

MEMO

Aan: Bitonic B.V.
T.a.v.: Jouke Hofman
Van: Frank 't Hart en Els Deerenberg
Inzake: Implementatie vijfde anti-witwasrichtlijn
Datum: 4 november 2019

Dit memo geeft op hoofdlijnen weer op welke wijze de Nederlandse wetgever de vijfde anti-witwasrichtlijn voornemens is te implementeren, voor zover deze richtlijn van toepassing is op aanbieders van cryptowisseldiensten (en bewaarportemonnees). Tevens gaat dit memo in op wettelijke voorschriften die de Nederlandse wetgever voornemens is op te leggen aan deze aanbieders, in afwijking van of in aanvulling op deze Europese richtlijn.

1. Conclusie

- 1.1 De Europese vijfde anti-witwasrichtlijn legt aan aanbieders van cryptowisseldiensten een **registratieplicht** en niet een vergunningsplicht op.
- 1.2 Aanbieders van cryptowisseldiensten zijn geen financiële ondernemingen en vallen **niet onder de Wft** (Wet op het financieel toezicht).
- 1.3 Aanbieders van cryptowisseldiensten vallen als gevolg van deze Europese richtlijn **wel onder de Wwft** (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme). Dat betekent dat zij – net als bijvoorbeeld autodealers en kunsthandelaren of notarissen - cliëntenonderzoek moeten verrichten en ongebruikelijke transacties moeten melden bij FIU-Nederland.
- 1.4 De Nederlandse wetgever is voornemens deze Europese richtlijn zodanig te implementeren dat sprake kan zijn van een **verkapt vergunningsregime**, nu (i) sprake is van een toetsing vooraf, (ii) meer eisen aan deze aanbieders worden opgelegd dan voorgeschreven onder de Europese richtlijn, en (iii) deze eisen gelijkenis tonen aan de prudentiële eisen die ingevolge de Wft aan financiële ondernemingen zoals banken worden opgelegd. Bovendien is DNB als toezichthouder aangewezen terwijl DNB uitsluitend toeziet of vergunninghoudende financiële ondernemingen de Wwft naleven.

- 1.5 Het is daarom **niet goed te begrijpen** dat de Minister spreekt over een ‘beleidsarme’ invoering van de registratieplicht en doet voorkomen alsof het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel niet afwijkt van de richtlijn. Dat is een **onjuiste voorstelling van zaken**.

2. Vijfde anti-witwasrichtlijn

- 2.1 Voor een goed begrip van dit memo is het van belang om onderscheid te maken tussen:
- (i) De Wet op het financieel toezicht (“**Wft**”); en,
 - (ii) De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (“**Wwft**”).

Wft reguleert financials

De Wft reguleert primair **financiële ondernemingen** zoals banken, verzekeraars en beleggingsondernemingen die hun diensten en producten op de financiële markten aanbieden. Denk aan ABN AMRO Bank of Achmea. Al deze financiële ondernemingen zijn vergunningsplichtig en staan onder toezicht van de AFM of DNB. Deze financiële ondernemingen moeten voldoen aan prudentiële eisen en gedragstypische voorschriften. Gedacht kan worden aan kapitaaleisen,¹ eisen ten aanzien van de inrichting van de bedrijfsvoering en de bedrijfsuitoefening zelf,² maar ook zorgplichten (informatieplichten aan klanten).³

De Wft heeft onder andere betrekking op **financiële producten** zoals hypotheek, effecten (aandelen of obligaties), verzekeringen en spaarproducten. Virtuele valuta zijn geen financieel product en vallen daarom ook niet onder de Wft. Wie een euro omwisselt in – bijvoorbeeld - bitcoins ruilt geld voor iets anders dat geen wettig betaalmiddel is. Dat verklaart meteen waarom virtuele valuta niet onder de Wft vallen nu de Wft financiële markten en niet andere markten, reguleert.

Wwft reguleert geen markten maar bestrijdt witwassen

- 2.2 **De Wwft** is een geheel andere wet dan de Wft (ondanks de sterke gelijkheid in naam).

De Wwft reguleert geen financiële markten en onderwerpt geen partijen of personen aan een vergunningsregime of een daarmee te vergelijken vorm van toezicht.

¹ Zie art. 3:53, 3:57 en 3:63 Wft.

² Zie art. 3:17 Wft.

³ Zie art. 4:19 e.v. Wft.

De Wwft kent een **specifiek doel** en dat is om witwassen te voorkomen alsmede financiering van terrorisme. Dit doel brengt met zich dat partijen die geldtransacties doen aan een aantal voorschriften moeten voldoen die erop gericht zijn dat klanten en belanghebbenden (denk aan *ultimate beneficial owners*) geïdentificeerd worden.

De Wwft beoogt daarmee de **anonimiteit** van partijen (klanten) die geldtransacties verrichten op te heffen zodat deze partijen kunnen worden opgespoord. Dit maakt het voor deze partijen minder makkelijk om de herkomst van (uit criminele activiteiten verkregen) gelden te verhullen. De zogenaamde (verbergings-of) verhullingshandeling is een belangrijk onderdeel van het witwassen van geld omdat daardoor niet meer na te gaan is uit welke activiteiten (en door wie) de gelden zijn verkregen.⁴

Daarom verplicht de Wwft niet alleen (bepaalde doch niet alle) financiële ondernemingen maar ook partijen zoals autodealers, kunsthandelaren, vastgoedtaxateurs en advocaten om onderzoek te doen naar de identiteit van hun klanten.⁵ Daarnaast moeten deze partijen zogenaamde ongebruikelijke transacties (transacties waarvan het vermoeden bestaat dat deze betrekking hebben op witwassen of terrorismefinanciering) melden aan FIU-Nederland.⁶

2.3 De vijfde anti-witwasrichtlijn (“**AMLD5**”)⁷ is een aanvulling op de vierde anti-witwasrichtlijn uit 2015. Een belangrijk doel van deze richtlijn is om aanbieders van zogenaamde cryptowisseldiensten (alsmede bewaarportemonnees) onder de reikwijdte van de Wwft te brengen. Dit doel laat zich makkelijk verklaren nu virtuele valuta aan populariteit hebben gewonnen,⁸ en transacties in virtuele valuta in (een zekere mate van) anonimiteit geschieden.

2.4 Juist deze anonimiteit is een belangrijke reden om aanbieders van cryptowisseldiensten onder de reikwijdte van de Wwft te brengen. De omstandigheid dat het gebruik van virtueel valuta niet dan wel moeilijk te monitoren is door toezichthouders (of andere autoriteiten), vormt aanleiding om deze anonimiteit op te heffen.

⁴ Zie de Hoge Raad over verhullingshandelingen bij witwassen o.a. HR 2 juli 2019 (2019-1078).

⁵ Zie hoofdstuk 2 Wwft.

⁶ Zie art. 16 Wwft.

⁷ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU (Text with EEA relevance).

⁸ Zie rapport DNB en AFM, ‘*Crypto’s: Aanbevelingen voor een regelgevend kader*’, december 2018, p. 6.

Zo staat in de preambule van deze richtlijn vermeld:

*“Terroristische groeperingen kunnen daardoor in staat zijn om geld door te sluizen naar het financiële stelsel van de Unie of binnen virtuele valutanetwerken door overmakingen te verbergen, **vanwege de zekere mate van anonimiteit die zij op deze platforms genieten.**”⁹*

En:

*“Om witwassen van geld en terrorismefinanciering tegen te gaan, moeten de bevoegde autoriteiten in staat zijn om via meldingsplichtige entiteiten het gebruik van **virtuele valuta te monitoren. Dergelijke monitoring zou een evenwichtige en proportionele aanpak opleveren**, waardoor de technologische vooruitgang in hoge mate van transparantie die zijn verwezenlijkt op het gebied van alternatieve financieringen en sociale ondernemerschap worden gewaarborgd.”¹⁰*

2.5 Kortom, het gaat dus niet om regulering van aanbieders van cryptowisseldiensten maar om monitoring van virtuele valuta.

Om virtuele valuta te kunnen monitoren worden twee kernverplichtingen in het leven geroepen door deze richtlijn:

- (i) Aanbieders dienen zich te registreren; en,
- (ii) Aanbieders moeten klanten identificeren en ongebruikelijke transacties melden.

Van een onder toezichtsplaatsing of vergunningsregime is geen sprake, net als bij autodealers, kunsthandelaren en advocaten. Het gaat om monitoring van geld (dat middels virtuele valuta in de anonimiteit kan verdwijnen) en niet om de aanbieders zelf te reguleren.

⁹ Zie overweging 8 Richtlijn (EU) 2018/843.

¹⁰ Zie overweging 8 Richtlijn (EU) 2018/843.

2.6 De registratieplicht zoals verwoord in deze richtlijn luidt als volgt:

“De lidstaten waarborgen dat aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonees worden geregistreerd,”¹¹

2.7 De registratieplicht heeft tot doel om aanbieders van cryptowisseldiensten in kaart te brengen zodat duidelijk is bij wie geld in virtuele valuta kan worden geruild. Vervolgens dienen deze aanbieders aan bepaalde voorschriften te voldoen ter bestrijding van – kort gezegd - witwassen.

2.8 De registratieplicht brengt een beperkt aantal eisen met zich waaraan aanbieders van cryptowisseldiensten moeten voldoen. In essentie bestaan deze eisen uit drie categorieën:

- (i) leidinggevendenden moeten getoetst worden op geschiktheid en betrouwbaarheid;
- (ii) de bedrijfsvoering moet aan een aantal inrichtingseisen voldoen; en,
- (iii) klanten moeten geïdentificeerd worden en ongebruikelijke transacties gemeld.

2.9 De eerste categorie behoeft geen specifieke toelichting: bestuurders, commissarissen of andere leidinggevendenden moeten worden getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid.¹²

2.10 De eisen die in de richtlijn aan de inrichting van de bedrijfsorganisatie worden gesteld zijn beperkt:

- (i) identificeren en beoordelen van witwasrisico en risico van terrorismefinanciering;
- (ii) documenteren van de onder (i) genoemde risicobeoordelingen;
- (iii) beschikken over gedragslijnen, controlemaatregelen en procedures om (...) het geïdentificeerde witwasrisico en risico van terrorismefinanciering te beperken en te beheren, welke omvatten:
 - a. interne gedragslijnen, controlemaatregelen en procedures;
 - b. instellen onafhankelijke auditfunctie;
- (iv) hoger leidinggevend personeel dient gedragslijnen, controlemaatregelen en procedures goed te keuren;
- (v) monitoren en waar nodig aanscherpen van genomen maatregelen.¹³

¹¹ Zie artikel 47 lid 1 Richtlijn (EU) 2015/849.

¹² Zie artikel 47 lid 2 Richtlijn (EU) 2015/849.

¹³ Zie artikel 8 Richtlijn (EU) 2015/849.

De inrichtingseisen zijn erop gericht om te waarborgen dat de verplichtingen ingevolge de Wwft ook daadwerkelijk door aanbieders van cryptowisseldiensten worden nageleefd.

- 2.11 De derde categorie betreft de verplichting tot – kot gezegd – het identificeren van klanten en het melden van ongebruikelijke transacties.¹⁴
- 2.12 Andere wezenlijke voorschriften voor aanbieders van cryptowisseldiensten volgen niet uit de richtlijn.

3. Nederlandse implementatie van deze richtlijn

- 3.1 Net als iedere andere Europese richtlijn heeft de AMLD5 implementatie in nationale wetgeving. De ministers van Financiën en Justitie hebben daartoe een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁵
- 3.2 Voor een goed begrip van de wijze waarop de Nederlandse wetgever voornemens is om de AMLD5 te implementeren zijn een aantal aspecten van groot belang.

Registratie vs. vergunning

- 3.3 Hoewel de richtlijn een registratieplicht voorschrijft, was de Nederlandse wetgever aanvankelijk voornemens om een vergunningplicht in te voeren. Ook de belangrijkste toezichthouders op de financiële markten – DNB en AFM – hebben gepleit voor invoering van een vergunningsregime.¹⁶

Mede naar aanleiding van stevige kritiek van de Raad van State is ervoor gekozen om af te zien van invoering van een vergunningsregime en terug te gaan naar een registratieplicht zoals voorgeschreven door de richtlijn:

*“De Afdeling merkt op dat de richtlijn voor aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees **uitdrukkelijk voorziet in een registratieplicht.***

¹⁴ Zie artikelen 13 en 33 Richtlijn (EU) 2015/849.

¹⁵ Zie *Kamerstukken II* 2018-2019, 33 245, nr. 2.

¹⁶ Zie rapport DNB en AFM, ‘*Crypto’s: Aanbevelingen voor een regelgevend kader*’, december 2018.

Anders dan bijvoorbeeld voor wisselkantoren, biedt de richtlijn voor deze aanbieders geen keuzemogelijkheid tussen een vergunningplicht en een registratieplicht, zodat de richtlijn een vergunningplicht niet toestaat.

Dit betekent, met andere woorden, dat de richtlijn het niet mogelijk maakt om de daarin voorgeschreven registratieplicht vorm te geven als een (verdergaande) vergunningplicht met voorafgaande toetsing, zoals nader toegelicht in de toelichting. Dat bij de diensten een verhoogd risico van witwassen en terrorismefinanciering bestaat, en dat dat samenhangt met de anonimiteit van de diensten, zoals de toelichting vermeldt kan dan ook geen rechtvaardiging zijn voor het voorgestelde vergunningstelsel.”¹⁷

In paragraaf 5 zullen wij uiteenzetten dat de Raad van State zich kritisch heeft uitgelaten ten aanzien van voorstel om over te gaan tot invoering van een vergunningsregime.

- 3.4 De verantwoordelijke ministers hebben ook laten weten wat naar hun oordeel het cruciale verschil is tussen een vergunningsregime en een registratieplicht anderzijds. In essentie komt dit verschil erop neer dat ingeval van een vergunningsregime, een (uitgebreide) voorafgaande procedure doorlopen moet worden waarbij toezichthouders de bedrijfsvoering van de aanvrager ‘onder de loep nemen’ alvorens te besluiten over vergunningtoekenning:

*“Doel van de registratie is dat DNB een inschatting kan maken van de risico’s op witwassen en financieren van terrorisme bij de aanbieder en dat DNB zich een beeld kan vormen of de aanbieder in staat is om te voldoen aan zijn verplichtingen. Het wel of niet registeren door DNB is dus gekoppeld aan de hiervoor genoemde drie gronden. **Bij een vergunningplicht vindt een uitgebreidere toets plaats, waarbij de gronden om de vergunning wel of niet te verlenen ook uitgebreider zijn.** DNB beoordeelt tijdens de termijn voor het verlenen van een vergunning of de partij die de vergunning aanvraagt, in staat is om te voldoen aan alle eisen die de wet stelt. Er bestaat wel een plicht tot registratie, waardoor aanbieders niet zonder registratie hun diensten mogen aanbieden. **Een registratieplicht brengt ook met zich mee dat als DNB een registratie doorhaalt, dat een aanbieder zijn dienstverlening moet staken.**”¹⁸*

¹⁷ Zie Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 4, p.3.

¹⁸ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 19.

Deze passage is overigens beperkt tot het verschil ingeval van marktoetreding en heeft geen betrekking op doorlopend toezicht (het verschil tussen wat er na registratie gebeurt en wat er na vergunningverlening gebeurt). Na registratie voorziet het wetsvoorstel in een systematiek van doorlopende eisen hetgeen gelijkenis vertoont met het vergunningsregime voor financiële ondernemingen nu die ook aan doorlopende markttoetredingseisen moeten voldoen:

“Bovendien kan DNB de registratie van een aanbieder doorhalen indien een aanbieder niet voldoet aan zijn verplichtingen op grond van de Wwft of de Sanctiewet 1977. Omdat een registratie een voorwaarde is voor dienstverlening, moet een aanbieder bij het doorhalen van de registratie zijn dienstverlening staken.”¹⁹

Inrichtingseisen

- 3.5 Vooropgesteld moet worden dat de anti-witwasrichtlijnen geen maximum harmonisatie voorschrijven. Dit betekent dat het aan lidstaten toegestaan is om nadere regels te stellen op de voorschriften die uit de richtlijn volgen:

“Artikel 5

De lidstaten kunnen, binnen de grenzen van het recht van de Unie, op het door deze richtlijn bestreken gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven om het witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen.”²⁰

- 3.6 De Nederlandse wetgever heeft in het wetsvoorstel dat bij de Tweede Kamer is ingediend een groot aantal voorwaarden en eisen gesteld ten aanzien van de bedrijfsvoering van aanbieders van cryptowisseldiensten. Deze voorwaarden zullen hieronder kort worden aangeduid. Deze voorwaarden zijn verderstrekkend en zijn op bepaalde aspecten ook andersluidend dan de voorschriften die in de richtlijn zelf staan vermeld. De centrale vraag wordt daarmee of de eisen aan aanbieders het karakter hebben van een vergunningsplicht, welke plicht niet door de richtlijn wordt voorgeschreven en welke ook door de Raad van State is bekritiseerd.

¹⁹ Nota naar aanleiding van het verslag, pag. 20.

²⁰ Artikel 5 Richtlijn (EU) 2015/849.

- 3.7 Aanbieders van cryptowisseldiensten moeten zich registreren bij DNB.²¹ De daarvoor benodigde informatie kan bestaan uit gegevens van feitelijke aard en gegevens die verband houden met naleving van voorschriften uit de Wwft en de Sanctiewet.
- 3.8 DNB gaat niet over tot registratie indien de te verstrekken gegevens niet volledig of niet juist zijn²², de (mede)beleidsbepalers niet geschikt en betrouwbaar zijn of bepaalde aandeelhouders²³ niet betrouwbaar zijn. DNB kan de registratie ook doorhalen.²⁴
- 3.9 Aanbieders moeten bepaalde wijzigingen aan DNB melden.²⁵ Voor het wijzigen van dagelijks beleidsbepalers en bepaalde aandeelhouders²⁶ is voorafgaande toestemming van DNB vereist. Dit geldt ook voor wijzigingen in de (eventuele) groepsstructuur van de aanbieder, als ook voor wijzigingen in de formele of feitelijke zeggenschapstructuur of de bedrijfsvoering van de aanbieder.
- 3.10 Ook mag geen sprake zijn van een ondoorzichtige zeggenschapsstructuur.²⁷

Toetsing

- 3.11 Beleidsbepalers worden getoetst op geschiktheid en betrouwbaarheid en houders van gekwalificeerde deelnemingen of hun bestuurders uitsluitend op betrouwbaarheid.²⁸

Tot zover dit overzicht aan voorschriften die de Nederlandse wetgever wil opleggen aan aanbieders van cryptowisseldiensten.

²¹ Artikel 23c Wwft.

²² Artikel 23d Wwft

²³ Houders van gekwalificeerde deelnemingen.

²⁴ DNB kan de registratie doorhalen indien de aanbieder niet voldoet aan bij of krachtens de Wwft of Sanctiewet gestelde regels, op verzoek van de aanbieder, indien de aanbieder is opgehouden te bestaan en ook indien bij registratie onjuiste dan wel onvolledige gegevens verstrekt zijn of relevante feiten of omstandigheden zijn verzwegen waardoor DNB niet tot registratie zou zijn overgegaan, de aanbieder niet voldoet aan de Wet bekostiging financieel toezicht 2019, de aanbieder niet binnen zes maanden na registratie diensten heeft verleend of zijn diensten meer dan zes maanden heeft gestaakt, bij overdracht van onderneming of doorhalen registratie aanbieder in het handelsregister.

²⁵ Artikel 23e Wwft.

²⁶ Houders van gekwalificeerde deelnemingen.

²⁷ Artikel 23i Wwft.

²⁸ Artikel 23h Wwft.

4. Beheerste en integere bedrijfsvoering

- 4.1 Eén specifieke eis die door de Nederlandse wetgever is voorgesteld, betreft de verplichting om (i) een adequaat beleid te voeren dat een integere en beheerste uitoefening van het bedrijf waarborgt en om zorg te dragen voor (ii) een beheerste en integere inrichting van de bedrijfsvoering. De reden om deze specifieke inrichtingseis in dit memo uit te lichten kent twee aanleidingen.

De eerste aanleiding is dat deze inrichtingseis niet voortvloeit uit de Europese richtlijn. Het is ook geen typische eis die als strenger moet worden beschouwd maar wel gericht op de naleving van de Wwft.

De tweede aanleiding is dat dit voorschrift overeenkomt met een van de kernverplichtingen die rust op financiële ondernemingen die ingevolge de Wft over een vergunning dienen te beschikken.

Deze wettelijke eis luidt als volgt:

“Artikel 23j

1. Een aanbieder als bedoeld in artikel 23b voert **een adequaat beleid** dat een **integere en beheerste uitoefening van het bedrijf** waarborgt, met in achtname van
2. Een aanbieder als bedoeld in artikel 23b richt de bedrijfsvoering zodanig in dat deze **een beheerste en integere uitoefening van zijn bedrijf** waarborgt, met inachtname van
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de verplichtingen in dit artikel. Deze regels kunnen betrekking hebben op:
 - a. **een integere bedrijfsuitoefening**, waaronder wordt verstaan het tegengaan van:
 - 1°. belangenverstremming;
 - 2°. strafbare feiten of andere wetsovertredingen door de aanbieder of zijn werknemers, die het vertrouwen in de aanbieder kunnen schaden;
 - 3°. relaties met cliënten of derden, die het vertrouwen in de aanbieder kunnen schaden
 - b. **het beheersen van bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's.**”

4.2 Deze verplichting is niet alleen ontleend aan de Wft maar ook overgenomen in bewoordingen **nagenoeg gelijk aan de bewoordingen in de Wft**. Zo luidt de eis in de Wft:

*1. Een afwikkelonderneming, betaalinstelling, clearinginstelling, elektronischgeldinstelling, entiteit voor risico-acceptatie, bank, kredietunie, premiepensioeninstelling, verzekeraar of wisselinstelling met zetel in Nederland **richt de bedrijfsvoering zodanig in dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar onderscheidenlijk zijn bedrijf waarborgt.***

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot het eerste lid. Deze regels hebben betrekking op:

*a. **het beheersen van bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's;***

*b. **integriteit**, waaronder wordt verstaan het tegengaan van:*

1°. belangenverstrengeling;

2°. het begaan van strafbare feiten of andere wetsovertredingen door de financiële onderneming of haar werknemers, die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden;

3°. relaties met cliënten die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden; en

4°. andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt,

dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.²⁹

4.3 Het lijkt een kopie uit de Wft.

4.4 Daarnaast bevat het Nederlandse wetsvoorstel ook de mogelijkheid om nadere regels te stellen ten aanzien van deze verplichting. Dat betekent dat nadere wetgeving zal volgen waarin specifiekere eisen worden gesteld aan de wijze waarop aanbieders van cryptowisseldiensten moeten voldoen aan de door de Nederlandse wetgever beoogde norm van een beheerste en integere bedrijfsvoering.³⁰

²⁹ Zie art. 3:17 lid 1 Wft.

³⁰ Nadere regels worden opgenomen in het Implementatiebesluit Wijziging vierde anti-witwasrichtlijn.

Beleidsarm?

- 4.5 Bij het bovenstaande is van belang dat de ministers hebben aangegeven dat de AMLD5 'beleidsarm' zal worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving.

Onder 'beleidsarm' moet worden verstaan dat de Nederlandse wetgeving niet zal voorzien in nadere eisen ten opzichte van de Europese richtlijn en dat ook overigens geen nationale 'couleur' aan de richtlijn wordt gegeven:

*“De implementatiewet **beperkt zich** tot de implementatie van de wijziging van de vierde anti-witwasrichtlijn. Het is staand kabinetsbeleid om richtlijnen **beleidsarm in nationale wetgeving om te zetten.**”³¹*

Tot zover deze uiteenzetting over de wijze waarop Nederland voornemens is om de vijfde anti-witwasrichtlijn te implementeren.

5. Raad van State

- 5.1 De Raad van State heeft in 2018 kritisch geadviseerd over het wetsvoorstel. De belangrijkste kritiek van de Raad van State richt zich op het voornemen om een vergunningplicht in te voeren.
- 5.2 De kritiek van de Raad van State wordt met name ingegeven door de omstandigheid dat de Europese wetgever een bewuste keuze heeft gemaakt voor een registratieplicht en dat de wijze waarop de Nederlandse wetgever (al dan niet aanvankelijk) beoogde om deze richtlijn te implementeren, resulteert in een vergunningsregime.
- 5.3 Het gaat de Raad van State daarbij niet zozeer om het woordgebruik (registratie dan wel vergunning) maar om de gedachte die ten grondslag ligt aan de keuze voor een registratieplicht te kiezen en niet voor een vergunningsregime. De registratieplicht van de Europese richtlijn heeft tot doel om te bewerkstelligen dat aanbieders van cryptowisseldiensten in kaart worden gebracht en bij de nationale toezichthouder bekend zijn.

³¹ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 15.

Zie het reeds eerder aangehaalde advies van de Raad van State hierover:

*“De Afdeling merkt op dat de richtlijn voor aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees **uitdrukkelijk voorziet in een registratieplicht**. Anders dan bijvoorbeeld voor wisselkantoren, biedt de richtlijn voor deze aanbieders geen keuzemogelijkheid tussen een vergunningplicht en een registratieplicht, zodat de richtlijn **een vergunningplicht niet toestaat**. Dit betekent, met andere woorden, dat de richtlijn **het niet mogelijk maakt om de daarin voorgeschreven registratieplicht vorm te geven als een (verdergaande) vergunningplicht met voorafgaande toetsing**, zoals nader toegelicht in de toelichting. Dat bij de diensten een verhoogd risico van witwassen en terrorismefinanciering bestaat, en dat dat samenhangt met de anonimiteit van de diensten, zoals de toelichting vermeldt kan dan ook geen rechtvaardiging zijn voor het voorgestelde vergunningstelsel.”³²*

De gedachte om te kiezen voor een registratieplicht vanwege monitoringdoeleinden in plaats van een vergunningsplicht is overigens niet nieuw in Nederland: in 1995 werd de Wet inzake de wisselkantoren geïntroduceerd die eveneens niet voorzag in een vergunningsregime maar uitsluitend in de registratieplicht voor wisselkantoren.³³ Wisselkantoren dienden zich te registreren bij DNB zodat DNB wist waar het publiek wisseltransacties kon verrichten.

6. Intermezzo

- 6.1 Het aanvankelijke voorstel om een vergunningsregime voor aanbieders van cryptowisseldiensten in te voeren (zoals bepleit door de AFM en DNB) is – in woordgebruik – veranderd in een registratieplicht.
- 6.2 De Nederlandse wetgever is voornemens om zwaardere (en afwijkende) eisen te stellen aan aanbieders van cryptowisseldiensten dan voorgeschreven in de vijfde anti-witwasrichtlijn.

³² Zie *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 245, nr. 4, p.3.

³³ Artikel 4 Wet inzake de wisselkantoren.

6.3 De vraag of deze eisen ook passen bij een registratieplicht en niet de facto een vergunningsregime behelzen, zullen wij hierna bespreken.

7. Informatieverschaffing aan Tweede Kamer

7.1 De ministers hebben in de loop der tijd de Tweede Kamer geïnformeerd over de voortgang van het wetsvoorstel en de daarin voorgenomen voorschriften. De wijze waarop de ministers de Tweede Kamer hebben voorgelicht, roept de vraag op of deze voorlichting wel voldoende accuraat was.

7.2 Hieronder staan antwoorden van de minister van Financiën³⁴ op Kamervragen waarbij telkenmale eerst het antwoord van de minister wordt geciteerd om vervolgens aan te geven of en in hoeverre dit antwoord strookt de Europese richtlijn.

Antwoord I

7.3 De minister antwoordt:

*“Het betreft een doelgroep die nu nog op geen enkele manier onder toezicht staat. (...) Uiteraard is het de verantwoordelijkheid van de aanbieder zelf om om zich voldoende voor te bereiden op aankomende regelgeving en om de nodige maatregelen te treffen zodat tijdig een de eisen van de wet kan worden voldaan. (...) Het toezicht dat DNB op deze aanbieders uitoefent beperkt zich tot toezicht op de naleving van de Wwft en de Sanctiewet 1977. **De eisen die op grond van de Wwft voor deze aanbieders gelden, volgen rechtstreeks uit de anti-witwasrichtlijn. Lidstaten mogen hier niet vanaf wijken, maar eventueel wel strengere eisen stellen.**”³⁵*

Inhoudelijke analyse

De eisen die de Wwft aan aanbieders oplegt wijken wel ten dele af van de richtlijn.

³⁴ Deze antwoorden zijn mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid gegeven.
³⁵ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 8.

De afwijkende eisen betreffen met name inrichtingseisen die aan aanbieders worden gesteld en dan in het bijzonder de regels ten aanzien van de integere en beheerste bedrijfsvoering danwel bedrijfsuitoefening.³⁶

Juist deze laatste regels wijken in belangrijke mate af van de eisen die uit de richtlijn voortvloeien; ze komen er niet eens in voor en lijken ontleend te zijn aan de Wft die dezelfde eisen stelt aan vergunninghoudende financiële ondernemingen. Daarmee wordt de observatie van de Raad van State over het vergunningskarakter van deze regels relevant.

Antwoord II

7.4 De minister antwoordt:

*“De implementatiewet **beperkt zich** tot de implementatie van de wijziging van de vierde anti-witwasrichtlijn. Het is staand kabinetsbeleid om richtlijnen **beleidsarm** in nationale wetgeving om te zetten.”³⁷*

Inhoudelijke analyse

Beleidsarm betekent in essentie dat een nationale wetgever bij implementatie van een Europese richtlijn geen nadere eisen introduceert en zich beperkt tot het overnemen van de voorschriften uit de Europese richtlijn in nationale wetgeving. Het antwoord van de Minister strookt niet met het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bevat namelijk – dit is een feit – andere dan wel nadere eisen die niet in de richtlijn staan vermeld.

Antwoord III

7.5 De minister antwoordt:

*“Bij een registratie vindt er, anders dan bij vergunningverlening, **geen toets plaats** of de aanbieder in staat is om te voldoen aan de eisen die de wet stelt. Dit is een belangrijk verschil tussen beide systemen dat naar aanleiding van het advies van de Raad van State in de implementatiewet is opgenomen.”³⁸*

³⁶ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 2, p.11.

³⁷ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 15.

³⁸ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 19, antwoord bij vragen 33, 34 en 70.

Inhoudelijke analyse

Dit antwoord komt niet overeen met de registratie-eisen genoemd in het voorgestelde artikel 23c lid 1 onder b van de implementatiewet waarin staat “gegevens die verband houden met de naleving van voorschriften op grond van deze wet of de Sanctiewet 1977.” Dit impliceert weldegelijk een toets op naleving. Het is ook niet de verwachting dat DNB tot registratie overgaat indien niet gebleken is dat de beleidsbepalers geschikt en betrouwbaar zijn gevonden.

Antwoord IV

7.6 De minister antwoordt:

*“Doel van de registratie is dat DNB een inschatting kan maken van de risico’s op witwassen en financieren van terrorisme bij de aanbieder en dat DNB zich een beeld kan vormen **of de aanbieder in staat is om te voldoen aan zijn verplichtingen.**”³⁹*

Inhoudelijke analyse

Juist dit antwoord geeft weer dat weldegelijk sprake is van een toetsing die aan registratie voorafgaat.

Bovendien omvat ‘het een beeld kunnen vormen of de aanbieder in staat is om te voldoen aan zijn verplichtingen’ een – al dan niet voorafgaande – inhoudelijke toets op deels op de Wft gebaseerde eisen, nu een van deze eisen de hiervoor bedoelde integere en beheerste bedrijfsvoering en bedrijfsuitoefening betreft.

Antwoord V

7.7 De minister antwoordt:

*“Zoals ook in de toelichting bij het wetsvoorstel uiteen is gezet, beperkt het toezicht op deze aanbieders zich tot het toezicht op de naleving van **integriteitregels**, oftewel tot de eisen in de Wwft en de Sanctiewet 1977. Er gelden voor deze aanbieders **geen andere wettelijke eisen, dus ook geen eisen die kenmerkend zijn voor de Wft**, zoals prudentiële eisen. Om die reden ligt een vergunningstelsel in de Wft niet voor de hand.”*

³⁹ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 19, onder 33.

Inhoudelijke analyse

De Europese anti-witwasrichtlijnen – en dus ook AMLD5 - bevatten geen integriteitsbepalingen. Het is daarom opmerkelijk dat de Minister spreekt over integriteitstoezicht en een integriteitstoezichthouder.

Deze terminologie is passend voor financiële ondernemingen die een vergunning hebben ingevolge de Wft maar niet voor andere partijen die onder de Wwft vallen. Zo is bij autodealers, advocaten of kunsthandelaren geen sprake van integriteitstoezicht.

De integriteitseisen als opgenomen in het wetsvoorstel – het voorgestelde artikel 23j Wwft - zijn een samenvoeging van diverse regels van integere bedrijfsvoering uit de Wft.

In de ter consultatie voorgelegde tekst van artikel 11 van het Implementatiebesluit wijziging vierde anti-witwasrichtlijn zijn bovendien de regels voor de bedrijfsvoering zoals opgenomen in artikelen 17 lid 1-3 Bpr (bijna) **letterlijk overgenomen**. Artikel 10 van het Implementatiebesluit ziet op de verplichting om procedures en maatregelen te hebben in verband met het tegengaan van belangenverstrengeling. De enige bepaling in de richtlijn die ziet op tegengaan van belangenverstrengeling richt zich tot de bevoegde autoriteiten (en niet tot aanbieders van cryptowisseldiensten).⁴⁰

Het is derhalve niet te begrijpen hoe het opnemen van op de Wft-geïnspireerde voorschriften over de (integriteit van de) inrichting van de bedrijfsvoering en de vereisten voor registratie zich verhouden met de uitlating van de minister dat sprake is van een 'beleidsarme' implementatie.

Antwoord VI

7.8 De minister antwoordt:

*“DNB is aangewezen als **integriteitstoezichthouder**, wat inhoudt dat DNB toezicht gaat houden op de naleving van de Wwft door deze aanbieders.”⁴¹*

⁴⁰ Artikel 48 lid 2 Richtlijn (EU) 2015/849.

⁴¹ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 21, onder 36.

Inhoudelijke analyse

De richtlijn spreekt niet over toezicht, niet over integriteitstoezicht, en al helemaal niet over een integriteitstoezicht voor aanbieders van cryptowisseldiensten en aanbieders van bewaarportemonnees.⁴² Alleen voor financiële ondernemingen zoals bijvoorbeeld kredietinstellingen hebben de autoriteiten – volgens de richtlijn - ‘versterkte’ toezichthoudende bevoegdheden.⁴³

Ook hier spreekt de minister ten onrechte van een integriteitstoezichthouder terwijl zulks niet aan de orde kan zijn.

Niet valt in te zien waarom DNB ter uitoefening van Wwft-toezicht tot ‘integriteitstoezichthouder’ benoemd zou moeten worden. Het risico van uitoefenen van Wwft-toezicht met een Wft-inslag door DNB is hierdoor reëel omdat DNB in de gekozen bewoordingen van de Minister in combinatie met de afwijkende norm dat een integere en beheerste bedrijfsvoering moet worden gewaarborgd, haar legitimatie zal vinden om met een Wft inslag toezicht te houden.

Antwoord VII

7.9 De minister antwoordt:

*“De overweging van de Raad van State om negatief te adviseren over de vergunningplicht was niet gestoeld op het argument dat een vergunningstelsel niet thuis hoort in de Wwft, maar op de overweging dat **een vergunningstelsel in deze vorm** in strijd is met Europees recht.*

*De redenering van de Raad van State is als volgt. De eisen die in het wetsvoorstel aan aanbieders van diensten met virtuele valuta’s worden gesteld, zijn gelijk aan de eisen in de richtlijn. Er is dus sprake van **«pure» implementatie**, oftewel, **er worden nationaal geen extra eisen** gesteld. Volgens de Raad van State acht de Europese wetgever met de eisen die de richtlijn zijn opgenomen, een registratieplicht toereikend om de risico’s op witwassen en financieren van terrorisme te ondervangen. Anders gezegd, de Europese wetgever achtte een vergunningstelsel niet proportioneel. **Omdat bij de implementatie geen extra eisen worden gesteld, is de nationale introductie van een vergunningstelsel eveneens niet proportioneel.***

⁴² Zie artikel 48 AMLD5.

⁴³ Artikel 48 lid 3 Richtlijn (EU) 2015/849. Dit geldt ook voor aanbieders van kansspeldiensten.

Volgens de Raad van State worden door een vergunningstelsel onnodige drempels opgeworpen, dat in strijd is met het Europese beginsel van wederzijdse erkenning. Ook als zonder extra eisen een vergunningstelsel in een aparte wet of de Wft was opgenomen, zou dit in strijd zijn geweest met Europees recht.”⁴⁴

Inhoudelijke analyse

De Minister geeft onjuist weer wat de kritiek van de Raad van State is. De Raad van State refereert niet aan een vergunningsregime ‘in deze vorm’. De Raad van State hekelt ten principale een vergunningsregime nu de richtlijn voorziet in een registratieplicht. Dat is niet zozeer een kwestie van een woordspelletje maar ziet vooral op de onderliggende gedachte dat een registratie van een geheel andere orde is dan een vergunning.

Ook stelt de Raad van State niet dat sprake is van ‘pure implementatie’. Waar de Minister dit op baseert, is niet duidelijk. Er is geen 1 op 1 implementatie van deze richtlijn in de nationale wetgeving.

Feitelijk lijkt sprake te zijn van een situatie waarin onder het mom van een registratieplicht een verkapt vergunningsregime in het leven wordt geroepen, hetgeen blijkt uit de combinatie van voorafgaande inhoudelijke toetsing en de van de richtlijn afwijkende inrichtingseisen. Dat sprake is van een verkapt vergunning met Wft-kenmerken wordt versterkt door; (i) de verplichting tot waarborging van een integrale en beheerste bedrijfsvoering, (ii) de aanwijzing van DNB als toezichthouder met als aanduiding (iii) ‘integriteitstoezichthouder’.

Antwoord VIII

7.10 De Minister antwoordt:

“Dit had anders gelegen als er nationaal wel extra eisen – bovenop de eisen in de richtlijn – werden gesteld voor deze aanbieders, zoals prudentiële eisen.

*AFM en DNB hebben echter in hun advies over de regulering van aanbieders van diensten met virtuele valuta’s aangegeven dat zij op dit moment geen noodzaak zien om andere eisen te stellen dan de eisen die uit de wijziging van de vierde anti-witwasrichtlijn volgen. **AFM en DNB zien dus geen aanleiding om bijvoorbeeld prudentiële regels te stellen.***

⁴⁴ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 38, onder 71.

Om deze reden zag het kabinet geen andere mogelijkheid dan het advies van de Raad van State te volgen en de vergunningplicht te wijzigen in een registratieplicht.”

Inhoudelijke analyse

Ten onrechte doet de Minister het voorkomen dat het wetsvoorstel niet zou voorzien in extra eisen terwijl dat nu wel het geval is. Het verwarrende is dat de Minister aangeeft dat geen extra eisen worden gesteld omdat geen ‘prudentiële eisen’ zouden worden opgelegd (denk aan kapitaaleisen) maar dat gaat voorbij aan de omstandigheid dat de extra eisen niet noodzakelijkerwijs moeten bestaan uit prudentiële eisen.

Anders dan de Minister aangeeft is de vergunningplicht slechts in naam gewijzigd in een registratieplicht. Door in het voorgestelde artikel 23c de registratieplicht te koppelen aan nadere regels, welke nadere regels onder meer bestaan uit bepalingen over integere en beheerste bedrijfsvoering⁴⁵ worden nationaal wel extra eisen gesteld voor deze aanbieders. De registratie wordt hiermee de facto een vergunningsplicht.

Ook is genoegzaam gebleken dat DNB en AFM hebben gepleit voor een vergunningsregime en allesbehalve voorstander zijn van een beleidsarme implementatie van de richtlijn.⁴⁶

Antwoord IX

7.11 De minister antwoordt:

*“De grondslagen voor lagere regelgeving maken allen onderdeel uit van hoofdstuk 3A, waarin de registratie van aanbieders van diensten met virtuele valuta’s wordt geregeld. Bij de wettelijke vormgeving van een vergunningsplicht of registratieplicht is een aantal als dit niet ongebruikelijk. Hoofdstuk 3A **wijkt in dit opzicht niet af van de Wft** en de Wet toezicht trustkantoren die vergelijkbare regimes kennen.”*

⁴⁵ Zie voorgestelde § 4 Integere en beheerste bedrijfsvoering van de ter consultatie voorgelegde tekst van het Implementatiebesluit wijziging vierde anti-witwasrichtlijn.

⁴⁶ Zie rapport DNB en AFM, ‘*Crypto’s: Aanbevelingen voor een regelgevend kader*’, december 2018.

Inhoudelijke analyse

Het argument van de Minister dat het aantal in het wetsvoorstel opgenomen voorschriften niet ongebruikelijk is nu dit aantal niet afwijkt van de vormgeving van de Wft is een indirecte bevestiging dat sprake is van een regime dat overeenkomt met de Wft.

Dit terwijl de Wft ziet op vergunningsplichtige marktpartijen zoals banken en verzekeraars die onder doorlopend toezicht staan. Dit antwoord van de Minister is niet te rijmen met de opvatting dat geen extra eisen worden gesteld en dat sprake is van een beleidsarme implementatie.

Antwoord X

7.12 De minister antwoordt:

*“Bepalingen die in de amvb’s worden opgenomen zijn bepalingen waarbij **geen ruimte is voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard.***

*Bovendien zijn **gelijkluidende regels** reeds in bestaande amvb’s vastgelegd, zoals het besluit prudentiële regels Wft (Bpr) en het Besluit toezicht trustkantoren 2018 (Btt 2018). Een voorbeeld hiervan is de nadere uitwerking van de regels omtrent de betrouwbaarheid en geschiktheid van dagelijks beleidsbepalers.”*

Inhoudelijk hierover het volgende:

Ook uit dit antwoord blijkt dat het toezicht op registratieplichtige aanbieders van cryptowisseldiensten ingegeven is door de Wft en Wtt-regels voor vergunningplichtige entiteiten.

8. Toezicht en handhaving

8.1 Voor een goed begrip van de wijze waarop het toezicht op de Wwft is gereguleerd en welke autoriteit bevoegd is om zo nodig handhavingsmaatregelen te nemen, is het van belang om onderscheid te maken tussen (i) enerzijds (vergunninghoudende) financiële ondernemingen en (ii) anderzijds andere marktpartijen die onder de Wwft vallen.

- 8.2 Het merendeel van de financiële ondernemingen die ingevolge de Wft gereguleerd zijn, dienen te voldoen aan de Wwft. Het toezicht op de naleving van de Wwft door vergunninghoudende financiële ondernemingen is door de wetgever toebedeeld aan DNB (bijvoorbeeld voor banken) en de AFM (denk aan beleggingsondernemingen of beheerders van beleggingsinstellingen). Deze keuze is gemaakt omdat DNB en AFM al toezicht houden op (vergunninghoudende) financiële ondernemingen ingevolge de Wft.
- 8.3 Daarbij komt dat de Wft voor vergunninghoudende financiële ondernemingen deels soortgelijke verplichtingen kent als voorgeschreven door de Wwft. In het bijzonder wijzen wij op de customer due diligence verplichting die volgt uit de Wft,⁴⁷ en de plicht om cliëntenonderzoek te doen ingevolge Wwft.

De minister heeft destijds de overlap tussen deze wettelijke voorschriften erkend en aangegeven dat financiële ondernemingen niet tweemaal aan dezelfde (soort) regels hoeven te voldoen:

“Zoals ik tijdens de parlementaire behandeling van de WWFT heb aangegeven, is het niet onze bedoeling om instellingen die zowel onder de Wft als onder de WWFT vallen, twee soorten cliëntenonderzoek uit te laten voeren. Ik gaf toen ook aan dat de reikwijdte van het cliëntenonderzoek in de Wft anders is dan die van het cliëntenonderzoek in de WWFT. Vergeleken met de Wft heeft de WWFT een meer bijzondere doelstelling, te weten heel specifiek het voorkomen van witwassen en van het financieren van terrorisme.”⁴⁸

In het licht van de bovenstaande overlap is de aanstelling van DNB en AFM als autoriteit die toeziet op de naleving van de Wwft door vergunninghoudende financiële ondernemingen, ook niet verwonderlijk.

- 8.4 Het toezicht op de naleving door andere marktpartijen die geen (vergunninghoudende) financiële onderneming zijn – en dus ook niet onder de Wft vallen – is niet toebedeeld aan DNB of AFM maar aan andere toezichtinstanties waaronder het Bureau Financieel Toezicht (BFT). Cryptowisseldiensten vallen niet onder Wft en zijn geen vergunninghoudende financiële ondernemingen.

⁴⁷ Zie artikel 4:23 Wft.

⁴⁸ Brief van de Minister van 15 oktober 2008, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 237, nr. 9, p. 3.

- 8.5 Het onderwerpen van aanbieders van cryptowisseldiensten aan het toezicht van DNB past daarom niet in de systematiek van de Wwft waarin is gekozen om uitsluitend financiële ondernemingen te onderwerpen aan toezicht door DNB (of AFM).
- 8.6 Het frappante is dat de Minister geen deugdelijke verklaring geeft voor de keuze van DNB als toezichthouder anders dan de onderstaande motivering:

*“DNB zal het toezicht uitoefenen op deze aanbieders. Deze nieuwe toezichttaak voor DNB past goed binnen het **integriteitstoezicht** dat DNB reeds uitoefent. Zo is DNB aangewezen als Wwft-toezichthouder op onder meer banken, de meeste financiële instellingen, trustkantoren en wisselinstellingen. Het toezicht op aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele en fiduciaire valuta en van bewaarportemonnees sluit hierbij aan, met name omdat de risico’s zich vooral zullen manifesteren op het moment dat **virtuele valuta, al dan niet via omzetting naar fiduciaire valuta, het financiële stelsel binnen komen**. Het toezicht op deze aanbieders sluit daarom goed aan bij de andere toezichttaken die DNB reeds uitoefent in het kader van de Wwft.”*

- 8.7 Voorop dient te worden gesteld dat de minister uit het oog verliest dat AFM en DNB uitsluitend toezicht houden op vergunninghoudende financiële ondernemingen en andere autoriteiten op andere marktpartijen. Het argument dat een goed (virtuele valuta) wordt omgezet in fiduciaire valuta zou alsdan ook gelden voor alle marktpartijen (denk aan het inruilen van een auto voor cash).
- 8.7 Het lijkt erop dat het argument met name gelegen is in de omstandigheid dat DNB als integriteitstoezichthouder fungeert voor vergunninghoudende financiële ondernemingen. De Minister beschouwt dit kennelijk als een argument om DNB ook te belasten met het toezicht op aanbieders van cryptowisseldiensten:

“DNB is aangewezen als integriteitstoezichthouder, wat inhoudt dat DNB toezicht gaat houden op de naleving van de Wwft door deze aanbieders.”⁴⁹

Een argument dat overigens niet overtuigt nu geen sprake is van een vergunningsregime, geen sprake is van integriteitsregelgeving en dus ook geen integriteitstoezicht.

⁴⁹ Kamerstukken II 2018-2019, 35 245, nr. 6, p. 21, onder 36.

- 8.8 Verwacht mag worden dat indien DNB aangewezen wordt als de instantie die toezicht houdt op de naleving van de Wwft door aanbieders van cryptowisseldiensten, de wijze waarop dit toezicht zich in de praktijk zal voltrekken gelijk zal zijn aan het toezicht op andere aan haar toezicht onderworpen instellingen: vergunninghoudende financiële ondernemingen.
- 8.9 Die verwachting wordt niet alleen ingegeven doordat het dezelfde bevoegde instantie is die het toezicht uitoefent (DNB) maar vooral ook door de omstandigheid dat dezelfde wettelijk geformuleerde normen aan de orde zijn, waaronder de norm dat een integere en beheerste bedrijfsvoering gewaarborgd moet zijn. Zoals eerder toegelicht is dit een eis met een vergunningskarakter.
- 8.10 Een andere belangrijke verplichting – in het kader van de inrichtingseisen – die op aanbieders van cryptowisseldiensten zal komen te rusten, is de verplichting om een ‘risicobeoordeling’ van hun bedrijfsvoering te doen. Deze uitgebreide risicoanalyse is bij vergunninghoudende financiële ondernemingen onderdeel van de verplichting om een zogenaamde SIRA uit te voeren.⁵⁰ SIRA staat voor systematische integriteitsrisico analyse. De Wwft schrijft echter een andere meer beperkte analyse uitsluitend gericht op de risico’s van witwassen en terrorisme financiering en passend bij aard en omvang van de onderneming. Dit wordt expliciet benoemd bij de introductie van de Wwft (paragraaf 3.2 van de memorie van toelichting):

*“De risicobeoordeling in de Wwft beperkt zich tot de blootstelling van een instelling aan het risico op witwassen en financieren van terrorisme, terwijl de systematische integriteitsrisicoanalyse **een breder bereik heeft.**”*

In de praktijk zal DNB beter bekend zijn met SIRA’s van financiële ondernemingen doch niet met risicobeoordelingen die louter betrekking hebben op de Wwft.

Dat op zich behoeft geen probleem te zijn maar hierdoor wordt wel steeds duidelijker zichtbaar dat het samenstel aan voorgestelde wettelijke voorschriften die wel gelijkenis vertonen met de Wft en de aanstelling van DNB als toezichthouder van een marktpartij die niet onder de Wft valt, aanleiding geeft tot de gedachte dat aanbieders onderworpen worden aan een vorm van toezicht dat gelijkenis vertoont met het Wft toezicht. Dit geldt temeer nu DNB voorstander is van een vergunningsregime.

⁵⁰ Art. 10 lid 1 Bpr Wft.

9. Slotbeschouwing

- 9.1 Dit memo is er niet op gericht om de keuze te bekritisieren dat aanbieders van crypto wisseldiensten onder de reikwijdte van de Wwft vallen.
- 9.2 Wel worden in dit memo een aantal kritische kanttekeningen geplaatst en noten gekraakt nu de voorlichting aan de Tweede Kamer de indruk wekt dat sprake is van een 1 op 1 implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn die past bij het advies van de Raad van State. Dit is niet juist om meerdere redenen:
- (i) het wetsvoorstel bevat strengere eisen dan de richtlijn;
 - (ii) het wetsvoorstel bevat de van de richtlijn afwijkende norm dat een integere en beheerste bedrijfsvoering gewaarborgd dient te zijn;
 - (iii) het wetsvoorstel introduceert onder de noemer registratie de juridische figuur van een vergunning met inhoudelijke toetsing vooraf;
 - (iv) de raad van State stelde dat de richtlijn het juist niet mogelijk maakt om de daarin voorgeschreven registratieplicht vorm te geven als een (verdergaande) vergunningplicht met voorafgaande toetsing;
 - (v) het wetsvoorstel kent daarmee een aantal voorschriften die gelijkenis vertonen met en ontleend zijn aan de Wft; en,
 - (vi) de keuze om het toezicht op naleving van de Wft door aanbieders van cryptowisseldiensten op te dragen aan DNB, brengt met zich dat verwacht mag worden dat DNB zich als integriteitstoezichthouder zal opstellen. Dit resulteert in de praktijk in een intensiever toezicht dan door de richtlijn beoogd; een toezicht dat eerder past bij een vergunningsregime dan bij een registratieplicht.
- 9.3 Terug naar het doel van de richtlijn: niet het reguleren van aanbieders van cryptowisseldiensten maar het opheffen van de anonimiteit bij transacties in virtuele valuta's. In het licht van deze doelstelling zou een daadwerkelijke beleidsarme implementatie meer zijn aangewezen.
- 9.4 Gerespecteerd zal moeten worden dat de Europese wetgever heeft gekozen voor een registratieplicht en dat virtuele valuta niet onder de reikwijdte van de Wft vallen en dus ongereguleerd zijn. De aanstaande implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn is, zoals ook de Raad van State terecht opmerkt, niet bedoeld als platform om alsnog een situatie in het leven te roepen waarin de facto sprake is van een vergunningsregime.