



TRANSACTIONS – ADVICE – LITIGATION

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Anne Hakvoort en Sanne Machiels, advocaten
hakvoort@fglawyersamsterdam.com
machiels@fglawyersamsterdam.com
T +31 (0)20 760 31 31

Amsterdam, 15 januari 2019

Betreft: Reactie FG Lawyers – Concept Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn

Geachte heer, geachte mevrouw,

Introductie

1. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de concept Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn (“**Concept Implementatiewet AMLD5**”) en de daarbij horende ontwerp toelichting (“**Ontwerp Toelichting**”).¹ Dit concept ziet op de implementatie van richtlijn (EU) 2018/843 (“**AMLD5**”) welke (onder meer) ziet op wijziging van richtlijn (EU) 2015/849 (“**AMLD4**”), welke laatstgenoemde richtlijn reeds in nationale wetgeving is geïmplementeerd en vorig jaar op 25 juli 2018 in werking is getreden.
2. FG Lawyers is een niche advocatenkantoor met een transactie-, advies- en procespraktijk dat zich richt op corporate & (alternative) finance en FinTech. Wij zijn onder andere gespecialiseerd in het financieel toezichtrecht, waaronder de Wet op het financieel toezicht (“**Wft**”) en de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (“**Wwft**”). Wij adviseren regelmatig partijen met innovatieve concepten in de financiële sector, waaronder partijen die gebruikmaken van de blockchain technologie voor bijvoorbeeld het digitaliseren van bepaalde waarde. In onze reactie op de Concept Implementatiewet AMLD5 en de Ontwerp Toelichting beperken wij ons tot die onderwerpen die relevant zijn voor deze laatstgenoemde partijen. Wij zullen daarom reageren op de definitie van ‘virtuele valuta’ en de verplichting voor ‘aanbieders van bewaarportemonnees’ en ‘aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta’ (hierna gezamenlijk: “**Virtuele Valuta Dienstaanbieder(s)**”) om te beschikken over een vergunning verleend door De Nederlandsche Bank (“**DNB**”) zoals opgenomen in de Concept Implementatiewet AMLD5.

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingaml4>

Advocaten	Prins Hendriklaan 28 1075 BD Amsterdam	T +31(0)20 760 31 31 F +31(0)20 760 31 33	contact@fglawyersamsterdam.com www.fglawyersamsterdam.com	KvK 56789092 BTW NL 852302757B01
-----------	---	--	--	-------------------------------------

3. Voordat wij inhoudelijk reageren op de Concept Implementatiewet AMLD5 merken wij op dat wij het als een positieve ontwikkeling ervaren dat getracht wordt om de risico's verbonden aan de gebruikmaking van virtuele valuta's te mitigeren middels wet- en regelgeving. Wij hopen dat dit ertoe leidt dat de Nederlandse banken hun deuren weer openen voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders. Deze partijen ervaren namelijk nu enorme problemen met het openen van een zakelijke bankrekening. Wij merken op dat het hierbij van belang is om een open dialoog te blijven voeren met de sector zelf, zodat getoetst kan worden of de voorgestelde wet- en regelgeving daadwerkelijk het effect heeft dat wordt beoogd.

Beperkte reikwijdte AMLD5 en Concept Implementatiewet AMLD5

4. Allereerst valt het op dat dat, door de Europese wetgever en daarmee ook door de Nederlandse wetgever, is gekozen voor de term 'virtuele valuta' in plaats van een meer generieke term als 'virtuele activa'. Wij vragen ons af of AMLD5 - en in het verlengde daarvan de Concept Implementatiewet AMLD5 - wel voldoende toekomstbestendig is door slechts te refereren aan 'virtuele valuta'.
5. Hoewel dit niet met zoveel woorden volgt uit de definitie van 'virtuele valuta' (wat overigens bewust gedaan kan zijn om op dit vlak wél ruimte voor meerdere toepassingsvormen te houden), zien de diensten van een 'aanbieder van een bewaarportemonnee' op *cryptografisch* versleutelde virtuele valuta. Er lijkt beoogd te zijn om Wwft verplichtingen te creëren voor aanbieders van bewaarportemonnees van 'crypto valuta'. Een houder kan zijn crypto's opslaan in een 'digitale portemonnee'. De houder heeft toegang tot de crypto's die opgeslagen zijn op zo een digitale portemonnee via de combinatie van een publieke en een private sleutel. Met de publieke sleutel kan een houder zich identificeren op een blockchain. Echter, alleen met de private sleutel, kan de houder daadwerkelijk beschikken over zijn crypto's. Met de private sleutel kan hij namelijk een transactie bevestigen (authenticatie) en versleutelen.² Het verliezen van je private sleutel is vergelijkbaar met het verliezen van je portemonnee met chartaal (cash) geld: tenzij er een eerlijke vinder is die het aan je retourneert, ben je het kwijt. Vergelijkbaar met kluisjes bij de bank waar je waardevolle spullen kunt bewaren en *custodian* banken waar je financiële instrumenten, zoals aandelen en obligaties, kunt bewaren, resulteert de opkomst van crypto's in een nieuwe bewaarbehoefte: een betrouwbare partij die private sleutels kunnen bewaren die toegang geven tot crypto-activa. Overigens kunnen die bewaarportemonnees zowel digitaal zijn als fysiek tastbare vormen van opslag zijn.³ De bestaande kluisjes zijn dus wellicht geen verleden tijd. Dat een dergelijke 'aanbieder van bewaarportemonnees' onder een Wwft verplichting komt te vallen, is derhalve alleen maar toe te juichen. Echter,

² Zie hierover ook het EBA Report on crypto-assets, 9 januari 2019, p. 8, voetnoot 22, te raadplegen via <https://eba.europa.eu/documents/10180/2545547/EBA+Report+on+crypto+assets.pdf> ("2019 EBA Report on crypto-assets").

³ Zie voor het verschil tussen software en hardware portemonnees en 'hot' en 'cold' portemonnees het 2019 EBA Report on crypto-assets, p. 9.

dat alleen 'aanbieders van bewaarportemonnees van virtuele *valuta*' daaronder komen te vallen, lijkt een gemis en resulteert in mogelijke ongewenste rechtsonzekerheid.

6. Voor wat betreft de tweede nieuwe categorie instelling die onder de reikwijdte van de Wwft komt te vallen, de 'aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta' geldt eveneens dat een beperking tot 'virtuele valuta' niet wenselijk lijkt te zijn. We lichten dit hieronder nader toe.
7. Een crypto-actief is een '*asset*' waarvan de intrinsieke waarde voornamelijk afhankelijk is van cryptografie en de *distributed ledger technologie*.⁴ Inmiddels zijn er meerdere soorten crypto-activa in omloop, waarvan virtuele valuta (of wellicht beter: crypto coins) zoals bitcoin en ether, het meest bekende voorbeeld is. Maar ook de verschillende verschijningsvormen van 'tokens' die via *initial 'coin' offerings* lukraak en doorgaans op basis van zeer beperkte informatie door een partij via een blockchain zoals Ethereum worden 'uitgegeven', hebben de laatste tijd veel stof doen opwaaien. Door het relatieve gemak en de - letterlijk - grenzeloze mogelijkheden van het creëren en overdragen van dergelijke crypto-activa zijn wereldwijd vergelijkbare discussies gaande met betrekking tot de kwalificatie van de verschillende crypto-activa en in het bijzonder hoe deze in het licht van de bestaande wet- en regelgeving beschouwd zouden moeten worden.
8. Een algemeen onderscheid van de diverse crypto-activa dat nu veelal wordt gemaakt is tussen crypto-coins enerzijds en tokens anderzijds. Tokens worden op haar beurt onderverdeeld in *payment tokens*, *asset/investment tokens* en *utility tokens*.
 - Crypto-coins, zoals de bitcoin binnen de blockchain Bitcoin en ether binnen de blockchain Ethereum, worden gecreëerd in een *afzonderlijke* blockchain met als doel om een *incentive* te bieden aan *miners* om het gebruikte consensus model te kunnen blijven hanteren omdat deze *miners* beloond worden voor het valideren van transacties in een *block* alvorens deze worden toegevoegd aan de *chain*.
 - Tokens worden daarentegen 'uitgegeven' op een bestaande blockchain, veelal nu op de blockchain Ethereum, en geprogrammeerd als *smart contracts*, zoals het ERC20 ICO smart contract op Ethereum. De programmering van het smart contract (doorgaans een 'as-if-then-that' set aan computercode) bepaalt de 'waarde' van de betreffende token. Een tokenhouder kan op die manier bijvoorbeeld een recht op de levering van een goed of dienst (*payment token*), recht op winstdeling (*asset/investment token*), of een gebruiksrecht van – doorgaans – software applicaties of andere technologische toepassingen krijgen (*utility token*).

⁴ Zie 2019 EBA Report on crypto-assets, p. 4.

9. Recentelijk hebben zowel de European Banking Authority (“**EBA**”) als de European Securities and Markets Authority (“**ESMA**”) zich uitgelaten over de meer algemene term crypto-activa⁵ en wij begrijpen dat de Nederlandse toezichthouders DNB en AFM dat zeer binnenkort ook zullen doen. Uit deze stukken van de Europese financiële toezichthouders volgt dat zowel EBA als ESMA een ruimere definitie gebruiken voor ‘crypto-assets’ dan de in AMLD (en de Concept Implementatiewet AMLD5) gehanteerde term ‘virtuele valuta’.

10. EBA definieert crypto-assets als

“an asset that:

- a. depends primarily on cryptography and distributed ledger technology (DLT) or similar technology as part of its perceived or inherent value,*
- b. is neither issued nor guaranteed by a central bank or public authority, and*
- c. can be used as a means of exchange and/or for investment purposes and/or to access a good or service.”⁶*

11. ESMA definieert crypto-assets als

“a type of private asset that depends primarily on cryptography and Distributed Ledger Technology (DLT) or similar technology as part of their perceived or inherent value. Unless otherwise stated, ESMA uses the term to refer to both so-called ‘virtual currencies’ and ‘digital tokens’. Crypto-asset additionally means an asset that is not issued by a central bank.”⁷

Voor de definitie van ‘virtual currencies’ sluit ESMA aan bij de AMLD5.⁸ In aanvulling daarop definieert ESMA ‘digital tokens’ als

“any digital representation of an interest, which may be of value, a right to receive a benefit or perform specified functions or may not have a specified purpose or use.”

12. Ook roept de Financial Action Task Force (“**FATF**”) op om dienstaanbieders ten aanzien van de meer generieke term ‘virtuele activa’ te onderwerpen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de AMLD/Wwft. De FATF heeft recentelijk de FATF Aanbevelingen geactualiseerd door de termen ‘virtual asset’ en ‘virtual asset service providers’ toe te voegen.⁹

⁵ Zie 2019 EBA Report on crypto-assets; ESMA Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 9 januari 2019, ESMA50-157-1391 en de bijlage daarbij met nummer ESMA50-157-1384, te raadplegen via:

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf (“**2019 ESMA Advice ICOs and Crypto-Assets**”).

⁶ 2019 EBA Report on crypto-assets, p. 10-11.

⁷ 2019 ESMA Advice ICOs and Crypto-Assets, Appendix 1, p. 42.

⁸ 2019 ESMA Advice ICOs and Crypto-Assets, voetnoot 40, p. 18.

⁹ FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, te raadplegen via: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

13. De FATF definieert een 'virtual asset' als

"a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. [...]"

In de begeleidende toelichting voegt de FATF hier nog aan toe dat de term 'virtual assets' ook omvat *'digital representations of value that function as a medium of exchange, a unit of account, and/or a store of value.'*¹⁰

Voorts definieert de FATF een 'virtual asset service provider' als

"any natural or legal person who [...] as a business conducts one or more of the following activities or operations for or on behalf of another natural or legal person: i. exchange between virtual assets and fiat currencies; ii. exchange between one or more forms of virtual assets; iii. transfer of virtual assets; iv. safekeeping and/or administration of virtual assets or instruments enabling control over virtual assets; and v. participation in and provision of financial services related to an issuer's offer and/or sale of a virtual asset."

14. EBA, ESMA en de FATF houden er dus ruimere definities op na dan thans in de AMLD5 en de Concept Implementatiewet AMLD5 voorgesteld lijkt te worden.
15. Voor zover die ruimte bestaat onder de AMLD5, zou de Nederlandse wetgever dan op dit punt niet wat kritischer moeten zijn en een ruimere definitiebepaling moeten opnemen in de Wwft dan de huidig voorgestelde beperktere reikwijdte die aan de term 'virtuele valuta' gegeven lijkt te kunnen worden?
16. Naar onze mening zouden, in lijn met de FATF Aanbevelingen, niet alleen virtuele valuta maar meer in het algemeen virtuele activa, waaronder ook crypto-tokens (of ruimer: digitale tokens) vallen, en de dienstaanbieders rondom dergelijke virtuele activa onderworpen moeten worden aan de AMLD/Wwft. Al is het maar om het huidige probleem dat alle ondernemingen die momenteel ook maar iets met virtuele activa te maken hebben ervaren: de Nederlandse banken houden in principe hun deuren gesloten voor deze ondernemingen en je moet van heel goede huize komen wil je er als innovatieve onderneming met een 'crypto idee' in slagen nog een zakelijke bankrekening te openen. Hoewel wellicht begrijpelijk, zouden deze poortwachters weer iets meer ruimte moeten (kunnen) bieden om te voorkomen dat deze FinTech ondernemingen hun vleugels neerslaan in het buitenland. Wij zien in onze praktijk voldoende valide en betrouwbare ondernemers die met een goed idee een krent in de spreekwoordelijke pap zouden kunnen zijn. Een verscherpte Wwft met als – hopelijk – gevolg het creëren van voldoende vertrouwen bij de Nederlandse banken dat het toelaten van dergelijke FinTech ondernemingen niet per definitie leidt tot AML/CFT schandalen, houdt de krentjes wellicht in Nederland.

¹⁰

Zie: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/regulation-virtual-assets.html>.

Artikel 1, eerste lid – definitie virtuele valuta

17. In aanvulling op het bovenstaande valt het ons op dat de definitie van 'virtuele valuta' in de Concept Implementatiewet AMLD5 niet volledig overeenkomt met de definitie zoals opgenomen in AMLD5. In de definitie opgenomen in de Concept Implementatiewet AMLD5 ontbreekt de zinsnede "die niet noodzakelijk aan een wettelijk vastgestelde valuta is gekoppeld en die niet de juridische status van valuta of geld heeft".
18. In de Ontwerp Toelichting wordt niet toegelicht waarom de Nederlandse wetgever er voor heeft gekozen om niet de volledige definitie uit AMLD5 over te nemen. Wij verzoeken de wetgever deze keuze alsnog nader toe te lichten dan wel te onderbouwen en in overweging te nemen om alsnog de volledige definitie uit AMLD5 in nationale wetgeving op te nemen.
19. Ter toelichting, het volgende. In het voorstel voor AMLD5¹¹ zoals gepubliceerd door de Europese Commissie ("EC") luidde de definitie van virtuele valuta als volgt:

"virtual currencies' means a digital representation of value that is neither issued by a central bank or a public authority, nor necessarily attached to a fiat currency, but is accepted by natural or legal persons as a means of payment and can be transferred, stored or traded electronically."

Bovenstaande definitie is grotendeels in overeenstemming met de definitie zoals deze eerder al door EBA aan het begrip 'virtuele valuta' werd gegeven in haar opinie over 'virtual currencies'¹². Wellicht ten overvloede benadrukken wij nogmaals dat virtuele valuta slechts één verschijningsvorm van virtuele activa zijn. De door EBA gegeven definitie aan virtuele valuta dateert alweer van 2014. Inmiddels heeft de tijd, en in het bijzonder de tussentijdse innovatie, ertoe geleid dat 'virtuele valuta' wellicht niet meer de volledige gewenste lading dekt. We verwijzen voor een toelichting naar paragraaf hierboven 4 e.v.

20. In de finale versie van AMLD5 is de definitie, in overeenstemming met de opinie van de Europese Centrale Bank ("ECB") als volgt gewijzigd:¹³

Nederlandse versie:

"virtuele valuta": een digitale weergave van waarde die niet door een centrale bank of een overheid wordt uitgegeven of gegarandeerd, die niet noodzakelijk aan een wettelijk vastgestelde valuta is gekoppeld en die niet de juridische status van valuta of geld heeft, maar die door natuurlijke of

¹¹ Proposal AMLD5 COM(2016)450 Final, artikel 1(2)(c), 5 juli 2016, p. 30, te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52016PC0450> ("Proposed AMLD5").

¹² EBA Opinion on virtual currencies (EBA/Op/2014/08), 4 juli 2014, p. 11-12, te raadplegen via <https://eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf> ("2014 EBA Opinion").

¹³ Opinion of the European Central Bank (CON/2016/49), 12 oktober 2016, p. 3, te raadplegen via https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/con_2016_49_with_technical_working_document.pdf ("2016 ECB Opinion").

rechtspersonen als ruilmiddel wordt aanvaard en die elektronisch kan worden overgedragen, opgeslagen en verhandeld.”

Engelse versie:

“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”.

21. Deze onderstreepte zinsnede lijkt in de definitie te zijn toegevoegd in de AMLD5 naar aanleiding van de opinie van de ECB, waarin de ECB aanbeveelt, in overeenstemming met de benadering van andere jurisdicties, om virtuele valuta's nader te definiëren en wel zodanig dat benadrukt wordt dat virtuele valuta's geen wettelijk vastgestelde valuta of geld zijn.¹⁴
22. Ons Burgerlijk Wetboek (“**BW**”) onderscheidt in artikel 3:1 BW goederen in zaken ('tastbare objecten') en vermogensrechten. Artikel 3:6 BW definieert vermogensrechten als *“rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel”*.
23. In de Concept Toelichting wordt stilgestaan bij de drie functies van geld/fiduciaire valuta dat zijn vertrouwen ontleent aan het vertrouwen dat erin wordt gesteld, zijnde: rekeneenheid, ruilmiddel en waarde middel voor de toekomst.
24. Virtuele valuta vertegenwoordigt een waarde, dat aanvaard wordt als ruilmiddel en kan worden overgedragen. Het is naar onze mening zonder meer een vermogensrecht als bedoeld in artikel 3:6 BW. Hoewel uit de Nederlandse rechtspraak vooralsnog lijkt te volgen dat virtuele valuta geen 'gangbaar geld' is in de zin van artikel 6:112 BW,¹⁵ kan deze perceptie veranderen in de toekomst. Immers, twee van de drie functies van geld zoals deze behandeld worden in de Concept Toelichting (te weten ruilmiddel en waarde middel voor de toekomst) lijken virtuele valuta reeds te hebben, althans te kunnen hebben. De toekomst zal moeten uitwijzen of in (bepaalde) virtuele valuta een zodanig vertrouwen wordt gesteld, dat het als een gangbare vorm van geld kan worden aangewend. Alleen in geval van voldoende draagvlak en vertrouwen zal naar onze verwachting virtuele valuta ook de derde functie van geld (rekeneenheid) kunnen hebben. Of in dat geval beweerd kan blijven worden dat de betreffende virtuele valuta geen 'gangbaar geld' is, durven wij te betwijfelen. Immers, het zou ernstig afbreuk

¹⁴ 2016 ECB Opinion, p. 3.

¹⁵ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden, 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4219, waarin het Hof – helaas – niet toekomt aan de juridische kwalificatie van een bitcoin en het vonnis van de Rechtbank Overijssel in eerste aanleg van 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2667, waarin de Rechtbank concludeert dat bitcoin geen wettig betaalmiddel is in Nederland en om die reden geen 'gangbaar geld' in de zin van artikel 6:112 BW.

kunnen doen aan consumentenvertrouwen indien de civielrechtelijke bescherming die onder meer aan consumenten wordt geboden in het BW niet van toepassing zou zijn op (koop)transacties in virtuele valuta enkel omdat het (nog) niet als een wettig betaalmiddel is erkend.

25. Het is ons niet duidelijk of de wetgever juist deze ruimte heeft willen behouden door *niet* de in paragraaf 20 onderstreepte zinsnede op te nemen in de voorgestelde definitie van 'virtuele valuta' in de Concept Implementatiewet AMLD5. Immers, wanneer uitdrukkelijk wordt bepaald dat virtuele valuta niet de juridische status van valuta of geld heeft, zou een aanvaarding/erkenning van virtuele valuta als 'gangbaar geld' in de zin van het BW met zich brengen dat dergelijke vormen van virtuele valuta mogelijk niet meer onder de reikwijdte van de Wwft vallen. We benadrukken dat dit ons giswerk is en dat de wetgever niet toelichting geeft waarom het afwijkt van de definitie voor virtuele valuta zoals opgenomen in AMLD5.
26. We verzoeken dan ook om een nadere toelichting en geven nogmaals in overweging om, als er dan toch afgeweken wordt van de AMLD5, in plaats van 'virtuele valuta' de Wwft van toepassing te verklaren op het bredere begrip van 'virtuele activa'.

Hoofdstuk 3a. Vergunning aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees

27. In de Concept Implementatiewet AMLD5 wordt in artikel 23c Wwft een vergunningplicht voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders geïntroduceerd. Op basis van deze bepaling is het *"een ieder verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning beroeps- of bedrijfsmatig in of vanuit Nederland diensten aan te bieden voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en/of bewaarportemonnees aan te bieden."*
28. Dit is de eerste en enige vergunningplicht die wordt geïntroduceerd in de Wwft. Wij zijn van mening dat het introduceren van een vergunningplicht in de Wwft voor slechts één type instelling niet aansluit bij de huidige structuur van het stelsel van wet- en regelgeving, waarin de vergunningplichten zijn neergelegd in de Wft, de Wet op de Kansspelen en Wet toezicht trustkantoren. Het valt tevens op dat voor de invulling van de relevante vergunningvereisten wordt aangesloten bij de vereisten op basis van de Wft. Wij vragen ons dan ook af of de Wwft wel de aangewezen wet is om een vergunningplicht voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders in op te nemen.
29. Daarnaast zouden wij graag een nadere toelichting zien op de keuze om een vergunningplicht op te nemen in plaats van (enkel) een registratieplicht, nu deze keuze afwijkt van het vereiste van een registratieplicht voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders opgenomen in AMLD5. Deze keuze leidt eventueel tot onnodige regeldruk voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders die in of vanuit Nederland actief willen zijn. Wij vragen ons daarom af of de vergunningplicht wel doeltreffend is en of deze verplichting niet onnodig de innovatie op de

Nederlandse markt en het toetreden van buitenlandse partijen op de Nederlandse markt tegenhoudt.

30. Uit de formulering van de registratieplicht voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders zoals opgenomen in artikel 1(29) AMLD5 (streckende tot wijziging van artikel 47 AMLD4) lijkt te volgen dat door de Europese wetgever bewust is afgezien van een vergunningplicht. Daar waar in het voorstel¹⁶ van deze richtlijn nog werd gesproken over een registratie of vergunning is dit niet meer het geval in de finale versie van AMLD5.¹⁷
31. Deze wijziging in artikel 1(29) AMLD5 strekkende tot wijziging van artikel 47 AMLD4 is in overeenstemming met de opinie van EBA van 11 augustus 2016, waarin het volgende is opgenomen:

"(37) (..), by giving Member States a choice between a licensing or a registration regime, it is likely that different Member States will adopt very different regimes. However, in light of the international nature of VC activities, the high ML/TF risk associated with VCs and the difficulty in enforcing the local AML/CFT regime (...), such a scenario risks undermining the aims of the Directive, and of the amendments to the Directive, to strengthen Europe's terrorist finance defences.

(38) The EBA therefore considers that the EU Commission and co-legislators should take a decision whether either a licensing or a registration regime is most suitable and conducive to the aim of deterring terrorist financing across the EU or, should this not be achievable, at least provide clarity about the features that a national registration or authorization regime should have."¹⁸

32. In lijn met de hierboven opgenomen opmerkingen van de EBA luidt de huidige tekst van het aangepaste artikel 47 AMLD4 conform de wijzigingen in AMLD5:

"Member States shall ensure that providers of exchange services between virtual currencies and fiat currencies, and custodian wallet providers, are registered, [that currency exchange and cheque cashing offices, and trust or company service providers are licensed or registered, and that providers of gambling services are regulated]"¹⁹

¹⁶ Proposed AMLD5, p. 37.

¹⁷ AMLD5, artikel 1 onder (29), te raadplegen via: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>.

¹⁸ EBA Opinion on proposal by EU Commission Regarding Virtual Currencies and 4AMLD (EBA-Op-2016-07), 11 August 2016, p. 8, te raadplegen via: <https://eba.europa.eu/documents/10180/1547217/EBA+Opinion+on+the+Commission%E2%80%99s+proposal+to+bring+virtual+currency+entities+into+the+scope+of+4AMLD> ("2016 EBA Opinion").

¹⁹ Zie voetnoot 17; deze wijziging werd voor het eerst opgenomen in een tussentijds compromis ter zake van de Proposed AMLD5, ST13872(2016)UNIT, te raadplegen via <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13872-2016-INIT/en/pdf>.

33. Niet alleen lijkt er bewust te zijn gekozen voor enkel een registratieplicht voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders, ook wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de registratieplicht en een vergunningplicht, welke mogelijkheid wel open staat aan Lidstaten ten aanzien van andere type instellingen die onder de Wwft vallen. Dit onderscheid tussen een registratieplicht en een vergunningplicht lijkt niet te worden gemaakt in de Ontwerp Toelichting waarin is opgenomen:

"De richtlijn schrijft voor dat aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees geregistreerd moeten worden. In het wetsvoorstel wordt deze registratie vorm gegeven als een vergunningplicht. (...)"

34. In de Concept Implementatiewet AMLD5 is opgenomen dat de vergunningplicht zal gelden voor een ieder *die in of vanuit Nederland* diensten aanbiedt voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en/of bewaarportemonnees aanbiedt. Uit de Ontwerp Toelichting blijkt niet hoe vastgesteld gaat/kan worden wanneer er sprake is van het 'aanbieden in Nederland' van deze diensten. Gelet op het internationale karakter van de betreffende diensten, en het eerder aangestipte gemak waarmee Virtuele Valuta Dienstaanbieders buiten de landsgrenzen actief kunnen zijn, achten wij het raadzaam om een nadere toelichting te geven op de reikwijdte van de vergunningsplicht.
35. Met het opnemen van een vergunningplicht wijkt Nederland af van de verplichting zoals geformuleerd in AMLD5. De formulering van artikel 23c lid 3 in de Concept Implementatiewet AMLD5 lijkt onvoldoende rekening te houden met de mogelijke consequenties van deze keuze. Zo bepaalt artikel 23c lid 3 bijvoorbeeld dat de vergunningplicht niet van toepassing is op een aanbieder die beschikt over *een vergelijkbare vergunning* in een andere lidstaat waarop toezicht wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die deze wet beoogt te beschermen. Ervan uitgaande dat het merendeel van de lidstaten slechts een registratieplicht zal invoeren, zullen partijen die reeds in een andere lidstaat geregistreerd zijn alsnog in Nederland een vergunning moeten aanvragen voor het mogen aanbieden van de desbetreffende diensten dan wel om een ontheffing moeten verzoeken.
36. Anders dan ten aanzien van de ruimere reikwijdte die naar onze mening gegeven zou moeten door in plaats van 'virtuele valuta' te refereren aan 'virtuele activa', menen wij dat het introduceren van een vergunningplicht voor Virtuele Valuta Dienstaanbieders (of alsdan Virtuele Activa Dienstaanbieders) een niet wenselijke vorm van afwijking van de AMLD5 vormt.



COL-platformen onder Wwft

37. Tenslotte, los van dit Concept Implementatiewet AMLD5, brengen wij graag onze suggestie om crowdlending platformen die beschikken over een ontheffing op grond van artikel 4:3 Wft onder de reikwijdte van de Wwft onder uw aandacht. Voor een motivering van deze suggestie verwijzen wij u graag nog onze eerdere consultatiereacties op enerzijds de concept Crowdfunding Verordening (zie: <https://www.fglawyersamsterdam.com/wp-content/uploads/2018/05/20180511-Response-FG-Lawyers-The-Netherlands-Draft-ECSP-Regulation.pdf>) en anderzijds het geconsulteerde juridisch kader van toepassing op crowdfunding platformen onderhandse leningen (zie: <https://www.fglawyersamsterdam.com/wp-content/uploads/2017/11/November-2017-Reactie-FG-Lawyers-Consultatie-Nederlands-wettelijk-kader-crowdlending-platformen.pdf>).

Indien gewenst, zijn wij uiteraard bereid om een nadere toelichting te geven op de inhoud van deze reactie.

Met vriendelijke groet,

/S/

Anne Hakvoort en Sanne Machiels
FG Lawyers