



**ADVIES Nr 47 / 2006 van 20 december 2006**

O. Ref. : SA2 / A / 2006 / 045

**BETREFT : Advies betreffende de voorbereiding van een overeenkomst met betrekking tot de doorgifte van persoonsgegevens door SWIFT aan de US Department of the Treasury (UST).**

---

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;

Gelet op de Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens ("Richtlijn 95/46/EG");

Gelet op de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens ("Privacywet"), inzonderheid op artikel 29 § 1;

Gelet op het advies van de Commissie nr. 37/2006 van 27 september 2006 betreffende de doorgifte van persoonsgegevens door de CVBA SWIFT ingevolge de dwangbevelen van de UST ("SWIFT advies")

Gelet op het advies nr. 10/2006 van 22 november 2006 (WP 128) van de Groep 29 betreffende verwerking van persoonsgegevens door SWIFT<sup>1</sup>;

Gelet op de adviesaanvraag van de Heer eerste minister van 31 oktober 2006, ontvangen op 3 november 2006;

Gelet op het verslag van de Heer De Schutter;

Brengt op 20 december 2006 volgend advies uit:

---

<sup>1</sup> zoals gepubliceerd op [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006_en.htm)

## **A. INLEIDING**

Ingevolge het SWIFT advies nr. 37/2006 van 27 september 2006 besliste de Belgische Regering initiatieven te overwegen – in een zo ruim mogelijk overleg met de VS- teneinde oplossingen te vinden voor het gebrek aan equivalent beschermingsniveau tussen de rechtsstelsels van de EU en de VS voor de bescherming van persoonsgegevens.

Teneinde een vergelijk met de Verenigde Staten te kunnen voorbereiden ontving de Commissie op 3 november 2006 het verzoek van de eerste minister om een advies uit te brengen over de inhoudelijke elementen die een overeenkomst met de VS zou dienen te behelzen, en wat de vorm zou kunnen zijn van een dergelijke overeenkomst.

Dit advies herinnert aan (1) enkele belangrijke algemene overwegingen aangaande de mogelijke acties door de Belgische Regering (rubriek B), (2) de Europese context voor de transfer van persoonsgegevens aan de UST (rubriek C). (3) Hierna wordt vervolgens gewezen op de inhoudelijke elementen (rubriek D) en (4) de vorm van de door de Regering beoogde overeenkomst (rubriek E).

Dit advies is geschreven vanuit de optiek ‘bescherming van persoonsgegevens’ zonder evenwel de bescherming tegen terreur en terrorisme te negeren. de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is er zich terdege van bewust dat deze bedreiging een constante en vastberaden politiek vereist. Zij ondersteunt ten volle deze aanpak. De Commissie is er van overtuigd dat deze strijd kan gestreden worden zonder de rechtsstaat geweld aan te doen.

In dezer is het stuitend te moeten vaststellen dat heimelijk en zonder democratische controle een uitgebreid, in tijd en aantal personen, onderzoek werd en nog steeds wordt gevoerd. Temeer de eigen veiligheids- en justitiediensten verstoken blijven van de aldus ingewonnen informatie. Dit alles buiten elke rechterlijke controle of sanctie.

Als het zo zou zijn (wat nog steeds niet werd aangetoond in concreto) dat in het SWIFT netwerk vitale informatie te vinden is dan is het feit dat de Belgische diensten daarvan verstoken blijven een ernstige beknotting van haar mogelijkheden. Als blijkt dat dit niet het geval is dan moet minstens alles in het werk worden gesteld om aan deze inbreuken een einde te maken.

Dit advies gaat in op mogelijkheden vanuit gegevensbescherming. Dit staat de klassieke diplomatieke démarches die de Belgische (of Europese) autoriteiten kunnen doen naar hun collega's van de Verenigde Staten niet in de weg. De vaststelling dat gedurende jaren de persoonsgegevens van hun burgers op grote schaal het voorwerp hebben uitgemaakt van een tot nader order ongecontroleerd en éénzijdig onderzoek door de autoriteiten van een Staat waarmee nauw wordt samengewerkt is op zich grond voor een gepast protest. Stilzwijgen zou als een acceptatie, misschien wel goedkeuring, kunnen beschouwd worden. de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer hoopt dat de Belgische en Europese autoriteiten er géén twijfel over laten bestaan dat deze inbreuken op de privacy onaanvaardbaar zijn.

## **B. ALGEMENE BEOORDELING**

### B.1. De conclusies van het advies nr. 37/2006 van 27 september 2006 blijven van toepassing op SWIFT

In haar SWIFT advies maakte de Commissie een onderscheid tussen enerzijds de commerciële verwerkingen door SWIFT in het kader van de SWIFTNet FIN dienst en anderzijds de mededeling van persoonsgegevens aan de UST (zogenaamde “onward transfer”).

Een eventueel overleg of overeenkomst met de VS over de mededeling van persoonsgegevens aan de UST geldt uiteraard onverminderd de verdere toepasselijkheid van de Belgische Privacywet op SWIFT en de bijkomende acties die alsnog dienen te worden genomen ingevolge de door de Commissie vastgestelde inbreuken door SWIFT op de Belgische Privacywet. De Groep 29 benadrukte terecht dat, voor al haar activiteiten inzake verwerking van persoonsgegevens, SWIFT alsnog haar verplichtingen onder de Belgische Privacywet dient na te leven<sup>2</sup>.

De Commissie preciseert dat zij niet van oordeel is dat het afsluiten van een bijkomende overeenkomst met de Verenigde Staten de enige weg is om het gebrek aan equivalent beschermingsniveau in de rechtstelsels van de EU en de VS op te lossen. Bovendien, een nieuwe uitgewerkte overeenkomst, zelfs al is die gebaseerd is op de Richtlijn 95/46 EG brengt het risico met zich mee dat deze overeenkomst wordt vernietigd door het Hof van Justitie<sup>3</sup>, of dat er op het niveau van de Groep 29<sup>4</sup> minstens geen unanimititeit bestaat over de equivalentie van het geboden beschermingsniveau onder dergelijk akkoord.

Na bijkomend onderzoek verwijst de Commissie onder randnummers B.2. tot en met B.4. naar enkele alternatieve acties die door de Belgische Regering kunnen worden overwogen op internationaal en nationaal vlak.

#### B.2. Mogelijk overleg met de VS over de toepassing van de reeds bestaande akkoorden en procedures.

De Commissie acht het vooral opportuun ervoor te waken dat de reeds met de VS afgesloten verdragen en de reeds beschikbare globale procedures inzake terrorismebestrijding worden toegepast. De Commissie betreurt het te moeten vaststellen dat de VS vooralsnog het Verdrag nr. 108 inzake de bescherming van persoonsgegevens<sup>5</sup> niet hebben ondertekend. Desondanks dienen persoonsgegevens te worden uitgewisseld conform de toepasselijke Europese beschermende beginselen en garanties voor uitwisseling van persoonsgegevens aan een derde staat. Volgende aanbevelingen en procedures zijn reeds voorhanden :

- Respecteren van de aanbevelingen van de Financial Action Task Force ("FATF") of Groupe d'Action Financière ("GAFI")<sup>6</sup>.
- uitwisseling van financiële informatie via de operationele nationale financiële inlichtingencellen (financial intelligence units) of "FIUs") in het kader van de "Egmont Groep"<sup>7</sup>. Concreet bestaat een procedure om informatie uit te wisselen tussen de Amerikaanse FINCEN, de Belgische Cel voor Financiële Informatieverwerking ("CFI") of Cellule de Traitement des Informations Financières ("CTIF") en de overige FIU's.

Hoewel voormelde procedures zich vooral richten tot de financiële instellingen is het de vraag waarom SWIFT uit het toepassingsgebied van deze aanbevelingen en procedures zou moeten worden uitgesloten<sup>8</sup>. SWIFT wordt immers momenteel niet als een financiële

---

<sup>2</sup> Punt 6.3. van het in aanhef aangehaalde Advies nr. 10/2006 betreffende verwerking van persoonsgegevens door SWIFT

<sup>3</sup> Zie het "PNR" arrest van het Hof van Justitie, zaak C-317/04, C-318/04

<sup>4</sup> Zie de adviezen van de groep 29 over de PNR akkoorden

<sup>5</sup> Verdrag van 28 januari 1981 tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, B.S., 30 december 1993, goedgekeurd bij wet van 17 juni 1991 houdende goedkeuring van het Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, opgemaakt te Straatsburg op 28 januari 1981.

<sup>6</sup> Gepubliceerd op <http://www.fatf-gafi.org>. Zie <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/42/43/33628117.PDF> aangaande de 40 aanbevelingen.

<sup>7</sup> Zie [http://www.egmontgroup.org/about\\_egmont.pdf](http://www.egmontgroup.org/about_egmont.pdf)

<sup>8</sup> SWIFT verdedigde immers destijds voor de GAFI dat zij slechts een telecommunicatieonderneming is die informatie transporteert en dat zij aldus niet diende te worden onderworpen aan de GAFI-aanbeveling n° 7.

instelling beschouwd door de GAFI. Evenwel, aangezien de verzoeken om doorgifte van informatie in het kader van de terrorismebestrijding rechtstreeks aan SWIFT zijn gericht, stelt zich de vraag of het niet aangewezen zou zijn om de bestaande aanbevelingen uit te breiden tot dit type van maatschappijen die bijgevolg zouden moeten rapporteren aan de nationale FIU's.

Intussen wordt ook een Voorstel voor kaderbesluit van de Raad<sup>9</sup> uitgewerkt, waarvan het toepassingsgebied zou kunnen worden verruimd tot transfers van Europese ondernemingen aan buitenlandse overheden (zie infra onder rubriek E).

### B.3. Mogelijke acties op het gebied van de Belgische reglementering : aanpassing van artikel 22, laatste lid<sup>10</sup> van de Privacywet

Op het vlak van de internationale transfers voor private doeleinden kan de Belgische regering het bestaande artikel 22 van de Privacywet verduidelijken. Met "private doeleinden" wordt, voor alle duidelijkheid, niet verwezen naar de verdere gegevenstransfers ("onward transfers") naar publieke overheden, zoals de transfer van gegevens door SWIFT aan de UST. Teneinde een equivalent beschermingsniveau op dit vlak te laten garanderen dienen oplossingen te worden gezocht via technieken zoals een overeenkomst tussen de VS en de EU<sup>11</sup> of het toepassen of amenderen van bestaande procedures of verdragen met de VS.

Daarnaast dienen de in België gevestigde grote ondernemingen en multinationals conform de laatste evoluties van het Europese recht te kunnen beschikken over de op Europees vlak erkende instrumenten om hun normale commerciële internationale doorgifte van persoonsgegevens onder de uitzonderingsbepalingen van artikel 22 van de Privacywet te regulariseren. Hierbij bestaan reeds enkele duidelijke precedentes op het gebied van verwerkingen bedoeld voor personeelsadministratie en klantenbeheer door financiële en farmaceutische bedrijven. Een recente internationale conferentie georganiseerd door de Europese Commissie<sup>12</sup> wees uit dat een groeiende consensus rond de keuzemogelijkheid van multinationals bestaat voor internationale instrumenten zoals de interne bindende privacy gedragscode ("binding corporate rules") of de door de Europese Commissie aangenomen standaard contractuele bepalingen ("standard contractual clauses") conform artikel 26, 2 van de richtlijn 95/46/EG<sup>13</sup>, bijvoorbeeld in de hypothese dat andere instrumenten zoals de Veiligehavenbeginselen ("Safe Harbour") niet kunnen worden toegepast. De Groep 29 herinnerde in haar SWIFT advies terecht aan de interne bindende privacy gedragscode en de standaard contractuele bepalingen<sup>14</sup> als mogelijke oplossingen.

Indien de Commissie de oplossing van de interne bindende privacy gedragscode adviseerde in haar SWIFT<sup>15</sup> advies, verdient de concrete werkbaarheid van deze optie

---

<sup>9</sup> Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken {SEC(2005)1241}. Zie [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=nl&DosId=193371](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DosId=193371)

<sup>10</sup> Art. 22, laatste lid : De Koning kan, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, machtiging verlenen voor een doorgifte of een categorie doorgiften van persoonsgegevens naar een land buiten de Europese Gemeenschap dat geen waarborgen voor een passend beschermingsniveau biedt, indien de verantwoordelijke voor de verwerking voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de fundamentele rechten en vrijheden van personen, alsmede ten aanzien van de uitoefening van de daaraan verbonden rechten ; deze waarborgen kunnen met name voortvloeien uit passende contractuele bepalingen.

<sup>11</sup> Zie rubriek E.2.7. van het advies 37/2006

<sup>12</sup> Georganiseerd te Brussel door de Europese Commissie, de Groep 29 en de US Department of Commerce op 23 en 24 oktober 2006., programma gepubliceerd op

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/events/conference\\_data\\_protection/programme\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/events/conference_data_protection/programme_en.pdf)

<sup>13</sup> Zie hieromtrent [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/privacy/modelcontracts/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/modelcontracts/index_en.htm)

<sup>14</sup> Zie Punt 4.6.2. van het aangehaalde advies van de Groep 29

<sup>15</sup> Advies nr. 37/2006 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 27 september 2006.

onder Belgisch recht uiteraard ook bijzondere aandacht in het SWIFT dossier en voor andere in België gevestigde grote ondernemingen of multinationals. Hoewel artikel 22 van de Belgische Privacywet reeds een machtigingsprocedure voorziet via Koninklijk besluit, stelt de Commissie vast dat er nog geen succesvol precedent in België bestaat waarbij de machtigingsprocedure via Koninklijk Besluit met succes kon worden afgerond<sup>16</sup>. Wellicht is deze procedure nog onvoldoende bekend, of struikelt zij anderzijds over onnodige formaliteitsvereisten en juridische discussies. Zo kan de vraag worden gesteld of onder Belgisch recht een Koninklijk besluit een interne bindende privacygedragscode kan erkennen. Gelet op de voormelde Europese consensus in het advies van de Groep 29 en gelet op de vereiste rechtszekerheid, adviseert de Commissie de Regering om artikel 22 laatste lid van de Privacywet aan te passen. Zo zouden de door de Europese Commissie aangenomen standaard contractuele bepalingen expliciet kunnen worden opgenomen als uitzondering, net als de verwijzing naar aanvaarde veiligheidsbeginselen. Systemen zoals de interne bindende privacy gedragscode ("binding corporate rules") zouden na voorafgaande machtiging van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moeten kunnen worden aanvaard als uitzondering, en deze uitzondering zou expliciet in de Privacywet kunnen worden opgenomen.

#### B.4. Gebrek aan afdoende controle op SWIFT onder de bestaande reglementering tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme

Op basis van de Privacywet en de eerdere SOX en SWIFT adviezen van de Groep 29<sup>17</sup> is terrorismebestrijding in eerste instantie een finaliteit waarbij de rol van SWIFT en de juridische basis in beginsel onder de Europese en Belgische rechtsorde verder door de bevoegde diensten dient te worden onderzocht, conform de Europese beschermende beginselen (artikel 5 Privacywet).

De Commissie stelt echter vast dat SWIFT op dit ogenblik niet valt onder de bestaande Belgische controlemechanismen en rapporteringsverplichtingen ingesteld door de Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. Enkel de klanten van SWIFT, dus financiële instellingen, blijken aan deze wet te zijn onderworpen, hoewel deze niet over dezelfde informatie beschikken zoals bijvoorbeeld de concrete modaliteiten van de transfers aan de UST. In dit opzicht kan de bruikbaarheid van de actuele wettelijke basis voor de controle van SWIFT in twijfel worden getrokken. Eventuele aanpassingen aan deze basis dienen conform de Europese beginselen te worden uitgewerkt (zie rubriek D).

De Commissie adviseert de regering te beoordelen of deze bestaande lacune moet opgevangen worden.

Het is in dit kader opvallend dat constant wordt aangehaald door SWIFT dat dankzij haar informatie aan de UST en de strijd tegen het terrorisme duizenden mensenlevens werden gespaard.

De Commissie wijst er op dat deze bewering totaal oncontroleerbaar is, gelet op het feit dat over de resultaten geen enkele precieze verificaties kunnen worden verricht.

Het argument van de relevantie van de informatie die door SWIFT wordt toegeleverd in de strijd tegen het terrorisme is echter ook een tweesnijdend zwaard dat niet enkel de vraag oproept of deze informatie dan niet enkel kan of moet worden ter beschikking gesteld van de UST. Indien deze informatie absoluut noodzakelijk is in de strijd tegen het terrorisme,

---

<sup>16</sup> Cf. het precedent van het dossier General Electric, ondanks het positief advies nr. 04/2006 van 15 maart 2004.

<sup>17</sup> Zie punt 4.2.2. van het advies SWIFT van de Groep 29.

stelt zich de vraag waarom deze informatie niet ook werd medegedeeld aan de Europese orde- en inlichtingendiensten.

De Commissie wijst er overigens op dat het principe van wederkerigheid inzake het uitwisselen van informatie intussen wel tussen de Belgische en Amerikaanse nationale financiële inlichtingencellen werd bevestigd via artikel 17 van de Wet van 11 januari 1993 (tussen de Belgische CTIF/CFI en FINCEN) en een Memorandum of Understanding van 1994 (tussen de Amerikaanse FINCEN en de Belgische CTIF/CFI).

## **C. EUROPESE CONTEXT**

Ingevolge het SWIFT advies ontving de Commissie op 8 november 2006 een juridische opinie van SWIFT, waarin zij de toepasselijkheid van de richtlijn 95/46/EG betwistte<sup>18</sup> gelet op artikel 3.2. van de richtlijn 95/46/EG en waar SWIFT verwees naar het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de drie pijlers van de Europese Unie.

Gezien deze kritiek rechtstreeks implicaties heeft voor het voorwerp van dit advies (in de hypothese dat een akkoord tussen Europese overheden en de VS zou worden goedgekeurd) acht de Commissie het noodzakelijk om te herinneren aan de drie pijlers van de Europese Unie. De Commissie wenst hierbij te verduidelijken waarom SWIFT er verkeerdelijk vanuit gaat dat de UST de enige verantwoordelijke zou zijn voor de transfer van persoonsgegevens (in plaats van SWIFT), en waarom de beginselen van de Richtlijn 95/46/EG – zoals geïmplementeerd in de Belgische Privacywet - wel degelijk toepasselijk moeten worden geacht voor de transfer door SWIFT van persoonsgegevens aan de UST.

### C.1. Drie pijlers van de Europese Unie

Het idee dat de Europese Unie rust op drie pijlers werd in april 1991 ingevoerd onder het Luxemburgs voorzitterschap via de “non-paper”<sup>19</sup>. Deze drie pijlers zijn met name<sup>20</sup> :

1. de bepalingen betreffende de gemeenschappen;
2. de bepalingen betreffende een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid; en
3. de bepalingen betreffende de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken.

### C.2. Verantwoordelijkheid van SWIFT

In de pagina's 9 tot en met 13 van haar SWIFT advies motiveerde de Commissie reeds uitvoerig waarom SWIFT volgens haar verantwoordelijke is voor de normale commerciële transfer van persoonsgegevens via de dienst SWIFTNet FIN én via de transfers aan de UST. De Commissie wees hierbij vooral op de concrete activiteiten van SWIFT als private actor, de CVBA SWIFT, die in de eerste pijler en dus onder de richtlijn 95/46/EG vallen. De Commissie stelt vast dat zij inmiddels werd bijgetreden door de Europese gegevensbeschermingsautoriteiten, die bij monde van de Groep 29 inmiddels een uniform en coherent advies hebben geformuleerd<sup>21</sup>. Hierbij wordt duidelijk aangetoond dat SWIFT haar eigen verantwoordelijkheid niet kan miskennen onder de Belgische privacywet én de richtlijn 95/46/EG.

---

<sup>18</sup> Zie de pagina's 11 (randnummers 10 en 11) en 13 van de Swift opinie.

<sup>19</sup> Europe, doc nr. 1709/1710, 3 mei 1991

<sup>20</sup> LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., Europees Recht in hoofdlijnen, Maklu, 2003, pagina 80 (randnummer 51).

<sup>21</sup> WP128 of Advies nr. 10/2006 betreffende verwerking van persoonsgegevens door SWIFT, zoals gepubliceerd op [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006_en.htm)

### C.3. Toepasselijkheid van de Richtlijn 95/46/EG

Gelet op artikel 3.2. van de richtlijn 95/46/EG<sup>22</sup> dient de vraag te worden gesteld of SWIFT zich op artikel 3.2. kan beroepen, en of een mogelijke overeenkomst van een Belgische of Europese overheid met de VS over de transfer van persoonsgegevens aan de UST wel überhaupt valt onder de Richtlijn 95/46/EG. Voor alle duidelijkheid benadrukt de Commissie evenwel dat het verschil tussen de eerste en derde pijler enkel relevant is voor een eventueel overheids-handelen van de Belgische of Europese overheid (zie hierna onder D.1). SWIFT zelf kan geen uitzonderingsbepaling onder de Richtlijn genieten, nu SWIFT onderworpen is aan de Belgische Privacywet en de Belgische Privacywet geen enkel onderscheid maakt tussen een eerste en een derde pijler.

In de arresten "**Osterreichischer Rundfunk** ea" van 20 mei 2003<sup>23</sup>, **Lindqvist** van 6 november 2003<sup>24</sup> en **PNR** van 30 mei 2006<sup>25</sup> heeft het Hof van Justitie op herhaalde wijze de toepasselijkheid van de richtlijn 95/46/EG toegelicht. Op basis van de verschillende relevante elementen van deze arresten kunnen wij de volgende beginselen aanhalen:

- De Richtlijn 95/46/EG is vastgesteld op basis van artikel 100 A van het Verdrag tot oprichting van de Europese gemeenschap en heeft tot doel de interne markt te verwezenlijken, die ook de bescherming van het recht op de persoonlijke levenssfeer omvat. Door de harmoniserende werking van de Richtlijn binnen dit domein worden belemmeringen voor SWIFT op de interne markt vermeden en geniet SWIFT binnen de EU de garantie op een coherente regeling inzake gegevensbescherming. Een duidelijke illustratie van de aanwezigheid van deze coherentie vormt het advies van de Groep 29, dat in het SWIFT dossier inmiddels een uniforme interpretatie verschaft. De finaliteit van de Richtlijn wordt dus precies nagestreefd als deze wordt toegepast op de diverse verwerkingen die vallen onder de verantwoordelijkheid van SWIFT binnen de EU, inclusief de verwerkingen die een internationale doorgifte van persoonsgegevens inhouden.
- Artikel 3, lid 1, van de Richtlijn 95/46/EG omschrijft de werkingssfeer zeer ruim door de toepasselijkheid van de beschermingsregels niet afhankelijk te stellen van de vraag of de verwerking daadwerkelijk verband houdt met het vrije verkeer tussen lidstaten. In de overweging nr. 43 in de zaak *Rundfunk* oordeelde het Hof van Justitie dat "*richtlijn 95/46 ook van toepassing is op situaties die geen rechtstreeks verband houden met de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden van vrij verkeer, vindt bovendien bevestiging in de bewoordingen van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn, dat de werkingssfeer ervan zeer ruim omschrijft door de toepasselijkheid van de beschermingsregels niet afhankelijk te stellen van de vraag of de verwerking daadwerkelijk verband houdt met het vrije verkeer tussen lidstaten. Hetzelfde wordt bevestigd door de in artikel 3, lid 2, neergelegde uitzonderingen, inzonderheid die welke betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens "die met het oog op de uitoefening van [...] activiteiten geschiedt zoals die bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie" of op de uitoefening*

---

<sup>22</sup> Luidend als volgt : "2. De bepalingen van deze richtlijn zijn niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens:

- die met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht vallende activiteiten geschiedt zoals die bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie en in ieder geval verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de Staat (waaronder de economie van de Staat, wanneer deze verwerkingen in verband staan met vraagstukken van Staatsveiligheid), en de activiteiten van de Staat op strafrechtelijk gebied;"

<sup>23</sup> Uitspraak van 20 Mei 2003 in Zaak C-465/00 (Rechnungshof / Österreichischer Rundfunk e.a.) beschikbaar op <http://curia.europa.eu/nl/actu/activites/act03/0315nl.htm>

<sup>24</sup> Zaak C-101/01

<sup>25</sup> Zaak C-317/04, C-318/04

van "activiteiten met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden". Deze uitzonderingen zouden niet op deze manier zijn geformuleerd indien de richtlijn uitsluitend van toepassing was op situaties die voldoende verband houden met de uitoefening van het vrije verkeer."

- De transfer van persoonsgegevens door SWIFT aan de UST valt niet onder artikel 3, lid 2 omdat het de verwerkingen en activiteiten betreft van een private onderneming, de CVBA SWIFT en niet met de specifieke verwerkingen of activiteiten van een lidstaat<sup>26</sup>. SWIFT verdoezelt in haar voormelde juridische analyse ten onrechte haar eigen bijdrage en minimaliseert hierin duidelijk haar eigen rol. Zij beroept zich op een uitzondering die enkel werd geschreven voor een handeling door Europese overheden binnen de derde pijler.
- De transfer van persoonsgegevens door SWIFT aan de UST valt tenslotte niet onder artikel 3, lid 2 omdat, in tegenstelling tot de PNR zaak, SWIFT bij de mededeling van persoonsgegevens aan de UST geenszins steunde op een voorafgaand kader of overeenkomst met Europese overheidsinstanties waarbij (enkel) deze overheidshandeling buiten de Richtlijn zou vallen. Enkel de beslissingen 2004/496/EC van 17 mei 2004 en 2004/535/EC van 14 mei 2004 waren concrete activiteiten van een overheidsdienst in de door artikel 3, lid 2 genoemde domeinen en enkel deze activiteiten vielen buiten de Richtlijn 95/46/EG. Anders gezegd : de PNR zaak betekent niet dat de luchtvaartmaatschappijen niet (langer) onder het toepassingsgebied van de richtlijn 95/46/EG zouden vallen voor hun diverse verwerkingen.

#### **D. INHOUDELIJKE ELEMENTEN VAN EEN OVEREENKOMST NAMENS DE BELGISCHE REGERING : DE RICHTLIJN 95/46/EG EN ARTIKEL 8 EVRM ALS UITGANGSPUNT**

##### D.1. Vereiste coherentie met de principes van de Richtlijn 95/46/EG

In de logica van het PNR-arrest is een eventuele overeenkomst namens België of de EU met de VS over het relevante domein van de terrorismebestrijding wel een handeling die zou kunnen vallen onder artikel 3, lid 2, van de Richtlijn 95/46/EG. Indien deze Belgische of Europese overheidshandeling inderdaad zou kunnen vallen buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn 95/46/EG, is het uiteraard de vraag of de principes die eigen zijn aan de richtlijn 95/46/EG nog kunnen of moeten worden opgenomen in de overeenkomst.

Hier kan worden verwezen naar het constante en gezamenlijke standpunt van de Europese autoriteiten inzake gegevensbescherming. Uit de verklaringen die deze autoriteiten eerder dit jaar in Budapest<sup>27</sup> en Londen<sup>28</sup> formuleerden blijkt dat het uitwisselen van persoonsgegevens naar politionele en gerechtelijke instanties slechts toelaatbaar kan worden geacht op basis van regels van gegevensbescherming die een **hoge beschermingsstandaard bieden, consistent en gelijkwaardig met deze uit de eerste pijler.**

---

<sup>26</sup> In overweging 43 van het arrest Lindqvist werd reeds gesteld dat "De in artikel 3, lid 2, eerste streepje, van richtlijn 95/46 als voorbeeld genoemde activiteiten (te weten de activiteiten bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie, alsmede de verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de staat, en de activiteiten op strafrechtelijk gebied) zijn telkens specifieke activiteiten van de staten of de overheidsdiensten en hebben met de activiteiten van particulieren niets van doen. Zie ook overweging 58 van de PNR zaak.

<sup>27</sup> Declaration adopted at the Conference of European Data protection Authorities in Budapest from 24 to 25 April 2006

<sup>28</sup> Declaration adopted by the European Data Protection Authorities in London on 2 November 2006



De Commissie verwijst hierbij naar het standpunt van de EDPS<sup>29</sup> aangaande het voormelde Voorstel voor kaderbesluit van de Raad, waar het belang van het behoud van strenge normen inzake gegevensbescherming werd onderstreept bij de doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen. In voormelde beschermingsstandaard zijn concreet (en zonder exhaustief te zijn) een aantal essentiële garanties opgenomen zoals de vereisten van transparantie, proportionaliteit en noodzakelijkheid, recht op toegang en onafhankelijke controle.

#### D.2. Elementen uit Safe Harbour en PNR akkoorden in navolging van de Richtlijn 95/46/EG

In de Safe Harbour en de recente (interim) overeenkomst die inzake PNR werd aangenomen op 16 oktober 2006<sup>30</sup> is men steeds uitgegaan van een beschermingsstandaard, geïnspireerd door de Richtlijn 95/46/EG.

De equivalentie van deze akkoorden ten opzichte van de Richtlijn 95/46/EG werd echter bekritiseerd door de Groep 29<sup>31</sup>. Het feit dat de Groep 29 geen unaniem positieve beoordeling gaf aan het PNR akkoord en de PNR zaak voor het Hof van Justitie van 30 mei 2006<sup>32</sup> tonen dat dergelijke akkoorden met de VS eerder gevoelig liggen.

#### D.3. Aanvullende elementen uit het Voorstel voor kaderbesluit van de Raad

Naast de vereiste coherentie met de principes uit de Richtlijn 95/46/EG werd aanvaard dat de bijzondere kenmerken van de doelstellingen in de derde pijler het noodzakelijk maken om aanvullende principes te voorzien bovenop deze die in de Richtlijn 95/46/EG werden geformuleerd.

---

<sup>29</sup> In randnummer 39. van het advies 2006/C/47 stelde de EDPS “*Mochten echter gegevens aan derde landen kunnen worden doorgegeven zonder dat de bescherming van de betrokkene is gewaarborgd, dan zou dit de door het onderhavige voorstel beoogde bescherming op het grondgebied van de Europese Unie ernstig schaden op grond van de in deel III.4 van dit advies vermelde redenen. In het kort: — de rechten van de betrokkene zoals die worden gewaarborgd door het onderhavige voorstel worden rechtstreeks aangetast indien voor de doorgifte aan derde landen geen voorschriften inzake gegevensbescherming zouden gelden; — daardoor zouden de bevoegde autoriteiten van de lidstaten de strenge normen inzake gegevensbescherming kunnen omzeilen.*”

<sup>30</sup> Aangenomen na de PNR uitspraak van het Hof van Justitie, waarbij werd gesteld “Deze overeenkomst heeft niet ten doel van de wetgeving van de Verenigde Staten van Amerika of de Europese Unie of haar lidstaten af te wijken of deze wetgeving te wijzigen. Deze overeenkomst schept of verleent geen rechten of voordelen voor enige andere particuliere of openbare persoon of entiteit. “ Zie Besluit 2006/729/GBVB/JBZ van de Raad van 16 oktober 2006 betreffende de ondertekening, namens de Europese Unie, van een Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaartmaatschappijen aan het Department of Homeland Security (ministerie van Binnenlandse Veiligheid) van de Verenigde Staten van Amerika - Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaartmaatschappijen aan het Department of Homeland Security (ministerie van Binnenlandse Veiligheid) van de Verenigde Staten van Amerika, Publicatieblad Nr. L 298 van 27/10/2006 blz. 0027 - 0031

<sup>31</sup> Zie de adviezen van de groep 29 over deze akkoorden.

<sup>32</sup> Zaak C-317/04, C-318/04

De Europese Commissie lichtte op 4 oktober 2005 de vereisten van coherentie met de Richtlijn 95/46/EG en aanvullende beschermingsprincipes reeds toe in de memorie van toelichting bij het voorstel voor kaderbesluit<sup>33</sup>. De EDPS stelde eveneens in rubriek n° 9 van haar advies over het Voorstel voor kaderbesluit dat *“Dit nieuwe kader moet niet alleen de in Richtlijn 95/46/EG vastgelegde gegevensbeschermingsbeginselen eerbiedigen — het is van belang te zorgen voor samenhang in de gegevensbescherming in de Europese Unie — maar ook een reeks aanvullende regels behelzen om rekening te houden met de specifieke aard van de wetshandhaving.”*

#### D.4. Elementen uit artikel 8 EVRM

De Commissie herinnert ook aan de uitvoerige rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de mens in dit domein op basis van artikel 8 EVRM, die inhoudelijke elementen verschaft voor een eventuele overeenkomst met de VS. Onder meer, en opnieuw zonder exhaustief te zijn kan worden verwezen naar de vereisten van de noodzakelijkheid van de inmenging in een democratische samenleving en de transparantievereiste van de norm onder artikel 8 EVRM.

### **E. VORM VAN DE DOOR DE REGERING BEOOGDE OVEREENKOMST**

Een eventuele overeenkomst met de VS over de mededeling van persoonsgegevens aan de UST dreigt buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn 95/46/EG te vallen, zodat de beoogde overeenkomst van de Belgische Regering in de derde pijler valt.

In de derde pijler bestaan tegenwoordig diverse Europese acties en discussies zoals in het bijzonder het voorstel voor kaderbesluit dat momenteel in de derde pijler wordt onderhandeld.

Het voorstel voor kaderbesluit is een initiatief in de derde pijler<sup>34</sup> over de bescherming van persoonsgegevens in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Hoewel dit voorstel strikt genomen op dit ogenblik (nog) niet specifiek de problematiek regelt van de transfer van persoonsgegevens door Europese ondernemingen aan publieke overheden van buiten de EU, werden er wel voorstellen tot verruiming van het voorstel

---

<sup>33</sup> Zie de memorie van toelichting (pagina 6) van het Voorstel voor Kaderbesluit *« Il convient de reconnaître les particularités du traitement et de la protection des données dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. D'une part, ces spécificités ne doivent pas faire obstacle à la cohérence avec la politique générale de l'Union dans le domaine du respect de la vie privée et de la protection des données sur le fondement de la Charte des droits fondamentaux et de la directive 95/46/CE. Les principes fondamentaux de la protection des données s'appliquent au traitement des données dans le cadre des premier et troisième piliers. D'autre part, la cohérence doit être assurée avec les autres instruments qui prévoient des obligations spécifiques en ce qui concerne les informations susceptibles d'être pertinentes aux fins de la prévention et de la lutte contre la criminalité. Il convient de suivre l'évolution de la situation en ce qui concerne la conservation des données traitées et stockées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou des données transmises sur les réseaux de télécommunications publics aux fins de prévention et de détection des infractions pénales, y compris du terrorisme, et d'enquêtes et de poursuites en la matière. Il convient tout particulièrement de prendre en considération le rapport étroit qui existe entre le présente proposition de décision-cadre et la proposition de la Commission visant à adopter une directive du Parlement européen et du Conseil sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58/CE. »*

<sup>34</sup> Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken {SEC(2005)1241}. Zie [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=nl&DosId=193371](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DosId=193371)

gedaan. De Commissie verwijst naar het advies<sup>35</sup> van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming ("EDPS") van 19 december 2005 en het Verslag van 18 mei 2006 over het voorstel met als rapporteur mevrouw Martine Roure<sup>36</sup>. Voormeld advies en voorstel beogen precies om het toepassingsgebied van het kaderbesluit van de Raad te verruimen naar de transfers van private Europese ondernemingen naar publieke Europese overheden, en naar de transfers van Europese publieke overheden naar niet-Europese publieke overheden.

Hoewel er op dit ogenblik nog geen formele positie of voorstel bestaat om ook de transfers van private Europese ondernemingen naar niet-Europese publieke overheden te regelen, zoals van SWIFT naar de UST, is het mogelijk dat de Belgische Regering of een andere lidstaat deze discussie op de Europese agenda brengt, in navolging van de eerdere voorstellen tot amendering. Deze actie zou kunnen beogen om alsnog een evenwichtige en uniforme oplossing uit te werken in de derde pijler met een passende en equivalente beschermingsstandaard aan deze van de Richtlijn 95/46/EG.

Gezien de bijzondere Belgische betrokkenheid, omwille van het feit dat een Belgische maatschappij aansprakelijk is gesteld, zou bovendien ook de Belgische diplomatie kunnen tussenkomen bij de Amerikaanse overheid om het gebruik en de modaliteiten van de verwerkingen, verricht in de Verenigde Staten, te expliciteren.

## **OM DEZE REDENEN,**

Op basis van haar algemeen onderzoek en onverminderd de bevoegdheid van de Europese instellingen en toezichthouders zoals EDPS om dienaangaande verder positie in te nemen, is de Commissie van oordeel dat:

- Wat de commerciële verwerkingen van persoonsgegevens door SWIFT betreft blijft, zoals gezegd, de Belgische Privacywet en de Richtlijn 95/46/EG onverkort van toepassing en dient de Privacywet alsnog te worden nageleefd door SWIFT.
- Wat het afsluiten van een specifieke overeenkomst met de Verenigde Staten betreft, de Commissie dit niet de enige weg acht om het gebrek aan equivalent beschermingsniveau tussen de rechtsstelsels van de EU en de VS op te lossen.
- Ook zou vooraf kunnen worden gepoogd de reeds afgesloten akkoorden en bestaande procedures inzake terrorismebestrijding aan te passen conform de toepasselijke Europese beschermende beginselen, de GAFI aanbevelingen en de procedures tot uitwisseling van persoonsgegevens via de nationale financiële inlichtingencellen .
- Het toepassingsgebied van het Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (SEC-2005-1241) zo zou kunnen worden geamendeerd dat private datatransfers zoals deze van SWIFT aan overheidsinstanties zoals de UST duidelijker op Europees vlak worden geregeld.
- Voor de internationale transfers met private doeleinden de Belgische regering het bestaande artikel 22 van de Privacywet kan verduidelijken conform de bestaande Europese consensus.

---

<sup>35</sup> Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming over het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (COM (2005) 475 def.), gepubliceerd op [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2006/c\\_047/c\\_04720060225nl00270047.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2006/c_047/c_04720060225nl00270047.pdf)

<sup>36</sup> Verslag dd. 18 mei 2006 over het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, A6-192/2006, PE 370.250/v02-00

De Commissie stelt verder vast dat SWIFT momenteel niet valt onder het toepassingsgebied van de bestaande Belgische en globale financiële controlemechanismen en rapporteringsverplichtingen zoals de Wet van 11 januari 1993 en de GAFI-aanbevelingen. Gelet op het feit dat de aanvragen voor doorgifte van informatie, in het kader van de terrorismebestrijding, rechtstreeks aan SWIFT werden gericht adviseert de Commissie de Regering te beoordelen of deze lacune gewenst is en of en tot op welke hoogte hieraan dient te worden verholpen conform de toepasselijke Europese beschermingsbeginselen.

Tevens houdt de Commissie zich ter beschikking van de Belgische Regering mocht er, eventueel met de bevoegde Amerikaanse overheid, worden samengewerkt voor het voeren van een ophelderend onderzoek naar het gebruik dat werd gemaakt van de overgedragen gegevens. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer hoopt dat dit concreet onderzoek zal kunnen plaatsgrijpen. Zij gaat na in welke mate zij dit, in samenwerking met de bevoegde autoriteiten, inzonderheid de DPA's (data protection authority's), kan onderzoeken.

Subsidiair, rekening houdend met de eerdere kritiek van de Groep 29 op het beschermingsniveau van de Safe Harbour en PNR akkoorden, beklemtoont de Commissie dat de door de Regering beoogde overeenkomst inhoudelijk in elk geval een hoog beschermingsniveau dient te verschaffen conform de Europese beschermingsstandaard die reeds door de Richtlijn 95/46/EG en het Verdrag nr. 108<sup>37</sup> wordt geboden.

Gelet op de complexe materie en het belang ervan, houdt de Commissie zich verder ter beschikking voor het verlenen van verder advies in deze aangelegenheid.

De administrateur,

De ondervoorzitter,

(get.) Jo BARET

(get.) Willem DEBEUCKELAERE

---

<sup>37</sup> Verdrag van 28 januari 1981 tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, B.S., 30 december 1993, goedgekeurd bij wet van 17 juni 1991 houdende goedkeuring van het Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, opgemaakt te Straatsburg op 28 januari 1981.