

# Nederlands crypto-toezicht: letter, geest en praktijk

## Over letter en geest van de wet en de praktijk

Ir. S.L. Lelieveldt CCP<sup>1</sup>

Op de avond van 21 april 2020 volgden honderden medewerkers uit de cryptosector de livestream uit de Eerste Kamer over de Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn.<sup>2</sup> De branchevereniging, de Verenigde Bitcoinbedrijven Nederland (VBNL), had de politiek erop gewezen dat het toekomstig 'registratieregime' voor cryptobedrijven te duur zou worden.<sup>3</sup> De VBNL baseerde zich op een juridische analyse waaruit bleek dat meer sprake was van een verkapt prudentieel vergunningsregime dan het proportionele anti-witwasregime dat de Europese richtlijn voorschreef.<sup>4</sup> De sector was bezorgd over de geschatte toezichtkosten van 34.000 euro per jaar en de nalevingslasten van het nationaal toegevoegde integriteitstoezicht.

De vraag nu: hoe is het toezicht op crypto sinds 2020 verlopen?

Dit artikel beschrijft het toezicht dat de afgelopen twee jaar bij crypto-aanbieders is uitgevoerd op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering (Wwft). Aan de orde komt eerst de geest van de wet: de intentie van de Europese en nationale regelgever.<sup>5</sup> Vervolgens behandel ik de letter van de wet en daarna volgt de praktijk. Hoe ging de toezichthouder feitelijk om met letter en geest van de Europese en nationale regels?

Alles overziend zie ik spanning tussen het feitelijk Wwft-toezicht op cryptobedrijven en de constitutionele randvoorwaarden die vanuit de regelgever zijn vastgesteld. Het cryptotoezicht lijkt in Nederland overmatig gedimensioneerd en duurder dan bedoeld en toegezegd, terwijl buitenlandse partijen onvoldoende gehandhaafd worden. Hierbij kan inderdaad, zoals de Kwink Groep stelt, verbetering mogelijk zijn als De Nederlandsche Bank (DNB) de lessen rond de kinderopvangtoeslagaffaire ook op zichzelf zou betrekken.<sup>6</sup>

De politieke weging hiervan is uiteraard aan de volksvertegenwoordigers en zal mede geschieden op grond van een medio dit jaar te verschijnen onderzoeksrapport over de uitvoering en administratieve lasten van het Wwft-cryptotoezicht.<sup>7</sup>

### 1. Europa: geen vergunning maar een proportioneel en goedkoop registratieregime

De beleidsdiscussie die ten grondslag ligt aan de Europese regelgeving en de Nederlandse wet gaat terug tot 2014.<sup>8</sup> In dat jaar formuleerde de European Banking Authority (EBA) de tweetrapsraket die de basis vormt voor de regelgeving voor cryptobedrijven in Europa. De EBA voorzag dat er op termijn geharmoniseerde Europese regelgeving zou komen over vergunningsplicht voor cryptobedrijven.<sup>9</sup> Voorafgaand daaraan zou in een eerste fase zo snel mogelijk de anonimiteit van bedrijven en klanten die

worden gestuurd, als invulling van de unaniem aangenomen motie Alkaya/van der Linden.

8. Zie ook: Simon Lelieveldt, AMLD5 en doorwerking in WWFT: alle regelgevende en parlementaire stukken op een rij, *LinkedIn*, 9 oktober 2019, [linkedin.nl](#).
9. Het betreft hier de nu lopende Europese discussie over reikwijdte en inhoud van de Markets in Crypto Assets regulation.

1. Ir. S.L. Lelieveldt CCP studeerde technische bedrijfskunde in Twente. Hij studeerde af in 1989 op het onderwerp elektronisch betalen. Hij werkte bij ING/Postbank, De Nederlandsche Bank en als hoofd van de afdeling Toezicht en Financiële Markten bij de Nederlandse Vereniging van Banken. Sinds 2012 is hij als onafhankelijk adviseur actief en ondersteunt hij overheid en bedrijfsleven bij vraagstukken rond compliance van fintech-bedrijven in betalingsverkeer en crypto. Sinds 2019 is hij gecertificeerd compliance professional en in die rol adviseerde hij ook Bitonic het oudste bitcoin wisselkantoor van Nederland.
2. *Kamerstukken I 2019/20*, 35245, A
3. Brief VBNL: Minister, schrap het onevenredig toezicht!, *Bitcoin.nl*, 31 maart 2020. [Bitcoin.nl](#).
4. F. 't Hart & E. Deerenberg, 'Memo Implementatie vijfde anti-witwasrichtlijn', *Bitcoin.nl*, 4 november 2019, [bitcoin.nl](#)
5. Zie ook: S. Lelieveldt, *Cryptoaanbieders*, 2020, Hoofdstuk in: CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector, *Financieel Juridische Reeks* – deel 19, Redactie: dr. mr. F.M.A. 't Hart, mr. drs. I.P. Palm-Steyerberg.
6. Brief van Ministerie van Financiën, 12 december 2021, 2021-0000219257, Bijlage 1: Kwink Groep, Eindrapport Evaluatie DNB.
7. De verwachting is dat dit rapport per medio 2022 door het Ministerie van Financiën aan de Tweede Kamer zal

in crypto handelen moeten worden opgeheven. Dit zou kunnen gebeuren door hen als niet-financiële instellingen onder reikwijdte van de witwasregels te brengen, waarmee ook direct een meldplicht op verdachte transacties van toepassing zou worden.<sup>10</sup>

*De vraag nu: hoe is het toezicht op crypto sinds 2020 verlopen?*

In mei 2016 onderschrijft het Europees Parlement (EP) in een resolutie die benadering, waarbij ze nadrukkelijk aandringt op: 'evenredige regelgeving teneinde innovatie niet in de kiem te smoren en in dit vroege stadium van innovatie geen overbodige kosten toe te voegen.'<sup>11</sup>

Het thema: registratie of vergunning werd bij de voorbereiding van de Europese wijzigingsrichtlijn heel expliciet besproken. Eén van de opties die op de tafel lag was het registreren van cryptospelers als beroepsgroep die zich aan de anti-witwasrichtlijn moet houden. Een ander model was het opnemen van crypto-aanbieders in een vergunningsstructuur conform de systematiek van het financieel toezicht voor betaaldienstverleners. De Europese lidstaten, waaronder Nederland, kozen bijna unaniem voor de laagdrempelige en goedkoper registratieplicht voor crypto-aanbieders.<sup>12</sup>

*De Europese lidstaten, waaronder Nederland, kozen bijna unaniem voor de laagdrempelige en goedkoper registratieplicht voor crypto-aanbieders.*

Het voorstel van de Europese Commissie uit juli 2016 bevat formeel echter nog steeds een formulering waarin sprake is van registratie óf vergunning.<sup>13</sup> Dat is niet naar de zin van de Europese Centrale Bank, die snel nog eens benadrukt dat belangrijk is dat deze private digitale munteenheden niet te veel gepromoot moeten worden doordat Europese actoren aan de handel hierin legitimiteit verschaffen.<sup>14</sup>

De Europese regelgever streept vervolgens het woord 'vergunning' uit de concept-tekst door en wijst het vergunningsmodel als disproportioneel en te kostbaar af. De definitieve richtlijn spreekt dan alleen nog van registratieregime.

## 2. Van Wwft-registratie naar Wwft-vergunning en terug?

De Nederlandse parlementaire historie toont dat zowel het Ministerie van Financiën als DNB eerst op de Europese lijn van het registratieregime zitten.<sup>15</sup> Het Ministerie schetst dat de cryptodienstverleners onder het bereik worden gebracht van de Wwft en benoemt expliciet dat de regering de overeengekomen Europese regels passend en proportioneel acht.<sup>16</sup>

Gezien de wetshistorie van de Wwft zou dan Bureau Financieel Toezicht de toezichthouder moeten worden. Op Europees niveau was er immers voor gekozen om cryptobedrijven als beroepsgroep te registreren en niet als instelling die financiële diensten of producten aanbiedt. Toezicht vanuit DNB is voor dit soort beroepsgroepen niet aan de orde, zoals ook expliciet blijkt uit de Memorie van antwoord aan de Eerste Kamer bij de totstandkoming van de Wwft in 2008.<sup>17</sup>

Opmerkelijk genoeg wordt echter eind 2018 door het Ministerie van Financiën tóch een vergunningsregime geconsulteerd met de markt waarin het toezicht belegd wordt bij DNB. Het is gissen naar wat tot deze politieke beleidswijziging leidde.<sup>18</sup> Wel is bekend dat De toezichthouders DNB en Autoriteit Financiële Markten (AFM) hadden geadviseerd om in Nederland een Wwft-vergunningsregime voor crypto-aanbieders in te richten.<sup>19</sup> Het advies stelde dat dit nodig zou zijn om het mogelijk te maken partijen al aan de poort te toetsen en indien nodig op voorhand te weren van de markt. Het zou volgens AFM en DNB ook toegestaan zijn om meer te doen omdat sprake is van een minimumharmonisatie-richtlijn. We zien hier de eerste spanning met letter en geest van de Europese regelgeving ontstaan. De Raad van State wees dan ook nadrukkelijk op de onmogelijkheid van het in de Wwft hanteren van een vergunningsregime of nadere toelatings- of toezicht-eisen.<sup>20</sup>

*De Raad van State wees dan ook nadrukkelijk op de onmogelijkheid van het in de Wwft hanteren van een vergunningsregime of nadere toelatings- of toezicht-eisen.*

In de uiteindelijke wet die in juli 2019 naar de Tweede Kamer ging was vervolgens het woord vergunning geschrapt en vervangen door registratie. Wel waren de prudentiële regels over integere organisatie en beheerste bedrijfsvoering vanuit de Wet

10. EBA Opinion on 'virtual currencies', 4 juli 2014, overwegingen 177 en 178, eba.europa.eu.  
11. European Parliament resolution of 26 May 2016 on virtual currencies, 2016/2007(INI), europarl.europa.eu.  
12. European Commission Staff Working Document: Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC, p.31. eur-lex.europa.eu.  
13. European Commission, COM/2016/0450 final, 5 juli 2016.  
14. European Central Bank, Opinion of the European Central Bank of 12 October 2016, eur-lex.europa.eu.

15. Position Paper van DNB, Rondetafelgesprek Cryptocurrencies/ICO's, d.d. 24 januari 2018, dnb.nl.  
16. Kamerstukken I, 34 808 F, p 8.  
17. Kamerstukken I, 31 237 C, p 6.  
18. Consultatie Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn, 11 december 2018, internetconsultatie.nl/wijzigingamld4.  
19. Kamerstukken II, 2018/19, 31 013, nr. 201.  
20. Kamerstukken II 2018/19, 3 5245, nr. 4.

op het financieel toezicht (Wft) alleen voor de categorie cryptobedrijven als eis aan de Wwft toegevoegd. DNB bleef de beoogde toezichthouder. Het aangepaste wetsvoorstel leverde in het parlement, bij de pers en in de sector de nodige verwarring op. Was er nu, ondanks de term registratie toch feitelijk een verkapt vergunningsregime in de wet opgenomen? De toevoeging van organisatorische eisen in de wet was ook opmerkelijk omdat artikel 8 van de bestaande anti-witwasrichtlijn, met eisen over organisatie, in het geheel niet gewijzigd was.

Het staand kabinetsbeleid van Rutte III was tegelijkertijd om Europese regels beleidsarm om te zetten in Nederlandse wetten.<sup>21</sup> Dit betekent dat er zo min mogelijk zogeheten 'nationale koppen' worden toegevoegd aan Europese regels. Dit zijn aanvullende regels die uitsluitend in Nederland worden toegevoegd. Het kabinet streefde ernaar om dit zo min mogelijk te doen omwille van een gelijk speelveld tussen producenten in de verschillende EU-landen.

Of de wet nu wel of niet beleidsarm was had dan ook de warme aandacht bij de behandeling van de implementatiewet in de Tweede Kamer. Vanuit de sector werd hierover ook een urgente e-mail naar de fractievoorzitters van de Tweede Kamer gestuurd.<sup>22</sup> Hierin werd toegelicht dat de wet wél nationale koppen kende, wat zou leiden tot een rem op innovatie, hoge kosten en onterecht voordeel voor grote buitenlandse spelers. Het parlement en de pers kregen echter moeilijk de vinger achter de details. De juridische discussie was complex en zowel het Ministerie van Financiën en DNB ontkenden dat nationale prudentiële regels zouden zijn toegevoegd.<sup>23</sup>

De zorg rond onnodig hoge administratieve en nalevingslasten werd breed ervaren in de Tweede Kamer. De Tweede Kamer nam unaniem de motie Alkaya/van der Linde aan. Deze luidde dat de naleving van de wet niet zou mogen leiden tot verdringing van kleine ondernemingen vanwege te hoge administratieve lasten.<sup>24</sup> De Minister van Financiën zegde toe om de uitwerking van deze wet te monitoren en uiterlijk twee jaar na inwerkingtreding de Tweede Kamer te informeren. Die datum, 20 mei 2022, werd niet gehaald.

Vlak nadat de Tweede Kamer in december 2019 de wet aannam, werd duidelijk waarom de wet in Nederland met prudentiële toezichteisen uit de Wft verzwaaard was. Via de website overheid.nl werd een

brief openbaar die in maart 2019 door DNB als toekomstig toezichthouder was gestuurd aan het Ministerie van Financiën.<sup>25</sup> Deze bevatte een lijst met aanvullende Nederlandse toezichteisen die vrijwel allemaal toegevoegd bleken aan de definitieve wetstekst. De zichtbare verzwaring van de Wwft en de nationale kop voor crypto-aanbieders was dus het gevolg van een interventie van DNB na afloop van de consultatietermijn. Opmerkelijk was dat DNB zelfs in oktober 2019 (dus na het andersluidend oordeel van de Raad van State) van mening bleef dat een vergunningsregime het beste was.<sup>26</sup> Het journalistiek platform Follow the Money dook er diep in en kopte: 'Woordspel van minister Hoekstra verhuult hoe ver zijn omstrede 'cryptowet' gaat.'<sup>27</sup>

*De zichtbare verzwaring van de Wwft en de nationale kop voor crypto-aanbieders was dus het gevolg van een interventie van DNB na afloop van de consultatietermijn.*

### 3. Eerste Kamer: Minister Hoekstra benadrukt de beleidsarme geest van de wet

In de Eerste Kamer werd in januari 2020 kritisch doorgevraagd op de toegevoegde eisen, de kosten-niveaus en intensiteit van het voorgenomen toezicht. Klopte de visie van de Verenigde Bitcoinbedrijven Nederland (VBNL) dat het toezichtbedrag met € 34.000 per jaar hoger was dan dat van een gemiddeld trustkantoor met een vergunning? Werd er inderdaad veel verder gegaan dan de Europese richtlijn voorschreef en was dat de bron van hoge toezichtkosten en nalevingskosten? Was wat voorlag niet tóch een verkapt vergunningsregime?

De toenmalig Minister van Financiën Hoekstra reageerde ontkennend. Zijn medewerkers herkenden achter de schermen wel de zorg van de VBNL over de hoge kosten van Wwft-toezicht door DNB.<sup>28</sup> Toch stelde hij op 21 april 2020 tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer dat de VBNL overdreef over de lasten. In de tweede termijn legde de Minister nogmaals uit dat het allemaal erg zou meevallen en dat DNB zelf de opstartkosten van het toezicht voor rekening zou nemen. De toezichtkosten zouden significant lager worden dan de gevreesde € 34.000 per jaar.<sup>29</sup>

21. Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021, kabinetsformatie2021.nl.  
22. E-mailbericht J. Hofman: Hoekstra licht fracties verkeerd in over inhoud en gevolg van de implementatiewet witwassen (35245), 4 november 2020, Amsterdam, bedrijfsarchief Bitonic.  
23. Eva Rooijers, Cryptobedrijven verzetten zich tegen strenger witwastoezicht, 2 december 2019, fd.nl  
24. Aanhangsel Handelingen II, vergaderjaar 2020–2021, nr. 857.

25. DNB, 'Reactie DNB op conceptwetsvoorstel AMLD5', 7 maart 2019, simonl.org  
26. DNB, Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidsstoets Implementatiebesluit wijziging vierde anti-witwasrichtlijn, 14 oktober 2019, internetconsultatie.nl/besluitwijzigingaml4/reactie.  
27. T. Bollen, Woordspel van minister Hoekstra verhuult hoe ver zijn omstrede 'cryptowet' gaat, *Follow the Money*, 20 december 2019, ftm.nl.  
28. Ministerie van Financiën, eerste deelbesluit Wob-verzoek aanbevelingen en regelgeving cryptodienstverlening, 23 september 2021, Den Haag.  
29. *Handelingen I* 2019/20, nr 25, item 10.

Daarnaast stelde de Minister herhaaldelijk dat alleen de Europese regels gevolgd worden en dat sprake zou zijn van een registratieprocedure en niet van een vergunningsprocedure of toelatingseisen:

*"Het is gewoon anders of je een registratieplicht hebt of dat je een vergunningplicht hebt. Registreren doe je, en een vergunning wordt aan je verleend. Dat is gewoon echt wat anders. De lat ligt daar ook op een ander niveau. Het bewijs daarvoor kon ook gevonden worden in dit debat, want een deel van de leden was natuurlijk ook juist kritisch op het kabinet omdat we die vergunningplicht hebben laten vervallen. Maar dat was dus omdat we het advies van de Raad van State serieus wilden nemen"<sup>30</sup>*

Wanneer aan het eind van de behandeling een motie in stemming wordt gebracht met de suggestie dat het Ministerie, de toezichthouder en de sector om tafel gaan zitten om te borgen dat het toezicht alleen betrekking heeft op Europese eisen en de kosten binnen de perken blijven, ontraadt de Minister van Financiën die motie met kracht. De meerderheid van de Eerste Kamer stemt vervolgens met de wet in.

*"Het is gewoon anders of je een registratieplicht hebt of dat je een vergunningplicht hebt. Registreren doe je, en een vergunning wordt aan je verleend."*

De sector reageert voorzichtig optimistisch. Als de Minister van Financiën dit alles aan het parlement zo duidelijk maakt dan is de geest van de regelgever helder en lijkt de kou uit de lucht.<sup>31</sup> De integriteitstoezichthouder zal zich, indachtig haar eigen gedragscode en het belang dat zij zelf ook hecht aan integriteit, vast goed rekenschap geven van letter en geest van de wet.<sup>32</sup> In de gedragscode DNB staat immers dat goed ambtelijk handelen centraal staat en deze nadere toelichting van de Minister kan als instructie aan de toezichthouder moeilijk worden misverstaan.

#### 4. De letter van de wet: specifieke nationale regels

De Wwft bepaalt in artikel 23 dat DNB binnen twee maanden moet besluiten op een registratieverzoek van een cryptobedrijf. In de wet is ook opgenomen dat een aanbieder alleen diensten kan aanbieden als hij geregistreerd is. Aanbieders moesten uiterlijk zes maanden na ingang van de wet – te weten 21 november 2020 – een registratie hebben om in Nederland hun diensten te kunnen (blijven) aanbieden.

Is dit wetsconstruct, ondanks het gebruik van de term registratieverzoek, feitelijk niet meer een aanvraag voor een vergunning? Er wordt immers een expliciet besluit genomen na een verzoek. Daarover is een flinke boom op te zetten, zeker omdat er passender registratiefiguren mogelijk zijn zoals een gebod tot registratie.<sup>33</sup> Het pragmatische antwoord lijkt me dat de precieze juridische figuur er niet toe doet. Het is immers de invulling van de toezichthouder zélf die de aard van de procedure bepaalt. Een toezichthouder kan door een voortvarende afhandeling recht doen aan de geest van de regelgever. Ook een feitelijk construct als vergunningsregime kan in realiteit als snelle stempelprocedure worden uitgevoerd. Net zoals een formele registratieprocedure, door overmatige invulling in de praktijk, de vorm kan krijgen van een vergunningsregime.

De eisen aan een integere en beheerste organisatie in artikel 23j van de Wwft springen als tweede in het oog. Deze regels zijn alleen voor crypto-aanbieders ingevoegd en gelden niet voor overige niet-financiële instellingen in de Wwft. De eisen zijn een kopie van de integriteitsbepalingen onder de Wet op het financieel toezicht (Wft). Ook de AMvB-structuur van de Wft-bepalingen zijn met knip-en-plakwerk voor crypto-aanbieders ingevoegd. Het zijn deze regels die hoge kosten veroorzaken en die de brancheorganisatie verwijderd wilde zien. De toezichthouder had immers eerder al aan de sector aangekondigd op grond van dit artikel een jaarlijkse extensieve uitvraag en integriteitsvragenlijst, identiek aan die voor vergunde Wft-instellingen, te zullen gaan uitsturen. Extern geraadpleegde advocaten waarschuwden voor de kosten en toezichtintensiteit en betitelden de specifieke wettelijke eisen voor crypto-aanbieders als een 'verkapt vergunningsregime'<sup>34</sup>

Als derde: de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) stelt de doorberekening van toezichtkosten vast voor het financieel toezicht. Echter: bij crypto-aanbieders benadrukte DNB dat er van financieel toezicht geen sprake zou zijn. En voor de niet-financiële instellingen onder de Wwft en de vrijgestelde Wft-betaaldienstverleners worden de kosten van het doorlopend toezicht van DNB niet doorberekend. Ook was van doorlopende toezichtkosten voor cryptobedrijven geen melding gemaakt bij de consultatie van het wetsvoorstel en evenmin bij de consultatie van het bekostigingsbesluit 2020.<sup>35</sup> De cryptobedrijven concludeerden dan ook dat juridisch ge-

30. *Handelingen I* 2019/20, nr 25, item 10.

31. M. van der Schaar, Eerste Kamer stemt voor nieuwe regelgeving, invoering binnenkort, *bitcoin.nl*, 23 april 2020, [bitcoin.nl](https://www.bitcoin.nl).

32. DNB, Gedragscode DNB, 22 november 2019, Amsterdam, [dnb.nl](https://www.dnb.nl).

33. Raad van State 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116.

34. F. 't Hart & E. Deerenberg, 'Memo Implementatie vijfde anti-witwasrichtlijn', *Bitcoin.nl*, 4 november 2019.

35. Ministerie van Financiën, Consultatieverslag Wijziging van het Besluit bekostiging financieel toezicht 2019 in verband met onder meer wijziging van enkele maatstaven en toevoeging van enkele onder toezicht staande personen voor de doorberekening van de toezichtkosten vanaf het jaar 2020, 1 november 2019, Den Haag, [internetconsultatie.nl/1500](https://internetconsultatie.nl/1500).

zien de wijziging van de Wbft hooguit betrekking kon hebben op de kosten van eenmalige registratie.<sup>36</sup>

*Extern geraadpleegde advocaten waarschuwden voor de kosten en toezichtintensiteit en betitelden de specifieke wettelijke eisen voor crypto-aanbieders als een 'verkapte vergunningsregime'.*

De Sanctiewet (Sw) ten slotte was in generieke zin al van toepassing op crypto-aanbieders, zoals op alle ondernemingen in Nederland. De Nederlandse regelgever besloot echter als 'implementatie van de gewijzigde richtlijn' in artikel 10 lid 2 van de Sanctiewet op te nemen dat de crypto-aanbieders behandeld moeten worden als financiële instellingen. Ook hier kan, met de Raad van State, de vraag worden gesteld of dit niet een onrechtmatige nationale transpositie is.<sup>37</sup> De gewijzigde Europese richtlijn ziet namelijk niet op sanctieregelgeving en kent ook geen enkele bepaling waaruit deze eis kan voortvloeien.

Het sanctietoezicht op crypto-aanbieders is uiteindelijk bij aanwijzingsbesluit van 26 november 2020 (dus na de afloop van de overgangstermijn voor registratie) gedelegeerd aan DNB. Deze overdracht van de bevoegdheid om nieuwe regels voor de bedrijfsvoering en interne controle te stellen is gebonden aan de beperkingen uit het Overdrachtsbesluit onder de Sanctiewet. Artikel 3d hiervan bepaalt dat die bevoegdheid pas wordt uitgeoefend na overleg met de Minister. Tot op de dag van vandaag zijn er geen genoemde nadere regels, specifiek voor de crypto-sector, door het Ministerie vastgesteld en is ook niet door DNB met het Ministerie overlegd.

## 5. De letter van de wet: generieke regels

Allereerst is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van belang omdat ook toezichthouders deze dienen te respecteren tijdens het toezichthouden. Belangrijk zijn onder meer artikel 7: de eerbiediging van het privéleven, artikel 8: het principe van de bescherming van persoonsgegevens en artikel 48: het principe van de onschuldpresumptie.<sup>38</sup> Iets minder bekend, maar even relevant is de VN-resolutie 'Privacy in a digital age'.<sup>39</sup> Deze schrijft terughoudendheid voor aan overheden c.q. zelfstandige bestuursorganen. De resolutie roept hen op om private ondernemingen niet onnodig te dwingen hun klanten schade te berokkenen door onnodig te

eisen dat ondernemingen op grote schaal persoonlijke gegevens verwerken, profileren en geautomatiseerde besluiten nemen.<sup>40</sup>

*Allereerst is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van belang omdat ook toezichthouders deze dienen te respecteren tijdens het toezichthouden.*

Op Europees niveau is de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) van toepassing.<sup>41</sup> Allereerst vanwege de bescherming van de privacy, maar ook vanwege de regels rond automatische beoordeling en profilering van klanten. Daarnaast wijs ik, in het verlengde van een daartoe strekkend advies van de Autoriteit Persoonsgegevens, op een minder bekende, maar heel relevante overweging 31 uit de AVG. Deze bepaalt dat door overheidsinstanties ingediende verzoeken om verstrekking van persoonsgegevens in ieder geval schriftelijk, gemotiveerd en incidenteel zijn. Ze mogen geen volledig bestand betreffen of resulteren in het onderling combineren van bestanden.

Tenslotte is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing en de algemene principes van bestuur.<sup>42</sup> Voor de medewerkers van DNB geldt daarenboven dat zij juridisch gezien ambtenaren zijn die gehouden zijn tot handelen conform de letter en geest van de regelgeving.<sup>43</sup>

## 6. Praktijk registratietermijn: termijn van twee maanden nog nooit gehaald

De registratietermijn van twee maanden uit artikel 23j is door DNB niet gehaald voor de eerste lichting van zestien bedrijven, noch voor de veertien daarna. Dit is af te leiden uit de registratiedata in het Register crypto-aanbieders van DNB.<sup>44</sup>

*De registratietermijn van twee maanden uit artikel 23j is door DNB niet gehaald voor de eerste lichting van zestien bedrijven, noch voor de veertien daarna.*

Aan het eind van 2020 werd namelijk door NRC opgetekend dat de wet in werking trad per 20 mei 2020 en 56 registrerende partijen een registratieverzoek

36. VBNL-leden, Aanvullende gronden bezwaar kostenheffingen 2021 van DNB, 3 juni 2022, Amsterdam, bedrijfsarchief Bitonic.

37. *Kamerstukken II* 2018/19, 35245, nr. 4, p.3.

38. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2012/C 326/02.

39. The right to privacy in the digital age: resolution 42/15 adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019.

40. Zie ook: S. Lelieveldt, Ontwikkelingen op het snijvlak van privacybescherming, transactietechnologie en opsporings- en Sanctiewetgeving, 2021, simonl.org.

41. Algemene Verordening Gegevensbescherming (EU) 2016/679.

42. Het gaat hier om het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod op willekeur, het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het beginsel van fair play en het verbod op vooringenomenheid.

43. DNB, Gedragscode DNB, 22 november 2019, dnb.nl.

44. DNB, Register van aanbieders van cryptodiensten, geraadpleegd op 26 mei 2022, dnb.nl.

hadden gedaan. Hiervan zijn er 26 afgehaakt gedurende de registratie, zodat er dertig verzoekers overbleven.<sup>45</sup> De eerste partij werd vervolgens na vijf maanden geregistreerd waarna in de laatste weken van het jaar de resterende vijftien bedrijven volgden. De gemiddelde registratietermijn van die eerste zestien bedrijven uit 2020 bedroeg iets minder dan zes maanden. Voor de veertien partijen die begin 2021 nog in de pijplijn zaten kan berekend worden dat de gemiddelde registratietermijn gemiddeld ruim elf maanden moet hebben bedragen.

Verder heeft één van de marktpartijen DNB op 30 oktober 2020 in gebreke gesteld, waarna DNB uiteindelijk op 17 november het registratiebesluit nam. DNB overschreed hier zowel de gestelde besluittermijn als de eerdergenoemde registratietermijn van twee maanden. In haar besluit op bezwaar stelde DNB echter dat de zes maanden overgangstermijn in de wet gold als relevante termijn voor haar beslissing op registratie. DNB negeerde daarmee artikel 23j. In de beroepsprocedure die nadien volgde, erkende DNB dit verkeerd te hebben gezien en in gebreke te zijn geweest.<sup>46</sup> DNB verbeurde een dwangsom. Hiermee staat zowel uit de kenbare tijdlijnen als uit een gevoerde procedure vast dat DNB, wat betreft registratietermijn, de letter van de wet niet lijkt te volgen en zich dit tot tenminste medio 2021 ook niet bewust was.

## 7. Praktijk toezichtkosten: foutieve communicatie, regels en facturering

Voordat de wet in werking trad communiceerde DNB in januari 2020 aan marktpartijen dat niet alleen sprake zou zijn van een registratieprijs van 5.000 euro, maar dat ook een voorschot voor het lopend toezicht tijdens de registratie betaald zou moeten worden.<sup>47</sup> Op dat moment waren er ongeveer 70 partijen geïnteresseerd om een registratie aan te vragen.<sup>48</sup> Van die zeventig vielen er op dat moment, precies rond de juridisch vereiste formele datum van inwerkingtreding van de wet, ongeveer een tiental af.<sup>49</sup>

De eigen communicatie van DNB in het voorjaar van 2020 was om diverse redenen opmerkelijk. Ten eerste is het formeel niet aan DNB, als uitvoerder van de bekostigingsregeling, om voorafgaand aan de definitieve vaststelling van het bekostigingsbesluit enige mededelingen te doen over de toekomstige inhoud ervan. Ten tweede is uit de teksten in de Wbft evident dat de bekostiging van lopend toezicht pas een begin kan nemen nadat de vergunning c.q. registratie is toegekend.<sup>50</sup> Ten derde is van belang dat bij de consultatie over het bekostigingsbesluit van 2020, de cryptopartijen niet opgenomen waren als mogelijke partij die onder die regeling zou vallen.<sup>51</sup>

Toen in de Eerste Kamer Minister Hoekstra op 20 april 2020 echter aangaf dat de toezichtkosten voor crypto-bedrijven aanzienlijk lager zouden worden dan 34.000 euro per jaar, leek de lucht geklaard.<sup>52</sup> Binnen enkele dagen nadien ontving de branchevereniging VBNL echter van DNB een mail met de mededeling dat de 1,7 miljoen kosten voor toezicht DNB tóch geheel door de cryptosector gedragen moest worden.<sup>53</sup> Dit betekende dat bij een registratieverzoek niet alleen 5.000 euro betaald moest worden, maar ook een bedrag van ongeveer 20.000 euro voor 'lopend toezicht'.

De aankondiging betekende dat crypto-aanvragers een veel groter bedrag moesten investeren om zich te registreren en hun bedrijfsvoering te kunnen continueren. Diverse partijen haakten hierop af en Reporter radio besteedde hier een uitzending aan.<sup>54</sup> Dit leidde tot Kamervragen waarbij uit de beantwoording bleek dat inderdaad de eerder besproken 1,7 miljoen euro tóch ten volle door DNB doorberekend zou worden.<sup>55</sup> De Minister lichtte echter niet toe dat het uiteindelijke bedrag per instelling - als alle toen nog resterende 48 partijen zouden registreren - zou uitkomen op € 35.416 per instelling; nagenoeg in lijn met de schatting van de VBNL.

45. Eva Smal, Groot deel van cryptobedrijven haakt af bij DNB-registratie, NRC, 17 december 2020, nrc.nl.

46. DNB, Beslissing op bezwaar Bitonic, kenmerk T048-1068807731-18351, 3 november 2021, bedrijfsarchief Bitonic.

47. DNB, E-mail vanuit crypto@dnb.nl aan voorzitter VBNL dd 17-1-2020, met de tekst: 'Naast de 5.000 euro registratiekosten zullen instellingen die al actief zijn naar rato voor het doorlopend toezicht moeten betalen voor de periode vanaf de inwerkingtreding van de wet tot aan de dag van een eventuele doorhaling. Alleen als een instelling na inwerkingtreding van de wet een registratie aanvraagt, dan gaan de kosten lopen vanaf de registratiedatum. Instellingen die na de inwerkingtreding een registratie aanvragen, mogen echter geen diensten aanbieden tot het moment dat zij een registratie hebben', bedrijfsarchief Bitonic.

48. Cryptobedrijf vertrekt door nieuwe regels: 'Mogelijk volgen er meer', NOS Nieuws, 10-1-2020, nos.nl.

49. M. van der Schaar, Meer gedupeerden en onzekerheid door beoogde nieuwe regelgeving, *bitcoin.nl*, 17 januari 2020, bitcoin.nl.

50. Artikel 14 van de Wbft bepaalt dat iemand die zich registreert daarvoor een vergoeding betaalt en tijdens die registratie valt genoemde partij nog niet onder het toezicht. De kosten van doorlopend toezicht zijn in artikel 15 opgenomen en pas van toepassing na toekenning van een vergunning als bedoeld in de Wbft en kunnen dus niet ook in rekening gebracht worden aan aanvragers of verzoekers die in artikel 14 worden bedoeld.

51. Ministerie van Financiën, Consultatieverslag Wijziging van het Besluit bekostiging financieel toezicht 2019 in verband met onder meer wijziging van enkele maatstaven en toevoeging van enkele onder toezicht staande personen voor de doorberekening van de toezichtkosten vanaf het jaar 2020, 1 november 2019, Den Haag, *internetconsultatie.nl/1500*.

52. Bitonic nieuwsbericht, Implementatiewet AMLD5 in Nederland aangenomen, 22 april 2020, bitonic.nl.

53. DNB, E-mail vanuit crypto@dnb.nl aan voorzitter VBNL dd 23-4-2020, met over de 1,7 miljoen aan toezichtkosten de tekst: 'Dit bedrag zal dan dus inderdaad worden doorbelast aan de geregistreerde partijen. Jullie zorgen hierover zijn bekend', bedrijfsarchief Bitonic.

54. Bitcoinbedrijven sluiten de deuren door te hoge kosten, *NPO Radio 1*, 7 juni 2020, nporadio1.nl.

55. *Kamerstukken II*, 3393, 1 juli 2020.

De definitieve bekostigingsregeling 2020 is formeel te laat vastgesteld (op 3 juni 2020) en was in strijd met de Wbft niet omzet-gerelateerd.<sup>56</sup> Toen DNB in augustus 2021 op grond hiervan de bedragen voor lopend toezicht tijdens de registratie factureerde – een bedrag van rond de 18.000 euro per bedrijf – gingen alle VBNL-leden in bezwaar.<sup>57</sup> DNB erkende in reactie hierop al snel dat het in de pro-rata berekening in de fout was gegaan en paste de heffingsbesluiten hierop (deels) aan.<sup>58</sup> DNB erkende dat kosten van doorlopend toezicht niet tijdens de registratieprocedure mogen worden gerekend. DNB trok dus ambtshalve in 2021 ongeveer 40 foute facturen in, zowel voor partijen die waren geregistreerd als zij die waren afgehaakt. Daarmee is aan de principiële bezwaren van de bitcoinbedrijven echter nog steeds niet toegekomen. Het juridische geschil loopt nog steeds en is inmiddels in de beroepsfase beland.<sup>59</sup>

*DNB trok dus ambtshalve in 2021 ongeveer 40 foute facturen in, zowel voor partijen die waren geregistreerd als zij die waren afgehaakt.*

Doordat het uiteindelijk aantal geregistreerden in 2020 uitkwam op zestien partijen, kan berekend worden dat de toezichtkosten per geregistreerde instelling in 2020 neerkomen op gemiddeld € 101.250 per instelling. Zouden de 14 partijen in de registratiepijplijn worden meegerekend, dan daalt dit bedrag tot € 54.000. En als verondersteld wordt dat de circa 18 afhakende partijen tijdens de registratie toch zouden zijn toegelaten dan is het nog steeds € 33.750. Zelfs in het allergunstigste scenario is dus sprake van een bedrag dat door de Minister van Financiën als veel te onredelijk hoog werd beschouwd tijdens de bespreking met de Eerste Kamer.

Uit bovenstaande casuïstiek blijkt al dat de gebruikelijke juridische redenering van DNB: 'wij voeren slechts de bekostigingsregeling van het Ministerie van Financiën uit' een stoplap is waarop wel wat valt af te dingen. DNB stelde eigenstandig een regeling op, communiceerde hierover en kondigde deze eerst informeel en toen publiekelijk aan. Dit bracht tientallen partijen ertoe om uit de markt te stappen, terwijl op dat moment de regeling zelf nog niet was vastgesteld en niet was geconsulteerd met de sector.

De precieze dynamiek kwam verder naar buiten door een WOB-verzoek.<sup>60</sup> Het Financieele Dagblad

noteerde uit die stukken diverse saillante passages waaruit bleek dat ook het Ministerie van Financiën behoorlijk geschrokken was van de kosten toezicht en de situatie als 'juridisch kwetsbaar' inschatte.<sup>61</sup> Het zal niet verbazen dat de VBNL inmiddels gevraagd heeft het bezwaar rond de heffingen 2021, omwille van beperking van de door hen te betalen kosten DNB, te voegen met de al lopende beroepsprocedure.

## 8. Praktijk registratieverzoek: behandeling als vergunningsaanvraag

Tijdens de voorlichting aan marktpartijen over de invulling van de registratieprocedure werd een presentatie dia getoond met het proces van de verwerking van het registratieverzoek. Het proces kende dezelfde tien stappen als die van de vergunningsaanvraag van betaaldienstverleners.<sup>62</sup> Wie het formulier voor de registratie als crypto-aanbieder bekeek zag verder dat dit vrijwel overeenkomt met de vragen/toelichting in het aanvraagformulier voor een vergunning als wisselinstelling onder de Wft.<sup>63</sup> Opmerkelijk was daarbij dat cryptobedrijven ook geacht werden een bedrijfsplan en financiële prognoses te schetsen als ware zij instellingen voor wie onder het prudentieel toezicht een continuïteitscontrole bij de aanvraag moet worden gedaan.

DNB gaf zich bij de registratieprocedure geen rekschap van het verschil tussen de proportionele risicoanalyse onder de Europese anti-witwasrichtlijn en de systematische risicoanalyse onder de Wft. Richting crypto-aanbieders werd stelselmatig, zowel in publieke uitingen als in het registratieformulier, de norm van de systematische risicoanalyse gehanteerd. Dit is in strijd met de Europese richtlijn, zoals ook vertaald naar de Wwft. De memorie van toelichting van de Wwft verduidelijkt immers:

*"De risicobeoordeling in de Wwft beperkt zich tot de blootstelling van een instelling aan het risico op witwassen en financieren van terrorisme, terwijl de systematische integriteitsrisicoanalyse een breder bereik heeft."*<sup>64</sup>

Op tal van onderwerpen heeft DNB de marktpartijen na het registratieverzoek bevestigd. Naarmate de tijd voortschreed en bedrijfssluiting dreigde door het einde van de overgangstermijn, besloten steeds meer partijen aanpassingen te doen die door DNB aangekaart waren. De dynamiek leek op een soort kwartetten. Daarbij stelde DNB een vraag, de marktpartij

56. Zie artikel 3 in de Regeling bekostiging financieel toezicht 2020, Staatscourant 31866, 17 juni 2020.

57. VBNL-leden, Aanvullende gronden bezwaar tegen kostenheffingen 2020 DNB, 2 november 2021, Amsterdam, bedrijfsarchief Bitonic.

58. DNB, Creditering heffing reguliere toezichtskosten Aanbieders Cryptodiensten 2020, 12 november 2021, bedrijfsarchief Bitonic.

59. Beroep leden VBNL tegen besluiten van DNB van 25 januari 2022; zaaknummer ROT 22/1155 BC GVZ, 3 mei 2022, bedrijfsarchief Bitonic.

60. Ministerie van Financiën, eerste deelbesluit Wob-verzoek aanbevelingen en regelgeving cryptodienstverlening, 23 september 2021, Den Haag, rijksoverheid.nl.

61. Zie ook: Financiën en DNB steggelden langdurig over toezicht op cryptosector, *Het Financieele Dagblad*, 30 september 2021, fd.nl

62. DNB, De stappen naar een vergunning, dnb.nl.

63. Zie de vergelijking: Toelichting bij aanvraagformulier voor een vergunning ten behoeve van een wisselinstelling met de Toelichting bij registratieformulier ten behoeve van een aanbieder van cryptodiensten (dnb.nl) op: <https://draftable.com/compare/OPDaReswKB1H>.

64. *Kamerstukken II*, 34808, Nr 3, 2017-2018, p 43.

gaf antwoord, DNB wachtte lang en stelde dan hetzij een nadere vraag (lees: werkwijze onvoldoende, nadere aanpassing nodig) of liet het onderwerp liggen (werkwijze akkoord). In die dynamiek werden door marktpartijen *privacy-coins* ingetrokken, werden bij sommige ondernemingen compliance officers als beleidsbepalers aangemeld, moest de proportionele risicoanalyse een SIRA zijn en werd er geen *risk-based simplified due diligence* regime toegestaan.<sup>65</sup>

Als gevolg van de intensieve toetsing tijdens de registratieprocedure dunde het aantal registrerende partijen uit van 48 naar 30. Daarbij werden sommige partijen zeer actief door DNB ontmoedigd om de registratie voort te zetten. Opmerkelijk was ook dat herhaalde vragen van de branchevereniging om overleg ter stroomlijning van het registratieproces en DNB-interpretaties door DNB werden afgewezen. Alles zou in de individuele aanvragen worden besproken. Beleidsmatige vragen die voor de hele sector van belang waren konden niet via de sectorverteenwoordiger behandeld worden.<sup>66</sup>

*Als gevolg van de intensieve toetsing tijdens de registratieprocedure dunde het aantal registrerende partijen uit van 48 naar 30.*

De registratiebesluiten van DNB kenden ten slotte geen referentie naar het 'registratieverzoek' zoals dat in de wet staat, maar naar een niet bestaande en nooit ingediende 'aanvraag'. Ver weg verstoep in het laatste deel van het besluit was pas te zien dat sprake was van overige voorwaarden, buiten de voorwaarden in de wet, die in de registratieprocedure wel degelijk gesteld waren. Het netto-effect was dat op 21 november 2020 maar dertien partijen de eindstreep hadden gehaald, waarna er in december 2020 nog drie volgden.

De afhandeling van het registratieverzoek bracht de Rechtbank Rotterdam tot de constatering:

*"De invulling die DNB aan het registratieregime heeft gegeven in het geval van Bitonic lijkt naar voorlopig oordeel kenmerken te vertonen van een vergunningsregime, nu de invulling van het registratievereiste is onderworpen aan een vrij ver gaande voorafgaande toetsing."*<sup>67</sup>

## 9. **Praktijk: walletverificatieplicht als onterechte registratievoorwaarde**

Eén van de voorwaarden die DNB op 20 september 2020 plotseling in een teleconferentie toevoegde was een eis tot walletverificatie, welke zou voortvloeien uit de Sanctiewet. Partijen zouden niet geregistreerd worden als ze niet op enige manier, bijvoorbeeld met een screenshot, zouden controleren dat de ontvanger van een cryptotransactie ook feitelijk de beschikking had over dat crypto-adres. DNB refereerde hierbij aan de Sanctiewet, maar al in de call werd vanuit de sector gerepliceerd dat de eis niet in de Sanctiewet staat en daar ook niet uit geconstrueerd kon worden.<sup>68</sup> DNB hield echter voet bij stuk en gebruikte de tijdsdruk richting de overgangstermijn om alle partijen aan deze eis te laten voldoen.

Ook uit de interne documentatie van DNB die bij een gerechtelijke procedure beschikbaar kwam, bleek dat DNB expliciet de bedoeling had om die walletverificatie-eis als toelatingsvoorwaarde bij de registratie te hanteren.<sup>69</sup> Het intrekken van de eis door DNB was volstrekt onbespreekbaar: DNB was overtuigd van haar eigen gelijk en het machtsbod was onmiskenbaar. Mijn vastlegging hiervan luidt:

*"Je kunt hoog of laag springen, dit gaat hem gewoon worden en dit is op hoog niveau besloten, we begrijpen heel goed hoe ingrijpend de impact is."*<sup>70</sup>

Alle pogingen vanuit individuele bedrijven om dit thema juridisch te bespreken tijdens de eigen registratieprocedures liepen op niets uit. DNB hield zich Oost-Indisch doof en de boodschap was voor elk registrerend cryptobedrijf identiek: dit is onbespreekbaar.

*'Je kunt hoog of laag springen, dit gaat hem gewoon worden en dit is op hoog niveau besloten, we begrijpen heel goed hoe ingrijpend de impact is.'*

De branche wendde zich direct daarna, op 22 september 2020, tot het Ministerie van Financiën, dat op dat moment zowel bevoegde regelgever als toezichthouder onder de Sanctiewet was. De vraag was of de eis opgehelderd kon worden. Het Ministerie verwees daarop naar DNB, maar DNB wilde niet met de branche spreken. DNB verwees de branchevereniging naar het gesprek met individuele partijen (waarin echter de eis onbespreekbaar was). Vervolgens hebben 25 van de toen nog resterende 38 partijen zich verzameld en op 2 november een brief gestuurd aan DNB met alle juridische bezwaren bij de

65. Simon Lielieveldt en Raymond Stappers, Virtuele munten, stand van zaken over registratie cryptospelers en ervaringen, november 2020, [simonl.org](http://simonl.org).

66. E-mail wisselingen Voorzitter VBNL met crypto-team DNB met afwijzing gespreksverzoeken, 2020, bedrijfsarchief Bitonic.

67. Rechtbank Rotterdam 7 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2968.

68. Lielieveldt, vastlegging sanctiewet-call DNB, 21 september 2020, bedrijfsarchief Bitonic.

69. Intern briefingsdocument DNB, opgenomen in Procestdossier zaak Bitonic-DNB, bedrijfsarchief Bitonic.

70. Lielieveldt, vastlegging toezichtgesprek DNB 8 oktober 2020, bedrijfsarchief Bitonic.



eis en het verzoek deze per ommekeer in te trekken.<sup>71</sup> Tegelijkertijd werd via de NRC de publicitaire druk opgevoerd zodat DNB nu wél zou besluiten deze zeer grote groep nationale en internationale instellingen te woord te staan.<sup>72</sup>

Het was een spannende periode: zou DNB nog terugkomen op de eis?<sup>73</sup> De tijdsdruk was inmiddels heel groot geworden. Vanaf begin november 2020 meldden de reguliere banken en business partners zich bij de registrerende partijen met de vraag of de registratie al binnen was. De toelichting daarbij was dat het niet hebben van de registratie zou kunnen betekenen dat de iDeal-dienstverlening of de betaalrekening niet langer gecontinueerd zou worden. Dit forceerde zeker vijftien marktpartijen om dan maar eieren voor hun geld te kiezen en onder protest de eis te implementeren. Het uiteindelijke gesprek met DNB vond plaats op 16 november 2020 en was mosterd na de maaltijd. DNB weigerde de registratie-eis in te trekken en verweet de branche de publiciteit te zoeken. DNB stelde dat het slechts bestaande wettelijke eisen toetste.<sup>74</sup>

De toezichthouder was in die tijd heel open over de situatie en consequenties van het niet voldoen aan de 'vereiste' onder de Sanctiewet:

*"Je moet 'comply-en' en anders moet je de business sluiten."<sup>75</sup>*

Opmerkelijk blijft dat DNB op dat moment formeel niet eens de aangewezen toezichthouder Sanctiewet was. Ook het Ministerie van Financiën had de door DNB gestelde eis niet uitgevaardigd en ondersteunde deze evenmin als zodanig.

Eén van de marktpartijen heeft onder protest de eis geïmplementeerd en DNB nadien via de rechter tot nieuwe inzichten weten te bewegen. Aangezien aan de eis een wettelijke basis ontbrak, was sprake van een persoonsregistratie zonder vereiste juridische titel, in strijd met de AVG en het Europees Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Hiermee was er een spoedeisend belang en kon via een voorlopige voorziening bij de rechter de registratievereiste en de hierdoor geforceerde AVG-overtreding met spoed aangekaart worden.

In de uitspraak rond die voorlopige voorziening constateerde de rechter vervolgens dat de walletverificatie-eis wel gelijk als registratievoorwaarde was

gesteld. DNB werd veroordeeld in de kosten van de rechtszaak en kreeg de opdracht om het huiswerk binnen zes weken over te maken.<sup>76</sup> Dit leidde ertoe dat DNB op 19 mei 2021, binnen één jaar nadat ze bevoegd toezichthouder was geworden, op haar schreden terug moest keren. DNB erkende ten onrechte die registratievereiste gesteld te hebben.<sup>77</sup>



*Reproductie van poster, als gezien op het kantoor DNB in april 2021, tijdens een bezoek in het kader van de bezwaarprocedure over de registratievereiste*

De administratieve lasten en nalevingslasten die door de sector gemaakt moeten worden voor deze toelatingsvoorwaarde moeten overigens niet onderschat worden. Een voorzichtige schatting leert dat de ontwikkelkosten van maatwerkapplicaties voor de screenshot-controles en de bijbehorende communicatie- en controlekosten voor de vijftien partijen gezamenlijk vele miljoenen euro's moet hebben gekost.<sup>78</sup> Hoe hoog het bedrag precies is zal deze zomer bekend worden als onderdeel van een evaluatie-onderzoek naar de nalevingslasten van deze wet.

*DNB erkende ten onrechte die registratievereiste gesteld te hebben.*

71. Marlies van der Schaar, Bitcoinbedrijven luiden noodklok over last minute toelatingseis in registratieprocedure, *bitcoin.nl*, 5 november 2020, [bitcoin.nl](https://www.bitcoin.nl).  
72. Eva Smal, Cryptobedrijven vinden toetsing van DNB te streng, *NRC*, 2 november 2020, [nrc.nl](https://www.nrc.nl).  
73. Maurice van Osten, Een spannende tijd voor aanbieders van cryptodiensten, 12 november 2020, *finnius.nl*.  
74. Brief DNB aan de VBNL, 16 februari 2021, Amsterdam, [dnb.nl](https://www.dnb.nl).  
75. Lelieveldt, vastlegging telefoongesprek 11 november 2020 met DNB, bedrijfsarchief Bitonic.

76. Rechtbank Rotterdam 7 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2968.  
77. Bitonic: DNB stelt Bitonic in het gelijk en komt terug op verificatie-eis, 20 mei 2021, [bitonic.nl](https://www.bitonic.nl).  
78. De eis van DNB vergde bij elke onderneming spoedontwikkeling van programmatuur om screenshots op te vragen, te valideren en daarna doorlopende menskracht voor een 100-procent controle bij alle transacties naar externe wallets.

## 10. Praktijk doorlopend toezicht: beperkte handhaving illegalen, disproportioneel toezicht, AVG-overtredingen door DNB en afgewezen meldingen misstand

De gebrekkige handhaving van grote wereldwijd opererende partijen is een opvallend kenmerk van het optreden van DNB. Slechts bij enkele kleinere en lokale spelers werd in het begin van 2021 bedrijfs-sluiting afgedwongen.<sup>79</sup> DNB gaf nadien, in vervolg op vergelijkbare handelingen van buitenlandse toezichthouders, nog wel een openbare waarschuwing aan een grote buitenlandse partij en constateerde dat deze illegaal opereerde.<sup>80</sup> Op het oog lijkt dat handhaving te zijn. Technisch bezien is echter een openbare waarschuwing geen handhaving omdat ze niet gericht is aan de marktpartij maar aan het publiek. Het is lastig te begrijpen waarom hier geen bedrijfs-sluiting is afgedwongen of gelijktijdig met die waarschuwing een boete is uitgedeeld in de zwaarste boetecategorie. Het gebrek aan handhaving is vooral ook zo opmerkelijk omdat het DNB zélf was die per brief aan het Ministerie van Financiën gevraagd had om die marktmeester rol te mogen spelen en om niet-Europese spelers te verbieden actief te zijn op de markt.

*De gebrekkige handhaving van grote wereldwijd opererende partijen is een opvallend kenmerk van het optreden van DNB.*

Voor de marktpartijen is de vraag in hoeverre DNB de afgelopen twee jaar voldoende recht doet aan het gelijkheidsbeginsel en het principe van eerlijke concurrentie. Waarom mogen diverse buitenlandse partijen doorgaan met het zich richten op de Nederlandse markt terwijl de Nederlandse partijen op straffe van bedrijfs-sluiting een aanvullende technische controle moeten uitvoeren om actief te mogen blijven in de markt? Te zien is dat de buitenlandse aanbieders die, vanuit een inschatting dat DNB niet durft door te pakken, een gerichte keuze hebben gemaakt om zich niet aan de wet te houden, nu spekoper zijn. Voor hen zijn er geen hoge kosten van toezicht en geen kosten van zware DNB-eisen.<sup>81</sup>

Een tweede punt is dat de cryptobedrijven volledig dezelfde integriteitsmolen voor de kiezen krijgen als de Wft-vergunde instellingen. Sterker nog, de integriteitsvragenlijst is voor hen zelfs uitgebreider en bedraagt bijna 500 vragen. De lijst kwam in 2021

voor de geregistreerde bedrijven als een onaangename verrassing. De verwachting was namelijk dat DNB, gezien de letter en geest van de regelgeving, een op maat gemaakte en risicogebaseerde aanpak zou volgen, zoals de anti-witwasrichtlijn voorschrijft aan Wwft-toezichthouders.<sup>82</sup> Ook leek het weinig rationeel dat DNB zo kort na een intensieve aanvangstoetsing nogmaals een vergelijkbare toetsing zou uitvoeren. DNB blijft echter bij deze werkwijze, hetgeen hoge kosten tot gevolg heeft.

Een derde punt betrof een serie van AVG-overtredingen door DNB. Zo werd pas in augustus 2021 de privacy policy van DNB dekkend gemaakt voor haar rol als toezichthouder van crypto-aanbieders.<sup>83</sup> Tot die tijd luidde de tekst:

*"DNB verwerkt persoonsgegevens voor de uitvoering van risico-georiënteerd toezicht op betaaldienstverleners in het kader van de Wet voorkomen witwassen en terrorismefinanciering (Verordening 2006/1781/EG) en de Sanctiewet."<sup>84</sup>*

De aanleiding hiervoor was een extensieve uitvraag van DNB aan diverse marktpartijen, gedaan eind juni 2021 om maanden van transactiedata aan te leveren met daarbij de kwalificatie of die transactie wel of niet gemeld was aan de FIU. Duidelijk werd ook dat het cryptodeel van die transacties zou worden onderzocht met hulp van het bedrijf Chainalysis. De voorwaarden van dit Amerikaanse bedrijf, dat de dataverwerking in Amerika doet, waren echter niet in lijn met de geldende AVG-regels en Europese afspraken.

De uitoefening van deze toezichtbevoegdheden door DNB was aanleiding voor de branche om een overleg te vragen met DNB om de privacy-zorgen en de thematiek van proportioneel toezicht aan te kaarten. DNB weigerde echter, net als eerder bij de walletverificatie-discussie, het overleg met de sector en verwees weer naar het individuele toezicht. Daarop heeft één van de marktpartijen een spoedadvies aan de Autoriteit Persoonsgegevens gevraagd. Om toch ook antwoord te geven is daarnaast een geminimaliseerde dataset aan DNB toegezonden voor het onderzoek, zonder de gevraagde FIU-brondata. Eén van de

79. Zie: Cryptoplatform Etoro stopt in Nederland, gebruikers moeten verkopen, *RTL Nieuws*, 30 december 2020, rtlnieuws.nl en BOTS krijgt uitstel voor de DNB crypto registratie, 20 november 2020, *bots.io*.

80. Waarschuwing van DNB tegen Binance, 18 augustus 2021, *dnb.nl*.

81. Opmerkelijk is ook dat DNB herhaaldelijk publiekelijk stelt niet in te kunnen grijpen bij allerlei voorkomende fraudes of incidenten in de cryptosector, terwijl zowel de Wwft als de Wft (door middel van artikel 3.5) meer dan voldoende grond daarvoor bieden.

82. Ik zou de stelling aan durven gaan dat het conform de Wft-werkwijze toesturen van identieke integriteitsvragenlijsten aan alle cryptoaanbieders als direct bewijs gezien kan worden voor het door DNB niet volgen van de risicogebaseerde aanpak die de Europese richtlijn voorschrijft aan Wwft-toezichthouders. Onder een risicogebaseerde aanpak zou op grond van het risicobeeld van de markt en de marktpartij een gerichte uitvraag gedaan moeten worden in plaats van de *one-big-size-fits-all* keuze die DNB nu maakt.

83. Privacy notice DNB, kopje Vergunningverlening, toezichthouden en handhaven, *dnb.nl*.

84. Privacy notice DNB, kopje Vergunningverlening, toezichthouden en handhaven, *dnb.archiefweb.eu*.

partijen kaartte daarbij tegelijk de diverse onrechtmatigheden in het handelen van DNB aan. In vervolg hierop paste DNB bijna per ommekeer de privacy policy als toezichthouder aan. Ook Chainalysis maakte uiteindelijk de voorwaarden AVG-bestendig (hetgeen in de nazomer 2021 zijn beslag kreeg).

In 2021 zijn, in verband met het door DNB tijdens de registratie vertoonde machtsvertoon, vanuit de cryptosector twee meldingen misstand integriteit gedaan bij DNB. Deze twee externe meldingen zijn in het jaarverslag DNB over 2021 benoemd zonder enige nadere duiding.<sup>85</sup> Bekend is dat de strekking van beide meldingen was dat DNB in strijd met de letter en geest van de regelgeving handelde. Beide meldingen zijn zonder hoor en wederhoor afgedaan, niettegenstaande de andersluidende beschrijving van werkwijze in de Regeling omgaan met (vermoedens van) misstanden en andere (integriteits)incidenten van DNB.<sup>86</sup> Er werd bij de afsluiting in september 2021 door de afdeling Compliance & Integriteit gesteld dat geen sprake was van overtreding door DNB van letter of geest van de regelgeving. De constatering was stellig, zonder enig voorbehoud dat op een deelterrein wellicht iets zou zijn misgegaan.<sup>87</sup>

*In 2021 zijn, in verband met het door DNB tijdens de registratie vertoonde machtsvertoon, vanuit de cryptosector twee meldingen misstand integriteit gedaan bij DNB.*

Eén van deze afgewezen meldingen heeft nadien geleid tot een klacht bij de klachtcommissie van DNB. Het was eind september 2021 namelijk wel degelijk op tal van punten bekend, én door DNB in rechte erkend, dat DNB in strijd met de relevante juridische kaders had gehandeld (zie eerdere paragrafen). De klacht over de zeer onvolkomen afhandeling van de misstand integriteit werd vervolgens eerst ontvankelijk verklaard, toen onderzocht en nadien alsnog ongegrond verklaard.<sup>88</sup>

## 11. Verantwoording en evaluatie DNB

De cryptobedrijven in Nederland hebben recentelijk met verbazing kennisgenomen van de recente ZBO-verantwoording 2021.<sup>89</sup> Zo blijkt in de tabel van geregistreerde vergunningen en registraties de cryptosector te ontbreken. De beeldbepalende rechtszaak

en situatie rond de onterecht gestelde registratievereiste wordt omschreven als 'ontwikkelingen in jurisprudentie', de AVG-overtredingen worden niet expliciet benoemd evenmin als de tientallen foutief en onrechtmatig gestuurde facturen. Hierdoor kan de publieke verantwoording die beoogd is onder de systematiek van de ZBO-verantwoording maar beperkt inhoud krijgen.

De ZBO-verantwoording indiceert dat functionele overspecialisatie bij DNB misschien het zicht op het eigen functioneren ontnaemt. Intern slagen de afdelingen er niet in om elkaar het werkelijke verhaal door te geven, waardoor de externe verantwoording ondermaats is. De verwoordingen doen ook de vraag rijzen of er sprake is van een cognitieve bias waarin de toezichthouder zelf nog steeds denkt rationeel, conform de wet en onafhankelijk te handelen.<sup>90</sup> De vraag is ook of denkbaar is dat DNB, als sterk hiërarchische organisatie met juridische regels in het kernproces, zelf ten prooi is gevallen aan het hoofdrisico dat Bökkerink en Veldhuis al in 2011 formuleerden voor dit soort organisaties: 'Operatie geslaagd, patiënt overleden'.<sup>91</sup>

Al met al bestaat er dus wel enige spanning tussen het feitelijke DNB-toezicht op crypto-aanbieders en de letter en geest van de Wwft. Dit is zowel te zien in termen van termijn, kosten, toegangseisen, toezichtsintensiteit en beperkte handhaving. Hoezeer ook de Europese regelgever, de Nederlandse Raad van State, het Nederlands parlement en de Minister van Financiën hadden verduidelijkt dat het niet de bedoeling was om verder te gaan dan Europa voorschrijft, DNB slaagde er niet in die bedoeling te vertalen naar haar eigen handelen. De vraag dient zich hiermee aan of DNB in de praktijk niet gewoon tóch feitelijk uitvoering heeft gegeven aan haar visie uit januari 2019. Die visie luidde dat in Nederland een vergunningsregime gepast is voor de cryptosector.<sup>92</sup>

*Al met al bestaat er dus wel enige spanning tussen het feitelijke DNB-toezicht op crypto-aanbieders en de letter en geest van de Wwft.*

Een verklaring hiervoor ligt misschien in de wijzende oriëntatie van de toezichthouders.<sup>93</sup> Het ankerpunt van de constitutionele rechtmatigheid van eigen handelen krijgt al langere tijd, onder invloed van het gedachtengoed van Malcolm Sparrow, minder gewicht. Aan eigen overwegingen van de toezichthouder rond publieke waarden en de maatschappelijke beeldvorming, wordt dan een veel groter gewicht gehecht. Zowel de cryptosector als andere sectoren zien dit met regelmaat terug in de

85. DNB, DNB Jaarverslag 2021, Naar een nieuw evenwicht, p. 44, dnb.nl.

86. DNB, Regeling omgaan met (vermoedens van) misstanden en andere (integriteits)incidenten, p. 5, dnb.archiefweb.eu.

87. Brief Afdeling Compliance en Integriteit DNB, 23 september 2021, gericht aan de heer Lelieveldt.

88. Brief Klachtencommissie DNB, kenmerk B008-1340108665-198 KC 21-16, dd. 21 december 2021, persoonlijk archief Lelieveldt.

89. DNB, ZBO-verantwoording 2021, dnb.nl.

90. Coffeng, T. (2022). Bias in supervision: A social psychological perspective on regulatory decision-making. Utrecht University. doi.org/10.33540/1062.

91. Mr. Drs. M. J. Bökkerink en mr. I. Veldhuis LL.M., Toezicht op gedrag en cultuur, In: Jaarboek Compliance 2011, nci.nl.

92. Kamerstukken II 2018/19, 32013, nr. 201.

93. Inspectieraad, Reflecties op de staat van het toezicht, 2019, rijksinspecties.nl.

vormgeving van het toezicht en de restrictieve beleidsinterpretaties van DNB.<sup>94</sup> Veelzeggend was ook de opmerking van het Ministerie van Financiën aan de Tweede Kamer dat bewust verder wordt gegaan in Nederland dan de internationale standaarden voorschrijven, gezien de ambitie om bij de evaluatie door de Financial Action Task Force in 2021 tot de koplopers te behoren.<sup>95</sup>

*Dit beleidsmatig enthousiasme voor fraudebestrijding in uitvoeringsorganisaties die met enige hardvochtigheid opereren, doet denken aan het toeslagenschandaal.*

Dit beleidsmatig enthousiasme voor fraudebestrijding in uitvoeringsorganisaties die met enige hardvochtigheid opereren, doet denken aan het toeslagenschandaal. Het is dan ook niet verbazend dat de evaluatie van de Kwink Groep over het functioneren van DNB juist hiernaar verwijst. Ik breng u de betreffende passage ter afsluiting en overweging graag onder de aandacht:

*"Bij kwaliteitszorg denkt DNB – terecht – vooral aan de kwaliteit van het toezicht en dan met name aan de beheersing van risico's. De inzet hiervoor is positief te waarderen. Er is ook een ander perspectief mogelijk, namelijk de kwaliteit van het optreden als overheidsorganisatie naar organisaties en burgers. De lessen van de parlementaire onderzoeken naar uitvoering en kinderopvangtoeslag kunnen ook een toezichthouder als DNB inspiratie bieden om het eigen optreden tegen het licht te houden. Binnen DNB wordt vooral gedacht in instellingen, maar ook bij instellingen werken mensen, en ook het DNB-toezicht is gericht op publieke belangen. Daarmee zijn begrippen als bestuurscultuur, transparantie en menselijke maat ook voor DNB relevant."<sup>96</sup>*

94. Lelieveldt, S, De depositobank ligt voor het oprapen, ESB, 104(4774), 6 juni 2019, Amsterdam, [simonl.org](http://simonl.org).

95. Ministerie van Financiën, Kamerbrief voortgang plan van aanpak witwassen, 14 januari 2020, p 4.

96. Brief van Ministerie van Financiën, 12 december 2021, 2021-0000219257, Bijlage 1: Kwink Groep, Eindrapport Evaluatie DNB.