

Aangetekend en per reguliere post verstuurd

Ministerie van Financiën
S.P.R.A. van Weyenberg
Korte Voorhout 7
2511 CW DEN HAAG

Datum	11 maart 2024
Uw kenmerk	2024-0000007707
Ons kenmerk	J.W.-24023282
Pagina	1 van 6
Betreft	Uitvoeringstoets AFM inzake uitvoeringsbesluit verordening cryptoactiva en verordening bij geldovermaking toe te voegen informatie

Geachte heer van Weyenberg,

Bij brief van 22 januari 2024 heeft u de Autoriteit Financiële Markten (de “AFM”) en De Nederlandsche Bank (“DNB”) verzocht een uitvoeringstoets te doen bij het Uitvoeringsbesluit Verordening Cryptoactiva (“Uitvoeringsbesluit MiCAR”) en bij het Uitvoeringsbesluit verordening bij geldovermaking en overdrachten van cryptoactiva te voegen informatie (“Uitvoeringsbesluit TFR”). Op uw verzoek en gelet op de gelijktijdige implementatie van beide uitvoeringsbesluiten bevat deze brief beide uitvoeringstoetsen.

Het Uitvoeringsbesluit MiCAR verdeelt de toezichtsgebieden en -verantwoordelijkheden tussen de AFM en DNB. De toebedeling van toezichtstaken tussen de AFM en DNB volgt het in Nederland gangbare ‘twin peaks model’, waarbij de AFM toezicht houdt op gedragsnormen en consumentenbescherming en DNB op de prudentiële vereisten. Uit de toets blijkt dat de AFM toezicht op de Verordening Cryptoactiva en TFR kan uitvoeren, mits we over voldoende middelen beschikken. Het heeft tevens de sterke voorkeur van de AFM dat relevante bepalingen uit MiCAR in de Wet op de economische delicten (WED) worden opgenomen dan wel dat de AFM verdergaande opsporingsbevoegdheden krijgt, zoals voorgeschreven in MiCAR.

De nieuwe taken die volgen uit MiCAR en TFR vergen een substantiële uitbreiding van het budget van de AFM. De AFM heeft reeds met uw ministerie overlegd over de uitbreiding van de capaciteit die de AFM nodig heeft om te kunnen voldoen aan de nieuwe taken die MiCAR en TFR stellen. Ons budget is uitgebreid op basis van inschattingen van mogelijk te verwachten aantallen vergunningaanvragen. De uitbreiding is noodzakelijk om een niveau van toezicht te bekostigen dat minimaal noodzakelijk is gelet op de onzekerheid, onvoorspelbaarheid en inherente risico’s van de cryptosector. De AFM zal haar toezicht risicogestuurd uitvoeren.

Datum	11 maart 2024
Ons kenmerk	J.W.-24023282
Pagina	2 van 6

MiCAR kent minder waarborgen voor, onder andere, consumentenbescherming en geen eisen voor transactierapportages. Dit maakt het tegengaan van marktmisbruik uitdagender dan in het geval van andere regelgevende kaders zoals de herziene richtlijn markten voor financiële instrumenten (MiFID II) en de MAR. Dit staat strikt genomen los van het uitvoeringsbesluit waarvan wij in deze brief de uitvoerbaarheid toetsen, maar maakt wel dat de AFM benadrukt dat de markt voor cryptoactiva, ook met de komst van MiCAR en toezicht van de AFM en DNB, zeer risicovol, volatiel en onvoorspelbaar zal blijven. In de toets zal de AFM enkele specifieke uitdagingen uitlichten.

Resultaat uitvoeringstoets Uitvoeringsbesluit MiCAR

MiCAR brengt een geheel nieuwe populatie onder het toezicht van de AFM. Sommige instellingen die een vergunning aanvragen hebben mogelijk al een registratie van DNB onder het AMLD5-regime, andere zullen dat niet hebben. De onbekendheid van de instellingen in deze markt met toezicht van de AFM, en de onbekendheid van een substantieel deel met financieel toezicht überhaupt, maakt ook dat AFM intensiever dan bij reguliere financiële instellingen toezicht zal houden en verwachtingen van de markt uit zal moeten spreken. Niet alleen voor de cryptosector is financieel toezicht nieuw. Ook voor de AFM is de sector een geheel nieuwe sector die wezenlijk verschilt van traditionele financiële instellingen. Ook van de AFM vraagt dat flexibiliteit, lerend vermogen en kennisopbouw.

Onvoorspelbaarheid ten aanzien van vergunningaanvragen, toetsingen en markttoegang

Onvoorspelbaarheid geldt niet alleen voor de markt voor cryptoactiva, maar ook voor het aantal vergunningaanvragen en notificaties onder MiCAR, dat mede bepaalt hoeveel capaciteit nodig zal zijn voor toezicht op naleving van de normen uit MiCAR. De AFM zal de vergunning- en notificatieaanvragen van cryptoactivadienstverleners beoordelen. Het aantal aanvragen en de kwaliteit daarvan zijn moeilijk te voorspellen en hebben invloed op capaciteit die nodig zal zijn om aanvragen met voldoende diepgang te kunnen beoordelen en binnen de daarvoor beschikbare termijn af te handelen. De AFM verwacht hier tot en met medio 2025 een belangrijke capaciteitsinzet te moeten doen, en tussentijds periodiek te evalueren of het aantal daadwerkelijke vergunning- en notificatieaanvragen aansluit bij de verwachting en daarvoor opgestelde begroting.

Geen opname in de Wet op de economische delicten (WED) en onvoldoende toezichthoudende en onderzoeksbevoegdheden om marktmisbruik tegen te gaan

Geen van de voorschriften uit MiCAR wordt vooralsnog opgenomen als economisch delict in de WED. Ook ernstige overtredingen van voorschriften uit MiCAR, waaronder illegaliteit en marktmisbruik, zijn niet strafbaar gesteld. Hierdoor mist de preventieve werking die de strafbaarstelling van bepalingen met zich meebrengt. Een bestuurlijke boete zal een veel lagere afschrikwekkende werking op illegaal gedrag hebben dan strafrechtelijke vervolging. Ook schaadt dit het gelijke speelveld op de Nederlandse financiële markten; waarbij bijvoorbeeld marktmanipulatie met een financieel instrument wel een economisch delict is, maar marktmanipulatie met cryptoactiva niet. Ditzelfde geldt voor het actief zijn zonder vergunning.

Bovendien beschikt de AFM niet over de vereiste en/of noodzakelijke toezichthoudende en onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de in MiCAR neergelegde voorschriften over marktmisbruik. Zo

Datum 11 maart 2024
Ons kenmerk J.W.-24023282
Pagina 3 van 6

schrijft MiCAR¹ voor dat de bevoegde toezichthouders, in dit geval de AFM, voor haar toezicht en handhaving op marktmisbruik onder MiCAR² moet beschikken over bepaalde toezichthoudende en opsporingsbevoegdheden. Een aantal van deze bevoegdheden is onder de huidige Nederlandse wetgeving enkel uit te oefenen door het Openbaar Ministerie en kunnen dus enkel ingezet worden indien bepalingen in MiCAR strafbaar worden gesteld in de WED. Nu dat laatste ook niet is gebeurd, kan zowel het OM als de AFM ernstige vergrijpen zoals marktmisbruik bij de handel in cryptoactiva niet opsporen en daar handhavend tegen optreden. Zo vereist MiCAR dat de AFM bevoegd is om marktmisbruikzaken door te verwijzen voor strafrechtelijke vervolging. Voorts is vereist dat de bevoegde toezichthouder over dataverkeer van telecommunicatiebedrijven op kan vragen. Deze opsporingsbevoegdheid is noodzakelijk om effectief toezicht te kunnen houden op (met name) handel met voorwetenschap.

Marktmisbruik

MiCAR bevat ten aanzien van transactierapportages geen vergelijkbare vereisten als MiFID II. Hierdoor zal de AFM dergelijke gegevens niet kunnen gebruiken bij het opsporen van marktmisbruik bij de handel in cryptoactiva. Zo zijn cryptoactivadienstverleners op grond van MiCAR niet verplicht doorlopend transactierapportages aan te leveren bij de AFM. Het gebrek aan dergelijke data bemoeilijkt het tijdig signaleren van marktmisbruik. Daarnaast merkt de AFM op onderzoeksbevoegdheden zoals die nu volgen uit de Wft en de Awb, beperkter zijn dan is opgenomen in MiCAR (art. 94 lid 3). Zo mogen wij op grond van de Awb geen woningen betreden zonder toestemming van de bewoner en kunnen wij slechts afschriften vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. De specifieke onderzoeksbevoegdheden in MiCAR ten aanzien van de marktmisbruikbepalingen, maken dit onderscheid niet. Dit kan onderzoeken naar marktmisbruik en het effectief aanpakken van overtredingen belemmeren.

Toezicht op witboeken van uitgevers van cryptoactiva

De AFM wordt de bevoegde toezichthouder op de zogenaamde witboeken van alle uitgevers van cryptoactiva (*crypto asset white papers*). In deze documenten informeren uitgevers van cryptoactiva beleggers en consumenten over de belangrijkste karakteristieken van de uit te geven asset. Anders dan bij prospectussen hoeft de AFM de witboeken van overige cryptoactiva niet vooraf goed te keuren. Toezicht op de vorm en inhoud van deze witboeken van overige cryptoactiva gebeurt achteraf en risicogestuurd. Het aanwijzen van de AFM als bevoegde autoriteit ligt in het verlengde van de gebruikelijke verdeling tussen DNB en AFM, gelet op de doelstellingen van transparantie en informatievoorziening van de witboeken.

Bij het toezicht op witboeken van E-money tokens (EMTs) geldt wel dat deze tokens naar hun aard inhoudelijk meer overeenkomsten met valuta dan met beleggingsproducten vertonen. Goede samenwerking met DNB is hier van belang, met name waar het aankomt op correcte informatie over de stabiliteit van EMTs. Datzelfde geldt voor de witboeken van *asset-referenced tokens* (ARTs). DNB houdt voor het merendeel toezicht op de uitgevende instellingen van ARTs en is daar ook de vergunningverlenende instantie. De witboeken van ARTs zijn wel net als prospectussen onderworpen aan een goedkeuring vooraf. Ook merkt de AFM op dat toezicht

¹ Artikel 94, derde lid, MiCA.

² Titel VI MiCA.

Datum	11 maart 2024
Ons kenmerk	J.W.-24023282
Pagina	4 van 6

op de witboeken van ARTs en EMTs niet is meegenomen in de bekostiging van toezicht op de nieuwe taken die volgen uit MiCAR voor het kostenkader voor de komende jaren. Afhankelijk van de precieze omvang van deze populaties en daarbij behorende toezichttaken kan de beschikbare capaciteit onder druk komen te staan en invloed hebben op de kwaliteit en diepgang van het uit te oefenen toezicht en eventuele handhaving.

Resultaat uitvoeringstoets Uitvoeringsbesluit TFR

Het Uitvoeringsbesluit TFR geeft nadere uitwerking aan het wetsvoorstel voor de implementatiewet verordening betreffende bij geldovermakingen en overdrachten van bepaalde cryptoactiva te voegen informatie (de “TFR”, respectievelijk, de “Implementatiewet TFR”). De Implementatiewet TFR bewerkstelligt dat:

- aanbieders van cryptoactivadiensten (“CASPs”) onderworpen zijn aan het toezicht gericht op het voorkomen van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen of terrorismefinanciering.
- CASPs gehouden zijn beleid, procedures en maatregelen te hebben om ervoor te zorgen dat internationale sancties worden nageleefd en zij hun relaties screenen tegen de sanctielijsten.
- CASPs verplicht zijn om -vergelijkbaar aan geldovermakingen- bij een overdracht van cryptoactiva informatie toe te voegen over de initiators en begunstigde; de verplichting tot het delen (en verifiëren) van informatie in het kader van (elektronische of cryptoactiva) overmakingen wordt de “travel rule” genoemd.
- de AFM toeziet op de naleving door CASPs van bovengenoemde verplichtingen.
- voor ondernemingen die bewaarportemonnees of wisseldiensten ten aanzien van cryptoactiva aanbieden en die op of voor 30 december 2024 zijn geregistreerd in het register van DNB geldt dat aan hen weliswaar langer de tijd wordt gegeven om een MiCAR-vergunning te verkrijgen (uiterlijk 1 juli 2025), echter dat op deze partijen de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering (“Wwft”) (en de Sanctiewet 1977) onverkort van toepassing blijft, met inbegrip van de travel rule uit de TFR.

Het Uitvoeringsbesluit TFR wijzigt het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (“Bbbfs”) en het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. Het Uitvoeringsbesluit TFR voorziet in de relevante boetecategorie voor bestuurlijke boetes bij schending van normen uit de TFR. Ook worden d.m.v. het Uitvoeringsbesluit TFR de registratie-eisen en de eisen rondom de bedrijfsinrichting geschrapt die waren opgenomen in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. Als gevolg van MiCAR zullen CASPs moeten voldoen aan de eisen opgenomen in MiCAR en zullen de eisen voor de bedrijfsinrichting en -voering zoals op dit moment opgenomen in de Wwft en het Uitvoeringsbesluit Wwft komen te vervallen. Ten slotte verdwijnen als gevolg van het Uitvoeringsbesluit TFR de indicatoren die specifiek golden voor aanbieders van bewaarportemonnees en wisseldiensten aan de hand waarvan wordt bepaald of een transactie als ongebruikelijke transactie is aan te merken en -als gevolg- moet worden gemeld bij FIU-Nederland.

Overgangsregeling van art IV Implementatiewet TFR

In de uitvoeringstoets bij de Implementatiewet TFR heeft de AFM het belang van een overgangsregeling voor aanbieders van bewaarportemonnees of wisseldiensten onder de aandacht gebracht, zie de brief van de AFM

Datum	11 maart 2024
Ons kenmerk	J.W.-24023282
Pagina	5 van 6

van 6 oktober 2023. De AFM heeft onlangs kennis kunnen nemen van de tekst van de Implementatiewet TFR, waarin een dergelijke overgangsregeling is toegevoegd in artikel IV. Deze regeling is naar onze mening een goede aanvulling op de Implementatiewet TFR. Artikel IV voorziet nu in het (tijdelijk) live houden van het register als bedoeld in artikel 23f Wwft en de daaraan verbonden voorwaarden en eisen³. Ook maakt de overgangsregeling duidelijk dat deze aanbieders de Sanctieregelgeving moeten naleven en dat zij hun relaties moeten screenen tegen de sanctielijsten⁴. Nagelaten is echter erin te voorzien dat de algemene bepalingen die bij of krachtens de Wwft op aanbieders van cryptoactivadiensten van toepassing zullen zijn (onder meer kernbepalingen inzake het cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties) ook van toepassing zullen zijn op geregistreerde aanbieders van bewaarportemonnees of wisseldiensten gedurende de overgangsperiode (de periode 30 december 2024 tot 1 juli 2025). Het is nodig om dit expliciet toe te voegen omdat deze aanbieders nog geen MiCAR-vergunning hebben en dus formeel niet voldoen aan de definitieomschrijving van “aanbieders van cryptoactivadiensten” zoals bedoeld in artikel 1 (1) Wwft. Bij gebreke van een dergelijke aanvulling kan de AFM aanlopen tegen complicaties bij het optreden tegen wetsovertredingen in de overgangsperiode. Ook zou de AFM het toejuichen als in de Nota bij het Uitvoeringsbesluit TFR wordt verwezen naar de voornoemde overgangsregeling van het Implementatiebesluit TFR en de uitwerking daarvan in het Uitvoeringsbesluit TFR.

Geen differentiatie boetecategorie

Het Uitvoeringsbesluit TFR voorziet in de relevante boetecategorie voor bestuurlijke boetes bij overtreding van normen neergelegd in de TFR. Wij hebben er nota van genomen dat voor alle TFR normschendingen boetecategorie 2 geldt. Dit is in lijn met de huidige toekenning voor de desbetreffende normen in de TFR ten aanzien van betalingsdienstaanbieders. De AFM heeft geen signalen dat de huidige praktijk wringt en volgt vanuit het oogpunt van consistentie de gemaakte keuze.

Ontbreken van indicatoren voor transactiemonitoring

De indicatoren voor aanbieders van bewaarportemonnees en wisseldiensten zijn komen te vervallen. Dat is logisch want deze diensten zullen voortaan onderdeel uitmaken van, en opgaan in, het begrip cryptoactivadiensten. Echter, voor cryptoactivadiensten zijn geen indicatoren opgenomen in Bijlage 1 bij het Uitvoeringsbesluit TFR. Het is dus op basis van het (huidige) Uitvoeringsbesluit TFR niet vastgelegd aan de hand van welke indicatoren een aanbieder van cryptoactivadiensten vaststelt of sprake is van een ongebruikelijke transactie. De AFM begrijpt dat het Ministerie met ons van mening is dat voor cryptoactivadiensten indicatoren moeten worden opgenomen in het Uitvoeringsbesluit TFR en dat het Ministerie hierover met de AFM in overleg zal treden.

³ Artikel IV (2) (a) Implementatiewet TFR.

⁴ Artikel IV (2) (c) Implementatiewet TFR.

Datum 11 maart 2024
Ons kenmerk J.W.-24023282
Pagina 6 van 6

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

L.B.J. van Geest
Voorzitter

H.L. van Beusekom
Bestuurslid