

Bijlage: Fundamentele vragen en inconsistenties rond de implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn

1- In de memorie van toelichting van de wet wordt gesteld (p.12):

In het wetsvoorstel wordt DNB aangewezen als Wwft-toezichthouder voor deze aanbieders. DNB zal dus toezicht houden op de integriteit van deze aanbieders.

Wij constateren dat de tweede zin niet voortvloeit uit de eerste. De gewijzigde vierde anti-witwas richtlijn kent niet de aparte en nieuwe verplichting voor de Wwft-toezichthouder om toe te zien op de open normen integriteit en goede organisatie, zoals in Nederland te vinden in de Wft. Sterker nog: de richtlijn laat de eisen in artikel 8 (over de beheermaatregelen in de organisatie) ongewijzigd.

2- In de Memorie van toelichting wordt summier toegelicht waarom het met de markt en de Raad van State geconsulteerde limitatieve artikel 23e is vervangen door een alternatieve structuur waarin de nieuwe artikelen 23e, 23i en 23j (gekopieerd uit de Wft en voorgesteld als nieuwe artikelen van de Wwft) opeens ook tot de 'registratie'-eisen behoren:

7.9. Toezicht op aanbieders van omwisseldiensten en bewaarportemonnees

Naar aanleiding van enkele consultatiereacties zijn de verplichtingen waar een aanbieder van omwisseldiensten of van bewaarportemonnees aan moet voldoen, uitgebreid. Zo is in artikel 23h de verplichting opgenomen om over een inzichtelijke formele en feitelijke zeggenschapsstructuur te beschikken. Artikel 23e verplicht deze aanbieders om voorgenomen wijzigingen in de formele of feitelijke zeggenschapsstructuur schriftelijk te melden bij DNB. De voorgestelde wijzigingen dienen te voorkomen dat DNB wordt belemmerd in de uitoefening van haar toezicht.

Wij constateren dat de bepalingen uit de nieuw ingevoegde Wft-achtige artikelen grote impact hebben, vermoedelijk in strijd zijn met het advies van de Raad van State en hun grondslag in de richtlijn missen. Voor ons is onbegrijpelijk waarom enkele ongeïdentificeerde consultatiereacties zwaarder zouden wegen dan het advies van de Raad van State en de tekst van de richtlijn, die sterk inzet op proportionaliteit.

3- De te toetsen gegevens omvatten ook de uit de Wft naar de WWFT gekopieerde eisen:

Artikel 23d

1. De Nederlandsche Bank gaat niet over tot registratie van een aanbieder als bedoeld in artikel 23b indien:

a. de gegevens bedoeld in artikel 23c, eerste lid, niet volledig zijn;

b. zij na verificatie van de gegevens bedoeld in artikel 23c, eerste lid, niet overtuigd is van de juistheid van deze gegevens;

Wij constateren dat de verwijzing van artikel 23c, eerste lid doorverwijst naar artikelen 23e, 23i en 23j en daarmee de registratie een Wft-karakter heeft. Daarbij wordt het voldoen aan die Wft-geïnspireerde artikelen geverifieerd en wordt een oordeel gevormd over de juistheid ervan. Wij begrijpen niet hoe dit artikel aansluit op de visie van de Raad van State, de tekst in de richtlijn en de eigen mededeling van de Minister (zie hieronder) dat dit geen Wft-achtige vergunning zou zijn.

4- De werking van de registratie en of het toch een vergunningstoets omvat, is onduidelijk. De nota naar aanleiding van het verslag stelt in het antwoord bij vraag 34 in de eerste alinea.

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.

De alinea eronder staat er echter:

Doel van de registratie is om een inschatting te kunnen maken van de risico's op witwassen en financieren van terrorisme bij de aanbieder en om een beeld te vormen of de aanbieder in staat is om te voldoen aan zijn wettelijke verplichtingen.

De in de wet gebruikte juridische termen: verificatie en juistheid van gegevens doet vermoeden dat wel degelijk sprake is van een inhoudelijke toets op onder andere de Wft-gebaseerde eisen. De verwoording is hier niet helder.

5- De Minister suggereert in de nota naar aanleiding van het verslag, dat naleving van integriteitsregels gelijk zou staan aan de eisen in de Wwft en de Sanctiewet 1977 en daarmee dat van een beleidsarme implementatie van de richtlijn sprake zou zijn. De onderstaande passage is onbegrijpelijk, in het licht van de andersluidende inhoud van artikelen 23e, 23i en 23j (alle drie wél kenmerkend voor de Wft):

*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 integriteitsregels, 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.***

6- In tegenstelling tot hetgeen de Minister in de nota naar aanleiding van het verslag suggereert (zie 5) wordt in de toelichting op de Algemene maatregel van Bestuur duidelijk dat de herkomst van diverse regels inderdaad de Wft is, in het bijzonder ook het besluit prudentiële regels:

Deze regels over voorkoming van belangenverstrengeling en de interne organisatie komen grotendeels overeen met bedrijfsvoering eisen die op grond van het Besluit prudentiële regels Wft gelden voor financiële ondernemingen waar de Wet op het financieel toezicht op van toepassing is.

7- Bij het antwoord op vraag 5 in de nota naar aanleiding van het verslag meldt de Minister:

Op dit moment zijn er geen aanwijzingen dat aanvullende maatregelen, bovenop de verplichte aanvullende maatregelen nodig zijn. Indien dit in de toekomst verandert, dan biedt de Wwft wel de mogelijkheid om die aanvullende maatregelen verplicht te stellen. Dit stemt overeen met de bedoeling van de richtlijn. Zonder directe aanleiding altijd alle aanvullende maatregelen verplicht stellen strookt niet met de risicogebaseerde benadering van de richtlijn en de Wwft en brengt aanzienlijke administratieve lasten met zich mee voor Wwft-instellingen.

Terecht wijdt de Minister erop dat de risicogebaseerde benadering van de richtlijn noopt tot voorzichtigheid rond het stellen van aanvullende eisen, ook gezien de administratieve lasten die dit veroorzaakt. Wij kunnen dit echter niet rijmen met de toegevoegde extra eisen uit de Wft.

8- In het antwoord op vraag 12 suggereert de Minister dat sprake is van uitsluitend implementatie van eisen die rechtstreeks uit de Richtlijn komen. Wij delen de visie dat dit nodig is om te voorkomen dat innovatie onnodig belemmerd wordt, maar kunnen dit niet rijmen met de extra toegevoegde Wft-eisen.

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. De verplichtingen uit de richtlijn gelden dus minimaal voor alle aanbieders in de Europese Unie. Er gelden in Nederland geen andere regels, zoals prudentiële eisen. Op die manier wordt voorkomen dat de innovatie onnodig belemmerd wordt.

9- In het antwoord op vraag 27 stelt de Minister:

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.

Wij juichen inhoudelijk bezien dit standpunt toe, maar kunnen deze opmerking niet plaatsen in het licht van de na de consultatie toegevoegde extra Wft-eisen.

10- In het antwoord op vraag 33 stelt de Minister:

De gegevens die bij de registratie moeten worden aangeleverd zijn opgenomen in artikel 23c, eerste lid, van de implementatiewet en zullen bij lagere regelgeving worden uitgewerkt.

Wij constateren dat met de verwijzing naar artikel 23c ook de ingevoegde Wft-eisen onderdeel worden van de registratieplicht, tegen de bedoeling van de Raad van State in. Het is ons niet duidelijk waarom bij een beleidsarme richtlijn interpretatie behoefte zou zijn aan vergaande delegatie van aan te leveren gegevens.

11- In het antwoord op vraag 36 stelt de Minister:

Er vindt op dit moment geen prudentieel toezicht plaats op deze aanbieders. DNB is aangewezen als integriteitstoezichthouder, wat inhoudt dat DNB toezicht gaat houden op de naleving van de Wwft door deze aanbieders.

Onder een beleidsarme juridische transpositie zou deze tekst luiden dat DNB is aangewezen als Wwft-toezichthouder, niet als integriteits-toezichthouder. De term integriteitstoezichthouder wordt alleen gebruikt als de Minister, anders dan de beweerdte bedoeling, inderdaad feitelijk extra toezicht met Wft-kenmerkende eisen als integriteit en beheerste organisatie voorschrijft.

12- Over de uitvoerbaarheid van het toezicht schrijft de Minister in antwoord op vraag 44:

DNB voert momenteel een toets uit naar de handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van het toezicht op aanbieders van diensten met virtuele valuta's, waarbij zij nader ingaat op de te verwachten benodigde capaciteit. Een reactie op deze toets wordt opgenomen in de toelichting op het implementatiebesluit dat op korte termijn zal worden geconsulteerd.

De toelichting op dit punt in de geconsulteerde AmvB luidt:

4. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Dit besluit is in samenspraak met de uitvoerder en toezichthouder DNB tot stand gekomen. DNB heeft een uitvoerbaarheid- en handhaafbaarheidstoets uitgevoerd. [PM: aanvulling o.b.v. input DNB].

Over de vraag hoe het toezicht vorm zal worden gegeven en wat de kosten daarvan zullen zijn is nog geen concrete informatie beschikbaar. Er staat enkel een verwijzing naar een pro memorie. Inmiddels heeft DNB wel het contact met de sector gezocht. Uit die contacten blijkt dat DNB als toezichthouder zich niet voorbereid op een beleidsarme richtlijntranspositie, maar op integriteits-toezicht op grond van nieuwe Wft-bepalingen in de Wwft. Wij begrijpen dat de gedachte hierbij is dat de betreffende toezichtafdeling het reguliere integriteitstoezicht op financiële ondernemingen ook toepast op de niet-financiële aangewezen instellingen van de Wwft.

Deze intentie van de toezichthouder is voor ons moeilijk te begrijpen in het licht van de visie van de Raad van State en het wezenlijk verschil tussen de Wwft en Wft. Dit blijkt bijvoorbeeld bij het uitvoeren van een risico-analyse. De Wwft schrijft een analyse voor, gericht op de risico's: witwassen en terrorisme financiering en passend bij aard en omvang van de onderneming. De Wft kent echter een bredere lijst risico's die in een extensieve analyse meegenomen moet worden. Dit verschil in benadering is ook benoemd bij de introductie van de Wwft destijds (paragraaf 3.2 van de memorie van toelichting):

Onder integriteitsrisico in de zin van het Bpr wordt een gevaar voor de aantasting van de reputatie verstaan of een bestaande of toekomstige bedreiging van het vermogen of resultaat van de financiële onderneming als gevolg van een ontoereikende naleving van hetgeen bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is voorgeschreven. 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.

Wij ontkomen niet aan de conclusie dat de Minister er naar streeft een beleidsarme implementatie te doen, terwijl feitelijk een ongemotiveerde uitbreiding van de Wwft ontstaat met regels die uit de Wft en het besluit prudentiële regels afkomstig zijn. Het doel hiervan is om ervoor te zorgen dat de toezichtafdeling van DNB haar gebruikelijke werkwijze voor financiële instellingen niet hoeft aan te passen op het andere karakter van toezicht dat zou voortvloeien uit de Wwft. Het bij-effect is daarbij voor ons als sector dat dit extensieve toezicht volledig door ons betaald zou moeten worden. Dit is een open einde regeling, doordat de nieuw toegevoegde Wft-normen in de wet een open einde karakter hebben.

Alhoewel de keuze voor DNB als Wwft-toezichthouder in eerste aanleg een logische keuze leek, vragen wij ons af of niet beter het Bureau Financieel Toezicht deze taak op zich zou kunnen nemen. Het BFT is gewend aan de uitvoering van Wwft-toezicht voor niet-financiële aangewezen instellingen, het heeft alle procedures, richtlijnen en beleidsregels operationeel en mag onder de nieuwe Wwft-tekst vrijelijk informatie delen met alle andere relevante Wwft-toezichthouders. Daarnaast worden de kosten van het toezicht niet zo extensief doorbelast aan de sector. De keuze voor het BFT lijkt ons daarom doelmatiger dan de keuze voor een toezichthouder die nog nooit eerder dit aparte toezicht heeft uitgevoerd voor partijen die niet een prudentiële vergunning hebben.

13- DNB en AFM zien geen noodzaak voor extra regels?

In antwoord op vraag 71 stelt de Minister dat DNB en AFM geen aanleiding zagen om andere regels te stellen dan die uit de wijziging van de vierde anti-witwas richtlijn volgen. Dit sluit niet aan op de toelichting die wij van de uitvoerend toezichthouder ontvingen (zie 12).

Wat opvalt bij de bewoording is de herhaling van de visie van de Minister dat er geen nationale extra eisen worden gesteld:

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.

Deze passage roept de vraag op welke onbekende consultatiereacties, kennelijk niet afkomstig van DNB of AFM, toch zoveel gewicht in de schaal hebben gelegd dat die Wft-eisen er blijkens de Memorie van Toelichting, toch zijn gekomen.

14- De inrichting van het registratie hoofdstuk is conform de Wft-structuur

In antwoord op de vraag 76 licht de Minister toe dat de gekozen registratie en delegatiestructuur niet afwijkt van wat gangbaar is bij reguliere toezichtregelgeving:

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.

De passage toont dat de structuur en opzet van het registratieregime geënt zijn op de Wft-en met de Wft vergelijkbare vergunningsregimes. Dit roept de vraag op of daarmee niet toch feitelijk een vergunningsregime wordt neergezet.

15- Wwft-toezicht is niet identiek aan integriteitstoezicht Wft

In de Memorie van Toelichting is in paragraaf 3.2.3. te zien:

In het wetsvoorstel wordt DNB aangewezen als Wwft-toezichthouder voor deze aanbieders. DNB zal dus toezicht houden op de integriteit van deze aanbieders.

Waar de eerste zin correct is, vloeit de tweede zin onder de huidige Wwft-tekst er niet uit voort. De Wwft bevat geen open normen op het gebied van integriteit; de woorden integriteit en integriteitsrisico komen ook niet in de Wwft voor. De Wwft kent namelijk een structuur waarin risk based en proportioneel beheermaatregelen worden geëist van enerzijds financiële instellingen en anderzijds niet-financiële aangewezen instellingen.

Wij hebben de indruk dat de Minister, door gebruikmaking van de term integriteitstoezicht, de Wft-eisen van een beheerste organisatie en integriteit wil toevoegen aan de Wwft, als zouden die voortvloeien uit de Europese richtlijn. Wij zien dat verband echter niet en vinden de term integriteits-toezichthouder verwarrend. Onder de Wft is immers ook de AFM integriteits-toezichthouder voor de onder haar toezicht functionerende financiële instellingen. In zekere zin zou zelfs betoogd kunnen worden dat gezien de aard van de virtuele valuta, de AFM een passender toezichthouder zou zijn.

Verenigde Bitcoin Bedrijven Nederland
Oktober 2019