

NICC, Onderzoek betreffende het statuut van een deskundige in strafzaken, 2005.

---

## INTERNATIONAAL EN EUROPEES STRAFRECHT

---

### GEMENGDE GEVOELENS OVER EU-VS SWIFT-AKKOORD

Op 11 februari 2010 kende het Europees Parlement een historisch moment. Voor het eerst maakten de parlementsleden gebruik van hun nieuwe bevoegdheden onder het Verdrag van Lissabon dat in werking trad op 1 december 2009. De combinatie van drie artikelen uit het vernieuwde Verdrag voor de Werking van de Europese Unie (VWEU) zorgt er immers voor dat het Europees Parlement haar goedkeuring moet geven alvorens overeenkomsten waarop de gewone wetgevingsprocedure van toepassing is in een Raadsbesluit kunnen worden gegoten (artikel 218, 6), a) VWEU). De gewone wetgevingsprocedure moet gevolgd worden voor maatregelen die ertoe strekken in het kader van strafvervolgning en tenuitvoerlegging van beslissingen de samenwerking tussen de justitiële of gelijkwaardige autoriteiten van de lidstaten te bevorderen (artikel 82, §1, d) VWEU) en ook voor maatregelen voor de verzameling, opslag, verwerking, analyse en uitwisseling van relevante informatie (artikel 87, §2, a) VWEU).

Dit wil eenvoudigweg zeggen dat bij het sluiten van een nieuwe overeenkomst die de overdracht van gegevens in strafzaken omvat, het Europees Parlement haar goedkeuring of afkeuring dient uit te spreken over deze overeenkomst. Deze werkwijze gold dus ook voor een nieuwe overeenkomst gesloten in november 2009 tussen de EU en de Verenigde Staten (VS) inzake de overdracht van financiële gegevens. Deze overeenkomst werd de nieuwe SWIFT-overeenkomst genoemd naar aanleiding van de Belgische firma SWIFT die op verzoek van het Amerikaanse Department of the Treasury tot medio 2006 financiële gegevens doorspeelde met als bedoeling deze te gebruiken om de financiering van terrorisme op te sporen. SWIFT verzorgt immers het doorsturen van de instructies voor geldtransfers (niet het geld zelf) van de ene bankrekening

naar de andere. Uiteraard gaat het hier vaak om grensoverschrijdende overdrachten.

Het Amerikaanse Department of the Treasury beweert deze gegevens nodig te hebben voor haar Terrorist Finance Tracking Programme (TFTP) dat van terrorisme verdachte personen en hun geldschietters tracht op te sporen. Terwijl voor de bekendmaking in 2006 de overdracht van gegevens van SWIFT werd gebaseerd op administratieve dwangbevelen uitgaande van het Department of the Treasury en gericht op de Amerikaanse SWIFT-server, werd dit vrijwel onmogelijk gemaakt door de nieuwe structuur van SWIFT die het grootste deel van de bewuste gegevens op servers in EU bewaart vanaf 1 januari 2010.

Vandaar was het ook SWIFT dat het onderwerp vormde van een nieuwe overeenkomst die als tijdelijke overeenkomst – voor de duur van negen maanden – bedoeld was, met de intentie om tot een permanente transfer van gegevens te leiden. De overeenkomst werd door de Raad gesloten voor 1 december 2009 en dus voor het in werking treden van het Verdrag van Lissabon. Het Europees Parlement werd bij het opstellen van de overeenkomst niet betrokken. Niettemin moest zij na de inwerkingtreding van het Verdrag haar goedkeuring geven om de overeenkomst in werking te laten treden. In dit geval ging het om een *take-it-or-leave-it* situatie. Het Parlement kon immers geen amendementen meer voorstellen, noch het akkoord opnieuw onderhandelen aangezien het reeds ondertekend was. Enkel ja of neen stemmen behoorde tot de mogelijkheden.

De stemming werd gepland voor 4 februari 2010, maar de parlementsleden zouden de tekst van het akkoord pas ontvangen op 25 januari omdat het document moest vertaald worden. Onnodig te stellen dat een aantal Europese Parlementsleden niet gelukkig waren met deze gang van zaken. Bovendien kondigde de Europese Commissie op 27 januari aan dat rechter Jean-Louis Bruguière – aangesteld door de Commissie om te rapporteren over de beoordeling van de procedures van gegevensverwerking door SWIFT – zijn tweede (vertrouwelijke) rapport op 4 februari zou voorstellen. De stemming werd daarop uit-

gesteld tot 11 februari en ondertussen bereidde de Nederlandse Jeanine Hennis-Plasschaert een rapport voor in opdracht van de Commissie Burgerlijke Vrijheden, Justitie en Binnenlandse Zaken. In dit rapport zette zij de verscheidene argumenten uiteen om tegen de goedkeuring van het SWIFT-akkoord te stemmen.

Het rapport bevatte meer dan enkel het geluid van misnoegde parlementsleden die bijzonder graag betrokken waren geweest bij het ontwerpen van het akkoord. Integendeel, het rapport legt duidelijk bloot waar nu net de pijnpunten van het akkoord liggen. Met name de bescherming van de financiële persoonsgegevens die overeenkomstig het akkoord zouden uitgewisseld worden, strookt niet met de basisbeginselen van gegevensbescherming. In het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel en het noodzakelijkheidsbeginsel worden geschonden doordat SWIFT de gegevens in bulk doorgeeft. De reden hiervoor is omdat SWIFT de technologie niet heeft om de inhoud van de door haar doorgestuurde instructies te doorzoeken op criteria zoals naam, adres of rekeningnummer. Volgens het rapport zou het uitrusten van SWIFT met deze infrastructuur een meer proportionele oplossing bieden.

De tekst van het akkoord voorziet verder niet in een tijdsbeperking op de verzoeken om gegevens en het verder doorsturen van de gegevens naar derde landen door de VS werd eveneens niet geregeld. Bijkomend probleem is dat er geen sprake is van wederkerigheid in het akkoord.

Niet uitdrukkelijk vermeld in het rapport van Jeanine Hennis-Plasschaert, maar niettemin belangrijk, is het ontbreken van een passend niveau van gegevensbescherming in de VS. Lidstaten van de EU die gebonden zijn door het Aanvullend Protocol bij het Raad van Europa Verdrag inzake Gegevensbescherming van 2001, zijn immers gehouden voorafgaand aan enige overdracht van persoonsgegevens het niveau van gegevensbescherming van een derde staat na te gaan. Een derde staat heeft niet noodzakelijk gelijkaardige regels op het beschermen van persoonsgegevens als de lidstaten wat de persoonsgegevens afkomstig uit de EU kan schaden. Daarom moet eerst worden nagegaan met welke set van gegevensbeschermingsregels men te

maken heeft alvorens persoonsgegevens over de grens worden doorgegeven. Op dit moment hebben nog niet alle lidstaten dit Protocol geratificeerd en is de voorwaarde van een passend niveau van gegevensbescherming dus nog geen algemeen geldende voorwaarde. Toch zijn reeds 16 lidstaten door deze voorwaarde gebonden waardoor het logischer was het niveau van gegevensbescherming dat het Department of the Treasury biedt, te controleren. Tot op heden zijn de VS echter nog niet het voorwerp geweest van zulke voorafgaande studie, zelfs niet wanneer dit door de geldende regelgeving vereist was. Overeenkomsten tussen Europol, Eurojust en de EU enerzijds en de VS anderzijds werden niet voorafgegaan door een onderzoek naar de geschiktheid van het niveau van gegevensbescherming in de VS. In de akkoorden met Eurojust en met de EU werd zelfs bedongen dat geen algemene beperkingen op de overdracht van persoonsgegevens mogen ingeroepen worden.

Het zou dus in het belang van de gegevensbescherming zijn om het zogenaamde SWIFT-akkoord opnieuw te onderhandelen. De vraag is dan wie erop gaat toezien dat de regels op gegevensbescherming effectief worden nageleefd. Enerzijds speelt het Europees Parlement een grotere rol in de nieuwe besluitvormingsprocedure. Anderzijds heeft de nieuwe Europees Commissaris voor Justitie, Grondrechten en Burgerschap Vivian Reding, het tot haar nieuwe missie gemaakt om streng toe te zien op de bescherming van persoonsgegevens.

Dit lijkt dus een veelbelovende toekomst voor de gegevensbescherming die zal ingebed worden in een nieuw te onderhandelen akkoord, tenminste indien ook de juiste mensen worden ingeschakeld in de onderhandelingsposities. We zien dan echter twee interessante recente benoemingen op het vlak van de vertegenwoordigingen van de EU bij de VS en omgekeerd. In december 2009 – voor de geplande stemming van het Europees Parlement over het SWIFT-akkoord dus – werd de nieuwe ambassadeur van de VS bij de EU benoemd door President Obama. Met de keuze voor William E. Kennard kreeg de VS missie bij de EU een ervaren leider met een uitgesproken profiel. Dat profiel ligt nu net in de sector van de

telecommunicatie. Kennard was vier jaar lang de voorzitter van de Federal Communications Commission waarna hij zich toelegde op investeringen in de sector van telecommunicatie en media. Als lid van de Federal Communications Commission was hij onder andere verantwoordelijk voor het afsluiten van samenwerkingsovereenkomsten met andere autoriteiten. Hij kent de sector van telecommunicatie door en door. Het was dus geen verrassing dat hij sterk heeft gelobbyd – niettemin tevergeefs – om het SWIFT-akkoord te laten goedkeuren door het Europees Parlement. De VS heeft de voorbije jaren ernaar gestreefd om steeds meer akkoorden te sluiten met de EU (de overeenkomst inzake rechtshulp, de overeenkomsten inzake de overdracht van passagiersgegevens en het reeds genoemde SWIFT-akkoord) en met Eurojust en Europol met het oog op het verkrijgen van gegevens. Het benoemen van een ambassadeur bij de EU met een achtergrond in telecommunicatie op het moment van het afronden van een nieuwe akkoord lijkt dan ook meer dan toeval te zijn.

De EU zou zich in deze periode dan ook best in de VS laten vertegenwoordigen door een figuur met een eveneens stevige voet in de politieke grond, die het klappen van de zweep in de transatlantische samenwerkingsrelatie – inclusief de overdracht van persoonsgegevens – kent. Als nieuwe EU ambassadeur bij de VS werd recent (februari 2010) Joao Vale de Almeida benoemd, de vorige chief of staff van Europees Commissie voorzitter Barroso. Vale de Almeida ligt echter onder vuur omwille van het feit dat hij eerder een ambtenaar is dan een politicus. In vergelijking met het vorige hoofd van de delegatie, John Bruton, de voormalige premier van Ierland en medeontwerper van de Europese Grondwet, betekent dit dat het spreekwoordelijke geweer van schouder wordt veranderd. De vraag is dan ook of zijn ervaring in de transatlantische vertegenwoordiging sterk genoeg is om indien nodig tegenwind te bieden aan de vraag van de Amerikaanse autoriteiten om tot – volgens hen cruciale – transfers van persoonsgegevens te komen en om de EU regelgeving inzake gegevensbescherming daarbij niet te laten varen.

De komende maanden zullen aantonen in welke richting het nieuwe SWIFT-akkoord zal gestuurd

worden. Vragen in verband met het al dan niet verkrijgen van garanties van de Amerikaanse autoriteiten in verband met de verwerking van de gegevens (proportionaliteit en noodzakelijkheidsbeginsel), het behouden van de bulkoverdracht van gegevens of het installeren van gerichte zoekfuncties bij SWIFT, tijdsbeperking voor de verzoeken, het doorsturen van gegevens en wederkerigheid, dienen te worden beantwoord. Dit verhaal wordt ongetwijfeld vervolgd.

Els De Busser\*

\* Dr. Els De Busser is Senior Researcher aan het Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law