

425. Toepassing van reverse solicitation zoals neergelegd in de MiCAR

MR. L.A. HAARMAN EN MR. F. VAN ES

Vanaf 30 december 2024 geldt er een vergunningplicht voor cryptodienstverleners op grond van de MiCAR. Deze vergunningplicht is onder specifieke omstandigheden niet van toepassing als een Europese klant op eigen initiatief cryptoactivadiensten afneemt van een onderneming gevestigd buiten de Europese Unie (*reverse solicitation*). Voor de grensoverschrijdende cryptomarkt is dit potentieel een interessante vrijstelling, maar in praktijk bestaat er een reëel risico dat er ten onrechte een beroep op wordt gedaan. De Europese toezichthouder past de vrijstelling namelijk zeer restrictief toe. Daarom verkennen wij de grenzen van reverse solicitation onder MiCAR en doen we enkele praktische aanbevelingen aan marktpartijen.

1. Inleiding

Op 5 april 2024 maakte DNB bekend dat zij Payward International Markets Limited een last onder dwangsom heeft opgelegd voor het exploiteren van cryptohandelsplatform Kraken zonder de vereiste registratie bij DNB.¹ Kraken verweerde zich met de stelling dat haar diensten uitsluitend op initiatief van de Nederlandse klanten werden verleend en dat zij deze niet proactief op de Nederlandse markt bracht.² DNB ging niet mee in dit *reverse solicitation*-verweer, met als primair argument dat het huidige Wwft-registratieregime voor cryptodienstverleners daar geen grondslag voor bevat.³

Vanaf 30 december 2024 zal die grondslag er wel zijn. Op deze datum wordt het registratieregime vervangen door een vergunningplicht met de komst van de Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCAR).⁴ De vergunningplicht is onder specifieke omstandigheden niet van toepassing als een Europese klant op eigen initiatief cryptoactivadiensten

afneemt van een onderneming gevestigd buiten de Europese Unie (*reverse solicitation*).⁵

Voor de cryptomarkt is dit een potentieel interessante grondslag om diensten te verlenen aan Europese klanten zonder een MiCAR-vergunning. De cryptomarkt wordt immers gekenmerkt door grote (online) dienstverleners, zoals Kraken, die wereldwijd opereren vanuit een vestiging die regelmatig buiten de Europese Unie ligt. Reverse solicitation kan echter ook een valkuil vormen als dergelijke partijen ten onrechte vertrouwen op deze vrijstelling, terwijl hun activiteiten in werkelijkheid een vergunning vereisen. In dat geval kan schending van de vergunningplicht leiden tot hoge boetes.

Voor de cryptomarkt is dit een potentieel interessante grondslag om diensten te verlenen aan Europese klanten zonder een MiCAR-vergunning

1 Hierna spreken wij gemakshalve van Kraken wanneer het gaat om de juridische entiteit Payward International Markets Limited. Zie voor de publicatie: www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/handhavingsmaatregel-2024/last-onder-dwangsom-voor-payward-international-markets-limited-vanwege-het-zonder-registratie-aanbieden-van-cryptodiensten-in-nederland/

2 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 59 e.v.

3 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 64.

4 Verordening (EU) 2023/1114 van het Europees Parlement en de Raad van 31 mei 2023 betreffende cryptoactivamarkten en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 1095/2010 en Richtlijnen (EU) 2013/36 en (EU) 2019/1937 (Voor de EER relevante tekst).

Vanuit deze gedachte verkennen wij in deze bijdrage de grenzen van reverse solicitation uit de MiCAR. Dat doen we aan de hand van vier aanknopingspunten. Om te beginnen kijken we – vanzelfsprekend – naar de tekst van de bepaling waarin reverse solicitation is vastgelegd (par. 2). Daarna maken we een uitstapje naar de regelgeving voor beleggingsondernemingen neergelegd in MiFID II (par. 3).⁶

5 Art. 61 MiCAR.

6 Richtlijn (EU) 2014/65 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn (EG) 2002/92 en Richtlijn (EU) 2011/61 (herschikking).

MiFID II bevat namelijk een vergelijkbare bepaling voor reverse solicitation en toezichthouders zullen hun ervaringen onder MiFID II mogelijk als inspiratiebron gebruiken voor toepassing van de vrijstelling onder de MiCAR. Vervolgens behandelen we de (concept-)guidance van de European Securities and Markets Authority (ESMA) voor de toepassing van reverse solicitation onder de MiCAR (par. 4). Als laatste bespreken we welke lessen de cryptomarkt kan trekken uit de beslissing van DNB tegen Kraken (par. 5). We sluiten af met enkele aanbevelingen voor de praktijk (par. 6).

2. Reverse solicitation in de MiCAR

Het concept van reverse solicitation is opgenomen in art. 61 MiCAR. Op grond van deze bepaling is de vergunningplicht voor het aanbieden van cryptoactivadiensten niet van toepassing indien een cliënt vanuit de Europese Unie verzoekt om cryptoactivadiensten van een cryptoactivadienstverlener (CASP) uit een derde land, onder de voorwaarde dat de dienstverlening uitsluitend plaatsvindt op eigen initiatief van de cliënt. De strekking hiervan is dat het Europese ingezetenen vrijstaat om buiten de Europese grenzen cryptoactiva(diensten) af te nemen.⁷ De vrijstelling geldt alleen voor de specifieke dienst of activiteit waar de cliënt om verzoekt en de relatie tussen de CASP en de cliënt die specifiek verband houdt met het verrichten van die dienst of activiteit.⁸

De MiCAR bepaalt expliciet dat geen beroep kan worden gedaan op reverse solicitation bij actieve benadering van de cliënt. Zowel wanneer de CASP zelf cliënten benadert, als wanneer dit via een derde partij gebeurt, ligt het initiatief niet langer meer bij de cliënt en kan dus geen beroep worden gedaan op reverse solicitation. Dit geldt ongeacht het gebruikte communicatiemiddel.⁹ Een CASP kan dit bovendien niet omzeilen met een clause of disclaimer in de algemene voorwaarden die bepaalt dat de dienst geacht wordt op initiatief van de cliënt te worden verleend.¹⁰

Een laatste begrenzing die in de MiCAR is opgenomen, is dat het eigen initiatief van de cliënt de onderneming niet het recht geeft om deze cliënt nieuwe soorten cryptoactiva of cryptoactivadiensten aan te bieden.¹¹ Een CASP uit een derde land mag het initiatief van de cliënt dus niet gebruiken als vrijbrief om de dienstverlening daarna uit te breiden met andere producten of diensten.

3. Reverse solicitation voor beleggingsondernemingen op grond van MiFID II

De Europese wetgever is bij het opstellen van de MiCAR op veel punten aangesloten bij de regelgeving voor beleggingsondernemingen in MiFID II. Ook de bepaling over reverse solicitation in de MiCAR komt grotendeels overeen met het equivalent voor beleggingsondernemingen.¹² De Europese wetgever heeft hierbij niet alleen gekeken naar de tekst van MiFID II, maar ook naar de toepassing van het concept ten tijde van de Brexit en de *guidance* van de ESMA.

Zelfs als een cliënt het initiatief heeft genomen en de CASP vervolgens extra diensten van hetzelfde type aanbiedt, bestaat het risico dat een vergunningplicht ontstaat

Na de Brexit beriepen beleggingsondernemingen uit het Verenigd Koninkrijk zich op de reverse solicitation-vrijstelling onder verwijzing naar hun contracten. Daarin stond dat de dienstverlening plaatsvond op initiatief van de klant. Andere klanten moesten een boxje aanvinken waarmee zij verklaarden dat het initiatief vanuit hen kwam. De ESMA keurde deze praktijken af. Beslissend is waar het initiatief voor de dienstverlening daadwerkelijk ligt.¹³ In de MiCAR is dit nu expliciet vastgelegd.¹⁴ Het ligt daarom voor de hand dat nationale toezichthouders voor de MiCAR zullen aansluiten bij de restrictieve lijn die de ESMA heeft ingezet voor beleggingsondernemingen in de context van de Brexit.

Een ander belangrijk punt dat de ESMA als gevolg van de Brexit benadrukte en dat heeft geleid tot codificatie in de MiCAR is dat iedere vorm van benadering van klanten een beroep op reverse solicitation in de weg staat, ongeacht of de reclame/promotie plaatsvindt door of namens de beleggingsonderneming dan wel via een entiteit waarmee zij nauwe banden heeft.¹⁵ Als voorbeelden van promotie/reclame onder MiFID II noemt de ESMA persberichten, internetadvertenties, brochures, telefoongesprekken en fysieke besprekingen.¹⁶ CASP's moeten zich dus heel bewust zijn van de communicatie naar buiten om te voorkomen dat deze (onbewust) ook wordt gericht aan EU-inwoners. In het digitale tijdperk kan dat snel het geval zijn, hetgeen

7 Overweging 75 van de preambule van de MiCAR.

8 Art. 61 lid 1 eerste alinea MiCAR.

9 Art. 61 lid 1 tweede alinea MiCAR.

10 Art. 61 lid 1 derde alinea MiCAR.

11 Art. 61 lid 3 MiCAR.

12 Zie art. 42 MiFID II.

13 ESMA, *Reminder to firms of the MiFID II rules on 'reverse solicitation' in the context of the recent end of the UK transition period*, ESMA35-43-2509, 13 januari 2021.

14 Art. 61 lid 1 derde alinea MiCAR.

15 ESMA, *Reminder to firms of the MiFID II rules on 'reverse solicitation' in the context of the recent end of the UK transition period*, ESMA35-43-2509, 13 januari 2021. Zie ook art. 61 lid 2 MiCAR.

16 ESMA, *Reminder to firms of the MiFID II rules on 'reverse solicitation' in the context of the recent end of the UK transition period*, ESMA35-43-2509, 13 januari 2021, p. 2.

grote consequenties kan hebben voor de vergunningplicht (en eventuele sancties) van de CASP.

4. ESMA guidelines voor reverse solicitation onder MiCAR

De ESMA heeft op 29 januari 2024 concept *guidelines* gepubliceerd voor de toepassing van reverse solicitation onder de MiCAR.¹⁷ Deze sluiten grotendeels aan bij de praktijk onder MiFID II. Onze algemene indruk is dat de ESMA het gebruik van deze vrijstelling zo veel mogelijk wil beperken. Zo wordt in de inleiding gelijk de toon gezet: een beroep op reverse solicitation is alleen mogelijk in een *beperkt aantal gevallen*.¹⁸ In lijn hiermee formuleert de ESMA vervolgens vier guidelines:

1. Het benaderen van klanten door de CASP dient zo ruim mogelijk te worden uitgelegd.¹⁹ Dit sluit aan bij de praktijk onder MiFID II. Nieuw is echter dat ESMA naast de voorbeelden onder MiFID II, expliciet aangeeft dat iedere fysieke of elektronische vorm van communicatie kan worden gezien als het benaderen van klanten, waarbij ook kan worden gedacht aan sociale media, telefoonapplicaties en sportsponsoring.
2. Zowel directe benadering van klanten door de CASP als indirect via een derde partij staat in de weg aan een beroep op reverse solicitation.²⁰ Dit is in lijn met de praktijk onder MiFID II en de tekst van art. 61 MiCAR. Als nieuw voorbeeld geeft de ESMA het gebruik van influencers om klanten te werven. Indicaties dat een influencer namens de CASP handelt, zijn bijvoorbeeld de verwijzing naar de website van de CASP, het geven van een toelichting over de manier waarop de diensten bij de CASP kunnen worden afgenomen, het aanbieden van een promotiekorting of zelfs het laten zien van het logo van de CASP.
3. De MiCAR bepaalt dat het initiatief van de klant geen vrijbrief is voor de CASP om de dienstverlening vervolgens uit te breiden met nieuwe diensten of activiteiten.²¹ Volgens de ESMA volgt hieruit dat een CASP wel proactief *dezelfde typen* diensten of cryptoactiva mag aanbieden.²² Maar wanneer is sprake van hetzelfde type? Dat hangt af van (i) het type cryptoactiva of dienst en (ii) het risico verbonden aan de nieuw aangeboden cryptoactiva of dienst. Deze elementen laten nog steeds veel ruimte voor interpretatie en discussie. CASP's die hier een beroep op willen doen, zullen hun overwegingen over de categorisering gedetailleerd moeten vastleggen in een cliëntdossier om verantwoording te kunnen afleggen aan de toezichthouder. Als handvat heeft de

ESMA een lijstje gepubliceerd van cryptoactiva die in ieder geval niet als hetzelfde type kwalificeren.²³

4. Eigen initiatief van de klant moet volgens de ESMA restrictief worden uitgelegd en is een feitelijke beoordeling.²⁴ Zelfs als een cliënt het initiatief heeft genomen en de CASP vervolgens extra diensten van hetzelfde type aanbiedt (zie hierboven nr. 3), bestaat het risico dat een vergunningplicht ontstaat. Het aanbieden van deze extra dienst mag alleen binnen de context van de initiële transactie. Indien dat niet het geval is, ligt het initiatief niet langer bij de klant. Concreet betekent dit dat moet worden gekeken naar de tijd tussen het verzoek van de cliënt om de initiële dienst en het aanbod van de CASP voor de tweede dienst. De ESMA geeft aan dat het verstrijken van een maand, en soms zelfs enkele weken, in de weg staat aan een beroep op reverse solicitation. Ook hier is vastlegging van het eigen initiatief van groot belang zodat aanvullende dienstverlening binnen de geschetste kaders van reverse solicitation plaatsvindt.

Hoewel deze ESMA guidelines nog slechts in concept zijn voorgelegd ter consultatie, verwachten wij geen materiële wijzigingen. De guidelines sluiten immers goed aan bij de bestaande praktijk onder MiFID II, waarin het toepassingsbereik van de reverse solicitation-vrijstelling reeds sterk is ingeperkt. Voor CASP's uit derde landen is voorzichtigheid op meerdere vlakken geboden. Het is voor hen van belang om goed na te denken over de inrichting van de communicatiekanalen om te voorkomen dat (onbewust) Europese klanten worden benaderd en daardoor de diensten zonder de vereiste vergunning worden aangeboden.

5. DNB beslissing tegen Kraken

De beslissing van DNB om cryptohandelsplatform Kraken een last onder dwangsom op te leggen biedt nuttige inzichten in de toepassing van reverse solicitation. Hoewel DNB het reverse solicitation-verweer van Kraken primair verwerpt met het formele argument dat in het huidige registratieregime voor cryptodienstverleners een grondslag ontbreekt, volgt daarna ook een inhoudelijke beoordeling.²⁵ Die beoordeling sluit aan bij de restrictieve concept *guidelines* van de ESMA en legt duidelijk bloot waar de risico's liggen voor een wereldwijd actief handelsplatform dat beoogt diensten te verlenen op basis van reverse solicitation.

De standpunten van DNB en Kraken waren als volgt. In het primaire besluit gebod DNB onder de last van een dwangsom dat Kraken haar cryptodienstverlening aan Nederlandse klanten moest staken, omdat zij deze diensten *in Nederland* aanbod zonder de vereiste registratie op grond van art. 23b Wwft.²⁶

17 ESMA, *Consultation Paper. On the draft guidelines on reverse solicitation under the Markets in Crypto Assets Regulation (MiCA)*, ESMA35-1872330276-1619, 29 januari 2024 (hierna: 'Draft guidelines on reverse solicitation').

18 Draft guidelines on reverse solicitation, p. 7.

19 Draft guidelines on reverse solicitation, p. 10 en 18.

20 Draft guidelines on reverse solicitation, p. 18.

21 Zie hierboven par. 2.

22 Draft guidelines on reverse solicitation, p. 20.

23 Draft guidelines on reverse solicitation, p. 20.

24 Draft guidelines on reverse solicitation, p. 19.

25 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 64 e.v.

26 DNB 14 juli 2023, Besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom Payward International Markets Limited.

In haar bezwaar voerde Kraken aan dat zij in Nederland actief was op basis van reverse solicitation en dat DNB de staking van de dienstverlening niet kon gelasten omdat de diensten uitsluitend plaatsvonden op eigen initiatief van de klanten.²⁷ Dit verweer gaat volgens DNB echter niet op, omdat uit verschillende omstandigheden blijkt dat Kraken wel degelijk Nederlandse klanten heeft benaderd:

De website van Kraken bevatte verwijzingen naar Nederland, waarin stond beschreven hoe klanten in Nederland gebruik konden maken van haar diensten. Zo stond er bijvoorbeeld: ‘*Kraken offers most services to our clients living in Netherlands*’. Ook stond er uitleg over het storten van bedragen door Nederlandse klanten op een Kraken account.²⁸ Dat DNB hieruit afleidt dat Kraken Nederlandse klanten heeft benaderd, is in lijn met de ESMA guidelines. Het benaderen van klanten moet immers zo ruim mogelijk worden opgevat en kan in elke digitale vorm geschieden.

Iedere fysieke of elektronische vorm van communicatie kan worden gezien als het benaderen van klanten, waarbij ook kan worden gedacht aan sociale media, telefoonapplicaties en sportsponsoring

De applicatie van Kraken was verkrijgbaar in de Nederlandse app stores.²⁹ Kraken had er volgens DNB actief voor moeten zorgen dat de app in Nederland niet beschikbaar was. Door dit na te laten, heeft zij wel degelijk Nederlandse klanten benaderd. Het enkele gegeven dat Kraken niet heeft betaald voor een hogere ranking in de app stores maakt dit volgens DNB niet anders.³⁰ Ook dit lijkt in lijn te zijn met de ESMA guidelines, waarin de ESMA immers expliciet aangeeft dat telefoonapplicaties kunnen worden gebruikt voor het benaderen van klanten.

Kraken heeft door middel van *affiliate* en *referral*-programma's haar diensten in Nederland gepromoot en/of daarvoor reclame gemaakt.³¹ Hoewel Kraken aanvoerde dat dit slechts mondiale programma's waren die niet op Nederland waren gericht,³² oordeelde DNB anders. Het *affiliate* programma zou wel zijn gericht op Nederland, omdat *affiliates* zich met een Nederlands aanmeldformulier konden aanmelden en de invulvelden waren toegespitst op Nederland. Uiteindelijk waren er 17 Nederlandstalige affi-

liate websites die verwezen naar Kraken.³³ Daarnaast gold voor het referral-programma dat dit juist was beperkt tot een aantal landen, waaronder Nederland, en dat Nederlandse klanten alleen nieuwe Nederlandse klanten konden aandragen.³⁴ Dat DNB dit kwalificeert als het benaderen van Nederlandse klanten door Kraken komt overeen met de richtlijnen van ESMA over het indirect benaderen van klanten door derde partijen zoals influencers.

Volgens DNB staan deze promoties/reclames in Nederland in de weg aan elk toekomstig beroep op reverse solicitation. Dit geldt ook voor een individuele Nederlandse klant die daadwerkelijk op eigen initiatief klant wordt, en zelfs als dit gebeurt nadat de promotie of reclame is gestaakt.³⁵

6. Aanbevelingen aan de praktijk

Indien CASP's uit derde landen op grond van de MiCAR cryptoactivadiensten willen verlenen aan Nederlandse klanten op basis van reverse solicitation, zullen zij hun dienstverlening kritisch tegen het licht moeten houden. De ESMA legt de vereisten restrictief uit en dit lijkt ook de nationale koers bij DNB. Een legitiem beroep op reverse solicitation is daardoor alleen bij wijze van uitzondering mogelijk in een beperkt aantal gevallen.

De MiCAR bepaalt dat het initiatief van de klant geen vrijbrief is voor de CASP om de dienstverlening vervolgens uit te breiden met nieuwe diensten of activiteiten

Hieronder hebben wij enkele aanbevelingen opgenomen voor CASP's uit derde landen die klanten willen bedienen met een beroep op reverse solicitation. Deze aanbevelingen zijn uiteraard niet limitatief en bieden geen garantie dat een toezichthouder meegaat in een reverse solicitation-verweer. Wel zijn het waarborgen die een CASP in ieder geval zou moeten inbouwen in de bedrijfsvoering voor een geslaagd beroep op de vrijstelling van de vergunningplicht.

1. Controleer alle communicatiekanalen die worden en zijn gebruikt voor het op de markt brengen van de cryptoactivadiensten. Sluit de Europese markt zo veel mogelijk proactief uit van deze communicatie. Dit geldt ook voor *affiliate* en *referral*-programma's, de beschikbaarheid van telefoonapplicaties in nationale app stores en sponsoring van een sportteam in bijvoorbeeld het voetbal of de Formule 1. Iedere gedraging die erop zou kunnen duiden dat de diensten zijn of waren gericht op

27 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 59.

28 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 46 en 65.

29 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 65.

30 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 50.

31 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 65.

32 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 31-32.

33 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 41.

34 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 41.

35 DNB 21 december 2023, Beslissing op bezwaar Payward International Markets Limited, § 65.

de Europese markt, staat waarschijnlijk al in de weg aan een beroep op reverse solicitation.

2. Leg in het cliëntendossier vast dat het initiatief voor de cryptoactivadiensten uitsluitend bij de cliënt ligt. Laat de cliënt een formulier invullen waaruit blijkt op welke manier deze in contact is gekomen met de CASP en be- waar dit ter verantwoording aan de toezichthouder.
3. Zorg ook tijdens de dienstverlening dat binnen de gren- zen van de reverse solicitation-vrijstelling wordt gehan- deld. Dit vraagt om kennis en bewustwording binnen de organisatie van wat er wel en niet kan. De dienst- verlening mag niet worden uitgebreid met andere ty- pen diensten dan waar de cliënt om heeft verzocht, en hetzelfde type diensten mag alleen worden aangeboden gedurende een korte periode nadat de cliënt heeft ver- zocht om de initiële dienst of cryptoactiva. Hanteer als veilige termijn maximaal tien dagen en leg in het cliën- tendossier vast dat deze termijn ook wordt nageleefd.

De bovenstaande aanbevelingen zijn illustratief voor de wijze waarop een CASP uit een derde land het beleid zou kunnen inrichten indien het overweegt op basis van reverse solicitation diensten aan Europese ingezetenen aan te bieden. Zoals gezegd betreft het uiteraard geen limitatieve lijst. Er zijn meer maatregelen te bedenken om te waarbor- gen dat derdelanden-CASP's niet onverhoopt hun diensten zonder de vereiste vergunning in Nederland aanbieden, een en ander mede afhankelijk van de finale tekst van de ESMA guidelines.

Dit artikel is afgesloten op 12 juni 2024.

Over de auteurs

Mr. L.A. (Lisanne) Haarman

Advocaat te Amsterdam bij Houthoff.

Mr. F. (Frank) van Es

Advocaat te Amsterdam bij Houthoff.