



Beslissing van 9 december 2008

Betreft: controle en aanbevelingsprocedure ingeleid met betrekking tot de maatschappij SWIFT cvba.

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer:

Gelet op de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna de WVP), inzonderheid artikel 30;

Gelet op het Huishoudelijk Reglement (hierna HR), inzonderheid de artikelen 37 tot 39;

Gelet op het Verzoek van de Europese Commissie aan de Belgische Regering om erop toe te zien dat SWIFT de Europese wetgeving naleeft inzake de bescherming van persoonsgegevens en om daarvoor de nodige maatregelen te treffen;

Gelet op de controle die zij heeft uitgevoerd en de ingewonnen informatie;

Gelet op de vergadering met SWIFT bijgestaan door Meester T. VAN OVERSTRAETEN en Meester S. ROUSSEAU, advocaten bij de balie te Brussel en de toelichtingen en schriftelijke antwoorden die zij verschaftte;

Gelet op de tegensprekelijke procedure;

Gelet op het verslag van de heer S.VERSCHUERE, Ondervoorzitter;

Beslist op 9 december 2008 als volgt:

I. DE PROCEDURE

I.1. HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1. Tijdens de zitting van 23 mei 2007 besliste de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna de Commissie) een aanbevelingsprocedure in te leiden (artikel 30, §1 van de WVP) betreffende het bedrijf SWIFT. SWIFT werd hierover op 24 mei tijdens een vergadering tussen haar verantwoordelijken en de voorzitter van de Commissie mondeling ingelicht en schriftelijk op 11 juni 2007. De Commissie heeft de Ondervoorzitter aangeduid als verslaggever.

2. In het raam van de aanbevelingsprocedure kreeg SWIFT de mogelijkheid om haar standpunt te ontwikkelen en te verdedigen overeenkomstig artikel 30, §2 van de WVP en artikel 21 van het huishoudelijk reglement van de Commissie. De volgende handelingen werden gesteld:

- het secretariaat van de Commissie stelde voor de aanbevelingsprocedure een inventaris op van de stukken die op 1 augustus 2007 aan SWIFT meegedeeld werd;
- de raadsman van SWIFT werd gehoord door de Voorzitter op 16 augustus 2007;
- per brief van 7 september 2007 deelde SWIFT haar eerste argumenten mee aan de Commissie en stuurde een kopie van de inventaris van de stukken van haar dossier mee;
- SWIFT werd door de Commissie gehoord tijdens de zitting van 19 september 2007;
- na de uitleg die tijdens deze zitting door SWIFT werd verstrekt, stelde de Commissie per brief van 23 oktober 2007 bijkomende vragen en stuurde het proces-verbaal van de zitting mee. Op 16 november 2007 beantwoordde SWIFT deze vragen en formuleerde haar opmerkingen over voormeld proces-verbaal.
- tijdens haar zitting van 19 december 2007 bepaalde de Commissie het vervolg van de procedure: het opstellen van voorlopige conclusies medegedeeld aan SWIFT voor tegenspraak binnen een termijn van 30 dagen en, indien SWIFT dit zou wensen, een nieuwe hoorzitting om de argumenten van SWIFT te aanhoren;
- SWIFT wilde opnieuw gehoord worden nadat zij haar antwoorden en opmerkingen op de overgezonden voorlopige conclusies meegedeeld zou hebben;
- met hun schrijven van 14 april 2008 aan de advocaten van SWIFT zijn de Voorzitter en de verslaggever overeengekomen om bij voorkeur en in de mate van het mogelijke de kalender voor het vervolg van de procedure in gezamenlijk overleg met SWIFT te bepalen nadat deze laatste de voorlopige conclusies zou hebben ontvangen, er rekening mee houdend dat de termijn van 30 dagen redelijkerwijze zou kunnen verlengd worden indien een of ander element dit zou rechtvaardigen;
- er werden voorlopige conclusies onder de verantwoordelijkheid van de verslaggever en elektronisch en per aangetekend schrijven meegedeeld aan SWIFT op 23 april 2008;

- op 19 mei 2008 vond een overleg plaats tussen de Voorzitter en verslaggever en de SWIFT-afgevaardigden om een aantal vragen en opmerkingen te bespreken die Swift had over die conclusies: **(1)** Swift wenste inzage in alle documenten die het secretariaat van de Commissie heeft consulteerde of verkreeg uit diverse bronnen maar waar ze geen gebruik van maakte. Op die manier kon Swift er zich van verzekeren dat deze documenten geen nuttige of noodzakelijke elementen bevatten voor het gevoerde debat; **(2)** nadat Swift vaststelde dat de voorlopige conclusies op feiten steunen die tot op dat ogenblik niet werden aangehaald, is zij van mening dat bepaalde van die feiten (hoewel omschreven op basis van documenten in het bezit van de Commissie of van documenten verstrekt door het bedrijf) te algemeen of zelfs onnauwkeurig werden gesteld zodat die dubbelzinnig, problematisch of zelfs onjuist zijn geworden;
- tijdens de zitting van 21 mei 2008 besliste de Commissie op voorstel van de voorzitter en de verslaggever, om aan de gemandateerde advocaten van Swift toegang te geven tot alle documenten die zij in haar bezit had, en een kopie te verstrekken indien daarom werd verzocht, met uitzondering van de vertrouwelijke elementen en documenten die in ieder geval toch niet gebruikt konden worden. Als mocht blijken dat een vertrouwelijk document een element bevatte dat in het voordeel kon pleiten van het standpunt dat Swift verdedigt, konden de verslaggever en de advocaten van het bedrijf overeenkomen alleen de manifeste betekenis ervan te gebruiken zonder evenwel de bron van het document te vermelden;
- de advocaten van Swift kregen inzage in het volledige dossier van het secretariaat van de Commissie op 30 mei en 6 en 11 juni 2008. Er werd een kopie verstrekt van de gevraagde stukken. Zij vormen het tweede stukkendossier van de Commissie;
- daarnaast werd overeengekomen dat Swift nog bijkomende informatie of elementen mocht verschaffen over de feiten die in de voorlopige conclusies werden aangehaald;
- tijdens haar zitting van 11 juni 2008 legde de Commissie de agenda vast voor het verdere verloop van de procedure. Daarbij hield ze rekening met deze nieuwe ontwikkelingen: **(1)** de schriftelijke reacties op de definitieve conclusies, opgesteld onder de verantwoordelijkheid van de verslaggever, dienden ten laatste op 17 september 2008 aan te komen op het secretariaat van de Commissie (voor de procedure volstaat de Franstalige versie); **(2)** Swift zal gehoord worden op de zitting van 24 september 2008; **(3)** de Commissie zal uitspraak doen op de zitting van 8 oktober 2008. Aan deze uitspraak gaat een tegensprekelijk debat vooraf over de al dan niet bekendmaking van de beslissing, in het geval dat Swift over deze kwestie een afzonderlijk verzoek zou doen; Indien dit eventueel verzoek zou toegevoegd zijn bij de schriftelijke reacties op de conclusies, wordt dit debat gehouden worden op 24 september na het debat ten gronde; **(4)** de

uitwisselingen en tussentijdse aanvullende handelingen geschieden in naleving van deze agenda;

- Swift werd op 13 juni 2008 schriftelijk op de hoogte gebracht van deze agenda;
- op 25 juni begaven de verslaggever, vergezeld van de (wnd.) administrateur en een lid van het secretariaat, zich naar de zetel van SWIFT. Zij kregen een uitgebreide uiteenzetting van verschillende bedrijfsverantwoordelijken : er werden bijkomende documenten gevraagd die Swift vervolgens heeft verstrekt;
- gelet op de kwaliteit en de hoeveelheid ingezamelde informatie, achtte de verslaggever het noodzakelijk die informatie nauwkeurig te onderzoeken en te omschrijven en in een coherente redenering te integreren om daaruit dan nuttige conclusie te trekken. Er werden nog 6 bijkomende vergaderingen georganiseerd tussen de afgevaardigden van Swift en de verslaggever; er werden documenten gezocht en verzameld met betrekking tot de context (in feite en in rechte) van doorgifte van persoonsgegevens aan het Amerikaanse Department of Treasury (UST). Zij vormen het derde stukdossier van de Commissie;
- rekening houdend met deze ontwikkelingen, gaf de Commissie gehoor aan het verzoek van Swift en wijzigde ze op de zitting van 3 september de agenda van het procedureverloop: **(1)** de schriftelijke reacties op de conclusies moeten op de Commissie zijn ten laatste op 3 oktober 2008; **(2)** Swift wordt gehoord op 8 oktober 2008; **(3)** de Commissie beraadslaagt onmiddellijk na dit laatste debat ;
- de voorliggende (definitieve) conclusies werden getrokken op basis van het onderbouwd dossier, onder de verantwoordelijkheid van de verslaggever en voor tegenspraak voorgelegd aan Swift; de conclusies werden op 17 september 2008 aan Swift gestuurd per e-mail en per aangetekend schrijven.
- op 3 oktober 2008 antwoordde SWIFT schriftelijk op de conclusies van de verslaggever en werd naar aanleiding hiervan gehoord op 8 december 2008. Vervolgens verstrekte SWIFT op 26 november 2008 schriftelijk bijkomende informatie, documenten en nadere gegevens naar aanleiding van de vragen die tijdens het debat van 8 oktober werden gesteld en om de reeds verstrekte antwoorden te bevestigen;
- Om de zitting van 26 november 2008 besliste de Commissie de beraadslagingen af te sluiten en een beslissing te nemen op 9 december 2008, vermits SWIFT de mogelijkheid zal krijgen om, conform artikel 14 van het HR, haar standpunt te laten kennen over de bekendmaking van de beslissing,.

I.2. MOTIVERINGEN EN DOELSTELLINGEN VAN DE PROCEDURE

3. Na de reacties te hebben beoordeeld van de verschillende actoren en tussenkomende partijen op de adviezen 37/2006 en 47/2006 van de Commissie en 10/2006 ("WP128") van de Groep 29¹, met inbegrip van de concrete maatregelen die door SWIFT werden genomen, achtte de Commissie het, in het kader van de controle die zij - overeenkomstig artikel 37 van het HR - met betrekking tot SWIFT diende uit te voeren, het noodzakelijk de huidige aanbevelingsprocedure formeel in te leiden:

- overwegende dat de gegevensverwerkingen uitgevoerd door SWIFT, onderzocht dienden te worden in het licht van de WVP, hierbij rekening houdend met de concrete maatregelen die sedert de voormelde adviezen van de Commissie en de Groep 29 door SWIFT werden genomen en, in voorkomend geval dienden omkaderd en vergezeld te worden door aanbevelingen om de volledige naleving van de wet te verzekeren;
- gelet op de zekerheid dat de Europese autoriteiten van de Belgische autoriteiten zouden eisen dat zij alle nodige bepalingen zouden treffen opdat SWIFT zich zou schikken naar de Europese regels inzake bescherming van persoonsgegevens (eis die onder meer bevestigd werd door het schrijven dd. 23 juli 2007 van J. FAULL aan de Belgische regering);
- overwegende dat het noodzakelijk was gevolg te verlenen aan de grieven van SWIFT met betrekking tot de voormelde adviezen; SWIFT betwist dat haar een juridische kwalificatie kan worden toegekend, vermits deze kwalificatie voor haar onmiddellijke juridische gevolgen heeft (inzake verplichtingen) of haar in belangrijke mate kan treffen (onder meer haar imago en reputatie indien hieruit verwijten zouden voortvloeien), zonder dat zij voor de bevoegde instanties haar standpunt kon verdedigen; in tegenstelling tot de adviesprocedure biedt de aanbevelingsprocedure aan diegenen tot wie de aanbeveling is gericht, de mogelijkheid om tussen te komen;
- overwegende dat de nood zich meer in het algemeen stelt dat de kwesties die SWIFT aanhaalt in haar grieven worden beslecht, en de kennelijke noodzaak dat de begrippen verantwoordelijke voor de verwerking en verwerker in de zin van de WVP worden verhelderd, vooral wanneer het gaat om talrijke, complexe en verweven verrichtingen die uitgevoerd worden in het raam van permanente systemen voor verwerking en doorzending van belangrijke volumes persoonsgegevens tussen talrijke actoren en talrijke staten². In een brief van 11 september 2007 bevestigde de Nationale Bank van België het belang van

¹ Advies beschikbaar op de website van de Groep 29 op het volgende adres:

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp128_fr.pdf

² Deze problematiek werd in recente informatiebulletins voor advocaten behandeld, in de rechtsleer (zie bijvoorbeeld TREACY, B., "Current data protection issues for financial institutions- Part I: the 'controller' v 'processor' dilemma. Privacy & Data protection", volume 7, issue 6, 3-6) en in een atelier van de Internationale Kamer van Koophandel gewijd aan "la distinction entre responsable de traitement et sous-traitant en vertu de la dir. 95/46/CE", sur base notamment du "cas SWIFT" (vrije vertaling: het onderscheid tussen verantwoordelijke voor de verwerking en verwerker volgens de Richtlijn 95/46/EG, onder meer op basis van "de zaak SWIFT") (de Commissie ontving een samenvatting van de verschillende standpunten die ingenomen werden tijdens dit atelier) In dezelfde zin liet de Nationale Bank van België in een schrijven van 11 september 2007 aan de Commissie weten dat een "facteur d'incertitude au niveau des responsabilités" (vrije vertaling: onzekerheidsfactor op het niveau van de verantwoordelijkheden) onaanvaardbaar was.

zulke transparantie als volgt: "een factor van onzekerheid op vlak van de verantwoordelijkheden" is onaanvaardbaar.

II. HISTORIEK

II.1. DE ADVIEZEN VAN DE COMMISSIE EN VAN DE GROEP 29

4. In haar adviezen 37/2006 van 27 september 2006 en 47/2006 van 20 december 2006³ informeerde de Commissie de Belgische regering over haar juridische analyse en haar standpunt betreffende de verplichtingen die onder de WVP van toepassing zijn op SWIFT en de financiële instellingen, meer in het bijzonder de Belgische instellingen.

5. De Commissie was toen van oordeel dat, wat de verwerkingen van persoonsgegevens betreft in het kader van de dienst SWIFTNet Fin, SWIFT haar verplichtingen als verantwoordelijke voor de verwerking die haar krachtens de WVP zijn opgelegd, niet had nageleefd. Het betrof de niet-naleving van de aangifteplicht, de informatieplicht, en van de beperkingen bij de doorgifte van persoonsgegevens naar landen buiten de Europese Unie (artikelen 9, 17 en 21-22 WVP). Wat de mededeling van persoonsgegevens aan de UST betreft, was de Commissie van mening dat SWIFT al bij het begin had moeten beseffen en rekening had moeten houden met het feit dat, naast de toepassing van het Amerikaans recht, ook de fundamentele regels onder Europees recht dienden te worden nageleefd, in het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel, de beperkte bewaartermijn van de gegevens tot de tijd die noodzakelijk is voor vereisten van de verwerking, het transparantiebeginsel, de vereiste van onafhankelijke controle en dat er voorafgaand aan elke doorgifte buiten de Unie regels bestaan die voor het land van bestemming een passend beschermingsniveau waarborgen. De Commissie was overigens de mening toegedaan dat de bevoegde overheden⁴ van bij het begin geïnformeerd hadden moeten worden, waardoor het mogelijk was geweest op Europees vlak een oplossing uit te werken voor de mededeling van persoonsgegevens aan de UST. Deze onmiddellijke kennisgeving zou de opmaak op Europese schaal mogelijk gemaakt hebben van een oplossing die verenigbaar is met de vereisten van het Europees recht inzake persoonsgegevensbescherming waaraan SWIFT onderworpen bleef. De Groep 29 die de nationale autoriteiten van alle lidstaten van de Unie verenigt, maakte vervolgens haar standpunt bekend in een advies van november 2006⁵. Dit

³ Deze adviezen zijn beschikbaar op de website van de Commissie op het adres <http://www.privacycommission.be>

⁴ De Commissie, haar ambtsgenoten van de andere lidstaten van de Europese Unie, de Groep 29 die alle nationale autoriteiten verenigt van alle lidstaten van de Unie, de Europese controleur voor de bescherming van persoonsgegevens (EDPS) en de Europese Commissie zelf overeenkomstig de bevoegdheden die hen zijn verleend door de richtlijn 46/95/EU.

⁵ Advies beschikbaar op de website van de Groep 29 op het volgende adres:

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp128_fr.pdf

standpunt was gelijklopend met het standpunt dat de Commissie formuleerde in haar adviezen, in ieder geval betreffende de kwalificatie die aan SWIFT werd toegekend en betreffende de beoordeling van de feiten en beslissingen van het onderneming. SWIFT werd in kennis gesteld van deze verschillende adviezen.

II.2 OORZAKELIJKE FEITEN, HUN VOORGESCHIEDENIS EN HET GEVOLG DAT ERAAN WERD GEGEVEN

6. De feiten die aanleiding gaven tot de voormelde beslissingen van de Commissie en de Groep 29 zijn eveneens, maar dan eerder onrechtstreeks, de aanleiding voor deze aanbevelingsprocedure. Die feiten werden reeds in de vorige beslissingen uiteengezet. Nu blijken er echter feiten te bestaan die destijds niet werden uiteengezet, aangewend of op hun juiste waarde beoordeeld omdat ze toen ofwel niet gekend waren of omdat het onderzoek ervan destijds niet manifest noodzakelijk leek.

7. Deze vaststelling leidt nu tot een nieuwe beschrijving van de contextuele feiten en elementen. Op die manier kunnen ze in het kader van deze aanbevelingsprocedure en van het doeleinde van deze procedure worden beoordeeld.

8. Op 23 juni onthulde de *New York Times* zeer gedetailleerd dat Swift, een onderneming van Belgisch recht, die een operationeel centrum uitbaat in de Verenigde Staten, zou hebben samengewerkt met CIA en de Amerikaanse inlichtingendiensten, door gedurende meer dan 4 jaar de berichten door te sturen die wereldwijd werden uitgewisseld tussen de financiële instellingen, die aan Swift de verzending en tijdelijke archivering van hun berichten hadden toevertrouwd. Deze doorgifte werd omschreven als het belangrijkste element van een geheim regeringsprogramma voor veralgemeende controle op financiële transacties. Dit programma werd opgestart in het kader van een beleid voor veilige Verenigde Staten en werd goedgekeurd door de Amerikaanse regering maar het werd bekritiseerd omwille van de omvang van de volmachten die werden aangewend zonder respect voor de fundamentele rechten en vrijheden van personen. Deze informatie werd door de Belgische en Europese pers uitgebreid overgenomen en becommentarieerd. Een Belgische krant titelde onder meer : "Les intrusions de la CIA dans les données confidentielles", en later : "La CIA dicte sa loi en Belgique et en Europe".⁶ Een ander stelde de feiten als volgt voor: "het doorspelen van gegevens van banktransacties aan de Amerikaanse inlichtingendienst CIA", en titelde kort daarna over een mogelijke "SWIFT-gate": CIA-SWIFT aanslag op privacy".⁷

⁶ Le Soir, 26 en 28 juni 2006.

⁷ De Standaard, 27 en 29 juni 2006

9. Al heel snel bleek dat Swift geen gegevens doorstuurde aan de CIA . Ze stuurde wel kopieën van bepaalde categorieën interbancaire berichten naar het "Office of Foreign Assets Control" (OFAC), een afdeling van de administratie van de Amerikaanse schatkist (US Department of the Treasury of UST). Deze transfers werden uitgevoerd na een wettig en dwingend dwangbevel ("subpoenas") van de UST aan het filiaal van Swift die het Amerikaans operationeel centrum uitbaat. Deze opeenvolgende dwangbevelen (64 op het ogenblik dat de informatie bekend werd) werden aan Swift gericht in het kader van onderzoeken, gevoerd in de Verenigde Staten naar terrorismefinanciering en waarmee het OFAC werd belast. Naast de ingeroepen wettelijke Amerikaanse bepalingen, werden deze dwangbevelen uitdrukkelijk gerechtvaardigd met verwijzing naar de uitvoering van de verplichtingen die de Resoluties 1333 en 1373 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties opleggen aan de Staten en naar de grenzen die de navolging van deze resoluties opleggen.

10. Krachtens hoofdstuk VII⁸ van het Handvest van de Verenigde Naties, gaf de Veiligheidsraad op 15 oktober 1999 zijn goedkeuring aan Resolutie 1267. Deze Resolutie was gewijd aan de toestand in Afghanistan en de strijd tegen terroristische organisaties die opereerden vanop het grondgebied van dit land. Vervolgens keurde de Veiligheidsraad krachtens ditzelfde hoofdstuk de Resolutie 1333 goed die de geplande maatregelen en bepalingen in Resolutie 1267 bevestigden en uitbreidden en structuur gaven aan het beleid dat de Verenigde Naties op dat gebied voerde. De bepalingen van Resolutie 1333 werden vervolgens herhaaldelijk bevestigd en gepreciseerd of gemachtigd met bijkomende bevoegdheden, met name de Resoluties 1363 (30 juni 2001), 1378 (14 november 2001), 1390 (16 januari 2002), 1452 (20 december 2002), 1526 (30 januari 2004) en 1805 (20 maart 2008)⁹. De Veiligheidsraad besliste met zijn Resoluties 1267 en 1333 en de daaropvolgende resoluties met name :

(vrije vertaling)

- dat alle lidstaten maatregelen moeten nemen om onverwijld fondsen en andere financiële activa te bevriezen van Osama Bin Laden en van met hem geassocieerde individuen en entiteiten die als zodanig geïdentificeerd werden door het Comité met inbegrip van Al Qaida (...) en erop toezien

⁸ « **Hoofdstuk VII** (van het Handvest van de Verenigde Naties) - [Optreden met betrekking tot bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede en daden van agressie](#) :

Artikel 39

De Veiligheidsraad stelt vast of er sprake is van een bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede of daad van agressie, en doet aanbevelingen, of beslist welke maatregelen zullen worden genomen overeenkomstig de artikelen 41 en 42 tot handhaving of herstel van de internationale vrede en veiligheid. (...) **Artikel 41** De Veiligheidsraad kan besluiten welke maatregelen waaraan geen wapengeweld te pas komt, dienen te worden genomen om zijn besluiten ten uitvoer te brengen en kan de Leden van de Verenigde Naties oproepen om deze maatregelen toe te passen. (...)

⁹ Alle resoluties werden unaniem door de Raad goedgekeurd.

dat noch deze of enige andere fondsen en andere financiële inkomsten niet rechtstreeks of onrechtstreeks ter beschikking staan of gebruikt worden ten gunste van de bedoelde personen en entiteiten;

- om overeenkomstig artikel 28 van zijn reglement een comité van de Veiligheidsraad op te richten dat is samengesteld uit alle leden van de Raad; om dit comité te belasten bij alle lidstaten de verslagen in te zamelen over de maatregelen die zij hebben genomen als antwoord op deze resoluties zodat de daadwerkelijke uitvoering van de beslissingen van de Raad is gewaarborgd; om deze verslagen te onderzoeken en er verslag van uit te brengen aan de Raad door de voorlegging van zijn observaties en eigen aanbevelingen ter versterking van de doeltreffendheid van deze maatregelen (Resoluties 1267 en 1333); en verder nog om onverwijld de richtlijnen en criteria te publiceren om de invoering van de geplande maatregelen te vergemakkelijken (Resolutie 1390); en vervolgens, nu het mandaat van het comité is versterkt en uitgebreid, om naast de supervisie op de invoering van de vermelde maatregelen door de lidstaten (...), een centrale rol te spelen in de evaluatie van de inlichtingen die door de Raad worden onderzocht met het oog op de invoering van de daadwerkelijke maatregelen of om verbeteringen aan deze maatregelen aan te bevelen (Resolutie 1526);
- om gelet op het verband dat bestaat tussen de aankoop van wapens, de financiering van terrorisme, witwassen van geld, financiële transacties en drugsmokkel door een "comité van deskundigen op te richten (hierna 'opvolgingswerkgroep') dat het comité zal assisteren en dat belast wordt met de controle op de toepassing van de aangekondigde maatregelen (...), evenals een "ondersteunend team belast met de uitvoering van de sancties", samengesteld uit 15 leden, allen deskundig in deze materies.

11. Op 28 september 2001 keurde de Veiligheidsraad alweer krachtens Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties, de Resolutie 1373 goed, onder meer betreffende de strijd tegen de financiering van terreurdaden. Deze resolutie werd herhaaldelijk bevestigd en verduidelijkt door onder meer de Resoluties 1438 (14 oktober 2002), 1440 (24 oktober 2002) en 1450 (13 december 2002), en de reeds vermelde Resoluties 1526 en 1805¹⁰. Met zijn Resolutie 1373 besliste de Veiligheidsraad met name dat de Lidstaten :

(vrije vertaling)

¹⁰ Alle resoluties werden unaniem door de Raad goedgekeurd behalve de Resolutie 1450 (14 stemmen voor, 1 tegen).

- De financiering van terreurdaden moeten verhinderen en bedwingen en onverwijld de fondsen en bezittingen en financiële inkomsten bevroren van de personen die terreurdaden plegen of trachten te plegen;
- elkaar zoveel mogelijk moeten bijstaan bij de strafrechtelijke onderzoeken en andere procedures die betrekking hebben op de financiering van terreurdaden; bijstand moeten verlenen voor het verkrijgen van bewijzen die in hun bezit zijn en die noodzakelijk zouden zijn voor het proces; moeten zoeken naar middelen om de uitwisseling van operationele informatie op te voeren en sneller te laten verlopen;
- van zodra mogelijk deel te nemen (...) aan het Internationaal verdrag voor bestraffing van terrorismefinanciering van 9 december 1999.

12. De Veiligheidsraad besliste eveneens om een ander comité van de Raad op te richten bestaande uit al zijn leden en belast met gelijkaardige opdrachten als die van het comité van de Resoluties 1267 en 1333. In de loop van de opeenvolgende resoluties werd de samenwerking tussen deze twee officiële ondersteuningscomités verder gestructureerd en versterkt. Er wordt binnen de Veiligheidsraad regelmatig gedebatteerd over de verslagen van deze twee comités.

13. Algemeen gezien zijn de Lidstaten van de Verenigde Naties onderworpen aan de beslissingen van de Veiligheidsraad, die werden genomen krachtens Hoofdstuk VII van het Handvest en zijn zij verplicht om met elkaar samen te werken¹¹. De Veiligheidsraad verklaarde trouwens systematisch dat hij, overeenkomstig de verantwoordelijkheid die krachtens het Handvest aan hem werd toevertrouwd, vastbesloten is alle noodzakelijk maatregelen te nemen om de volle uitvoering van

¹¹ Namelijk krachtens de hiernavolgende bepalingen van het Handvest :

Artikel 24.1. Ten einde een snel en doeltreffend optreden van de Verenigde Naties te verzekeren, dragen de Leden de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid in de eerste plaats op aan de Veiligheidsraad, en stemmen zij er in toe dat de Veiligheidsraad, bij de uitvoering van de uit die verantwoordelijkheid voortvloeiende taken, in hun naam handelt

Artikel 25. De Leden van de Verenigde Naties komen overeen de besluiten van de Veiligheidsraad overeenkomstig dit Handvest te aanvaarden en uit te voeren.

(...)

Artikel 48. 1. Het optreden dat nodig is ter uitvoering van de besluiten van de Veiligheidsraad voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid geschiedt door alle Leden van de Verenigde Naties of door sommige daarvan, al naar gelang de Veiligheidsraad bepaalt. **2.** Die besluiten worden door de Leden van de Verenigde Naties rechtstreeks uitgevoerd of door middel van hun optreden in de daarvoor in aanmerking komende internationale instellingen waarvan zij lid zijn.

Artikel 49. De Leden van de Verenigde Naties werken samen ten einde elkaar wederzijds bijstand te verlenen bij het uitvoeren van de maatregelen waartoe de Veiligheidsraad heeft besloten.

zijn resoluties te waarborgen. Dit bracht een opeenvolging van resoluties teweeg die de Lidstaten steeds preciezer verplichtingen oplegden¹².

14. Op 9 december 1999 keurde de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties het Internationaal Verdrag goed ter bestrijding van de financiering van terrorisme. Dit verdrag werd vlug geratificeerd door de meeste lidstaten waaronder België en de lidstaten van de Europese Unie. Er wordt met name in bepaald :

- "elke Staat die Partij is neemt passende maatregelen, in overeenstemming met zijn nationale rechtsbeginselen, voor het identificeren, opsporen en bevriezen of in beslag nemen van alle fondsen gebruikt of bestemd voor het plegen van de in artikel 2 omschreven (terroristische) strafbare feiten (artikel 8.1.)
- "de Staten die Partij zijn verlenen elkaar de ruimst mogelijke rechtshulp bij strafrechtelijke onderzoeken of procedures (...), daaronder begrepen rechtshulp ter verkrijging van bewijs in hun bezit dat nodig is voor het proces "(artikel 12.1);
- "de Staten die Partij zijn werken samen ter voorkoming van de in artikel 2 omschreven strafbare feiten door alle uitvoerbare maatregelen te nemen, onder meer door: a) (...); (b) maatregelen die aan financiële instellingen en andere bij financiële transacties betrokken beroepsgroepen de eis stellen dat deze de meest doeltreffende maatregelen gebruiken die beschikbaar zijn" (artikel 18.1);
- "de Staten die Partij zijn werken voorts samen bij het voorkomen van strafbare feiten door het overwegen van maatregelen voor het toezicht, op instellingen voor geldtransfer (...)" (artikel 18.2) en door het voeren van "onderzoeken naar het verkeer van fondsen met betrekking tot het plegen van dergelijke strafbare feiten" (artikel 18.3.).

15. Het lijkt geen twijfel dat de dwangbevelen van UST aan Swift gegrondheid kunnen vinden in de hierboven vermelde wettelijke internationale elementen (overigens niet betwist). Er wordt bovendien ook niet aan getwijfeld dat de UST de ingewonnen informatie uit de doorgegeven berichten hebben gebruikt in het kader van de internationale politionele en juridische samenwerking, ingevoerd ter

¹² Zie hiervoor J.C. MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Travaux van CERIC Bruylant, Brussel 2006, in het bijzonder blz. 421 en volgende : "Pour la première fois de son histoire, [le Conseil de sécurité] définit une infraction international in abstracto sur le fondement du chapitre VII de la Charte, selon la logique classique du droit international", et la note 409 correspondante: "Les Etats se voient obligés d'incriminer l'infraction internationale dans leur ordre juridique interne et de mettre en œuvre certaines obligations de lutte et de coopération internationale".

bestrijding van de financiering van terreurdaden en opgelegd aan de Staten met de resoluties van de Veiligheidsraad en het Verdrag van 9 december 1999. Uit de informatie en de verslagen aan de ondersteunende teams en opvolgingswerkgroepen, opgericht met de resoluties van de Veiligheidsraad, blijkt overigens dat de Verenigde Staten zonder voorbehoud melding maakten van het toezicht dat zij hielden op de berichten van Swift, die op het Amerikaans grondgebied beschikbaar waren en dat zij dit toezicht inschreven in de operationele samenwerkingsmechanismen, die door de Verenigde Naties werden opgezet en omkaderd. Bovendien hebben de comités van de Veiligheidsraad de verslagen van de Staten beoordeeld, gesynthetiseerd en in het kader van hun opdracht, daarover aanbevelingen gedaan of richtlijnen uitgeschreven.

16. Op die manier stuurde de voorzitter van het Comité, opgericht bij Resolutie 1237, op 4 december 2002, het derde syntheserapport van de opvolgingswerkgroep door naar de voorzitter van de Veiligheidsraad. Daarin verzocht hij om dit rapport mee te delen aan alle leden en het te publiceren als officieel document van de Raad¹³. Punt 31 van het rapport benadrukt in de synthese-uiteenzetting en het overzicht der nuttige vaststellingen :

(vrije vertaling)

- "De betalingen van internationale transacties gebeuren gewoonlijk dankzij de relaties tussen corresponderende banken of als het gaat om aanzienlijke bedragen, met bericht- en betaalsystemen, zoals de systemen Swift, Fedwire of CHIPS in de Verenigde Staten. Deze internationale vereffeningscentra spelen een beslissende rol in de verwerking van internationale bancaire transacties en zijn een bron van informatie over de betalingen. De Verenigde Staten zijn begonnen met de toepassing van nieuwe controletechnieken voor de opsporing en verificatie van verdachte transacties. De Groep raadt aan dat ook andere landen gelijkaardige mechanismen invoeren."

17. Het is overigens aangewezen om kort de argumenten te herhalen die UST inroept ter rechtvaardiging van de dwangbevelen die zij aan Swift stuurde:

- Swift bewaart de kopieën van de uitgewisselde berichten tussen de financiële instellingen slechts 124 dagen in haar archiveringssysteem. Volgens UST is deze bewaartermijn veel te kort voor de behoeften van het onderzoek omdat wanneer een aanwijzing doet vermoeden dat op een bepaald ogenblik nuttige informatie vrijkomt in bepaalde uitgewisselde

¹³ Document van de Veiligheidsraad van de VN van 17 december 2002 – S/2002/1338- beschikbaar op de website van de Veiligheidsraad (vermelding van de hoedanigheid van het document in de marge bovenaan de tekst : « algemene verspreiding »).

berichten, de aanwijzing zelf nog te weinig gedetailleerd is om op datzelfde ogenblik de verdachte transactie al met precisie te kunnen identificeren. Bijgevolg is UST van oordeel dat de berichten uit die verdachte periodes moeten kunnen worden geïsoleerd, gekopieerd en behoed tegen vernietiging om dan later te kunnen worden aangewend op basis van precieze inlichtingen die later werden ingewonnen.

- Nadat Swift gedwongen gevolg gaf aan een eerste dwangbevel (uitgevaardigd onmiddellijk na de aanslagen van 11 september 2001) en waarbij werd beloofd de verkregen informatie slechts te gebruiken voor de strijd tegen de financiering van het terrorisme (waarbij ieder ander - zelfs strafrechtelijk of fiscaal - onderzoek werd uitgesloten) voor het verkrijgen van berichten met als enig kenmerk een bepaalde periode, maakte Swift toch bezwaren tegen de volgende dwangbevelen met dezelfde kenmerken omdat zij ze als disproportioneel beschouwde ten opzichte van het nagestreefd doeleinde (aangezien de periode als enig criterium onvoldoende precies en onvoldoende gemotiveerd is; omdat er te weinig garanties waren dat de beperkingen op het gebruik van de informatie gerespecteerd zullen worden en ook gelet op de frequentie van de volgende dwangbevelen en dus de hoeveelheid informatie die erbij betrokken is in verhouding tot het gebrek aan een formele omkadering en controle).
- Eerder dan de problematiek aan een rechtbank voor te leggen, trof UST voor Swift een reeks omkaderingsmaatregelen voor de doorgifte van de betrokken berichten en de controle op het gebruik ervan. Deze maatregelen werden toegelicht in de vorige adviezen van de Commissie en zullen hierna opnieuw worden aangehaald op het ogenblik dat, in het kader van deze procedure, de reikwijdte ervan onderzocht wordt. Swift was van mening dat het met deze garanties de wettelijkheid van de dwangbevelen niet langer gerechtelijk kon aanvechten (voor wat de eventuele disproportionaliteit betrof). Swift was na onderzoek en juridische raadpleging van mening dat deze garanties superieur waren aan de garanties die een rechtsmacht had kunnen bieden.
- Algemeen gezien hadden deze garanties betrekking op: **(1)** een strikte definitie over het begrip terrorisme, gebaseerd op de bepalingen van het relevant internationaal recht; **(2)** voorhanden zijn van bijkomende initiële aanwijzingen ter ondersteuning van het dwangbevel i.p.v. alleen een bepaalde periode in de tijd in te roepen; **(3)** het feit dat slechts bij heel

precieze aanwijzingen (namen) en gerechtvaardigde vermoedens (voorafgaande inlichtingen vanuit andere bronnen) de berichten worden ingekeken en het feit dat de informatiewinning wordt beperkt tot wat deze aanwijzingen aan het licht brachten en alleen voor antiterroristische onderzoeken wordt gebruikt ; **(4)** het feit dat vooraleer de onthulde informatie wordt gebruikt, met name door een rechtsmacht of in een officiële akte, ze door andere bronnen moet worden bevestigd (gewoonlijk door de financiële instellingen die de berichten versturen of ontvangen); **(5)** de oprichting van een onafhankelijke audit, bijkomend voorzien van een systeem van **(6)** permanente controle van de geraadpleegde berichten die UST bijhoudt en de rechtmatigheid van de ingeroepen aanwijzingen en **(7)** het blokkeren van de toegang tot de berichten in geval van twijfel en problemen.

Opmerkingen ("Representations") en unilaterale verbintenissen van het Department of Treasury van de Verenigde Staten

18. Op 20 juli 2007 publiceerde het Publicatieblad van de Europese Unie samen met een verklaring van de Franse delegatie, het commentaar van de UST (Representations) over de unilaterale verbintenissen en het antwoord van de Europese Commissie en de Raad van de Europese Unie¹⁴. Met deze wederzijdse verbintenissen formaliseren en garanderen de voorwaarden waaraan de dwangbevelen van de UST gericht aan SWIFT moeten voldoen maar ook de beperkingen op het gebruik en de bewaring van de gegevens die de Amerikaanse administratie via deze weg inzamelde. Met uitzondering van de gedetailleerde omschrijving van de bewaartermijn van de doorgegeven berichten, stemmen deze vastgelegde regels overeen met de garanties die Swift eerder al kreeg. Naast de bestaande audits en controles geven de "Representations" toestemming voor een controle op de naleving van deze regels door een onafhankelijk "eminent European person". Deze referentiepersoon werd onlangs aangesteld en zal worden bijgestaan door een ploeg medewerkers. Hij kreeg een verhoudingsgewijs consequent en gedetailleerd mandaat toebedeeld (betreffende de omvang van de opdracht, het onderzoeksveld waarin hij mag opereren en de bevoegdheden die hem werden verleend).

III. HET STANDPUNT EN DE ARGUMENTEN VAN SWIFT

¹⁴ PB, volume 50, c.166, blz. 17 tot 27. Er volgde een publicatie in de Verenigde Staten op 23 oktober 2007 (Federal Register, Vol. 72, Nr. 204, blz. 600054).

III.1. TIJDENS DE HOORZITTING VAN 17 SEPTEMBER 2007

19. In het raam van de procedure die tot onderhavige aanbeveling geleid heeft, kreeg SWIFT , een eerste keer de gelegenheid haar standpunt voor de Commissie toe te lichten. De hiernavolgende paragrafen zijn een synthese van de door SWIFT ontwikkelde argumentering met betrekking tot drie vragen :

- het naleven van de regels inzake grensoverschrijdende doorgifte van gegevens (III.1.)
- het naleven van de informatieplicht (III.2.)
- het naleven van de aangifteplicht (III.3.)

20. SWIFT beschouwt zichzelf als verwerker (in de zin van artikel 16 van de WVP) voor haar klanten, zijnde de financiële instellingen, en dit zowel voor de persoonsgegevens van de klanten van deze laatste die vervat zijn in de berichten die via de dienst SWIFTNetFIN worden verstuurd, als voor persoonsgegevens die ingevolge dwangbevelen van de Amerikaanse schatkist (UST) worden doorgegeven.

III.1.1. WAT DE NALEVING BETREFT VAN DE REGELS MET BETREKKING TOT DE GRENSOVERSCHRIJDENDE DOORGIFTE VAN GEGEVENS (ARTIKELEN 21 EN 22 WVP)

21. SWIFT vermeldt dat er ingevolge haar toetreding op 19 juli 2007 tot het Veiligheidsbeginselen geen twijfel meer kan over bestaan dat de doorgifte van gegevens, die haar zijn toevertrouwd in het raam van de dienst SWIFTNetFIN, volkomen wettig is vermits haar verbintenis tot het naleven van de Veiligheidsbeginselen toelaat om een passende bescherming te bieden aan deze gegevens in het raam van hun doorzending naar de Verenigde Staten overeenkomstig de beslissing van de Europese Commissie 2000/520/EG van 26 juli 2000. Bijgevolg is, volgens SWIFT, op dit punt geen aanbeveling noodzakelijk.

III.1.2. WAT DE NALEVING VAN DE INFORMATIEPLICHT BETREFT (ARTIKEL 9 WVP)

22. SWIFT merkt op dat het overeenkomstig artikel 9 van de WVP de verantwoordelijke voor de verwerking is die de betrokkenen dient in te lichten over de verwerking van hun gegevens. Als verwerker die in het raam van de dienst SWIFTNetFIN optreedt voor rekening van haar klanten (de financiële instellingen) zou SWIFT dus wettelijk niet gebonden zijn door een dergelijke verplichting.

23. SWIFT merkt op dat zij, zonder afbreuk te doen aan deze stelling, twee informatiekkanalen heeft opgezet: een eerste beoogt haar klanten (de financiële instellingen) te informeren met name door haar policies, en een tweede beoogt de informatie van het publiek in het algemeen via haar website.

24. SWIFT besluit dat de gedetailleerde informatie die zij verstrekt aan haar klanten (financiële instellingen) deze laatsten toelaat hun eigen klanten op passende wijze te informeren. De "policies" en de online Vragen/Antwoorden (zie punt II.1.2 alsook hieronder) verduidelijken in dit opzicht onder meer dat de financiële instellingen aan hun eigen klanten informatie moeten verstrekken aangaande de verwerking van hun persoonsgegevens.

25. *Informatie op de website van SWIFT* – SWIFT heeft op haar website de verschillende hierboven vermelde "policies" toegankelijk gemaakt voor het publiek alsook bijkomende uitleg verschaft over de dwangbevelen van de Amerikaanse schatkist voor zover deze informatie openbaar is. Een lijst met de meest gestelde Vragen/Antwoorden (vestiging van de operationele centra, reden voor de redundantie van de gegevens, door SWIFT voorziene veiligheidsmaatregelen) werden eveneens gepubliceerd op haar website.

26. SWIFT voegt hier aan toe dat zij in de *praktische onmogelijkheid* verkeert om rechtstreeks de personen te informeren waarvan gegevens vervat zijn in berichten die zij verstuurt voor rekening van haar klanten en dit om volgende redenen:

- SWIFT beschikt niet over de mogelijkheid om de betrokkenen rechtstreeks te informeren over de verwerking van hun gegevens vermits zij, in tegenstelling tot haar klanten (financiële instellingen), niet met de betrokkenen in contact staat.
- Rechtstreeks informeren zou betekenen dat SWIFT alle door haar klanten verstuurd berichten zou moeten openen om na te gaan of het bericht al dan niet een natuurlijke persoon betreft en er vervolgens de gegevens van die persoon zou moeten uithalen om die persoon te kunnen contacteren. Op dit ogenblik beschikt SWIFT niet over de noodzakelijke instrumenten om automatisch de gegevens te recupereren van de personen waarvan de persoonsgegevens zouden verwerkt worden in de berichten die door haar klanten worden verstuurd. Het voorzien van een dergelijke zoekmachine zou aanzienlijke ontwikkelingskosten met zich brengen en zou SWIFT verplichten om meer persoonsgegevens te verwerken dan noodzakelijk is voor het leveren van haar berichtendienst, wat strijdig zou zijn met de WVP en in tegenspraak met de belangen van de betrokkenen. Een dergelijke procedure zou volgens haar buiten alle proportie zijn ten opzichte van het beoogde doeleinde.

- Rechtstreeks informeren van de betrokkenen zou bovendien overbodig zijn vermits de financiële instellingen die klant zijn van SWIFT reeds uitgerust zijn om de noodzakelijke informatie aan hun klanten te verstrekken vermits zij hiermee rechtstreeks in contact staan.

27. SWIFT vermeldt eveneens dat gedetailleerde informatie betreffende de mededeling en de verwerking van gegevens door de Amerikaanse schatkist (UST) opgenomen is in de brief die gericht werd aan de Europese Commissie en de Raad van Europa en die gepubliceerd werd in het *publicatieblad* van de Europese Unie. Vanuit een bekommernis van transparantie heeft SWIFT op haar website eveneens een hyperlink voorzien naar deze documenten (zie hierna).

28. Gelet op wat voorafgaat besluit SWIFT dat zij alle maatregelen genomen heeft die tot haar mogelijkheden behoorden om alle partijen volledig te informeren, zowel wat betreft haar SWIFTNetFIN dienst als wat de gegevensoverdracht naar de Amerikaanse Schatkist betreft. Bijgevolg is op dit punt dan ook geen enkele aanbeveling noodzakelijk.

III.1.3. INZAKE DE AANGIFTEPLICHT – DE HOEDANIGHEID VAN VERWERKER VAN SWIFT (ARTIKEL 17 WVP)

29. SWIFT geeft toe dat zij de verwerkingen *die uitgevoerd werden in het raam van haar SWIFTNetFIN dienst* niet heeft aangegeven vermits zij, volgens haar, in het raam van deze dienst optreedt als verwerker voor rekening van haar klanten. Zij zou er dus niet toe gehouden zijn een aangifte te doen in toepassing van artikel 17 van de WVP vermits krachtens deze bepaling de verantwoordelijke voor de verwerking de verwerkingen die hij uitvoert moet aangeven bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

30. SWIFT voegt hier aan toe dat zij er evenmin toe gehouden is de doorzending van gegevens naar de Amerikaanse schatkist aan te geven. Zij werd wettelijk verplicht deze gegevens door te geven aan de Amerikaanse schatkist die hierom heeft gevraagd om ze te verwerken in het raam van de strijd tegen het terrorisme. Vermits SWIFT niet tussenkwam bij de bepaling van dit doeleinde, noch in de bepaling van de bij de verwerking toegepaste middelen, is zij evenmin verplicht deze aan te geven. SWIFT voegt hier aan toe dat zij, vermits zij geen financiële instelling is, niet onderworpen is aan 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*. Bijgevolg was zij ook niet verplicht om deze verwerkingen, die uitgevoerd worden voor "compliance" doeleinden, aan te geven.

31. SWIFT baseert haar redenering dat zij geen verantwoordelijke voor de verwerking is, noch in het raam van de SWIFTNetFIN dienst, noch in het raam van de doorzending van de gegevens naar de Amerikaanse schatkist, op de volgende argumenten :

- SWIFT bepaalt niet de doeleinden van de verwerking:

In het raam van de SWIFTNetFIN dienst worden deze doeleinden – zijnde, volgens SWIFT, de doorzending van betalingsopdrachten of andere financiële verrichtingen onder een vorm die hun leesbaarheid verzekert voor de betrokken actoren, ongeacht hun geografische locatie – bepaald door de klanten van SWIFT, zijnde de financiële instellingen.

In dit opzicht herinnert SWIFT eraan dat zij slechts een beperkte toegang heeft tot de inhoud van de berichten die zij doorzendt. Zij beperkt er zich toe op een geautomatiseerde wijze hun overeenstemming na te gaan met de toepasselijke standaarden teneinde een leesbare communicatie te verzekeren tussen de betrokken financiële instellingen.

In het raam van de mededeling van gegevens aan de Amerikaanse schatkist stelt SWIFT dat niet zij, maar de Amerikaanse overheid, de doeleinden van de mededeling en de verwerking van de gegevens bepaalt, zijnde het identificeren van elementen die bijdragen in de strijd tegen het terrorisme.

- SWIFT bepaalt niet de middelen van de verwerking:

In het raam van de SWIFTNetFIN dienst- verduidelijkt SWIFT meteen dat de opstelling van haar dienst en zijn ontwikkeling (bijvoorbeeld het op punt stellen van de aangewende standaarden die noodzakelijk zijn voor het versturen van informatie voor de uitvoering van financiële verrichtingen, het beginsel van de redundantie van de operationele centra om veiligheidsredenen) uitgedacht werden door de financiële instellingen zelf of op hun vraag, om hen toe te laten de communicatie op te zetten die noodzakelijk is voor het uitvoeren van een financiële verrichting. SWIFT voegt hieraan toe dat het nemen van bepaalde beslissingen wat betreft de opzet en de architectuur van haar diensten geen afbreuk doet aan haar hoedanigheid van verwerker. SWIFT verwijst in dit verband naar artikel 16 van de WVP dat niet uitsluit dat een verwerker keuzes maakt inzake noodzakelijke modaliteiten – zoals de veiligheidsmaatregelen – om de verwerking uit te voeren in naleving van de wet. Zo zou ook de bepaling van sommige middelen, in het raam van de verzending van de door haar klanten toevertrouwde gegevens, van SWIFT geen verantwoordelijke voor de verwerking maken vermits SWIFT de doeleinden niet heeft bepaald.

In het raam van de mededeling van gegevens aan de Amerikaanse schatkist, onderstreept SWIFT dat de Amerikaanse schatkist autonoom beslist welke middelen hij zal aanwenden om de gegevens te verwerken die zij genoopt is hem mee te delen.

32. SWIFT verdedigt daarentegen de stelling dat zij optreedt als verwerker voor rekening van de financiële instellingen (klanten).

33. Zij steunt hiervoor op de contractuele documentatie met betrekking tot de SWIFTNetFIN dienst en haar verschillende "policies" krachtens dewelke zowel haar opdracht als verwerker als het feit dat zij uitsluitend gemachtigd wordt om op te treden in opdracht van de verantwoordelijke voor de verwerking, worden beschreven en erkend (artikel 4.5.3. van de algemene voorwaarden van SWIFT, afdelingen 3.1. en 3.2. van de Personal Data Protection Policy). In het raam van de SWIFTNetFIN dienst bestaat de rol van SWIFT er in feite in berichten te versturen voor rekening van haar klanten. De door SWIFT genomen maatregelen dienen om de veiligheid van de haar toevertrouwde verwerking te verzekeren, hetgeen overeenkomstig artikel 16 van de WVP de belangrijkste rol is van een verwerker. SWIFT voegt hier eveneens aan toe dat zowel de vertegenwoordigers van de banken die hebben deelgenomen aan de werkgroep waarin de reeds vermelde "policies" werden herzien, als de Belgische Federatie van de financiële sector (FEBELFIN) in naam van de Belgische banken, bevestigen dat SWIFT een verwerker is.

34. Op soortgelijke wijze zou het feit dat SWIFT garanties heeft gekregen van de Amerikaanse schatkist op geen enkele manier aantonen dat SWIFT haar rol van verwerker te buiten zou zijn gegaan. Bijgevolg meent SWIFT dat zij zich gehouden heeft aan haar verplichting om ervoor te zorgen dat de haar toevertrouwde gegevens verwerkt worden onder optimale veiligheidsvoorwaarden.

35. Tenslotte stelt SWIFT dat SWIFTNetFIN een eenvoudige transportdienst is die op zich geen verwerking van persoonsgegevens vergt.

36. SWIFT zou echter niet kunnen overwegen om de velden met de identiteit van de opdrachtgevers of de begunstigen te verwijderen vermits deze velden het gevolg zijn van een verplichting die opgelegd wordt door de GAFI (Groupe d'Action Financière), bekrachtigd door de *Verordening (EG) nr. 1781/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 november 2006 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie over de betaler.*

37. SWIFT onderstreept overigens dat de nationale overheden inzake gegevensbescherming het niet eens zijn over de kwalificatie van SWIFT. Zij citeert in dit verband een advies van het Spaanse Agentschap voor de gegevensbescherming¹⁵ waarin men volgens haar tot het besluit komt dat SWIFT in het raam van haar SWIFTNetFIN dienst een verwerker is die optreedt voor rekening van haar klanten. SWIFT citeert eveneens adviezen van de autoriteit voor gegevensbescherming van Schleswig-Holstein in Duitsland en van de Oostenrijkse commissie voor gegevensbescherming¹⁶ krachtens dewelke SWIFT zou erkend zijn als "verwerker". SWIFT baseert zich ook op een brief die dateert van voor de aanneming van de Richtlijn 95/46/EG (18 juli 1994) waarin als antwoord op een bekommernis die inzake deze problematiek geuit was door de Europese bankenfederatie, de heer R. Vanni d'Archirafi (Directie generaal XV) verduidelijkte dat de rol van tussenkomende banken bij een transfer die noodzakelijk is voor de uitvoering van een betalingsopdracht deze zou kunnen zijn van *"d'agents traitants agissant dans le cadre d'un contrat dont l'objet est déterminé et tenues à des obligations de sécurité"*. (vrije vertaling: verwerkers die optreden in het raam van een welbepaalde overeenkomst en die gehouden zijn door veiligheidsverplichtingen).

38. SWIFT legt eveneens de nadruk op de risico's die verbonden zijn aan de kwalificatie van verantwoordelijke voor de verwerking. SWIFT zou, in de hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking, verplicht kunnen worden een instrument te ontwikkelen dat voor alle berichten die haar worden toevertrouwd toelaat de identiteit van de betrokkenen te achterhalen teneinde haar verplichtingen na te komen inzake de verificatie van de kwaliteit en de proportionaliteit van de gegevens, de kennisgeving aan de betrokkenen en de regeling van hun recht op toegang. Zodoende zou SWIFT meer gegevens verwerken dan noodzakelijk is voor de uitvoering van haar berichtendienst wat strijdig is met de geest van de WVP zelf.

39. Tenslotte ontwaart SWIFT ook enkele praktische problemen met haar klanten indien zij bestempeld zou worden als verantwoordelijke voor de verwerking:

- Vermits zij geen toegang heeft tot de persoonsgegevens die opgenomen zijn in de berichten die zij verstuurt zou SWIFT niet bij machte zijn om haar verplichtingen als verantwoordelijke voor de verwerking na te komen. SWIFT zou niet kunnen nagaan of de gegevens toereikend, ter zake dienend en niet overmatig zijn ten opzichte van het doeleinde van de verwerking (artikel 5 van de WVP); SWIFT zou de betrokkenen niet individueel in kennis kunnen stellen (artikel 9 van de WVP) en zou in de onmogelijkheid verkeren om een gevolg te verlenen aan een vraag om toegang die zij zou ontvangen (artikel 10 van de WVP);

¹⁵ Agencia española de protección de datos, Resolución de archivo de actuaciones, Expediente n° E/00797/2006, 27 julio 2007.

¹⁶ Datenschutzkommission, réf: K121.245/0009-DSK/2007, 21 mars 2007, Ruling of the Data Protection Commission to SWIFT SCRL

- Het door de Commissie op haar website ter beschikking gestelde aangifteformulier vereist dat wanneer er verschillende verantwoordelijken zijn voor eenzelfde verwerking, zoals dit het geval is in het raam van de SWIFTNetFIN dienst, de aangifte door alle verantwoordelijke samen zou ingediend worden.

40. Rekening houdend met deze moeilijkheden vraagt SWIFT, in ondergeschikte orde, dat de Commissie op een redelijke, precieze en praktische wijze **(1)** de wettelijke verplichtingen van een verantwoordelijke voor de verwerking zou aanduiden waaraan SWIFT zou moeten beantwoorden, rekening houdend met de voormelde beperkingen en het feit dat deze verplichtingen gedragen kunnen worden door de financiële instellingen en **(2)** de grote lijnen zou aanduiden van de aangifte die zij zou aanbevelen.

III.2. TIJDENS DE HOORZITTING VAN 8 OKTOBER 2008

41. Sinds de eerste hoorzitting van SWIFT hebben talrijke vergaderingen plaatsgevonden, met name met de rapporteur. Documenten die tot nu toe niet beschikbaar waren, konden worden ingekeken en een grondigere analyse werd uitgevoerd die thans steunt op een betere kennis, begrip en beoordeling van de feiten.

42. SWIFT neemt akte van deze resultaten. Volgens het bedrijf vormen de conclusies van de rapporteur een onlosmakelijk geheel van alle de juridische consequenties die erin worden beschreven, in het bijzonder wat de verantwoordelijkheden en verplichtingen betreft van de verschillende actoren, zowel individueel als collectief. Mocht de Commissie beslissen om de conclusies van de rapporteur hetzij gedeeltelijk, hetzij in hun geheel niet te volgen, dan zou SWIFT hierover graag geïnformeerd worden teneinde te kunnen onderzoeken en met de Commissie te debatteren op basis van de positie die werd ontwikkeld in zijn verkoopsargumenten van 7 december 2007, alvorens de beslissing van de Commissie definitief en a fortiori openbaar wordt.

III.2.1. Analyse van de conclusies van de rapporteur

(A) Doel van de procedure en erkenning van de initiatieven van SWIFT

43. In het raam van de onderhavige aanbevelingsprocedure heeft SWIFT meteen in zijn stellingname van 7 september 2007 het feit onderstreept dat zij alle binnen zijn mogelijkheden liggende maatregelen had genomen om zich te schikken naar de verplichtingen die de CBPL haar wenste op te leggen, hierbij evenwel onderstrepdend dat hij in zijn hoedanigheid van onderaannemer

hiertoe wettelijk niet verplicht was. Deze maatregelen worden herinnerd in de conclusies van de rapporteur.

44. Rekening houdend met deze elementen, neemt SWIFT er akte van dat de rapporteur de aangifte van de verwerking van persoonsgegevens bij de CBPL aanduidt als enige nog door SWIFT te vervullen formaliteit om zich volledig te schikken naar de WVP (punten 29 en 210 van de conclusies van de rapporteur). De rapporteur verduidelijkt de bijzondere omstandigheden waarin dergelijke aangiften aangewezen zijn.

45. Bijgevolg meent SWIFT dat het niet relevant is om nieuwe argumenten te ontwikkelen als antwoord op vroegere beweringen van de CBPL wat betreft de naleving van de verplichting tot kennisgeving en de bepalingen betreffende de doorgifte waarvoor SWIFT, voor zover nodig, verwijst naar zijn argumenten van 7 september 2007.

(B) Beschrijving van de verwerkingen van persoonsgegevens in het raam van de door SWIFT geleverde diensten

46. SWIFT geeft aan dat vijf categorieën van verwerkingen werden door de rapporteur geïdentificeerd:

- De door de banken voor hun eigen rekening uitgevoerde verwerkingen;
- De door SWIFT uitgevoerde verwerkingen voor rekening van zijn gemeenschap van de gebruikers van haar diensten;
- De door SWIFT uitgevoerde verwerkingen op individuele aanvraag voor rekening van een specifieke gebruiker (veiligheidskopie voor de bank ingeval van ramp);
- De door SWIFT uitgevoerde verwerkingen voor het verstrekken van informatie over de financiële transacties;
- De door SWIFT uitgevoerde verwerkingen om te beantwoorden aan de dwingende bevelen die wettelijk aan hem worden gericht door een bevoegde overheid (debat over de Amerikaanse *subpoenae* (dagvaardingen))

47. Wat de verwerkingen betreft die gebeuren ingevolge de dwingende bevelen van de overheid neemt SWIFT akte van de conclusies van de rapporteur die stellen dat de wet op de verwerking van persoonsgegevens hierop niet van toepassing is, hierbij betwistend dat dienaangaande het bedrijf zou kunnen beschouwd worden als verantwoordelijke voor de verwerking.

(C) Het doeleinde van de verwerkingen

48. SWIFT merkt op dat de rapporteur aan het einde van een lange analyse tot het besluit komt dat:

- de verwerkingen van de eerste drie categorieën bijdragen tot de zekerheid van de financiële transacties door de automatische en gestandaardiseerde doorgifte van geïntegreerde en onmiddellijk bruikbare informatie;
- de verwerkingen van de 4^{de} categorie het verstrekken van algemene informatie over de financiële transacties beogen;
- het doeleinde van de verwerkingen die vallen onder de 5^{de} categorie is het voldoen aan de wettelijke verplichting (in voorliggend geval de Amerikaanse) waartoe de verantwoordelijke voor de verwerking is gehouden. Op dit laatste punt deelt SWIFT de analyse van de rapporteur niet volledig.

(D) De kwalificatie van de tussenkomende partijen en de verantwoordelijkheid voor de verwerkingen

SWIFT vat als volgt haar begrip samen van de door de rapporteur aangewezen kwalificatie van de tussenkomende partijen en verantwoordelijkheid voor de verwerkingen.

- **De financiële instellingen**

49. Wanneer zij optreedt als bank van de opdrachtgever, als bank van bestemming of als bank die een kopie van de boodschap vraagt, treedt de financiële instelling op als verantwoordelijke voor de verwerking. Vermits deze kwestie niet het onderwerp vormt van de aanbeveling zal zij hier niet verder worden onderzocht.

De financiële gemeenschap van gebruikers van SWIFT

50. De rapporteur heeft het in de schoot van SWIFT en zijn gemeenschap van gebruikers bestaande beslissingsproces grondig geanalyseerd om na te gaan wie uiteindelijk de doeleinden en de middelen van de verwerking bepaalt teneinde de verantwoordelijke van elke verwerking te kunnen identificeren.

51. De rapporteur herkent een mechanisme van gemeenschappelijk maken van oplossingen waarmee men aan gedeelde noden wil voldoen, waarvan SWIFT de ultieme uiting is. Zijn analyse laat hem toe een werkelijke "belangengemeenschap" vast te stellen die stilzwijgend en informeel werd opgericht en waarvan de collectieve werkingsregels werden vastgesteld, in de praktijk omgezet en nageleefd sedert meer dan 30 jaar.

52. De rapporteur besluit hieruit dat SWIFT de beslissingen van deze gemeenschap uitdrukt en er gestalte aan geeft en optreedt vanuit een werkelijke feitelijke afvaardiging bij ontstentenis. Volgens de

rapporteur zijn de gemeenschappelijke verwerkingen die toegepast worden op alle berichten waarvoor de financiële gemeenschap van klanten van SWIFT verantwoordelijk is de volgende:

- decoderen en lezen van berichten met het oog op authenticatie;
- validering (aanwezigheid van verplichte inhoud en leesbaarheid van het bericht) en certificeren van hun integriteit;
- hercodering en nieuwe decodering met het oog op een laatste codering aan de hand van een sleutel die bezorgd wordt aan de bank van bestemming;
- duplicering en doorgifte naar het verwerkingscentrum in de Verenigde Staten en verwerking van het volledige proces in duplicaat (resilience);
- archivering gedurende 124 dagen in de twee verwerkingscentra;
- vernietiging van de kopieën in het archief na 124 dagen.

53. SWIFT wijst erop dat deze analyse wordt bevestigd, onder meer in de inleiding van zijn jaarverslag 2007, getiteld "Community inspired", en stelt "*We act as the catalyst that brings the financial community together to work collaboratively to shape the market practice, define standards and consider solutions to issues of mutual concern and interest*". Deze inleiding weerspiegelt het sociale doel van SWIFT.

53. SWIFT individueel

54. SWIFT herinnert eraan dat de rapporteur op het einde van zijn analyse besluit dat de enige verwerkingen waarvoor SWIFT over een echte beoordelingsbevoegdheid beschikt, deze zijn die het bedrijf uitvoert met tijdelijk gearchiveerde gegevens, voor doeleinden die niet rechtstreeks verbonden zijn aan de uitvoering van financiële transacties of hun beveiliging. In dit opzicht maakt hij het volgende onderscheid:

55. **(1)** Extractie en anonimisering van gegevens voor het verstrekken van informatie over de financiële transacties: de modaliteiten voor de verwerkingen van gegevens in dit kader zijn, in overleg met de gebruikers, bepaald in de Data Retrieval Policy die stelt dat SWIFT in dit kader enkel anonieme gegevens verwerkt. Wat deze occasionele verwerkingen betreft verzet SWIFT er zich niet tegen om bestempeld te worden als verantwoordelijke voor de verwerking.

56. **(2)** Mededeling van gegevens als antwoord op een dwingend bevel: SWIFT onderstreept dat op dit punt het standpunt van het bedrijf en de conclusies van de rapporteur verschillen. SWIFT verwerpt inderdaad de hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking voor deze verwerkingen. SWIFT stelt dat zelfs indien deze voorzien en omkaderd worden door de Data Retrieval Policy, zij hiervan niet de doeleinden noch de middelen bepaalt.

57. Hoewel SWIFT bij zijn standpunt blijft dat de kwalificatie verantwoordelijke voor de verwerking foutief is in deze context, stelt zij de beperkte gevolgen vast van deze kwalificatie zoals deze blijken uit de conclusies van de rapporteur. Zonder enige nadelige erkenning besluit SWIFT hieruit het gebrek aan relevantie van deze kwalificatie vermits de rapporteur aanvaardt dat de gegevens worden doorgegeven aan de Verenigde Staten en dat de WVP, wat de latere verwerkingen betreft die noodzakelijk werden ingevolge de dwingende bevelen van de Amerikaanse schatkist, niet van toepassing is (met alle gevolgen die een dergelijke vaststelling met zich brengen, onder meer het feit dat geen enkele aangifte vereist is).

(E) De verplichtingen van de verschillende actoren

58. SWIFT herinnert eraan dat de rapporteur, na de verantwoordelijkheid voor iedere verwerking te hebben bepaald, zich heeft ingespannen om op een pragmatische wijze de verplichtingen te omschrijven van alle actoren in het raam van de verschillende geïdentificeerde verwerkingen.

- **De verplichtingen ten laste van de financiële instellingen**

59. Vermits de aanbeveling niet gericht wordt aan de financiële instellingen worden hun verplichtingen niet in detail onderzocht. Iedere bank blijft onderworpen aan de nationale wetgeving die op haar van toepassing is.

- **De verplichtingen ten laste van de gemeenschap van gebruikers van SWIFT**

60. Volgens de rapporteur moet SWIFT beschouwd worden als de feitelijke afgevaardigde van de financiële gemeenschap van zijn klanten-gebruikers. SWIFT wijst erop dat de rapporteur uitdrukkelijk vermeldt dat de bedoelde afvaardiging er een is bij ontstentenis. SWIFT dient enkel te voldoen aan de verplichtingen waartoe de financiële gemeenschap is gehouden voor zover de leden van deze gemeenschap hier niet zelf kunnen aan voldoen.

61. SWIFT merkt op dat het van bij zijn argumenten van 2007 heeft aangegeven niet in de mogelijkheid te verkeren om te voldoen aan een verplichting die een rechtstreeks contact met de betrokkenen vergt (en in het bijzonder een antwoord te verstrekken op een vraag van een betrokkene om toegang te krijgen tot zijn gegevens) vermits zij over geen enkel middel beschikt om in de berichten die zij verwerkt gegevens terug te vinden die de identificatie van een betrokkene toelaten. Indien SWIFT ertoe zou gehouden zijn op dit punt te voldoen aan de verplichtingen van de financiële gemeenschap, dan zou zij een instrument moeten ontwikkelen dat toelaat om de overeenstemmende identificatiegegevens te lokaliseren en te beheren, zijnde een instrument dat

indringender is dan het huidige op het gebied van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de persoonsgegevens. SWIFT vermeldt eveneens dat een dergelijk systeem ongetwijfeld door de banken zou verworpen worden. Waarom deze verplichtingen overigens ten overvloede opleggen aan een afgevaardigde, vermits de banken reeds individueel hieraan voldoen?

62. De rapporteur heeft de verschillende verplichtingen van de financiële gemeenschap van gebruikers van SWIFT overlopen, met inbegrip van de doorgifte van gegevens buiten de Europese Unie, om tot de conclusie te komen dat de enige verplichting die in de praktijk niet wordt nageleefd door de financiële instellingen van deze gemeenschap de verplichte aangifte zou zijn van de verwerkingen waarvoor deze gemeenschap verantwoordelijk is. De rapporteur heeft dus voorgesteld dat SWIFT deze aangifte zou doen voor rekening van deze gemeenschap. SWIFT heeft hiertoe een ontwerp van aangifte opgesteld en verklaart zich bereid deze formaliteit te vervullen in naam van de financiële gemeenschap voor zover de Commissie bevestigt dat deze verplichting de enige is die SWIFT nog moet vervullen in deze hoedanigheid.

- **De verplichtingen van SWIFT**

63. **(1) Extractie van de gegevens en anonimisering met het oog op het verstrekken van informatie over de financiële transacties:**

SWIFT merkt op dat de rapporteur meent dat deze verrichtingen voldoen aan de door de Koning krachtens de wet gestelde voorwaarden voor latere verwerkingen. De rapporteur verduidelijkt bovendien dat het recht op toegang, verbetering en verzet niet denkbaar is met betrekking tot anonieme gegevens. SWIFT besluit hieruit dat behalve de verplichte aangifte, volgens de rapporteur de eventuele andere verplichtingen van de WVP ofwel reeds werden nageleefd, ofwel gewoonweg niet kunnen toegepast worden ofwel een uitzondering genieten. Dit is met name het geval voor de verplichte individuele kennisgeving die in ieder geval voor SWIFT ondenkbaar is, in de mate dat een dergelijke individualisering overmatig zou zijn ten opzichte van het doel van de bescherming. SWIFT herhaalt dat het vanuit een bekommernis van transparantie algemene informatie dienaangaande heeft gepubliceerd op zijn website.

64. **(2) Mededeling van de gegevens als antwoord op een dwingend bevel:**

SWIFT onderstreept dat de rapporteur tot de conclusie komt dat de mededeling van gegevens aan de Amerikaanse schatkist (UST) niet meer onderworpen is aan de verplichtingen van de WVP ingevolge de kwalificatie zelf van deze doorgifte. SWIFT is in dit opzicht bijgevolg aan geen enkele verplichting van de WVP onderworpen en dus dient er in dit kader geen enkele aangifte gedaan te worden bij de CBPL.

(F) Analyse betreffende de mededeling van gegevens aan de Amerikaanse schatkist

65. SWIFT benadrukt dat de mededelingen van gegevens werden uitgevoerd ingevolge wettelijke en dwingende bevelen. Zodoende beantwoorde SWIFT zowel aan een Amerikaanse verplichting als aan een internationale (resoluties van de Verenigde Naties). SWIFT herinnert aan de beschermingen en waarborgen die verkregen werden vanwege de UST en die bevestigd werden in de "Representations" ten opzichte van de Europese Unie.

66. SWIFT is het niet eens met een van de punten die uiteengezet worden door de rapporteur wanneer hij van oordeel is dat de Veiligheidsbeginselen (Safe Harbor) op zich geen passende bescherming bieden voor een doorgifte van gegevens en dat het noodzakelijk is deze aan te vullen met andere waarborgen, in onderhavig geval de "Representations" van de UST.

67. Quid, volgens SWIFT, indien anderen toegang tot deze gegevens zouden vragen? Het antwoord op deze vraag vergt een politieke beslissing die de bevoegdheid van SWIFT overstijgt en evenmin behoort tot de bevoegdheden van de CBPL.

68. SWIFT herhaalt hier zijn wens om geen polemiek aan te gaan over zaken uit het verleden. Het voegt er evenwel aan toe dat het gepoogd heeft om zich te schikken naar de wet toen het bevelen ontving in het verlengde van de aanslagen van 11 september 2001. Het verwerkingscentrum in de Verenigde Staten werd overigens opgericht in tempore non suspecto. SWIFT zou er bijgevolg prijs op stellen dat de verdenkingen van inbreuken aan haar adres opgehelderd zouden worden.

III.2.2. Standpunt van SWIFT en conclusie

69. Ter conclusie, SWIFT kan zich niet aansluiten bij de redenering van de rapporteur op twee punten: **(1)** de hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking ingeval van subpoena; **(2)** de noodzakelijke combinatie van de Veiligheidsbeginselen en de "Representations" om te voldoen aan de vereiste van doorgifte naar een derde land dat een passende bescherming biedt.

70. Hoewel SWIFT het niet noodzakelijk eens is met alle elementen van de analyse van de rapporteur, erkent het niettemin het belang van het geleverde werk.

71. Rekening houdend met de vooruitgang en in de hoop dat de in de conclusies van de rapporteur beschreven gevolgtrekkingen betreffende de verplichtingen die SWIFT worden opgelegd in hun geheel zullen worden bevestigd door de CBPL, heeft SWIFT de volgende 5 initiatieven genomen:

- Voorbereiding met de hulp van de rapporteur en zijn team van een eerste verklaring in de hoedanigheid van feitelijke gevolmachtigde bij ontstentenis van de financiële gemeenschap van gebruikers van SWIFT;
 - Voorbereiding met de hulp van de rapporteur en zijn team van een tweede verklaring in de hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking betreffende de extractie en anonimisering van de gegevens met het oog op het verstrekken van informatie betreffende de financiële transacties;
- Nadenken over een heronderzoek van de "policies" van SWIFT om na te gaan in welke mate deze zouden moeten worden gewijzigd om te beantwoorden aan de beslissing van de CBPL;
- Beleggen van periodieke vergaderingen van de Data Protection Working Group (DPWG)
- Deelname hieraan van een voltijds benoemde Privacy Officer met als opdracht toe te zien op de eerbiediging van de toepasselijke wet inzake gegevensbescherming in het raam van de diensten van SWIFT.

72. Mocht de CBPL van mening zijn dat een aanbeveling nodig blijft, dan zou deze eveneens rekening moeten houden met de voormelde initiatieven en hiervan uitdrukkelijk gewag maken.

IV. DE KWALIFICATIE VAN SWIFT

72. Het advies 37/2006 van de Commissie bestempelt SWIFT als verantwoordelijke voor de gegevensverwerkingen die uitgevoerd worden via de SWIFTNetFIN dienst, doch niet zonder te stellen dat ook de financiële instellingen een verantwoordelijkheid uitoefenen. Volgens het advies 10/2006 van de Groep 29 beantwoordt SWIFT aan de definitie van verantwoordelijke voor de verwerking, zowel voor de normale verwerking van persoonsgegevens in het raam van zijn SWIFTNetFIN dienst, als voor de verwerking die gepaard gaat met de mededeling van de persoonsgegevens aan de UST¹⁷.

73. SWIFT betwistte deze kwalificatie als verantwoordelijke voor de verwerking en verklaarde zichzelf te beschouwen als verwerker.

74. Tijdens de aanbevelingsprocedure bleef SWIFT bij haar standpunt over haar kwalificatie als verwerker. SWIFT verklaarde in haar antwoord op de conclusies van de verslaggever evenwel dat zij het belang inzag van de kwalificaties die in deze conclusies werden ontwikkeld, uitgezonderd de kwalificatie voor de verwerkingen verricht in de Verenigde Staten naar aanleiding van de dwangbevelen van de UST.

¹⁷ Blz. 13 van het advies FR.

75. De kwalificatie van SWIFT beïnvloedt vanzelfsprekend de draagwijdte of zelf de voortzetting van de onderhavige procedure. De kwestie dient opnieuw volledig onderzocht te worden, rekening houdend met **(1)** de argumenten van SWIFT, **(2)** een diepgaandere kennis van de situatie (onder meer door de voortgezette contacten en uitwisselingen tussen de Commissie en SWIFT, de medewerking van SWIFT voor de mededeling van informatie, maar ook van de elementen en informatie die tijdens de onderzoeken en vaststellingen van de Commissie parallel werden ingezameld bij de verschillende intervenanten en **(3)** eventuele latere feiten die volgden op de uitgebrachte adviezen.

IV.1 AANGEBODEN DIENSTEN

76. SWIFT biedt aan zijn professionele klanten (voornamelijk financiële instellingen) een dienstenpakket aan dat bestaat uit automatische verrichtingen van beveiligde en bewaakte transfers van financiële informatie. Dit gebeurt met behulp van standaardformaten met een gemeenschappelijke syntactische structuur voor alle aangekoppelde gebruikers zodat elke partner steeds een leesbare inhoud ontvangt.

77. Hoewel SWIFT geen systeem is voor boeking op rekeningen, voor vereffening, voor fondsoverdracht of voor effectieve regeling van een transactie, maken een toenemend aantal betaalsystemen wel degelijk gebruik van het SWIFTNet netwerk en de dienstverlening van SWIFT, daar betaalsystemen (tussen financiële instellingen) in reële tijd verder uitbreiding nemen. Deze systemen vereisen een performante en betrouwbare automatisering van het hele proces¹⁸ dat noodzakelijkerwijs berust op een permanente informatie-uitwisseling tussen alle partners in de betaalketen.

78. SWIFT definieert haar netwerk SWIFTNet in haar online glossarium ("Glossary") als *"het geavanceerde SWIFT IP-gebaseerde boodschappenplatform. Dit omvat een portfolio van diensten en producten die klanten in staat stelt om missie-kritische financiële informatie en transactiedata veilig en betrouwbaar te communiceren"*¹⁹.

¹⁸ Zie de update van 4 mei 2006 over « oversight de SWIFT » op www.swift.com > About SWIFT > Governance > Oversight of SWIFT. Zie ook de definitie van de term « dienst » in de « General Terms & Conditions » van SWIFT, die verwijst naar de prestaties van vereffeningssystemen en betaalsystemen in reële tijd met inbegrip van een berichtendienst ten gunste van deze systemen.

¹⁹ The SWIFT advanced IP-based messaging platform. It comprises a portfolio of services and products that enable customers to communicate mission-critical financial information and transactional data securely and reliably.

79. Het gebruik van het SWIFT Netwerk gaat vanzelfsprekend gepaard met het gebruik van een van de vier door SWIFT voorgestelde boodschappendiensten (SWIFTNet Fin, InterAct²⁰, FileAct²¹ en Browse). Meer nog dan het netwerk zelf zijn het deze "generieke" diensten die elk een portofolio van specifieke diensten bevatten (bijvoorbeeld de dienst FINcopy). In haar advies nr 37/2006 had de Commissie reeds de aandacht gevestigd op de toegevoegde waarde van de dienst SWIFTNet Fin, in het bijzonder onder de vorm van een formele validatie van de inhoud van de boodschappen en de bewaring van de boodschappen in de verwerkingscentra van SWIFT ("back-up" dienst): *"De boodschappendienst omvat, op het niveau van de verwerkingscentra, een formele validatie van de inhoud ervan, met name naar de aanwezigheid of correcte inhoud van de data in de voorziene velden (bvb is de bank van bestemming ingevuld, is de munteenheid wel aangeduid, ...). Dit vereist wel een ogenblik van decryptie van de inhoud van de boodschap, inclusief persoonsgegevens die geautomatiseerd verloopt. Als deel van de boodschappendienst worden de boodschappen ook bewaard in de verwerkingscentra in Europa en de VS voor voormelde periode van 124 dagen²²".*

80. De "General Terms & Conditions" van SWIFT²³ omschrijven de term "service" (dienst) als: *"any value-added service provided by SWIFT (such as the FIN or the Accord or the SWIFTSolutions) or by or for a Service Provider such as a Real Time Gross Settlement, that is accessed by Customers using SWIFT services and products"* (article 1.9). Het lexicon van SWIFT ("Glossary") is overigens een exhaustieve (en zeer lange) lijst van de diensten die SWIFT aanbiedt op basis van de generieke berichtenservice.

81. De bijkomende geleverde dienst geeft zeker geen meerwaarde aan de persoonsgegevens zelf (behalve in het kader van het uitwisselingsproces van informatie waarbij de ontvangende instelling die het bericht op zijn beurt zal verwerken, aan het bericht een integriteitswaarde kan toekennen). Het doel van de bijkomende dienstverlening op zich is niet de verwerking van deze persoonsgegevens (die verwerking is slechts een onvermijdelijk neveneffect van een verrichting die andere doeleinden nastreeft). Maar de bewerkingen op de persoonsgegevens tijdens deze specifieke verrichting (waarvan het doel en de erkende meerwaarde erin bestaan te voldoen aan de behoeften van de financiële gemeenschap) blijven vanzelfsprekend onderworpen aan de vereisten van de WVP. Het gaat onder meer over het feit dat de rechten en de bescherming van de betrokken personen zijn gewaarborgd tijdens iedere manipulatie van de hen betreffende informatie.

IV.2. DE GEGEVENSVERWERKINGEN : EEN ONDERZOEK NAAR DE FEITEN

²⁰ Bedoeld als een real time omgeving voor het uitwisselen van boodschappen

²¹ Deze dienst laat toe om gelijk welk bestand of document uit te wisselen via het SWIFT netwerk

²² Advies 37/2006, blz. 4

²³ Dossier SWIFT (stuk nr 3.1)

82. Artikel 1, §2 van de WVP definieert de verwerking als " *elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens*"

83. Het is dus aangewezen om de belangrijkste, uitgevoerde gegevensverrichtingen te identificeren die passeren via het SWIFTNet via de door SWIFT aangeboden diensten.

84. Teneinde vast te stellen of deze verrichtingen bij een of meerde verwerkingen behoren, dient te worden beoordeeld of zij een bepaald doeleinde nastreven dan wel meerdere doeleinden.

85. Hier is het nuttig eraan te herinneren dat de doeleinden van een verwerking niet mogen worden verward met de algemene doelstellingen die betrekking hebben op het individueel of collectief belang (de gerechtvaardigde, verwachte winsten en voordelen), of met het maatschappelijk doel of met de wettelijke opdrachten van hen die deze doeleinden nastreven. Maar een gegevensverwerking (waarvan de omvang is afgebakend door zijn nauwkeurig omschreven doeleinde) kan natuurlijk wel ingeschakeld zijn in het bereiken van algemene doelstellingen²⁴. Opdat een verwerking wettelijk zou zijn moet deze inschakeling noodzakelijk zijn.²⁵

86. Het doeleinde van een verwerking dient zeer precies bepaald te worden, zoniet zou de noodzaak nooit kunnen aangetoond worden. Ook de kwaliteiten die vereist worden van de verwerkte gegevens zouden nooit op afdoende wijze kunnen verzekerd worden zodat de rechten van de betrokkenen daadwerkelijk zouden beschermd of uitgeoefend kunnen worden (vooral de toereikendheid, de relevantie en de niet-buitensporigheid of de juistheid van de gegevens moeten gewaarborgd zijn ten overstaan van de doeleinden waarvoor deze gegevens worden verwerkt; maar ook de bewaartermijn mag de tijd die nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken, niet overschrijden)²⁶

87. SWIFT beschrijft het geheel van verrichtingen die met de gegevens uitgevoerd worden bij het gebruik van het SWIFTNet netwerk (in het bijzonder in het raam van de SWIFTNet FIN dienst) als

²⁴ Zonder dat het van belang is dat deze doeleinden werden bepaald door anderen dan diegene die de gegevens verwerkt of zelfs dat de doeleinden een evidentie blijken te zijn in een bepaalde context. Zo beschouwt de financiële gemeenschap het veralgemeend gebruik van een geautomatiseerde verwerking voor financiële stromen als een onvermijdelijk doel, dat noodzakelijk moet worden bereikt in een maatschappij waar zich technologieën opdringen die de extreme snelheid van uitwisselingen kan verzekeren waarop die flux betrekking heeft, in het bijzonder de commerciële verrichtingen.

²⁵ Artikel 5 van de WVP, in het bijzonder 1ste lid, e) en f).

²⁶ Artikel 4, §1 van de WVP.

de elementen van één enkele en per transferopdracht te onderscheiden verwerking. Deze verwerking (voornaamste verrichting) zou bestaan uit de eenvoudige doorzending van de informatie die noodzakelijk is voor de bedoelde internationale betalingen en de hieraan verbonden transfers van fondsen, en het doeleinde zou de eenvoudige uitvoering betekenen van de onderrichtingen van de opdrachtgever. SWIFT stelt dus dat zij haar tussenkomst uitsluitend beperkt tot het doorzenden van elk bericht dat haar wordt toevertrouwd en omschrijft zichzelf, verwijzend naar de considerans 47 van de Richtlijn 95/46/EG, als een dienstverlener die zich beperkt tot het aanbieden van de communicatiedienst (en dus niet meer is dan een verwerker voor elke bank en voor elke opdracht doorgegeven via haar dienst). SWIFT verleent aan deze beperkte dienstverlening een bijzondere kwaliteit, die zou vervuld worden ten behoeve van de bank in haar veronderstelde hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking (en beter dan de bank dit zelf zou kunnen doen) en in overeenstemming met de wettelijke verplichtingen die opgelegd worden aan alle verwerkers: de beveiliging van de uitgevoerde verwerking van de doorzending.

88. Deze tot het uiterste gedreven redenering zou toelaten om in feite de opdrachtgever te beschouwen als de echte verantwoordelijke voor de verwerking: de bank zelf zou enkel de opdrachten uitvoeren die haar klanten haar geven. Trouwens in vele opzichten, en meer in het bijzonder in de rechtspraak, wordt de bank beschouwd als de mandataris van haar klant (algemeen mandaat voor het bewaren en het goed beheren van de toevertrouwde gelden; bijzonder mandaat voor het uitvoeren van beslissingen over de aanwending van fondsen: de bank mag slechts de door de klant bepaalde en meegedeelde bedragen transfereren; maar deze laatste kan zich natuurlijk vergissen). A contrario en zonder dat dit wordt betwist, heeft niemand hier ooit uit afgeleid dat elke verrichting (verwerking) die door de bank uitgevoerd wordt met de gegevens van haar klant, zelfs in uitvoering van een opdracht van deze laatste en zelfs indien deze verrichtingen een gevolg zijn van deze opdracht, enkel zou bijdragen tot deze uitvoering en verricht zou worden in het belang van de klant, voor zijn rekening en binnen de grenzen van de specifieke onderrichtingen die deze zou geven voor het verrichten van de verwerking van zijn gegevens (los van de instructies voor de uit te voeren financiële bewegingen), zoals de wet het zou vereisen indien de bank zou beschouwd worden als mandataris of "verwerker" van haar klant voor de gegevensverwerkingen die zij uitvoert.

89. Deze voorafgaande algemene overwegingen laten natuurlijk niet toe de tussenkomst van SWIFT te kwalificeren met betrekking tot haar eventuele verantwoordelijkheid of haar rol als verwerker. Zij vragen echter om meer verduidelijkingen in de beschrijving en de analyse, dan SWIFT heeft verstrekt in haar eerste argumentaties.

IV.2.1 De uitgevoerde verrichtingen

90. De klantgegevens vervat in de betalingsopdrachten waarvoor het SWIFTNet netwerk en de diensten van SWIFT gebruikt worden, ondergaan meerdere bewerkingen (in de zin van de WVP), waarbij elke bewerking deel kan uitmaken van een specifieke verwerking of samen met andere bewerkingen een meer algemene verwerking vormen.

91. De belangrijkste verrichtingen zijn de volgende, waarbij de omvang van sommige afhangt van de soort relatie tussen de bank van de opdrachtgever en die van de begunstigde, van de meer of mindere verscheidenheid aan diensten van SWIFT die deze banken gebruikten en van het al dan niet tussenkomen van bemiddelende regelsystemen of instellingen:

- a) de bank verzamelt gegevens van de opdracht, op basis informatie vereist door specifieke regels opgelegd aan de financiële instellingen en al zijn correspondenten, bekrachtigd door bancaire gewoonten of opgelegd aan de financiële instellingen door wetten en regels betreffende de uitvoering van een opdracht voor overdracht van fondsen;
- b) de bank verifieert de juistheid van de ingezamelde informatie (validering van de realiteit van de wezenlijke elementen van de financiële verrichting);
- c) de bank maakt een bericht, op basis van een gestandaardiseerde structuur zoals vereist voor het gebruik van een van de boodschappendiensten van SWIFT, die de opgelegde authenticatiegegevens bevat (identiteit van de verzender, oorsprong van de doorgezonden informatie);
- d) de bank transfereert de samengevoegde gegevens naar het SWIFT-netwerk, hetzij bericht per bericht, hetzij per groep van berichten (die apart worden verwerkt zodra ze het netwerk binnenkomen), na een eerste hergroepering op basis van specifieke criteria (bijvoorbeeld, niet-dringende berichten) of op basis van de gebruiken van de bank (transfers op vaste uren);
- e) alle informatie uit de berichten, wordt door het systeem van de bank ondertekend (met behulp van een private ondertekeningsleutel die alleen de bank bezit. Deze sleutel vormt een asymmetrisch paar met een publieke sleutel die enkel dient om de handtekening te lezen en te authenticeren en die in het bezit is van de andere bankpartners ; SWIFT bezit alleen de publieke sleutel van zijn klanten en gebruikers)²⁷.

²⁷ Uit de regels van de bankpraktijk blijkt dat de bank door de ondertekening de verantwoordelijkheid neemt van het bericht en van de inhoud.

- f) het informaticasysteem van de bank codeert een eerste keer de berichten op het ogenblik dat ze naar het netwerk worden verzonden. Dit gebeurt met een codeersleutel die automatisch door de informaticasystemen van SWIFT²⁸ wordt bepaald op basis van een "dialogo" met het systeem van de bank. Dit dient als waarborg voor de betrouwbaarheid van de sleutel ten opzichte van de omgeving waarin de sleutel zal worden gebruikt (de sleutels worden dus specifiek opgemaakt voor iedere verbonden financiële instelling en in functie van hun eigen systeem; zij worden systematisch en meerdere keren per dag gewijzigd door diezelfde automatische procedure);
- g) het bericht wordt ontvangen door een van de twee verwerkingscentra van SWIFT waarmee de bank zich in verbinding stelt²⁹; deze centra zijn respectievelijk gelegen in Nederland en de Verenigde Staten,
- h) het regionale informaticasysteem van SWIFT³⁰ dat aan de bank werd toegekend en waarmee zij is verbonden, decodeert en leest automatisch ieder bericht (om het bericht te valideren ten opzichte van het bestaan van de gegevens en de vereiste syntaxis voor bepaalde velden);
- i) de handtekeningen verbonden aan alle informatie worden geverifieerd telkens een partij voor de eerste keer het bericht opent (bij gelegenheid van de opeenvolgende decoderingen en coderingen), met inbegrip van het ogenblik wanneer het systeem van de ontvangende bank het ontvangt. Deze verificatie laat toe de integriteit van de gegevens uit het bericht te certificeren alsook de absolute conformiteit van de informatie zoals ze werd ingezameld aan het begin van het proces en geïntegreerd in het bericht door de bank-opdrachtgever³¹;

²⁸ Het algoritme dat de sleutel berekent is zeer sterk beveiligd, zijn prestaties worden regelmatig doorgelicht en periodiek opnieuw geëvalueerd.

²⁹ De twee verwerkingscentra zijn actief op dezelfde manier : de berichten kunnen dus willekeurig toekomen (voor wat de volgorde van de verrichtingen betreft) in het ene of andere centrum in functie van de verbinding van de betrokken bank.

³⁰ Alle informatiesystemen van SWIFT zijn fysiek gelokaliseerd in hetzelfde verwerkingscentrum. De verschillende regionale informatiesystemen zijn de toegangs- en de dialogoweg van de banken tot het SWIFT-systeem. De banken hebben geen rechtstreeks verbinding met het centraal informatiesysteem. De indeling van de banken bij de verschillende regionale informatiesystemen gebeurt niet op basis van geografische criteria maar op basis van SWIFTs' eigen criteria (soort bericht, toegangsbeveiliging, vlotheid van het geheel van transfers, het voorkomen van verwarring tussen instellingen die gelijkaardige berichten aanbieden...)

³¹ Na de validering en verificatie van de ondertekening volgt een ontvangstmelding aan de afzender (deze ontvangstmelding geldt als bewijs van aflevering van een correct geformatteerd en integer bericht en de af of niet levering ervan kan SWIFT of de bank aansprakelijk stellen naargelang het soort geleden schade). De niet-gevalideerde berichten of berichten waarvan de integriteit van de informatie niet zeker is, worden beantwoord met een foutboodschap en een weigering van verdere opvolging door SWIFT en worden ongewijzigd gedurende 124 dagen gearchiveerd.

- j) verzending van het bericht naar het centrale SWIFT informatiesysteem ("slice processor"), waar het gedecodeerd wordt en vervolgens gecodeerd met een nieuwe sleutel overeenkomstig het intern systeem van SWIFT;
- k) dankzij deze centralisatie worden de berichten die voor éénzelfde instelling bestemd zijn gesorteerd en gegroepeerd;
- l) zolang de ontvangende instelling niet verbonden is met het netwerk SWIFT, staan de berichten per bestemming gegroepeerd in een wachtrij in het centrale informatiesysteem (van de berichten die verstuurd en bewaard worden in het regionale informatiesysteem waarmee financiële instelling is verbonden, wordt een duplicaat gemaakt). De algemene voorwaarden van SWIFT verplichten de gebruikers van het systeem om ten minste één keer per dag verbinding te maken zodat de wachtrij die zich heeft gevormd regelmatig wordt geleegd. De SWIFT informatiesystemen bewaren de berichten van de wachtrij evenwel gedurende 14 dagen indien de ontvangende instelling zich niet in verbinding zou stellen. Deze "bewaakte opslagplaats" dient om het hoofd te kunnen bieden aan "rampscenario's" waarmee financiële instellingen kunnen worden geconfronteerd en die misschien een inactieve periode veroorzaken (natuurrampen, sociale conflicten, aanslagen,...)³².
- m) zodra de financiële instelling is aangekoppeld, worden de voor haar bestemde berichten een voor een toegestuurd, nadat ze werden gedecodeerd (de interne sleutel van SWIFT wordt achterwege gelaten) en opnieuw gecodeerd met een door SWIFT bepaalde sleutel (en gewijzigd op dezelfde manier als de initiële codeersleutel) die gedeeld zal worden met het systeem van de ontvanger;
- n) het systeem van de ontvanger decodeert het bericht, verifieert een laatste keer de ondertekening en leest het automatisch (met de zekerheid dat het leesbaar is gelet op de syntactische validering door SWIFT en met de zekerheid dat de ontvangen informatie integer is) zodat de bank van de ontvanger de laatste financiële verrichtingen kan doen (en de gegevensverwerkingen die daarmee gepaard gaan) ter uitvoering van de initiële opdracht.³³

³² Het gecentraliseerd proces in de schoot van de verschillende informatiesystemen van SWIFT waarborgt de uniformiteit van de controle, de kwaliteit van de verwerking (onder meer wat betreft de doorzendtijd en de ontvangstregels) en het normalisatieproces dat de berichten "vertaalt" naar een gemeenschappelijke taal waardoor de interoperabiliteit van de systemen van alle instellingen wordt verzekerd.

³³ Op vraag van de afzender kan SWIFT hem bevestigen dat het bericht werd afgeleverd

- o) het centrale informatiesysteem maakt een duplicaat van de berichten en de verwerkingen en zendt deze reservekopie in reële tijd door naar het operationeel centrum, waarmee de bank niet verbonden is ("mirroring"). Hiermee kan het hoofd worden geboden aan eventuele tekortkomingen van het systeem en kunnen de berichten tijdelijk gegroepeerd en gearchiveerd worden voor een periode van 124 dagen. De berichten worden op dezelfde manier gearchiveerd in de twee operationele centra in Nederland en de Verenigde Staten;
- p) na 124 dagen worden de tijdelijk gearchiveerde berichten en de kopieën ervan definitief vernietigd;
- q) op instructie van de opdrachtgevende bank, kunnen de gevalideerde berichten automatisch gekopieerd en meegedeeld worden aan een door haar aangeduide derde klant van SWIFT³⁴. Een kopie verzenden is maar één keer mogelijk³⁵.
- r) alle uitgevoerde verrichtingen worden opgevolgd met een opeenvolgende nummering toegekend aan ieder bericht.

92. Door de archivering in een gemeenschappelijke, centrale databank kunnen de bewerkingen beschreven in de "Data Retrieval Policy" worden uitgevoerd onder de voorwaarden vastgelegd in diezelfde policy (cfr. supra nr. 9):

- s) de recuperatie en reconstructie van de transmissiegegevens of van de gegevens uit de berichten, exclusief ten behoeve en op gemotiveerd verzoek van de betrokken klanten;
- t) het samenvatten van verschillende berichten of reeksen van berichten van verschillende herkomst op basis van gemeenschappelijke kenmerken van de gegevens (zij het slechts de datum omdat deze de bewaartermijn bepaalt) **(1)** om ze op te nemen in statistieken en deze anonieme resultaten vervolgens door te geven aan derden (op vraag van collectieve organisaties om bepaalde aspecten van de geldstromen te onderzoeken en te begrijpen), of **(2)** om eventueel krachtens het toepasselijk recht te kunnen reageren op

³⁴ Deze keuzevrijheid om al dan niet een kopie uit te geven en de ontvanger ervan aan te duiden kan theoretisch lijken maar in de praktijk echter een verplichting zijn wanneer de transactie van fondsen geregeld wordt door een geautomatiseerd, interbancair vereffeningsstelsel in reële tijd waarvoor een dergelijke kopie noodzakelijk is. Deze verplichting is evenwel het gevolg van de keuze van de bank om op de ene of andere manier aan de organisatie van de financiële markt deel te nemen. In de veronderstelling dat deze keuze zelf sterk geconditioneerd is, is die keuze toch voor alles afhankelijk van de aard van de financiële markt waar elke bank een actor is en is die niet als zodanig afhankelijk van het gebruik van het stelsel SWIFT.

³⁵ Alzo is het risico op een weinig gecontroleerde vermeerdering en verspreiding van de berichten en hun inhoud onder controle.

vorderingen of wettig gestelde dwangbevelen van een bevoegde autoriteit en deze gegevens aan de betrokken autoriteit te kunnen doorgeven.

93. In de marge van de commerciële diensten die SWIFT verleent, heeft de onderneming, naar aanleiding van de dwangbevelen van UST, op de tijdelijke, gearchiveerde berichten in haar bezit en de daarin vervatte gegevens, op zichzelf staande bewerkingen uitgevoerd. Deze bewerkingen zijn voorzien en omkaderd in de "Data Retrieval Policy" en werden in dit kader uitgevoerd. Algemeen gezien kunnen zich opnieuw gelijkaardige situaties voordoen waarop dan een zelfde soort bewerkingen moet worden uitgevoerd (zowel in de Verenigde Staten als in Europa). De omvang van de bewerkingen en hun bijzonder karakter zijn natuurlijk afhankelijk van de omvang, het bijzonder karakter en de dwingende macht van de akte en bevoegdheden van de handelende autoriteit. Het is nuttig om de bewerkingen, die als gevolg van de dwangbevelen van UST werden uitgevoerd gedetailleerd te omschrijven, om vervolgens te kunnen beoordelen en daaruit nuttige conclusies te kunnen trekken. Deze bewerkingen zijn:

- u) de selectie, de hergroepering en het kopiëren van de gearchiveerde berichten op basis van gemeenschappelijke kenmerken (in het specifieke geval van de dwangbevelen van UST was dat alleen de datum, het land van herkomst of bestemming en bepaalde categorieën van berichtentypes)³⁶;
- v) kopieën maken van die berichten en hun inhoud;
- w) de kopieën verstrekken aan UST.

94. Hier moet bijzondere aandacht besteed worden aan twee elementen:

- De SWIFT- berichten zijn opgebouwd uit twee delen : de enveloppe en de inhoud. In tegenstelling tot de inhoud bevat de enveloppe geen identificerende gegevens (hoofdzakelijk gestandaardiseerde contactgegevens van de instelling die het bericht verzendt en van de instelling die het bericht moet ontvangen). SWIFT gebruikt enkel de informatie op de enveloppe om de opeenvolgende bewerkingen te kunnen organiseren en de berichten af te handelen. Het staat vast dat SWIFT de identificatiegegevens van de betrokken personen niet gebruikt en bovendien niet over een instrument beschikt om rechtstreeks toegang te krijgen tot de identificatiegegevens in de berichten die zij onder haar hoede neemt. De

³⁶ Het berichtensysteem FIN telt om en bij 250 verschillende categorieën berichtentypes; de dwangbevelen van UST hadden slechts betrekking op enkele van deze categorieën en werden in ieder dwangbevel specifieke bepaald en aangeduid.

identificatiegegevens³⁷ uit de berichten worden wel verwerkt door SWIFT (codering, decodering, automatische lezing om hun integriteit te kunnen certificeren maar ook om de integere band ervan met de gegevens uit de berichten te certificeren, bewaring, vernietiging) maar worden niet geëxploiteerd door de onderneming, noch om de berichten af te handelen noch om ze te hergroeperen, noch om ze eventueel te archiveren en ook niet om statistieken op te maken);

- Beide verwerkingscentra van SWIFT zijn ten volle actief. In tegenstelling tot wat werd beweerd, worden alle verwerkte gegevens niet eerst gecentraliseerd in het verwerkingscentrum van Nederland om vervolgens te worden overgedragen aan het centrum in de Verenigde Staten. De verwerkte gegevens die allemaal internationaal getransfereerd worden naar het centrum die de berichten niet onthaalde, hebben dus, naar aanleiding van deze transfer voor een deel een Europese herkomst en voor een ander deel een Amerikaanse herkomst.

95. Hier is het aangewezen eraan te herinneren dat de daaropvolgende ze mededelingen aan UST op een bijzondere manier werden omkaderd. De Raad van Bestuur van SWIFT beschouwde de draagwijdte van de dwangbevelen die na 11 september 2001 werden uitgereikt immers als disproportioneel waardoor zij door een 'gebrek aan wettigheid' aangetast waren. SWIFT deelde de Amerikaanse overheid mee dat zij de kwestie aan een jurisdictie zou voorleggen indien deze dwangbevelen niet aangepast werden. Vervolgens aanvaardde de Raad haar verplichting om zonder tegenwerping en zonder gerechtelijk stappen te nemen gevolg te geven aan de volgende – anders geformuleerde en omkaderde - dwangbevelen omdat zij meende dat zij op basis van haar grondige analyses geen argumenten meer had om de buitensporige reikwijdte en dus de wettelijkheid van de verzoekschriften aan een rechtsmacht voor te leggen.

96. In antwoord op de eerste bezwaren van de Raad van Bestuur van SWIFT, omkaderde UST de transfervoorwaarden. UST beperkte het gebruik van de overgezonden gegevens tot de verwerkingen die beschouwd worden als "gewettigd" (de strijd tegen de financiering van terrorisme, dit begrip werd afdoende gedefinieerd binnen een wettelijk kader en volgens wettelijke procedures, conform de internationale verdragen,) en als "eerlijk" (winning van gegevens op basis van voorafgaande aanwijzingen om te vermijden dat alle overgezonden gegevens onrechtmatig en systematisch worden geraadpleegd). Deze voorwaarden werden bekrachtigd in een "Memorandum

³⁷ Hieronder moet worden begrepen de gegevens die rechtstreeks of onrechtstreeks maar eenduidig de betrokken persoon identificeren en die aan de andere informatie waarmee ze in verband staan het statuut verlenen van persoonsgegevens. In de berichten van SWIFT gaat het hoofdzakelijk over de naam, het adres, het rekeningnummer,...

of Understanding" waartoe de Amerikaanse overheid zich verbindt. Swift verkreeg overigens een "comfort letter" van de Amerikaanse overheid, in haar voordeel.

97. Swift verkreeg de mogelijkheid zich er van te verzekeren dat de overgezonden gegevens niet verder verwerkt worden op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze werden overgezonden. Het is op die manier dat Swift nog voor de publicatie van de "Representations" van UST toezichthouders ("scrutinizers") ter plaatse toezicht kunnen houden en dat 24 op 24 uur over de manier waarop UST de in de VS beschikbare gegevens verwerkt. De "Representations" verwijzen daar uitdrukkelijk naar: *"Swift and outside auditors it has retained exercise their independent oversight over the TFTP (Terrorist Finance Tracking Program) in several mutually complementary ways. First, certain Swift representatives have been granted appropriate security clearance to have 24-hour access tot the equipment and data and the ability to monitor, in real time and retrospectively, the use of the data to ensure that they are accessed only for counter terrorism purposes. Additionally, these Swift representatives may stop any specific search immediately, and even have the ability to shut down the entire system, if they have any concerns"*

98. In antwoord op de bezwaren van SWIFT, verbond UST er zich overigens toe dat de informatie uit de gewonnen gegevens (op basis van voorafgaande aanwijzingen) op hun beurt slechts dienen als aanwijzingen en door andere bronnen moeten worden bevestigd vooraleer ze in een procedure kunnen worden aangewend³⁸

IV.2.2. Een essentieel middel: de standaardisatie

99. De definitie van standaarden ("SWIFTStandards") en hun gezamenlijk gebruik voor de uitwisseling van financiële berichten en de uitvoering van de diensten die met deze uitwisseling gepaard gaat³⁹, zijn een essentieel kenmerk van de diensten die SWIFT aanbiedt aan de financiële wereld. SWIFT's jaarrapport 2007 heeft als leus: *"Standards are the heart of SWIFT's value proposition"*⁴⁰.

³⁸ De meest voor de hand liggende bronnen zijn de financiële instellingen die bij de verzending betrokken zijn aangezien die instellingen in bijna alle Staten, in het kader van de strijd tegen de financiering van het terrorisme, onderworpen zijn aan een strikte informatieplicht en verplichte samenwerking met de autoriteiten. Voor de instellingen gelegen buiten de Verenigde Staten is voor het verkrijgen van die bevestigingen dus de medewerking vereist van de politionele of gerechtelijke overheid van de betrokken landen (zonder dat die autoriteiten daarvoor formeel ingelicht moeten zijn van de herkomst van de verwerking en wie deze informatie heeft overgezonden)

³⁹ www.swift.com > Standards

⁴⁰ SWIFT annual report 2007, blz. 6

100. SWIFT beschrijft deze standaarden als *"an agreed way to do things"* en de SWIFTStandards als *"the overarching name for standards products, tools and services that SWIFT delivers to the SWIFT Community"*⁴¹. Deze standaarden bestaan uit de opmaak van gemeenschappelijke formaten en een gemeenschappelijke syntaxis voor de inhoud voor alle "instrumenten" die de uitvoering van de verschillende aangeboden diensten verwezenlijken. Die gemeenschappelijke taal opent vanzelfsprekend talrijke interactiemogelijkheden, vereenvoudigde uitwisselingen, validering via één unieke intermediair en procedure, syntactische verbeteringen of opsporing van syntactische fouten door de "meester van de taal" die de tussenpersoon in het communicatieproces is.

101. Via de berichtendienst van SWIFT wordt er tijdens de informatie-uitwisseling gebruik gemaakt van meerdere varianten van de standaarden. Een eerste variant structureert de diverse categorieën berichten MT (Message Type) voor het gebruik van de dienst FIN. Een andere variant gebruikt een open format (XML) als berichtstructuur. Er werden verder nog standaarden ontwikkeld met als een van de belangrijke eisen het beantwoorden aan de ISO-normen, hetzij de norm ISO15022, of de norm ISO20022 (of UNIFI-norm voor "UNiversal Financial Industry message scheme"). De standaarden voor betalingsberichten opgelegd voor de SEPA (Single Euro Payment Area) in Europa moeten conform de norm ISO20022 zijn. Wanneer SWIFT een ISO20022-bericht behandelt, verwijst ze ernaar als naar een "MX"-bericht; De MX-berichten kunnen verwerkt worden via de diensten FileAct en InterAct.

102. Er moet worden vermeld dat SWIFT werd aangeduid als "ISO Registration Authority" voor de registratie en goedkeuring van de berichtstandaarden ISO15022 en ISO20022.

IV.1.2. De doeleinden

103. Het onderzoek van de bovenvermelde bewerkingen en hun context laat toe verschillende opmerkingen te formuleren over de bepaling van de verwerkingen en hun doeleinden.

104. Het lijkt onjuist de reeks van verrichtingen te omschrijven als een enkele en afzonderlijke verwerking voor de transmissie voor ieder bericht. De informatie die verbonden is aan elk bericht is niet enkel het voorwerp van een eenvoudige doorzending via een berichtendienst maar is ook het voorwerp van voorschriften (naar vorm en inhoud) en van bewerkingen die voor alle berichten identiek en gemeenschappelijk zijn.

⁴¹ Glossary, bijlage 3 bij het antwoord van 16 november 2007 op de schriftelijke vragen van de Commissie.

105. De uitgevoerde bewerkingen op de gegevens van elk bericht kunnen niet gerechtvaardigd worden (tenminste niet uitsluitend) omdat ze noodzakelijk zouden zijn voor de veiligheid en de vertrouwelijkheid tijdens het transport van de persoonsgegevens uit deze berichten is geen rechtvaardiging. Deze doelstelling kan zeker niet worden toegeschreven worden aan de centraal gerealiseerde bewerkingen, die steunen op het onvermijdelijk gebruik van een gedeeld middel (de gemeenschappelijke standaardtaal).

106. Hier is het nuttig de aandacht te vestigen op de gestelde vraag: "Waarom kan SWIFT via haar netwerk geen "codering van begin tot eind" toepassen op de verwerking van persoonsgegevens zodat alleen de banken toegang hebben tot deze gegevens" en het antwoord van SWIFT: "*De klanten van SWIFT verlangen een gecentraliseerde codering. Een codering van begin tot eind van de gegevens zou inderdaad beletten dat SWIFT de berichtenvelden gecentraliseerd kan valideren zoals de klant eist (...) De decentralisering van de codering zou betekenen dat (...) de uniformiteit van het systeem ook in vraag wordt gesteld. (...) De klanten van SWIFT hebben opnieuw hun verlangen geuit om de gecentraliseerde validering te behouden aangezien deze validering beschouwd wordt als een inherent en noodzakelijk kenmerk van de dienst SWIFTNet FIN". SWIFT verduidelijkt verder nog dat de decentralisering van de codering "ook de veiligheid van de bewerkingen zou aantasten in die mate dat SWIFT niet langer de beveiliging van de berichten kan garanderen waardoor de berichten ontoegankelijk zouden worden als gevolg van het feit dat de sleutel van de codering verloren is gegaan."* (vrije vertaling)⁴²

107. Er blijkt bijgevolg duidelijk dat de verzending van de berichten niet het enige doel is van de dienstverlening SWIFTNet FIN maar dat het wezenlijk kenmerk (inherent en noodzakelijk) van deze dienst de validering is van de berichtenvelden. De dienst garandeert eveneens "de veiligheid van de bewerkingen" op een niveau dat iedere bank op zich (en dus iedere verwerker in zijn individuele relatie met de verantwoordelijke-opdrachtgever) niet zou kunnen bereiken. Zonder zich uit te spreken over de kwalificatie van SWIFT, kan reeds overduidelijk geconcludeerd dat overweging 47 van de richtlijn 65/46/EG niet kan worden ingeroepen om het statuut van SWIFT te bepalen (cf. supra punt 76)⁴³

108. Het staat vast dat de verwerkingen die SWIFT en de financiële instellingen verrichten wanneer ze gebruik maken van SWIFT- diensten om bij te dragen tot de verwezenlijking van dit doel, tenminste de volgende nauwkeurig omschreven doeleinden hebben (verbonden aan een of

⁴² Antwoord van SWIFT van 16 november 2007 (punt 1.6.) op de schriftelijke vragen van de Commissie.

⁴³ "47 – Overwegende dat, wanneer een bericht dat persoonsgegevens bevat, wordt verzonden via een telecommunicatie- of elektronische postdienst waarvan het enige doel is dit soort berichten door te geven, het de persoon is van wie het bericht uitgaat en niet degene die de dienst aanbiedt, die normaliter zal worden beschouwd als verantwoordelijke voor de verwerking van de in het bericht vervatte persoonsgegevens."

meerdere bewerkingen van de verwerking): **(1)** de transmissie van financiële informatie; **(2)** de authenticatie van de bank- afzender; **(3)** de certificatie van de integriteit van de gegevens uit het bericht; **(4)** de leesbaarheid van de berichten waarborgen en ook voor alle betrokken instellingen de onmiddellijke bruikbaarheid van de informatie uit het bericht (onder meer door de validering van het feit dat alle verplichte informatie in bepaalde velden aanwezig is en van de gepaste syntactische uitdrukkingwijze); **(5)** de mededeling van de informatie van het gevalideerd bericht in reële tijd (via automatische productie van kopies) aan derde operatoren die bijvoorbeeld werden aangesteld om bij te dragen aan het goede verloop van de verrichting (vereffeningsplatform, centrale bank voor boeking op rekening, verrekeningsinstelling,...); **(6)** de certificatie a posteriori en het bewijs van alle bewerkingen door de verschillende partijen (bank – afzender, SWIFT, ontvangende bank) op ieder bericht zijn uitgevoerd en **(7)** het opvangen van gebreken, nl. die van de informaticasystemen van de financiële instellingen veroorzaakt door periodes van gedwongen of onvoorziene inactiviteit van deze instellingen (door opvolging, "mirroring" van verwerkingen, de kortstondige bewaring bij rampen en tijdelijke archivering gedurende 124 dagen)...

109. Hoewel er wel degelijk een doel van beveiliging bestaat, waaraan met name de authenticatie-validatie- en certificatieprocedures bijdragen, gaat het hoofdzakelijk en meer preciezer om de zekerheid van de financiële verrichtingen zelf (de capaciteit om transacties te realiseren met zo min mogelijk risico), binnen een economische context die onderlinge relaties impliceren tussen meerdere financiële instellingen, volgens soms erg verschillende werkingsnormen en –regels, die voor dit type verrichtingen een almaar snellere, ja zelfs onmiddellijke verwerking vereisen. Het gaat er onder meer over de financiële verrichtingen, die gepaard gaan met commerciële verrichtingen, even snel te laten verlopen als deze laatste waarbij aan elke partner kan worden gewaarborgd dat de uitgewisselde informatie begrijpelijk, leesbaar en integer is (en dus onmiddellijk bruikbaar).

110. De standaardisering van de informatie in een gemeenschappelijke "taal" geeft overigens de zekerheid dat de wederzijdse opdrachten van de verschillende financiële instellingen op dezelfde manier en binnen dezelfde termijn kunnen verwerkt worden en dat alle financiële instellingen onderling verbonden zijn op basis van gemeenschappelijke en onbetwistbare uitwisselingsregels. Deze dubbele garantie lijkt des te meer van belang nu de verrekeningssystemen in reële tijd (Real Time Gros Settlement) en de automatisering van alle interventies in de betaalketen in opmars zijn zodat tegelijkertijd de snelheid van de verrichting en de stabiliteit van de markten gewaarborgd zijn.⁴⁴ Het spreekt vanzelf dat het koppelen en de gecontroleerde standaardisatie van de procedures

⁴⁴ Door de onmiddellijke uitvoering van een internationale financiële transactie kan het risico op een "systematische shock" van de financiële markt vermeden worden. Dit risico zou bestaan wanneer transacties tussen banken gewoon op de rekening wordt ingeschreven telkens de informatie wordt doorgestuurd of de financiële transacties eenmaal per dag worden uitgevoerd bij het afsluiten van de rekening. Dan kan het gebeuren dat een bank een transactieorder gaf voor een bedrag dat hoger is dan de reserves aankunnen en zijn verbintenissen niet kan nakomen. Een vereffening in reële tijd laat toe dat de bank-afzender bij iedere transactie of reeks van transacties er zich voortdurend kan van verzekeren dat de bank voldoende

met de informatie noodzakelijk zijn om te kunnen beschikken over onherroepelijke transfers in reële tijd.⁴⁵

111. Gelet op de voorgaande elementen, is het hoofddoel van SWIFT blijkbaar het vervullen van de collectieve behoeften van de financiële markten (snelheid, stabiliteit, veiligheid van de financiële bewerkingen, harmonisatie van de uitwisselingen,...).

112. Het is in die context dat de financiële autoriteiten, met name de Nationale Bank van België, verklaarden dat de tussenkomst van SWIFT de mondiale financiële stabiliteit waarborgt⁴⁶. SWIFT neemt deze verklaring over⁴⁷.

113. Voor de diverse gegevensverwerkingen die SWIFT zelf ofwel via de diensten van SWIFT realiseert, treedt er duidelijk een generiek doeleinde op de voorgrond, dat de meer gedetailleerde en onderscheiden doeleinden, die in punt 74 beschreven staan, kan omvatten. Dit doeleinde kan als volgt gedefinieerd worden: een bijdrage leveren tot de zekerheid van de financiële transacties door een geautomatiseerde en beveiligde verzending van gestandaardiseerde, integere en onmiddellijk bruikbare informatie.⁴⁸

114. In antwoord op de collectieve verzoeken zoals omschreven in de "Data Retrieval Policy", gaat SWIFT op niet systematische wijze over tot extractie van niet-identificerende gegevens (getransfereerde bedragen, gebruikte deviezen, data, herkomst, bestemming,...) - deze gegevens werden losgemaakt van de identificatiegegevens uit het oorspronkelijk bericht en zijn dus volledig anoniem – om ze te hergroeperen in de vorm van statistische waarden of algemene informatie betreffende de financiële berichtendienst. Ze zijn bestemd voor de collectieve organisaties die ze in het kader van de studie van de financiële markten zal onderzoeken en analyseren. Hier kan het

reserves heeft en onmiddellijk de beschikbare reserves van de ontvangende bank te verhogen (die dus onmiddellijk nieuwe transacties kunnen dekken).

⁴⁵ Er wordt met name benadrukt dat de betaalmechanismen voor de hele eurozone, TARGET 1 (*Trans European Automated Real Gross Settlement Express Transfer*) en nu TARGET 2 worden verzorgd door de koppeling van banken (*Interlinking*) via het netwerk SWIFTNet en het gebruik van de SWIFTdiensten,- procedures en –standaarden. De voorwaarden van dit gebruik komt echter niet van SWIFT maar van de centrale banken die hiervoor de regels en het kader hebben vastgelegd. SWIFT wordt trouwens op de website SEPA (*Single Euro Payments Area*) en in de documenten van de *European Payments Council* vermeld als de referentietussenpersoon.

⁴⁶ Zie verslag BNB, "Financial Stability Review", 2005.

⁴⁷ Stukkendossier van SWIFT nr. 2.2 en 2.3 (werkdocument van 7 september 2006 en antwoord van 7 november 2006 op het advies 37/2006 van de Commissie).

⁴⁸ Met dien verstande dat de bewerkingen uitgevoerd door SWIFT zijn niet voldoende om de zekerheid van de transacties en de markten te garanderen, en dat de tussenkomst van SWIFT op zichzelf geen impact op de transacties heeft. Het zijn de partijen betrokken bij de transactie die alle beslissingen nemen; maar in de organisering van de internationale markten is de tussenkomst van SWIFT (of van een gelijkaardig systeem) voor hen noodzakelijk om te kunnen beslissen. Met dien verstande ook dat het de zekerheid van de transacties globaal genomen die op het spel staat, en niet elk van hen afzonderlijk genomen: daadwerkelijk, de zekerheid van een uitgevoerde transactie kan de goede afloop van een toekomstige betalingsopdracht garanderen.

duidelijk doeleinde gedefinieerd worden als : de productie van algemene informatie over financiële transacties.

115. Het is ook noodzakelijk om heel precies het of de doeleinde(n) vast te leggen van de verwerkingen die SWIFT verricht in het kader van de verzoeken of wettelijke dwangbevelen bedoeld in de "Data Retrieval Policy". In het algemeen moet worden benadrukt dat SWIFT via deze policy reeds 15 jaar beschikt over regels, waardoor hij een beleid kon bepalen en ontwikkelen dat specifiek op dergelijke situaties is gericht, zodat in een dergelijk kader dus eventueel gegevensverwerkingen verricht kunnen worden.

116. Zouden in abstracto en gelet op het dwingend karakter van de UST-dwangbevelen en de verzoekschriften die aan SWIFT zouden worden gericht, de doeleinden van de verwerkingen (die SWIFT verricht) in dit kader daarom moeten samenvallen met de doelstellingen die de opstellers van deze verplichting nastreven⁴⁹. Deze hypothese is echter niet overeenkomstig de WVP, die duidelijk onderscheid maakt tussen de wettelijke verplichting, de verwerking van de noodzakelijke gegevens voor die verplichting en de verantwoordelijkheid voor deze verwerking. Eigenlijk beoogt dit soort verplichting meestal een ander resultaat dan de verwerking zelf, en is de manier waarop de verwerking wordt uitgevoerd door de rechtsonderhorige van weinig belang voor de opsteller van de verplichting. Deze laatste legt geen bepaald soort verwerking op maar een resultaat. Onder de vijf wettelijke basissen waarop een verwerking van persoonsgegevens is toegelaten, vermeldt de wet inderdaad de verwerking die "noodzakelijk is om een verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking is onderworpen door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie"⁵⁰.

117. Hieruit moet worden geconcludeerd dat het meest algemene doeleinde dat aan deze verwerkingen kan worden toegekend, en dat geldt voor de verwerkingen die SWIFT heeft verricht als antwoord op een UST-dwangbevel, de uitvoering is van de wettelijke verplichtingen (Belgische, Amerikaanse of andere naargelang de auteur van de toepasselijke wet) waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking onderworpen is, zonder dat dit evenwel meer aanwijzingen geeft over de identiteit van die verantwoordelijke (cf. infra – IV.3.4.).

IV.2.4. Bepalen van de doeleinden en de ingezette middelen

⁴⁹ Deze veronderstelling leidt ertoe dat UST zonder verder onderzoek wordt aangeduid als verantwoordelijke voor de verrichte verwerkingen.

⁵⁰ Artikel 5, 1^{ste} lid, c) van de WVP.

118. SWIFT baseert een groot deel van haar argumentatie op het feit dat hij niet bevoegd noch bekwaam is het doeleinde en de middelen te bepalen voor de verwerkingen die hij uitvoert voor rekening van ieder van hun bancaire klanten, op basis van hun geïsoleerde instructies voor elk van de betrokken berichten, namelijk de overdracht van een bericht via een eenvoudige boodschappendienst.

(A) Draagwijdte van de wet

119. Om formeel en wettelijk te kunnen aantonen wie verantwoordelijk is voor een verwerking van persoonsgegevens, moet inderdaad diegene geïdentificeerd worden die de doeleinden en de middelen bepaalt.⁵¹ De verwerker daarentegen is diegene die de gegevens verwerkt voor rekening van de verantwoordelijke voor de verwerking⁵², met dien verstande dat de verwerker alleen kan handelen op instructies van de verantwoordelijke voor de verwerking⁵³.

120. Daaruit vloeit logischerwijze voort dat diegene die beweert de hoedanigheid van verwerker te bezitten zoals bedoeld in de WVP, bij eender welke tussenkomst voor rekening van een begunstigde opdrachtgever, niet mag beslissen over een gegevensverwerking (fysieke handeling) dankzij dewelke de opdracht wordt uitgevoerd (doeleinde), noch te beslissen over de in te zetten middelen om deze handeling te realiseren. De verhouding tussen de verantwoordelijke en de verwerker kristalliseert zich rond de verwerking zelf en niet rond een derde handeling (zelfs al was dit een noodzakelijk gebeuren om de gegevens die zullen verwerkt worden te doen verschijnen, en al zou dit een voorwaarde zijn voor de toekomstige verwerkingen van deze gegevens).

121. Om te kunnen vaststellen wie het doeleinde en de middelen van elke geïdentificeerde verwerking bepaalt, is het dus van weinig belang dat de instellingen of groeperingen (hier de banken en meer in het algemeen de financiële markten) blijf geven van één of meerdere behoeften. De vraag is wie er beslist dat het precies deze verwerking zal zijn (fysieke handeling) met dit eigen doeleinde, op die manier uitgevoerd (technische kenmerken) en onder die voorwaarden (algemene middelen, met name de organisatorische) die ingezet zal worden om aan die behoefte te voldoen of hiertoe bij te dragen.

122. De verantwoordelijkheid voor een verwerking veronderstelt tenminste een zeggenschap (zij het slechts intellectueel) over de totaliteit van de verwerkte gegevens of ten minste van alle

⁵¹ Artikel 1, §4 van de WVP

⁵² Artikel 1, § 5 van de WVP

⁵³ Artikel 16, §1, 4° van de WVP

gegevens die het voorwerp uitmaken van een gemeenschappelijke geautomatiseerde verwerking die mogelijkwijs met elkaar kunnen vergeleken worden, én een beheersing van de processen op deze gehelen van gegevens.

- **De contractuele kwalificaties zijn niet doorslaggevend**

123. De definitie in artikel 1, §4 van de WVP over de verantwoordelijke voor de verwerking is een bepaling van dwingend recht. Al is de aanduiding van een partij als verantwoordelijke voor de verwerking of verwerker in het contract relevante informatie voor de juridische kwalificatie van deze partij, deze contractuele aanduiding is echter niet bepalend voor de vaststelling van zijn reële kwalificatie. Het is in het licht van concrete omstandigheden dat de kwalificatie wordt vastgesteld.

124. Bovendien is het criterium “persoon die de gegevens verzamelt” of van de oorspronkelijke verzameling, dat SWIFT hanteert in haar policies voor de bepaling van de eerste stap in een ketting van verwerkingen die allen aan eenzelfde verantwoordelijke worden toegeschreven, geen relevant criterium. Dit criterium komt niet voor in de wettelijke definitie van de verantwoordelijke voor een verwerking. Er zijn twee noodzakelijke en tevens voldoende voorwaarden om de verantwoordelijkheid te dragen over een verwerking: bepaling van de doeleinden en de middelen van de verwerking. De WVP voorziet bovendien in verwerkingen van gegevens die de verantwoordelijke onrechtstreeks heeft verkregen of die hem werden verstrekt door een verantwoordelijke van een voorgaande verwerking.

- **Het begrip verwerker heeft zijn eigen definitie krachtens het gegevensbeschermingsrecht en kan niet worden geïnterpreteerd vanuit externe juridische bronnen**

125. Het begrip “verwerker” (of onderaannemer) zoals gedefinieerd in artikel 1, § 5 van de WVP wordt regelmatig verward met de courante betekenis van het woord die men buiten het toepassingsveld van de WVP als zodanig zou kunnen interpreteren. Bepaalde financiële instellingen verwijzen bijvoorbeeld naar de circulaire PPB 2004/5 van de CBFA die SWIFT uitdrukkelijk kwalificeert als verwerker (onderaannemer). Deze kwalificatie werd natuurlijk niet vastgesteld in toepassing van de WVP en haar criteria maar in functie van andere juridische domeinen die onder de bevoegdheid van de CBFA vallen.

(B) Het beslissingsproces voor de tussenkomst van SWIFT

126. SWIFT (Society for Worldwide interbank Financial Telecommunication) is een coöperatieve onderneming naar Belgisch recht met zetel in Terhulpen bij Brussel. Zij werd opgericht in 1973 door 239 banken uit 15 landen.

127. Op 30 september 2007 telde SWIFT 8551 klanten, de "SWIFT Users" genoemd, die samen de "SWIFT Community" vormen⁵⁴. Deze 8551 klanten worden in vier categorieën onderverdeeld. De drie eerste bestaan uit 7788 financiële instellingen : **(1)** 2292 deelnemende aandeelhouders ("Members"), **(2)** 3254 filialen of bijkantoren van deze deelnemende aandeelhouders ("Sub-Members"), **(3)** 2242 leden zonder aandeel ("Non-Shareholding Members") en tenslotte **(4)** 763 klanten die noch aandeelhouder noch een financiële instelling zijn.

128. In de inleiding van hun jaarrapport 2007 getiteld : "Community Inspired", verduidelijkt SWIFT: We act as the catalyst that brings the financial community together to work collaboratively to shape market practice, define standards and consider solutions to issues of mutual concern and interest⁵⁵ SWIFT bevestigt herhaaldelijk dat zij vanuit een "gemeenschapslogica" is opgebouwd.

129. De gebruikmaking van de basale berichtendienst die de onderneming aanbiedt, bepaalt het aandeelhouderschap van SWIFT. Het kleiner of groter gebruik van de diensten bepaalt het belang van de aandelen van iedere klant (vertrekkend vanuit een minimum gebruiksniveau). Om de drie jaar worden deze aandelen op die basis herverdeeld⁵⁶.

130. De Raad van Bestuur van de onderneming is eveneens samengesteld vanuit deze gemeenschapslogica. De Raad van Bestuur bestaat uit 25 leden. Zij worden voor een hernieuwbare periode van 3 jaar benoemd, op voorstel van de nationale ledengroepen in functie van het aantal aandelen dat in het bezit is van alle leden van het betrokken land. De aandeelhouders van de zes landen met de meeste aandelen duiden gezamenlijk per land twee bestuurders aan, de aandeelhouders van de volgende tien landen duiden gezamenlijk één bestuurder per land aan; de andere leden kunnen, door zich te associëren met de leden van andere landen, drie bestuurders aanstellen.

⁵⁴ Punt 2.8 van de vragenlijst van SWIFT, vermeld in de bijlage van de brief van SWIFT van 16 november 2007.

⁵⁵ « Community Inspired, SWIFT Annual Report 2007, blz. 1.

⁵⁶ « The Company manages the units through the reallocation principle defined in the by-laws and in the General Membership rules. The units held by each member are proportional to the annual contribution paid by each member for the networkbased services of the Company. The exact number of units allocated to each member is determined at least every three years by the Board of Directors, and the members have the obligation to give up for take up the resulting change in units. The by-laws state that units are only reimbursed when a member resigns or when a member has to give units following a reallocation », SWIFT, Annual Report 2007, blz. 57.

131. De bestuurders zijn verplicht afkomstig uit de financiële instellingen die lid zijn van SWIFT alwaar zij hun functie verder blijven vervullen. Ze worden niet door SWIFT vergoed. De werkgever van de voorzitter van de Raad van Bestuur, krijgt het salarisgedeelte terugbetaald dat overeenkomt met de tijd die nodig was om zijn mandaat uit te oefenen⁵⁷.

132. In haar antwoord van 16 november 2007 op de schriftelijke vragen van de Commissie⁵⁸, geeft SWIFT een gedetailleerde uitleg over de manier waarop de besluitvorming binnen de coöperatieve onderneming gestructureerd is. In eerder, verstrekte documenten en ook in de informatie die de Commissie kon verzamelen, wordt deze werking heel gedetailleerd beschreven. De "Corporate Rules" van SWIFT bekrachtigen contractueel het beslissingsproces voor belangrijke operationele beslissingen de rol van de verschillende actoren die aan dit beslissingsproces deelnemen.⁵⁹

• **Eerste niveau : de nationale gebruikersgroepen en de nationale ledengroepen**

133. Elke instelling die klant of eventueel aandeelhouder is van SWIFT is individueel geassocieerd met een gebruikersgroep, en de aandeelhouders met een nationale ledengroep. Deze groepen zijn een eerste onderzoeksniveau voor belangrijke kwesties die verband houden met de activiteiten van SWIFT en met de diensten die de onderneming verleent of zou kunnen verlenen. Iedere instelling is verantwoordelijk voor haar al of niet deelname aan deze groepen. De Corporate Rules verduidelijken dat deze gebruikersgroepen los staan van de juridische structuur en beslissingsorganen van SWIFT⁶⁰. Deze groepen hebben geen formele beslissingsbevoegdheid.

134. De nationale gebruikersgroepen vormen een discussieplatform voor de operationele en technische kwesties die verband houden met het gebruik van de diensten die SWIFT verleent. Ze spelen eveneens een rol als evaluatie- en indicatie-instrument voor de Raad van Bestuur. Het is via deze groepen dat de "gebruikersgemeenschap van SWIFT (SWIFT Community) zijn behoeften en noden bekendmaakt"⁶¹.

135. De nationale ledengroepen spreken zich uit over de kwesties die hen in hun hoedanigheid van lid zouden kunnen raken (voorwaarden voor de toekenning van de aandelen, waarde van de

⁵⁷ Voor de lijst, de nationale herkomst en het institutioneel lidmaatschap van de huidige bestuurders zie: SWIFT Annual Report 2007, blz.32-33

⁵⁸ Punt 3 van de vragenlijst van SWIFT, vermeld in de bijlage van de brief van SWIFT van 16 november 2007.

⁵⁹ « Corporate Rules » van SWIFT, gevoegd bij het antwoord van 16 november 2007 op de schriftelijke vragen van de Commissie (bijlage 5). Te raadplegen op www.swift.com <About SWIFT><Governance><Corporate Rules>.

⁶⁰ Artikels 3.4 en 3.5. van de Corporate Rules : « The National (User or Member) Group is independent from the SWIFT legal and governance structure and can organise as it thinks appropriate ».

⁶¹ Punt 3 van de vragenlijst van SWIFT, vermeld in de bijlage van de brief van SWIFT van 16 november 2007.

aandelen, oprichting van nieuwe categorieën gebruikers,...). Ze dienen ook voor “het coördineren van de verschillende standpunten van de leden en om een gemeenschappelijk beleid te kunnen goedkeuren”⁶². Ze stellen kandidaat-bestuurders voor maar er kan gesteld worden dat ze deze bestuurders in feite aanstellen (aangezien de leden van de Raad van Bestuur per land worden verdeeld – zie supra). Afgezien daarvan spreken ze zich in ieder geval uit als vennoot die zetelt in de algemene vergadering.

• **Tweede niveau : de comités ingesteld door de Raad van Bestuur, de werkgroepen *ad hoc* en de begeleiding van de technische vooruitgang.**

136. De Raad van Bestuur van SWIFT richtte zes comités op (“Board Committees”)⁶³ en diverse subcomités die belast zijn met de voorbereiding van de besluitvorming om bijstand te verlenen aan de beslissingsbevoegde organen onder wier gezag ze staan. Dit voorbereidend werk is met name bedoeld om de debatresultaten van de nationale groepen te synthetiseren en harmoniseren⁶⁴.

137. De Raad van Bestuur richtte twee werkgroepen *ad hoc* op. Een eerste werkgroep met de naam “Data Privacy Working Group” of “DPWG” werd opgericht in december 2006. Deze werkgroep had als opdracht voorstellen te formuleren die konden verhelpen aan de klachten van de Commissie en de Groep 29 maar vooral om voorstellen te doen voor een Safe Harbor-lidmaatschap. Een tweede werkgroep moest aanpassingen voorstellen aan de architectuur van SWIFT (de “Re-architecture Board Task Force” of “RBTF”. Beide groepen werden voornamelijk samengesteld uit “vertegenwoordigers van de financiële gemeenschap”.

138. Aangaande de ontwikkeling van standaarden en technische processen zijn meer specifiek een reeks etappes en interventies duidelijk identificeerbaar:

- identificatie van een collectieve behoefte, gewoonlijk via een enerlei uiting van meerdere gebruikers of categorieën gebruikers.
- welomschreven definitie van de te vervullen vereisten en technische oplossingen om deze behoefte in te vullen (business model and logical model). SWIFT ontwikkelt het *business* en *logical model* onder begeleiding van een “modelling group” dat is samengesteld uit technische deskundigen

⁶² Punt 3 (Inleiding) van het antwoord van 16 november 2007 op de schriftelijke vragen van de Commissie.

⁶³ De voor SWIFT relevante vermelde comités zijn de “Technology en Production Committee” , “Standards Committee” en de “Banking & Payments/Securities Committees”.

⁶⁴ Punten 1.7. in fine, 2.1. en 3 van de vragenlijst van SWIFT, vermeld in de bijlage van de brief van SWIFT op datum van 16 november 2007.

in het specifieke domein waarvoor het standaardproject wordt ontwikkeld. Dit werk wordt zelf ook begeleid door een "business validation group" eveneens samengesteld uit deskundigen uit de financiële wereld;

- voorlegging van het project aan alle klant-gebruikers die zich via een stemming zullen uitspreken (waarvan het resultaat aan SWIFT wordt gerapporteerd, per land en gewogen in functie van de positieve en negatieve stemmen binnen de nationale groepen) en waarmee de mindere of meerdere instemming met het project kan worden beoordeeld;
- eventuele verdere ontwikkeling van het project indien niet de grootste mogelijke consensus daarover werd bereikt;
- formele beslissing als wordt vastgesteld dat onder alle klant-gebruikers de grootst mogelijke consensus werd bereikt.

139. De belangrijkste contractuele bepalingen in de policies van SWIFT worden via gelijkaardige procedures opgesteld.

- **De besluitvorming**

140. Het is de Raad van Bestuur die de eigenlijke beslissingen neemt over de technische ontwikkelingen en de contractuele bepalingen van de policies. Maar het valt niet te ontkennen dat de beslissingen worden genomen vanuit een gemeenschapslogica en dat er, zoals de Commissie kon vaststellen tijdens haar onderzoek naar de werking van SWIFT, geen beslissingen worden genomen die ingaan of zouden ingaan tegen de grootst mogelijke consensus van de gemeenschap.

141. Het gaat om meer dan een simpele raadpleging van het cliënteel (wat eigenlijk deel uitmaakt van een goede commerciële logica), daar het cliënteel ook de organen van de onderneming controleert. Op die manier zijn ze er zeker van zijn dat de wensen die zij formuleerden in de externe en onafhankelijke structuren ook worden nageleefd en uitgevoerd. Voor dit soort beslissingen is het het cliënteel dat zich uitsprekt maar het is ook echt het cliënteel zelf die beslist op een collectieve manier.

142. Er kan worden gesteld dat het gaat om een mechanisme van gemeenschappelijk maken van oplossingen waarmee men aan een gedeelde behoefte wil voldoen. De onderneming SWIFT is de ultieme uitdrukking van dit mechanisme. Maar ze is er niet de enige drager van noch het enig

instrument. Het is SWIFT niet die het bestaan materialiseert van de financiële gemeenschap en daardoor het wezen ervan uitmaakt⁶⁵. SWIFT is niet de financiële gemeenschap van haar klant-gebruikers.⁶⁶

143. Er bestaat over deze gemeenschap geen oprichtingsakte. Maar met de omschreven feiten kan worden vastgesteld dat er werkelijk een belangengemeenschap bestaat, dat zich stilzwijgend en informeel heeft gevormd, en waarvan de collectieve werkingregels al meer dan 30 jaar zijn opgesteld, ingevoerd en nageleefd.

144. Hoewel de belangengemeenschap niet formeel werd opgericht bestaan er desondanks tussen de elementen die het bestaan ervan bevestigen, meer bepaald juridische instrumenten van Belgisch recht (en uitsluitend van Belgische recht):

- De werkingsregels van SWIFT en de interne akten die de besluitvorming organiseren en in toepassing van die regels het resultaat ervan bekrachtigen;
- De verschillende contractuele policies van SWIFT, waarvan sommige bepalingen het beschreven besluitvormingsproces vermelden maar die vooral gelden voor alle gebruikers van SWIFT.

145. Het is al even veelzeggend als uitzonderlijk dat bepaalde regels die de besluitvorming over de grote tendensen en verwezenlijkingen van SWIFT organiseren, werden opgesteld en bekrachtigd door contractuele bepalingen die de onderneming bindt aan de klant-gebruikers⁶⁷.

146. Het is moeilijk om SWIFT te beschouwen als een entiteit die los staat van haar gebruikersgemeenschap, aangezien de onderneming werd opgericht in de schoot van deze gemeenschap en dat het gebruik van de diensten van SWIFT de weg is om er lid van te worden en SWIFT de uiting is van een collectieve wens. SWIFT zou zonder haar gebruikersgemeenschap niet bestaan. En deze gemeenschap zou in die hoedanigheid niet bestaan zonder SWIFT.

147. Zonder dat SWIFT over dezelfde prerogatieven beschikt als de financiële instellingen die de gebruikersgemeenschap vormen van de onderneming, kan zij beschouwd worden als een entiteit die

⁶⁵ Zelfs in het geval van een gemeenschap die slechts bestaat met als enig doel om behoeften gemeenschappelijk te brengen, behoeften waaraan SWIFT beantwoordt.

⁶⁶ Zoals werd aangetoond, spreken de gemeenschap en haar leden zich niet uit en beslissen ze niet in de schoot van het orgaan van de onderneming die ze voor dit doel samenbrengt (in dit geval de algemene vergadering)

⁶⁷ « Corporate Rules » ... + ...

per definitie verbonden is met de gemeenschap, en voorzien is van een specifiek statuut en beperkte maar duidelijk, bepaalde bevoegdheden.

148. Eigenlijk is SWIFT door tussenkomst van zijn organen, de vrijwaarder, de griffier, en de uitvoerder van de beslissingen van de financiële gemeenschap die zich verenigt rond gemeenschappelijke uitdagingen en behoeften. SWIFT kan beschouwd worden als de uitdrukking en de belichaming van de beslissingen van deze gemeenschap en zij kan handelen omdat ze gemachtigd is met een werkelijke, feitelijke delegatie.

149. Het is bovendien duidelijk dat één of meerdere klanten van SWIFT geen oplossingen of bijzondere eisen kunnen opleggen die de gebruikersgemeenschap als marginaal bestempelt. De opdracht van SWIFT bestaat er niet in om op verzoek voor bepaalde klanten "op maat" oplossingen te zoeken of uit werken. Maar niets staat deze klanten in de weg om elders een oplossing te laten uitwerken : "lidmaatschap van de gemeenschap" is niet exclusief en ook niet definitief; het betekent niet dat ieder lid van de gemeenschap zijn onafhankelijkheid moet opgeven.

150. Tenslotte is het aangewezen te vermelden dat bepaalde beslissingen van de Raad van Bestuur van SWIFT waarbij persoonsgegevensverwerkingen betrokken zijn niet onderhevig waren aan een uitgebreide collectieve en gemeenschappelijke besluitvoering. Het gaat over de beslissingen die werden genomen in het kader van de bepalingen van de "Data Retrieval policy" met betrekking tot de winning en samenvoeging van gegevens voor statistische doeleinden en met betrekking tot het maken van kopies en de mededeling van gegevens naar aanleiding van verzoekschriften en wettelijke bevelen van openbare autoriteiten. Deze beslissingen werden telkens door de Raad van Bestuur beoordeeld en mogelijk ook het gebruik van de specifieke technische instrumenten om ze te kunnen uitvoeren.⁶⁸

C) De centrale rol van SWIFT en de autonomie van de banken

151. Voor bepaalde financiële verrichtingen is het moeilijk om geen gebruik te maken van de diensten van SWIFT: versturen van internationale berichten betreffende dringende transacties van grote waarde en potentieel verhoogd risico; de overdracht van financiële informatie in het kader van een transactie waarbij de betaling automatisch en in reële tijd gebeurt.

⁶⁸ De beslissingen om op verzoek en ten voordele van de betrokken klant een kopie te trekken uit het tijdelijk archief van een bericht waarvan hij de afzender of een van de ontvangers was, kunnen daarentegen geen deel uitmaken van de zeer marginale beoordelingen waarbij enkel wordt geverifieerd of het verzoek wel degelijk overeenstemt met de specifieke omstandigheden waarin de verzoeker zich bevindt en die beschreven staan in de "Data Retrieval Policy" : aan de vastlegging van deze omstandigheden is een uitgebreide overlegprocedure met de financiële gemeenschap van klant-gebruikers voorafgegaan.

152. Blijkbaar komt Swift niet enkel tussen voor rekening van de opdrachtgever of zijn bank maar verricht SWIFT ook verwerkingen ten behoeve van de ontvanger (en dus voor zijn rekening, van zodra hij gevolg geeft aan de door SWIFT gerealiseerde authenticatie, certificering en validering) maar ook ten behoeve van de gehele financiële gemeenschap (en van al diegenen die belang hebben bij een stabiele financiële markt).

153. Swift vervult en eist de rol op van derde vertrouwenspersoon of derde certificeerder tussen de partners van een financiële transactie.

154. SWIFT en de Nationale Bank van België⁶⁹ bevestigen het belang van de dienstverlening en tussenkomst van SWIFT op die markten, door te stellen dat SWIFT onder toezicht werd gezet van de centrale banken van de G10 omwille van *"l'importance critique pour le bon fonctionnement du système financier global, dans son rôle de fournisseur dominant de messageries et de services de traitement, en particulier pour l'acquittement de paiement et les transactions de titres."*

155. Uit deze situatie kan echter niet worden geconcludeerd dat de banken elk afzonderlijk alle autonomie verloren hebben en noodzakelijkerwijs onderworpen zijn aan een soort van monopolie dat door SWIFT wordt uitgeoefend en waardoor zij elke beslissingsbevoegdheid verliezen. Het is in werkelijkheid niet het SWIFT-monopolie dat de banken ertoe aanzet gebruik te maken van de diensten van deze onderneming maar eerder de aard van de internationale verrichtingen tussen verschillende partners en de nood aan gemeenschappelijke regels voor een maximum onder hen (gegeven het feit dat de financiële gevolgen van elke financiële verrichting zich cumuleren of elkaar beïnvloeden, zelfs indien ze elk afzonderlijk betrekking hebben op verschillende partners).

156. Het is niet verplicht om gebruik te maken van de diensten van SWIFT. Elke bank beslist of zij al dan niet wil integreren in de marktdynamiek die de klant-gebruikers van SWIFT invoerden. De bankinstellingen kunnen trouwens vrij de manier blijven kiezen waarop ze de internationale betaalopdrachten zullen uitvoeren mits de financiële instelling die deelgenoot is in die verrichting daarmee akkoord gaat. De bank kan beslissen de gegevens via haar eigen netwerk te laten circuleren (internationale "on-us" transactie tussen twee banken van dezelfde groep), eventueel via een VPN⁷⁰, via een andere financiële dienstverlener (verwerking via SIANet, BT/Radianz, VISA, Mastercard,...) of via een gewone telecommunicatieoperator (per fax, pers e-mail).

⁶⁹ BNB, Financial Stability Review 2005 (blz. 13): *"Wegens het systemische belang van SWIFT voor het wereldwijde betalingssysteem waren de centrale banken van de landen van de Groep van Tien (G10) echter van oordeel dat SWIFT moest worden onderworpen aan een coöperatief toezicht door centrale banken"*. Dit document is beschikbaar op http://www.bnb.be/doc/ts/Publications/FSR/FSR_2005_FR.pdf

⁷⁰ Virtual Private Network.

IV.3. DE VERANTWOORDELIJKHEID VOOR DE VERWERKINGEN DIE SWIFT UITVOERT

De onderscheiden kwalificaties en de verantwoordelijkheden voor de verschillende verwerkingen van persoonsgegevens naar aanleiding van de overzending van financiële informatie via de diensten van SWIFT.

157. De vaststelling en omschrijving van de feiten maken het mogelijk met meer zekerheid de verantwoordelijken van de verschillende verwerkingen aan te duiden. Hiervoor moet wel beschouwd worden dat de verantwoordelijke het zeggenschap moet behouden over zowel de verwerking als over de verwerkte gegevens, al was het maar op intellectueel niveau. In die zin kan de verwerking vanzelfsprekend niet verder gaan dan de veronderstelde verantwoordelijke zulk zeggenschap heeft of dan hetgeen hij theoretisch had kunnen uitvoeren, in de veronderstelling dat hij daarvoor de middelen had gehad of ervoor had gekozen deze middelen in te zetten.

IV.3.1. De verantwoordelijkheid van elke financiële instelling

158. De bank van iedere opdrachtgever moet worden beschouwd als verantwoordelijke voor de verwerking (en titularis van de daaraan verbonden verplichtingen), daar waar de individuele aspecten die eigen zijn aan iedere opdracht domineren: verzamelen van gegevens (en verificatie van hun juistheid); opstellen van het bericht overeenkomstig de gestandaardiseerde structuren, de wettelijke verplichtingen en de instructies van de opdrachtgever; overzending via het netwerk van SWIFT; eerste codering (waarvan de sleutel door SWIFT wordt bepaald maar op basis van het systeem van de bank en uitgevoerd door het systeem van de bank; overzending van een kopie van het bericht, bijvoorbeeld naar een automatisch vereffeningsplatform; overzending van de informatie uit het bericht naar de bank van bestemming.

159. Er moet overigens worden vastgesteld dat de Verordening EG nr. 1781/2006 van 15 november 2006 "betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie over de betaler" de financiële dienstverlener van de opdrachtgever verplicht zich van de identiteit van deze laatste te verzekeren, gegevens te voegen bij de opdracht voor de geldtransactie die een identificatie mogelijk maken en die gegevens gedurende vijf jaar te bewaren. Het is duidelijk dat de bank opdrachtgever wordt aangeduid als verantwoordelijke van deze verschillende verwerkingen als de bepalingen van artikel 1, § 4, 2^{de} lid van de WVP in beschouwing worden genomen⁷¹. De verstrekkers van een

⁷¹ "Indien het doel en de middelen voor de verwerking door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie zijn bepaald, is de verantwoordelijke voor de verwerking de natuurlijke persoon, de rechtspersoon, de feitelijke vereniging of het

berichtendienst worden overigens duidelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van dit Reglement⁷².

160. Bovendien is het ontstaan van wachtrijen, die eigen zijn aan elke ontvangende bank, een beslissing van elkeen van deze banken (tijd en periode van verbinding met het netwerk van SWIFT). Deze wachtrijen maar ook de laatste decodering en de verdere verwerking van de berichtgegevens om de financiële verrichting te volbrengen, vallen duidelijk onder de verantwoordelijkheid van de ontvangende bank.

161. Er moet tot slot worden gesteld dat de productie van een kopie van een gearcheveerd bericht op vraag van zijn afzender of van een van de ontvangers, duidelijk vallen onder de verantwoordelijkheid van de aanvrager, voor zover het archiveringsysteem werd ontworpen met de bedoeling om indien nodig reservekopies te produceren voor de potentiële aanvrager; dat het berichten betreffen waarvan de inhoud reeds door de aanvrager gekend is, dat zijzelf toegangsbevoegdheid bezitten tot het archief en rechtstreeks hun berichten kunnen recupereren en dat de tussenkomst van SWIFT zich beperkt tot het opvangen van eventuele gebreken aan het systeem van een instelling op het ogenblik dat die toegang proberen te krijgen tot de gearcheveerde berichten die zij mag recupereren.

IV.3.2. De verantwoordelijkheid van de financiële gemeenschap van klant-gebruikers van SWIFT

162. De financiële gemeenschap van de klant-gebruikers van SWIFT kan manifest beschouwd worden als verantwoordelijke voor de gemeenschappelijke verwerkingen die op alle berichten worden toegepast (of elke categorie van berichten naargelang de gebruikte dienst) die via het SWIFTNet passeren.

163. De financiële gemeenschap van de klant-gebruikers van SWIFT kan meer precies beschouwd worden als de verantwoordelijke voor de volgende verwerkingen: decodering en lezing van de berichten voor doeleinden van authenticatie, validering (de verplichte inhoud en de leesbaarheid van de berichten) en certificering van hun integriteit; hercodering (met een interne sleutel) en nieuwe decodering met het oog op een laatste codering met een sleutel die aan de ontvangende bank wordt aangeleverd; het maken van een duplicaat en overdracht naar een verwerkingscentrum

openbaar bestuur die door of krachtens de wet, het decreet of de ordonnantie als de voor de verwerking verantwoordelijke wordt aangewezen"

⁷² Zie considerans (8) van het Reglement EG 1781/2006.

in de Verenigde Staten en de verwerking in dubbel van het gehele proces; archivering gedurende 124 dagen in beide verwerkingscentra; vernietiging van de gearchiveerde kopieën na 124 dagen.

IV.3.3. De verantwoordelijkheid van SWIFT

164. De onderneming SWIFT kan manifest beschouwd worden als verantwoordelijke voor de verwerkingen, die zij op basis van een bijzonder verzoek, verricht op de gegevens of een deel van de tijdelijk bewaarde gegevens, voor doeleinden die niet rechtstreeks verbonden zijn met de uitvoering van financiële transacties: de selectie, samenbrengen en extractie gebaseerd op gemeenschappelijke kenmerken van verschillende berichtgegevens of reeksen berichten met een verschillende herkomst, om ze ofwel op te nemen in statistieken en deze anonieme resultaten vervolgens over te dragen aan derden (op verzoek van collectieve organisaties met de bedoeling bepaalde aspecten van de geldstromen te analyseren en te begrijpen). Er moet worden benadrukt dat het archiveringsstelsel niet werd ontworpen om op dergelijke verzoeken te kunnen antwoorden. De archivering die deze laatste verwerkingen mogelijk maakt, verleent aan SWIFT een marginale maar volledige en autonome verantwoordelijkheid, die met een echte beoordelingsbevoegdheid bekrachtigd wordt.

IV.3.4. De specifieke gevallen van verwerkingen die worden verricht om gevolg te geven aan een administratief of gerechtelijk dwangbevel

- **De onmogelijkheid van een “generieke” kwalificatie en de noodzaak van een kwalificatie gebaseerd op een beoordeling in casu van elke situatie**

165. De administratieve verzoekschriften of de gerechtelijke dwangbevelen kunnen naar hun aard of inhoud erg verschillen, al naargelang de bevoegdheidsomvang van de auteur, de duidelijkheid van hun inhoud, het onderwerp, de kleinere of grotere vrijheid van handelen die de ontvanger krijgt voor de uitvoering ervan, al naargelang er al dan niet rechtsmiddelen bestaan om ze te betwisten of om er bekrachtiging van te vragen...Er is natuurlijk een groot verschil tussen een verplichting gegevens te verwerken die heel precies door een wet werd opgelegd en een wettelijke verplichting die de vrije keuze laat welke soort verwerking ervoor wordt aangewend, of verder nog tussen deze verplichtingen en een dwangbevel dat door een autoriteit werd uitgevaardigd krachtens een wet, die zelf ook betrekking kan hebben op de verplichting een bijzondere verwerking te verrichten of enkel betrekking heeft op de mededeling van een inlichting waarbij de ontvanger de keuze wordt gelaten aangaande middelen die hij daarvoor zal inzetten. Een kwalificatie in het licht van de criteria van de WVP, kan slechts worden vastgesteld door rekening te houden met alle bijzonderheden van elke

situatie. De ontvanger van een bevel kan verantwoordelijk zijn voor de manier waarop hij dit bevel uitvoert, net zoals hij van iedere mogelijkheid om te kiezen verstoken kan.

- **Het specifieke geval van de gegevensdoorgifte in antwoord op de dwangbevelen van UST**

166. Het lijkt niet relevant te zijn om de verwerkingen te kwalificeren die SWIFT verrichtte in de Verenigde Staten op gegevens die zich fysiek in dit land bevonden met de bedoeling gevolg te geven aan de dwangbevelen van een Amerikaanse autoriteit. Het Belgisch recht is in ieder geval niet van toepassing op het grondgebied van de Verenigde Staten en een of andere kwalificatie zou puur theoretisch en zonder uitwerking blijven : in dit opzicht kan geen enkele van de verplichtingen voortvloeiend uit de Belgische wet worden opgelegd.

167. Maar de situatie was echter wel onduidelijk omdat SWIFT handelde in twee onderscheiden hoedanigheden : in de Verenigde Staten als ontvanger van de dwangbevelen van UST en in Europa als de operator van een gegevensdoorgifte naar een derde land. SWIFT was voor elk van deze hoedanigheden onderworpen aan een ander recht.

168. Het spreekt voor zich dat SWIFT als operator van een doorgifte naar een derde land de wijzigingen aan het beschermingsniveau van de meegedeelde gegevens niet kon negeren (in tegenstelling tot wat zou zijn gebeurd wanneer de gegevens werden meegedeeld aan een derde maatschappij). In de ogen van de Commissie is het in dat opzicht en alleen maar in dit opzicht SWIFT had moeten handelen. Het is enkel in dat opzicht dat de houding moet worden beoordeeld die SWIFT heeft aangenomen, zonder rekening te houden met de verplichtingen die uit de WVP zouden voortvloeien als gevolg van een kwalificatie die wordt afgeleid uit een situatie die onderworpen is aan het Amerikaans recht.

V. DE MAATREGELEN GENOMEN DOOR SWIFT

169. In de loop van het jaar dat voorafging aan de aanvang van voorliggende procedure, was de Commissie voortdurende in dialoog met SWIFT via gedetailleerde brieven en talrijke vergaderingen⁷³ waarvan sommige plaatsvonden in aanwezigheid van vertegenwoordigers van de Groep 29 en van de Europese controleur voor de bescherming van persoonsgegevens (EDPS). De voortzetting van de dialoog met SWIFT had onder meer als doel om deze laatste aan te moedigen een nieuw beleid

⁷³ De vergaderingen met het secretariaat van de Commissie vonden in 2007 plaats op 23 maart, 13 april, 17 april, 24 mei, 23 juli en 16 augustus.

inzake gegevensbescherming uit te werken dat door zich in overeenstemming te brengen met de voormelde adviezen, beter rekening zou houden met de Europese en Belgische reglementering ter zake.

170. SWIFT nam sedert het advies 37/2006 van de Commissie verscheidene maatregelen voor een betere bescherming van de persoonsgegevens die zij naar aanleiding van haar dienstverlening verwerkt. Het gaat onder meer over de uitwerking van nieuwe contractuele leidraden ("policies") inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de toetreding tot de "Veiligheidsbeginselen" ("Safe Harbor Principles") als omkadering van de verwerkingen die plaatsvinden op het grondgebied van de Verenigde Staten, de beslissing om de architectuur van haar netwerk te wijzigen en de bekendmaking en verspreiding van specifieke informatie over de verwerkingen die zij verricht in het kader van haar dienstverlening, zowel aan de financiële instellingen als aan het publiek.

- **Nieuwe policies met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens**

171. Naar aanleiding van de grieven die geformuleerd werden, zowel door de Commissie als door haar Europese zusterinstellingen in de schoot van de Groep 29, werd door SWIFT een *ad hoc* werkgroep ("Data Protection Working Group") opgericht, samengesteld uit verantwoordelijken van de financiële instellingen die door SWIFT als representatief werden beschouwd voor haar leden en gebruikers. Deze werkgroep heeft met name voorgesteld om wijzigingen aan te brengen aan de verschillende bij SWIFT bestaande contractuele policies en om een nieuwe policy betreffende de toetreding tot Safe Harbor aan te nemen (zie infra).

172. De werkzaamheden van de *ad hoc* werkgroep werden afgerond in juli 2007. Nieuwe documenten ter regeling van de contractuele relaties tussen SWIFT en haar klanten (financiële instellingen) werden vervolgens aangenomen door de Raad van Bestuur van SWIFT en gepubliceerd op 20 juli (meer bepaald op haar website www.SWIFT.com) . De aangenomen teksten wijzigen, vervangen en vervolledigen de oude algemene voorwaarden en andere contractuele documenten van SWIFT. Het gaat meer in het bijzonder om:

- De *SWIFT Personal Data Protection Policy*, die het onderscheid maakt tussen enerzijds de ingezamelde persoonsgegevens ten behoeve van haar personeelsbeheer of haar cliënteel en de persoonsgegevens ingezameld door het cliënteel van SWIFT dat beroep doet op haar diensten, en die verwerkt worden in het kader van deze dienstverlening. In dit document wordt SWIFT gekwalificeerd als verwerker in de zin van de WVP voor de verwerkingen van

gegevens die ingezameld werden door de financiële instellingen en verbindt zij zich enkel tot de verplichtingen die aan de verwerker werden opgelegd in artikel 16 van de WVP ⁷⁴;

- De *SWIFT Data Retrieval Policy*, die **(1)** hoofdzakelijk de omstandigheden en de voorwaarden beschrijft waaronder Swift, op vraag en ten behoeve van de betrokken klant, de transmissiegegevens en de gegevens uit de berichten mag recupereren en reconstrueren wanneer deze gegevens tijdelijk als kopie worden bewaard. **(2)** De policy beschrijft eveneens de omstandigheden en voorwaarden waaronder SWIFT de, bewaarde gegevens nog in haar bezit in statistieken mag aggregeren om deze anonieme resultaten vervolgens door te zenden aan derden (op verzoek van collectieve organisaties om bepaalde aspecten van de geldstromen te kunnen onderzoeken en begrijpen) of **(3)** om eventueel krachtens het toepasselijk recht te kunnen reageren op vorderingen of dwangbevelen van een bevoegde autoriteit en deze gegevens te kunnen doorgeven aan de betrokken autoriteit.
- De *SWIFT Safe Harbor Policy* die werd aangenomen in het raam van de toetreding van SWIFT tot de Safe Harbor beginselen en die van toepassing is op de overdrachten van Europese persoonsgegevens naar de Verenigde Staten en onder meer informatie levert over de latere gegevensoverdrachten, over de door SWIFT toegepaste veiligheidsmaatregelen alsook over de procedure die door de betrokkenen moet gevolgd worden om toegang te verkrijgen tot hun gegevens via de financiële instellingen.

- **Toetreding tot het "veiligehavenbeleid" (Safe Harbor)**

173. SWIFT heeft op 19 juli 2007 haar toetreding verklaard tot de Veiligehavenbeginselen. Sindsdien is SWIFT opgenomen in het publieke register van de ondernemingen die Safe Harbor⁷⁵ aanvaarden onder de sector van "computerdiensten" ("CSV"). Een contractuele policy met betrekking tot het veiligehavenbeleid werd bijgevolg eveneens aangenomen (cf. supra). Deze maatregelen hebben tot doel de doorzending en de bewaring in de Verenigde Staten van persoonsgegevens in het raam van de commerciële diensten van SWIFT, via het netwerk SWIFTNet, in conformiteit te brengen met de artikelen 21 en 22 van de WVP.

- **Aangekondigde wijziging van de architectuur van het SWIFT netwerk**

174. De Raad van Bestuur van SWIFT richtte eveneens een werkgroep op die de verschillende opties voor de herziening van de architectuur van het netwerk van SWIFT bestudeert. Ingevolge de voorstellen

⁷⁴ Los van de verwerkingen die niet het onderwerp vormen van deze aanbeveling en die door SWIFT beschreven worden in de categorie "door SWIFT ingezamelde persoonsgegevens".

⁷⁵ Zie <http://web.ita.doc.gov/safeharbor/shlist.nsf/webPages/safe+harbor+list>

van deze werkgroep heeft de Raad van Bestuur in september 2007 beslist⁷⁶ om de architectuur van haar netwerk te wijzigen en tegen eind 2009 een nieuw operationeel centrum te creëren in Zwitserland. Deze reorganisatie van de architectuur bestaat erin de door SWIFT in het raam van haar diensten uitgevoerde verrichtingen te regionaliseren met inbegrip van de "back up" dienst ("Multi-processing zones"). De bedoeling bestaat erin de uitgewisselde berichten tussen klanten van SWIFT die behoren tot de Europese economische ruimte, met inbegrip van Zwitserland, enkel in de in Europa gevestigde operationele centra te verwerken en te archiveren, met uitsluiting van het in de Verenigde Staten gevestigde centrum.

175. De reorganisatie van het netwerk wordt gemotiveerd door overwegingen verbonden aan de gegevensbescherming maar ook vooral door commerciële strategieën⁷⁷, die de prospectie en de verovering beogen van nieuwe regionale markten⁷⁸ en de verbetering van de kwaliteit en de prestaties van de geleverde diensten: de "resilience", de veiligheid en het verminderen van de kosten⁷⁹.

- **De informatie die SWIFT verschaft**

176. SWIFT nam maatregelen om specifieke informatie te geven over de verwerkingen die zij verricht.

177. De klanten van SWIFT (de financiële instellingen) ontvangen gedetailleerde informatie⁸⁰ over de verwerkingen die plaatsvinden of die kunnen plaatsvinden. Deze informatie wordt verspreid via verschillende policies, het online glossarium ("Glossary"), de online Vragen en Antwoorden en indien nodig via gepersonaliseerde bijstand. De nieuwe policies stellen overigens duidelijk dat de financiële instellingen op hun beurt hun eigen klanten moeten inlichten over de verwerking van hun persoonsgegevens naar aanleiding van de diensten die SWIFT⁸¹ heeft verleend.

⁷⁶ zie het perscommuniqué van SWIFT van 4 oktober 2007 op www.SWIFT.com

⁷⁷ Cf. interview du PDG de SWIFT, M. Lázaro Campos, Dialogue (The Voice of the SWIFT Community), Q2 2007 : "In bepaalde zones die een specifiek juridisch kader bezitten, zou onze commerciële slagkracht versterkt worden indien de gegevensverwerkingen zouden plaatsvinden in nieuwe vestigingen. SWIFT zou voor meer sectoren aantrekkelijk worden. In dit opzicht zou de gegevensbescherming eveneens een aspect zijn dat in overweging dient genomen te worden". (*"In some jurisdictions, our commercial appeal would be improved if we processed data in additional locations. We would attract more business to SWIFT. Data privacy would also be a factor to consider in this context"*.)

⁷⁸ De doelstellingen "SWIFT2010" besteden onder meer aandacht aan de geplande ontwikkelingen van het project SEPA ("Single European Payment Area")

⁷⁹ Antwoorden van SWIFT van 16 november 2007 (punt 3.1. iii) op de schriftelijke vragen van de Commissie

⁸⁰ Bepaalde beveiligde technische informatie daar gelaten.

⁸¹ De groep 29 blijft bijzonder oplettend over de kwaliteit van de informatie die de Europese banken aan hun klanten verstrekken.-

178. SWIFT gaf via haar website ook aan het grote publiek informatie over de verwerkingen die zij verrichtte : publicatie van de policies die de verwerkingen omkaderen; gedetailleerde uitleg over de dwangbevelen van UST; antwoorden op veel gestelde vragen (met name : ligging van de operationele centra, motieven voor de redundante gegevensverwerking, getroffen veiligheidsmaatregelen,...).

- **De aangifte van de verwerkingen bij de Commissie**

179. In haar advies 37/2006 was de Commissie van oordeel dat SWIFT overeenkomstig artikel 17 van de WVP verplicht was om al haar verwerkingen aan te geven. Omdat SWIFT ervan uitging dat het advies niet aan haar gericht was, dat zij betwist dat zij verantwoordelijke voor de verwerking is en zich bijgevolg niet gebonden voelt door de verplichtingen die verbonden zijn aan dit statuut, heeft SWIFT op het ogenblik dat deze aanbevelingsprocedure een aanvang heeft genomen bij de Commissie nog steeds geen aangifte van verwerking ingediend.

180. Ter aanvulling van haar antwoord op de conclusies van de verslaggever en de hoorzitting van 8 oktober 2008, legde SWIFT twee ontwerpen van aangifte voor aan de Commissie : **(1)** in haar hoedanigheid van feitelijke afgevaardigde van de gemeenschap van haar klant-gebruikers, voor de verwerkingen waarvoor deze gemeenschap verantwoordelijk is, overeenkomstig de conclusies van de verslaggever en van wat hierboven werd uiteengezet (punten 137 en 138) en ook **(2)** in haar hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerkingen voor statistische- en onderzoeksdoeleinden.

- **Maatregelen ter voorkoming van problemen en als waarborg van een daadwerkelijke uitoefening van rechten**

181. Bovendien heeft SWIFT een reeks interne maatregelen en procedures ingevoerd om te kunnen nagaan of de verplichtingen van de WVP worden nageleefd, om eventuele problemen te voorkomen en om te garanderen dat de personen op wie de persoonsgegevens betrekking hebben desgevallend hun rechten, die hen door de wet werden toegekend, daadwerkelijk kunnen uitoefenen.

182. Er werd binnen de maatschappij voltijds een Privacy Officer aangesteld. In die hoedanigheid zal hij voor de Commissie de gesprekspartner bij uitstek zijn.

183. Het is de Privacy Officer die de legitieme verzoeken van de personen wiens persoonsgegevens worden verwerkt, zal behandelen. Aangezien SWIFT niet in staat is rechtstreeks op deze verzoeken te antwoorden omdat zij niet over de middelen beschikt om de relevante gegevens uit de berichten

te identificeren (en daardoor de zware last van deze verplichtingen die uit deze verzoeken voortvloeien, niet hoeft te dragen- cf. infra), wordt bepaald dat SWIFT aan de betrokken persoon verzoekt de naam van zijn bank mee te delen om zijn verzoek vervolgens aan deze bank door te geven met de vraag het verzoek te behandelen en haar daarvan op de hoogte te houden. Deze procedure is reeds uitdrukkelijk voorzien in de "Veilige Haven Policy" (cf. supra) maar zal worden toegepast op alle gegronde verzoeken, in het bijzonder de verzoeken die hun basis vinden in de toepassing van de WVP.

184. De "Data Protection Working Group" wordt permanent opgericht en heeft als eerste opdracht de policies van SWIFT opnieuw te onderzoeken zodat kan worden beoordeeld of het noodzakelijk is ze te wijzigen zodat rekening kan worden gehouden met de relevante elementen van onderhavige beslissing. Er moet onder meer bepaald worden in welke mate het nuttig zou zijn de interne procedures te verduidelijken (nl. de procedure beschreven onder punt 151) die de omkadering beogen van de betrokken personen.

VI. DE TOEPASSING VAN DE WET EN DE VERPLICHTINGEN VAN DE VERANTWOORDELIJKEN VOOR DE VERWERKING

185. Of SWIFT nu optreedt als feitelijke afgevaardigde van de gebruikersgemeenschap of bijkomstig optreedt als verantwoordelijke voor de verwerking, is het belangrijk de draagwijdte en de inhoud te bepalen van de verplichtingen waaraan de onderneming zou moeten voldoen.

186. In ieder geval moet er vooraf aan herinnerd worden dat de financiële instellingen onderworpen zijn aan de rechtsverplichtingen die op hen van toepassing zijn voor de verwerkingen waarvoor zij verantwoordelijk zijn.

VI.1. DE FINANCIËLE GEMEENSCHAP

187. De financiële gemeenschap van gebruikers van SWIFT bezit geen duidelijke en duurzame identiteit of uitdrukkelijk samengestelde organisatie. Welnu, in toepassing van de WVP en in naleving van haar bepalingen, beslist de verantwoordelijke voor de verwerking (over de doeleinden en de middelen van de verwerking) maar moet hij ook kunnen optreden, onder meer voor het uitvoeren van zijn wettelijke verplichtingen. De verantwoordelijke voor de verwerking moet optreden en zich uitdrukken op een dusdanige wijze dat hij als zodanig herkenbaar is voor de verschillende betrokkenen van de verwerkte gegevens, voor de andere verantwoordelijken voor de verwerking waarmee gegevens worden uitgewisseld en natuurlijk voor de controleautoriteiten zoals de Commissie.

188. Het is overduidelijk dat deze gemeenschap, voor de verwerkingen die onder haar verantwoordelijkheid vallen (cf. supra nr. 147 en 148), werkt via de structuren en de overlegprocedures die zij heeft gekozen bij de

oprichting van de onderneming en zijn werkwijze. SWIFT is wel degelijk de georganiseerde katalysator van de wensen van de leden van deze gemeenschap, de plaats van overleg en synthese en, *in fine*, van de uitdrukking en de verwezenlijking van de collectieve wensen (cf. supra). Bij gebrek aan onderscheiden, duidelijk aanvaarde, georganiseerde en identificeerbare vertegenwoordiging, ten minste voor wat de bedoelde verwerkingen en de toepassing van de WVP betreft, moet SWIFT beschouwd worden als de feitelijke afgevaardigde van de financiële gebruikersgemeenschap (het is die laatste die de verantwoordelijke is voor de bedoelde verwerkingen), die deze gemeenschap vertegenwoordigt waaruit het bedrijf is ontstaan en waarmee het per definitie is verbonden door op te treden in haar naam⁸².

VI.1.1. De verplichtingen die een contact met de betrokkenen aanbevelen of noodzaken: de kwaliteit van de gegevens, de informatie, de rechten op toegang, verbetering en verzet.

- **In het algemeen**

189. SWIFT voert aan dat indien zij beschouwd wordt als verantwoordelijke voor de verwerking, zij verplichtingen moet naleven waaraan zij als verwerker niet onderworpen is. Deze verplichtingen naleven zou onevenredige en onnodige inspanningen vergen (wanneer het bijvoorbeeld zou gaan over het uitvoeren van controles die al eens uitgevoerd werden). De grootschalig uit te voeren verrichtingen zouden bijzonder gevaarlijk kunnen blijken voor de veiligheid van verwerkingen en de vertrouwelijkheid van de gegevens. Het argument moet natuurlijk met evenveel aandacht bekeken worden voor wat de verplichtingen betreft die gelden voor de financiële gemeenschap, indien men van oordeel is dat SWIFT hiertoe bij afvaardiging zou gehouden zijn.

190. SWIFT maakt inderdaad geen gebruik van de identificatiegegevens van de betrokkenen (cf. supra) en beschikt niet over een instrument dat via de in zijn bezit zijnde identificatiegegevens toegang verschaft tot de verwerkte gegevens. SWIFT zou dus vandaag niet kunnen beantwoorden aan een verplichting die een rechtstreeks contact vereist met de betrokkenen (gevolg verlenen aan het recht op toegang, verbetering en verzet) of ten minste een toegang tot de identificatiegegevens veronderstelt (de kwaliteit van de gegevens controleren). Evenzo kan SWIFT niet rechtstreeks aan iedere betrokkene bevoorrechte informatie sturen. Indien

⁸² De gehanteerde benaming ("feitelijke afgevaardigde") beantwoordt het best aan de situatie zoals zij werd vastgesteld en beschreven. Het begrip "feitelijke vertegenwoordiger" zou verwarring gesticht hebben met het begrip "vertegenwoordiger" in de zin van de WVP. A priori is deze laatste geen actor die onmiddellijk tussenkomt in de gegevensverwerking en voor de situaties die zijn tussenkomst vereisen lijkt hij een persoonlijkheid te hebben die duidelijker gescheiden is van de verantwoordelijke voor de verwerking. Het begrip "schijnvertegenwoordiging", gebaseerd op de schijnleer, zou een handelswijze kunnen doen vermoeden die de wettelijk of contractueel toegekende bevoegdheden en de beslissingsautonomie van SWIFT zou overstijgen, hetgeen duidelijk niet overeenstemt met de manier waarop het bedrijf werkelijk wordt gecontroleerd en de wijze waarop de beslissingen werkelijk worden genomen. Afgezien daarvan zou de schijn in dit geval niet de verantwoordelijkheid met zich brengen van de financiële gemeenschap ingevolge de handelingen van een van zijn leden, organen of aangestelden die hun bevoegdheden zouden te buiten gegaan zijn of waarvan de bevoegdheden openlijk zouden erkend zijn door een constant en veroorloofd gedrag. De schijn zou voor gevolg hebben dat SWIFT losgekoppeld wordt van de financiële gemeenschap en dat geen schijnbare verantwoordelijkheid wordt bekrachtigd maar een werkelijke en autonome verantwoordelijkheid (de verantwoordelijke voor de verwerking dient enkel voor zichzelf en aan zichzelf rekenschap af te leggen) die niet overeenstemt met de realiteit. De kwestie is niet louter theoretisch. De gekozen benaming kan, door wat zij laat verstaan en door wat zij bekrachtigt, gevolgen hebben op de effectieve toepassing van burgerlijke of strafrechtelijke bepalingen, wat niet tot de bevoegdheden van de Commissie behoort. Maar zij kan vooral, indien zij niet passend is, bepaalde specifieke aspecten verhullen voor de organisatie van de geïdentificeerde belangengemeenschap en beletten dat bruikbare conclusies getrokken worden (cf. infra volgende nrs.).

de onderneming zou verplicht worden dit te doen of zelf hiertoe zou beslissen, moet zij een instrument ontwikkelen dat haar zou toelaten de identificatiegegevens op te sporen en te beheren. Een dergelijk instrument, de verwerkingen die dit met zich zou meebrengen en de moeilijk te controleren exploitatiemogelijkheden die dit zou openen zouden duidelijk schade berokkenen aan de veiligheid van de thans uitgevoerde verwerkingen en aan de vertrouwelijkheid van de gegevens.

191. Het is niettemin aangewezen dat de betrokkenen hun rechten zouden kunnen uitoefenen of dat de waarborgen die deze rechten bieden op zijn minst zouden verworven zijn.

192. Bij ontstentenis kan men stellen dat SWIFT de verplichtingen moet naleven en uitvoeren waartoe de financiële gemeenschap van haar gebruikers gehouden zijn in hun hoedanigheid van verantwoordelijken voor de verwerking⁸³, en dat, nog steeds bij ontstentenis, de betrokken derden zich hiertoe tot hem kunnen wenden⁸⁴.

193. Er dient evenwel bekeken te worden of de afvaardiging van SWIFT en de lasten die er uit voortvloeien niet beperkt of afgebakend worden door andere verleende, of door de feiten opgelegde afvaardigingen, door bijzonderheden van de banden of verbintenissen die de gebruikers van SWIFT verenigen of nog door de specifieke verplichtingen van de WVP en haar toepassing.

194. Om concreet de wijze te bepalen waarop de verplichtingen van de WVP worden of moeten worden nageleefd in de bijzondere omstandigheid van een verantwoordelijke voor de verwerking, die een feitelijke samenvoeging van een groot aantal verschillende entiteiten is, kunnen, behoudens het bestaan van een bij ontstentenis vastgestelde afvaardiging in hoofde van SWIFT, de feiten eigen aan de situatie beoordeeld worden in het licht van de volgende principes:

- de algemene principes die wederzijdse verbintenissen regelen, veronderstellen dat elk lid van een gemeenschap (temeer wanneer zij vrijwillig werd opgericht teneinde een gemeenschappelijk doeleinde na te streven) van nature gehouden is door een loyaliteitsverplichting ten opzichte van de andere leden van de gemeenschap;
- meer in het bijzonder veronderstelt de uitvoering te goeder trouw van de wederzijdse verplichtingen onder meer het rekening houden met de legitieme verwachtingen van de andere leden van de gemeenschap (en zeker van diegenen waarvan het bestaan duidelijk is) en een evidente samenwerking volgens welke elkeen zonder overmatige lasten de verplichtingen nakomt waarvoor hij ontegensprekelijk het meest geschikt is of als enige geschikt is;

⁸³ Of ten minste de uitvoering ervan waarborgen.

⁸⁴ Vermist SWIFT bij volmacht voor de financiële gemeenschap gegevensverwerkingen uitvoert die onderworpen zijn aan de WVP laat niets toe te veronderstellen dat deze volmacht niet tegenwerpbaar zou zijn voor de betrokkenen die houder zijn van de verwerkte gegevens.

- voor wat betreft het bepalen van de verantwoordelijkheid van een gegevensverwerking of van de specifieke verplichtingen die eruit voortvloeien, is de toepassing van de WVP niet beperkt of strikt gehouden tot de bijzondere bepalingen van het verbintenissenrecht of het handelsrecht; zo zou bijvoorbeeld de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkenen niet gehinderd of geneutraliseerd kunnen worden door een voorrang van de regels die de contractuele verantwoordelijkheid regelen en organiseren; de WVP kan aldus onder de entiteiten die gezamenlijk de verantwoordelijke voor de verwerking vormen de toerekenbaarheid (“accountability”) van een verplichting erkennen in hoofde van diegene die zonder overmatige inspanningen het beste of alleen de gezamenlijke verplichting kan nakomen, hierbij eventueel voorbijgaand aan bepaalde regels uit andere rechtsdomeinen die ingeval van strikte toepassing een onoverkoombaar obstakel zouden vormen voor de bescherming van de fundamentele rechten;
- unilaterale verbintenissen, aanvaardingen of vrijwillige bepalingen vanwege de leden van de gemeenschap zijn van aard om de conclusies en de besluiten te versterken of zelfs onbetwistbaar te maken, waartoe de algemene beginselen tot regeling van de wederzijdse verbintenissen samen met de verplichtingen inzake bescherming van de fundamentele rechten van de betrokkenen leiden.

196. Concreet kunnen meerdere ter zake doende elementen worden opgemerkt:

- de financiële instellingen hebben (als enigen) een rechtstreeks contact met hun klanten en gebruiken hun identificatiegegevens op wettige wijze;
- de verwerkingen die, met tussenkomst van SWIFT, onder de verantwoordelijkheid vallen van de financiële gemeenschap, moeten absoluut en systematisch voorafgegaan worden door verwerkingen die onder de verantwoordelijkheid vallen van de opdrachtgevende bank; zij hangen hiervan af;
- de gegevens die verwerkt worden onder de verantwoordelijkheid van de financiële gemeenschap zullen noodzakelijkerwijs en in ieder geval volledig identiek zijn⁸⁵ aan deze die voordien verwerkt werden onder de verantwoordelijkheid van de opdrachtgevende bank;
- in haar hoedanigheid van verantwoordelijke voor de eerste verwerkingen en in dat opzicht, maar ook krachtens de regels en gebruiken van het bankwezen, van de loyale uitvoering van het door de klanten verleend mandaat, van haar verantwoordelijkheid ten opzichte van de partners van de transactie, of nog krachtens specifieke wettelijke verplichtingen⁸⁶, heeft de opdrachtgevende bank de noodzakelijke controles moeten uitvoeren om de kwaliteit van

⁸⁵ Zoals dit werd beschreven impliceren en waarborgen de aard en het functioneren van het systeem (en een van de doeleinden van de uitgevoerde verwerkingen – cf. supra) deze volmaakte gelijkvormigheid.

⁸⁶ Bijvoorbeeld inzake de strijd tegen witwaspraktijken of de financiering van het terrorisme (cf. supra).

de verwerkte gegevens te waarborgen alsook de naleving van de voorwaarden waaronder deze mogen worden verwerkt (juistheid, gepastheid, relevantie, niet overmatigheid, wettelijkheid, afwezigheid van onverenigbaarheid van verdere verwerkingen – allen gekend - met de doeleinden van de inzameling, beperkte bewaring,...);

- als verantwoordelijken voor de primaire verwerkingen zijn de Belgische en Europese banken verplicht de betrokkenen in te lichten over de bestemmingen van de ingezamelde en verwerkte gegevens; in de mate dat de verwerkingen die door SWIFT zullen worden uitgevoerd (in om het even welk opzicht) gekend en aanvaard zijn door de banken⁸⁷, verplicht de loyaliteit waartoe deze laatsten zijn gehouden om eveneens hun klanten in te lichten (in de hoedanigheid van “betrokkenen”) over het of de doeleinde(n) van de verwerkingen die zullen uitgevoerd worden door SWIFT (in de hoedanigheid van “bestemming” van de gegevens);
- vermits de verwerkingen die onder de verantwoordelijkheid vallen van de financiële gemeenschap het noodzakelijk gevolg zijn van deze die onder de verantwoordelijkheid ressorteren van de verzendende bank en slaan op dezelfde gegevens, zouden de rechten op toegang, verbetering en verzet ten opzichte van de financiële gemeenschap niet kunnen uitgeoefend worden op een wijze die een ander resultaat zou opleveren dan wanneer zij zouden worden uitgeoefend bij de financiële instelling die eraan gevolg zou moeten geven in haar hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking (en bovendien vandaag de enige die er gevolg kan aan geven)⁸⁸
- in het algemeen, wat de verplichtingen betreft van de WVP die een contact met de betrokkenen bevoorrechten of noodzaken, zijn de financiële instellingen verplicht, persoonlijk en ten opzichte van hun klanten, prestaties te leveren waarvan de inhoud identiek is, of toch bijna, aan deze van de financiële gemeenschap voor de verwerkingen waarvoor deze laatste verantwoordelijk is;
- de financiële instellingen die gebruik maken van de berichtenservice van SWIFT zijn noodzakelijkerwijs lid van de gemeenschap van gebruikers van SWIFT;
- de financiële instellingen hebben op een unanieme en constante wijze geregeld beweerd en bevestigd dat SWIFT in hun ogen de verwerker was van elk van hen (met inbegrip van wat de toepassing betreft van de WVP ten opzichte van het geheel van de door SWIFT uitgevoerde verrichtingen) en dat zij dienden beschouwd te worden als de enige verantwoordelijken voor de verwerking voor de gegevens die vervat zijn in de opdrachten

⁸⁷ Bij ontstentenis van “bepaald” of “beheerst” te worden door de banken in de zin van de WVP, zijn de verwerkingen in elk geval door hen gekend en aanvaard, onder meer omdat zij met elk van hen een overeenkomst vormen waarin zij worden beschreven en waardoor zij worden omkaderd.

⁸⁸ De instellingen die gevestigd zijn op het grondgebied van de Europese Unie zijn hiertoe duidelijk gehouden krachtens de bepalingen van de Richtlijn 95/46 en de nationale wetgevingen die de uitvoering ervan waarborgen; maar de contractuele bepalingen of deze die ontsproten zijn uit de gebruiken die het bankwezen en de loyale relaties met het cliënteel omkaderen, kunnen nog ruimer hetzelfde effect genereren.

van hun klanten; deze bewering (die slechts een standpunt is) bepaalt niet op zich het statuut en de wettelijke kwalificatie van SWIFT; maar zij laat toe te stellen dat de banken, door zich te profileren als verantwoordelijken voor de verwerking, bereid waren om de aan dit statuut verbonden wettelijke verplichtingen na te komen (met inbegrip van de verwerkingen die ingevolge het onderzoek onder de verantwoordelijkheid van de financiële gemeenschap geplaatst werden) en zich ertoe verbonden dit te doen.

197. De hier uiteengezette elementen, beoordeeld in het licht van de beginselen die een eventuele verdeling van de lasten - verbonden aan de verplichtingen van een verantwoordelijke voor de verwerking - toelaten, leiden vanzelfsprekend tot het ten laste leggen van elk van de financiële instellingen, die lid zijn van de gemeenschap van gebruikers van SWIFT, tot het uitvoeren van de verplichtingen waartoe de gemeenschap is gehouden en waarvan de inhoud gelijkaardig is aan de verplichtingen die overigens door elk van hen moeten nagekomen worden voor de verwerkingen waarvoor zij persoonlijk verantwoordelijk zijn. Overigens kunnen deze verplichtingen momenteel enkel door de financiële instellingen materieel ten laste worden genomen en is hun inhoud strikt en exclusief beperkt tot hun eigen cliënteel.

198. De afvaardiging die bij ontstentenis door de gemeenschap van gebruikers aan SWIFT werd toevertrouwd en de vereisten die eruit kunnen afgeleid worden wat de door de WVP opgelegde verplichtingen betreft, moeten bijgevolg beoordeeld, omschreven en beperkt worden tot de lasten die aan elke financiële instelling, die lid is van de gemeenschap, ten laste kunnen worden gelegd en die zij blijkbaar allen bereid zijn te dragen.

199. Wat nu specifiek het te geven gevolg betreft aan de dwangbevelen van administratieve of gerechtelijke autoriteiten, zonder dat dit een veronderstelling inhoudt over de kwalificatie, die altijd per geval moet worden beoordeeld (cf. supra), moet het bestaan worden erkend van wat als een uitdrukkelijke afvaardiging beschouwd kan worden door de gemeenschap aan SWIFT werd verleend (in de hypothese dat de gemeenschap van haar gebruikers-klanten als verantwoordelijke voor bepaalde verwerkingen zou moeten worden aangeduid) die werd bekrachtigd in de "Data Retrieval Policy" die de uitoefening ervan strikt heeft omkaderd.

- **Wat specifiek de verplichte kennisgeving betreft**

200. De verantwoordelijke wiens verwerkingen onderworpen zijn aan de Belgische en Europese reglementeringen, is ertoe gehouden de betrokkenen een aantal informatie te verstrekken met

betrekking tot de verwerkingen die met hun persoonsgegevens worden, zullen worden of eventueel⁸⁹ zouden kunnen worden uitgevoerd. Deze informatie moeten niet opnieuw worden verstrekt, ook niet om een andere reden, "indien de betrokkene daarvan reeds op de hoogte is", om het even of de verantwoordelijke voor de verwerking deze gegevens bij de betrokkene zelf heeft verkregen of via een andere weg⁹⁰. De door de banken persoonlijk verstrekte, verplichte informatie is van aard om dergelijke voorafgaande kennis te verschaffen.

201. Het ter beschikking stellen van het publiek door SWIFT van informatie over de door het bedrijf uitgevoerde verwerkingen (cf. supra), draagt bovendien bij tot de algemene uitvoering van verplichte kennisgeving. Deze openbare informatie is van aard om eventuele onvolkomenheden bij de door de banken meegedeelde informatie op te vangen, meer in het bijzonder voor banken die niet zouden gevestigd zijn op het grondgebied van de Europese Unie.

202. Overigens, rekening houdend met hetgeen reeds wordt gedaan of moet worden gedaan door de banken, dient er te worden aan herinnerd dat de verantwoordelijke voor de verwerking vrijgesteld wordt van het verstrekken van de in de wet vermelde informatie (of een gedeelte ervan indien andere kenden worden verstrekt) "wanneer (...)de kennisgeving aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost"⁹¹. De onmogelijkheid of de onevenredigheid van de inspanning moet natuurlijk worden gerechtvaardigd en redelijk gemotiveerd (onder meer in de aangifte van de verwerking die moet ingediend worden bij de Commissie). In dit opzicht, "dat hierbij in aanmerking mag worden genomen om hoeveel betrokkenen het gaat, hoe oud de gegevens zijn en welke compenserende maatregelen kunnen worden (of werden) getroffen"⁹². De elementen die voorafgaan maken gewag van dergelijke maatregelen.

203. Overigens zou bepaalde informatie niet moeten verstrekt worden (door SWIFT indien zou beweerd worden dat de onderneming alleen zou moeten instaan voor het verstrekken van de informatie in naam van de financiële gemeenschap) met name "indien die verdere informatie, met inachtneming van de specifieke omstandigheden waaronder de gegevens verwerkt worden, niet nodig is om tegenover de betrokkene een eerlijke verwerking te waarborgen"⁹³. Rekening houdend met de algemene informatie die wordt verstrekt en het feit dat SWIFT de identificatiegegevens die vervat zijn in de berichten niet gebruikt, en op vandaag niet over een instrument beschikt dat dit zou toelaten, lijken de omstandigheden duidelijk verenigd voor de bedoelde verwerkingen.

⁸⁹ Het moet natuurlijk gaan om een voorzienbare mogelijkheid die geacht wordt te worden uitgevoerd wanneer de gekende voorwaarden verenigd zijn.

⁹⁰ Art. 9, §1 1^{ste} lid en §2 1^{ste} lid van de WVP.

⁹¹ Art. 9, §2, 2^{de} lid a en b.

⁹² Richtlijn 95/46, considerans 40.

⁹³ Art. 9, §2 1^{ste} lid in fine

- **Wat specifiek de rechten op toegang, verbetering en verzet betreft**

204. Indien men zou veronderstellen dat de bijzondere verplichtingen van de financiële gemeenschap inzake toegang, verbetering en verzet niet toerekenbaar zouden zijn aan elk lid van de gemeenschap voor haar eigen cliënteel, of indien sommigen deze toerekening zouden betwisten, zou men de bestaande verplichtingen toch niet kunnen negeren, die overigens reeds bestaan in hoofde van elke financiële instelling ten opzichte van haar klanten, krachtens het recht dat op haar van toepassing is en krachtens de algemene regels van het bankwezen. Een vraag om toegang, verbetering of verzet die rechtstreeks gericht wordt aan SWIFT en die zou vergen dat SWIFT hier zelf gevolg aan geeft, zou overduidelijk van geen enkel belang⁹⁴, duidelijk onevenredig⁹⁵ en dus ongerechtvaardigd zijn.

205. In ieder geval is het nuttig eraan te herinneren dat het recht op verzet niet mag worden uitgeoefend⁹⁶ “wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is”⁹⁷ of “wanneer de verwerking noodzakelijk is om een verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking is onderworpen”⁹⁸.

206. Voor het overige, vermits SWIFT tussenkomt om de integriteit te bevestigen van de gegevens die doorgegeven worden door de uitzendende bank en meegedeeld aan de ontvangende bank, kan men zich moeilijk voorstellen dat de onderneming zou tussenkomen om deze gegevens te verbeteren zonder deze twee partijen hierover in te lichten. Zelfs in het geval dat SWIFT toegang zou hebben tot de identificatiegegevens van de aanvragers, dan zouden de verbeteringen die het bedrijf, louter hypothetisch, zou uitvoeren noodzakelijkerwijs moeten meegedeeld worden aan de partners die betrokken zijn bij de transactie (misschien zelfs in strijd met bindende wetgevingen die hen opleggen om de gegevens verbonden aan een transferopdracht die zij kunnen verifiëren en waarvan zij alle redenen hebben om aan te nemen dat deze correct is, langer te bewaren dan SWIFT dit doet). Het is wel degelijk bij de verzendende bank dat het recht op verbetering moet

⁹⁴ Vermits de informatie reeds gekend is of gemakkelijker kan verkregen of verbeterd worden via andere bronnen.

⁹⁵ Duidelijke onevenredigheid tussen het gebrek aan belang, de te leveren inspanning om gevolg te geven aan een vraag waarvoor SWIFT momenteel niet over de noodzakelijke instrumenten beschikt en het risico dat het resultaat van deze inspanning zou vormen (het ontwikkelen van deze instrumenten en de bijkomende gegevensverwerkingen die hierdoor zouden uitgevoerd worden of mogelijk worden).

⁹⁶ Art. 12, §1, 2^{de} lid van de WVP.

⁹⁷ Art. 5, 1^{ste} lid, b : de overeenkomst met de bank en opdracht die gegeven wordt aan deze laatste in het raam van deze overeenkomst, voor zover natuurlijk elke partij (en vooral de klant van de bank) goed geïnformeerd is over de voorwaarden en gevolgen van de overeenkomst.

⁹⁸ Art. 5, 1^{ste} lid, c : de bindende en het uitdrukkelijk (wettelijke) bevel van een autoriteit vormt een dergelijke verplichting; vandaag zijn in het merendeel van de landen de banken bijvoorbeeld verplicht om verdachte opdrachten aan te geven op basis van criteria die hen worden meegedeeld door de autoriteiten (strijd tegen de witwaspraktijken, tegen de financiering van het terrorisme...)

worden uitgeoefend (voor zover mogelijk) zodat dit uitgeoefend bij SWIFT (theoretisch overwogen) zonder voorwerp zou zijn bovenop het gebrek aan belang om het uit te oefenen. Trouwens, verbeteringen zouden, louter hypothetisch, door SWIFT enkel kunnen aangebracht worden aan gegevens in berichten die tijdelijk worden gearhiveerd in de verwerkingscentra van de onderneming: zou zouden dus enkel betrekking hebben op reeds uitgevoerde financiële transacties. In dit opzicht en in de mate dat zij het bewijs vormen van deze transacties en van de informatie-elementen die hun uitvoering hebben omkaderd, moet men ervan uitgaan dat de bedoelde gegevens noodzakelijkerwijs correct waren.

V.1.2. De openbaarheid (de aangifte van de verwerking)

207. Optredend als afgevaardigde voor de gemeenschap van gebruikers, moet SWIFT overeenkomstig artikel 17 van de WVP voldoen aan de verplichte aangifte bij de Commissie van de verwerkingen die de onderneming uitvoert en die vallen onder de verantwoordelijkheid van de gemeenschap.

208. Niets wijst op een volmacht waarmee een andere persoon speciaal zou zijn belast om deze taak uit te voeren. Het is dan ook wegens de afvaardiging bij ontstentenis dat SWIFT bijgevolg moet optreden.

209. De verwerkingen die door delegatie uitgevoerd worden en die onder de verantwoordelijkheid geplaatst worden van de financiële gemeenschap, zouden het voorwerp kunnen vormen van een gehergroepeerde aangifte onder het generieke doeleinde : "bijdragen tot de veiligheid van de financiële transacties door de geautomatiseerde en beveiligde doorgifte van gestandaardiseerde, geïntegreerde en onmiddellijk bruikbare informatie" (eventueel gedetailleerd en toegelicht door het vermelden van specifieke maar onderling verbonden doeleinden – cf. supra). De doorgifte, de verrichtingen in dubbelvoud en de archivering in de Verenigde Staten zouden niet het voorwerp moeten vormen van een afzonderlijke aangifte, in de mate dat deze verwerkingen niet voor andere doeleinden uitgevoerd worden. De doorgifte naar de Verenigde Staten zou overeenkomstig de wet, niettemin specifiek moeten vermeld worden. De nutteloosheid of de onmogelijkheid om de betrokkenen rechtstreeks te informeren zou eveneens moeten gemotiveerd worden.

210. Er is geen enkel wettelijk bezwaar dat de aangifte zou vermelden dat SWIFT optreedt bij afvaardiging en de effectieve verantwoordelijkheid legt bij de financiële gemeenschap klanten van SWIFT (een gemeenschap die stilzwijgend maar daadwerkelijk is opgericht door een constant en collectief gebruik van de door SWIFT gepresteerde diensten betreft). Een dergelijke vermelding is trouwens wenselijk om de wijze te specificeren waarop de rechten op toegang, verbetering en

verzet zouden moeten worden uitgeoefend. Duidelijkheid ten opzichte van de betrokkenen waarborgt bovendien hun mogelijkheden om naar best vermogen op te treden ingeval van burgerlijke schade.

VI.1.3. Toepassing van de wet voor doorgiften buiten de Europese Unie

211. De doorgiften van persoonsgegevens die door SWIFT worden uitgevoerd naar landen die geen lid zijn van de Europese Unie worden geplaatst onder de verantwoordelijkheid gemeenschap van gebruikers-klienten van SWIFT. Zij slaan enkel op de real time duplicering van verwerkingen en de archivering die uitgevoerd worden in de Verenigde Staten van berichten die oorspronkelijk ontvangen werden in het verwerkingscentrum in Nederland.

212. Zolang er ter zake geen uitdrukkelijke en relevante regels bestaan tussen de leden van de gemeenschap van gebruikers-klienten van SWIFT, moeten de lasten van de verplichtingen verbonden aan die verantwoordelijkheid worden gedragen door SWIFT in haar hoedanigheid van feitelijk afgevaardigde van de verantwoordelijke voor de verwerking.

213. Artikel 21 van de WVP stelt dat "Persoonsgegevens die aan een verwerking worden onderworpen na doorgifte ervan naar een land buiten de Europese Gemeenschap, mogen slechts worden doorgegeven indien dat land een passend beschermingsniveau waarborgt en de andere bepalingen van deze wet". Bij gebrek aan enige andere vermelding en wanneer het passende of onvoldoende beschermingsniveau van het betrokken land niet door een bevoegde overheid in een tegensprekelijke beslissing werd vastgesteld, is het de verantwoordelijke voor de verwerking (van de doorgifte) die ervoor moet instaan dat deze bepaling goed wordt nageleefd door rekening te houden met alle relevante feitelijke en juridische elementen.

214. Met haar beschikking 2000/520/EU van 26 juli 2000 heeft de Europese Commissie gesteld dat "voor alle binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallende activiteiten, dat de "Veiligheidsbeginselen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer" (...) worden geacht een passend beschermingsniveau te waarborgen voor de doorgifte van persoonsgegevens van de Gemeenschap naar in de Verenigde Staten gevestigde organisaties" voor zover dat "de organisatie die de gegevens ontvangt, zich op eenduidige wijze en in het openbaar ertoe heeft verbonden de beginselen die in overeenstemming met de FAQ's ten uitvoer worden gelegd, na te leven"⁹⁹, en de andere bepalingen van de beschikking en haar zes bijlagen naleeft.

⁹⁹ Artikel 1, §§1 en 2 van de beschikking van de Commissie van 26 juli 2000 overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad, betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door de Veiligheidsbeginselen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de daarmee verband houdende Vaak gestelde vragen, die door het ministerie van Handel van de Verenigde Staten zijn gepubliceerd.

215. Artikel 25, § 6 van de Richtlijn 95/46/EU stelt dat "De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om zich naar het besluit van de Commissie te voegen"

216. In haar hoedanigheid van organisatie die in de Verenigde Staten over een vaste vestiging beschikt die bestemming is van persoonsgegevens die doorgegeven worden vanuit de Europese Unie, heeft SWIFT op 19 juli 2007 de Veiligheidsbeginselen onderschreven.

217. In het algemeen kan sindsdien niet langer worden beweerd dat de doorgiften van gegevens naar de Verenigde Staten niet zouden conform zijn aan de WVP en dat SWIFT niet langer de passende bescherming van de overgezonden gegevens en de wettelijkheid van de doorgifte moet rechtvaardigen.

218. Men moet evenwel aandachtig blijven voor het feit dat de beschikking 2000/520/EU enkel op dwingende en onbetwistbare wijze slaat op "alle binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallende activiteiten". De gerechtelijke en politieke zaken zijn duidelijk uitgesloten uit de werkingssfeer van de Richtlijn (Richtlijn 95/46/EG, art. 3.2.) Het Europees Hof van Justitie heeft overigens duidelijk gesteld dat de richtlijn met betrekking tot gegevensbescherming (en de bevoegdheden die deze richtlijn invoert) niet van toepassing is op de verwerking van gegevens die eerst door privé actoren werden ingewonnen en waartoe men vervolgens toegang heeft om doeleinden van openbare veiligheid¹⁰⁰.

219. Bijlage IV van de beschikking 2000/520/EU, die een van de verklarende documenten vormt dat opgesteld werd door de Amerikaanse handelsadministratie, verduidelijkt eveneens "De Veiligheidsbeginselen bevatten een uitzondering wanneer wetten, regelingen of jurisprudentie tegenstrijdige verplichtingen of uitdrukkelijke machtigingen creëren (...) Het is duidelijk dat, indien de wetgeving van de Verenigde Staten een tegenstrijdige verplichting oplegt, organisaties uit dat land de wet in acht moeten nemen, ongeacht of ze aan de veilige haven deelnemen of niet (...) wanneer de wet [een] onderneming specifiek machtigt persoonsgegevens aan overheidsinstanties te verstrekken zonder de toestemming van de betrokkene, zou dit een uitdrukkelijke machtiging vormen om te handelen op een wijze die in strijd is met de Veiligheidsbeginselen."

220. Uit hetgeen voorafgaat blijkt duidelijk dat de doorgifte van berichten (en van gegevens) aan de UST, ingevolge de dwingende bevelen die door deze instelling aan SWIFT werden gericht, niet gedekt zijn door de Beschikking 2000/520/EU van de Commissie en in dit opzicht dus niet genieten van een objectief en voorafgaandelijk vermoeden van passende bescherming.

¹⁰⁰ EHV : arrest PNR, samengevoegde zaken C-317/04, 30 mei 2006

221. Welnu, in tegenstelling tot de Richtlijn 95/46/EG regelt de WVP eveneens de verwerkingen van persoonsgegevens die uitgevoerd worden in een gerechtelijk of politieel kader en breidt de gewaarborgde bescherming uit tot de betrokkenen bij deze verwerkingen en de vereiste van een passende bescherming voor de overgezonden en verder verwerkte gegevens voor doeleinden van openbare veiligheid. In onderhavig geval is ook het Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa voor de bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van hun persoonsgegevens van toepassing. Ook het Verdrag nr. 108 vermeldt de vereiste van een passende verwerking van de overgezonden gegevens, zelfs al zouden ze mogelijkwijs worden verwerkt voor doeleinden van openbare veiligheid. De voorwaarden van de bescherming van het Verdrag nr. 108 zijn echter minder precies en minder strikt dan de voorwaarden van de richtlijn 95/46/EG. Blijft dus over dat bij gebrek aan een objectieve en tegensprekelijke beslissing van een bevoegde overheid, de verantwoordelijke voor de verwerking (de houder van het bestand voor het Verdrag nr. 108) moet kunnen waarborgen dat de gegevens die hij doorgeeft een passende bescherming zullen genieten tijdens hun eventuele verdere verwerking voor doeleinden van openbare veiligheid door een bevoegde autoriteit van het ontvangende land.

222. Krachtens de artikelen 24 en 38 van het Verdrag over de Europese Unie, zijn de Europese Commissie en de Raad van de Unie bevoegd om internationale akkoorden af te sluiten, onder meer in politieele en juridische aangelegenheden. Wat de mededeling van berichten en gegevens betreft aan de UST binnen de gekende beperkingen van de dwangbevelen die uitgevaardigd werden in het raam van de strijd tegen de financiering van het terrorisme, hebben de "Representations" van de UST samen met de antwoorden van de Europese Commissie en de Raad van de Unie, gepubliceerd op 20 juli 2007 (cf. supra) alsook het gezag dat van deze documenten uitgaat, alle eventuele twijfels weggenomen met betrekking tot de passende bescherming (ten opzichte van de vereisten van de wet) van de naar de Verenigde Staten doorgegeven gegevens en hebben de duidelijke beperkingen aangevuld van de objectief erkende bescherming die gewaarborgd wordt door de toetreding tot de Veiligheidsbeginselen. Er moet worden benadrukt dat de "Representations" van UST uitdrukkelijk de eerbiediging van de beschermingsregels van de richtlijn 95/46/EG wil totstandbrengen. Zelfs indien deze niet van toepassing is, is het wel degelijk het hoge beschermingsniveau die zij bepaalt dat als referentie heeft gediend voor de unilaterale verbintenis van UST aan het akkoord tussen de Amerikaanse en Europese overheden.

223. Men kan niet gewettigd betwisten dat door het gezag van de beslissingen van de Europese Commissie, de vereisten van de Europese bepalingen en deze van de WVP niet zouden zijn nageleefd; dat binnen de perken van het geheel van bestaande en voorzienbare situaties, gekend en beschreven, de transfer van persoonsgegevens van Nederland naar het verwerkingscentrum van

SWIFT in de Verenigde Staten bijgevolg volledig overeenstemt met de wet; en dat bijgevolg de verwerkingen na de transfer die specifiek uitgevoerd worden met de gegevens die fysiek gearcheveerd zijn in het Amerikaans centrum, ontsnappen aan de beoordeling van de Commissie voor wat de kwaliteit van de doorgifte betreft¹⁰¹ zolang de bepalingen van de beslissingen van de Europese autoriteiten strikt worden nageleefd. In ieder geval, indien de regels van een land buiten de Europese Unie kunnen beoordeeld worden om de kwaliteit (en dus de wettelijkheid) van een gegevensdoorgifte te onderzoeken (en om bij een onvoldoende bescherming ze eventueel te verbieden) is en zal de WVP vanzelfsprekend nooit van toepassing zijn op het grondgebied van dit derde land voor de gegevensverwerking die zich daar fysiek bevindt

224. Toch moet er aangifte worden gedaan van een specifieke verwerking, al was het maar als waarborg voor een volmaakte transparantie van het anonimiseringsproces en de exploitatie van de anonieme informatie.

VI.2. DE ONDERNEMING SWIFT

224. Voor de verwerkingen die af en toe worden uitgevoerd ingevolge bijzondere omstandigheden en waarvoor SWIFT rechtstreeks verantwoordelijk is, moet ook de draagwijdte van de wettelijke verplichtingen beoordeeld worden die opgelegd worden aan de verantwoordelijke voor de verwerking alsook hetgeen waartoe het bedrijf zou gehouden zijn om deze uit te voeren.

225. Er dient te worden onderstreept dat de verwerkingen die onder de verantwoordelijkheid vallen van SWIFT slechts uitgevoerd worden en noodzakelijkerwijs zullen uitgevoerd kunnen worden met gegevens uit een algemene tijdelijke databank (de archivering) waarvan de samenstelling en de bewaring onder de verantwoordelijkheid vallen van de financiële gemeenschap.

226. Op de reeds uiteengezette wijze werden de verplichtingen verbonden aan de kwaliteit van de gegevens reeds verzekerd.

227. De verwerking voor statistische doeleinden vertoont geen onverenigbaarheid met de oorspronkelijke doeleinden wanneer deze wordt uitgevoerd onder de door de Koning krachtens de wet vastgestelde voorwaarden. In de mate dat SWIFT instaat voor de anonimisering van de gebruikte gegevens door ze voor de statistische verwerking te scheiden van de identificatiegegevens, is ten volle aan deze voorwaarden voldaan.

¹⁰¹ In ieder geval binnen het kader van een procedure die de naleving van de wet wil controleren en die zou kunnen leiden tot het richten van een aanbeveling aan de verantwoordelijke voor de verwerking. De beoordeling van de Commissie is vrijer in het kader van een adviesprocedure die ertoe zou kunnen leiden dat de Commissie zich uitsprekt over eventuele lacunes in de wet en over de noodzaak deze wet te wijzigen.

228. Bovendien is de uitoefening van de rechten op toegang, verbetering of verzet niet denkbaar met betrekking tot anonieme gegevens.

229. De bijkomstig onder de verantwoordelijkheid van SWIFT uitgevoerde verwerkingen voor statistische doeleinden zouden evenwel het voorwerp moeten vormen van een specifieke aangifte, al was het maar om een volledige transparantie te waarborgen ten opzichte van het anonimiseringsproces en het gebruik van anonieme informatie.

VII. CONCLUSIES

VII.1. DE NOODZAAK OM DE FEITEN IN HUN CONTEXT TE BEOORDELEN

- **Wat de verwerkingen betreft die uitgevoerd worden in het raam van de door SWIFT geleverde diensten**

230. Gedurende lange tijd beschouwde SWIFT zich voor het geheel van gegevensverwerkingen die door het bedrijf werden uitgevoerd in het raam van zijn commerciële prestaties, als een verwerker. Bijgevolg heeft de onderneming de door de wet opgelegde verplichtingen niet nageleefd, onder meer door geen aangifte van verwerking in te dienen bij de Commissie (en in feite de doorzending en archivering in de Verenigde Staten niet aan te geven). SWIFT bleef bij dit standpunt, ook na de adviezen die in 2006 door de Commissie en de Groep 29 werden verstrekt. Deze herinnering moeten evenwel vergezeld worden door een situering in de context. SWIFT beschikt sedert bijna 35 jaar over een verwerkingscentrum in de Verenigde Staten waarnaar de gegevens die zij verwerkt worden doorgestuurd en waar deze tijdelijk worden gearchiveerd, zonder dat dit wordt verloochend. Sedert de inwerkingtreding van de WVP, inmiddels meer dan 15 jaar geleden en tot 2006 hebben de activiteiten van SWIFT en de in dit raam uitgevoerde verwerkingen, nooit aanleiding gegeven tot bezorgdheid, vragen of een specifieke aandacht ten opzichte van de regels en verplichtingen van de opeenvolgende wetgevingen inzake de verwerking van persoonsgegevens. De Commissie ontving geen klacht of informatie die een onderzoek wettigde. In het algemeen heeft geen enkele autoriteit zich bekommerd over de situatie of een vermoeden gehad van eventuele inbreuken op de WVP en evenmin enige vrees uitgesproken met betrekking tot een mogelijk risico. Het algemeen gebrek aan aandacht betekent natuurlijk geenszins een excuus voor gedragingen die niet overeenstemmen met de wet. Maar dit moet wel de strengheid van de beoordelingen en waarderingen sterk nuanceren, vooral indien geen enkel bepalend element toelaat om binnen de

algemene context de goede trouw van SWIFT en het ontbreken van bedrieglijke of frauduleuze bedoelingen in vraag te stellen. Men moet eveneens vaststellen dat het verwerkingscentrum van SWIFT in de Verenigde Staten in gebruik werd genomen 25 jaar voor de inwerkingtreding in België van nieuwe bepalingen betreffende de doorgifte van gegevens naar landen buiten de Europese Unie (in 1998). Vermits zich geen enkel probleem scheen te stellen kan men SWIFT moeilijk verwijten dat zij op dat ogenblik hun netwerk niet hebben gereorganiseerd.

231. Er dient nog te worden onderstreept dat meteen bij het eerste advies van de Commissie in 2006, SWIFT zijn standpunt heeft toegelicht via geargumenteerde nota's en verslagen. Men kan SWIFT dus geen passieve houding verwijten ten opzichte van de beslissingen die hij aanvocht. Deze uitwisselingen gingen door tot aan de huidige procedure en hebben er, samen met andere elementen, ongetwijfeld toe geleid dat SWIFT sindsdien de maatregelen heeft genomen waarnaar werd verwezen.

- **Wat de doorgifte van gegevens naar de UST betreft**

232. Het lijkt niet te kunnen worden betwist dat SWIFT verplicht was om gevolg te geven aan de dwangbevelen van de UST en zich hier feitelijk niet kon aan onttrekken, onder meer omdat een van zijn twee verwerkings- en archiveringscentra (en de informatie die er fysiek is opgeslagen) zich bevindt op het grondgebied van de Verenigde Staten. Het kan op zijn minst niet bekritiseerd worden dat de raad van bestuur van SWIFT tot deze conclusie is gekomen nadat hij zijn bezwaren had kenbaar gemaakt en de verzekering had gekregen van een beperkt gebruik van de doorgezonden gegevens. Het zou duidelijk anders geweest zijn mocht de UST, zich beroepend op de extraterritoriale effecten die door de Amerikaanse wetgever aan de toegepaste wettelijke bepalingen werden verleend, SWIFT zou bevolen hebben gegevens mee te delen die fysiek bewaard werden buiten het grondgebied van de Verenigde Staten. Het is hier niet relevant te betreuren dat SWIFT bepaalde stappen niet heeft ondernomen, noch te stellen dat hij deze diende te ondernemen krachtens de Belgische of Europese wetgeving waaraan hij onderworpen blijft (onder meer stappen om de Belgische en Europese autoriteiten inzake gegevensbescherming te informeren). Deze overwegingen zouden thans des te minder gerechtvaardigd zijn aangezien de tussenkomst van de Amerikaanse autoriteiten ten opzichte van SWIFT reeds in 2002 gekend was (zelfs in beperkte mate) en aangewend werd in het raam van internationale acties ter bestrijding van het terrorisme. Informatie aan de Europese autoriteiten voor gegevensbescherming zou wellicht de gevolgen die verleend werden aan de Amerikaanse dwangbevelen anders omkaderd hebben. In elk geval is het zo dat in afwachting van een eventuele reglementaire omkadering, opgesteld en gedeeld door de Amerikaanse en Europese autoriteiten, en die in geen geval door SWIFT diende onderhandeld te worden, deze stappen, hoe belangrijk ook, niets zouden gewijzigd hebben aan het dwingend karakter van de dwangbevelen van de UST. Men moet ook bedenken dat de raad van bestuur van SWIFT, bij het afwegen van de risico's, gemeend heeft dat zij meer waarborgen en bescherming zou verkrijgen voor de doorgegeven gegevens in een overlegd kader¹⁰², terwijl een houding van radicaal verzet geen enkele waarborg zou geboden hebben en de Amerikaanse autoriteiten er ongetwijfeld toe zou aangespoord hebben (eventueel

¹⁰² Via een ter discussie stellen van de waarschijnlijke onevenredigheid van de eerste dwangbevelen en hun wettelijkheid, gelet op de verleende waarborgen tot het besef te komen dat er geen argument meer overbleef om in te roepen voor het gerecht dat zou toelaten de overmatige draagwijdte van latere dwangbevelen vast te stellen.

hierin bevestigd door een rechtsmacht) een nog belangrijker aantal gegevens in beslag te nemen dan deze die effectief werden doorgezonden en waarvan het gebruik kon gecontroleerd worden door de door SWIFT aangeduide toezichthouders en thans door de onafhankelijke Europese toezichthouder. De ruime verspreiding door de Amerikaanse pers van de feiten die de aandacht gevestigd hebben op SWIFT heeft de onderneming ongetwijfeld verlost van een zware last. Maar niemand kan inschatten welke houding SWIFT zou hebben aangenomen zonder deze bekendmaking om haar dan op die basis te berispen.

233. Algemeen gezien, lijkt het om uit de feiten van het verleden argumenten te puren die een vervolging of enigerlei veroordeling van SWIFT zouden rechtvaardigen.

234. Overigens moet als bijkomend beoordelingselement in het kort worden herinnerd aan de kwaliteit van de door SWIFT uitgevoerde verwerkingen en de procedures en beschermingen die deze omkaderen, ze beveiligen en behoeden voor de risico's van schadelijke verwerkingen of onwettig gebruik van de gegevens, zoals deze procedures en bescherming hier werden beschreven.

VI.2. DE NOODZAAK OM LESSEN TE TREKKEN

235. Men moet niettemin toegeven dat het risico op een gebruik van de naar de Verenigde Staten doorgegeven gegevens zonder een passende bescherming van deze laatsten, niet volledig uitgesloten is, zelfs al blijft het theoretisch.

236. Andere dwingende administratieve dwangbevelen zouden kunnen gericht worden aan SWIFT, zoals aan om het even welke organisatie in de Verenigde Staten, met andere bedoelingen dan de strijd tegen de financiering van het terrorisme. De huidige beslissingen zouden a priori en ambtshalve geen passende bescherming van de aldus verkregen gegevens bieden.

237. Of het nu gaat om SWIFT of om het even welke andere verantwoordelijke voor de verwerking die geconfronteerd wordt met dezelfde wettelijke verplichtingen (in de Verenigde Staten) of dezelfde onzekerheden (wat de naleving van de Europese wetgevingen inzake bescherming van persoonsgegevens betreft), zou het opportuun zijn dat de Europese autoriteiten verder bijzondere aandacht aan deze kwestie blijven besteden en er zouden toe komen een formeel mechanisme te installeren dat in staat zou zijn de beschrijving van het probleem te ontvangen, de vertrouwelijkheid van de informatie te waarborgen en de wellicht noodzakelijke dialoog en onderhandeling met de Amerikaanse autoriteiten officieel te ondersteunen om passende beschermingsregels vast te stellen die een later gebruik van de vereiste of in beslag genomen gegevens zouden omkaderen.

238. Vandaag kan men verantwoordelijken voor de verwerking die geconfronteerd worden met gelijkaardige situaties niet redelijkerwijs opleggen om zonder verdere garanties aan de controleautoriteit van

het land van oorsprong van de gegevens of zelfs aan de verzameling van Europese controleautoriteiten (G29) eenvoudigweg feiten te rapporteren waarvoor de Amerikaanse wetgeving de geheimhouding oplegt en een verspreiding strafrechtelijk sanctioneert, en waarvoor indien een overduidelijk gebrek aan bescherming, zelf tijdelijk, zou worden vastgesteld, deze autoriteiten de vertrouwelijkheid niet wettig zouden kunnen waarborgen. Maar het zou natuurlijk aangewezen zijn dat deze autoriteiten zouden betrokken worden bij het beknopt aangestipte mechanisme voor regeling en omkadering.

239. Bij gebrek aan een dergelijke oplossing blijft de verantwoordelijke voor de verwerking die bestaat uit de doorgifte van de gegevens naar een land buiten de Europese Unie ertoe gehouden te zorgen voor een passende bescherming van de effectief doorgegeven gegevens en, in voorkomend geval de waarborgen en de omkaderingsmaatregelen te bekomen voor een specifieke, quasi op maat, bescherming.

240. De houding die SWIFT sinds 2001 heeft aangenomen om te beantwoorden aan de dwangbevelen van de UST werd ernstig bekritiseerd in 2006, onmiddellijk na de verspreiding van de informatie die gepubliceerd werd in de *New York Times*. Het bedrijf werd een lichtzinnige, of zelfs al te inschikkelijke houding verweten en een duidelijke inbreuk op de Belgische en Europese wetgevingen op de bescherming van persoonsgegevens. Vandaag moeten de feiten vanuit een betere kennis beoordeeld worden en moeten, in het licht van de latere evenementen en ontwikkelingen, bij wijze van voorbeeld, nuttige lessen getrokken worden door degenen die in de toekomst de verantwoordelijkheid van verantwoordelijke voor de verwerking zouden moeten opnemen en wettelijk gelast zouden worden om grote bestanden door te sturen naar een administratie van de Verenigde Staten (of in een gelijkaardige context aan een andere staat die geen lid is van de Europese Unie)

241. Men kan moeilijk de omkaderingsmaatregelen in diskrediet brengen die sinds 2002 door de UST aan SWIFT werden verleend als antwoord op de bezwaren van het bedrijf, indien men overweegt dat de "Representations" en de unilaterale engagementen die door dezelfde Amerikaanse administratie werden gericht aan de autoriteiten van de Europese Unie en die door deze laatste werden aanvaard, alle aan SWIFT verleende waarborgen en de werking van de enquêtevoorziening onveranderd bevestigen en behouden, onder voorbehoud van verduidelijkingen wat betreft de bewaringstermijnen van de verkregen kopieën van berichten en de rol die verleend wordt aan een onafhankelijke Europese referent om het geheel van processen en hun overeenstemming met het vastgestelde kader te controleren. Overigens, hoewel men zich moet verheugen over het bestaan van een controle, gelast door een openbare autoriteit, zijn de controle-, audit- en interventiebevoegdheden die verleend werden aan de afgevaardigde van de Europese autoriteiten dezelfde als deze waarmee de onafhankelijke vorsers bekleed werden die optraden voor rekening van SWIFT.

242. De maatregelen waarvan de Europese autoriteiten hebben geoordeeld dat zij een passende bescherming waarborgden van de gegevens die eerst doorgezonden werden naar de Verenigde Staten en die nadien werden vereist door de UST, zijn ei zo na dezelfde als deze waarvan SWIFT heeft genoten (binnen de beperkingen van hetgeen SWIFT ingevolge zijn statuut –van privébedrijf- kon verkrijgen).

243. Rekening houdend met de onweerlegbare, internationale, wettelijke elementen¹⁰³ die kunnen ingeroepen worden en met het bestaan van informatie over de feiten die ter kennis gebracht werden van bepaalde, zelfs beperkte, milieus ter ondersteuning van officiële aanbevelingen aan de andere staten om op dezelfde wijze te handelen (cf. supra nr. 17), en ook rekening houdend met de aard en de uitgestrektheid van de in deze consensuele context aan SWIFT verleende waarborgen en de latere aanvaarding door de Europese autoriteiten van het passend karakter van deze waarborgen, zou het tegenstrijdig en onjuist zijn om thans te beweren dat de door SWIFT uitgevoerde mededelingen van gegevens in uitvoering van de dwangbevelen van de UST, ten opzichte van onze wetgeving en haar vereisten zelfs voor de akkoorden tussen de Europese en Amerikaanse autoriteiten niet beschikten over een passende bescherming..

244. Het is SWIFT dat gezorgd heeft voor een effectieve beschermende omkadering. Deze had met zekerheid ruimer kunnen zijn. Overigens is er niets dat er op wijst dat SWIFT niet nog ruimere garanties zou hebben gekregen door het aannemen van een andere houding. Maar niets wijst evenmin op het tegendeel. De houding van SWIFT was wellicht niet de enige passende (hoewel het thans zeer betwistbaar zou zijn om buiten de context, andere, vermeend betere en meer evidente keuzes te verdedigen), maar men mag hoed dan ook stellen dat hij, rekening houdend met de aanwezige belangen, een voorzichtige, doortastende en aandachtige houding heeft aangenomen wat de bescherming van persoonsgegevens betreft die werden doorgestuurd vanuit de Europese Unie. Men kan trouwens onderstrepen dat de waarborgen die verleend werden aan de Europese gegevens op vraag van SWIFT eveneens ten goede kwamen aan persoonsgegevens van Amerikaanse oorsprong omdat deze oorspronkelijk ontvangen werden door het in de Verenigde Staten gevestigde verwerkingscentrum (cf. supra)

245. Hoewel men de houding van SWIFT in geen geval als voorbeeld kan stellen voor een aan te nemen onbetwistbare houding in gelijkaardige situaties, kan zij in ieder geval wel dienen als referentie. Meer nog, de waarborgen en bescherming die aan het bedrijf werden verleend (en het aangetoonde bestaan van een door de meeste staten aanvaarde internationale wettigheid) kunnen dienen als referentie en evaluatie-instrument om een houding aan te nemen en bezwaren te ondersteunen die zouden kunnen geopperd worden tegen dwangbevelen en meer aanzienlijke verzoeken die misschien niet van dezelfde omkadering genieten en daardoor overmatig lijken.

246. Deze zware verantwoordelijkheid alleen overlaten aan de verantwoordelijke voor de verwerking van de bedoelde persoonsgegevens pleit natuurlijk voor de snelle instelling en uitvoering van de reeds aangestipte Europese bijstandsmechanismen. De oprichting vanaf november 2006 van een Contactgroep EU-US op hoog niveau voor de gegevensbescherming gaat in die richting. Inmiddels zou men kunnen overwegen dat, in die context van nieuwe betrekkingen en uitwisselingen tussen de Europese en Amerikaanse autoriteiten, nieuwe, gelijkaardige situaties zoals SWIFT die heeft gekend - ongeacht de garanties die rechtstreeks bij de eisende autoriteit werden verkregen - in elk geval gemeld zou moeten worden door de verantwoordelijke voor de verwerking (of door de controleautoriteit die daarvan spontaan werd ingelicht) aan de Contactgroep. Een

¹⁰³ Hoewel zij natuurlijk kunnen worden bekritiseerd, het voorwerp vormen van gewettigde bezwaren en de basis kunnen vormen van aanspraken op tegengestelde beslissingen, bestaan deze rechtselementen wel degelijk en moet SWIFT niet instaan voor de kritiek die hierop zou worden geleverd.

dergelijke voorzichtige houding (die niet belet dat andere middelen worden ingezet om een passende bescherming te garanderen) zou door de Amerikaanse autoriteiten niet kwalijk worden genomen, daar zij zich immers hebben geëngageerd om de problematische situaties door de Contactgroep te laten onderzoeken. Deze houding zou ervan getuigen dat de verantwoordelijke voor de verwerking zijn verplichtingen een eerlijk en daadwerkelijk vervult, terwijl hij zekerheid heeft dat hij zal worden bijgestaan bij de aanpak van moeilijkheden waarmee hij geconfronteerd zou kunnen worden.

OM DEZE REDENEN,

- **Met betrekking tot de onderhavige aanbevelingsprocedure**

247. Vastellende dat SWIFT bij de Commissie aangifte deed van **(1)** de verwerkingen die zij uitvoerde als feitelijke afgevaardigde van de gemeenschap van zijn gebruikers cliënten en **(2)** de verwerkingen die onderworpen zijn aan de bepalingen van de WVP (die hij bijkomstig uitvoert in de hoedanigheid van verantwoordelijke, stelt de Commissie dat zij :

- vaststelt dat SWIFT op vandaag, optredend bij afvaardiging van de gemeenschap van gebruikers cliënten voor de verwerkingen waarvoor deze laatste verantwoordelijk is of bijkomstig optredend als verantwoordelijke voor de verwerking het geheel van de bepalingen van de WVP naleeft;
- beslist dat er duidelijk geen reden is tot aanbeveling;
- de onderhavige procedure aldus afsluit.

- **Met betrekking tot de door SWIFT genomen initiatieven**

248. De Commissie neemt overigens akte van de door SWIFT genomen eigen initiatieven of deze genomen door de financiële gemeenschap via SWIFT en die van aard zijn of rechtstreeks de versterking beogen van de fundamentele rechten en vrijheden van de natuurlijke personen bij de verwerkingen van hun persoonsgegevens die uitgevoerd worden in het raam van de door SWIFT geleverde diensten en beoordeelt de hiernavolgende initiatieven gunstig en moedigt ze aan:

- de beslissing tot het openen van een nieuw verwerkingscentrum in Zwitserland om de verdubbeling en de tijdelijke archivering te verzekeren van de berichten die verstuurd worden tussen financiële instellingen vanaf het Europees grondgebied;
- de aanstelling van een voltijdse Privacy Officer binnen de maatschappij;
- de formalisering van procedures ter omkadering van de uitoefening van de rechten door de betrokken personen die zich tot SWIFT richten;
- het evalueren van de policies die SWIFT bindt aan zijn gebruikers en klanten en die de belangengemeenschap structureert waarvan deze laatsten deel uitmaken;

249. De Commissie wenst van de verdere opvolging van deze initiatieven op de hoogte te worden gehouden.

- **Met betrekking tot de perspectieven voor de financiële gemeenschap**

250. De Commissie vestigt de aandacht van de financiële instellingen, die lid zijn van de financiële gemeenschap van gebruikers van SWIFT en die gevestigd zijn op het grondgebied van de Europese Unie, op het belang van het collectief opstellen van gemeenschappelijke regels om de informatieverstrekking aan hun cliënten te verzekeren en de effectieve uitoefening (indien gerechtvaardigd) van de rechten op toegang, verbetering en verzet te waarborgen met betrekking tot de gegevensverwerkingen die uitgevoerd worden in het raam van de berichtendienst van SWIFT en die onder opeenvolgende verantwoordelijken vallen, met name (1) dat iedere financiële instelling natuurlijk belast moet blijven met de correcte toepassing van deze regels ten opzichte van haar cliënten; (2) dat het opstellen van deze regels zou moeten gebeuren onder begeleiding van de Groep 29 teneinde eenzelfde beoordeling te waarborgen in alle lidstaten van de Europese Unie.

251. De Commissie verzoekt SWIFT om de financiële gemeenschap van zijn klanten-gebruikers te informeren over de inhoud van onderhavige beslissing.

- **Met betrekking tot de lessen die kunnen worden getrokken**

252. Overeenkomstig artikel 14 van HR, beslist de Commissie de voorliggende beslissing mee te delen aan de Europese Commissie en aan de Groep 29 waarbij hun aandacht wordt gevestigd op de punten 235 tot 246, met de wens dat zij de hierin besproken aangelegenheden effectief blijven opvolgen.

Voor de Administrateur m.v.,

De Voorzitter,

(get.) Patrick Van Wouwe

(get.) Willem Debeuckelaere