

Bitcoins, witwassen & integriteitsrisico's

mr. A.B. Schoonbeek, mr. W.M. Shreki en mr. dr. M.T. van der Wulp*

Trefwoorden: bitcoins, witwassen, integriteitsrisico's, CDD, transactiemonitoring

1. Inleiding

Op 3 januari 2017 kopte *Het Financieele Dagblad* (FD) 'OM voert strijd op tegen witwassen via bitcoin'. Het Nederlandse Openbaar Ministerie (OM) zou volgens het FD 'de strijd' aanbinden met (volgens het OM criminele) handelaren en wisselaars van bitcoins. Het FD inventariseerde dat het OM 'in zeker drie strafzaken' die in 2017 voor de rechter komen 'de handel en het omwisselen van deze digitale munt (gaat) vervolgen als witwassen'.¹ Deze belangstelling voor bitcoins (vanuit het perspectief van de handhaving) staat niet op zichzelf. Sinds het betaalsysteem van de bitcoin (in 2009)² op de markt is gebracht, heeft deze 'virtuele valuta' in de (media)belangstelling gestaan. Uniek aan de bitcoin zou zijn dat het geen centrale autoriteit kent die de bitcoin uitgeeft. De bitcoin is beschikbaar in de vorm van 'getallenreeksen', en transacties worden als 'series complexe rekensommen' verwerkt en gecontroleerd. Ook bij dit controleren zou geen centrale autoriteit zijn betrokken.³

Het gebruik van de bitcoin als betaalmiddel lijkt in het betaalverkeer, bijvoorbeeld in de horeca, interieurwinkels en modezaken, te worden geaccepteerd. Volgens het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) zou 'een groeiend aantal bedrijven en

personen betalingen in bitcoins accepteren, zowel in een fysieke omgeving als online' en worden dagelijks 'voor miljoenen dollars transacties met bitcoins verricht'.⁴ Ook in Nederland zou de bitcoin in toenemende mate als betaalmiddel worden geaccepteerd.⁵ Daar staat tegenover dat bitcoins tot op heden niet gereguleerd zijn. Zij vallen buiten de reikwijdte van het toezicht door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB). DNB wijst wel op de integriteitsrisico's die kunnen kleven aan het gebruik van bitcoins. DNB heeft banken en betaalinstanties hiervoor expliciet gewaarschuwd. DNB kwalificeert virtuele valuta, zoals bitcoins, als producten met een zeer hoog risicoprofiel. DNB wijst erop dat financiële instellingen (onbedoeld) betrokken kunnen raken bij witwassen. DNB heeft aangekondigd om banken en betaalinstanties die toch besluiten op enigerlei wijze betrokken te raken bij virtuele valuta-ondernemingen of zelf in virtuele valuta te investeren daarom streng te toetsen op de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en de Wet op het financieel toezicht (Wft).⁶ Voor financiële ondernemingen is in dat kader relevant dat door de ruime strekking van de huidige witwasbepalingen het risico bestaat dat het feitelijk faciliteren van witwassen door middel van bitcoins mogelijk tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden (bijvoorbeeld in de vorm van schuldwitwassen).

Kortom, hoewel het gebruik toeneemt, is de acceptatie van de bitcoin als betaalmiddel niet onomstreden. Dit is met name gelegen in risico's van witwassen die aan het gebruik van bitcoins zouden kleven. Aan de toename van het gebruik van bitcoins zijn diverse dilemma's voor compliance officers van financiële ondernemingen verbonden. Immers, indien financiële ondernemingen betrokken raken bij tegoeden op betaalrekeningen die afkomstig zijn uit de handel in bitcoins en/of op andere wijze betrokken raken bij bitcoins, zal gewaarborgd moeten zijn dat financiële ondernemingen

* Mrs. A.B. Schoonbeek, W.M. Shreki, M.T. van der Wulp zijn als advocaten verbonden aan Libertas Lawyers. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

¹ 'OM voert strijd op tegen witwassen via bitcoin', *Het Financieele Dagblad* 3 januari 2017.

² Volgens A.P. Engelfriet zou vermoedelijk de Japanner Satoshi Nakamoto het betaalsysteem Bitcoin als opensourcesoftware op de markt hebben gebracht. Zie: A. Engelfriet, 'Ontwikkeling en Recht: waar gaat het heen met Bitcoin?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2014, p. 149. Zie ook: S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, bitcoin.org, oktober 2008.

³ A.P. Engelfriet, 'Ontwikkeling en Recht: waar gaat het heen met Bitcoin?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2014, p. 149.

⁴ J.J. Oerlemans, B.H.M. Custers, R.L.D. Pool en R. Cornelisse, 'Cybercrime en witwassen. Bitcoins, online dienstverleners en andere witwasmethoden bij banking malware en ransomware' van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) 2016, p. 60.

⁵ Zie bijvoorbeeld www.arnhembitcoinstad.nl, waarop Arnhem zich profileert als meest bitcoinvriendelijke stad van Nederland.

⁶ Zie Nieuwsbericht van 3 juni 2014, zie <https://www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/nieuwsbrieven/nieuwsbrief-banken/nieuwsbrief-banken-juni-2014/dnb308035.jsp>.

gen niet (onbedoeld) betrokken raken bij witwassen en dat zij de toepasselijke wet- en regelgeving ter voorkoming daarvan op juiste wijze naleven. Tegen deze achtergrond wordt in deze bijdrage de vraag behandeld op welke wijze de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor witwassen bij het gebruik van bitcoins is vormgegeven. Voor een duidelijke afbakening van het onderwerp wordt een beschrijving gegeven van enkele belangrijke eigenschappen van bitcoins en het gebruik daarvan als betaalmiddel (paragraaf 2). Daarna gaan wij kort in op de regulering bitcoins in Nederland (paragraaf 3). Vervolgens wordt behandeld op welke wijze bitcoins kunnen worden gebruikt voor witwassen (paragraaf 4). Hiertoe wordt behandeld op welke wijze en in welke gevallen het gebruik van bitcoins in de jurisprudentie heeft geleid tot strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake (schuld)witwassen. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 5).

2. Bitcoins

2.1 De bitcoin als virtuele valuta

In 2014 heeft The Financial Action Task Force (FATF)⁷ een rapport uitgebracht over 'virtual currency'.⁸ In dat rapport worden de verschillende virtuele valuta omschreven en worden de risico's van het gebruik daarvan uiteengezet. Virtuele valuta worden onder meer onderscheiden in valuta die wel (open) en valuta die niet (gesloten) omgezet kunnen worden in reguliere valuta zoals de Euro of de Dollar. De virtuele valuta die omgezet kunnen worden in reguliere valuta worden onderscheiden in gecentraliseerde en gedecentraliseerde virtuele valuta. De gecentraliseerde virtuele valuta worden afgegeven door een centrale autoriteit die regels vaststelt omtrent het gebruik ervan. De gedecentraliseerde virtuele valuta worden ook wel 'crypto-currency'⁹ of crypto-valuta genoemd.

De bitcoin is zo'n crypto-valuta, een munteenheid gebaseerd op cryptografie. De term bitcoin omvat niet alleen de individuele eenheden van de virtuele valuta, maar ook de open-source software waarmee en het netwerk waarbinnen de virtuele munteenheid wordt gecreëerd en verspreid.

In een artikel van de hand van Satoshi Nakamoto¹⁰ wordt een beschrijving van de bitcoin en een toelichting gegeven op de werking daarvan. De gedachte achter de bitcoin is dat het gaat om een elektronische munt waarmee betalingen tussen gebruikers onderling verricht kunnen worden zonder dat daarbij een centrale autoriteit of financiële instelling betrokken is.¹¹

2.2 Bitcoinmining

Het gedecentraliseerde karakter van de bitcoin maakt dat nieuwe bitcoins niet vanuit een centraal punt worden uitgegeven. In beginsel kan eenieder met behulp van een (krachtige) computer nieuwe bitcoins 'delven', ook wel mining genoemd. De gedelfde bitcoins komen de delver in eigendom toe. Op deze wijze ontstaan nieuwe bitcoins die in het economisch systeem worden gebracht.¹² Het delven van bitcoins vindt plaats door de computer een cryptografische puzzel op te laten lossen. Bij het vinden van de oplossing worden bitcoins vrijgegeven bij wijze van beloning. Het aantal in omloop te brengen bitcoins is vooraf beperkt tot 21 miljoen.¹³ Naarmate er meer bitcoins worden vrijgegeven, kost het de computer meer tijd en rekenkracht om de puzzels op te lossen teneinde nieuwe bitcoins te delven. Hiermee is een kunstmatige schaarste in het systeem aangebracht, bedoeld om de bitcoin immuun te maken voor ongecontroleerde inflatie. De kosten van het delven van nieuwe bitcoins, waarbij met name kan worden gedacht aan de elektriciteitskosten, nemen steeds meer toe waardoor het

⁷ The Financial Action Task Force (FATF), 'Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks', Juni 2014.

⁸ 'Virtual Currency is a digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of exchange; and/or (2) a unit of account; and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status in any jurisdiction', The Financial Action Task Force (FATF), 'Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks', Juni 2014, p. 4.

⁹ 'Cryptocurrency refers to a math-based, decentralised convertible virtual currency that is protected by cryptography. – i.e., it incorporates principles of cryptography to implement a distributed, decentralised, secure information economy. Cryptocurrency relies on public and private keys to transfer value from one person (individual or entity) to another, and must be cryptographically signed each time it is transferred.', The Financial Action Task Force (FATF), 'Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks', Juni 2014, p. 5.

¹⁰ S. Nakamoto, 'Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System', bitcoin.org, oktober 2008.

¹¹ Voor een uitgebreider relaas betreffende de (juridische) ontwikkeling van de Bitcoin wordt verwezen naar A.P. Engelfriet, 'Ontwikkeling en Recht: waar gaat het heen met Bitcoin?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2014, p. 149.

¹² A.P. Engelfriet, 'Ontwikkeling en Recht: waar gaat het heen met Bitcoin?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2014, p. 149.

¹³ J. Baukema, Bitcoin: een (ongereguleerd) betaalmiddel van de toekomst, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2013, p. 413.

voor een individu vaak niet haalbaar is om bitcoins via mining te genereren. Met het delven van nieuwe bitcoins houden vooral professionals zich bezig die de rekenkracht van hun computers bundelen en daarmee ook de kosten beperken.¹⁴

2.3 Bitcoinwallet

De bitcoins die door mining zijn verkregen kunnen door de eigenaren worden opgeslagen in een zogenaamde bitcoinwallet – een individueel digitaal portemonneebestand.¹⁵ Vanuit een bitcoinwallet kunnen bitcoins worden verzonden en ontvangen. Het verrichten van transacties met bitcoins komt neer op het overdragen van waarde tussen bitcoinwallets. Door gebruik te maken van cryptografische technieken, waarmee transacties als het ware worden voorzien van een digitale handtekening, wordt verzekerd dat een transactie door de eigenaar van de bitcoinwallet wordt verricht. De handtekening kan niet worden gewijzigd. Zo wordt gegarandeerd dat iedere bitcoin maar éénmaal wordt uitgegeven en dat iedere transactie uniek is.

2.4 Blockchain en bitcoinmixer

Elke transactie die met bitcoins wordt verricht, wordt opgeslagen in de zogenaamde blockchain of blokketen. De blockchain is een openbaar gedeeld register waarin alle transacties met bitcoins en de bij die transacties betrokken bitcoinadressen worden opgeslagen. Via de blockchain zijn deze transacties te raadplegen en kunnen zij worden gevolgd en getraceerd. Het verrichten van transacties met bitcoins is zodoende niet anoniem. Het is mogelijk dat de (online) identiteit van personen of ondernemingen die transacties met bitcoins verrichten, via het gebruikte bitcoinadres wordt achterhaald.

Het volgen en traceren van bitcointransacties kan worden voorkomen door gebruik te maken van een bitcoinmixer. De werking van de bitcoinmixer is als volgt. Overgeboekte bitcoins van verschillende deelnemers worden verzameld in één of meerdere eigen wallets. De ingelegde bitcoins worden omgeuid voor delen van bitcoins van andere deelnemers. Als de bitcoins door de bitcoinmixer worden overgeboekt vanuit een andere wallet, is de herkomst van de bitcoins in de blockchain niet meer te achterhalen. Zodoende is niet te achterhalen vanuit welke wallets de bitcoins oorspronkelijk verzonden en ontvangen zijn. Het mixen van bitcoins wordt als dienstverlening aangeboden op internet. Volgens De Jong is de bitcoinmixer zelf de enige die nog weet wat de herkomst is van de gemixte bitcoins.¹⁶ In de geraadpleegde literatuur over bitcoins wordt met de term 'bitcoinmixer' zowel verwezen naar de dienstverlener als naar het programma dat gebruikt wordt voor het mixen van de bitcoins.

2.5 De waarde van bitcoins

De waarde van de bitcoin wordt niet gereguleerd door een centrale autoriteit, maar wordt bepaald door de gebruikers zelf. In het vrije verkeer kunnen de gebruikers van de bitcoin zelf bepalen welke waarde in reguliere valuta zij aan de bitcoin willen toekennen. Het omzetten van bitcoins naar reguliere valuta is mogelijk bij zogenaamde bitcoinexchange-bedrijven of bitcoincashers. Dat zijn wisselkantoren die bitcoins omzetten in reguliere valuta en andersom. Een deel van deze bitcoincashers neemt maatregelen om de identiteit van de bitcoinverkopers te verifiëren, zoals het vragen om een kopie van het legitimatiebewijs. Een ander deel stelt de anonimiteit van de verkoper voorop en onderneemt geen stappen om de identiteit te achterhalen.¹⁷ Voor het omwisselen van bitcoins naar een andere valuta zoals de Euro is geen vergunning nodig in de zin van de Wft.

2.6 Het gebruik van de bitcoin als betaalmiddel

De bitcoin kan worden omgezet in reguliere valuta, maar kan ook direct als betaalmiddel worden gebruikt. Volgens het WODC¹⁸ zijn er steeds meer

¹⁴ J. Baukema, Bitcoin: een (ongereguleerd) betaalmiddel van de toekomst, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2013, p. 412.

¹⁵ R.J. de Jong, 'Bitcoinminers, bitcoincashers, bitcoincashers en het Strafrecht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, maart 2017 | nr. 1.

¹⁶ Voor een uitgebreider relaas betreffende o.a. bitcoinmixers en het strafrecht zie R.J. de Jong, 'Bitcoinminers, bitcoincashers, bitcoincashers en het Strafrecht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, maart 2017 | nr. 1.

¹⁷ R.J. de Jong, 'Bitcoinminers, bitcoincashers, bitcoincashers en het Strafrecht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, maart 2017 | nr. 1.

¹⁸ J.J. Oerlemans, B.H.M. Custers, R.L.D. Pool en R. Cornelisse, 'Cybercrime en witwassen. Bitcoins, online dienstverleners en andere witwasmethoden bij banking malware en ransomware' van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) 2016.

ondernemingen die betalingen in bitcoins accepteren. Op het moment dat ondernemingen betalingen in bitcoins accepteren en deze bitcoins via bitcoincashers omzetten in reguliere valuta kunnen de verkregen bedragen worden gestort op rekeningen bij financiële ondernemingen zoals banken en betaalinstellingen. Zodoende krijgen deze financiële ondernemingen te maken met bitcoins en de risico's die samenhangen met het ongereguleerde karakter daarvan. Die risico's manifesteren zich hoofdzakelijk in het kader van zowel de cliëntacceptatie als in de transactiemonitoring van financiële ondernemingen.

3. Bitcoins en toezicht

3.1 Bitcoins zijn niet gereguleerd in het financiële toezicht

Virtuele valuta zoals bitcoins vallen tot op heden niet onder de reikwijdte van de financiële toezichtwetgeving. DNB en de AFM houden hier dan ook niet rechtstreeks toezicht op.¹⁹ De bitcoin valt niet onder de definitie van (elektronisch) geld in de zin van de Wft onder meer omdat de bitcoin geen vordering op de uitgever vertegenwoordigt. De verantwoordelijkheid voor het gebruik van de bitcoin ligt in beginsel bij de consument zelf.²⁰ DNB en de AFM hebben consumenten voor de risico's die kleven aan het gebruik van bitcoins gewaarschuwd. Niettemin acht DNB bitcoins wel relevant in het kader van haar toezicht op bestaande vergunninghouders, in het bijzonder banken en betaalinstellingen. DNB ziet de bitcoin als een product met een zeer hoog risicoprofiel.²¹ Financiële ondernemingen moeten voldoen aan de vereisten die zijn neergelegd in de Wft en de Wwft. DNB acht het verhoogde risicoprofiel relevant in het kader van de vereiste integere bedrijfsvoering (zie paragraaf 3.2) alsmede voor de naleving van de Wwft (zie paragraaf 3.3)

3.2 Bitcoins zijn wel relevant voor de naleving van de Wft

Kort samengevat, dienen financiële ondernemingen op grond van de wettelijke eisen op het gebied van de integere bedrijfsvoering het begaan van strafbare feiten zoals witwassen en/of andere overtredingen adequaat tegen te gaan door haar of haar werknemers alsmede relaties met cliënten tegen te gaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden (CDD). DNB acht het van belang dat bij transacties in bitcoins sprake is een van hoge mate van anonimiteit. Omdat bitcoins als virtueel betaalmiddel kunnen worden gebruikt, maakt dit bitcoins volgens DNB aantrekkelijk als schakel in het witwasproces. Dit wordt bevestigd door het rapport 'Guidance for a risk based approach virtual currencies' van de FAFT uit 2014.²² In dat verband kan ook worden verwezen naar het onderzoeksrapport 'Cybercrime en witwassen. Bitcoins, online dienstverleners en andere witwasmethoden bij banking malware en ransomware' van het WODC. Hierin wordt onder andere de vraag behandeld welke rol bitcoins spelen bij het witwassen van geld (dat wordt verkregen uit banking malware en ransomware).²³ In het WODC-rapport wordt een schematisch overzicht behandeld, waarin het witwassen van geld verkregen uit ransomware inzichtelijk wordt gemaakt. Het gaat in dit overzicht om 'losgeld' dat is verkregen in de vorm van bitcoins. Aldus wordt in het rapport het witwasproces van geld in de vorm van bitcoins beschreven (waarbij wel geldt dat de criminele herkomst daarvan als uitgangspunt wordt genomen en aldus een vaststaand gegeven is terwijl dit niet altijd het geval hoeft te zijn). Indien financiële ondernemingen zouden investeren in bitcoins en/of relaties aangaan met in bitcoins handelende cliënten of cliënten die bitcoins ontvangen, bestaat aldus het risico dat zij (onbedoeld) witwassen faciliteren. Zoals hierna wordt besproken kleeft daaraan, gezien de ruime strekking van de witwasbepalingen, het risico dat zij of hun werknemers strafbare feiten en/of andere overtredingen begaan. Gelet op de vereiste integere bedrijfsvoering zullen financiële ondernemingen adequate

¹⁹ Zie nieuwsbericht AFM d.d. 20 december 2013, te raadplegen via <https://www.afm.nl/nieuws/2013/dec/toezicht-bitcoins.aspx>. Zie ook nieuwsbericht DNB d.d. 3 december 2013, zie <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archieef/nieuws-2013/dnb300672.jsp>.

²⁰ Zie Beantwoording MvF van schriftelijke Kamervragen Nijboer over het gebruik van en toezicht op nieuwe digitale betaalmiddelen zoals de Bitcoin d.d. 19 december 2013, *Kamerstukken II 2013/14, Aanhangselnummer 830*, te raadplegen via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20132014-830.html>.

²¹ Zie de antwoorden op Kamervragen over Fintech betaaldiensten, *Kamerstukken II 2015/16, Aanhangselnummer 1429*.

²² Te raadplegen via <http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/guidance-rba-virtual-currencies.html>.

²³ J.J. Oerlemans, B.H.M. Custers, R.L.D. Pool en R. Cornelisse, 'Cybercrime en witwassen. Bitcoins, online dienstverleners en andere witwasmethoden bij banking malware en ransomware' van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) 2016, p. 84-90.

maatregelen, onder meer in het kader van cliëntacceptatie alsmede transactiemonitoring, moeten treffen om dat tegen te gaan.

3.3. Bitcoins zijn wel relevant voor de naleving van de Wwft

Financiële ondernemingen zoals banken en betaalinstanties dienen niet alleen te beschikken over een integere bedrijfsvoering in relatie tot witwasrisico's, maar dienen ook de verplichtingen uit hoofde van de Wwft na te leven. De Wwft kent twee hoofdverplichtingen: het cliëntenonderzoek (CDD) en de meldingsplicht ter zake van ongebruikelijke transacties. Op grond van de Wwft dienen instanties dus eveneens te beoordelen of en in hoeverre de acceptatie van een bepaalde klant aanvaardbaar is in het licht van de Wwft en zo ja welke risicoclassificatie van toepassing is. Daarnaast moeten op grond van de Wwft instanties in de zin van die wet ongebruikelijke transacties melden aan de Financiële Inlichtingen Eenheid (FIU). Op grond van art. 16 lid 1 Wwft dient een instelling immers een verrichte of voorgenoemen ongebruikelijke transactie onverwijld te melden (aan de FIU) nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Doel van de meldplicht is het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering. Op grond van de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit Wwft bestaat deze meldplicht op grond van de (subjectieve) indicator dat sprake is van 'een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen'. Bij de invulling van deze subjectieve indicator kan gebruik worden gemaakt van indicatoren c.q. red flags voor de aanwezigheid van een vermoeden van witwassen die zijn neergelegd in guidance, zoals DNB Leidraad Wwft en Sw (versie april 2015)²⁴ en publicaties van organisaties zoals het Financial Intelligence Unit (FIU) en het FATF. Daarbij geldt dat het FIU witwas typologieën kan ontwikkelen.²⁵ Wanneer een concreet geval kenmerken vertoont die daarin zijn neergelegd, wordt aangenomen dat daaraan het vermoeden van witwassen wordt ontleend. De witwas typologieën geven daarmee tevens handvatten voor de invulling van de subjectieve indicator. De thans vastgestelde witwas typologieën zijn gepubliceerd op de website van het FIU.²⁶ Voorbeelden daarvan zijn het ontbreken van een legale economische verklaring voor het wisselen van grote geldbedragen en het ontbreken van een legale economische verklaring voor het wisselen van buitenlandse valuta. Aangezien de reikwijdte van de Wwft wordt begrensd door het begrip 'instelling' (art. 1 Wwft) hebben de in deze wet vastgelegde verplichtingen op dit moment nog geen betrekking op bitcoinhandelaren of -exchanges (zie hierover ook paragraaf 3.4).²⁷ Met grote regelmaat worden (voornamelijk) van banken meldingen van ongebruikelijke transacties ontvangen, waarin de handel in bitcoins een rol speelt.²⁸ Kortom, bij hoog risicoproducten, zoals bitcoins, of cliënten (partijen die zich bezighouden met handel in bitcoins) zullen er op grond van de Wwft strengere eisen moeten worden gehanteerd in het kader van cliëntacceptatie en transactiemonitoring inclusief de Wwft-meldplicht.

3.4. Bitcoins en de Vierde anti-witwasrichtlijn

De Europese Commissie (EC) wil, als onderdeel van het zogeheten Actieplan ter versterking van de strijd tegen terrorismefinanciering, platformen voor de wisseling van digitale valuta onder het toezicht brengen van COM (2016)50.²⁹ Daarmee wordt beoogd beter verdachte transacties vast te stellen. De handel in virtuele valuta is, zoals hiervoor aangegeven, op dit moment niet gereguleerd en er zijn – voor zover geen meldplichtige instanties betrokken zijn – geen procedures aanwezig waarmee verdachte transacties gemeld kunnen worden, zoals dat bij reguliere financiële ondernemingen wel het geval is. Voorgesteld wordt daarom dat er een wijziging plaatsvindt op de vierde anti-witwasrichtlijn

²⁴ Te raadplegen via <http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-212353.pdf>.

²⁵ Zie *Kamerstukken II 1999/00*, 27 159, nr. 3, p.9.

²⁶ Zie <https://www.fiu-nederland.nl/nl/witwas-typologieen-0>.

²⁷ Dit punt wordt behandeld in J. Baukema, 'Bitcoin: een (ongereguleerd) betaalmiddel van de toekomst?' *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2013, p. 417.

²⁸ Zie Jaaroverzicht FIU 2014, p. 36, te raadplegen via https://www.fiu-nederland.nl/sites/www.fiu-nederland.nl/files/documenten/jaaroverzicht_2014.pdf. De FIU noemt in het jaaroverzicht 2015 het volgende voorbeeld: *Een studente, die tienduizenden euro uit verkoop van bitcoins ontving en daarna contant opnam. Uit nader onderzoek van FIU-Nederland met hetzelfde transactiepatroon. Op basis van het dossier van de FIU Nederland maakte een opsporingsteam van de Nationale Politie een proces-verbaal op inzake vermoedelijk witwassen en ging aan de slag. Na onderzoek werden vier personen aangehouden. Bij verschillende doorzoekingen werd onder meer ruim 2 kilo harddrugs, 800 pillen synthetische drugs, enveloppen met drugsinhoud geadresseerd aan inbeslaggenomen. Daarnaast werd beslag gelegd op de saldi van de gebruikte bankrekeningen, totaal € 100.000. De groep hield zich bezig met de verkoop van drugs aan buitenlandse afnemers. Via de pakketpost werden drugs verzonden en met bitcoins afgerekend. Via de studente kwamen de opbrengsten contant bij de verdachten terecht.*

²⁹ Te raadplegen via <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/NL/1-2016-50-NL-F1-1.PDF>.

(Richtlijn (EU) 2015/849). De wijziging houdt in dat virtuele valutaplatforms (bedrijven / organisaties waar virtuele valuta kunnen worden omgewisseld in reguliere valuta) onder het bereik van de richtlijn gaan vallen. Nederland staat positief tegenover dit voorstel.³⁰

3.5 Ontwikkelingen in het toezicht

Het gevolg van de waarschuwing voor integriteitsrisico's, die kleven aan de bitcoin, is in de eerste plaats dat het onder meer voor zogenaamde bitcoin-exchangebedrijven lastig is gebleken om een bankrekening in Nederland te openen. Bitcoin-exchangebedrijven zijn bedrijven die diensten verlenen voor de aan- en verkoop van bitcoins. Gelet op de eisen die voortvloeien uit de Wft en Wwft zijn banken namelijk terughoudend om aan deze partijen diensten te verlenen. Recentelijk heeft de Amerikaanse toezichthouder, de Securities and Exchange Commission (SEC), geweigerd om toestemming te geven voor het opzetten van een beleggingsfonds gebaseerd op de waarde van bitcoins (Winklevoss Bitcoin Trust) onder meer omdat dit te fraudegevoelig zou zijn.³¹ Hoewel financiële ondernemingen terughoudend blijken te zijn diensten aan te bieden in relatie tot bitcoins, met name vanwege vermeende witwasrisico's, zal de opkomst van het gebruik hiervan zijn dat financiële ondernemingen in de toekomst in toenemende mate direct of indirect met (inkomsten uit) bitcoins zelf, of cliënten die hier in handelen en/of zich laten uitbetalen in bitcoins, te maken zullen krijgen. De vraag rijst of en in welke omstandigheden financiële ondernemingen daarbij het risico lopen betrokken te raken bij witwassen waarvoor zij zelf in de rol van facilitator strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Dit zou kunnen in de vorm van schuldwitwassen of opzetwitwassen. In paragraaf 4 gaan wij op deze mogelijke strafrechtelijke risico's nader in. Met dit inzicht kunnen zij deze risico's immers beter mitigeren.

4. Jurisprudentie over witwassen door middel van bitcoins

4.1 Inleiding

Nu financiële ondernemingen in toenemende mate te maken krijgen met (inkomsten uit) bitcoins, staan zij daarmee bloot aan het risico van strafrechtelijke aansprakelijkheden. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake (opzet)witwassen (art. 420bis Sr) en schuldwitwassen (art. 420quater Sr) is de criminele herkomst, alsook de wetenschap ten aanzien van deze herkomst, vereist om tot een veroordeling te kunnen komen ten aanzien van de begane handeling met betrekking tot het vermogen (bijvoorbeeld 'voorhanden hebben'). Het geld moet (onmiddellijk of middellijk) 'uit enig misdrijf (afkomstig zijn)' én de betrokkene moet dat hebben geweten (opzetwitwassen), dan wel redelijkerwijs hebben moeten vermoeden (schuldwitwassen). Het gaat hierbij om cumulatieve voorwaarden. Strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat aldus slechts indien aan alle genoemde voorwaarden wordt voldaan. Met andere woorden: indien vast zou komen te staan dat het vermogen (dat betrokkene 'voorhanden' heeft) afkomstig is 'uit enig misdrijf', maar niet kan worden bewezenverklaard dat betrokkene dat heeft geweten of dat redelijkerwijs heeft moeten vermoeden, dan kan niet worden gekomen tot bewezenverklaring ter zake witwassen.

Het aantal zaken waarin het OM strafvervolging heeft ingesteld ter zake (schuld-) witwassen door middel van (het voorhanden hebben van tegoeden zijn uit) bitcoins is beperkt.³² Gelet op de aankondiging van het OM dat er in 2017 zeker 'drie zaken' aan de rechter worden voorgelegd, ligt een toename van het aantal gepubliceerde vonnissen in de lijn der verwachting.³³

³⁰ Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 21 112, nr. 2076, te raadplegen via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-22112-2076.html>. Voor zover wij hebben kunnen nagaan is er nog een richtlijnvoorstel aanhangig waarin bovenvermelde wijziging van de vierde anti-witwasrichtlijn is uitgewerkt. Zie ook inception impact assessment d.d. 23 januari 2017, zie http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/plan_2016_028_cash_restrictions_en.pdf.

³¹ Zie het artikel 'SEC keurt beleggingsfonds Bitcoin af' in *Het Financieele Dagblad* d.d. 11 maart 2017. Het daarin genoemde besluit van de SEC is te raadplegen via <https://www.sec.gov/rules/sro/batsbzx/2017/34-80206.pdf>. Er lopen nog andere vergunningaanvragen in de Verenigde Staten.

³² Een zoekslag op rechtspraak.nl levert een relatief gering aantal zaken op. Aangezien niet alle strafrechtelijke uitspraken gepubliceerd worden, is niet uitgesloten dat er meer zaken aan de rechter zijn voorgelegd dan het aantal gepubliceerde zaken zou kunnen doen vermoeden. In het Jaaroverzicht FIU 2014 (zie https://www.fiu-nederland.nl/sites/www.fiu-nederland.nl/files/documenten/jaaroverzicht_2014.pdf) is vermeld: 'in 2014 initieerde de FIU-Nederland 75 onderzoeksdossiers, waarin de bitcoin een belangrijke rol speelde. Hiervan zijn 56 onderzoeksdossiers inmiddels verdacht verklaard. De resultaten van deze dossiers hebben geleid tot nieuwe opsporingsonderzoeken, zijn ingebracht bij reeds lopende onderzoeken of zijn gedeeld met buitenlandse FIU's.'

³³ 'OM voert strijd op tegen witwassen via bitcoin', *Het Financieele Dagblad* 3 januari 2017. In deze bijdrage is slechts aandacht besteed aan de gepubliceerde strafrechtelijke jurisprudentie op het gebied van witwassen door middel van bitcoins. Jurisprudentie waarin de bitcoin op een andere manier een

4.2 'Lancashire'

Eén van de zaken waar het FD in het bericht van 3 januari 2017 naar verwees, betreft het onderzoek onder de naam 'Lancashire'. Het onderzoek ter terechtzitting in deze zaak heeft plaatsgevonden in februari (van dit jaar) en heeft in maart tot een aantal veroordelende vonnissen van de rechtbank Noord-Holland ter zake witwassen geleid.³⁴ Er zou sprake zijn van omvangrijke handel in verdovende middelen. De uitbetaling daarvan geschiedde grotendeels in bitcoins. De handel in verdovende middelen vormt daarmee naar het oordeel van de rechtbank het gronddelict voor het witwassen van bitcoins. Nu de verdachte bij die handel in verdovende middelen betrokken was, volgt daar naar het oordeel van de rechtbank logischerwijs uit voort dat de verdachte *wetenschap had* van de criminele herkomst van de (tegoeden afkomstig uit) bitcoins. De gedragingen met betrekking tot die bitcoins en de omzetting daarvan in bestaande valuta waren daarbij *verhullend* van aard. De rechtbank overweegt als volgt:

'Aangaande het ten laste gelegde witwassen met betrekking tot de bitcoins overweegt de rechtbank het volgende, waarbij het volgende dient te worden vooropgesteld. De rechtbank heeft op basis van de bewijsmiddelen en daaruit getrokken conclusies vastgesteld, dat verdachte gedurende een ruime periode op een omvangrijke schaal heeft gehandeld in verdovende middelen. Uitbetaling daarvan geschiedde grotendeels in bitcoins. Daarmee acht de rechtbank het grondmisdrif voor het witwassen van de bitcoins gegeven. Daaruit vloeit logischerwijs voort dat verdachte wist dat hij bitcoins verkreeg uit drugshandel. Tevens acht de rechtbank bewezen dat de gedragingen met betrekking tot die bitcoins en de omzetting daarvan in bestaande valuta "verhullend" van aard waren.'

Met betrekking tot het witwassen van de totale hoeveelheid ten laste gelegde bitcoins overweegt de rechtbank dat *'het niet (valt) uit te sluiten dat een deel van de in de tenlastelegging genoemde bitcoins een legitieme herkomst heeft, gezien de stelling van verdachte dat hij in bitcoins zou hebben gehandeld. Dat betekent dat er sprake kan zijn van 'vermenging' van de uit misdrijf afkomstige bitcoins, met de bitcoins die zijn verkregen door legitieme handel.'* De rechtbank oordeelt dat een aanzienlijk deel van de bitcoins afkomstig is van de darknet market 'Silk Road'. Er zou dus sprake kunnen zijn van 'vermenging' van de uit misdrijf afkomstige bitcoins, met de bitcoins die zijn verkregen door legitieme handel. De rechtbank overweegt: *'het deel van de bitcoins dat als illegaal verkregen moet worden aangemerkt, merkt de rechtbank aan als dermate substantieel, dat ook de gehele hoeveelheid bitcoins door die vermenging aangemerkt dient te worden als – middellijk of onmiddellijk – van misdrijf afkomstig.'*³⁵

In deze uitspraak, waarin de verdachte *zelf* via de darknet market 'Silk Road' handelde in verdovende middelen, wordt het deel van de bitcoins dat van Silk Road afkomstig is door de rechtbank kennelijk aangemerkt als van misdrijf afkomstig. Ons inziens kan uit de overwegingen van de rechtbank worden afgeleid dat de rechtbank *niet zonder meer* heeft aangenomen dat, ten aanzien van bitcoins die van een darknet market afkomstig zijn, de wetenschap met betrekking tot de criminele herkomst vast staat. Kennelijk acht de rechtbank het van belang om meer over de wetenschap van de verdachte te zeggen dan dat de bitcoins van Silk Road afkomstig zijn.

In de zaak van een medeverdachte werd het standpunt ingenomen dat er weliswaar een omwisseling van bitcoins naar euro's heeft plaatsgevonden, maar dat dit gegeven nog niet maakt dat het geld niet onmiddellijk afkomstig is van het eigen misdrijf. Om iets met de bitcoin te kunnen doen, zou het noodzakelijk zijn de bitcoins om te zetten in een bestaande munteenheid. Daarmee zou het aangetroffen geld onmiddellijk afkomstig zijn van verdachtes eigen misdrijf, namelijk de handel in verdovende middelen. Aldus zou een beroep op de kwalificatie uitsluitingsgrond mogelijk zijn, aangezien het enkele verwerven of voorhanden hebben van opbrengsten onmiddellijk afkomstig uit eigen misdrijf volgens de Hoge Raad niet als witwassen kwalificeert. Daarvoor is meer nodig, namelijk een gedraging die kennelijk gericht is op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.³⁶

rol speelt, is buiten beschouwing gelaten. Voor een algemener overzicht van recente strafrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de bitcoin zie R.J. de Jong, 'Bitcoin-miners, bitcoincashers, bitcoincashers en het Strafrecht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, maart 2017 | nr. 1

³⁴ Rb. Noord-Holland 10 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1939.

³⁵ Rb. Noord-Holland 10 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1939 (overweging 3.3.4).

³⁶ HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:150, RvdW 2013/963, NJB 2013/1875, NJ 2013/515 m.nt. J.M. Reijntjes.

4.3 Wat betekent dit voor financiële ondernemingen?

In de (bovengenoemde) jurisprudentie is 'wetenschap' ten aanzien van het gronddelict steeds het uitgangspunt geweest, aangezien de verdachte steeds zelf bij het gronddelict betrokken is geweest. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord wanneer sprake is van de voor witwassen vereiste wetenschap van het gronddelict indien de verdachte wel bitcoins voorhanden heeft, maar de wetenschap ten aanzien van het gronddelict niet vast staat. Deze vraag is in het bijzonder relevant voor financiële ondernemingen zoals banken en betaalinstellingen. Daarbij speelt dat het gebruik van de bitcoin en de bijbehorende diensten legaal is en voor een ieder toegankelijk. Door de techniek achter de bitcoin, zoals de bitcoinmixer, is het mogelijk om anoniem deel te nemen aan het betalingsverkeer. Dit geeft een bepaald risico op witwassen. Onzeker is wanneer dit (bekend te veronderstellen) risico in een concreet geval van een zodanige aard is dat je zou moeten weten dat sprake is van witwassen of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat sprake is van witwassen. Het risico van betrokkenheid bij (schuld) witwassen bestaat bij zowel bij bitcoin exchanges als cashers en het faciliteren daarvan door een betaalinstelling/bank van deze bedrijven. Naar onze inschatting zijn deze risico's groter bij gebruik c.q. betrokkenheid van bitcoinmixers. Bitcoinmixers hebben immers extra 'verhullende' kenmerken (zie ook paragraaf 2.4, hiervoor). Strafzaken waarin de verdachte(n) geen betrokkenheid bij het gronddelict wordt verweten, maar wel het witwassen van de daaruit voortvloeiende bitcoins, zijn in het jurisprudentieoverzicht nog niet terug te vinden, waardoor guidance op basis van rechtspraak op dit punt ontbreekt. Ook zijn er nog geen uitspraken waarin het gebruik van bitcoinmixers als indicator voor witwassen wordt aangenomen. Als het aan het Anti Money Laundering Centre en de FIOD ligt, komt daar binnen afzienbare tijd verandering in. Vanwege de verhulling van de herkomst van de transacties willen het Anti Money Laundering Centre (hierna: AMLC) en de FIOD het gebruik van een bitcoinmixer erkend krijgen als witwasindicator.³⁷ Volgens vaste jurisprudentie kan op basis van een witwastypologie van witwassen een vermoeden van witwassen (jegens de verdachte) gerechtvaardigd zijn.³⁸ Aldus zou het aanwijzen van het gebruik van bitcoinmixers mogelijk gevolgen kunnen hebben voor de meldplicht op grond van de Wwft (zie paragraaf 3) en het bewijs van witwassen. Tegelijk moet worden benadrukt dat het gebruik van bitcoinmixers – op dit moment – nog géén misbruiktypologie is.

5. Slotbeschouwing

Kort samengevat, hoewel het gebruik van de bitcoin als betaalmiddel in toenemende mate lijkt te worden geaccepteerd, kleven er risico's aan het gebruik daarvan. DNB kwalificeert de bitcoin als een product met een hoog risicoprofiel en stelt aan financiële ondernemingen die zich hiermee inlaten strenge eisen op onder meer het terrein van cliëntenonderzoek en transactie-monitoring. Het OM vervolgt handelaren en wisselaars van bitcoins ter zake witwassen. In de (lagere) strafrechtelijke jurisprudentie, waarin ter zake het voorhanden hebben van bitcoins tot een veroordeling van witwassen is gekomen, betrof het met name verdachten die kennis hadden van het gronddelict en aldus wetenschap hadden van de criminele herkomst van het vermogen. Daarmee is in de jurisprudentie de vraag onbeantwoord gebleven of en zo ja in welke gevallen een (rechts)persoon zich schuldig maakt aan witwassen indien hij niet betrokken is bij het gronddelict. Het antwoord op deze vraag is wel van belang voor financiële ondernemingen die betrokken raken bij bitcoins, bijvoorbeeld indien een tegoed bij de financiële onderneming wordt aangehouden dat afkomstig is uit de handel of betaling in bitcoins. Op dit moment lijkt hiervoor meer nodig te zijn dan de enkele constatering (achteraf) dat een bitcoin betrokken is geweest bij een betaling die aan een (grond)delict, zoals handel in verdovende middelen, kan worden gerelateerd. Voor een verdenking ter zake witwassen is wetenschap van de criminele herkomst, dan wel het redelijkerwijs moeten vermoeden van een criminele herkomst (schuldwitwassen), in ieder geval vereist om tot een verdenking van witwassen, respectievelijk schuldwitwassen te kunnen komen. Een verdenking van deze aard zal sneller kunnen worden aangenomen indien het gebruik van bitcoins wordt aangemerkt als typologie of red flag. Op dit moment zijn bitcoins of bitcoin-handelaren niet als zodanig aangemerkt. De toekomst brengt hierin mogelijk verandering. Wel gelden er uiteraard de meer generieke (witwas)typologieën of red flags die een rol kunnen spelen bij beoordeling en monitoring van bitcoin-gerelateerde transacties. Het is aan te bevelen dat compliance officers deze ontwikkelingen nauwlettend volgen om risico's op dit gebied snel en adequaat te mitigeren. Dit is in het licht van de aandacht van de toezichthouders en de opsporingsautoriteiten geen overbodige luxe. ■

³⁷ R.J. de Jong, 'Bitcoinminers, bitcoincashers, bitcoincashers en het Strafrecht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, maart 2017 | nr. 1.

³⁸ Zie bijvoorbeeld: HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, RvdW 2010/949, NJ 2010/456 en NJB 2010, 1602.