FINNIUS

# Een spannende tijd voor aanbieders van cryptodiensten

**12 november 2020**

5 MINUTEN

Op 21 mei 2020 is de Wet ter voorkoming witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) gewijzigd als gevolg van de implementatie van de vijfde Europese anti-witwasrichtlijn (AMLD5). Dit heeft plaatsgevonden via de implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn (Implementatiewet). Eén van de belangrijkste wijzigingen betrof de introductie van een registratieplicht voor aanbieders van (i) diensten voor het wisselen tussen virtueel geld en gewoon geld en (ii) bewaarportemonnees voor virtuele valuta. Hiermee zijn de Nederlandse aanbieders van deze cryptodiensten (Aanbieders) onder Wwft-toezicht gebracht. Eén van de gevolgen is dat deze Aanbieders zich moeten registreren bij de bevoegde financiële toezichthouder De Nederlandsche Bank (DNB).

Aanbieders dienen binnen een half jaar na implementatie, dat wil zeggen uiterlijk op 21 november 2020, over een registratie bij DNB te beschikken. Is dit niet het geval, dan moet de Aanbieder haar registratieplichtige activiteiten staken totdat de registratie alsnog is voltooid. Deze *registratieplicht* is uitgebreid besproken bij de totstandkoming van de Implementatiewet. In de consultatie van deze Implementatiewet was oorspronkelijk namelijk een *vergunningplicht* opgenomen voor Aanbieders. Volgens de wetgever en de Nederlandse toezichthouders was het, gelet het hoge risico op witwassen en terrorismefinanciering bij dergelijke cryptodiensten, geoorloofd een dergelijk vergunningplicht te introduceren. De Raad van State concludeerde echter dat een vergunningplicht niet geoorloofd was onder AMLD5. Dat advies heeft een vooral kosmetische reparatie gekregen, omdat de Nederlandse wetgever in het wetsvoorstel vervolgens uitsluitend de bewoordingen ‘vergunningplicht’ heeft gewijzigd in ‘registratieplicht’. De overige inhoudelijke registratievereisten zijn ongewijzigd gebleven, met als gevolg dat Aanbieders alsnog zijn geconfronteerd met een verkapt vergunningenregime. Dit leidt in de praktijk tot een zware administratieve last voor Nederlandse Aanbieders om voor een registratie in aanmerking te komen, waarmee ook het Europese *level playing field* wordt verstoord omdat andere Europese landen de registratieplicht wel in lijn met AMLD5 hebben geïmplementeerd.

Eén van de ver gaande verplichtingen waar Aanbieders aan moeten voldoen is de Sanctiewet 1977 en de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (Sanctieregelgeving). Uit deze Sanctieregelgeving vloeit voort dat een Aanbieder in staat moet zijn ten aanzien van de identiteit van een relatie te controleren of deze overeenkomt met een (rechts)persoon of entiteit als bedoeld onder deze Sanctieregelgeving. ‘*Relaties*’ zijn in de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 gedefinieerd als ‘*eenieder die betrokken is bij een financiële dienst of financiële transactie’.* Als relatie kan daarom ook worden beschouwd de tegenpartij waarmee transacties door worden verricht. Daarmee komt tot uitdrukking dat de term ‘*relatie*’ in de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 een aanzienlijk bredere reikwijdte heeft dan de term ‘*cliënt*’ in de Wwft.

Tot voor kort is door DNB uitsluitend gesproken over het generiek vereiste onder de Sanctieregelgeving om relaties te screenen. Van nadere *guidance* was geen sprake, totdat DNB zich op 23 september 2020 op haar website uitdrukkelijk heeft uitgelaten over hoe zij verwacht dat Aanbieders tegenpartijen screenen bij inkomende en uitgaande transacties. Dit komt, kort gezegd,

erop neer dat DNB van Aanbieders verwacht dat zij in staat zijn effectief te screenen op het overeenkomen van de identiteit van de relatie als hiervoor bedoeld. Concreet betekent dit dat de Aanbieder (i) de identiteit en woonplaats van de tegenpartij vaststelt en screent tegen de sanctielijsten, en (ii) vaststelt dat deze persoon ook de daadwerkelijke ontvanger of verzender is. De wijze waarop dit plaatsvindt is vormvrij. Hier begint voor veel Aanbieders de schoen te knellen, omdat het meestal niet duidelijk zal zijn, sterker nog dat kán worden achterhaald, met welke tegenpartij door hun cliënten een transactie wordt aangegaan. Virtuele valuta hebben naar hun aard immers een anoniem karakter. Als virtuele valuta bijvoorbeeld niet wordt verhandeld tussen cliënten van een Aanbieder onderling, maar met een tegenpartij die niet op het platform van de Aanbieder is aangesloten, zal het doorgaans niet zomaar mogelijk zijn de identiteit van deze persoon te achterhalen. Het is dan ook maar de vraag of de meeste Aanbieders aan dit vereiste van DNB tegemoet kunnen komen. Als gevolg van deze nadere uitleg van DNB lijkt het erop dat voor veel Aanbieders de deadline van 21 november aanstaande in het gedrang komt. Het heeft er alle schijn van dat DNB pas tijdens het registratieproces van de afgelopen periode tot nadere inzichten is gekomen hoe exact met het screenen van relaties door Aanbieders moet worden omgegaan.

In aanvulling hierop een formeel punt. DNB is in de Sanctiewet 1977 niet als toezichthouder voor aanbieders van cryptodiensten aangewezen. Dit is bijzonder, aangezien de wetgever in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet expliciet heeft aangegeven dat DNB in dit kader als de relevante toezichthouder moet worden aangewezen. Het niet verankeren van deze bevoegdheid lijkt daarmee een omissie geweest van de Nederlandse wetgever, en zou als argument kunnen dienen dat DNB formeel überhaupt niet bevoegd is de hiervoor besproken nadere eisen aan Aanbieders te stellen.

Op basis van gegevens op de website van DNB begrijpen wij dat medio oktober per saldo 38 registratie-aanvragen van Aanbieders liepen. Op dagtekening van deze blog (12 november 2020) blijkt uit het register van DNB dat zes Aanbieders zijn geregistreerd. Veruit de meeste actieve marktpartijen hebben dus nog geen registratie op zak en de tijd begint te dringen. Als daar de nadere uitleg van DNB rondom het screenen van relaties bij wordt opgeteld en de praktische onmogelijkheid voor Aanbieders om daaraan (binnen korte termijn) te voldoen, bestaat een gerede kans dat een aanzienlijk aantal Aanbieders hun bedrijfsactiviteiten, al dan niet voorlopig, moet staken. Waar DNB de sector makkelijk de maat neemt met betrekking tot ‘zorgvuldigheid’ en ‘integriteit’, mag de toezichthouder hier ook wel de hand in eigen boezem steken. Zij had al in een eerder stadium meer duidelijkheid kunnen geven aan Aanbieders over de invulling deze transactiemonitoring, ook vanwege het afbreukrisico dat ermee is gemoeid voor deze marktpartijen. Verder had zij in haar *guidance* in elk geval een realistische en werkbare transactiemonitoring dienen op te nemen.

Het zou in ieder geval mooi zijn als DNB de komende weken alle zeilen bijzet om de resterende registratieverzoeken af te ronden, en waar nodig met de Aanbieders in gesprek gaat over de haalbaarheid van de door haar (te) laat geïntroduceerde nadere vereisten, zodat daar een

praktisch werkbare oplossing voor kan worden gevonden. Mocht een dergelijke oplossing uitblijven, dan zullen Aanbieders wel genoodzaakt zijn gerechtelijke procedures te beginnen om daarmee het bestaansrecht en de continuïteit van hun bedrijfsactiviteiten te waarborgen.

## Specialisten

### Maurice van Oosten

T +31 (0)20 767 01 80
T +31 (0)20 820 80 33 (direct)
M +31 (0)6 50 84 84 85
maurice.van.oosten@finnius.com