

PER AANGETEKENDE POST

[VERTROUWELIJK]

Onderwerp

Beslissing op bezwaar – Payward International Markets Limited

Geachte [VERTROUWELIJK],

Hierbij ontvangt u de beslissing van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) op het door u namens Payward International Markets Limited (**Payward International**) ingediende bezwaarschrift van 4 augustus 2023, zoals aangevuld op 26 september 2023 (**Bezwaarschrift**). Het Bezwaarschrift richt zich tegen het besluit van DNB van 14 juli 2023 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]; het **Primaire Besluit**), waarbij DNB een last onder dwangsom aan Payward International heeft opgelegd wegens overtredingen van artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23c, derde lid, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (**Wwft**).

De beslissing op bezwaar luidt als volgt: DNB verklaart het bezwaar **ongegrond** en laat het Primaire Besluit in stand, onder aanvulling van de motivering zoals opgenomen in dit besluit.

Hieronder wordt uiteengezet hoe DNB tot deze beslissing is gekomen en hoe dit besluit is opgebouwd.

Inhoudsopgave

1.	Procesverloop	3
2.	Het Primaire Besluit	4
3.	Gronden van bezwaar	5
4.	Heroverweging van het Primaire Besluit	5
4.1	Bezwaargrond i: gericht op de Nederlandse markt	5
4.2	Bezwaargrond ii: dienstverlening aan bepaalde groepen klanten mag hoe dan ook worden voortgezet	11
4.3	Bezwaargrond iii: het Primaire Besluit is niet evenredig	15
4.4	Huidige stand van zaken	20
5.	Beslissing op bezwaar	21
6.	Proceskostenvergoeding	21
7.	Beroep	22
	Bijlage 1: Wettelijk kader	23

1. Procesverloop

1. Bij brief van 7 november 2022 heeft DNB een informatieverzoek verstuurd naar Payward International. In deze brief heeft DNB het vermoeden geuit dat Payward International, onder de handelsnaam Kraken, in Nederland diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta, en bewaarportemonnees aanbiedt (hierna ook: **cryptodiensten**), terwijl zij niet bij DNB geregistreerd is. Om vast te stellen in hoeverre Payward International in strijd handelde met het bepaalde in artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23c, derde lid, van de Wwft heeft DNB een onderzoek ingesteld. In verband hiermee heeft DNB Payward International vragen gesteld over onder andere de omvang van de cliëntenportefeuille en het *affiliate* en *referral* programma van Kraken.
2. Op 24 november 2022 heeft Payward International gereageerd op het informatieverzoek van 7 november 2022 en heeft daarbij kort gezegd aangegeven dat zij zich nooit heeft gericht op de Nederlandse markt. Zij gaf ook aan dat zij voornemens is een registratie-aanvraag bij DNB in te dienen.
3. Bij brief van 25 januari 2023 heeft DNB gereageerd op deze brief. DNB merkt in de brief op dat zij van Payward International verwacht dat zij de overtreding van artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23c, derde lid, van de Wwft zo spoedig mogelijk beëindigt. Dat wil zeggen dat Payward International het *affiliate* en *referral* programma van Kraken voor Nederlandse gebruikers opschort, dat zij de verwijzingen naar Nederland op haar website verwijdert en dat zij de dienstverlening aan de huidige klanten in Nederland zo snel mogelijk beëindigt.
4. Op 6 februari 2023 heeft Payward International gereageerd op de brief van DNB. Uit deze brief volgt dat het *affiliate* en *referral* programma van Kraken voor gebruikers uit Nederland per 10 februari 2023 wordt opgeschort. Ook zijn met ingang van 1 februari 2023 alle verwijzingen naar Nederland van de website van Kraken verwijderd. Payward International herhaalde het voornemen zich bij DNB te willen registreren.
5. Op 15 februari 2023 heeft op initiatief van Payward International een overleg tussen haar en DNB plaatsgevonden. Tijdens dit overleg heeft Payward International een toelichting gegeven op de activiteiten die zij onder de handelsnaam Kraken aanbiedt en zijn de contouren van een mogelijke registratie-aanvraag bij DNB besproken.
6. Op 19 april 2023 heeft DNB het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom bekendgemaakt aan Payward International (kenmerk: [VERTROUWELIJK]).
7. Op 19 mei 2023 heeft [VERTROUWELIJK] een registratie-aanvraag ingediend in de zin van artikel 23b en 23c van de Wwft.
8. Bij brief van 22 mei 2023 heeft Payward International haar schriftelijke zienswijze aan DNB kenbaar gemaakt. Op diezelfde dag heeft de mondelinge zienswijzezitting plaatsgevonden. Bij e-mail van 29 mei 2023 heeft Payward International haar schriftelijke zienswijze op de door DNB gevraagde punten nader aangevuld.
9. Op 14 juli 2023 heeft DNB het Primaire Besluit aan Payward International bekendgemaakt.
10. Op 4 augustus 2023 heeft Payward International pro forma bezwaar ingesteld tegen het Primaire Besluit. Bij brief van dezelfde datum heeft Payward

International ook een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend bij de rechtbank Rotterdam.

11. Bij e-mail van 9 augustus 2023 heeft DNB desgevraagd aan de voorzieningenrechter laten weten dat zij bereid is om de begunstigingstermijn van de last onder dwangsom op te schorten tot het moment dat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.
12. Bij brief van 16 augustus 2023 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en Payward International zes weken gegund, tot uiterlijk 26 september 2023, om de gronden van haar bezwaarschrift aan te vullen.
13. Op 23 augustus 2023 heeft de zitting bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam plaatsgevonden. Op 6 september 2023 heeft de voorzieningenrechter het verzoek om een voorlopige voorziening van Payward International afgewezen.¹
14. Bij e-mail en brief van 26 september 2023 heeft Payward International de gronden van het bezwaarschrift aangevuld. Bij brief van 29 september 2023 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB de ontvangst van het aanvullend bezwaarschrift bevestigd.
15. Bij e-mail van 5 oktober 2023 heeft DNB Payward International in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord als bedoeld in artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**). Bij e-mail van 12 oktober 2023 heeft Payward International DNB bericht dat zij een hoorzitting niet nodig acht.
16. Bij brief van 31 oktober 2023 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB, conform het bepaalde in artikel 7:10, derde lid, Awb, de beslissing op bezwaar verdaagd met zes weken.
17. Bij brief van 11 december 2023 (toegezonden per e-mail) heeft DNB Payward International ex artikel 5:16 Awb gevorderd binnen uiterlijk één week inlichtingen en bescheiden te verschaffen met betrekking tot, kort gezegd, het totaal aantal klanten in Nederland op 10 december 2023. Bij brief van 18 december 2023 heeft Payward International hierop gereageerd.
18. Bij e-mail van 18 december 2023 heeft DNB Payward International verzocht akkoord te gaan met uitstel van de beslissing op bezwaar met drie werkdagen, tot uiterlijk 22 december 2023. Bij e-mail van diezelfde datum is Payward International daarmee akkoord gegaan.

2. Het Primaire Besluit

19. Met het Primaire Besluit heeft DNB een last onder dwangsom opgelegd aan Payward International wegens overtredingen van artikel 23b, eerste en tweede lid en artikel 23c, derde lid van de Wwft.
20. De last onder dwangsom strekt ertoe dat Payward International de overtredingen beëindigt door haar cryptodiensten niet langer in of vanuit Nederland aan te bieden zonder de daarvoor vereiste registratie bij DNB, en de overtredingen ten aanzien van lopende overeenkomsten te beëindigen. Daarbij heeft DNB Payward International een begunstigingstermijn gegeven van acht weken, met ingang van de dag na bekendmaking van het Primaire Besluit, waarbinnen volledig aan de last moet worden voldaan.
21. Zoals de voorzieningenrechter heeft aangegeven in rechtsoverweging 7 van de uitspraak van 6 september 2023 is de begunstigingstermijn verlengd met vier weken (de periode vanaf de e-mail van 9 augustus 2023 tot de uitspraak

¹ Vzr. Rechtbank Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599.

van de voorzieningenrechter op 6 september 2023). De begunstigingstermijn liep derhalve tot en met 7 oktober 2023.

22. De hoogte van de dwangsom is vastgesteld op een bedrag van EUR 500.000 voor iedere week dat niet volledig aan de last is voldaan, met een maximum van EUR 4.000.000.

3. Gronden van bezwaar

23. Payward International heeft, samengevat weergegeven, de volgende bezwaargronden geformuleerd:
 - i. Payward International heeft haar cryptodienstverlening niet gericht tot de Nederlandse markt;
 - ii. De dienstverlening aan (i) bestaande klanten, (ii) klanten die op eigen initiatief diensten van Payward International zijn gaan afnemen en (iii) klanten waaraan zij diensten verleende vóór 21 mei 2020 mag Payward International hoe dan ook voortzetten;
 - iii. Het Primaire Besluit is niet evenredig, mede in het licht van (1) de handhavingsmaatregelen die DNB jegens andere cryptodienstverleners heeft getroffen, (2) de schade die Payward International en haar klanten zullen ondervinden als gevolg van het Primaire Besluit, en (3) de registratieaanvraag die door een aan Payward International gelieerde entiteit bij DNB is ingediend.

4. Heroverweging van het Primaire Besluit

24. DNB heeft het Primaire Besluit naar aanleiding van de bezwaren van Payward International op grond van artikel 7:11 Awb heroverwogen. DNB heeft beoordeeld of zij ten tijde van het Primaire Besluit op juiste gronden heeft besloten om de last onder dwangsom op te leggen. Daarnaast heeft DNB, voor zover relevant, feiten en omstandigheden die zich na het Primaire Besluit hebben voorgedaan betrokken bij de heroverweging.
25. In **Bijlage 1** is de wet- en regelgeving opgenomen die voor de beoordeling van het bezwaar tegen het Primaire Besluit met name van belang is.
26. DNB gaat vervolgens in paragraaf 4.1 tot en met 4.3 puntsgewijs in op de bezwaargronden van Payward International, waarbij voor wat betreft de volgorde in grote lijnen is aangesloten bij het Bezwaarschrift. In paragraaf 4.4 staat DNB kort stil bij de huidige stand van zaken.

4.1 Bezwaargrond i: gericht op de Nederlandse markt

27. Payward International stelt dat zij niet 'in of vanuit Nederland' cryptodiensten aanbiedt in de zin van artikel 23b, eerste en tweede lid Wwft, waardoor zij zich niet bij DNB hoeft te registreren. Er is slechts sprake van het in of vanuit Nederland aanbieden van cryptodiensten indien een cryptodienstverlener zich richt op de Nederlandse markt.
28. In dit kader stelt Payward International allereerst dat het enkele feit dat een cryptodienstverlener diensten verleent aan klanten in Nederland niet betekent dat zij in of vanuit Nederland cryptodiensten aanbiedt. Payward International stelt dat DNB met haar conclusie in randnummer 28 van het Primaire Besluit – dat Payward International gezien haar Nederlandse klantenbestand cryptodiensten in of vanuit Nederland aanbiedt – de wet interpreteert in strijd met hetgeen volgt uit de parlementaire geschiedenis. DNB miskent hiermee het internationale karakter van de cryptodienstverlening. DNB zou bovendien aan de hand van specifieke indicatoren moeten beoordelen of een cryptodienstverlener haar diensten in of vanuit Nederland aanbiedt.

29. Vervolgens bespreekt Payward International het *Pammer & Alpenhof*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (**HvJEU**) over de vraag wanneer een onderneming zich op de markt van een specifieke lidstaat richt. Dat de website van een onderneming raadpleegbaar is vanuit de betreffende lidstaat is daarvoor niet genoeg. Daarvoor zijn andere indicatoren van belang. Dat zijn indicatoren zoals: (1) het betalen van een zoekmachine (zoals [VERTROUWELIJK]) om reclames te tonen in specifieke lidstaten, (2) het laten zien van reviews van gebruikers van die lidstaat op de website van de onderneming, (3) het feit dat de website beschikbaar is in de taal van de lidstaat en (4) het feit dat kan worden betaald in de valuta van de lidstaat. Payward International geeft aan dat bij haar van al deze indicatoren geen sprake is.
30. Vervolgens gaat Payward International in op de specifieke indicatoren op basis waarvan DNB tot de conclusie is gekomen dat Payward International zich richt op de Nederlandse markt. In zijn algemeenheid stelt Payward International dat, nu deze indicatoren allemaal zien op promotie via het internet, er geen sprake van is dat zij zich op de Nederlandse markt richt. Payward International stelt namelijk dat volgens jurisprudentie van het HvJEU communicatie via het internet inherent een wereldwijd bereik heeft, waardoor niet altijd sprake is van de intentie zich op een specifieke lidstaat te richten.
- Kraken Affiliate- en Referral programma*
31. Payward International stelt over zowel het *Kraken Affiliate-* als het *Kraken Referral* programma dat het mondiale programma's betroffen die niet aangepast waren op specifieke jurisdicties. DNB's conclusie dat Payward International zich met deze programma's zou richten op de Nederlandse markt is in strijd met jurisprudentie van het HvJEU waaruit blijkt dat er duidelijke indicaties moeten zijn dat een onderneming zich richt op een specifieke lidstaat.
32. Dat Nederland niet expliciet uitgesloten was van deze programma's kan Payward International niet worden verweten. Dit zou te belastend zijn voor mondiaal opererende bedrijven. Van Payward International kan niet gevraagd worden haar cryptodiensten ontoegankelijk te maken voor Nederlandse cliënten. Dit zou ook in strijd zijn met de genoemde jurisprudentie van het HvJEU waaruit volgt dat adverteren via het internet (bijvoorbeeld via wereldwijde programma's) geen indicatie oplevert dat een onderneming de intentie heeft zich op een specifieke lidstaat te richten.
- Verwijzingen naar Nederland op de kraken.com website*
33. De Nederlandstalige informatie die op de kraken.com website (**de Website**) stond was enkel informatief en niet promotioneel van aard. Het ging om informatie over te gebruiken betaalmethoden, hetgeen te vergelijken is met contactinformatie. Het HvJEU heeft over dergelijke informatieve uitingen gesteld dat die geen indicatie vormen van het richten op de markt van de lidstaat. Nu het niet verboden is om een Nederlands klantenbestand te hebben zou Payward International dat klantenbestand ook moeten kunnen informeren. Bovendien was niet de gehele Website in het Nederlands.
- Kraken App*
34. Wegens de 'mondiale' relatie van Payward International met de [VERTROUWELIJK] en de [VERTROUWELIJK] (hierna gezamenlijk: [VERTROUWELIJK]) heeft zij de Kraken app automatisch ook in de Nederlandse versies van die [VERTROUWELIJK] aangeboden. Daar was voor het eerst sprake van op 30 oktober 2019, dus vóór de introductie van de registratieverplichting in Nederland.
35. Payward International meent dat het aanbieden van een app vergelijkbaar is met een website, waardoor het enkel aanbieden van een app niet kan worden geacht een indicatie te zijn van het zich richten op de Nederlandse markt.

Bovendien heeft Payward International de [VERTROUWELIJK] niet betaald om beter in de 'ranking' te komen in de Nederlandse versies van de [VERTROUWELIJK]. Verder zou het verwijderen van de Kraken App uit de [VERTROUWELIJK] betekenen dat Nederlandse gebruikers geen cruciale beveiligingsupdates noch 'bug fixes' meer ontvangen. DNB heeft onvoldoende gemotiveerd waarom deze veiligheidsfactoren niet relevant zouden zijn.

Reactie DNB

Algemene bezwaren

36. DNB overweegt allereerst dat de algemene bezwaren die door Payward International naar voren zijn gebracht en in deze beslissing op bezwaar zijn samengevat in randnummers 28 en 29 niet relevant zijn. DNB heeft het Primaire Besluit immers niet enkel gebaseerd op het feit dat Payward International een Nederlands klantenbestand heeft. DNB heeft aan de hand van vier specifieke indicatoren (het *Affiliate*- en *Referral* programma, de website en de Kraken app) gemotiveerd uiteengezet waaruit blijkt dat Payward International zich op de Nederlandse markt richt. Ook de algemene bespreking van het *Pammer & Alpenhof*-arrest van het HvJEU is niet relevant, omdat geen sprake is van een limitatieve lijst van indicatoren.² Dat bij Payward International geen sprake is van een van de indicatoren die door het HvJEU als voorbeeld worden genoemd, maakt dus niet dat zij zich niet op de Nederlandse markt richt. Payward International gaat hiermee voorbij aan het feit dat DNB andere indicatoren aan haar besluit ten grondslag heeft gelegd, waaruit duidelijk blijkt dat Payward International uitdrukking heeft gegeven van haar wil om betrekkingen aan te knopen met gebruikers in Nederland.

Specifieke indicatoren: promotie via het internet

37. In zijn algemeenheid stelt Payward International dat de vier indicatoren op basis waarvan DNB in het Primaire Besluit van mening is dat zij zich op de Nederlandse markt richt alle vier zien op communicatie via het internet. Zij stelt dat alleen al daaruit blijkt dat Payward International niet de intentie heeft gehad zich op de Nederlandse markt te richten. Zoals ook volgt uit het genoemde arrest van het HvJEU heeft dergelijke communicatie immers inherent een mondiaal bereik.
38. DNB overweegt hierover dat het HvJEU in het *Pammer & Alpenhof*-arrest³ inderdaad heeft overwogen dat louter het gebruik van een internetsite onvoldoende is om te concluderen dat een activiteit gericht is op een lidstaat.⁴ Los daarvan moet echter worden bepaald of er vóór de sluiting van de overeenkomst met de consument aanwijzingen waren dat de ondernemer van plan was om handel te drijven met consumenten die woonplaats hebben in de betreffende lidstaat, in die zin dat hij bereid was om met deze consumenten een overeenkomst te sluiten.⁵ Dat betekent dat de vier indicatoren op basis waarvan DNB in het Primaire Besluit concludeert dat Payward International zich richt op de Nederlandse markt wel degelijk beoordeeld dienen te worden naar deze maatstaf. Het enkele feit dat sprake is van communicatie via het internet doet daar niet aan af.

Specifieke indicatoren: Kraken Affiliate- en Referral programma

39. Payward International stelt dat zij zich met de *Affiliate*- en *Referral* programma's niet op de Nederlandse markt richt omdat de programma's mondiaal van aard zijn en niet zijn aangepast op specifieke jurisdicties, zoals de Nederlandse.
40. Payward International verwijst daarbij naar rechtsoverwegingen 92 en 93 van het *Pammer & Alpenhof*-arrest. Uit die rechtsoverwegingen volgt echter niet

² *Kamerstukken II*, 2018-19, 35 245, 3, p. 12-13; HvJEU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740, *NJ* 2011/164, r.o. 93.

³ HvJEU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740, *NJ* 2011/164.

⁴ HvJEU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740, *NJ* 2011/164, r.o. 72.

⁵ HvJEU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740, *NJ* 2011/164, r.o. 76.

dat indien online reclame of communicatie mondiaal van aard is daarmee geen sprake kan zijn van het zich richten op de markt van een specifieke lidstaat. Tot slot is de stelling dat het mondiale programma's zijn in ieder geval ten aanzien van het *Referral* programma feitelijk onjuist. In de voorwaarden is namelijk opgenomen dat dit programma zich op een beperkt aantal landen richt, waaronder Nederland.⁶

41. Bovendien zijn er wel degelijk specifieke aanwijzingen waaruit naar voren komt dat Payward International zich met het *Kraken Affiliate*- en *Referral* programma op de Nederlandse markt heeft gericht. DNB ligt dat hieronder toe aan de hand van de specificaties van beide programma's.

Kraken Affiliate programma (van 8 oktober 2019 tot 10 februari 2023 actief)

- *Affiliates* die een Nederlandse website hebben of op het Nederlandse grondgebied actief zijn, konden zich via een in de Nederlandse taal opgesteld formulier opgeven voor het programma;
- De invulvelden van het formulier waren toegespitst op Nederland (het land was ingesteld op Nederland en bij het telefoonnummer staat de Nederlandse vlag en het netnummer +31 vooraf ingevuld);
- In totaal hebben, blijkens de brief van Payward International van 24 november 2022 (als reactie op het informatieverzoek van DNB van 7 november 2022), [VERTROUWELIJK] *affiliates* aan het programma deelgenomen, die een website met Nederlandse domeinextensie hebben ingevuld of aangegeven hebben in Nederland actief te zijn;
- Op basis van eigen onderzoek heeft DNB in ieder geval 17 Nederlandstalige websites geïdentificeerd waarop, via een URL, verwezen wordt naar het Kraken-platform;
- Via de *affiliates* hebben zich in totaal [VERTROUWELIJK] nieuwe klanten in Nederland zich bij het Kraken-platform geregistreerd en hebben zij sinds oktober 2019 EUR [VERTROUWELIJK] aan transacties gegenereerd.

Kraken Referral programma (van 21 september 2022 tot 10 februari 2023 actief)

- Uit de voorwaarden van het programma blijkt dat het programma in een beperkt aantal landen beschikbaar is, waaronder Nederland;
 - Het programma staat alleen open voor nieuwe klanten die in hetzelfde land woonachtig zijn als de bestaande klant. Nederlandse gebruikers van het Kraken-platform komen uitsluitend voor een verwijzingsbonus in aanmerking als ze een nieuwe Nederlandse klant werven;
 - De nieuwe klant uit Nederland ontving dezelfde bonus als de reeds bestaande klant;
 - In totaal heeft het programma [VERTROUWELIJK] nieuwe klanten in Nederland opgeleverd die ten minste één transactie verricht hebben.
42. Uit deze aanwijzingen blijkt dat Payward International zich met deze programma's wel degelijk op de Nederlandse markt heeft gericht. Dit is ook bevestigd door de voorzieningenrechter in de uitspraak van 6 september 2023.⁷
43. Dat Payward International niet zou kunnen worden verweten dat zij Nederland niet expliciet heeft uitgesloten van de programma's bestrijdt DNB. Van het *Referral* programma is bekend dat het zich op een beperkt aantal landen heeft gericht, dus kon Nederland daarvan worden uitgesloten. Ook blijkt uit het feit dat Payward International beide programma's per 10 februari 2023 alleen in Nederland heeft stopgezet dat het feitelijk mogelijk is om Nederland daarvan uit te sluiten. Tot slot heeft Payward International op

⁶ Uit een screenshot van 14 november 2022 van de Website is opgenomen op de pagina 'Kraken Referral Program FAQ': "The Kraken Referral Program is available in the United States (excluding Washington and New York), Canada, United Kingdom, Australia and the European Union".

⁷ Vzv. Rechtbank Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 3.4.

geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat het uitsluiten van een land van de reikwijdte van deze programma's te belastend zou zijn. Ook ziet DNB niet in waarom het moeten uitsluiten van specifieke landen in strijd zou zijn met het hiervoor besproken *Pammer & Alpenhof*-arrest.

Specifieke indicatoren: verwijzingen naar Nederland op de Website

44. Payward International stelt dat de Nederlandstalige informatie die op de Website stond enkel informatief was en dus niet promotioneel van aard. Het ging om informatie over te gebruiken betaalmethoden, hetgeen te vergelijken is met contactinformatie. Het HvJEU heeft over dergelijke informatieve uitingen gesteld dat die geen indicatie vormen van de wil van een onderneming om zich te richten op de markt van een specifieke lidstaat. Nu het niet verboden is om een Nederlands klantenbestand te hebben, zou Payward International dat klantenbestand ook moeten kunnen informeren. Bovendien was niet de gehele Website in het Nederlands.
45. Ten eerste hecht DNB eraan te verduidelijken dat zij Payward International niet zozeer verwijt dat zij teksten in de Nederlandse taal op haar website heeft opgenomen (hetgeen Payward International kennelijk lijkt te begrijpen, gezien randnummer 3.18 van het aanvullend bezwaarschrift), maar dat zij informatie heeft opgenomen over hoe klanten in Nederland van haar diensten gebruik kunnen maken (in de Engelse taal).
46. De verwijzingen op de website van Payward International zagen kort gezegd op het volgende:
- Webpagina "Supported currencies and payment methods": Nederland is opgenomen in een lijst met landen waarbij is aangegeven welke valuta en betaalmethoden mogelijk zijn in Nederland;
 - Webpagina "Where can I use Kraken?": Nederland is opgenomen in een lijst met landen, waarbij is opgemerkt: "Kraken offers most services to our clients living in Netherlands [sic], with the following exception: Clients living in Netherlands [sic] cannot use Off-chain staking."
 - Webpagina "What funding method can I use?": een lijst met *funding* methodes, waaronder '[VERTROUWELIJK]', waarbij is opgenomen dat deze beschikbaar is voor cliënten met een rekening in Nederland;
 - Webpagina "How do I fund my Kraken account with EUR and GBP via [VERTROUWELIJK]?": meerdere verwijzingen naar Nederland.
47. Anders dan Payward International stelt is deze informatie niet vergelijkbaar met het enkel op de website opnemen van contactinformatie. De bewoordingen uit de hiervoor genoemde expliciete teksten op de website duiden op een uitdrukking van de wil van Payward International om haar diensten in Nederland aan te bieden. Ook in het *Pammer & Alpenhof*-arrest is door het HvJEU overwogen dat de vermelding dat een ondernemer zijn diensten of goederen aanbiedt in één of meerdere bij name genoemde lidstaten een duidelijke uitdrukking vormt van de wil van de ondernemer om consumenten in deze lidstaat als klanten te winnen.⁸ Ook anderszins gaat de informatie die is opgenomen op de website verder dan het enkel opnemen van contactinformatie. Volgens DNB is de uitleg over betaalmethoden en te gebruiken valuta veeleer te vergelijken met het bieden van een routebeschrijving van een specifieke lidstaat naar het land waar de dienstverlener is gevestigd. Dat is één van de indicaties uit het *Pammer & Alpenhof*-arrest waaruit kan blijken dat de wil van de onderneming is gericht op het verlenen van diensten in een specifieke lidstaat.⁹ In beide gevallen geeft de ondernemer de klant immers concrete en op de woonplaats van de klant toegespitste handvatten om de dienstverlening te kunnen gaan starten.

⁸ HvJEU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740, NJ 2011/164, r.o. 81.

⁹ HvJEU 7 december 2010, ECLI:EU:C:2010:740, NJ 2011/164, r.o. 83.

48. Ook de voorzieningenrechter is van oordeel dat met deze informatie expliciet op de Website werd vermeld dat zij haar diensten (met uitzondering van de dienst 'off-chain staking') aan consumenten in Nederland aanbiedt, waarbij deze consumenten zelfs reeds werden geïnformeerd over de wijze waarop zij in Nederland voor de diensten van Payward International kunnen betalen.¹⁰
- Specifieke indicatoren: Kraken-app in [VERTROUWELIJK]*
49. Wegens de mondiale relatie van Payward International met de [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft zij de Kraken-app als onderdeel van deze mondiale relatie automatisch ook in de Nederlandse versies van die [VERTROUWELIJK] aangeboden, daar heeft Payward International niet expliciet voor gekozen. Daar was voor het eerst sprake van op 30 oktober 2019, vóór de introductie van de registratieverplichting in Nederland.
50. DNB acht de stelling dat Payward International zij niet 'expliciet' zou hebben gekozen voor het beschikbaar maken van de Kraken-app in de Nederlandse versies van de [VERTROUWELIJK] niet relevant. Payward International had namelijk wél kunnen kiezen om de Kraken-app niet beschikbaar te maken in Nederland. Dit betwist zij ook niet. Alleen al daarom is een app niet te vergelijken met een website, die onafhankelijk van de wil van de beheerder door eenieder raadpleegbaar is. Dat een en ander mogelijk een onderdeel is van de contractuele relatie van Payward International met de [VERTROUWELIJK] komt voor rekening en risico van Payward International. DNB handhaaft haar standpunt dat uit het beschikbaar maken en houden van de Kraken-app in de [VERTROUWELIJK] de wil van Payward International blijkt om haar diensten in Nederland aan te bieden. Dat Payward International de [VERTROUWELIJK] niet heeft betaald om beter in de 'ranking' te komen in de Nederlandse [VERTROUWELIJK] doet daar niets aan af. Ook de voorzieningenrechter heeft dit standpunt bevestigd in haar oordeel.¹¹
51. Voorts voert Payward International aan dat het verwijderen van de Kraken App uit de [VERTROUWELIJK] betekent dat Nederlandse gebruikers geen cruciale beveiligingsupdates noch 'bug fixes' meer ontvangen. DNB heeft volgens Payward International onvoldoende gemotiveerd waarom deze veiligheidsfactoren niet relevant zijn.
52. Voor zover Payward International stelt dat er sprake is van een motiveringsgebrek in het Primaire Besluit volgt DNB dit niet. In randnummer 85 van het Primaire Besluit is door DNB al expliciet en uitgebreid ingegaan op de argumenten die Payward International in haar Bezwaarschrift nu opnieuw naar voren brengt. Kort gezegd is Payward International, zolang zij niet is geregistreerd, in het geheel niet gerechtigd om de Kraken-app via de [VERTROUWELIJK] aan te bieden en zich aldus op die wijze te richten op de Nederlandse markt. Als Payward International zich aan de wettelijke norm had gehouden dan hadden haar klanten niet via de [VERTROUWELIJK] over de Kraken-app kunnen beschikken. Voor zover dat voor klanten leidt tot het mislopen van 'bug fixes' merkte DNB in het Primaire Besluit al op dat dit voor risico komt van Payward International. Zij heeft deze situatie immers zelf gecreëerd door het actief aanbieden van de Kraken-app in Nederland. Ook de voorzieningenrechter oordeelt dat Payward International met deze argumenten eraan voorbij gaat dat het haar niet is toegestaan haar diensten in Nederland aan te bieden en dat zij er dan ook juist voor zou moeten zorgdragen dat haar app niet meer gebruikt kan worden door consumenten in Nederland.¹²

Tussenconclusie

¹⁰ V.zr. Rechtbank Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 3.4.

¹¹ V.zr. Rechtbank Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 3.4.

¹² V.zr. Rechtbank Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 3.4.

53. Op grond van het voorgaande concludeert DNB dat Payward International artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23c, derde lid, van de Wwft heeft overtreden door cryptodiensten in Nederland aan te bieden. Zij heeft in ieder geval op vier verschillende manieren haar wil tot uitdrukking gebracht commerciële relaties aan te bieden met klanten in Nederland, zoals bedoeld in het *Pammer & Alpenhof*-arrest van het HvJEU. Dat heeft zij gedaan door reclame te maken in Nederland via de *Affiliate*- en *Referral* programma's, door de verwijzingen naar Nederland op haar website en door het aanbieden van de Kraken app in de Nederlandse [VERTROUWELIJK].

4.2 Bezwaargrond ii: dienstverlening aan bepaalde groepen klanten mag hoe dan ook worden voortgezet

54. Ten eerste voert Payward International aan dat de registratieverplichting op 21 mei 2020 in werking is getreden. Tot die datum stond het partijen vrij om cryptodiensten aan te bieden in Nederland en ook om daarvoor in Nederland reclame te maken. Activiteiten die voor de datum van inwerkingtreding door Payward International in Nederland zijn ontplooid mogen dus ook geen rol spelen bij de beoordeling of de registratieplicht van toepassing is. Volgens Payward International brengt het voorgaande met zich dat het haar is toegestaan om de klanten in Nederland waar zij ten tijde van de inwerkingtreding van de registratieplicht al diensten aan verleende, te blijven bedienen. Verder volgt ook uit de parlementaire geschiedenis van de Implementatiewet waarmee het registratiegebod in de Wwft is geïmplementeerd¹³ en uit de AMLD5¹⁴ niet dat het Payward International niet zou zijn toegestaan de dienstverlening aan die klanten voort te zetten.
55. Ten tweede stelt Payward International dat DNB niet bevoegd is haar te gelasten te stoppen met het verlenen van cryptodiensten aan de klanten in Nederland die zij had ten tijde van het Primaire Besluit. In dat kader voert Payward International aan dat zij het *Kraken Affiliate* programma en het *Kraken Referral* programma op 10 februari 2023 beëindigd heeft en tevens op 1 februari 2023 alle verwijzingen naar Nederland op haar website heeft weggehaald. Daarmee zijn er volgens Payward International geen indicatoren (meer) dat zij nog cryptodiensten in Nederland verleent. Het feit dat haar app nog beschikbaar is in Nederland doet daar niet aan af, aangezien de beschikbaarheid van de app in de Nederlandse [VERTROUWELIJK] noodzakelijk is om kritische beveiligingsupdates uit te kunnen voeren.
56. Payward International voert ten derde aan dat zelfs al zou zij zich op de Nederlandse markt hebben gericht, dat nog niet wil zeggen dat daardoor overeenkomsten met klanten zijn aangegaan. Veel klanten zijn immers zoals gezegd bij Payward International terechtgekomen vóór inwerkingtreding van de registratieverplichting. Ook heeft zij veel nieuwe klanten gekregen door de natuurlijke groei van de cryptomarkt en de gevestigde reputatie van Kraken in de cryptomarkt. Deze klanten zijn op eigen initiatief klant geworden van Payward International, dus door middel van *reverse solicitation*, zonder dat zij specifieke handelingen heeft verricht om die klanten aan te trekken. Hoewel noch uit de parlementaire geschiedenis van de Implementatiewet noch uit de AMLD5 blijkt dat dienstverlening op basis van *reverse solicitation*

¹³ Wet van 22 april 2020 tot wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Wet toezicht trustkantoren 2018 in verband met de implementatie van richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU, *Stb.* 2020/146.

¹⁴ Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU.

is toegestaan, meent Payward International dat het *reverse solicitation*-principe analoog zou moeten worden toegepast. Volgens Payward International volgt dat uit het feit dat *reverse solicitation* in de totstandkomingsgeschiedenis van de Implementatiewet en in de tekst van de AMLD5 niet expliciet is uitgesloten. Ook het feit dat in MICAR, de verordening die in de toekomst gaat gelden voor cryptodienstverleners¹⁵, *reverse solicitation* niet expliciet wordt uitgesloten, vormt een aanwijzing dat *reverse solicitation* ook onder het huidige wettelijke regime is toegestaan.

57. Vanwege het voorgaande stelt Payward International dat zij de dienstverlening aan haar bestaande Nederlandse klanten mag voortzetten, en meer specifiek haar dienstverlening mag voortzetten aan: (i) Nederlandse klanten die op eigen initiatief diensten van Payward International zijn gaan afnemen en (ii) Nederlandse klanten waaraan zij diensten verleende vóór 21 mei 2020.

Reactie DNB

Klanten van voor de inwerkingtreding van de registratieplicht

58. Payward International voert aan dat de reikwijdte van de last zich niet kan uitstrekken tot klanten in Nederland die voorafgaand aan de inwerkingtreding van de registratieplicht op 21 mei 2020 klant zijn geworden van Payward International. Zij stelt dat zij haar dienstverlening aan deze groepen klanten moet kunnen voortzetten. DNB stelt vast dat Payward International niet betwist dat zij na invoering van de registratieplicht cryptodiensten is blijven aanbieden aan haar bestaande klanten in Nederland en dat ook nog deed ten tijde van het Primaire Besluit. Sinds de invoering van de registratieplicht mag een aanbieder echter noch starten met het aanbieden van cryptodiensten noch die diensten voortzetten, zonder bij DNB te zijn geregistreerd. In de totstandkomingsgeschiedenis van de Implementatiewet is immers expliciet opgemerkt dat cryptodienstverlening aan bestaande klanten in Nederland niet zonder registratie bij DNB kan worden voortgezet.¹⁶ Voor de registratieplicht bij de voortzetting van de dienstverlening in Nederland geldt dus, anders dan Payward International meent, geen uitzondering voor klanten in Nederland aan wie de aanbieder reeds cryptodiensten verleende bij invoering van die registratieplicht. Dat hangt samen met het feit dat de registratieplicht is ingegeven door het hoge risico dat bij deze diensten, gezien de anonimiteit daarvan, bestaat op witwassen of financieren van terrorisme.¹⁷

Reverse solicitation

59. Payward International stelt in het aanvullend bezwaarschrift, kort gezegd, dat zij in Nederland actief is op basis van *reverse solicitation* en dat DNB ten onrechte geen onderscheid maakt tussen diensten die op initiatief van de cryptodienstverlener zouden zijn geleverd en diensten die op het initiatief van de betreffende klanten zijn gefaciliteerd. Aangezien de dienstverlening van Payward International aan klanten in Nederland slechts op eigen initiatief van die klanten plaatsvindt, kan DNB in het Primaire Besluit Payward International niet gelasten de dienstverlening aan die klanten te staken.
60. DNB merkt allereerst op dat de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet heeft toegelicht onder welke omstandigheden sprake is van het aanbieden van diensten in Nederland. Om te beoordelen of sprake is

¹⁵ Verordening (EU) 2023/1114 van het Europees Parlement en de Raad van 31 mei 2023 betreffende cryptoactivamarkten en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 1095/2010 en Richtlijnen 2013/36/EU en (EU) 2019/1937.

¹⁶ Kamerstukken II 2018-19, 35245, nr. 3, p. 11.

¹⁷ Vزر. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 4.1.

van een aanbieder in een derde land of lidstaat die zich met zijn dienstverlening richt op de Nederlandse markt, verwijst de wetgever naar het hiervoor reeds besproken *Pammer & Alpenhof*-arrest van het HvJEU. Daaruit volgt dat het enkel aanbieden van de dienst niet voldoende is om onder het registratiegebod te vallen. Zoals in paragraaf 4.1 van deze beslissing uiteen is gezet, heeft Payward International echter op in ieder geval vier verschillende manieren haar wil tot uitdrukking gebracht om diensten te willen verlenen aan gebruikers in Nederland, zoals bedoeld in het *Pammer & Alpenhof*-arrest. Payward Internationaal heeft haar wil tot uitdrukking gebracht door het aanbieden van de *Affiliate* en *Referral* programma's in Nederland, de verwijzingen naar Nederland op haar website en door het beschikbaar stellen van haar app in de Nederlandse [VERTROUWELIJK]. Alleen al vanwege het voorgaande gaat de stelling dat klanten in Nederland van Payward International louter op eigen initiatief en zonder dat Payward International daar actief aan zou hebben bijgedragen klant zouden zijn geworden, niet op.

61. Voorts overweegt DNB hierover dat het principe van *reverse solicitation* onder meer is neergelegd in de Richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten (**MIFID II**).¹⁸ Uit artikel 42 van MIFID II volgt dat ingeval een in de EU gevestigde of gesitueerde klant uitsluitend op eigen initiatief de verlening van een beleggingsdienst of de verrichting van een beleggingsactiviteit door een onderneming uit een derde land initieert, het vergunningsvereiste uit hoofde van MIFID II niet van toepassing is op de verlening van die dienst of de verrichting van die activiteit door de onderneming uit het derde land voor die specifieke persoon.
62. In de parlementaire geschiedenis van de Implementatiewet zijn echter geen aanknopingspunten te vinden voor het van toepassing zijn van het *reverse solicitation*-principe op diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en het aanbieden van bewaarportemonnees. Datzelfde geldt voor de AMLD5, waaruit evenmin blijkt dat het *reverse solicitation*-principe van toepassing zou zijn op deze dienstverlening. Payward International heeft ook niet onderbouwd waaruit zou blijken dat dit principe naar analogie toepasbaar zou moeten zijn op het registratiegebod uit de Wwft. Het enkele feit dat in de totstandkomingsgeschiedenis van de Implementatiewet en in de AMLD5 de toepassing ervan niet expliciet is uitgesloten, maakt volgens DNB nog niet dat daarmee dit principe wel van toepassing moet worden verklaard. Ook de verwijzing naar MICAR kan Payward International niet baten, vanwege het gegeven dat MICAR nog niet van toepassing is. Bovendien ziet MICAR niet op het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme, maar op consumentenbescherming en marktmisbruik.
63. Voorts overweegt DNB dat het naar analogie van toepassing verklaren van het *reverse solicitation*-principe in strijd zou zijn met de doelstellingen van de Wwft en het registratiegebod voor de aanbieders van cryptodiensten. Door het *reverse solicitation*-principe van toepassing te verklaren op de Wwft, zouden aanbieders van cryptodiensten mogelijk ongewenst niet onder het regulatoire kader van de Wwft en daarmee het toezicht van DNB vallen, terwijl de wetgever juist heeft beoogd om het gemakkelijk te maken om toezicht te houden op deze aanbieders in verband met de risico's op witwassen bij cryptodiensten.

¹⁸ Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU.

64. Hoewel DNB primair van oordeel is dat het *reverse solicitation*-principe niet van toepassing is op het registratiegebod uit de Wwft, stelt DNB vast dat zelfs als dit principe wel van toepassing zou zijn, Payward International geen beroep zou kunnen doen op dit principe. Wanneer een dienstverlener zich wil beroepen op het *reverse solicitation*-principe, mag de dienstverlener in kwestie namelijk geen marketing- of promotionele activiteiten ten aanzien van klanten in Nederland ontplooiën. In een van de overwegingen van MIFID II is daarover het volgende opgenomen:

*'Indien een onderneming van een derde land diensten aan cliënten of potentiële cliënten in de Unie aanbiedt, dan wel beleggingsdiensten of -activiteiten samen met nevendiensten in de Unie promoot of daarvoor reclame maakt, dan dienen deze diensten niet te worden aangemerkt als diensten die uitsluitend op eigen initiatief van de cliënt worden verleend.'*¹⁹

65. Zoals hiervoor uiteengezet, heeft Payward International wel degelijk haar diensten aan cliënten in Nederland aangeboden. Zij heeft immers op haar website verwezen naar Nederland en haar app aangeboden in de Nederlandse Stores. Daarnaast heeft Payward International door middel van de *Affiliate* en *Referral* programma's haar diensten in Nederland gepromoot en/of daarvoor reclame gemaakt. Zodra daarvan sprake is kan de dienstverlening aan klanten in Nederland niet worden aangemerkt als diensten die uitsluitend op eigen initiatief van de klant worden verleend en kan Payward International geen beroep meer doen op het *reverse solicitation*-principe. Het is daarbij niet van belang of een specifieke, individuele Nederlandse klant op eigen initiatief klant is geworden van Payward International of niet. Zodra een dienstverlener zich door middel van reclame of promotie tot Nederland richt of heeft gericht, kan zij zich voor geen enkele Nederlandse klant meer beroepen op het *reverse solicitation*-principe. Dat geldt dus ook ten aanzien van (1) klanten in Nederland die bij Payward International al voor inwerkingtreding van het registratievereiste diensten afnamen en (2) voor klanten in Nederland die na het stopzetten van de promotie- of reclameactiviteiten klant zijn geworden. Mocht het *reverse solicitation*-principe al van toepassing zijn, wat DNB betwist, dan stelt DNB op basis van het voorgaande vast dat Payward International zich niet kan beroepen op dit principe als rechtvaardiging voor het continueren van haar dienstverlening aan bepaalde groepen van haar Nederlandse klantenbestand.

Bevoegdheid DNB om beëindiging klantrelaties te gelasten

66. Voort wat betreft de stelling dat bepaalde klanten in Nederland bij Payward International slechts klant zijn geworden vanwege de groei van de cryptomarkt en de gevestigde reputatie van Kraken in die markt merkt DNB op dat bij het vaststellen of een cryptodienstverlener zich richt op de Nederlandse markt, niet relevant is of en in welke mate dat daadwerkelijk leidt tot een toename van het aantal nieuwe klanten. Zoals hiervoor reeds is toegelicht, dient ter toetsing aan het bestanddeel 'in of vanuit Nederland' te worden beoordeeld of de cryptodienstverlener zijn wil tot uitdrukking heeft gebracht om commerciële betrekkingen aan te knopen met consumenten in Nederland.²⁰ Zoals hiervoor eveneens uitvoerig toegelicht, is dat ten aanzien van Payward International het geval.
67. Voorts merkt DNB op dat indien een aanbieder van cryptodiensten zich richt op de Nederlandse markt en deze diensten dus in Nederland aanbiedt, het voor de registratieplicht niet van belang is op welke wijze of op welk moment

¹⁹ MIFID II, overweging 111 en artikel 42; artikel 19 onder c Wet op het financieel toezicht.

²⁰ Kamerstukken II 2018-19, 35245, nr. 3, p. 12-13.

de klanten uit Nederland bij de aanbieder terecht zijn gekomen en deze diensten zijn gaan afnemen.²¹ Dat brengt met zich dat, anders dan Payward International lijkt te stellen, niet relevant is wat het verloop van het aantal klanten in Nederland heeft veroorzaakt.

68. Verder is ook niet relevant dat Payward International voorafgaand aan het Primaire Besluit de *Affiliate*- en *Referral* programma's heeft stopgezet en de verwijzingen naar Nederland van haar Website heeft gehaald. Nog daargelaten dat Payward International nog steeds de Kraken App in de Nederlandse [VERTROUWELIJK] aanbiedt en zo nog altijd haar wil tot uitdrukking brengt om commerciële relaties met klanten in Nederland aan te knopen, verdraagt het voortzetten van de dienstverlening aan bestaande klanten in Nederland zich ook niet met de doelstellingen van de Wwft. Ook na het klantacceptatieproces blijft het risico immers bestaan dat de dienstverlening van Payward International wordt gebruikt voor witwassen of het financieren van terrorisme. Tot slot zou het integriteitstoezicht van DNB ernstig ondermijnd worden als dienstverlening aan klanten in Nederland door cryptodienstverleners zonder registratie van DNB zou mogen worden voortgezet, terwijl het aantrekken of accepteren van diezelfde klanten gebeurd is in strijd met de bepalingen uit de Wwft.
69. In dit kader heeft ook de voorzieningenrechter geoordeeld dat geen uitzondering geldt voor klanten aan wie Payward International reeds cryptodiensten verleent, ook niet voor een deel van deze klanten. Volgens de voorzieningenrechter spreekt dat voor zich aangezien de registratieplicht is ingegeven door het hoge risico dat bij cryptodiensten, gezien de anonimiteit ervan, bestaat op witwassen of financieren van terrorisme.²²

Tussenconclusie

70. DNB is na heroverweging, op grond van al hetgeen hiervoor is besproken van oordeel dat de overtredingen van artikel 23b, eerste en tweede lid, en 23c, derde lid, van de Wwft niet zijn beëindigd door het enkel stopzetten van het *Affiliate* en *Referral* programma en het verwijderen van de verwijzingen naar Nederland op haar website. DNB is tevens van oordeel dat de overtredingen pas worden beëindigd als Payward International de dienstverlening aan al haar bestaande klanten in Nederland per direct stopt. Dat geldt dus ook voor klanten waar zij al diensten aan verleende vóór 21 mei 2020 en klanten die beweerdelijk op eigen initiatief klant van Payward International zouden zijn geworden.

4.3 Bezwaargrond iii: het Primaire Besluit is niet evenredig

71. Payward International voert aan dat het Primaire Besluit vergaande en onomkeerbare gevolgen heeft die niet in een redelijke verhouding staan tot de door het Primaire Besluit te dienen doelen. Volgens Payward International is het Primaire Besluit niet evenredig in het licht van (1) de schade die Payward International en haar klanten zullen ondervinden als gevolg van het Primaire Besluit, (2) de negatieve mededingingsrechtelijke gevolgen van het Primaire Besluit, (3) de registratieaanvraag die reeds door een aan Payward International gelieerde entiteit is ingediend, en (4) de handhavingsmaatregelen die DNB jegens andere cryptodienstverleners heeft getroffen.
72. Payward International stelt dat zij als gevolg van het Primaire Besluit de toegang van Nederlandse klanten tot haar platform zal moeten stopzetten.

²¹ Vzr. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 4.1.

²² Vzr. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 4.1.

Dat zal ertoe leiden dat de Nederlandse klanten geen toegang meer hebben tot hun tegoeden of hun tegoeden binnen een kort tijdsbestek zullen moeten liquideren met mogelijke financiële schade tot gevolg. Volgens Payward International is het niet aannemelijk dat klanten zouden willen dat hun accounts bij Kraken worden stopgezet, ook als ze weten dat Kraken in Nederland zonder registratie actief is. Deze klanten zullen volgens Payward International hun crypto-tegoeden bij een andere cryptodienstverlener moeten onderbrengen, terwijl zij er de voorkeur aan geven hun Kraken-account te behouden. Voorts stelt Payward International dat haar Nederlandse klanten zullen worden blootgesteld aan een risicovollere markt wanneer zij de accounts van haar Nederlandse klanten moet stopzetten. Payward International investeert namelijk veel meer dan andere cryptodienstverlener in informatiebeveiliging, heeft geen blootstelling aan risicovolle partijen zoals [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] en doet zogenaamde *proof of reserve audits* ten aanzien van cliëntgelden. Door het beëindigen van de dienstverlening zullen Nederlandse klanten geen toegang meer hebben tot een van de meest veilige cryptoplatforms, terwijl andere in Nederland actieve partijen kwetsbaar zijn voor hacks en de cliëntgelden daar niet voldoende beschermd zijn.

73. Beëindiging van cryptodienstverlening door Payward International is bovendien schadelijk voor klanten omdat het onwenselijk is vanuit een mededingingsrechtelijk perspectief. Niet alleen verdwijnt daarmee een speler van de Nederlandse markt, de kans dat klanten terugkeren naar Payward International of [VERTROUWELIJK] na verkrijging van een registratie is klein waardoor hun concurrentiepositie verslechterd tegenover andere cryptodienstverleners. Een en ander zou tot het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt (**ACM**) kunnen leiden dat de overdracht van klanten naar een andere cryptodienstverlener in strijd is met het mededingingsrecht.
74. Dit is des te kwalijker omdat er een alternatief is: registratie van [VERTROUWELIJK] en overdracht van de portefeuille van Payward International aan [VERTROUWELIJK]. Nu Payward International zelf een goed Wwft-beleid heeft, is er in de tussentijd weinig risico. Dat [VERTROUWELIJK] heeft gewacht met het indienen van een registratie is logisch omdat Payward International meent dat zij zich niet richt op de Nederlandse markt. Dat [VERTROUWELIJK] niet Payward International is en daarmee geen zicht zou bestaan op legalisatie bestrijdt Payward International. Payward International kan zelf geen registratie verkrijgen omdat zij niet in Europa gevestigd is, en nu [VERTROUWELIJK] overduidelijk een gelieerde partij is en overdracht naar [VERTROUWELIJK] zeer soepel zal zijn, is er met aanvraag van [VERTROUWELIJK] wel degelijk sprake van zicht op legalisatie.
75. Tot slot is het Primaire Besluit onevenredig in het licht van andere handhavingsbesluiten van DNB, aangezien andere cryptodienstverleners ([VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]) hun cliënten hebben kunnen blijven bedienen terwijl zij geen registratie hadden. Nu ook in die gevallen sprake was van grote mondiale cryptodienstverleners, die alle drie een registratie hebben ingediend bij DNB, is sprake van gelijke gevallen. Aangezien deze partijen een boete hebben gekregen en geen last onder dwangsom is sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Reactie DNB

76. *Schade voor de klanten van Payward International en mededingingsbelangen* DNB stelt voorop dat de toets aan het evenredigheidsbeginsel uit artikel 3:4, tweede lid, Awb wordt ingekaderd door het specialiteitsbeginsel uit het eerste lid van diezelfde bepaling. Op grond van artikel 3:4, eerste lid Awb weegt een bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Uit jurisprudentie, zoals de zogenaamde Sinterklaas-uitspraak, blijkt dat een bestuursorgaan slechts de

belangen waarvoor de desbetreffende regeling in het leven is geroepen bij zijn afweging mag betrekken.²³

77. Het onderhavige relevante wettelijk kader is de Wwft en die heeft als doel te voorkomen dat het financiële stelsel wordt gebruikt voor witwassen of het financieren van terrorisme. In de Wwft is een registratieplicht voor cryptodienstverleners opgenomen (artikel 23b Wwft). Een cryptodienstverlener kan alleen diensten verlenen indien hij geregistreerd is (artikel 23c, derde lid Wwft). Bij een registratieaanvraag moet informatie worden geleverd van feitelijke aard of informatie die verband houdt met naleving van voorschriften op grond van de Wwft of de Sanctiewet 1977 (artikel 23c, eerste lid sub a en b Wwft). Op grond van artikel 29, aanhef en onder a Wwft is DNB bevoegd om een last onder dwangsom op te leggen ter zake van overtreding van artikelen 23b en 23c, eerste en derde lid Wwft. Uit de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet blijkt dat DNB toezicht houdt op de integriteit van de cryptodienstverleners. Er is door de wetgever expliciet afgezien van een vergunningsstelsel omdat het toezicht op cryptodienstverleners zich enkel uitstrekt tot integriteitstoezicht en geen normen bevat die kenmerkend zijn voor de Wft, zoals prudentiële vereisten en normen met betrekking tot gedrag en/of consumentenbescherming.²⁴
78. Hieruit volgt dat verschillende door Payward International naar voren gebrachte belangen niet bij de belangenafweging ten aanzien van het Primaire Besluit betrokken hadden kunnen worden, en dus evenmin bij de heroverweging kunnen worden betrokken.
79. De omstandigheden dat klanten in Nederland mogelijk financiële schade zullen lijden, zij niet zouden willen dat hun account bij Payward International wordt stopgezet en zij daarmee gedwongen worden te kiezen voor 'risicovollere' alternatieven, kunnen niet bij belangenafweging over de last onder dwangsom worden betrokken. Als gezegd zien artikel 23b Wwft en artikel 23c Wwft namelijk op de *integriteit* van cryptodienstverleners. Consumentenbescherming is, blijkens de Memorie van Toelichting, expliciet daarvan uitgezonderd. Uit de aard van de Wwft volgt derhalve dat voornoemde belangen niet meegewogen kunnen worden.
80. Hetzelfde geldt voor de door Payward International genoemde mededingingsbelangen. Ook deze belangen worden niet bestreken door de Wwft. Payward International onderkent dit zelf ook door te wijzen op de ACM, een andere toezichthouder die opereert onder een ander wettelijk kader. Voor het overige volstaat DNB ten aanzien van dit punt met een verwijzing naar randnummer 96 van het Primaire Besluit, waarin DNB reeds is ingegaan op deze stelling van Payward International.

Evenredigheid van het Primaire Besluit in relatie tot de registratieaanvraag van [VERTROUWELIJK]

81. Payward International heeft in het kader van de evenredigheid voornamelijk gewezen op de lopende registratieaanvraag van de aan haar gelieerde entiteit [VERTROUWELIJK]. Zoals in het Primaire Besluit vat DNB dit standpunt op als een betoog dat sprake is van concreet zicht op legalisatie.
82. Zoals hiervoor reeds uitvoerig is toegelicht, is Payward International in overtreding van artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23, derde lid, Wwft. Op grond van vaste jurisprudentie geldt dat, gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik zal moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te

²³ ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, r.o. 6.1.

²⁴ Kamerstukken II 2018-19, 35 245, 3, p. 27.

doen. Dit kan zich voordoen indien er concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.²⁵

83. DNB was op grond van de Wwft bevoegd om Payward International een last onder dwangsom op te leggen, vanwege de door haar geconstateerde overtredingen van de Wwft. Voorts rustte op DNB een beginselplicht om over te gaan tot handhaving, gelet op de zojuist gememoreerde vaste lijn in de jurisprudentie. Voorts is DNB, anders dan Payward International stelt, ook na heroverweging van oordeel dat er geen bijzondere omstandigheden waren op grond waarvan van handhaving had moeten worden afgezien. DNB licht dat hieronder nader toe.

Concreet zicht op legalisatie

84. Op grond van de hiervoor genoemde vaste lijn in de jurisprudentie kan van DNB worden gevergd om af te zien van handhaving, als sprake is van concreet zicht op legalisatie. Daar was ten tijde van het Primaire Besluit geen sprake van. DNB wijst er in dit verband op dat [VERTROUWELIJK] op 19 mei 2023 een registratieaanvraag bij DNB heeft ingediend. Ten tijde van het Primaire Besluit heeft Payward International niet aan DNB kenbaar gemaakt de klanten in Nederland over te zullen dragen aan [VERTROUWELIJK], laat staan dat er sprake was van een concreet overdrachtsplan. Payward International heeft pas later, tijdens de zitting in het kader van de voorlopige voorziening en in haar Bezwaarschrift, aangegeven voornemens te zijn de klanten van Payward International over te dragen aan [VERTROUWELIJK]. Ook toen kon zij overigens desgevraagd niet aangeven wat hiervoor een realistische tijdlijn zou zijn.²⁶
85. Hoe dan ook leidt, anders dan Payward International stelt, de voorgenomen overdracht van haar klanten in Nederland aan [VERTROUWELIJK] niet tot de conclusie dat hierdoor sprake was van een situatie waarin er concreet zicht op legalisatie bestond. Het overdragen van de klanten in Nederland van Payward International aan [VERTROUWELIJK], zodra [VERTROUWELIJK] over een registratie beschikt, is namelijk geen legalisatie van haar overtreding, maar een beëindiging van haar feitelijke gedraging die de overtreding oplevert. Het door [VERTROUWELIJK] ingediende registratieverzoek leverde dus geen concreet zicht op legalisatie op van de overtreding door Payward International, in die zin dat Payward International alsnog cryptodiensten in Nederland zou mogen aanbieden. Ook anderszins kan geen sprake zijn van concreet zicht op legalisatie omdat Payward International is gevestigd op de Britse Maagdeneilanden en op grond van artikel 23g, eerste en tweede lid Wwft een algeheel verbod geldt om vanuit derde landen cryptodiensten te verlenen. Ook is gesteld noch gebleken dat de Britse Maagdeneilanden zijn aangewezen als derde land als bedoeld in artikel 23g, derde lid Wwft, waardoor geen sprake is van een uitzondering. Payward International kan zich dus niet registreren bij DNB. Voorts heeft ook de voorzieningenrechter overwogen dat met de registratieaanvraag van [VERTROUWELIJK] geen concreet zicht bestaat op legalisatie van de overtreding.²⁷
86. De situatie ten tijde van de heroverweging is niet veranderd. De Britse Maagdeneilanden zijn niet aangewezen als derde land. Daardoor heeft Payward International nog steeds niet de mogelijkheid om zich bij DNB te registreren. De registratieaanvraag van [VERTROUWELIJK] loopt weliswaar nog, maar zoals hiervoor aangegeven is er met deze registratieaanvraag geen concreet zicht op legalisatie ten aanzien van de overtreding van Payward International.

²⁵ Zie daartoe onder meer: ABRvS 22 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:736, r.o. 6.

²⁶ Vzr. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 5.4.

²⁷ Vzr. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 5.2.

Evenredigheid

87. Los van het voorgaande heeft DNB een beoordeling van de evenredigheid van het Primaire Besluit gemaakt. DNB heeft beoordeeld of de aan Payward International opgelegde last onevenredig was in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, zodat daarvan in deze concrete situatie had moeten worden afgezien. Daartoe heeft DNB, in reactie op de stellingen van Payward International en in navolging van de zogenaamde *Harderwijk-uitspraak*²⁸, beoordeeld of de opgelegde last geschikt, noodzakelijk en evenwichtig was. Hierbij is naar het oordeel van DNB het volgende van belang.
88. In voorgaande paragrafen is reeds uiteengezet dat Payward International ten tijde van het Primaire Besluit cryptodiensten in Nederland aanbood, zonder als zodanig geregistreerd te zijn bij DNB. Zij was (en is) zodoende in overtreding van artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23c, derde lid, Wwft. Nu een last onder dwangsom een bevel inhoudt tot het herstel van de geconstateerde overtreding en de door DNB opgelegde last ertoe strekt dat Payward International voornoemde overtredingen volledig beëindigt, is de last naar het oordeel van DNB een geschikt middel om het gewenste doel – te weten: herstel van de overtreding en normconform gedrag – te bereiken. In haar Bezwaarschrift betwist Payward International niet dat het Primaire Besluit een geschikt middel is.
89. De noodzakelijkheidstoets vereist dat niet kan worden volstaan met een minder ingrijpend middel dan de gekozen sanctie om het legitieme doel te bereiken. Of een minder ingrijpend middel aangewezen is, hangt met name af van de ernst en omvang van de overtreding en de betrokkenheid van het algemeen belang en belangen van derden. Zoals uitgebreid gemotiveerd in het Primaire Besluit²⁹ is sprake van een langdurige overtreding (vanaf 21 mei 2020 tot op heden), waarbij Payward International zich onttrekt aan het toezicht van DNB terwijl zij een verhoogd risico loopt dat haar dienstverlening wordt gebruikt voor het witwassen van geld en het financieren van terrorisme. Omdat Payward International niet de noodzakelijke stappen heeft gezet om de overtreding te beëindigen, was het opleggen van een last onder dwangsom om normconform gedrag af te dwingen noodzakelijk. Payward International heeft niet gemotiveerd betwist dat het niet noodzakelijk was om haar een last onder dwangsom op te leggen.
90. Voorts heeft DNB in het kader van de heroverweging beoordeeld of de opgelegde last evenwichtig was, in die zin dat het opleggen van de last, gelet op de specifieke omstandigheden ten tijde van het Primaire Besluit, onredelijk bezwarend was voor Payward International. Daarbij heeft DNB meegewogen dat het Primaire Besluit in beginsel gepubliceerd zal moeten worden en dat het een antecedent oplevert voor de beleidsbepalers van Payward International. DNB heeft in het Primaire Besluit echter geoordeeld dat het grote belang dat door de wetgever wordt toegekend aan de registratieplicht (en daarmee het belang van het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme) zwaarder weegt dan de belangen van Payward International met betrekking tot de hiervoor genoemde publicatie en antecedenten.³⁰ DNB komt na heroverweging niet tot een ander oordeel en wijst er ten overvloede op dat ook de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het belang van handhaving door DNB in dezen zwaarder weegt dan de eventuele negatieve gevolgen van Payward International en haar klanten.³¹

Gelijkheidsbeginsel

91. Tot slot stelt Payward International dat het besluit onevenredig is met het oog op handhavingsmaatregelen die zijn genomen jegens vergelijkbare partijen. DNB vat dit op als een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Payward

²⁸ Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

²⁹ Randnummers 58-61 van het Primaire Besluit.

³⁰ Randnummer 61 Primaire Besluit.

³¹ V.zr. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 5.4-5.5.

International stelt zich op het standpunt dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, nu andere cryptodienstverleners ([VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]) hun cliënten hebben kunnen blijven bedienen terwijl zij geen registratie hadden. Nu ook in die gevallen sprake was van grote mondiale cryptodienstverleners, die alle drie een registratie hebben ingediend bij DNB, is sprake van gelijke gevallen. Aangezien zij een boete hebben gekregen en geen last onder dwangsom is sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

92. DNB meent dat geen sprake is van vergelijkbare gevallen. Zo heeft [VERTROUWELIJK] zich al op 24 september 2020, dus relatief kort na de invoering van de registratieverplichting, bij DNB gemeld en steeds de intentie gehad zich te registreren. [VERTROUWELIJK] is sinds 21 september 2022 daadwerkelijk geregistreerd. Ook [VERTROUWELIJK] heeft een registratieaanvraag ingediend en heeft bovendien in 16 juni 2023 aan DNB te kennen gegeven dat zij haar dienstverlening aan in Nederland gevestigde klanten heeft gestopt. Daarnaast gaat het gelijkheidsbeginsel in handhavingszaken, zoals ook de voorzieningenrechter heeft overwogen, niet zo ver dat DNB haar bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom onrechtmatig heeft uitgeoefend alleen omdat aan een andere overtreder geen last onder dwangsom maar een bestuurlijke boete is opgelegd.³² In beide gevallen is tegen de overtreder handhavend opgetreden. Verder merkt DNB nog op dat zij vanwege haar strikte geheimhoudingsplicht slechts beperkt inzicht kan geven in de wijze waarop zij in andere gevallen optreedt of heeft opgetreden.

Tussenconclusie

93. DNB concludeert dat er ten tijde van het Primaire Besluit, noch ten tijde van de heroverweging, sprake is (geweest) van concreet zicht op legalisatie van de overtreding door Payward International. DNB had derhalve niet om die reden hoeven af te zien van het opleggen van de last onder dwangsom. Ook de door Payward International gestelde negatieve gevolgen voor haarzelf, haar klanten in Nederland of voor de mededinging in het algemeen leiden niet tot een ander oordeel. Voorts is geen sprake van een schending van het evenredigheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel.

4.4 Huidige stand van zaken

94. DNB stelt naar aanleiding van de door Payward International op 18 december 2023 overlegde informatie vast dat Payward International nog altijd een groot aantal klanten in Nederland bedient. Bovendien is de Kraken-*app* nog altijd beschikbaar in de Nederlandse [VERTROUWELIJK], waardoor – zoals hiervoor in paragraaf 4.1 uiteen is gezet – Payward International nog steeds haar wil tot uitdrukking brengt commerciële relaties aan te gaan met klanten in Nederland. Daarmee is sprake van een overtreding van artikel 23b, eerste en tweede lid, en artikel 23c, derde lid, Wwft, die nog steeds voortduurt.
95. Met betrekking tot de door [VERTROUWELIJK] ingediende registratieaanvraag overweegt DNB dat de bestuurderstoetsingen op dit moment nog plaats moeten vinden. Er is vertraging opgetreden door een wijziging van het bestuur van [VERTROUWELIJK] gedurende de registratieaanvraag. Nu de bestuurderstoetsingen nog moeten plaatsvinden en op de uitkomst ervan nog niet kan worden vooruitgelopen, is het verkrijgen van een registratie door [VERTROUWELIJK] niet op korte termijn te verwachten. Het beëindigen van de overtredingen door overdracht van de klanten in Nederland aan [VERTROUWELIJK] is daarmee nog altijd slechts een hypothetisch scenario dat door Payward International naar het oordeel van DNB niet kan worden afgewacht. Zij dient op zo kort mogelijke termijn de overtredingen van de Wwft alsnog te beëindigen door (1) ofwel over te gaan tot het beëindigen van

³² Vzr. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9599, r.o. 6.1-6.3.

de klantrelaties, (2) ofwel het overdragen van het klantenbestand in Nederland aan een partij die wel een registratie heeft.

96. Vanwege het voorgaande beraadt DNB zich momenteel op de inzet van aanvullende handhavingsmaatregelen, met inbegrip van punitieve maatregelen.

5. Beslissing op bezwaar

97. DNB verklaart het bezwaar **ongegrond** en handhaaft het Primaire Besluit, onder aanvulling van de motivering zoals opgenomen in dit besluit.

6. Proceskostenvergoeding

98. Payward International heeft op grond van artikel 7:15 Awb verzocht om vergoeding van de gemaakte rechtsbijstandskosten. Nu het Primaire Besluit niet wordt herroepen vanwege een aan DNB te wijten onrechtmatigheid, wijst DNB dit verzoek af.

7. Beroep

99. Tegen deze beslissing op bezwaar kan een belanghebbende, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit, beroep instellen bij:

Rechtbank Rotterdam
Afdeling Publiek
Team 2 Bestuursrecht
Postbus 50951
3007 BM ROTTERDAM

100. Er kan ook digitaal beroep worden ingesteld bij genoemde rechtbank. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Meer informatie over het instellen van digitaal beroep is beschikbaar via <https://mijn.rechtspraak.nl>.

Hoogachtend,
De Nederlandsche Bank N.V.

Bijlage:

1. Wettelijk kader

Bijlage 1: Wettelijk kader

Artikel 23b van de Wwft:

1. Een ieder die in of vanuit Nederland beroeps- of bedrijfsmatig diensten aanbiedt voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta registreert zich bij de Nederlandsche Bank.
2. Een ieder die in of vanuit Nederland beroeps- of bedrijfsmatig bewaarportemonnees aanbiedt registreert zich bij de Nederlandsche Bank.

Artikel 23c van de Wwft:

1. Een verzoek tot registratie als bedoeld in artikel 23b geschiedt onder opgave van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens. Deze gegevens kunnen betrekking hebben op:
 - a. gegevens van feitelijke aard;
 - b. gegevens die verband houden met de naleving van voorschriften op grond van deze wet of de Sanctiewet 1977.
2. De Nederlandsche Bank registreert een aanbieder als bedoeld in artikel 23b binnen twee maanden na ontvangst van de in het eerste lid bedoelde gegevens.
3. Een aanbieder als bedoeld in artikel 23b kan enkel diensten als bedoeld in dit hoofdstuk aanbieden indien hij geregistreerd is.