldt voor niet-contractuele verbintenissen.

71. Artikel 12, lid 1, van verordening nr. 864/2007 bepaalt integendeel juist dat de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.

72. Op die manier versterkt de in punt 69 van het onderhavige arrest geformuleerde conclusie de noodzakelijke coherentie tussen de uitlegging van verordening nr. 1215/2012 en die van verordening nr. 864/2007 (zie in die zin arrest van 21 januari 2016, ERGO Insurance en Gjensidige Baltic, C-359/14 en C-475/14, EU:C:2016:40, punt 43), aangezien zowel de vraag welke wet van toepassing is op een verplichting die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst als de vraag welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van een vordering

betreffende een dergelijke verplichting, kan worden beantwoord met inaanmerkingneming van de overeenkomst die betrokkenen voornemens zijn te sluiten.

73. Gelet op een en ander moet op de vierde vraag worden geantwoord dat, wat de vaststelling van de bevoegde rechter betreft, een door een consument ingestelde vordering inzake wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad onder hoofdstuk II, afdeling 4, van verordening nr. 1215/2012 valt indien deze vordering onlosmakelijk verbonden is met een overeenkomst die de betrokken consument en de beroepsmatig handelende wederpartij daadwerkelijk hebben gesloten, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan.

#### *Kosten*

74. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### *Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:*

1) Artikel 17, lid 1, van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet aldus worden uitgelegd dat een natuurlijke persoon die op grond van een met een financiële onderneming gesloten overeenkomst, zoals een financieel contract ter verrekening van verschillen, via die onderneming financiële operaties verricht, als “consument” in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt indien hij die overeenkomst niet heeft gesloten in verband met zijn bedrijfs- of beroepsmatige activiteit, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan. Voor deze kwalificatie zijn factoren zoals het feit dat die persoon een groot aantal transacties heeft verricht in een relatief kort tijdsbestek of het feit dat hij grote bedragen in die transacties heeft geïnvesteerd in beginsel als zodanig niet relevant en is het daarnaast op zich evenmin relevant dat diezelfde persoon een “niet-professionele belegger” is in de zin van artikel 4, lid 1, punt 12, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april

2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad.

2) Verordening nr. 1215/2015 moet in die zin worden uitgelegd dat, wat de vaststelling van de bevoegde rechter betreft, een door een consument ingestelde vordering inzake wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad onder hoofdstuk II, afdeling 4, van verordening nr. 1215/2012 valt indien deze vordering onlosmakelijk verbonden is met een overeenkomst die de betrokken consument en de beroepsmatig handelende wederpartij daadwerkelijk hebben gesloten, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan.

#### **NOOT**

1. Het onderhavige arrest brengt de min of meer hechte relatie aan het licht tussen het algemene EU-consumentenrecht, zoals met name Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en Verordening (EU) 1215/2012 betreffende rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging in burgerlijke en handelszaken (Brussel I-bis) en het specifieke toezichtsrecht zoals Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten (MiFID). Dat betreft met name de bescherming die consumenten genieten en behoeven om op te kunnen komen voor hun belangen als specifieke toezichtsregels onvoldoende bescherming bieden bij grensoverschrijdende financiële dienstverlening.
2. Reliantco Investments Ltd is een in Cyprus gevestigde en vergunninghoudende beleggingsonderneming, die haar diensten in de hele Europese Unie aanbiedt, maar in haar algemene voorwaarden een forumkeuze heeft opgenomen voor de Cypriotische rechter en haar klanten, zoals de Roemeense AU, daaraan houdt. Nodeloos te zeggen dat een gang naar de Cypriotische rechter menig buiten Cyprus gevestigde klant zal weerhouden om een vordering tegen Reliantco Investments in te stellen. In dergelijke gevallen wordt vaak een beroep gedaan op Brussel I-bis, op grond waarvan een “consument” een vordering ter zake van een consumentenovereenkomst ook kan aanbrengen voor de rechtbank waar hij

woonplaats heeft (vergelijk naar Nederlands recht art. 108 lid 2 jo. art. 101 Rv).

3. Met het onderhavige arrest bakent het Hof het begrip “consument” voor de toepassing van art. 17 lid 1 Brussel I-bis nader af en verduidelijkt het Hof wanneer een vordering uit onrechtmatige daad (oneerlijke handelspraktijk) onder Brussel I-bis valt. De casus komt sterk overeen met het arrest van het HvJ EU 3 oktober 2019

(ECLI:EU:C:2019:825, «JOR» 2020/24, m.nt. Bens (*Petruchová*)), waar het Hof dan ook veelvuldig naar verwijst. Het zal ook de reden zijn dat de zaak zonder conclusie van de A-G is afgedaan.

4. In het *Petruchová*-arrest ging om een Tsjechische studente, Jana *Petruchová*, die op grond van een overeenkomst met effectenmakelaarskantoor FIBO Group Holdings Ltd transacties op de Forex-markt verrichtte. Als gevolg van een vertraging in het handelssysteem van FIBO waardoor een order van *Petruchová* voor CFD's (*contracts for differences*) tegen een minder gunstige koers was aangekocht dan zij voor ogen had en waardoor zij minder winst had behaald, had zij FIBO aangesproken. FIBO beriep zich op het forumkeuzebeding ten gunste van de Cypriotische rechter. *Petruchová* op haar beurt beriep zich op haar kwalificatie als “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis op grond waarvan de Tsjechische rechter bevoegd zou zijn.

5. In het onderhavige arrest gaat het om de Roemeen AU, die een rekening had geopend voor digitale handel op het onlineplatform UFX van Reliantco Investments voor de handel in financiële instrumenten. AU had op het platform meerdere limietorders ingevoerd waarmee hij inzette op de daling van de olieprijs. AU heeft betoogd dat hij als gevolg van deze transacties het volledige op de transactierekening geblokkeerde bedrag van \$ 1.919.720 (€ 1.804.345) heeft verloren. Hij heeft Reliantco Investments aansprakelijk gesteld voor dit verlies, stellende dat hij het slachtoffer is geweest van manipulatie die tot dit verlies heeft geleid. Reliantco Investments beroept zich op het forumkeuzebeding ten gunste van (wederom) de Cypriotische rechter. AU op zijn beurt betoogt dat hij als “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis zijn vordering wel degelijk kan voorleggen aan de Roemeense rechter.

6. Het is jammer dat uit de uitspraak niet valt af te leiden hoe de discussie over de bevoegdheid bij de verwijzende rechter precies is verlopen en waarom de verwijzende rechter zijn prejudiciële

vragen vooral insteekt vanuit het begrip “niet-professionele belegger.” Niet voor niets had (in ieder geval) de Roemeense regering betoogd dat het verzoek om prejudiciële vragen niet-ontvankelijk was omdat het niet alle noodzakelijke informatie bevatte om de relevante antwoorden op de gestelde vragen te kunnen geven. Hoewel het Hof daarin niet meegaat, herformuleert het Hof de gestelde vragen en constateert het Hof dat de verwijzende rechter “in wezen wenst te vernemen” hoe het begrip “consument” in art. 17 lid 1 van Brussel I-bis moet worden uitgelegd.

7. Het Hof stelt voorop (r.o. 48) dat alleen overeenkomsten die een individu los en onafhankelijk van enige bedrijfs- of beroepsmatige activiteit of doelstelling sluit met als enige doel te voldoen aan de eigen particuliere consumptiebehoeften, onder de in Brussel I-bis neergelegde bijzondere regeling ter bescherming van de consument als zwakkere partij vallen. Het Hof herinnert er verder aan dat het begrip “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis restrictief moet worden uitgelegd op basis van de positie die de betrokkene in een bepaalde overeenkomst inneemt in verband met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet op basis van de subjectieve situatie van die persoon, aangezien een en dezelfde persoon voor sommige transacties als consument en voor andere als ondernemer kan worden beschouwd.

8. In het *Petruchová*-arrest overwoog het Hof al dat 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 of deskundigheid van een persoon op het gebied van financiële instrumenten of zijn actieve gedrag bij dergelijke transacties niet relevant zijn voor de kwalificatie van een persoon als “consument”. Evenmin is daarvoor relevant de kwalificatie van een persoon onder MiFID als “niet-professionele belegger.” Aan dit lijstje voegt het Hof nu toe (r.o. 54) dat ook niet relevant is de omstandigheid dat de consument – zoals AU – een groot aantal transacties heeft verricht in een relatief kort tijdsbestek of dat hij grote bedragen in die transacties heeft geïnvesteerd.

9. De verwijzende Roemeense rechter in AU/Reliantco Investments had nog gevraagd of het begrip “niet-professionele belegger” in de zin van art. 4 lid 1, punt 12 MiFID moet worden uitgelegd

aan de hand van dezelfde criteria als die welke voor de uitleg van het begrip “consument” in de zin van art. 17 lid 1 Brussel I-bis gelden, maar daar gaat het Hof uitdrukkelijk niet op in. De kwalificatie van een persoon als professionele of niet-professionele belegger onder MiFID raakt de beoordeling als “consument” in Brussel I-bis niet en is niet relevant. Zie voor de verschillen tussen “consument” en “niet-professionele cliënt” en de verschillende doelstellingen die worden nagestreefd met Brussel I-bis en MiFID uitgebreid r.o. 70 e.v. van het Petruchová-arrest.

10. Het Hof verduidelijkt verder dat een door een consument ingestelde vordering inzake wettelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ook onder art. 17 e.v. Brussel I-bis valt, mits deze vordering onlosmakelijk verbonden is met een overeenkomst die de betrokken consument en de beroepsmatige handelende wederpartij daadwerkelijk hebben gesloten. Dus ook een vordering tot vernietiging van een overeenkomst op grond van oneerlijke handelspraktijken en/of schending van precontractuele informatieverplichtingen – Reliantco Investment had betoogd dat dit een vordering uitsluitend op grond van niet-contractuele aansprakelijkheid betrof – valt onder de reikwijdte van art. 17 lid 1 Brussel I-bis indien daadwerkelijk een overeenkomst tot stand is gekomen.

11. Zie voor enkele recente uitspraken van de nationale feitenrechter voor de uitwerking van de Petruchova- en Reliantco investment-arresten bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 26 augustus 2020 (ECLI:NL:RBROT:2020:7815) en Rechtbank Oost-Brabant 23 september 2020 (ECLI:NL:RBOBR:2020:4537). In beide zaken betrof het beleggingsdienstverlening door het Cypriotische F1 Markets Ltd, dat in zijn algemene voorwaarden een forumkeuze had opgenomen voor de Cypriotische rechter. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam betrof een vordering uit onverschuldigde betaling van een gepensioneerd medisch secretaresse, die haar privéspaargeld, afkomstig van de verkoop van haar appartement, had gebruikt om te beleggen als aanvulling op haar pensioen met het oog op het wegvallen van alimentatie en haar sterk stijgende woonlasten. De enkele kwalificatie als “professional” (naar de definitie van F1 Markets) en de “upgrade van een retail-account naar een professional-account” maken – terecht – niet dat eiseres geen “consument” is onder Brussel I-bis. In de uitspraak van

de Rechtbank Oost-Brabant was eiser een zelfstandige in de IT-branche, die belegde om meer rendement uit zijn spaargeld (privévermogen) te halen. Ook hier vond de rechtbank geen aanknopingspunten om te oordelen dat eiser geen “consument” was in de zin van Brussel I-bis.

12. Een ander voorbeeld is Rechtbank Midden-Nederland 24 juni 2020 (ECLI:NL:RBMNE:2020:2302), waar het beleggingsdienstverlening door het Cypriotische Hoch Capital Ltd betrof, (wederom) sprake was van een forumkeuze voor de Cypriotische rechter en eiseres mantelzorger was en werkzaam in de onderneming van haar echtgenoot (een caravanstalling). Eiseres was bij Hoch Capital Ltd terechtgekomen door te klikken op een – wie kent ze niet – advertentie via sociale media over een bekende Nederlander die fortuin had gemaakt in cryptomunten. Zij wilde investeren in cryptomunten, maar is op advies van Hoch Capital Ltd met privévermogen gaan investeren in CFD's. Hoch Capital Ltd had durven te betogen dat eiseres geen “consument” was omdat zij weliswaar had aangegeven te willen beleggen “as a side business with little capital” maar uiteindelijk circa € 360.000 had verloren, en dat eiseres in een bij Hoch Capital Ltd ingeleverd formulier zou hebben verklaard als “professioneel belegger” behandeld te willen worden. De rechtbank gaat daar terecht niet in mee.

13. Als het toch mogelijk is dat beleggingsondernemingen met in voorkomend geval een dubieus businessmodel als gevolg van passporting de Europese markt kunnen betreden, is het goed dat consumenten in ieder geval laagdrempelig hun vorderingen aan gerechten in hun eigen lidstaat kunnen voorleggen.

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

## 259

**Evenredige boeteoplegging in verband met coronacrisis**

College van Beroep voor het bedrijfsleven  
18 augustus 2020, zaaknr. 19/162,  
ECLI:NL:CBB:2020:559  
(mr. Simons, mr. Aerts, mr. Koopmans)  
Noot mr. M. Altena en mr. R.P.A. Kraaijeveld

**Partijen hebben omvang van hun geschil beperkt tot evenredigheid van boeteoplegging. Toepassing van evenredigheidsbeginsel in verband met bijzondere omstandigheden: huidige financiële situatie en gestelde gevolgen van coronacrisis voor door appellante gedreven onderneming.**

[Awb art. 5:46 lid 2]

*Appellante heeft zich op het standpunt gesteld dat haar financiële draagkracht op dit moment zo beperkt is dat de boete zoals die door de rechtbank is vastgesteld, niet (langer) evenredig is. Zij stelt dat haar faillissement thans acuut dreigt en dat dit faillissement mede wordt veroorzaakt door de boete, die zij (al) geruime tijd geleden heeft betaald, toen zij meende wel over voldoende financiële draagkracht te beschikken.*

*ACM is ter comparitie van 30 juli 2020 tot de conclusie gekomen dat zij:*

*“op basis van de draagkrachtoets geen aanleiding ziet tot matiging van de boete. [Appellante] en de ACM verschillen van mening over de invulling en toepassing van de draagkrachtoets.*

*Gelet op de bijzondere omstandigheden acht de ACM, los van het draagkrachtverweer, een boete van € 10.000,= op dit moment evenredig.*

*De bijzondere omstandigheden bestaan in dit geval uit:*

*i. het feit dat er gelet op de lopende procedure bij de Rechtbank Rotterdam inzake [de moedermaatschappij] geen mogelijkheid bestaat de zaak in zijn geheel versneld te behandelen, waardoor de hoogte van de boete van [appellante] te lang onzeker blijft;*

*ii. [appellante]’s huidige financiële situatie en de gestelde urgentie; en*

*iii. de Coronacrisis en de gestelde gevolgen daarvan voor [appellante].*

*Gelet op deze omstandigheden verzoekt de ACM het College een boete van € 10.000,= vast te stellen.”*

*Appellante heeft verklaard dit boetebedrag niet te betwisten. Appellante heeft verder te kennen gegeven dat zij, om tot een spoedige uitspraak te kunnen komen en gelet op de bijzondere omstandigheden, afziet van haar hogerberoepsgronden voor zover die niet zien op de beoordeling van de evenredigheid van de boete, beoordeeld naar de huidige stand van zaken.*

*ACM heeft het door haar tegen de aangevallen uitspraak ingestelde hoger beroep ingetrokken.*

*Het College stelt derhalve vast dat het hoger beroep van appellante nog slechts betrekking heeft op de evenredigheid van de aan appellante opgelegde boete, beoordeeld naar de huidige stand van zaken. Op grond van de bijzondere omstandigheden van dit geval acht het College de door ACM voorgestelde boete van € 10.000 thans passend en geboden.*

*Het College vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover daarbij de boete voor appellante is vastgesteld op € 1.000.000 en stelt de boete vast op € 10.000.*

[Naam 1] BV,

appellante

gemachtigde: mr. B.J.H. Braeken,  
tegen

Autoriteit Consument en Markt (ACM)

gemachtigden: mr. A.S.M.L. Prompers en mr. M.C.C. van Overbeek.

(...; red.)

*Grondslag van het geschil*

1.1. ACM is naar aanleiding van een clementieverzoek een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en/of artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) door ondernemingen die actief zijn als verkoper en/of producent van [...] in Nederland.

1.2. Naar aanleiding van het onderzoek heeft ACM vastgesteld dat enkele ondernemingen, waaronder appellante en haar moedermaatschappij [naam 2] B.V. (moedermaatschappij) zich schuldig hebben gemaakt aan overtreding van