

Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming inzake het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de integriteit en transparantie van de energiemarkt

(2011/C 279/03)

DE EUROPESE TOEZICHTHOUDER VOOR GEGEVENSBECHERMING,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 16,

Gezien het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, en met name de artikelen 7 en 8,

Gezien Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens ⁽¹⁾,

Gezien Verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens ⁽²⁾, en met name artikel 41,

BRENGT HET VOLGENDE ADVIES UIT:

I. INLEIDING

1. Op 8 december 2010 heeft de Europese Commissie een voorstel aangenomen voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de integriteit en transparantie van de energiemarkt ⁽³⁾ (hierna „het voorstel” genoemd).
2. De Commissie heeft de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) niet geraadpleegd, hoewel artikel 28, lid 2, van Verordening (EG) nr. 45/2001 dit voorschrijft. Daarom brengt de EDPS dit advies op eigen initiatief uit, op grond van artikel 41, lid 2, van vernoemde verordening. De EDPS is zich ervan bewust dat dit advies in een laat stadium van het wetgevingsproces komt. Toch acht de Toezichthouder het uitbrengen van dit advies gepast en zinvol, omdat het voorstel aanzienlijke gevolgen kan hebben voor het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van persoonsgegevens. Het is wenselijk dat in de preambule van het voorstel naar dit advies wordt verwezen.
3. Hoofddoel van het voorstel is marktmanipulatie en handel met voorwetenschap op groothandelsmarkten voor energie (gas en elektriciteit) te voorkomen. De integriteit en de transparantie van groothandelsmarkten, waar energieproducenten en handelaren gas en elektriciteit verhandelen, zijn van essentieel belang voor de prijs die de eindverbruiker betaalt.

4. Voor het bereiken van dit doel stelt de Commissie voor op EU-niveau een sluitend stelsel van regels vast te stellen om te verhinderen dat handelaren misbruik maken van voorwetenschap en de markt manipuleren door prijzen kunstmatig op een niveau te houden dat niet wordt gerechtvaardigd door de beschikbaarheid, productiekosten of opslag- of transportcapaciteit van energie. Meer in het bijzonder stelt de Commissie een verbod voor op
 - het gebruik van voorwetenschap bij het kopen of verkopen van energie op groothandelsmarkten (exclusieve en prijsgevoelige informatie moet openbaar worden gemaakt voordat de handel kan beginnen);
 - het aangaan van transacties die onjuiste of misleidende signalen geven over het aanbod, de vraag of de prijzen van producten op de groothandelsmarkten voor energie;
 - het verspreiden van valse berichten of geruchten die misleidende signalen geven over deze producten.

5. Het markttoezicht op Europees niveau voor het opsporen van mogelijke inbreuken op deze verboden wordt de verantwoordelijkheid van het Europees Agentschap voor samenwerking tussen energieregulators (het „ACER”) ⁽⁴⁾.
6. Volgens het voorstel krijgt het ACER tijdig toegang tot informatie over de transacties die op de groothandelsmarkten voor energie worden aangegaan. Daartoe behoort onder meer informatie over de prijs, de verkochte hoeveelheid en de betrokken partijen. Deze bulkgegevens worden gedeeld met de nationale toezichthouders, die vervolgens verantwoordelijk zijn voor het onderzoeken van gevallen van vermeend marktmisbruik. In gevallen waarin sprake is van grensoverschrijdende gevolgen is het ACER bevoegd dit onderzoek te coördineren. De nationale toezichthouders zijn belast met de tenuitvoerlegging van sancties.
7. Het voorstel volgt een aantal andere recente wetgevingsvoorstellen voor het versterken van de bestaande regelingen inzake financieel toezicht en het verbeteren van de coördinatie en samenwerking op EU-niveau, waaronder de Richtlijn betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie („MAD”) ⁽⁵⁾ en de Richtlijn betreffende markten voor

⁽¹⁾ PB L 281 van 23.11.1995, blz. 31 (hierna „Richtlijn 95/46/EG” genoemd).

⁽²⁾ PB L 8 van 12.1.2001, blz. 1 (hierna „Verordening (EG) nr. 45/2001” genoemd).

⁽³⁾ COM(2010) 726 definitief.

⁽⁴⁾ Het ACER is een orgaan van de Europese Unie dat is opgericht in 2010 en tot taak heeft de nationale toezichthouders voor de energiemarkt op EU-niveau bij te staan bij het uitvoeren van de toezichtstaken die zij in de lidstaten hebben en hun acties zo nodig te coördineren.

⁽⁵⁾ Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), PB L 96 van 12.4.2003, blz. 16.

financiële instrumenten („MiFID”) (1). De EDPS heeft zich onlangs uitgesproken over een van deze recente voorstellen (2).

II. OPMERKINGEN EN AANBEVELINGEN VAN DE EDPS

8. Het voorstel bevat verscheidene bepalingen die relevant zijn voor de bescherming van persoonsgegevens:

- de artikelen 6, 7 en 8 betreffende markttoezicht en melding van gegevens;
- artikel 9 betreffende „gegevensbescherming en operationele betrouwbaarheid”;
- de artikelen 10 en 11 betreffende onderzoek en handhaving;
- artikel 14 betreffende „betrekkingen met derde landen”.

II.1. Markttoezicht en melding van gegevens (art. 6, 7 en 8)

Betrokken bepalingen

9. Het voorstel gaat uit van de veronderstelling dat voor het opsporen van marktmisbruik i) een effectief systeem van markttoezicht nodig is met tijdige toegang tot alle transactiegegevens en dat ii) dit systeem ook toezicht op EU-niveau dient te omvatten. Vandaar dat het voorstel het ACER belast met het verzamelen, evalueren en delen (met de betrokken nationale en EU-autoriteiten) van een grote hoeveelheid bulkgegevens over transacties op groothandelsmarkten voor energie.
10. Volgens het voorstel zijn marktdeelnemers verplicht het ACER „informatie te verstrekken over hun groothandels-transacties” in energieproducten. Daarnaast moeten zij het ACER ook informatie verstrekken over „de capaciteit van faciliteiten voor de productie, de opslag, het verbruik en de transmissie van elektriciteit of gas”.
11. Vorm en inhoud van de te verstrekken informatie en het tijdstip waarop deze verstrekt moet worden, worden vastgesteld bij gedelegeerde handelingen van de Commissie.

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

12. Aangezien de inhoud van de informatie die in het kader van deze toezicht- en meldactiviteit moet worden verzameld, volgens het voorstel volledig zal worden bepaald via gedelegeerde handelingen, kan niet worden uitgesloten

(1) Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, PB L 145 van 30.4.2004, blz. 1.

(2) Voor meer informatie over de bredere context van verwante wetgevingsvoorstellen, zie het Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, uitgebracht op 19 april 2011, in het bijzonder de punten 4, 5 en 17-20.

dat hier ook persoonsgegevens — „iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon” (3) — toe zullen behoren. Onder het vigerende EU-recht is het verzamelen van persoonsgegevens alleen toegestaan wanneer het noodzakelijk en evenredig is in relatie tot het specifieke doel dat wordt nagestreefd (4). Het voorstel dient derhalve duidelijk aan te geven of, en zo ja, in welke mate, de transactiegegevens en capaciteitsinformatie die voor toezichtsdoeleinden moeten worden verzameld, persoonsgegevens mogen bevatten (5).

13. Wanneer de verwerking van persoonsgegevens is voorzien, zijn mogelijk ook specifieke waarborgen vereist, bijvoorbeeld met betrekking tot het doelbindingsbeginsel, de waartermijn en de ontvangers van de informatie. Gezien het fundamentele karakter van deze waarborgen voor gegevensbescherming, moeten zij niet bij gedelegeerde handelingen worden vastgesteld maar horen zij in de tekst van het voorstel zelf te staan.

14. Wanneer daarentegen geen verwerking van persoonsgegevens wordt verwacht (of slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, wanneer een groothandelaar in energieproducten een natuurlijk en geen rechtspersoon is), dan dient dit duidelijk in het voorstel te worden aangegeven, op zijn minst in een overweging.

II.2. Gegevensbescherming en operationele betrouwbaarheid (art. 9)

Betrokken bepalingen

15. Krachtens artikel 9, lid 1, „waarborgt [het ACER] het vertrouwelijke karakter, de integriteit en de bescherming” van de informatie die op grond van artikel 7 wordt ontvangen (d.w.z. transactiegegevens en capaciteitsinformatie die in het kader van markttoezicht worden verzameld). Artikel 9 bepaalt ook dat het ACER zich „waar nodig houdt” aan Verordening (EG) nr. 45/2001 wanneer het op grond van artikel 7 persoonsgegevens verwerkt.
16. Voorts schrijft artikel 9, lid 1, voor dat het ACER bronnen van operationele risico's in kaart brengt en deze risico's middels passende systemen, controles en procedures tot een minimum beperkt.
17. Tot slot geeft artikel 9, lid 2, het ACER toestemming om delen van de informatie die het in zijn bezit heeft, openbaar te maken, „op voorwaarde dat geen commercieel gevoelige informatie over afzonderlijke marktdeelnemers of transacties wordt bekendgemaakt”.

(3) Zie artikel 2, onder a), van Richtlijn 95/46/EG en artikel 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 45/2001.

(4) Zie artikel 6, lid 1, onder c), en artikel 7, onder c), van Richtlijn 95/46/EG en artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 5, onder b), van Verordening (EG) nr. 45/2001.

(5) Artikel 9, lid 1, van het voorstel — waarin wordt verwezen naar Verordening (EG) nr. 45/2001 — wekt de indruk dat die mogelijkheid bestaat, maar geeft geen nadere bijzonderheden. Zie tevens paragraaf II.2 van dit advies.

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

18. De EDPS is verheugd over het feit dat een gedeelte van artikel 9 aan gegevensbescherming is gewijd en dat het voorstel het ACER uitdrukkelijk voorschrijft Verordening (EG) nr. 45/2001 na te leven.

a) Toepasselijkheid van Verordening (EG) nr. 45/2001 en Richtlijn 95/46/EG

19. Dit gezegd hebbende, wijst de EDPS erop dat steeds wanneer het ACER persoonsgegevens verwerkt, Verordening (EG) nr. 45/2001 volledig op het agentschap van toepassing is. Vandaar dat het voorstel in herinnering dient te brengen dat Verordening (EG) nr. 45/2001 niet alleen op het ACER van toepassing is wanneer het krachtens artikel 7 persoonsgegevens verwerkt, maar ook in alle andere situaties. Dus ook, en dit is belangrijk, wanneer het krachtens artikel 11 persoonsgegevens verwerkt in verband met vermeend marktmisbruik/vermeende inbreuken. De EDPS doet de aanbeveling om voor het beschrijven van de situaties waarin het ACER aan Verordening (EG) nr. 45/2001 moet voldoen, voor de nauwkeurigheid de woorden „zo nodig” te vervangen door de zinsnede „wanneer persoonsgegevens worden verwerkt”.

20. Ook dient te worden verwezen naar Richtlijn 95/46/EG, aangezien deze richtlijn van toepassing is op het verwerken van persoonsgegevens door de nationale toezichthouders. De EDPS doet de aanbeveling om voor de duidelijkheid in algemene bewoordingen in het voorstel te vermelden (op zijn minst in een overweging) dat het ACER onder de werking van Verordening (EG) nr. 45/2001 valt en de betrokken nationale toezichthouders onder de werking van Richtlijn 95/46/EG.

b) Verantwoordingsplicht

21. De EDPS is verheugd dat het ACER de operationele risico's in kaart dient te brengen en middels passende systemen, controles en procedures tot een minimum moet beperken. Om nog meer invulling te geven aan het beginsel van de verantwoordingsplicht⁽¹⁾ dient het voorstel, als het verwerken van persoonsgegevens een structureel element wordt, het ACER verder uitdrukkelijk voor te schrijven dat ter zake van de bescherming van persoonsgegevens een duidelijk verantwoordingskader wordt vastgesteld, zodat de bescherming van deze gegevens is verzekerd en daarvan bewijs wordt geleverd. Dit verantwoordingskader zou onder andere de volgende elementen kunnen bevatten:

- vaststellen en zo nodig actualiseren van een beleid inzake gegevensbescherming op basis van een beoordeling van de gevolgen voor fundamentele rechten

⁽¹⁾ Zie paragraaf 7 van het Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's getiteld „Een integrale aanpak van de bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie”, uitgebracht op 14 januari 2011 (http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2011/11-01-14_Personal_Data_Protection_EN.pdf).

(waaronder een risicoanalyse met betrekking tot de beveiliging). Dit beleid dient ook een plan voor databeveiliging te bevatten;

- uitvoeren van periodieke controles op de adequaatheid en uitvoering van het beleid inzake gegevensbescherming en het plan voor gegevensbeveiliging;

- openbaar maken (ten minste gedeeltelijk) van de resultaten van deze controles om de belanghebbenden ervan te verzekeren dat de regels inzake gegevensbescherming worden nageleefd;

- melden van datalekken en andere beveiligingsincidenten aan de DPO van de Commissie, de betrokkenen en, indien van toepassing andere belanghebbenden en autoriteiten⁽²⁾.

22. Voor andere betrokken EU-autoriteiten en nationale toezichthouders dienen soortgelijke vereisten te gelden.

c) Openbaarmaking van informatie door het ACER

23. Wat betreft het vereiste van artikel 9, lid 2, dat het ACER de informatie waarover het beschikt ten dele openbaar kan maken, gaat de EDPS ervan uit dat deze bepaling niet is bedoeld om het agentschap toestemming te geven ondernemingen of natuurlijke personen publiekelijk aan de schandpaal te nagelen door hun vergrijpen met naam en toenaam bekend te maken.

24. Dat gezegd hebbende staat nergens in het voorstel dat geen persoonsgegevens openbaar worden gemaakt. Om iedere twijfel uit te sluiten, dient het voorstel ofwel uitdrukkelijk te bepalen dat de informatie die openbaar wordt gemaakt geen persoonsgegevens mag bevatten of, als dat wel mag, aan te geven welke persoonsgegevens precies openbaar mogen worden gemaakt.

25. Wanneer persoonsgegevens openbaar mogen worden gemaakt, moet de noodzaak van bekendmaking (bijv. om redenen van transparantie) zorgvuldig worden afgewogen tegen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de bescherming van persoonsgegevens van de betrokkenen.

26. Bijgevolg moet voorafgaande aan een eventuele openbaarmaking een evenredigheidsbeoordeling worden uitgevoerd, waarbij rekening moet worden gehouden met de criteria zoals die door het Europees Hof van Justitie in de zaak *Schecke*⁽³⁾ zijn vastgesteld. Het Hof benadrukte in deze zaak dat „de uitzonderingen op en beperkingen van de bescherming van persoonsgegevens binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke moeten blijven”. Het Hof meende verder dat de Europese instellingen een vorm van bekendmaking moeten gebruiken die in overeenstemming

⁽²⁾ Zie paragraaf 6.3 van bovengenoemd advies van de EDPS van 14 januari 2011.

⁽³⁾ Arrest van het HvJ van 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09 (*Schecke en Eifert*); zie met name de punten 81, 65 en 86.

is met het doel van de bekendmaking maar tegelijkertijd het recht van de betrokkenen op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer en op bescherming van hun persoonsgegevens zo min mogelijk aantast.

II.3. Onderzoeksbevoegdheden (art. 10)

Betrokken bepalingen

27. Voor de gevallen waarin in het kader van markttoezicht vermeend marktmisbruik wordt ontdekt, voorziet het voorstel in de instelling van een onderzoek dat kan uitmonden in passende sancties. Meer in het bijzonder bepaalt artikel 10, lid 1, dat de lidstaten de nationale toezichthouders de onderzoeksbevoegdheden verlenen die nodig zijn om erop toe te zien dat de bepalingen van het voorstel over handel met voorwetenschap en marktmanipulatie worden toegepast ⁽¹⁾.

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

28. De EDPS is verheugd met de toevoeging in artikel 10, lid 1, dat i) de onderzoeksbevoegdheden (uitsluitend) worden gebruikt om erop toe te zien dat de bepalingen van het voorstel over handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (art. 3 en 4) worden toegepast en ii) deze bevoegdheden op evenredige wijze worden uitgeoefend.
29. De EDPS meent echter dat dit onvoldoende is om rechtszekerheid en een adequate bescherming van persoonsgegevens te verzekeren. Hieronder zal blijken dat de tekst van artikel 10 zoals die wordt voorgesteld, op twee belangrijke punten tekortschiet. Ten eerste wordt in dit artikel de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden onvoldoende duidelijk aangegeven. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk of de verstreking van privé gespreksspecificaties kan worden verlangd en of „inspecties ter plaatse” ook het doorzoeken van privéwoningen omvat. Ten tweede voorziet dit artikel niet in de noodzakelijke procedurele waarborgen tegen ongerechtvaardigde inbreuken in de persoonlijke levenssfeer of het ongeoorloofde gebruik van persoonsgegevens. Er is bijvoorbeeld geen gerechtelijk bevel nodig.
30. Zowel de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden als de noodzakelijke waarborgen moeten vermoedelijk bij nationale wetgeving worden geregeld. Artikel 10, lid 1, laat de lidstaten tal van keuzemogelijkheden door te bepalen dat de onderzoeksbevoegdheden „als volgt [kunnen] worden uitgeoefend: a) rechtstreeks, b) in samenwerking met andere instanties of ondernemingen op de markt, of c) middels een verzoek aan de bevoegde rechterlijke instanties”. Dit lijkt ruimte te bieden voor verschillen in nationale werkwijze, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden, een gerechtelijk bevel is vereist.
31. Terwijl sommige nationale wetten mogelijk al voorzien in afdoende procedurele waarborgen en waarborgen voor gegevensbescherming, teneinde betrokkenen rechtszekerheid te verschaffen, moeten ten aanzien van deze waarborgen

ook op EU-niveau, meer in het bijzonder in het voorstel, nadere regels en bepaalde minimumeisen worden gesteld, waarop hieronder zal worden ingegaan.

32. De EDPS beklemtoont dat als algemeen beginsel moet gelden dat wanneer EU-wetgeving de lidstaten voorschrijft om op nationaal niveau maatregelen te nemen die gevolgen hebben voor fundamentele rechten (zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op bescherming van persoonsgegevens), diezelfde wetgeving de lidstaten ook moet voorschrijven dat tegelijkertijd met de beperkende maatregelen effectieve maatregelen worden getroffen voor het beschermen van de fundamentele rechten die in het geding zijn. Met andere woorden: de harmonisering van maatregelen die een inbreuk kunnen plegen op de persoonlijke levenssfeer, zoals het toekennen van onderzoeksbevoegdheden, moet vergezeld gaan van de harmonisering van afdoende procedurele waarborgen en afdoende waarborgen voor gegevensbescherming gebaseerd op goede praktijken.
33. Een dergelijke aanpak kan helpen voorkomen dat tussen de lidstaten te grote verschillen in werkwijze ontstaan en ervoor zorgen dat de bescherming van persoonsgegevens overal in de Europese Unie op een hoger en meer gelijk niveau komt.
34. Indien de harmonisering van minimumwaarborgen in dit stadium niet haalbaar is, zou het voorstel de lidstaten op zijn minst uitdrukkelijk moeten voorschrijven nationale uitvoeringsmaatregelen vast te stellen die garanderen dat de noodzakelijke procedurele waarborgen en de waarborgen voor gegevensbescherming worden toegepast. Dat is in dit geval des te belangrijker omdat als rechtsinstrument is gekozen voor een verordening, die rechtstreeks toepasselijk is en in de regel geen aanvullende uitvoeringsmaatregelen op het niveau van de lidstaten vereist.

II.4. Inspecties ter plaatse (art. 10, lid 2, onder c))

Betrokken bepalingen

35. Volgens het voorstel moeten de onderzoeksbevoegdheden die aan nationale toezichthouders worden verleend, uitdrukkelijk de bevoegdheid omvatten om „inspecties ter plaatse te verrichten” (art. 10, lid 2, onder c)).

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

36. Het is niet duidelijk of deze inspecties beperkt zouden zijn tot het zakelijk eigendom (panden, grond en voertuigen) van een marktdeelnemer of dat ook het privé-eigendom (panden, grond of voertuigen) van natuurlijke personen aan deze inspecties kan worden onderworpen. Het is evenmin duidelijk of de inspecties zonder vooraankondiging kunnen plaatsvinden („dawn raids”).
37. Voordat de Commissie de lidstaten gaat verplichten hun toezichthouders toestemming te geven voor inspecties ter plaatse van privé-eigendom van natuurlijke personen of voor inspecties zonder vooraankondiging, dient ten eerste duidelijk te worden vastgelegd wat de reikwijdte van die inspectiebevoegdheid is.

⁽¹⁾ Opgemerkt moet worden dat het voorstel niet voorziet in vergelijkbare onderzoeksbevoegdheden voor het ACER. Zulke bevoegdheden zijn evenmin voor het ACER voorzien in Verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een agentschap voor de samenwerking van energieregulators, PB L 211 van 14.8.2009, blz. 1.

38. Ten tweede is het allesbehalve vanzelfsprekend dat inspecties ter plaatse van privé-eigendom (zoals de privéwoning van een natuurlijk persoon) een evenredige maatregel zijn. Als een dergelijke maatregel is voorzien, moet hij in ieder geval behoorlijk worden gemotiveerd.
39. Ten derde zijn hiervoor aanvullende waarborgen nodig, vooral met betrekking tot de voorwaarden waaronder bedoelde inspecties worden uitgevoerd. In het voorstel zou bijvoorbeeld duidelijk moeten worden aangegeven dat inspecties ter plaatse in de woning van een natuurlijk persoon alleen zijn toegestaan als sprake is van een redelijk en concreet vermoeden dat zich in die specifieke woning bewijs bevindt voor een ernstige schending van artikel 3 of 4 van het voorstel (d.w.z. de verbodsbepalingen inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie). Het is verder belangrijk dat in het voorstel wordt vastgelegd dat voor een dergelijke inspectie in alle lidstaten een gerechtelijk bevel nodig is ⁽¹⁾.
40. Ten vierde, uit het oogpunt van evenredigheid en om een buitensporige inbreuk in de persoonlijke levenssfeer te voorkomen, dient voor onaangekondigde inspecties van privéwoningen als aanvullende voorwaarde te gelden, dat aannemelijk is dat het gezochte bewijs bij een aangekondigd bezoek zal worden vernietigd of dat ermee zal worden geknoeid. Dit zou duidelijk in het voorstel moeten worden neergelegd.

II.5. Bevoegdheid tot het verlangen van „bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer” (art. 10, lid 2, onder d))

Betrokken bepalingen

41. Artikel 10, lid 2, onder d), bepaalt dat de onderzoeksbevoegdheden van de nationale toezichthouders ook uitdrukkelijk de bevoegdheid moeten omvatten om „bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer te verlangen”.

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

42. De EDPS is zich bewust van de waarde van overzichten van telefoon- en dataverkeer in gevallen van handel met voorwetenschap, met name om de connectie tussen insiders en handelaren vast te stellen. De reikwijdte van deze bevoegdheid is echter onvoldoende duidelijk en ook zijn geen adequate procedurele waarborgen en adequate waarborgen voor gegevensbescherming voorzien. Vandaar dat de EDPS de aanbeveling doet het voorstel op de hieronder besproken wijze te verduidelijken. Meer in het bijzonder moet het voorstel een antwoord geven op de volgende vragen:
- a) Wat voor soort overzichten van telefoon- en dataverkeer kunnen worden verlangd?
43. Ten behoeve van rechtszekerheid dient het voorstel om te beginnen duidelijk te maken wat voor soort overzichten de autoriteiten zo nodig kunnen verlangen.

44. Het voorstel dient de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden uitdrukkelijk te beperken tot i) gegevens over telefoon- e-mail- en ander dataverkeer die al routinematig en rechtmatig door handelaren worden verzameld als bewijs van zakelijke transacties, en ii) verkeersgegevens (bijv. wie belde of verstuurd informatie naar wie en wanneer) die rechtstreeks bij de betrokken markdeelnemers (handelaren) kunnen worden ingewonnen en waarover deze al beschikken.
45. Daarnaast dient het voorstel ook duidelijk aan te geven dat bedoelde gegevens moeten zijn verzameld voor rechtmatige doeleinden en overeenkomstig de toepasselijke wetten inzake gegevensbescherming, hetgeen onder meer betekent dat betrokkenen afdoende moeten zijn geïnformeerd (artikelen 10 en 11 van Richtlijn 95/46/EG).

b) Wat wordt precies verstaan onder „bestaande overzichten”?

46. De EDPS is verheugd over het feit dat het voorstel deze bevoegdheid beperkt tot „bestaande” overzichten en de toezichthouders dus niet de bevoegdheid krijgen om een handelaar of derde partij te dwingen om ten behoeve van het onderzoek telefoon- of dataverkeer te onderscheppen, te controleren of te registreren.

47. Om iedere twijfel uit te sluiten, dient dit echter duidelijker tot uitdrukking te worden gebracht, op zijn minst in een overweging. Voorkomen moet worden dat het voorstel kan worden geïnterpreteerd als een rechtsgrond voor nationale toezichthouders om telefoon- of dataverkeer te onderscheppen, te controleren of te registreren, of dit nu heimelijk of openlijk gebeurt en met of zonder gerechtelijk bevel.

c) Kan ook het bekend maken van de inhoud van telefoongesprekken en databerichten worden verlangd of alleen het verstrekken van verkeersgegevens?

48. Het voorstel spreekt over „bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer”. Het is onvoldoende duidelijk of hiermee zowel de inhoud van bestaande databerichten en telefoongesprekken als verkeersgegevens (bijv. wie belde of verstuurd informatie naar wie en wanneer) worden bedoeld.

49. Dit moet duidelijker worden aangegeven in de bepalingen van het voorstel. Zoals onder de punten 43, 44 en 45 is opgemerkt, dient duidelijk te worden aangegeven wat voor soort overzichten c.q. gegevens kunnen worden verlangd en moet zeker zijn dat bij het verzamelen van die gegevens de toepasselijke wetgeving inzake gegevensbescherming in acht is genomen.

d) Kunnen gegevens worden verlangd van aanbieders van internetdiensten en telecommunicatiebedrijven?

50. In het voorstel dient ondubbelzinnig te worden aangegeven van wie de nationale toezichthouders de opgave van gegevens kunnen verlangen. De EDPS gaat ervan uit dat artikel 10, lid 2, onder d), niet is bedoeld om nationale

⁽¹⁾ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in *Funke v. Frankrijk* (zaak nr. 82/1991/334/407), 25 februari 1993, punten 55-57.

autoriteiten toestemming te geven om verkeersgegevens te verlangen van aanbieders van „openbare elektronische-communicatiediensten” ⁽¹⁾ (zoals telefoonmaatschappijen of aanbieders van internetdiensten).

51. Het voorstel verwijst immers in het geheel niet naar zulke aanbieders en ook de term „verkeersgegevens” wordt niet in het voorstel gebruikt. Belangrijker nog is dat het voorstel ook niet spreekt, impliciet noch expliciet, over een mogelijke afwijking van de voorschriften van de e-privacyrichtlijn ⁽²⁾, waarin het algemene beginsel is vastgelegd dat de verdere verwerking van verkeersgegevens alleen is toegestaan voor zover dat nodig is voor facturering en interconnectiebetalingen.

52. Om iedere twijfel weg te nemen, dient in de tekst van het voorstel, op zijn minst in een overweging, uitdrukkelijk te worden vermeld dat de voorgestelde verordening geen rechtsgrond biedt voor het verlangen van gegevens van aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten.

e) Kunnen gegevens worden verlangd van andere derde partijen?

53. Voorts zou het voorstel duidelijkheid moeten verschaffen over de vraag of de bevoegdheid van de nationale toezichthouders om gegevens te verlangen alleen geldt ten aanzien van de marktdeelnemer die voorwerp van onderzoek is of dat zij die bevoegdheid ook ten aanzien van derden hebben (zoals een partij bij een transactie met die marktdeelnemer, of de directie van het hotel waar iemand die verdacht wordt van handel met voorwetenschap verbleef).

f) Kunnen privéstukken worden verlangd?

54. Tot slot zou het voorstel ook duidelijkheid moeten verschaffen over de vraag of de bevoegdheid om gegevens te verlangen zich ook uitstrekt tot privéstukken en -bestanden van natuurlijke personen, zoals directeuren of andere personen die in dienst zijn van de marktdeelnemer die voorwerp van onderzoek is (bijv. tekstberichten die vanaf een mobiel toestel zijn verstuurd of de browsegeschiedenis op de thuiscomputer).

55. De evenredigheid van de bevoegdheid om privéstukken te verlangen is twijfelachtig en zou — als daarin is voorzien — expliciet moeten worden gemotiveerd.

56. Net als voor het uitvoeren van inspecties ter plaatse (punten 35 tot en met 40, hierboven), zou het voorstel ook

voor het verlangen van privéstukken moeten voorschrijven dat daarvoor een gerechtelijk bevel nodig is en aanvullende specifieke waarborgen moeten eisen.

II.6. Melden van vermeend marktmisbruik (art. 11): doelbinding en bewaren van gegevens

Betrokken bepalingen

57. Het ACER heeft een belangrijke rol gekregen bij grensoverschrijdende samenwerking: het moet de nationale toezichthouders bij mogelijke gevallen van marktmisbruik waarshuwen en de informatie-uitwisseling faciliteren. Voor het bevorderen van de samenwerking schrijft artikel 11, lid 2, ook voor dat de nationale toezichthouders het ACER „zo specifiek mogelijke informatie” moeten verstrekken wanneer zij redelijke gronden hebben om aan te nemen dat een schending van de voorgestelde verordening heeft plaatsgevonden. Teneinde een gecoördineerde aanpak te verzekeren, schrijft artikel 11, lid 3, verder voor dat de nationale toezichthouders, de bevoegde financiële autoriteiten, het ACER en de Europese Autoriteit voor effecten en markten (EAEM) onderling informatie moeten uitwisselen ⁽³⁾.

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

58. Overeenkomstig het doelbindingsbeginsel ⁽⁴⁾ dient het voorstel uitdrukkelijk te bepalen dat het doorgeven van persoonsgegevens op grond van artikel 11 van het voorstel (meldingen van vermeend marktmisbruik) alleen is toegestaan ten behoeve van onderzoek naar het gemelde geval van vermeend marktmisbruik. De gegevens dienen in ieder geval niet te worden gebruikt voor doeleinden die daarmee niet verenigbaar zijn.

59. De gegevens mogen ook niet voor langere tijd worden bewaard. Dit is des te belangrijker wanneer de aanvankelijke verdenking ongegrond blijkt. Indien gegevens dan toch langer worden bewaard, moet een op het concrete geval toegespitste motivering worden gegeven ⁽⁵⁾.

60. In dit verband zou het voorstel om te beginnen de termijn moeten vaststellen gedurende welke het ACER en de andere ontvangers van bedoelde gegevens deze maximaal mogen bewaren, waarbij rekening moet worden gehouden met het doel waarvoor de gegevens worden bewaard. Tenzij een melding van vermeend marktmisbruik tot een concreet onderzoek heeft geleid en dat onderzoek nog steeds gaande is, moeten alle persoonsgegevens in verband met die

⁽¹⁾ Zie artikel 2, onder c), van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), PB L 108 van 24.4.2002, blz. 33.

⁽²⁾ Zie artikel 6, lid 1, van Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), PB L 201 van 31.7.2002, blz. 37.

⁽³⁾ De EAEM is een onafhankelijke EU-instantie die bijdraagt aan het waarborgen van de stabiliteit van het financiële stelsel van de Europese Unie door de integriteit, transparantie, efficiëntie en ordelijke werking van de effectenmarkten te verzekeren en de bescherming van beleggers te verbeteren.

⁽⁴⁾ Zie artikel 6, lid 1, onder b), van Richtlijn 95/46/EG en artikel 4, lid 1, onder b), van Verordening (EG) nr. 45/2001.

⁽⁵⁾ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *S. en Marper v. Verenigd Koninkrijk* (4 december 2008) (zaaknummers 30562/04 en 30566/04), waarin wordt bepaald dat het voor lange tijd bewaren van gegevens van personen die niet zijn veroordeeld voor een strafbaar feit, krachtens artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer vormt.

melding na het verstrijken van een bepaalde termijn uit de bestanden van alle ontvangers worden verwijderd. Tenzij een langere bewaartermijn duidelijk gerechtvaardigd is, moet het verwijderen van de gegevens uiterlijk twee jaar na melding van de verdenking gebeuren ⁽¹⁾.

61. Het voorstel zou moeten voorschrijven dat wanneer een verdenking ongegrond blijkt en/of een onderzoek wordt afgesloten zonder dat verdere stappen worden ondernomen, de toezichthouder die het vermeende marktmisbruik heeft gemeld, het ACER en een eventuele derde partij die toegang tot de informatie over het vermeende marktmisbruik heeft, elkaar daar onverwijld van in kennis stellen, zodat zij hun bestanden dienovereenkomstig kunnen actualiseren (en/of de informatie betreffende het vermeende marktmisbruik, onmiddellijk of na een redelijke bewaartermijn, naar gelang wat van toepassing is, uit hun bestanden verwijderen) ⁽²⁾.
62. Deze bepalingen moeten voorkomen dat in gevallen waarin de verdenking niet is bevestigd (of er zelfs geen nader onderzoek naar is gedaan) of de ongegrondheid ervan is vastgesteld, onschuldige personen voor een onredelijk lange periode op een „zwarte lijst” blijven staan en verdachte blijven (zie artikel 6, onder e), van Richtlijn 95/46/EG en het overeenkomstige artikel 4, onder e), van Verordening (EG) nr. 45/2001.

II.7. Doorgeven van gegevens naar derde landen (art. 14)

Betrokken bepalingen

63. De artikelen 7, 8 en 11 van het voorstel voorzien in de uitwisseling van data en informatie tussen het ACER, de EAEM en de autoriteiten van de lidstaten. Artikel 14 („Betrekkingen met derde landen”) bepaalt dat het ACER „bestuursrechtelijke regelingen [kan] treffen met internationale organisaties en overheidsdiensten van derde landen”. Dit kan leiden tot het doorgeven van persoonsgegevens door het ACER en mogelijk ook door de EAEM en de autoriteiten van de lidstaten aan internationale organisaties en autoriteiten van derde landen.

Opmerkingen en aanbevelingen van de EDPS

64. De EDPS doet de aanbeveling om in artikel 14 van het voorstel duidelijk aan te geven dat het doorgeven van persoonsgegevens alleen mag plaatsvinden overeenkomstig artikel 9 van Verordening (EG) nr. 45/2001 en de artikelen 25 en 26 van Richtlijn 95/46/EG. Meer in het bijzonder mogen persoonsgegevens slechts aan entiteiten of natuurlijke personen in een derde land worden doorgegeven als het land in kwestie een passend beschermingsniveau waarborgt. Wanneer een derde land geen passende bescherming biedt, mogen persoonsgegevens alleen dan naar dat land worden doorgegeven wanneer de voor de verwerking verantwoordelijke voldoende waarborgen biedt voor de

bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, alsmede voor de uitoefening van die rechten.

65. De EDPS wijst erop dat afwijkingen (zoals de afwijkingen genoemd in artikel 9, lid 6, van Verordening (EG) nr. 45/2001 en artikel 26, lid 1, van Richtlijn 95/46/EG) in beginsel niet mogen worden gebruikt voor systematische, structurele of bulkoverdrachten van gegevens naar derde landen.

II.8. Voorafgaande controle van de coördinatieactiviteiten van het ACER met betrekking tot onderzoek

66. De gegevens betreffende vermeende inbreuken die het ACER, de EAEM en verscheidene autoriteiten in de lidstaten met elkaar delen, zullen voor een deel ook persoonsgegevens zijn, zoals de naam van de vermeende overtreders of andere betrokken personen (bijv. getuigen, klokkenluiders, werknemers of andere personen die namens de betrokken ondernemingen optreden).
67. Artikel 27, lid 1, van Verordening (EG) nr. 45/2001 bepaalt dat „verwerkingen die gezien hun aard, reikwijdte of doeleinden bijzondere risico's kunnen inhouden voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen, (...) vooraf [worden] gecontroleerd door de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming”. Artikel 27, lid 2, bevestigt dat de verwerking van gegevens inzake „verdenkingen” en „strafbare feiten” dergelijke risico's meebrengt en dus een voorafgaande controle vereist. Gezien de rol die voor het ACER is voorzien bij de coördinatie van onderzoek, valt aan te nemen dat het agentschap gegevens inzake „verdenkingen” zal verwerken en zijn activiteiten bijgevolg aan een voorafgaande controle zullen worden onderworpen ⁽³⁾.
68. In het kader van een voorafgaande controleprocedure kan de EDPS het ACER een nadere toelichting en specifieke aanbevelingen geven met betrekking tot voorschriften inzake gegevensbescherming. Voorafgaande controle van de activiteiten van het ACER kan zorgen voor meerwaarde omdat de oprichtingsverordening van het ACER (Verordening (EG) nr. 713/2009) geen enkele bepaling inzake de bescherming van persoonsgegevens bevat en de EDPS ter zake van deze verordening geen advies heeft uitgebracht.

III. CONCLUSIES

69. In het voorstel dient duidelijk te worden aangegeven of in het kader van markttoezicht en het melden van vermeend marktmisbruik ook persoonsgegevens kunnen worden verwerkt en, zo ja, welke waarborgen dan gelden. Wanneer niet wordt verwacht dat persoonsgegevens zullen worden verwerkt (of slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, wanneer een groothandelaar in energieproducten een natuurlijk en geen rechtspersoon is), dient dit duidelijk in het voorstel te worden aangegeven, op zijn minst in een overweging.

⁽¹⁾ Voor de gevallen waarin een verdenking gegrond is gebleken en naar aanleiding daarvan een succesvol onderzoek is verricht, dient in het voorstel een specifieke — niet-buitensporige — termijn te worden vastgelegd gedurende welke de gegevens na afronding van het onderzoek nog kunnen worden bewaard.

⁽²⁾ Deze informatie moet ook aan de betrokkene worden verstrekt.

⁽³⁾ Opgemerkt moet worden dat de gegevensverwerking door de nationale autoriteiten mogelijk eveneens aan een voorafgaande controle kan worden onderworpen. Dit zou dan gebeuren door de nationale of regionale autoriteiten voor gegevensbescherming en is afhankelijk van de vraag of de nationale wetten inzake gegevensbescherming waarin artikel 20 van Richtlijn 95/46/EG is omgezet, hierin voorzien.

70. De bepalingen inzake gegevensbescherming, gegevensbeveiliging en verantwoordingsplicht dienen te worden verduidelijkt en versterkt, zeker wanneer het verwerken van persoonsgegevens structureel zal plaatsvinden. De Commissie dient zorg te dragen voor adequate controles, zodat gegevens afdoende worden beschermd. Daarvan moet bewijs worden overgelegd („verantwoordingsplicht”).
71. In het voorstel dient duidelijk te worden aangegeven of alleen het zakelijk eigendom (bedrijfspanden en -voertuigen) van een marktdeelnemer of ook het privé-eigendom (panden en voertuigen) van natuurlijke personen aan een inspectie ter plaatse kan worden onderworpen. Wanneer ook het privé-eigendom van natuurlijke personen voorwerp van inspectie kan zijn, moet een heldere motivatie van de noodzaak en evenredigheid hiervan worden gegeven en een gerechtelijk bevel en aanvullende waarborgen worden verlangd. Dit moet in het voorstel duidelijk naar voren komen.
72. De reikwijdte van de bevoegdheid om „bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer te verlangen” verdient nadere specificatie. In het voorstel moet ondubbelzinnig worden aangegeven welke gegevens precies kunnen worden verlangd en van wie. Het feit dat geen gegevens kunnen worden verlangd van aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten dient uitdrukkelijk in de tekst van het voorstel te worden vermeld, op zijn minst in een overweging. Het voorstel zou ook duidelijkheid moeten verschaffen over de vraag of de bevoegdheid om gegevens te verlangen zich ook uitstrekt tot privéstukken en -bestanden van natuurlijke personen, zoals directeuren of andere personen die in dienst zijn van de marktdeelnemer die voorwerp van onderzoek is (bijv. tekstberichten die vanaf een mobiel toestel zijn verstuurd of de zoekgeschiedenis op de thuiscomputer).
73. Wat het melden van vermeend marktmisbruik betreft, dient het voorstel uitdrukkelijk te bepalen dat eventuele persoonsgegevens die in deze meldingen zijn verrat, uitsluitend mogen worden gebruikt ten behoeve van het onderzoek naar het gemelde geval van vermeend marktmisbruik. Tenzij naar aanleiding van een dergelijke melding een concreet onderzoek is ingesteld en dat onderzoek nog steeds gaande is (of een verdenking gegrond is gebleken en het onderzoek daarnaar succesvol is afgerond), moeten alle persoonsgegevens in verband met die melding uiterlijk twee jaar na de melding uit de bestanden van alle ontvangers worden verwijderd (tenzij verlenging van de bewaartermijn om andere redenen gerechtvaardigd is). Daarnaast moeten de partijen bij een informatie-uitwisseling elkaar ervan in kennis stellen wanneer een verdenking ongegrond is gebleken en/of een onderzoek is afgesloten zonder dat verdere stappen zijn genomen.
74. Wat het doorgeven van persoonsgegevens naar derde landen betreft, dient het voorstel duidelijk aan te geven dat het doorgeven van persoonsgegevens aan entiteiten of natuurlijke personen in een derde land dat geen passende bescherming biedt, in beginsel alleen is toegestaan wanneer de voor de verwerking verantwoordelijke voldoende waarborgen biedt voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkenen, alsmede voor de uitoefening van die rechten.
75. Het ACER dient de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de coördinatie van onderzoeksactiviteiten op grond van artikel 11 van het voorstel, aan een voorafgaande controle door het EDPS te onderwerpen.

Gedaan te Brussel, 21 juni 2011.

Giovanni BUTTARELLI
*Europese adjunct-toezichthouder voor
gegevensbescherming*