

ESMA-richtsnoeren reverse solicitation: naar een gelijk spelveld?

Op 27 april 2025 zijn de richtsnoeren van ESMA voor de toepassing van reverse solicitation onder de MiCAR in werking getreden. In de praktijk zullen deze richtsnoeren ook bepalend zijn voor de mogelijkheid van een beroep op reverse solicitation bij het grensoverschrijdend verlenen van andere financiële diensten in de EU door partijen uit derde landen.

Op grond van de MiCAR moeten partijen die cryptoassetdiensten verlenen in de EU beschikken over een vergunning. Dat geldt zowel voor partijen die in de EU gevestigd zijn, als voor partijen die hun zetel buiten de EU hebben. Een vergunning is niet nodig voor een buiten de EU gevestigde partij als de cryptoassetdiensten door deze partij uitsluitend worden verleend op initiatief van de cliënt en er geen sprake is van het benaderen van de cliënt door de dienstverlener (art. 61 MiCAR). We spreken in dit verband van de *initiative test* of van *reverse solicitation*.

Om een uniforme toepassing van deze uitzondering binnen de EU te bevorderen, heeft ESMA richtsnoeren gepubliceerd met betrekking tot het grensoverschrijdend benaderen van cliënten door cryptoassetdienstverleners uit een derde land en methoden die toezichthouders kunnen aanwenden om misbruik van de genoemde uitzondering te voorkomen. Het betreft hier de 'ESMA Guidelines on situations in which a third-country firm is deemed to solicit clients established or situated in the EU and the supervision practices to detect and prevent circumvention of the reverse solicitation exemption under the MiCAR'.

Uit deze richtsnoeren blijkt dat het begrip 'benaderen van cliënten' ruim moet worden opgevat en dat iedere vorm van communicatie, individueel of generiek, fysiek of elektronisch, door middel waarvan crypto-

assetdiensten in de EU worden aangetrokken, kwalificeert als *solicitation* en dus als een vergunningplichtige activiteit. Ook het verschaffen van zakelijke informatie over de dienst wordt al gauw gezien als het promoten daarvan. Alleen het verspreiden van documentatie met een zuiver educatief karakter wordt niet als zodanig aangemerkt. Uit de richtsnoeren blijkt dat ook sprake is van *solicitation* als het marketen van de dienst geschiedt via een derde partij. Het begrip 'op initiatief van de cliënt' moet juist eng worden uitgelegd. Een verklaring van de cliënt dat de dienst op zijn initiatief wordt verleend, zal de cryptoassetdienstverlener niet baten als het initiatief in werkelijkheid bij deze laatste ligt.

Het document formuleert ook enkele richtsnoeren aan de hand waarvan toezichthouders kunnen bepalen of er sprake is van *solicitation*. Het bevat daarnaast een lijst van indicatoren die daarop wijzen, zoals het gebruik van de taal van het land van de cliënt als voertaal en het verschaffen van informatie over de wetgeving van dit land op de website van de dienstverlener. De Beleidsregel Actief zijn in Nederland 2013 van de AFM bevat een vergelijkbare lijst met indicatoren om te bepalen wanneer sprake is van het aanbieden van deelnemingsrechten in Nederland. Dezelfde criteria worden door de AFM gehanteerd om vast te stellen of sprake is van het verlenen van beleggingsdiensten in Nederland.

De richtsnoeren zijn geschreven voor het grensoverschrijdend verlenen van cryptoassetdiensten in de EU door een partij uit een derde land. In de praktijk zal er echter ook een zekere reflexwerking van uitgaan op het verlenen van andere financiële diensten. Doordat ESMA in de richtsnoeren uitgaat van een restrictieve toepassing van de uitzondering voor *reverse solicitation* wordt tevens voorzien in een gelijk spelveld tussen in de EU gevestigde aanbieders en partijen uit derde landen die in de EU financiële diensten verlenen. ■



Door **Prof. Mr. W.A.K. Rank**, Advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en Hoogleraar Financieel Recht aan de Universiteit Leiden