

LEGAL UPDATE

Cryptocurrency: de AFM grijpt in!

Datum: 21 februari 2018

Afgelopen maanden hebben (Europese) toezichthouders meerdere malen gewaarschuwd voor het beleggen in cryptocurrencies, denk aan de Bitcoin of Ethereum, en Initial Coin Offerings (“ICO”). Toezichthouders zagen de populariteit (en de koersen) van deze valuta aanzienlijk stijgen en waarschuwden voor de zogenaamde “zeepbel”, die zich ook eerder bij de internetbubbel en de vastgoedmarkt in de Verenigde Staten voordeed. De aandacht voor deze cryptocurrencies blijkt onder andere ook uit (i) de recent gepubliceerde position papers van de [Autoriteit Financiële Markten](#) (“AFM”) en [De Nederlandsche Bank](#) (“DNB”); (ii) het speerpunt van DNB in hun [Visie op Toezicht](#) om de ontwikkelingen rondom de opkomst van cryptocurrencies in relatie tot het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering nauwlettend in de gaten te houden; en (iii) de uitbreiding van het toepassingsbereik van de antiwitwaswetgeving in de [Vijfde Anti-Witwasrichtlijn](#).

ICO's worden vaak bewust zo gestructureerd dat zij geen raakvlakken hebben met de Wft en aldus buiten het toezicht van de AFM vallen. Ook cryptocurrencies als zodanig vallen niet onder de reikwijdte van het toezicht van de AFM of DNB. Zij verschieten echter van kleur op het moment dat (i) de cryptocurrencies worden gebruikt als onderliggende waarde van financiële instrumenten, denk hierbij onder andere aan futures of de zogenaamde contracts for difference en (ii) er kort gezegd sprake is van financiële dienstverlening of het financieren van ondernemingen. In dat geval staan deze activiteiten wel degelijk onder het toezicht van de AFM. Ook vallen de cryptocurrencies onder het toezicht van de AFM op het moment dat een beleggingsfonds investeert in deze virtuele valuta.

Medio december is door de AFM gewezen op de algemene zorgplicht die beleggingsondernemingen in acht moet nemen wanneer zij Bitcoin-futures aanbieden aan (retail)beleggers. Daarnaast heeft AFM aangegeven dat overige wettelijke verplichtingen adequaat moeten worden betrokken in de overwegingen om handel in futures op Bitcoin al dan niet te faciliteren. Overigens zal dit ons inziens niet alleen gelden voor de future-handel, maar ook de handel in ieder ander financieel product met als onderliggende waarde cryptocurrencies voor zover dit in relatie staat tot het verrichten van financiële diensten of activiteiten.

Inmiddels hebben zowel AFM als DNB afgelopen januari een position paper gepubliceerd, waaruit blijkt dat een ander belangrijk aandachtspunt bij cryptocurrencies het witwassen en financieren van terrorisme betreft. In deze position papers wordt duidelijk dat het toezicht op cryptocurrencies pas aan de orde komt op het moment dat de cryptocurrencies worden omgewisseld in euro's of dollars. Zonder het omwisselen van de cryptocurrencies in valuta vinden transacties namelijk buiten het financiële systeem plaats en bestaan geen “poortwachters” – degenen die onder de reikwijdte van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (“**Wwft**”) vallen – die verdachte transacties monitoren of tegenhouden. Overigens wordt door middel van de Vijfde Anti-Witwasrichtlijn het toepassingsbereik uitgebreid naar cryptobeurzen en uitgevers van crypto-portemonnees, waardoor (mogelijk) meer toezicht op deze cryptocurrencies in relatie tot het witwassen en financieren van terrorisme ontstaat.

Afgelopen donderdag heeft de AFM een last onder dwangsom opgelegd aan Capital Force Ltd. De AFM heeft het vermoeden dat deze onderneming handelt in binaire opties in cryptocurrencies via hun website Zoomtrader.com, waarbij de onderneming zich richt op Nederlandse consumenten. Daar de cryptocurrencies in dat geval (zouden) worden gebruikt als onderliggende waarde van een binaire optie, vallen zij binnen de reikwijdte van de Wft en heeft de AFM in de mogelijkheid om toezicht uit te oefenen op deze onderneming. Het vermoeden van de AFM kan echter niet worden bevestigd, omdat Capital

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Force Ltd. geen gehoor geeft aan de verschillende informatieverzoeken van de AFM. Om alsnog te kunnen beoordelen of Capital Force Ltd. in strijd handelt met het verbod om zonder vergunning beleggingsdiensten te verlenen, heeft de AFM een last onder dwangsom opgelegd die inmiddels vanaf 12 februari jl. is verbeurd.

Het was al enige tijd duidelijk dat de toezichthouders de ontwikkelingen rondom de cryptocurrencies en de spelers op die markt nauwlettend in de gaten houden. De bovengenoemde last onder dwangsom maakt duidelijk dat toezichthouders naast die monitoring ook actief ingrijpen zodra zij het vermoeden hebben dat cryptocurrencies en de financiële markten elkaar kruisen. In dat geval ontstaat een toezichthoudende (en daarmee verband houdende handhavende) bevoegdheid.

Dit is een Legal Update van het team Banking & Finance.

Voor meer informatie:

Frank Richel

+31 30 25 95 652

frankrichel@vbk.nl