

Mr. W.M.E. van Gorkum
Divisielirecteur Toezicht Horizontale Integriteit
Postbus 98
1000 AB Amsterdam

Nijmegen, 2 november 2020

Geachte mevrouw van Gorkum,

Op maandag, 21 september 2020, is door De Nederlandsche Bank ("DNB") aan alle aanvragers van een registratie als cryptobedrijf toegelicht dat geen registratie kan worden gekregen tenzij de aanvragers maatregelen treffen die neerkomen op een plicht tot 'whitelisting' en verificatie.

De door DNB opgelegde eisen worden gepresenteerd als voortvloeiend uit de Sanctiewet 1977 (de "Sanctiewet") en de Regeling toezicht Sanctiewet. Naar het oordeel van de aanbieders van cryptodiensten bevatten de eisen echter geen norm die krachtens de vijfde anti-witwas richtlijn of de Sanctiewet gesteld kunnen worden. Ook de door ons geraadpleegde juridisch adviseurs en sanctie-experts bevestigen die constatering. Soortgelijke eisen worden ook niet gehanteerd richting financiële ondernemingen waar DNB toezicht op houdt.

Wij hebben direct na 21 september 2020 contact gehad met het Ministerie van Financiën, als regelgever, over de achtergrond van deze nieuwe eis, de inhoudelijke ambiguïteit en de betrokkenheid van het Ministerie. Het Ministerie gaf aan dat er door DNB met hen geen overleg hierover gevoerd was en verwees voor het overige naar DNB als toezichthouder. Een uitnodiging van de Verenigde Bitcoinbedrijven Nederland ("VBNL") aan DNB tot nader overleg werd echter afgewezen.

Wij zijn bezorgd over de situatie die nu ontstaan is. Vier maanden na inwerkingtreding van de aangepaste Wwft en Sanctiewet (en derhalve in de vijfde maand van het Wwft-registratieproces) zijn nadere eisen door DNB geïntroduceerd die niet voordien kenbaar waren en waarbij fundamentele juridische en inhoudelijke vraagstukken aan de orde zijn (zie bijlage). De eisen veranderen de registratie, in strijd met de gedane toezeggingen in Tweede én Eerste Kamer, in een vergunningsregime. De aanvraag- en implementatiekosten nemen hierdoor significant toe en wie niet voldoet aan de eisen kan niet tijdig geregistreerd worden en vanaf 21 november de dienstverlening niet voortzetten.

Wij herhalen onze uitnodiging om in gesprek te gaan en wijzen op de grote mate van onduidelijkheid en rechtsonzekerheid bij Nederlandse en buitenlandse partijen die zich nu registreren. Het lijkt ons voor de honderdduizenden klanten en honderden medewerkers in Nederland niet wenselijk dat de continuïteit van onze dienstverlening op deze manier op het spel wordt gezet. We doen hierbij dan ook een zeer dringend beroep op DNB om snel deze ten onrechte ingevoegde eisen in te trekken.

Deze brief wordt onderschreven door zowel leden van de VBNL alsmede niet VBNL-leden die dezelfde thematiek ervaren in de registratieprocedure. Gezamenlijk betreft het hier 25 bedrijven, zowel uit Nederland als buitenland.

Met vriendelijke groet,

Verenigde Bitcoinbedrijven Nederland
P. van der Meijde, voorzitter

In afschrift gezonden aan: Mr. W.B. Hoekstra, Minister van Financiën

Bijlage: Fundamentele vraagpunten bij de aanvullende sanctie-eisen van DNB dd 21-9-2020

1. Inleiding

De vereniging Verenigde Bitcoinbedrijven Nederland ("VBNL") is opgericht in 2014 om te borgen dat in Nederland een gezamenlijk platform van aanbieders van cryptodiensten met elkaar kon samenwerken om gemeenschappelijke belangen op het vlak van fraudebestrijding te behartigen. In het verlengde van de gangbare eisen in de markt en van ketenpartners hebben wij in 2015 een beleidslijn vastgesteld opdat in onze sector helder was hoe met AML/KYC-verplichtingen wordt omgegaan.

In dat licht bezien juichen wij de Wwft-regelgeving rond witwassen en terrorismefinanciering toe, omdat hierdoor een extra juridische basis ontstaat voor onze informatieverzoeken aan klanten en extra mogelijkheden ontstaan om bij te dragen aan een integere bedrijfstak. Ook is er nu de mogelijkheid om zelf FIU-meldingen te doen, zonder aansprakelijk te zijn voor de daaruit voortvloeiende schade.

2. Plaats van aanbieders van cryptodiensten ten opzichte van financiële instellingen

Alhoewel in het publieke debat aanbieders van cryptodiensten vaak gekoppeld worden aan een anekdotisch vertoog over majeure risico's rond witwassen en terrorismefinanciering is de realiteit dat de transactievolumes en incidenten in het girale betalingsverkeer en met contant geld, van geheel andere orde zijn dan de risico's rond virtuele valuta, zowel in termen van schaal als van impact. Wij verwijzen hierbij naar het artikel van de heer Tokmetzis in de Correspondent van 4 maart 2020ⁱ en het in oktober 2020 gepubliceerde rapport van Europol.ⁱⁱ

Een vergelijkbare constatering doet FIOD Directeur van der Vlist in het FD van november 2018:

De jongste schatting van de witwaspraktijk in Nederland komt uit op €16 mrd, voor €9 mrd afkomstig uit het buitenland. Corruptie telt volgens Van der Vlist ook op tot een bedrag 'tussen €5 mrd en €10 mrd per jaar'. Er zijn drie kanalen waarlangs dat geld kan worden witgewassen.ⁱⁱⁱ

'Het meeste loopt door het financiële systeem. Dan heb je nog cryptomunten. Dat groeit wel, maar is niet enorm in omvang. En dan heb je contant geld. Dus je kunt gevoeglijk aannemen dat een groot deel van die €20 à 30 mrd door ons financiële systeem gaat'.^{iv}

Beschouwen we de markt in Nederland dan is onze schatting dat sprake is van een doelgroep van klanten van circa 500.000 klanten en de betrokkenheid van (direct of indirect) honderden banen. Onze leden, maar ook de overige aanbieders in de cryptomarkt, zijn trots op het innovatieve crypto-ecosysteem dat in de loop der tijd in Nederland is ontstaan. Die markt en dat eco-systeem zijn gebaat bij institutionele kaders die legitimiteit, proportionaliteit, innovatie en een level playing field in Europa borgen.

3. Wordingsgeschiedenis wetgeving: model vergunningsaanvraag als feitelijke beleidsintentie

De beleidsvisie van DNB, gepubliceerd in januari 2019^v, luidt dat sprake zou moeten zijn van een vergunningsregime voor aanbieders van cryptodiensten. De Raad van State meldde in haar advies van 22 mei 2019:

a. Vergunningplicht

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. (zie noot 9).

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 (zie noot 10) kan dan ook geen rechtvaardiging zijn voor het voorgestelde vergunningstelsel. Blijkens de considerans van de richtlijn was dit voor de Europese wetgever juist aanleiding om het (minder verstrekkende) voorschrift van registratie vast te stellen. (zie noot 11)^{vi}

De beleidsintentie van DNB om een vergunningsregime te krijgen werd uiteindelijk grotendeels gehonoreerd, doordat het Ministerie van Financiën de in maart 2019 door DNB gevraagde extra toezichteisen toevoegde aan de uiteindelijke implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn. Ook werd de term vergunning vervangen door registratie. Op 14 oktober 2019 bleek de visie van DNB rond het invoering van een vergunningsregime in plaats van een registratie echter ongewijzigd:

Wij benadrukken dat wij de waarborgen die een vergunningstelsel biedt, nog altijd onderschrijven.^{vii}

In de parlementaire discussie is door de Eerste Kamer gewezen op het risico dat het onderhavige registratieproces voor aanbieders van crypto-diensten feitelijk uitmondt in een verkapt vergunningsregime. Achter de noemer registratie gaat een feitelijke vergunnings-systematiek schuil. De juridische analyse van Hart advocaten, welke de grondslag vormt voor die observatie en die ook letterlijk geciteerd is in de Eerste Kamer, beschouwen we als bij u bekend:

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.^{viii}

Aanbieders van cryptodiensten hebben in dat licht gezien goede nota genomen van de toezeggingen en toelichtingen van het Ministerie van Financiën. Zo verduidelijkte het Ministerie van Financiën:

Ten aanzien van die registratieplicht moet ik toch echt erin persisteren dat het anders zit dan hoe de heer Otten het zegt. Het is gewoon anders of je een registratieplicht hebt of dat je een vergunningplicht hebt. Registreren doe je en een vergunning wordt aan je verleend. Dat is gewoon echt wat anders. De lat ligt daar ook op een ander niveau.^{ix}

Ook is in de Eerste Kamer nadrukkelijk toegelicht dat in Nederland geen eisen worden toegevoegd bovenop de Europese, alhoewel wel die gedachte heeft gespeeld bij de regelgever.

Mevrouw Karimi (GroenLinks):

In mijn betoog heb ik echt benadrukt dat u verder kon gaan dan die minimumharmonisatie. Maar u heeft ervoor gekozen om in de vertaling naar de wetsvoorstel dicht bij de richtlijn te blijven en dat niet verder te verrijken, naar mijn oordeel.

Minister Hoekstra:

Wij hebben gewoon gekeken hoe we zo snel mogelijk kunnen implementeren, ook weer rekening houdend met de opvattingen bij De Nederlandsche Bank en de AFM. Hoe kunnen we kijken naar wat op dit moment uitvoerbaar lijkt? Zoals gezegd, we zijn dus ook al aan de late kant. Veel van de suggesties in dit debat wil ik heel graag meenemen, maar dit leek ons verstandig om te doen.

Ik wijs even op een punt dat ook werd aangehaald. Wij waren aanvankelijk voornemens om in sommige opzichten nog wat verder te gaan, maar daar was de Raad van State erg kritisch over.^x

De aanbieders van cryptodiensten zien de genoemde woorden en toelichting van de Minister als constituerend en randvoorwaardelijk voor de ruimte die de toezichthouder heeft voor haar handelen. De bevoegdheid van de toezichthouder is een afgeleide bevoegdheid welke zijn grond vindt in de normering van de regelgever, inclusief bijpassende toelichtingen in stukken en het parlementair debat.

4. Beleidsintentie in de praktijk: trustkantorenregime SIRA voor crypto?

Deze zomer constateerden wij dat een eis/verwachting rond systematische integriteits risico-analyse voor trustkantoren (gepubliceerd september 2019)^{xi}, één op één gekopieerd is naar de pagina voor cryptodienstverleners (inclusief daarmee een incorrecte verwijzing naar de begrippen SIRA en een dienstverleningsdocument zoals genoemd in de Wet toezicht trustkantoren 2018)^{xii}. Wij hebben ons dan ook over deze uiting en het gebruik van de termen SIRA en dienstverleningsdocument verbaasd.

Is het daadwerkelijk de bedoeling dat de lat voor aanbieders van cryptodiensten op hetzelfde niveau wordt gelegd als voor trustkantoren? Hoe verhoudt zich dat tot de eerdere uitspraken van het Ministerie van Financiën (zie p 3. van deze brief) en de institutionele kaders die het gedrag van de toezichthouder mede bepalen en begrenzen?

5. Verwachtingen rond handelen DNB

DNB vervult een belangrijke rol in de Nederlandse samenleving. Een onberispelijke reputatie is essentieel voor het vertrouwen dat de samenleving en onder toezicht gestelden in DNB hebben.

De aanbieders van cryptodiensten gaan er daarbij van uit dat DNB goed ambtelijk handelen centraal stelt bij haar eigen gedrag. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat DNB zorgvuldig omgaat met de eigen bevoegdheden en middelen. Wij verwachten ook dat DNB zich houdt aan de letter en geest van wet- en regelgeving. Ook verwachten we dat DNB rekening houdt rekening met de diverse belangen die spelen, transparant is en het publieke belang als uitgangspunt in haar handelen meeneemt.

Wij brengen in dit verband in het bijzonder de visie van de Raad van State (zie pagina 2 en 3) in herinnering. De Raad had ten tijde van haar advies kennisgenomen van de beleidsintentie van DNB en wees deze af, onder verwijzing naar de Europese Richtlijn. De Raad gaf aan dat er, ongeacht de mate van inschattingen rond risico's op witwassen of terrorismefinanciering, geen rechtvaardiging bestaat om voorafgaande toetsing te doen en een vergunningsregime te implementeren, maar dat sprake dient te zijn van een minder verstrekkend voorschrift van registratie.

Wij hebben vragen over het verschil tussen het advies van de Raad van State, de constituerende toelichtingen door het Ministerie van Financiën en het feitelijk beleid en handelen van DNB op dit moment. Sluit de norm van goed ambtelijk handelen conform letter en geest van de wet voldoende aan op de feitelijke houding en werkwijze van DNB? Welk effect heeft het huidige handelen van DNB op de reputatie van DNB en de legitimiteit van het toezicht?

6. Kenbaarheid van de eisen/verwachting rond whitelisting en verificatie

Het uitgangspunt dat van het begin af aan voor alle aanbieders van cryptodiensten duidelijk zou zijn dat deze concrete vereisten rond whitelisting/verificatie aan de orde waren, kunnen wij niet herkennen.

Wij constateren dat de eisen in hun concrete vorm niet aan de orde zijn geweest tijdens de twee informatiesessies die DNB voor de sector heeft gehouden (in 2018 en 2019). Er is door DNB uitsluitend gesproken over de generieke vereiste van de sanctiewet om de relatie te screenen. Verificatie en whitelisting was daarbij nooit aan de orde. Wij krijgen dook uit het verloop van de registratieprocedures de indruk dat feitelijk sprake is van een, tijdens het proces, nieuw ingevoegde en vastgestelde interne beleidslijn of instructie.

Wij verwijzen ook naar de discussie bij de consultatie van de wet, toen een vorm van verificatie werd benoemd in de toelichting op de implementatiewet van de gewijzigde vierde anti-witwasrichtlijn. Daarover gaven vele aanbieders van cryptodiensten dat dit onwerkbaar was. In vervolg hierop is in de Memorie van toelichting door het Ministerie van Financiën (juli 2019) de eis om een externe wallet te koppelen aan een account met de volgende woorden ingetrokken:

Ook wordt gewezen op de (gedeeltelijke) onuitvoerbaarheid van sommige verplichtingen die zijn opgenomen in paragraaf 2.1.3, zoals het achterhalen van een IP-adres en het koppelen van een identiteit aan een account. Naar aanleiding van deze reacties is een deel van dit onderdeel van de memorie van toelichting vervangen door een meer risico gebaseerde benadering, waarin wordt benadrukt dat het van belang is dat een aanbieder van omwisseldiensten of bewaarportemonnees een gebruikersprofiel opstelt van de cliënt en in staat is om te bepalen in hoeverre het gedrag van de cliënt hiervan afwijkt.^{xiii}

Er is nadien in november 2019 tijdens het seminar door het Ministerie van Financiën nog in het bijzonder verduidelijkt dat verdergaande eisen, voortvloeiend uit FATF-regelgeving, geen onderdeel uitmaken van de registratie-eisen omdat ze eerst in Europees verband vastgesteld moeten worden.^{xiv} Dit sluit aan op de mededelingen van de Minister nadien in de Tweede en Eerste Kamer.

Wij constateren verder dat de genoemde eisen niet zijn opgenomen in de AMLD5-richtlijn, welke immers niet ziet op sanctie-onderwerpen. In combinatie met de expliciete uitspraken van de Minister over het uitsluitend implementeren van Europese regels, kunnen we de gepubliceerde vereisten van DNB moeilijk plaatsen.

Wij vragen ons ook af waarom de toelichting bij het registratieformulier van dit voorjaar op geen enkele manier melding maakt van deze verwachting? Na een voorbereiding van twee jaar, met twee voorlichtingsbijeentkomsten, zijn de nieuw ingevoegde toelatingseisen whitelisting en verificatie begunstigde feitelijk pas eind september 2020 expliciet aan de sector gecommuniceerd en opgelegd.^{xv} Dit is mede daarom zo opmerkelijk omdat de VBNL daarvoor herhaaldelijk (maar tevergeefs) had aangedrongen op regulier overleg tussen branche en DNB om de registratieprocedure in goede banen te kunnen leiden.

De situatie is daarmee dat in de vijfde maand van het registratieproces deze eisen opeens ter tafel zijn gekomen en wij vragen ons af waarom. Na publicatie van nieuwe eisen hebben partijen uiteraard enige tijd nodig om zich een oordeel te vormen hierover en de implementatie te ontwerpen. Cryptobedrijven met een lopend registratieverzoek is vervolgens echter slechts een korte termijn gegeven om de registratiestukken aan te passen zodat DNB kan vaststellen dat aan deze eis is voldaan. Hierdoor ontstaat een tijds-klem naar het overgangsregime, dat op 21 november aanstaande afloopt. Is het verantwoord om de continuïteit van de bedrijven zo onverwacht afhankelijk te maken van deze last-minute ingevoegde eisen? Wat is de achtergrond geweest voor deze timing en waarom is besloten tijdens de registratie deze nieuwe eisen in te voegen?

De stellingname dat sprake zou zijn van een algemeen bekend te beschouwen verwachting c.q. dat dit een operationalisering van een bestaande regel uit de Sanctiewet is kunnen wij niet herkennen. De genoemde verwachting is niet in FATF-regels opgenomen^{xvi}, niet in de vijfde anti-witwasrichtlijn^{xvii} en is in geen enkele andere EU-lidstaat ingevoerd of toegepast.

Dit blijkt ook uit de beperkte juridische toelichting op de achtergrond bij de eisen op welke artikelen uit de Sanctiewet deze zijn gebaseerd. De verkregen toelichting kenmerkt zich door afwisseling van risico-redeneringen en resultaat-redeneringen en benoemt geen concrete wetsartikelen maar het generieke doel van de Sanctiewet. De technische effectiviteit van genoemde oplossingen is beperkt, hetgeen leidt tot een inhoudelijke en formele ambiguïteit. Het blijft dan ook gissen wat precies de norm en grondslag is en waarom deze zo zou luiden.

Wij menen ten principale dat de Sanctiewet- en regelgeving geen verplichting tot het verifiëren van de identiteit van bij transacties betrokken relaties met zich brengt. Deze verplichting geldt wel ten aanzien van de *cliënt* voor een instelling die in het kader van het cliëntonderzoek diens identiteit moet verifiëren uit hoofde van de Wwft.

Artikel 3(2)(a) Wwft beschrijft ook uitdrukkelijk de verplichting voor een instelling, waaronder een Cryptobedrijf, om een cliënt te *identificeren* en diens identiteit te *verifiëren*. De Sanctiewet, en in het bijzonder de Regeling toezicht Sanctiewet, refereert enkel aan het controleren of de relatie overeenkomt met de identiteit van een persoon op een sanctielijst. In de toelichting bij de Regeling toezicht Sanctiewet wordt nog de nadere duiding gegeven: “*Met de term ‘identiteit’ wordt hier gerefereerd aan de namen en eventuele overige identificerende gegevens, zoals geboortedatum of woonplaats, van die (rechts)personen en entiteiten.*” (Stcrt 2005/188, p. 21, sub pagina 3).

DNB lijkt de verificatieplicht uit hoofde van de Wwft echter ook toe te passen ten aanzien van de verplichtingen van een poortwachter uit hoofde van de Sanctiewet- en regelgeving, zij het enkel waar het normadressaat een Cryptobedrijf betreft en niet ook andere typen poortwachters.^{xviii}

7. Verzoek om informatie of nieuwe toelatingseisen?

Een Wwft-toezichthouder kan nadere informatie vragen om zich te vergewissen van de Wwft-risicoafweging van de onderneming en de maatregelen die genomen zijn rond het onverhoopt ter beschikking komen van middelen aan onbevoegde derden die op de sanctielijst staan. Genoemde risicoanalyses zijn door de registrerende aanbieders van cryptodiensten bij de aanvraag aangeleverd.

Onder richtlijn artikel 48.8 komt een onderneming eigen discretionaire ruimte toe wat betreft beoordelen van risico's, afwegen en accepteren van restrisico's. De stukken bij een registratie-aanvraag laten dan zien hoe partijen voldoen aan de eisen uit de sanctiewet en wat de risico-afweging is rond malicieuze actoren die ons bedriegen, beroven en oplichten zo goed mogelijk gedocumenteerd.

Is er bij de nieuw geïntroduceerde eisen, in combinatie met de koppeling aan de termijn van registratie, niet veeleer sprake van het door de toezichthouder, in de plaats van de onderneming, voorschrijven van zowel risicoafwegingen als beheersmaatregelen die nodig zijn om de risico's rond het indirect en onbedoeld in handen komen van crypto's bij onbevoegde malicieuze actoren te mitigeren?

Kwalificeert dit dan als informatieverzoek of als een toelatingsvoorwaarde? Zijn de eisen gesteld door de Wwft-toezichthouder, de Sanctiewet-toezichthouder of beide? Hoe sluit dit aan op de vijfde anti-witwasrichtlijn en de kaders van het toezicht onder de Wwft en de Sanctiewet?

8. Hoe geschiedt nu feitelijk de invulling en uitvoering van registratie-regime?

Wij vragen ons af hoe de nu ingezette extra inhoudelijke toetsing en normering van de extra eisen, aansluit op de inrichting van het registratieregime onder de Wwft.

In de Uitvoeringsregeling Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, artikel 3 lid 1, wordt allerlei informatie gevraagd gebaseerd op het besluit in lagere regelgeving. Hoe kunnen echter in de registratie, die alleen op de vijfde anti-witwasrichtlijn is gebaseerd, en die uitsluitend op die Europese eisen zou zijn gegrondvest, opeens nationale eisen worden toegevoegd die geen enkele lidstaat in Europa zo hanteert en toepast? En ziet de term toezichthouder in Artikel 3, lid 1, o, zowel op de Wwft-toezichthouder rol als op die van de Sanctie-toezichthouder?

Uiteraard neemt bovenstaande niet weg dat onderdelen van de registratieprocedure ook zien op risico's rond de Sanctiewet en het kunnen voldoen aan de reguliere eisen onder de Sanctiewet. Aanbieders van cryptodiensten hebben op dit punt hun documentatie bij de initiële aanvraag in lijn gebracht met de toenmalige toelichting van DNB, om voldoende inzicht te geven op dit punt.

Daarbij onderstrepen wij nogmaals dat de aanbieders van cryptodiensten zich bewust zijn van hun verplichtingen onder de Wwft en de Sanctiewet. Echter, als de dienstverlening moet worden gestaakt door het niet tijdig geregistreerd worden door DNB, zullen klanten overstappen naar andere, buitenlandse, niet in Nederland geregistreerde cryptodienstverleners. Het gevolg is dat transacties buiten het zicht van Nederlandse autoriteiten verdwijnt, hetgeen onwenselijk is.

De nu toegevoegde eis is uniek in Europa en verstoort het level playing field. Het gevolg zal dan ook zijn dat Nederlandse klanten uit eigen beweging zich aan zullen melden bij geregistreerde aanbieders uit andere EU-landen, die hen zonder whitelisting/verificatie kunnen bedienen als zij zich niet op de Nederlandse markt richten. Hoe verhoudt dit zich tot het uitgangspunt om zoveel mogelijk te opereren conform de Europese kaders van vrije concurrentie en level playing field?

9. Is de toezichthouder bevoegd en de eis met Financiën overlegd?

De formulering van de eis verheldert niet of deze nu door DNB als Wwft-toezichthouder of als sanctiewet toezichthouder wordt gesteld. Wij vragen ons af of het klopt dat momenteel, bij gebreke aan een aanwijzing middels Ministerieel besluit, De Nederlandsche Bank niet aangewezen is als toezichthouder onder de Sanctiewet?

Aanwijzing rechtspersonen Sanctiewet 1977

Geldig van 28-06-2019 t/m heden

Aanwijzing rechtspersonen Sanctiewet 1977

De Minister van Financiën,

Gelet op [artikel 10, tweede lid, van de Sanctiewet 1977](#);

Besluit:

Artikel 1

Als belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de [vijfde afdeling van de Sanctiewet 1977](#) bepaalde met betrekking tot het financieel verkeer worden aangewezen:

- De Nederlandsche Bank N.V., voorzover het betreft de naleving door de instellingen bedoeld in [artikel 10, tweede lid, onder a, c en e tot en met j, van die wet](#);

De onduidelijkheid over de eis maakte dat de VBNL contact zocht met het Ministerie van Financiën om opheldering. Daaruit bleek dat het Ministerie van Financiën niet betrokken was of gekend was in de formulering van deze nieuwe eisen. Dat betekent dat, ook als wél sprake zou zijn van een correcte aanwijzing onder een aanwijzingsbesluit, de vraag is of de nieuwe eisen gesteld kunnen worden onder de Sanctiewet. Is het niet zo dat de regelgeving vereist dat voorafgaand aan de feitelijke vaststelling en handhaving, door de gedelegeerd toezichthouder met het Ministerie van Financiën (en gebruikelijker wijs in de Nederlandse institutionele context: de sector) hierover wordt overlegd?

Wij blijven daarmee worstelen met fundamentele vragen over de feitelijke bevoegdheid van DNB als toezichthouder Sanctiewet en de bevoegdheid om genoemde eisen, zonder voorafgaand overleg met de sector en Financiën te stellen, voor zover DNB überhaupt deze bevoegdheid heeft op grond van de Sanctiewet- en regelgeving zoals hierboven toegelicht.

10. Gelijkheidsprincipe

Voor zover wel sprake zou zijn van een bevoegd gestelde eisen, vragen we ons af hoe hierbij het gelijkheidsbeginsel in acht is genomen. Dit geldt zeker in vergelijking van het proces van aanbieders van cryptodiensten met dat van banken in het betalingsverkeer en geldopnames contant geld. Juist girale overboekingen en contant geld vormen immers de hoofdkanalen waarlangs gesanctioneerde actoren in het bezit kunnen komen van gelden c.q. middelen.

Er is voor banken, bij betaling aan derden, geen pennycheck vereist van de begunstigde bij een (internationale) overboeking, alvorens de bank toegestaan wordt om een buitenlandse betaling te doen naar dat rekeningnummer. In de situatie dat sprake is van een geldopname van eigen rekening geldt evenmin een aanvullende controle-eis. Feitelijk wordt dus op dit moment door de toezichthouder niet een vergelijkbare eis aan banken gesteld terwijl voor die partijen wel het restrisico wordt geaccepteerd dat door oplichting en ander malicieus gedrag buiten het zicht om van die aanbieders gelden ter beschikking komen van gesanctioneerde personen.

Wij zien onze hoofdconclusie dat de eisen niet uit de Sanctiewet voortvloeien, bevestigd in de toelichtingen voor andere sectoren. Zo geldt voor verzekeraars, blijkens de Q&A op de website van DNB:

3.1 Moet ik als verzekeraar de identiteit van de relatie verifiëren?

Iedere verzekeraar moet zijn relaties identificeren. De SW verlangt echter niet dat u als verzekeraar uw relaties verifieert, in die zin dat u controleert of de gegevens die u ontvangt van de verzekerde kloppen.^{xix}

Evenzo zien wij dat bij fysieke wisselkantoren voor vreemde valuta de incidentele wisseltransacties als hoog risico worden gekwalificeerd door DNB. Het bedrijfsproces bij die kantoren komt functioneel overeen met de wisseltransacties naar eigen wallet, zoals die ook voor crypto-bedrijven ingericht is. Bij incidentele transacties vanaf de 2000 euro is, blijkens de toelichting van DNB, identificatie en verificatie van de client nodig.^{xx}

De formuleringen tonen dat DNB expliciet accepteert dat onder incidentele bedragen van 2000 euro geen identificatie/verificatie van de klant plaatsvindt en zelfs geen controle op het voorkomen op de sanctielijst! De risico's dat de gelden nadien in handen van gesanctioneerden kunnen komen, komen al helemaal niet ter sprake. Wij vragen ons af hoe deze risico-inschatting van de Sanctiewet toezichthouder voor de gewone vreemde valuta-wisselkantoren zich verhoudt tot de situatie bij crypto-bedrijven.

In hoeverre is hiermee zowel qua normering als acceptatie van restrisico's sprake van ongemotiveerde en ongelijke behandeling door de toezichthouder? Is die andere behandeling vastgelegd in handhavingsbeleid en wat is de motivatie daarvan? Contant geld is immers een veel wijder verspreid instrument dan crypto's dat als niche-instrument in het bezit is van 4% van de bevolking en ook blijkens DNB-onderzoeken nauwelijks gebruikt wordt in het online betalingsverkeer.^{xxi}

11. Borgen van bestuursrechtelijk adequate afweging: toepasselijkheid handhavingsbeleid

De vraag is of deze gedetailleerde discussie over het voldoen aan de Sanctiewet thuishoort in het kader en de figuur van de registratie. Een registratie dicteert, zoals de Minister in de Eerste Kamer toelichtte een volgordelijkheid die neerkomt op het eerst verstrekken en, indien nodig, het nadien op grond van het lopend toezicht of een verzoek van de sanctiewet-toezichthouder intrekken ervan.

Bij toepassing van deze systematiek ontstaat de passende bestuursrechtelijke waarborg om te wegen welke handhavingsmaatregelen adequaat zouden zijn in geval DNB als toezichthouder van mening zou zijn dat een te groot risico bestaat op sanctiegebied. Een breder spectrum aan handhavingsinstrumenten komt dan ter beschikking en er kan recht worden gedaan aan de individuele situatie en opstelling van ondernemingen bij het beoordelen van de passendheid van te nemen interventies.

Is het invoegen van de nieuwe eisen in deze registratieprocedure feitelijk gelijk te stellen aan het, zonder bijpassende bestuursrechtelijke waarborg, kiezen voor de meest verregaande interventie uit het handhavingsbeleid van DNB: intrekken van de vergunning/registratie? In hoeverre is dit proportioneel en is hier sprake van voldoende rechtsgelijkheid?

Wordt bijvoorbeeld bij financiële instellingen direct de vergunning ingetrokken als blijkt dat bijvoorbeeld de credit card van bank A gebruikt is om een auto te huren voor een terroristische aanslag? Bestaat op dit moment al een vergelijkbare eis aan dergelijke instellingen om aanvullende verificatiemaatregelen voor begunstigden bij transacties te eisen om a priori het risico te verkleinen dat terroristen via een malicieuze stroman toch over geldmiddelen beschikken?

12. Wat is de rolverhouding tussen toezichthouder Wwft en toezichthouder Sanctiewet

Te constateren is dat in het registratieproces sprake is van twee soorten toezichthouders: de Wwft-toezichthouder en de Sanctiewet-toezichthouder. Wij hebben geen antwoord op de vraag welke toezichthouder nu precies vanuit welke hoedanigheid de eis geformuleerd heeft.

Wij vragen ons af of, gezien deze twee verschillende rollen, voldoende gewaarborgd is of er wordt gewerkt conform de gebruikelijke juridische kaders en bevoegdheden. Hoe wordt omgegaan met de uiteenlopende belangen tussen deze twee rollen. Is het zo dat binnen DNB aan aantal personen zonder bijpassende juridische aanwijzing en bevoegdheid kennis heeft genomen van de interne bedrijfsvoering van aanbieders van cryptodiensten en daarover ook nieuwe eisen heeft geformuleerd?

13. Verzoek: schort de discussie op omwille van de zorgvuldigheid en het belang van continuïteit

Op het moment dat wij dit schrijven is het circa één maand geleden dat er plotseling nieuwe eisen opdoken in het registratieproces, op een moment dat alle aanbieders betrokken bij de registratie hun documentatie al lang hadden ingeleverd hadden en het registratieproces reeds in een afrondende fase was. De eisen horen echter in het geheel niet ter tafel te liggen en het is jammer dat een gesprek over de fundamentele vragen, hierboven opgeworpen, uitblijft.

Wij herhalen onze uitnodiging om in gesprek te gaan en wijzen op de grote mate van onduidelijkheid en rechtsonzekerheid bij Nederlandse en buitenlandse partijen die zich nu registreren. Het lijkt ons voor de honderdduizenden klanten en honderden medewerkers in Nederland niet wenselijk dat de continuïteit van onze dienstverlening op deze manier op het spel wordt gezet. We doen hierbij dan ook een zeer dringend beroep op DNB om onverwijld deze ten onrechte ingevoegde eisen in te trekken.

ⁱ Tokmetzis, D, Terroristen massaal aan de bitcoin? Die waarschuwing is nogal opgeblazen. Correspondent. Zie: <https://decorrespondent.nl/11000/terroristen-massaal-aan-de-bitcoin-die-waarschuwing-is-nogal-opgeblazen/535667000-582306be>

ⁱⁱ *“In 2019, the overwhelming majority of bitcoin transactions were linked to investment and trading activity so, despite considerable abuse, criminal activity corresponds to only 1.1% of total transactions.”* Organised crime threat assessment Europolm 2020, <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2020>

ⁱⁱⁱ Aard en omvang van criminele bestedingen, oktober 2018, rapport Ecorys in opdracht van WODC, https://www.wodc.nl/binaries/2790_Volledige_Tekst_tcm28-355586.pdf

^{iv} Zie: <https://fd.nl/economie-politiek/1277482/fiod-baas-stille-revolutie-in-opsparing-maakte-ontmaskering-ing-mogelijk>

^v Crypto's. Aanbevelingen voor een regelgevend kader. DNB en AFM. December 2018. Zie: https://www.dnb.nl/binaries/Crypto_tcm46-381603.pdf?2020102816

^{vi} Advies Raad van State Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn, 22 mei 2019, Den Haag, Zie: <https://www.raadvanstate.nl/@114801/w06-19-0080-iii/>

^{vii} Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets Implementatiebesluit wijziging vierde anti-witwasrichtlijn, DNB, 14-10-2019, Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/bsluitwijzigingaml4/reactie/126109/bestand>

^{viii} Memo Hart Advocaten inzake Implementatie vijfde anti-witwasrichtlijn aan Bitonic B.V., 4-11-2019. Zie: <https://bitcoin.nl/img/posts/408/Advies%20t%20Hart%20advocaten%20-%20004112019-%20implementatiewet%20witwassen%20-%20niet%20beleidsarm.pdf>

^{ix} Verslag van de Eerste Kamer vergadering van 21 april 2020 (2019/2020 nr. 25, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/h-ek-20192020-25-10.html>

^x Verslag van de Eerste Kamer vergadering van 21 april 2020 (2019/2020 nr. 25, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/h-ek-20192020-25-10.html>

^{xi} Zie <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-augustus-2019/index.jsp>

^{xii} <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-cryptodienstverleners/nieuwsbrief-cryptodiensten-juli-2020/dnb389619.jsp>

^{xiii} Memorie van Toelichting behorende bij de implementatiewet van de vijfde anti-witwasrichtlijn, blz. 29.

^{xiv} Zie slide 50 van de presentatie op <https://www.toezicht.dnb.nl/en/binaries/51-238056.pdf>

^{xv} Het screenen van de tegenpartij bij een (inkomende en uitgaande) transactie, zie de webpagina: <https://www.toezicht.dnb.nl/2/50-238362.jsp>

^{xvi} FATF-recommendations, October 2020, Zie: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>

^{xvii} Vijfde anti-witwasrichtlijn. Zie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/nl/ALL/?uri=CELEX:32018L0843>

^{xviii} Bij leidraden DNB geldt: 'Deze leidraad is geen juridisch bindend document of een beleidsregel.'

^{xix} Q&A Sanctiewet voor schadeverzekeraars, p.2, <https://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-235745.pdf>

^{xx} Sanctiecheck. Zie <https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-238096.jsp>

^{xxi} ESB, oktober 2017, De acceptatie van virtuele valuta door webwinkeliers, Zie: <https://esb.nu/esb/20032302/de-acceptatie-van-virtuele-valuta-door-webwinkeliers>