



Simon Lelieveldt
Regulatory Consultant

15 januari 2019

STRIKT VERTROUWELIJK

Ministerie van Financiën
Internetconsultatie

Betreft: reactie op Internet consultatie – Implementatiewet wijziging AMLD4

In reactie op de Internetconsultatie Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn geef ik graag een aantal inzichten mee ter overweging voor het vervolg. Deze richten zich met name op het vraagstuk van toepassing van AMLD-regels voor wisseldiensten en crypto-exchanges en deels op meer ruimte voor elektronisch geld instellingen.

1. Positionering van regels en toezicht op tijdlijn van innovatie en regulering

Ik zou in overweging willen geven dat het zinvol is om een lange termijn en holistisch perspectief te hanteren bij het nadenken over de wijzigingen in de Wwft. Uiteraard is daarbij de AMLD-5 het startpunt, maar mijn grote zorg is dat de richtlijn nu in Nederland uit te grote zorg, te gedetailleerd en vergaand wordt ingevuld, zonder het grote plaatje te bekijken.

Het grote plaatje is als volgt: Nederlandse banken hebben in de afgelopen jaren op integriteits-gebied de nodige steken laten vallen. Ook op dit moment hebben ze hun zaken nog niet helemaal op orde en het staat vast dat meer dan via de in het oog lopende crypto, de feitelijke risico's van witwassen en terrorisme-financiering vooral via de reguliere banken lopen, zowel via het girale als chartale kanaal.

Nu is het tegelijk waar dat, alhoewel crypto momenteel geen significant witwas-risico behelst (bezien vanuit dit grotere plaatje), het goed denkbaar is dat dit in de toekomst anders is. Daarom is het goed dat AMLD5 de betreffende crypto-spelers onder de werking brengt als obliged entities. Maar in de kern is registratie genoeg met een focus op de fiat-conversie.

Kijken we verder vooruit in de toekomst dan is te zien dat een heel oerwoud aan tokens en crypto-oplossingen denkbaar kan zijn. We gaan energie verhandelen, huizen, misschien zelfs wel leenfietsen in de blockchain zetten. De EBA en ESMA hebben net hun inzichten op dit gebied met de markt gedeeld en als daaruit één ding duidelijk wordt, dan is het wel dat de definities en toekomstige markt nog niet uitgekristalliseerd zijn.

Ook de definitie van de FATF is ruimhartig opgezet en leidt tot een situatie dat iets of kwalificeert als erkend financieel instrument/product of als virtual asset:

A virtual asset is a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes.

Dit leidt tot een catch-all bepaling die in feitelijk toezichtverband onwerkbaar is.

Deze variatie in definities (alook de rammelende voorgestelde definitie van virtuele valuta in dit consultatie-voorstel, die om voor mij onbegrijpelijke redenen afwijkt van de Europese tekst) laat zien dat we nog in het beginstadium zijn van het begrijpen van de impact van de relevante technieken. Het is vergelijkbaar met de beginfase rond het uitgeven van elektronisch geld. In die tijd is er pakweg twee jaar tijd nodig geweest om te concluderen dat elektronisch geld ook elektronisch geld is als het niet op een chip staat, maar in de cloud hangt (alleen noemden we dat toen niet zo).

Wat we in Nederland nu dus aan het doen zijn is, terwijl we nog niet de techniek echt doorgronden, toch vooruitlopend op andere EU-landen, een WFT-vergunningsregime voor crypto bouwen. Het grote risico is dat Nederlandse crypto-aanbieders daarbij platgedrukt worden door gedetailleerde en vergaande eisen uit de huidige Memorie van Toelichting. Dat lijkt me onnodig zwaar en onnodig belastend.

In de kern van de zaak zoekt de AMLD5 het aangrijpingspunt op het scharnierpunt van crypto naar fiat en raad ik aan om de nieuwe regels zich ook daartoe te laten beperken. De meeste materiële integriteitswinst wordt dan nu al geboekt doordat de nieuwe spelers nu transacties kunnen melden bij de FIU en doordat de FIU identiteitsgegevens bij crypto-transacties kan opvragen. Voor het overige is in de Nederlandse crypto-markt door zelfregulering al het nodige ondernomen op het gebied van fraudebestrijding.

Van belang is daarbij dat de scope van de gewijzigde Wwft niet alomvattend is. Er blijft een waterbed-effect bestaan waardoor te zware regulering leidt tot verdwijnen van business naar andere landen of out-of-scope software portemonnees. Als de regelgever de lat nu te hoog legt, zeker in vergelijking met Europa, dan gaan de feitelijke transacties ondergronds en staat de FIU en het Nederlands financieel bestel letterlijk met lege handen.

Ik pleit er daarom voor om bij deze regelgeving vooral ook de materialiteit van het doel en de omliggende context in het oog te houden. Het is veel wezenlijker en belangrijker om een relatief grote groep vergunningshoudende spelers in Nederland de vervolgstappen rond professionalisering van AMLD-eisen te laten zetten, dan om die groep uit onnodige integriteits-angst te overladen met eisen waardoor de business onmogelijk wordt.

Het voordeel van die aanpak is dat daarmee Nederland ook alvast anticipeert op een toekomst waarin onvermijdelijk ook EC, EBA en ESMA gaan constateren dat vergunningen een beter regime zijn dan de registers. Op dat moment zullen we meer ervaring hebben, betere definities hebben en heeft onze crypto-industrie een voorsprong omdat ze al in een (eerste) vergunningsregime zitten.

De gedachte om de FATF-definities over te nemen vind ik uitermate prematuur en onverstandig. In de periode die er nog overheen zal gaan om die definities uit te werken zullen we heel veel meer ervaring opdoen en tot betere definities en scope-afbakening komen. Letterlijk overnemen betekent bij de huidige tekst van de Memorie van Toelichting een geheel verbod op handel in crypto voor alle Nederlanders. Het lukt namelijk niemand ooit (tenzij in een walled-garden) om bestemming en herkomst tot en met identiteit te gaan controleren.

2. Vergunningsregime: details, vrijstellingen en dergelijke

Ik vind de keuze voor de Wwft als plek voor de vergunning een goede. Deze past bij een filosofie waarin de AMLD5 implementatie gezien wordt als een stap onderweg naar volledige integratie in financiële systemen, waarbij niet zeker is hoe die toekomstige vergunningsregimes eruit gaan zien. Dan kun je beter de Wwft pragmatisch aanpassen dan alles in de Wft systematiek gooien.

Zo'n model laat goede bedrijven dan professionaliseren en extreme niet-integere buitenlandse aanbieders kunnen worden gehandhaafd. De ervaring die de toezichthouder in zijn werk opdoet gaat later goed van pas komen bij de toekomstige discussies over de financiële regelgeving die op crypto van toepassing kan zijn.

Ik begrijp overigens ook dat de keuze voor de Wwft pragmatisch kan zijn voorgesteld, vanuit DNB-perspectief, omdat het doel zou zijn om, door het parkeren in de Wwft, te voorkomen dat een te legitiem beeld ontstaat bij het publiek over de soort vergunning van de crypto-aanbieder. Tegelijk bestaat de kans dat zo geen gebruik wordt gemaakt van de inspiratie uit andere innovatie-regimes uit het verleden (met name die rond elektronisch geld). Die praktijk heeft geleerd dat juist vrijstellingen en exempties voor delayed due diligence een grote bijdrage leveren aan gebruiksgemak voor consument, zonder dat integriteit daarmee ernstig geraakt wordt.

Het lijkt me goed om, indachtig het geringe materiele risico en de feitelijke materiele winst die wordt geboekt door de FIU-meldingen, nog eens heel goed te kijken naar de vraag of voor kleine bedragen zowel voor pre-paid elektronisch geld als voor cryptovaluta toch niet een maximaal uitgesteld identificatie-regime denkbaar zou zijn. Het is materieel te onevenwichtig om de risico's van grote cash-stromen en transacties onaangetast te laten terwijl de kleinere crypto en e-money stromen onderhevig zijn aan verdergaande eisen.

Verder is het van belang dat alle financiële instellingen de separate vergunning moeten aanvragen. Sinds 2014 hebben, in opdracht van DNB, alle financiële instellingen op de rem getrapt rond virtuele valuta en is het – ook gezien de bancaire integriteits-incidenten- volstrekt niet vanzelfsprekend dat zij de competenties zouden hebben om voor dit specifieke productsegment zonder enige inspanning ruim baan te krijgen op de commerciële markt.

Ik wijs daarbij in het bijzonder op de dubbele positie die banken innemen. Zij zullen, als ze daadwerkelijk zo'n 'gratis' vergunning zouden krijgen, zelf als aanbieder naar hun klanten kunnen optreden terwijl ze tegelijkertijd uit risico-oogpunt de betaalrekeningen opheffen voor alle bitcoinbedrijven. Daarmee materialiseert zich mogelijk straks het foreclosure-risico dat de ACM in haar december 2017 rapportage over banken en fintechs identificeerde. De marktmacht van banken wordt gebruikt om zélf aan de bal te blijven/komen. Terwijl juist de invoering van de AMLD5 ertoe zou moeten leiden dat banken minder huiverig kunnen zijn bij het aanbeiden van een betaalrekening aan bitcoinbedrijven.

Een praktisch punt tenslotte is dat het zeer zinvol is om een frase op te nemen waarin alle wwft-vergunninghouders toegestaan is om (GDPR-proof) transactie- en klantinformatie te delen in geval van ernstig vermoeden van fraude/witwassen/terrorismefinanciering. Dit zou een substantiële stap vooruit zijn bij het tijdig kunnen oppakken van fraudes en incidenten.

3. Bancaire foreclosure bij publiek-private initiatieven rond integriteits-bewaking

Nu de politieke druk sterk toeneemt op banken rond integriteit zijn er allerlei initiatieven in de maak of op de tekentafel waarin een eenvoudiger of gezamenlijk vorm van registraties of meldingen besproken worden, om de KYC/AML kosten van banken te drukken. Daarbij spreekt voor zich dat, gezien de grotere volumes, de banken een grote stem hebben in die discussies.

Echter, het gaat niet aan om alle kleinere partijen in de keten, van betaalinstantie tot crypto-vergunninghouder, vervolgens van de bespreektafels te weren en hun input niet te zoeken of mee te nemen in dit proces. Dan zou de situatie ontstaan dat grote banken, dankzij samenwerking met de overheid, kostenvoordelen kunnen behalen die aan andere instellingen op het integriteits-speelveld ontzegd worden. Een gelijk speelveld betekent dat alle relevante Wwft-instellingen mee moeten kunnen doen binnen een open overleg en een open infrastructuur.

In de praktijk is te zien dat de bancaire instellingen, vanuit traditie, gebruik of cultuur, sterk vasthouden aan hun closed-club gedachte. Vanuit de geschiedenis is dit begrijpelijk, maar analytisch bezien niet. Een witwastransactie kan zich door een hele keten verplaatsen en daarbij doet het er niet toe welk type vergunning of lidmaatschap van een branchevereniging een bedrijf heeft. Om die reden dienen ook nieuwe spelers ruimhartig een plaats te krijgen aan de gesprekstafels rond nieuwe publiek-private initiatieven.

4. Detailregels in Memorie van Toelichting

In feite zijn de AMLD5 en AMLD4 regels helder. De feitelijke invulling en toelichtingen gaan echter veel verder dan technisch mogelijk en dan bedoeld door de Europese regelgever. Wat er hierbij ook gebeurt is dat de toezichthouder niet durft te vertrouwen op een model met velocity-checks.

Wat ik daarmee bedoel is dat het er niet toe hoeft te doen of je weet waar een transactie vandaan komt of waar die heengaat. Wat belangrijk is, is om vast te stellen wie de gebruiker is, wat het te verwachten gebruiksprofiel is en de mate waarin dat profiel afwijkt van de verwachting c.q. onverwachte transacties plaatsvinden.

Teveel is de toezichthouder nu gericht op de gedachte dat je in een blockchain moet kijken om daarin ongebruikelijke signalen te zien. De realiteit is dat er veel andere indicatoren zijn, buiten de blockchain, die evenzo relevant zijn. Velocity-checks horen daarbij, net als afwijkende soorten bedragen voor bepaald type transacties, afwijkende tijdstippen, afwijkende devices enzovoorts. Er is dus teveel angst voor niet-traceerbare transacties in blockchains terwijl het juist gerust moet stellen dat het door de wet mogelijk wordt voor een veel groter deel van de transacties op een blockchain te ontdekken wie erachter zit.

Wat nu dreigt te gebeuren in de Memorie van Toelichting is dat deze een pseudo-leidraad gaat worden waar veel marktpartijen hun kanttekening bij zetten. Ik denk dat het handiger is dicht bij de regels te blijven en te concrete technische invulling te vermijden. Mocht later blijken dat aanpassing nodig is, dan kan dat altijd door de toezichthouder worden ingebracht als wetgevings-suggestie op grond van casuïstiek (en niet op grond van onvoldoende praktijkkennis vooraf).

Samenvattend: ik hoop te hebben verduidelijkt dat het zinvol is om bij de verdere invoering van deze regelgeving het grotere plaatje van de marktontwikkelingen en integriteit mee te nemen. Het is veel zinvoller om met een gedoseerde AML5 implementatie álle aanbieders in de markt mee te nemen naar een vergunnings-systematiek, dan door te strenge regels een weglek effect te laten ontstaan. Bij dat perspectief past ook een expliciet grandfatherings-regime voor instellingen die nu reeds in de markt aanwezig zijn.

Het zou zeer de moeite waard zijn als er in de Wwft een juridisch haakje wordt opgenomen die het onder de GDPR mogelijk maakt om persoonsgegevens te delen tussen Wwft en Wft-vergunninghoudende entiteiten, indien een vermoeden bestaat dat er sprake is van de misdrijven die de wet beoogt tegen te houden.

Ik zou daarnaast aanraden om nog nadrukkelijker te zoeken naar mogelijkheden om voor lagere bedragen een afwijkende set regels toe te passen, vergelijkbaar met die rond de elektronisch geld transacties.

Verder is het zaak om beleidsmatig nadrukkelijk aandacht te besteden aan de inclusiviteit van discussies over de toekomstige privaat-publieke integriteits-initiatieven. Er wordt teveel vanuit oude stramienien gedacht en te weinig over de keten heen samenwerking gezocht met ketenpartners.

Tot slot vraag ik nog aandacht voor de potentiële foreclosure-effecten die kunnen optreden bij banken die bitcoinbedrijven op integriteitsgronden gaan weigeren, terwijl ze zelf soortgelijke diensten gaan aanbieden. Ik zou aanraden om de ACM te vragen dit thema expliciet te monitoren.

Met vriendelijke groet

Simon Lelieveldt
Digitaal gestuurd.