

Dienstverleners in de cryptowereld: 'poortwachter zoekt poortwachter'

mr. drs. M. van Eersel en mr. A. B. Schoonbeek*

Trefwoorden: bitcoin, witwassen, toezicht

Inleiding

Poortwachter zoekt poortwachter. Een cryptische titel die je op het eerste gezicht niet snel in verband zou brengen met de nieuwe wereld van de cryptocurrencies of cryptocurrencies (hierna: 'crypto's'). Niets is echter minder waar. In dit artikel leggen wij uit waarom.

Met name in 2017 heeft beleggen in Bitcoins en andere crypto's een grote vlucht genomen. De toenemende belangstelling heeft de koersen van deze digitale dingen met name in het afgelopen jaar stevig opgedreven.¹ Dit proces versterkt zichzelf door het sentiment van de beleggers, primair aangeduid als Fear of Missing Out (FOMO). Daarnaast heeft de vraag naar crypto's naar onze inschatting voor een belangrijk deel te maken met het feit dat de deelnemers/beleggers die hun reguliere geld (EUR, USD etc.)² omwisselen in crypto's tot op zekere hoogte anoniem kunnen blijven. Juist omdat de waardeinstijging voor een belangrijk deel door sentiment en anonimiteit wordt gedreven kleven aan (de handel in) crypto's grote financiële risico's voor beleggers.³

Daarnaast creëert de bedoelde anonimiteit integriteitsrisico's voor alle deelnemers in het systeem. De nieuwe marktpartijen lopen meer in het bijzonder het risico dat zij ongewild betrokken raken bij het witwassen van gelden door hun cliënten respectievelijk wederpartijen.⁴ Hierbij zouden zij zich zelf schuldig kunnen maken aan het misdrijf 'schuldwitwassen'.⁵ In directe zin geldt dit onder meer voor online wisselaars en (exploitanten van) online marktplaatsen.⁶ Voor deze partijen gelden (nog) geen wettelijke toezichtregels die hen dwingen om deze risico's te beheersen. De 'oude' marktpartijen die met hen zaken doen, met name de wel gereguleerde beleggingsondernemingen (individueel vermogensbeheerders, beleggingsadviseurs en commissionairs) en (beheerders van) beleggingsinstellingen (cryptofunds), zullen hierdoor echter ook extra alert moeten zijn.

Deze bijdrage beoogt weer te geven op welke gronden zowel de oude als de nieuwe marktpartijen alleen zaken zouden moeten doen met partners die adequaat en aantoonbaar de integriteitsrisico's (waaronder het witwasrisico) beheersen.

* Michiel van Eersel is als advocaat verbonden aan Borg Advocaten en Annemarije Schoonbeek is als advocaat verbonden aan CoLegal Advocatuur en als directeur en advocaat in dienstbetrekking aan Orde van Advocaten te Overijssel. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

¹ Inmiddels daalt de koers. Zie voor een kort analyse hiervan Elsevier d.d. 17 januari 2018, te raadplegen via <https://www.elsevierweekblad.nl/economie/achtergrond/2018/01/waarom-cryptokoers-naar-benedendrukt-576621/>.

² Interessant genoeg wordt ons reguliere geld in de crypto-scene aangeduid als FIAT, afgeleid van fiat lux, Latijn voor: 'laat er licht zijn'.

³ Hier hebben de toezichhouders meermaals op gewezen. Zie bijvoorbeeld het persbericht van de AFM d.d. 13 november 2017, 'Reële risico's bij cryptocurrencies', te raadplegen via <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/nov/risico-cryptocurrencies>.

⁴ Zie hierover onder meer mr. A.B. Schoonbeek, mr. W.M. Shreki & mr. dr. M.T. van der Wulp, 'Bitcoins, witwassen & integriteitsrisico's', TvCo 2017, nr. 2. Dit blijkt ook uit twee recente uitspraken. Uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 8 november 2017, zie <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2017:8992>. Zie uitspraak Rechtbank Midden-Nederland d.d. 14 november 2017, zie <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBMNE:2017:5716>.

⁵ Art. 420quater Wetboek van Strafrecht:
1 Als schuldig aan schuldwitwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie:
a. hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf;
b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft,

Relevante marktpartijen in de cryptowereld

Relevante nieuwe marktpartijen in de cryptowereld zijn onder meer:

- (i) Wisselaars, die – kort gezegd – voor eigen rekening en risico fungeren als wederpartij ('op eigen boek') bij het omzetten van regulier geld (ook wel aangeduid als FIAT valuta, zijnde EUR, USD etc.) in crypto's en andersom of die dit doen in opdracht van een specifieke achterliggende wederpartij tegen een vergoeding, waarbij ofwel wordt afgewikkeld⁷ in contanten ofwel door bancaire transacties (giraal) al dan niet met inschakeling van een betaalinstantie (ook wel aangeduid als wisselplatforms) (brokers/exchange service providers);
- (ii) (exploitanten van) marktplaatsen (eveneens wel aangeduid als wisselplatforms), waarbij aan- en verkooporders van marktpartijen in crypto's bij elkaar worden gebracht, af te wikkelen in regulier geld of eventueel in andere crypto's (exchanges);
- (iii) Portemonneeaanbieders, die diensten aanbieden bij het ten behoeve van beleggers aanhouden en beheren van de voor crypto's benodigde digitale sleutels, c.q. de opslag en bewaring van de crypto's in portemonnees (ook wel aangeduid als wallets) (wallet providers);
- (iv) (beheerders van) beleggingsinstellingen die ten behoeve van participanten collectief beleggen in crypto's (cryptofunds).

Zoals hierna nog nader aan de orde zal komen wordt met de vijfde anti-witwasrichtlijn⁸ voorgesteld om het toepassingsbereik van de vierde anti-witwasrichtlijn uit te breiden tot virtuele valuta (waaronder crypto's). Hierdoor zullen op termijn met name wisselaars en wisselplatforms als hiervoor bedoeld onder (i) en (ii) en portemonneeaanbieders ('custodian wallet providers' als hiervoor bedoeld onder (iii)), onder het toepassingsbereik van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) vallen.⁹ Op 15 december 2017 is hierover overeenstemming bereikt tussen de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad. Dit heeft tot gevolg dat, wanneer de richtlijn formeel wordt bekrachtigd door het Europees Parlement en de Raad, de termijn voor de implementatie volgens de huidige tekst 18 maanden na inwerkingtreding is.¹⁰

In dit kader verdient voorts opmerking dat onlangs (24 januari 2018) op initiatief van de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer een rondetafelgesprek over cryptocurrencies/ICO's plaatsvond.¹¹ In haar position paper d.d. 23 januari 2018 ter voorbereiding van dit gesprek vat DNB het belang van de met de vijfde anti-witwasrichtlijn op dit punt beoogde wetswijziging als volgt helder samen:

'Zoals gezegd functioneren Bitcoin en andere crypto's buiten ons geldstelsel. Echter, Bitcoin ontleent, net als andere crypto's, zijn waarde nog altijd aan de vergelijking met de valuta's uit het officiële geldstelsel en dus is er een moment waarop de crypto-wereld en ons

overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf.

2 Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten. In een persartikel d.d. 23 januari 2018 wordt vermeld dat thans een strafrechtelijk onderzoek loopt met betrekking tot bitcoins waarbij ook het delict schuldwitwassen ten laste is gelegd. Zie <http://www.blikopnieuws.nl/nieuws/260614/onderzoek-witwassen-bitcoins.html>. Voor zover wij hebben kunnen nagaan zijn vooralsnog geen partijen met een vergunning van de AFM of DNB vervolgd wegens schuldwitwassen in relatie tot bitcoins.

⁶ Andere partijen zijn bijvoorbeeld bitcoin-mixers (die online diensten verlenen om het volgen van transacties te verhinderen) en bitcoinhandelaren (die voor eigen rekening en risico bitcoins aan- en verkopen tegen contanten). Voor het doel van deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat gereguleerde partijen hiermee geen zaken zullen doen, gelet ook op het feit dat de activiteiten van deze partijen aansluiten op de inmiddels door het Anti Money Laundering Centre gepubliceerde witwastypologieën. Zie bijvoorbeeld: Anti Money Laundering Centre, *De bitcoinhandelaar, een faciliterende rol bij de cash-out van criminele verdiensten*, De Bilt augustus 2017.

⁷ Voor zover ons bekend zijn er geen handelaren die een andere afwikkeling hanteren. Laat onverlet dat marktpartijen dit onderling wel kunnen overeenkomen

⁸ COM/2016/450. De Europese parlementaire behandeling kan worden geraadpleegd via http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_208. De ten tijde van het schrijven van dit artikel is de meest recente 'final compromise text' van 19 december 2017 en deze tekstversie wordt in dit artikel tot uitgangspunt genomen. Deze is te raadplegen via <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15849-2017-INIT/EN/pdf>. Op 15 december 2017 is hierover overeenstemming bereikt tussen de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad. Dit heeft tot gevolg dat, wanneer de richtlijn formeel wordt bekrachtigd door het Europees Parlement en de Raad, de termijn voor de implementatie 18 maanden na inwerkingtreding is (zie art. 3).

⁹ Zie ook J.M. van Poelgeest, 'De implementatie van de vierde en vijfde anti-witwasrichtlijn', *Onderneming en Financiering* 2017 (25) 4.

¹⁰ Zie hierover *Kamerstukken II* 2007/18, 21 109, nr. 232.

¹¹ ICO's zijn Initial Coin Offerings ofwel emissies van nieuw ontwikkelde cryptovaluta ter financiering van meestal nieuwe en innovatieve ondernemingsactiviteiten, te vergelijken met crowdfunding campagnes.

geldstelsel elkaar raken. Dat is namelijk het moment dat crypto's op cryptobeurzen of via elektronische crypto-portemonnees worden omgezet in euro's, dollars of andere valuta's. Dit is het punt waarop geldstromen met mogelijk verdachte achtergronden de officiële economie in- en uitgaan, en daar kan wat DNB betreft toezicht noodzakelijk zijn.'

De AFM haakt hierop aan in haar position paper:

*'Zolang cryptocurrencies echter niet worden ingewisseld voor euro's of dollars kunnen illegale activiteiten buiten het financiële systeem om plaatsvinden en zijn er geen poortwachters – zoals banken – om verdachte transacties te monitoren of tegen te houden.'*¹²

Cryptopartijen zijn zelf niet gereguleerd, althans niet als poortwachter voor de financiële markten

Hoewel het er naar uitziet dat crypto's in de toekomst binnen het bereik van het toezicht worden gebracht, is dat nu nog niet het geval. Juridisch vormen crypto's namelijk geen chartaal, giraal of elektronisch geld, geen wettig betaalmiddel (dat is uitsluitend de EUR) en behelzen zij (doorgaans) ook geen vordering op enigerlei instelling die ze uitgeeft. Doorgaans kwalificeren ze ook niet als effect (anders dan sommige andere digitale activa zoals bepaalde crypto-tokens). Volgens de Nederlandse rechter is de Bitcoin 'slechts' een ruilmiddel oftewel rekeneenheid.¹³ Hierdoor vallen zij in beginsel niet onder de reikwijdte van de Wet op het financieel toezicht ('Wft'). Dit zal ook gelden voor met Bitcoin te vergelijken crypto's. De

wetgever en de toezichthouders AFM en DNB hebben dit bevestigd. Ook de wisselaars en marktplaatsen vallen hierdoor niet als financiële onderneming of anderszins onder de Wft. Zij kwalificeren ook niet als instelling in de zin van art. 1 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ('Wwft').¹⁴ Hierdoor hebben zij formeel ook niet tot taak om als poortwachter te verhinderen dat ongewenste elementen worden toegelaten tot de financiële markten en aldaar de integriteit daarvan aan te tasten, onder meer door illegaal verkregen gelden wit te wassen.

Omdat het hier niet gaat om financiële producten en diensten als bedoeld in de Wft zijn de wisselaars en marktplaatsen mogelijk wel onderworpen aan de regels van consumentenrecht ex art. 6:230h e.v. BW (die met name betrekking hebben op informatieverplichtingen en ontbindingsrechten) op de naleving waarvan toezicht wordt gehouden door de Consumentenautoriteit ingevolge de Wet handhaving consumentenbescherming ('Whc'). Voor het doel van deze bijdrage wordt dit aspect verder buiten beschouwing gelaten.

Weliswaar kwalificeren zij dus (nog) niet als financiële onderneming (Wft) en ook (nog) niet als instelling (Wwft), gelet op hun activiteiten lijken zij hier wel sterk op. De wisselaar lijkt nog het meest op een wisselinstelling¹⁵, de exploitant van een marktplaats lijkt nog het meest op een beleggingsonderneming in de vorm van een partij die een beleggingsactiviteit verricht zijnde het in de uitoefening van een beroep of bedrijf exploiteren van een multilaterale handelsfaciliteit.

Ontwikkelingen op het gebied van toezicht op crypto's

Zoals hierboven aangegeven bestaat de wens en noodzaak tot regulering inmiddels wel. Er zijn ook relevante ontwikkelingen op dit vlak. In de eerste plaats heeft de Financial Intelligence Unit – Nederland (FIU) op 15 augustus 2017 naar aanleiding van onderzoek naar de aan- en verkoop van virtuele betaalmiddelen¹⁶ zogeheten

¹² Hier hebben de toezichthouders meermaals op gewezen. Zie bijvoorbeeld het persbericht van de AFM d.d. 13 november 2017, 'Reële risico's bij cryptocurrencies', te raadplegen via <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/nov/risico-cryptocurrencies>. Zie ook het nieuwsbericht van 16 december 2017 'Bitcoin Futures: AFM wijst beleggingsondernemingen op algemene zorgplicht', te raadplegen via <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/dec/bitcoin-futures-zorgplicht>.

¹³ Rechtbank Overijssel 14 mei 2014, JOR 2014/266 m.nt. B. Bierens.

¹⁴ Dit zou eventueel alleen in het geval bedoeld in art. 1 lid 1 a sub 15 Wwft aan de orde kunnen zijn: 'beroeps- of bedrijfsmatig handelende verkoper van goederen, voor zover betaling van deze goederen in contanten plaatsvindt voor een bedrag van € 15 000 of meer, ongeacht of de transactie plaatsvindt in een handeling of door middel van meer handelingen waartussen een verband bestaat.' Op deze basis moeten bijvoorbeeld exploitanten van pinautomaten voor bitcoins in voorkomend geval een melding bij het FIU verrichten.

¹⁵ Wisselinstelling is ingevolge art. 1:1 Wft degene die zijn bedrijf maakt van het verrichten van wisseltransacties, waaronder geldwisseltransacties, zijnde transacties waarbij munten of bankbiljetten worden omgewisseld tegen andere munten of bankbiljetten en waarbij de geldmiddelen niet op een betaalrekening worden aangehouden.

¹⁶ Zie het rapport 'De bitcoinhandelaar, een faciliterende rol bij de cash-out van criminele verdiensten', Anti Money Laundering Centre, augustus 2017 De Bilt, te raadplegen via de link: https://www.fiu-nederland.nl/sites/www.fiu-nederland.nl/files/documenten/notitie_de_bitcoinhandelaar_amlc_20170825.pdf.

witwastypologieën vastgesteld.¹⁷ Witwastypologieën worden gebruikt om vast te stellen aan welke kenmerken in een concreet geval een vermoeden van witwassen kan worden ontleend. Als de kenmerken als omschreven in de typologieën zich voordoen zal daaraan in beginsel het vermoeden van witwassen worden ontleend. Het onderkennen en vermelden van typologieën wordt bij de opsporing van strafbare feiten gebruikt voor de vervolging en het onderbouwen van bewijsmiddelen met betrekking tot witwassen. Tevens geven witwastypologieën handvaten voor de invulling van de subjectieve indicator voor de Wwft meldplichtigen. De nieuwe witwastypologieën luiden als volgt.

- '1. Het meermalen binnen een relatief korte periode vanaf bankrekening(en) opnemen van aanzienlijke contante bedragen, geheel of in delen, zonder een kennelijke economische noodzaak en in combinatie met het meermalen giraal ontvangen van bedragen (waarbij die bedragen in geval van de handelaar in virtuele betaalmiddelen kennelijk afkomstig zijn uit de verkoop van virtuele betaalmiddelen).*
- 2. De aankoop van virtuele betaalmiddelen waarbij aan ten minste twee van de volgende kenmerken is voldaan:*
- a. de koper biedt zijn diensten aan via internet middels vraag- en aanbodsites;*
 - b. de koper stelt geen identiteit van de verkoper vast;*
 - c. de koper schermt de eigen identiteit af;*
 - d. de koper rekent in contanten af;*
 - e. de koper brengt een ongewoon hoog percentage wisselcommissie in rekening;*
 - f. de transactie vindt plaats in een (openbare) omgeving waar veel publiek aanwezig is waardoor het veiligheidsrisico voor de koper vermindert;*
 - g. een legale economische verklaring voor de wijze van omwisseling is niet aannemelijk;*
 - h. de omvang van de aangekochte virtuele betaalmiddelen is niet aannemelijk in relatie tot gemiddeld particulier gebruik;*
 - i. de koper is niet bij de Kamer van Koophandel en niet bij de Belastingdienst bekend voor het zijn van wisselinstelling.*
- 3. De koper en/of verkoper maakt/maken bij de verkoop van virtuele betaalmiddelen gebruik van een zogenaamde mixer.'*

De witwastypologieën hebben een normerend effect. Op basis van deze typologieën wordt immers (nog) duidelijker onder welke omstandigheden er risico's bestaan betrokken te raken bij witwassen. De verschillende bij de bestrijding van witwassen betrokken autoriteiten kunnen aan de typologieën een dergelijk vermoeden ontlenden en zijn op basis daarvan ook veelal gelegitimeerd op basis daarvan te acteren. Partijen die verplicht zijn transacties te monitoren en ongebruikelijke transacties te melden, zullen deze typologieën moeten inbedden in hun interne beheersing.¹⁸ Maar ook partijen die niet binnen het bereik van de Wwft vallen zullen met de typologieën rekening moeten houden om te voorkomen dat zij ongewild betrokken raken bij (verdenking van betrokkenheid bij) witwassen en voor hun aandeel in de keten strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden.

Een tweede ontwikkeling waarmee toezicht op crypto's dichterbij komt, is zoals hiervoor opgemerkt dat op Europees niveau een aanpassing van de vierde anti-witwasrichtlijn in behandeling is. Deze zogenoemde vijfde anti-witwasrichtlijn betekent onder meer dat marktpartijen die betrokken zijn bij de handel in virtuele valuta (waaronder crypto's) onder het Wwft-toezicht gaan vallen.¹⁹ Daartoe wordt de lijst met Wwft-instellingen in art. 2(1) vierde anti-witwasrichtlijn uitgebreid met 'providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies en custodian wallet providers.'

¹⁷ Deze en ook de andere witwastypologieën zijn te raadplegen op de website van de FIU, via de link <https://www.fiu-nederland.nl/nl/witwas-typologieen-0>.

¹⁸ Zie ook het Position Paper van de FIU ten behoeve van de hoorzitting/rondetafelgesprek Cryptocurrencies/ICO's d.d. 24 januari 2018 waaruit valt af te leiden dat ook voor deze typologieën er al meldingen zijn op dit gebied, zie <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2018D01517&did=2018D01517>. Daarin is vermeld: 'Uit De FIU-Nederland doet structureel onderzoek naar meldingen van ongebruikelijk transacties in relatie tot cryptocurrencies. Van de door de FIU-Nederland in de periode 2013-2017 ontvangen aan cryptocurrency te relateren meldingen van ongebruikelijke transacties, zijn er ruim 1.700 onderzocht. Hiervan zijn ruim 1.400 meldingen in circa 400 samengestelde dossiers verdacht verklaard en aan rechtshandhavende instanties beschikbaar gesteld.'

¹⁹ In de definities die zijn opgenomen in art. 3 vierde anti-witwasrichtlijn worden verder definities toegevoegd van '(18) "virtual currencies" means a digital representation of value that is not issued or guaranteed by a central bank or a public authority, is not necessarily attached to a legally established currency, and does not possess a legal status of currency or money, but is accepted by natural or legal persons, as a means of exchange, and which can be transferred, stored and traded electronically.

(18a) "custodian wallet provider" means an entity that provides services to safeguard private cryptographic keys on behalf of their customers, to hold, store and transfer virtual currencies.'

Dat deze partijen worden aangemerkt als Wwft-plichtige instellingen betekent dat de identificatie- en meldingsverplichtingen van de Wwft gaan gelden voor wisselplatforms en aanbieders van bewaarportemonnees. Deze aanscherping betekent daarnaast dat op deze instellingen de bepalingen omtrent risicomanagement van toepassing zullen zijn. Uitgaande van de thans bekende tekst van de implementatiewetgeving²⁰ betekent dit, kort samengevat, onder meer dat Wwft-instellingen een op de eigen organisatie toegespitste risicoanalyse met betrekking tot witwasrisico's moeten maken. In deze risicoanalyse zal de instelling in ieder geval rekening moeten houden met risicofactoren die verband houden met het type cliënt, het product, de dienst, de transactie en het leveringskanaal. Daarnaast zijn instellingen verplicht om een compliance- en auditfunctie in te richten. Ook hier geldt dat de invulling kan worden afgestemd op 'aard en omvang' van de instelling. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat deze functies ook door externen kunnen worden ingevuld. Naast de bepalingen op het gebied van risicomanagement, zullen ook de verplichtingen op het gebied van cliëntenonderzoek en melding ongebruikelijke transacties op deze partijen van toepassing zijn. Gelet op het nieuwe en open karakter van de normen op het gebied van risicomanagement, bestaat op dit moment onzekerheid over hoe aan deze verplichtingen concreet invulling moet worden gegeven. Die onzekerheid wordt verder vergroot doordat aan de techniek van bitcoins een zekere mate van anonimiteit kleeft waardoor adequaat risicomanagement lastig(er) lijkt te realiseren. Voor marktpartijen die binnen het bereik van de anti-witwasregels zullen gaan vallen verdient het aanbeveling op deze nieuwe wetgeving te anticiperen en reeds nu de implicaties vast te stellen en interne beheersing in overeenstemming daarmee in te richten.

Uitgangspunten voor de 'onverplichte' beheersing van de relevante integriteitsrisico's

Kort en goed, de vijfde anti-witwasrichtlijn zal er toe leiden dat de bij handel in crypto's betrokken partijen onder Wwft toezicht zullen vallen en daarmee verplicht worden een adequaat risicomanagement in te richten om witwasrisico's te beheersen. Gezien de verstrekkende consequenties die dit heeft, verdient het aanbeveling hierop te anticiperen. Dit is ook aangewezen om te voorkomen onbedoeld bij witwassen of andere vormen van niet integer gedrag betrokken te raken waarvoor de marktpartijen mede bestuurs-, straf- of zelfs civielrechtelijk aansprakelijk zouden kunnen worden gehouden. Daar komt bij dat de marktpartijen veelal zaken zullen willen doen met financiële ondernemingen die wel een vergunning hebben ingevolge de Wet op het financieel toezicht. Eén van de speerpunten van zowel de AFM als DNB is dat zij er streng op toezien dat vergunninghouders niet betrokken raken bij financieel economische criminaliteit nu dit ernstig afbreuk kan doen aan het vertrouwen in de financiële markten. Financiële ondernemingen zullen bij het zaken doen met derden zoals partijen die betrokken zijn bij de handel in crypto's uitermate terughoudend zijn als deze derden niet kunnen aantonen bonafide te zijn en tevens dat zij hun integriteitsrisico's adequaat beheersen.²¹

Gelet hierop doen de wisselaars en marktplaatsen er dus verstandig aan om (onverplicht) de aan de orde zijnde integriteitsrisico's te beperken. Meest voor de hand ligt dat zij zich hierbij laten inspireren door de verplichtingen die de Wft en de Wwft in dit kader opleggen aan wisselinstellingen respectievelijk beleggingsondernemingen.

Het gaat meer in het bijzonder om de volgende regels. Zowel wisselinstellingen als beleggingsondernemingen moeten op grond van de Wft een adequaat beleid voeren dat een integere uitoefening van haar onderscheidenlijk zijn bedrijf waarborgt.²² Hieronder wordt onder meer verstaan dat wordt tegengegaan dat:

- (i) de financiële onderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden;
- (ii) wegens haar cliënten het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kan worden geschaad; en
- (iii) de financiële onderneming andere handelingen verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen

²⁰ Het wetsvoorstel Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn is op 12 oktober 2017 aan de tweede kamer aangeboden en is in behandeling onder het dossiernummer 34 808 (zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/34808>).

²¹ Zie bijvoorbeeld de uitspraak Rechtbank Amsterdam d.d. 16 november 2017, <http://deepink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2017:8376> over de opzegging van de relatie door ING met een bitcoinmakelaar. Zie ook het artikel 'Nederlandse banken gunnen bitcoinondernemers geen zakelijke rekening' d.d.1 februari 2018, te raadplegen via <https://fd.nl/ondernemen/1240076/nederlandse-banken-gunnen-bitcoin-ondernemers-geen-zakelijke-rekening>.

²² Art. 3:10 respectievelijk 4:11 Wft.

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.

Daarnaast moeten zij de bedrijfsvoering zodanig inrichten dat deze een integere uitoefening van haar onderscheidenlijk zijn bedrijf ook daadwerkelijk waarborgt.²³

Ter uitvoering hiervan moeten wisselinstellingen:²⁴

- (i) zorgdragen voor een systematische analyse van integriteitsrisico's, waaronder in dit verband meer in het bijzonder het risico betrokken te raken bij witwassen;
- (ii) ervoor zorg dragen dat het beleid voor de beheersing van integriteitsrisico's zijn neerslag vindt in procedures en maatregelen;
- (iii) alle relevante bedrijfsonderdelen in kennis stellen van het beleid en de procedures en maatregelen;
- (iv) zorgdragen voor de uitvoering en de systematische toetsing van het beleid en de procedures en maatregelen;
- (v) zorgdragen voor onafhankelijk toezicht op de uitvoering van het beleid, de procedures en maatregelen met betrekking tot de integere uitoefening van het bedrijf en beschikken over procedures die erin voorzien dat gesignaleerde tekortkomingen of gebreken worden gerapporteerd aan de afdeling compliance; en
- (vi) beschikken over procedures die erin voorzien dat gesignaleerde tekortkomingen of gebreken met betrekking tot de integere uitoefening van het bedrijf onder toezicht van de afdeling compliance tot een gepaste bijstelling leiden.

De verplichtingen gaan in dit verband voor bijvoorbeeld beleggingsondernemingen – en naar analogie dus de exchanges (handelsplatformen) – deels nog een stap verder. Zo moeten zij beschikken over:²⁵

- (i) procedures en maatregelen met betrekking tot de acceptatie van cliënten. Deze procedures en maatregelen hebben betrekking op risicoclassificaties ten aanzien van cliënten, producten of diensten;²⁶
- (ii) procedures en maatregelen met betrekking tot de identificatie van cliënten en de verificatie daarvan. De beleggingsonderneming accepteert een cliënt niet indien zij de identiteit niet heeft vastgesteld overeenkomstig het daarvoor opgestelde beleid;
- (iii) procedures met betrekking tot de analyse van gegevens van cliënten, mede in relatie tot de door de cliënt afgenomen producten en diensten, en de detectie van afwijkende transactiepatronen. Aan de hand van deze procedures en maatregelen worden tevens de risico's ten aanzien van bepaalde cliënten of producten bepaald.

Waar de wisselaars en marktplaatsen de voor vergelijkbare partijen (wisselinstellingen²⁷ respectievelijk beleggingsondernemingen²⁸) geldende verplichtingen op grond van de Wwft willen naleven, betekent dit dat zij onder meer deugdelijk cliëntenonderzoek moeten verrichten en ongebruikelijke transacties moeten melden bij de Financial Intelligence Unit (FIU).

Het cliëntenonderzoek moet de instelling in staat stellen om:²⁹

- (i) de cliënt te identificeren en diens identiteit te verifiëren. Een methode die hierbij veel wordt gebruikt als de cliënt niet fysiek aanwezig is, is het laten verrichten van een eerste betaling door de betreffende cliënt vanaf een op zijn naam staande bankrekening bij een vergunninghoudende bank met zetel in de Europese Unie;
- (ii) de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt te identificeren en op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om zijn identiteit te verifiëren, en indien de cliënt een rechtspersoon is, op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt;
- (iii) het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen;
- (iv) een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties uit te oefenen, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de cliënt en diens risicopro-

²³ Art. 3:17 respectievelijk 4:14 Wft.

²⁴ Art. 10 Besluit prudentiële regels Wft.

²⁵ Art. 26 Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft.

²⁶ Strikt genomen zijn beleggingsondernemingen alsook (beheerders van) beleggingsinstellingen niet verplicht zorg te dragen voor een systematische analyse van integriteitsrisico's. Dit lijkt een omissie van de wetgever te zijn; het valt ook niet goed in te zien hoe deze instellingen aan hun verplichtingen op het gebied van risicobeheersing kunnen voldoen zonder een dergelijke analyse.

²⁷ Art. 1 lid 1 sub a onder 4 Wwft.

²⁸ Art. 1 lid 1 sub a onder 6 Wwft

²⁹ Art. 3 lid 2 Wwft.

fiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden;

- (v) vast te stellen of de natuurlijke persoon die de cliënt vertegenwoordigt daartoe bevoegd is en deze persoon te identificeren en diens identiteit te verifiëren; en
- (vi) op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om te verifiëren of de cliënt ten behoeve van zichzelf optreedt dan wel ten behoeve van een derde.

Het verrichten van meldingen aan het FIU indachtig de verplichting van vergelijkbare instellingen³⁰, is nu nog niet aan de orde. De wisselaars en marktplaatsen zijn immers niet gerechtigd deze persoonsgegevens te verstrekken, simpelweg omdat hiertoe nog geen wettelijke verplichting bestaat.³¹ De vijfde anti-witwasrichtlijn brengt hierin naar verwachting verandering. De verwerking van de persoonsgegevens in de zin van de verstrekking ervan kan wel rechtmatig geschieden als de cliënt hiervoor op adequate wijze toestemming heeft gegeven.³² Het heeft zin om die toestemming nu al te vragen en/of op te nemen in de algemene voorwaarden. Dit sluit aan bij onze aanbeveling te anticiperen op toekomstige regelgeving. Bijkomend voordeel is dat ook hierdoor bitcoingebruikers die geen persoonsgegevens willen verstrekken, althans willen voorkomen dat hun gegevens door de dienstverlener aan derden (bijvoorbeeld FIU) worden verstrekt buiten de deur worden gehouden.

Overigens heeft de AFM beleggingsondernemingen ook gewezen op Product Oversight & Governance (POG)-normen op grond van MiFID II met betrekking tot bitcoingerelateerde producten (met in het bijzonder futures op Bitcoin).³³ Deze wettelijke eisen die voortvloeien vanuit het gedragtoezicht in de Wft en Europese normen vallen buiten het bestek van dit artikel.

Uitgangspunten voor de verplichte beheersing van integriteitsrisico's

Te betogen valt aan de hand van dezelfde regels dat wél gereguleerde marktpartijen – waaronder de beleggingsondernemingen en de beleggingsinstellingen – alleen zaken zouden moeten doen met de nieuwe marktpartijen die zich committeren aan de hiervoor geschetste uitgangspunten. Hierbij zal nog wel moeten worden uitgewerkt hoe ver de eisen die de gereguleerde marktpartijen aan hun samenwerkingspartners kunnen en moeten gaan. Daarnaast is relevant hoe de gereguleerde partijen kunnen controleren dat hun samenwerkingspartners aan de standaarden voldoen. Deze partners hebben immers geen vergunning en er is geen overheidstoezichthouder die toeziet op de naleving van deze standaarden. Indien in de toekomst de vijfde anti-witwasrichtlijn verplicht tot het instellen van een adequaat risicomanagement inclusief auditfunctie komt hier wellicht verandering in. Mogelijk dat kan worden gekeken naar ISO-certificeringen ter verantwoording van de opzet en werking van risicobeheersing.

Wat de gereguleerde marktpartijen in elk geval op dit moment wel kunnen is vaststellen of de wisselaars en marktplaatsen:

- (i) een adequate integriteitsrisicoanalyse (SIRA) hebben en daarop afgestemde procedures en maatregelen;
- (ii) een beleid hebben voor de acceptatie van cliënten;³⁴
- (iii) hun cliënten en hun vertegenwoordigers en UBO's identificeren en de identiteit verifiëren;
- (iv) het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen;
- (v) beschikken over een afdeling compliance en audit functie.

Met het verrichten van nader onderzoek kunnen de gereguleerde marktpartijen – mits de wisselaars en de marktplaatsen hieraan medewerking verlenen – vaststellen in hoeverre overigens wordt gewerkt in lijn met de voor gereguleerde ondernemingen geldende vereisten zoals hiervoor uiteengezet en daarmee of het door hen gewenste niveau van compliance wordt gehaald. Een aandachtspunt hierbij is dat ook zekerheid wordt verkregen over de adequate werking van de risicobeheersing. Dit kan praktische uitdagingen opleveren nu de crypto's en de daarbij betrokken marktpartijen relatief

³⁰ Art. 16 Wwft. Zie ook het Position Paper van de FIU ten behoeve van de hoorzitting/ rondetafelgesprek Cryptocurrencies/ICO's d.d. 24 januari 2018, te raadplegen via <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2018D01517&did=2018D01517>. Daarin is vermeld dat er enkele cryptocurrency-handelaren en exchanges zich wel hebben willen aanmelden als meldplichtige instellingen.

³¹ Als bedoeld in art. 8 sub c Wet bescherming persoonsgegevens resp. art. 6 sub c Algemene verordening gegevensbescherming.

³² Als bedoeld in art. 8 sub a Wet bescherming persoonsgegevens resp. art. 6 sub a Algemene verordening gegevensbescherming.

³³ Zie o.a. het nieuwsbericht van 16 december 2017 'Bitcoin Futures: AFM wijst beleggingsondernemingen op algemene zorgplicht', te raadplegen via <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/dec/bitcoin-futures-zorgplicht>

³⁴ Zie bijvoorbeeld <https://www.bitmymoney.com/support/bitcoinaccount/regulation/>.

nieuw zijn, waardoor werking van risicomanagement lastiger valt aan te tonen. Omdat de marktpartijen niet onder een vorm van doorlopend toezicht vallen, moet de werking adequaat intern zijn geborgd. De toekomst moet uitwijzen of hier voldoende assurance over kan worden verkregen op zodanige wijze dat wel gereguleerde partijen in staat zijn hun integriteitsrisico's adequaat te beheersen overeenkomstig de wettelijke eisen zoals uitgelegd door DNB en de AFM. Mogelijk dat de toezichthouders in guidance, bijvoorbeeld naar aanleiding van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn, hier duidelijkheid over kunnen verschaffen.

Conclusie

De snelle ontwikkelingen op het gebied van fintech, meer in het bijzonder van crypto's, vragen van bonafide partijen die actief willen worden in de nieuwe markten om niet meer zozeer te denken vanuit het (bestaande) wettelijk toezichtraamwerk, maar meer vanuit wat nodig is om integriteitsrisico's te beheersen. De wettelijke vereisten voor gereguleerde marktpartijen bieden hiervoor aanknopingspunten. Door deze te hanteren kunnen zij tot op zekere hoogte voorkomen dat hen wordt verweten strafbare feiten (mede) te plegen of te faciliteren, met alle financiële- en reputatieschade van dien. Als marktpartijen in deze lijn zichzelf reguleren zou dit ook kunnen leiden tot een meer beheerste groei van de sector. De professionele partijen die willen beleggen in crypto's of daarbij willen assisteren – de beleggingsinstellingen (cryptofunds) respectievelijk de beleggingsondernemingen – doen er verstandig aan om ten behoeve van 'hun' beleggers alleen zaken te doen met wisselaars en marktplaatsen die – vooralsnog zelf onverplicht – voldoen aan een minimum standaard van compliance zoals hiervoor geschetst. Gelet op de voor hen geldende vereisten van interne beheersing ingevolge de Wft en de Wwft zijn zij daartoe naar ons oordeel ook verplicht. Los daarvan zullen zij niet het risico moeten willen lopen, door samen te werken met marktpartijen (wisselaars en marktplaatsen) die niet aan de hiervoor geschetste standaarden voldoen, indirect zelf betrokken te raken bij witwassen of andere maatschappelijk onbetamelijke activiteiten. Naar onze mening kunnen de bestaande (gereguleerde) poortwachters van de financiële sector hun taak dan ook alleen waarmaken als zij het beleid hebben om uitsluitend samen te werken met andere partijen die aantoonbaar de integriteitsrisico's beheersen en kwaadwillenden buiten de deur van de (reële en virtuele) financiële sector houden. Vandaar de titel van deze bijdrage: poortwachter zoekt poortwachter. ■