

Hart Advocaten: Marketing aan banden?

Christian Wulf - 19 juli 2023



De Europese Commissie streeft met de Retail Investment Package twee belangrijke doelen na. Het eerste is het vergroten van de toegankelijkheid van retailbeleggers. Het tweede is een betere bescherming van deze retailbeleggers. Een analyse.

Over de contouren van de Retail Investment Package schreef mijn kantoorgenoot Felix Wolthuis Scheeres vorige maand. In deze bijdrage wordt ingegaan op het voorstel om marketing en reclame strenger te reguleren.

Wijzigingen op het gebied van marketing

De wens om marketing en reclame verder te reguleren wordt mede veroorzaakt door de toename aan online dienstverlening maar ook de opkomst van influencers die het beleggingsgedrag van particulieren beïnvloeden. De voorgestelde marketing regelgeving heeft echter impact op de hele financiële sector. Ik beperk mij tot beleggingsondernemingen (waaronder ook private banks en andere banken die beleggingsdiensten verlenen).

Deze voorschriften komen in essentie neer op het volgende:

- Strengere eisen aan reclame om ervoor te zorgen dat de inhoud evenwichtig is;
- Nadere eisen aan de norm dat reclame niet-misleidend mag zijn;
- Beleggingsondernemingen worden ook verantwoordelijk voor derden die niet betaald worden maar wel hun producten aanprijzen;
- Marketingbeleid en een interne rapportageplicht over de marketing aan hoger management; en

- 5 jarige bewaarplicht voor alle publicitaire mededelingen.

Evenwichtige presentatie

De gedachte dat reclame wervend is, wordt met de voorstellen in zoverre aan banden gelegd dat reclame ook voldoende evenwichtig moet zijn, naast de eis dat reclame niet misleidend mag zijn. Het voorstel van de Europese wetgever voorziet in een aantal nieuwe voorschriften om het risico van onevenwichtige of misleidende publicitaire mededelingen waarbij de nadruk wordt gelegd op de voordelen, aan te pakken. Een eerste voorschrift is dat reclame-uitingen als zodanig herkenbaar moet zijn.

Particulieren moeten weten dat een mededeling reclame is en wie voor de mededeling verantwoordelijk is. Verder moeten reclame-uitingen de belangrijkste kenmerken en risico's van het beleggingsproduct of de beleggingsdienst vermelden en wel op een wijze dat een particuliere belegger het begrijpt. Dat stelt niet alleen eisen aan de inhoud maar ook aan de presentatie. De belangrijkste kenmerken moet 'op een in het oog springende en beknopte wijze' worden gepresenteerd.

Niet-misleidend

De AFM heeft in haar beleidsregel Informatieverstrekking uit december 2018 al concrete guidance gegeven wanneer informatie voldoet aan de huidige Wft norm dat mededelingen 'correct, duidelijk en niet misleidend' moeten zijn. De Europese Commissie heeft nadere voorschriften aangekondigd die specificeren wat het vereiste om correct, duidelijk en niet-misleidend te zijn, precies inhoudt. Deze voorschriften strekken zich uit tot marketingpraktijken wanneer deze praktijken worden gebruikt om het bereik en de doeltreffendheid te vergroten. De inhoud van de voorschriften kunnen betrekking hebben op de inhoud van derden, ontwerpen, promoties, branding, campagnes, productplaatsing en beloningssystemen.

Verantwoordelijkheid voor derden

De voorstellen van de Europese Commissie brengen met zich dat beleggingsondernemingen een grotere verantwoordelijkheid hebben voor reclame die

derden maken. De kern van het voorstel is dat een beleggingsonderneming niet alleen verantwoordelijk is voor derden die betaald worden voor het maken van reclame, maar ook als derden niet betaald worden maar 'gestimuleerd' worden om reclame te maken (denk aan het verstrekken van een niet-geldelijke vergoeding).

Het mag duidelijk zijn dat deze uitbreiding van de toezichtsrechtelijke verantwoordelijkheid wordt ingegeven door de opkomst van online beleggen en de opkomst van finfluencers. Zo kan een beleggingsonderneming door de AFM worden aangesproken op onwenselijke uitingen van een "TikTokker" die een beleggingsproduct van deze beleggingsonderneming aanprijst. De AFM heeft in december 2021 al een voorschot genomen door in haar publicatie 'De valkuilen bij finfluencers' in te gaan op de risico's voor beleggingsondernemingen die samenwerken met partijen zonder vergunning. Dat laatste gaat natuurlijk om finfluencers die beleggingsadvies uitbrengen of om andere redenen vergunningsplichtige activiteiten ontplooiën. Maar ook het wettelijk provisieregime kan een rol spelen bij de samenwerking met finfluencers.

Interne bedrijfsvoering

De voorstellen van de Europese Commissie hebben ook gevolgen voor de interne bedrijfsvoering en governance. Twee nieuwe vereisten vallen op.

Het eerste vereiste is om beleid op te stellen en te hanteren op het gebied van marketing. Ook moeten beleggingsondernemingen beschikken over adequate interne controles en rapportageprocedures. Reclame maken is daarmee niet langer het feestje van een marketingafdeling maar wordt een apart gereguleerd onderdeel van de beheerste en integere bedrijfsvoering van iedere financiële onderneming. Het hanteren van beleid betekent dat een document met de beleidsmatige uitgangspunten moet worden vastgesteld door het hoger management en dat het hoger management periodiek een rapportage dient te ontvangen over de marketingpraktijken van haar eigen onderneming. Dat behelst een rapportage niet alleen over bijvoorbeeld marketingstrategieën, maar ook over de naleving van alle marketingvoorschriften. Deze rapportage moet ook aangeven of er sprake is van 'gesignaleerde onregelmatigheden en

voorgestelde oplossingen'. Daarmee krijgt deze rapportage hetzelfde karakter als een interne rapportage van de compliancefunctie. Het is evident dat het hoger management door de toezichthouder verantwoordelijk kan worden gehouden vanaf het moment dat deze voorstellen in werking treden.

Bijhouden van publicitaire mededelingen

Een andere impactvolle wijziging betreft de verplichting tot het bijhouden en bewaren van alle publicitaire mededelingen die direct of indirect worden gedaan door beleggingsondernemingen.

De bewaarplicht geldt voor 5 jaar en kan op verzoek van de toezichthouder worden verlengd tot 7 jaar. De Europese Commissie stelt concrete eisen aan de gegevens die bewaard moeten worden. Denk aan de eis om de datum en duur van een publicitaire mededeling (met inbegrip van de desbetreffende begin en eindtijd) te registreren. In de voorgestelde regelgeving staat dat de bewaarde informatie door de toezichthouder kan worden opgevraagd en het opvragen van deze informatie zal het voor toezichthouders makkelijker maken om onderzoek te doen en om zo nodig te handhaven.

Anticiperen gewenst

Hoewel het nog ruim een jaar duurt voordat de voorstellen in werking treden, doen beleggingsondernemingen er verstandig aan om beleid te ontwikkelen of om het bestaande beleid aan te passen naar aanleiding van de voorgestelde regelgeving. In de praktijk sorteren toezichthouders vaak voor op komende regelgeving, al zou dat niet de enige reden moeten zijn om hieraan aandacht te besteden.

Hart Advocaten is één van de kennispartners van Investment Officer en schrijft maandelijks een bijdrage over uiteenlopende thema's.

Dit artikel is afkomstig van de redactie van Investment Officer, een journalistiek platform voor professionals werkzaam in de beleggingsindustrie.

www.investmentofficer.com