

Consultatiereactie

AAN Ministerie van Financiën
VAN Loyens & Loeff N.V.
DATUM 15 januari 2019

BETREFT Consultatie Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn

Geachte heer, mevrouw,

Loyens & Loeff N.V. heeft met interesse kennisgenomen van het consultatiedocument Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn van 11 december 2018 (het **Voorstel**). Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatieronde op de voorgenomen wijzigingen te reageren. Onze reactie treft u hieronder aan. Hierbij gaan wij in op de volgende deelonderwerpen:

- Definitie virtuele valuta
- Definitie aanbieder van een bewaarportemonnee
- Artikel 4 Wwft
- Transactiemonitoring
- Vergunningplicht

Definitie virtuele valuta

Wij noteren dat het gecursiveerde/onderstreepte deel van de definitie van “virtuele valuta” uit de Europese Vijfde Anti-Witwasrichtlijn (EU) 2018/843 (de **Richtlijn**) niet is opgenomen in de definitie van dit begrip in het Voorstel.

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

Uit de toelichting bij het Voorstel volgt niet waarom de definitie uit de Richtlijn niet integraal is overgenomen en of een verschil ten opzichte van de Richtlijn is beoogd. Het strekt tot aanbeveling de achtergrond hiervoor in de toelichting op te nemen.

Definitie aanbieder van een bewaarportemonnee

In het Voorstel luidt de definitie van aanbieder van een bewaarportemonnee als volgt.

“aanbieder van een bewaarportemonnee”: entiteit die diensten aanbiedt om namens haar cliënten cryptografische privésleutels te beveiligen om virtuele valuta aan te houden, op te slaan en over te dragen.

Uit de toelichting bij het Voorstel in samenhang met de definitie menen wij te begrijpen dat voor aanbieders die diensten aanbieden om namens haar cliënten/gebruikers cryptografische privésleutels te beveiligen, het relevant is dat zij in het bezit zijn van de privésleutel van hun gebruikers én daarmee ook beschikken over hun virtuele valuta. Wij raden aan om dit in de toelichting te verduidelijken en dat het enkel beschikken over de privésleutel niet voldoende is voor een partij om al aanbieder van een bewaarportemonnee te worden aangemerkt.

Artikel 4 Wwft

In het Voorstel wordt aan artikel 4 Wwft een nieuw lid toegevoegd:

"Bij het aangaan van een nieuwe zakelijke relatie met een cliënt als bedoeld in artikel 3, derde of vierde lid, beschikt de instelling over een bewijs van inschrijving van de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt in het register, bedoeld in artikel 2 van de Handelsregisterwet 2007."

Indien een aanbieder vanuit Nederland diensten aanbiedt aan buitenlandse rechtspersonen die niet staan ingeschreven in het Nederlandse handelsregister, kan de aanbieder niet voldoen aan deze verplichting. Wij stellen daarom voor de volgende zinsnede aan het voorgestelde lid toe te voegen: *"of, indien beschikbaar, een daarmee vergelijkbaar register in een ander land"*.

Transactiemonitoring

Hoog risico

In de toelichting bij het Voorstel staat dat vermoedelijk in vrijwel alle gevallen (van dienstverlening door aanbieders van bewaarportemonnees en wisseldiensten) sprake is van een hoog risico, waardoor een verscherpt cliëntenonderzoek moet worden uitgevoerd (pagina 5 van de toelichting bij het Voorstel). Uit de toelichting volgt dat in het kader van het cliëntenonderzoek virtuele valuta adressen dienen te worden gekoppeld aan de eigenaar van de virtuele valuta, de ontvanger dient te worden geïdentificeerd, en in het geval dat cliënten hun virtuele valuta willen omzetten in fiduciaire valuta, moet de herkomst van virtuele valuta en de bron van het vermogen van de betreffende cliënten worden vastgesteld.

Naar onze mening is het inderdaad zo dat online diensten en virtuele valuta transacties factoren zijn die voor de beoordeling van het risico op witwassen en financieren van terrorisme relevant zijn. Dat betekent ons inziens echter niet dat *alle* virtuele valuta transacties als hoog risico moeten worden aangemerkt. Het lijkt niet waarschijnlijk dat eenvoudige wisseltransacties onder alle omstandigheden als hoog risico moeten worden aangemerkt, als gevolg waarvan bijvoorbeeld standaard een onderzoek moet worden ingesteld naar de bron van het vermogen van de betreffende cliënt/gebruiker. Wij stellen voor dit aan te passen in de toelichting.

Vaststellen identiteit van de eigenaar

In de toelichting staat dat aanbieders van bewaarportemonnees en wisseldiensten virtuele valuta adressen moeten kunnen koppelen aan de identiteit van de eigenaar van de virtuele valuta. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat van elke transactie het IP-adres kan worden vastgesteld. Wij verwijzen

naar pagina 5 van de toelichting bij het Voorstel. Het is echter niet altijd mogelijk om de achterliggende gebruiker vast te stellen, bijvoorbeeld omdat gebruikers hun IP-adres kunnen verbergen door gebruik te maken van een Virtual Private Network (VPN) of een proxy verbinding. Daarnaast kan het zo zijn dat partijen virtuele valuta fysiek leveren, bijvoorbeeld door middel van een hardware wallet (USB-stick), zodat informatie over deze transactie niet te achterhalen is. Indien partijen hun portemonnee niet aanhouden bij een platform (*exchange*) en/of zonder tussenkomst van een tussenpersoon of platform handelen, is het ook niet (steeds) mogelijk om de identiteit van de gebruiker vast te stellen. In deze gevallen is niet duidelijk hoe de instellingen de identiteit van de cliënt/gebruiker moeten vaststellen.

De vergunningplicht voor wisseldiensten en aanbieders van bewaarportemonnees

Artikel 23c leden 1 en 2 Wwft

In Hoofdstuk 3a van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (**Wwft**) wordt een vergunningplicht geïntroduceerd voor het beroeps- of bedrijfsmatig (i) in of vanuit Nederland diensten aan bieden voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en (ii) in of vanuit Nederland bewaarportemonnees aanbieden.

In tegenstelling tot een registratieplicht, zoals volgt uit artikel 47 van de Europese Vierde Anti-Witwasrichtlijn (EU) 2015/849, zoals gewijzigd door de Richtlijn, is in het Voorstel gekozen voor een vergunningplicht. Hiermee gaat de wetgever verder dan de Richtlijn en daar wordt naar onze mening onvoldoende aandacht aan besteed in de toelichting bij het Voorstel.

Gelet op het feit dat geen toezicht zal worden gehouden op de bedrijfsactiviteiten van de aanbieder van wisseldiensten en aanbieders van bewaarportemonnees, maar enkel op de naleving van de Wwft, is een registratieplicht meer voor de hand liggend. Dat zou tevens het onderscheid met vergunningen voor het uitoefenen van een bepaald bedrijf of verlenen van bepaalde diensten, zoals die in de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) zijn opgenomen, ten goede komen en verwarring over de status van de onderneming (nationaal en internationaal) kunnen voorkomen.

De vergunningplicht is van toepassing indien *in of vanuit* Nederland diensten worden aangeboden. In de toelichting wordt een voorbeeld genoemd van een Chinese partij die online diensten aanbiedt middels een Engelstalige website. Het is daarmee niet duidelijk onder welke omstandigheden de Chinese partij geacht moet worden in Nederland diensten aan te bieden en een vergunning nodig heeft. Immers kan juist betoogd worden dat een Chinese partij met een Engelstalige website (in plaats van een Nederlandstalige website) zich juist niet actief op de Nederlandse markt richt.

Wij hechten er belang aan dat in de toelichting meer aandacht wordt besteed aan de indicatoren die aanduiden wanneer een partij zich actief richt op de Nederlandse markt, bijvoorbeeld door middel van een Nederlandstalige website en informatie over het Nederlandse belastingstelsel. Anders kan de uitkomst zijn dat partijen in meerdere (lid)staten een vergunning of registratie nodig hebben, zonder dat deze partijen zich actief op die (lid)staten richten. Hiervoor is ook de samenhang met lid 3 van belang.

Artikel 23c lid 3 Wwft

Op basis van lid 3 van artikel 23c is de vergunningplicht alleen niet van toepassing indien de aanbieder beschikt over een *vergelijkbare vergunning* in een andere lidstaat.

Indien de andere lidstaten ervoor kiezen om – in lijn met de tekst van de Richtlijn – een registratieplicht in te voeren, dan zou dat kunnen betekenen dat een dergelijke registratie niet kwalificeert als een *vergelijkbare vergunning* zoals bedoeld in artikel 23c lid 3 Wwft. Datzelfde kan gelden voor een vergunning die onder andere voorwaarden wordt verleend. Een dergelijk systeem kan leiden tot de noodzaak van het hebben van dubbele registraties voor het aanbieden van één online dienst, waarop verschillende toezichthouders toezicht zullen gaan houden, met de kosten van dien. Bovendien draagt dit systeem niet bij aan het creëren van rechtszekerheid en een gelijk speelveld binnen de Europese Unie zoals de Richtlijn tot doel heeft.

Lid 3 zou naar onze mening moeten worden aangepast opdat het beschikken over een vergunning of registratie verkregen in een andere lidstaat, tevens toestaat dat de betreffende dienst in Nederland kan worden aangeboden. Op basis van de Richtlijn gelden immers dezelfde eisen voor aanbieders van bewaarportemonnees en wisseldiensten.

Artikel 23g lid 3 Wwft

In artikel 23g lid 3 onder b. Wwft wordt melding gemaakt van het begrip “gekwalificeerde deelneming”. Dit begrip is echter niet gedefinieerd in het Voorstel. Dit betreft onder meer een Wft-begrip dat niet in de huidige Wwft is opgenomen. Wij raden aan om dit begrip te definiëren in het Voorstel.

Artikel 23h Wwft

In dit artikel is bepaald dat dagelijks beleidsbepalers, medebeleidsbepalers en toezichthouders van aanbieders geschikt en betrouwbaar moeten zijn. Dit sluit echter niet volledig aan bij het doel en de tekst van artikel 47 van de Europese Vierde Anti-Witwasrichtlijn (EU) 2015/849, zoals gewijzigd door de Richtlijn.

In de eerste plaats zou de geschiktheid alleen betrekking moeten hebben op de uitvoering en naleving van de anti-witwasbepalingen en niet tevens betrekking op de dienstverlening en bedrijfsvoering van een aanbieder. Dat is namelijk breder dan het beoogde doel van de Europese Vierde Anti-Witwasrichtlijn, zoals gewijzigd door de Richtlijn.

In de tweede plaats staat in artikel 47 lid 2 van de Europese Vierde Anti-Witwasrichtlijn het volgende:

“De lidstaten verlangen dat de bevoegde autoriteiten ervoor zorgen dat de personen die in de in lid 1 bedoelde entiteiten een leidinggevende functie hebben of de uiteindelijk begunstigen van die entiteiten zijn, betrouwbaar en geschikt zijn.”

De begrippen “leidinggevende” en “uiteindelijk belanghebbende” zijn in het Voorstel vertaald naar dagelijks beleidsbepaler, medebeleidsbepalers en toezichthouders. Deze begrippen sluiten echter niet noodzakelijkerwijs op elkaar aan. Een uiteindelijk belanghebbende zal bijvoorbeeld niet altijd een beleidsbepaler of medebeleidsbepaler zijn.

Op grond van artikel 23h lid 3 Wwft wordt voor het vaststaan van de betrouwbaarheid aangesloten bij een eerdere toets van De Nederlandsche Bank op basis van de Wwft. Wij menen dat dit zou kunnen worden uitgebreid naar een betrouwbaarheidstoetsing in het kader van de Wwft, de Wft of de Wet toezicht trustkantoren 2018 (**Wtt 2018**), omdat een betrouwbaarheidstoetsing onder de Wft en Wtt 2018 dezelfde waarde zou moeten hebben als onder de Wwft.

Hier toe stellen wij artikel 23h lid 3 Wwft in het Voorstel als volgt te wijzigen:

“De betrouwbaarheid van een persoon staat buiten twijfel wanneer dat eenmaal door een toezichthouder voor de toepassing van deze wet of de Wet op het financieel toezicht of de Wet toezicht trustkantoren 2018 is vastgesteld, zolang niet een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.”

Wij hopen in onze reactie handvatten te hebben aangereikt voor verduidelijking en heroverweging. Tot het verstrekken van een nadere toelichting zijn wij uiteraard bereid.

Namens Loyens & Loeff N.V.

Martijn Schoonewille
Marije Louisse
Wendy Pronk