

## I

(Resoluções, recomendações e pareceres)

## PARECERES

## AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS

**Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre propostas da Comissão para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que revoga a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de instrumentos financeiros, que altera o Regulamento relativo aos derivados OTC, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações**

(2012/C 147/01)

A AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 16.º;

Tendo em conta a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente os artigos 7.º e 8.º;

Tendo em conta a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados <sup>(1)</sup>;

Tendo em conta o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados <sup>(2)</sup>, nomeadamente o artigo 28.º, n.º 2;

ADOTOU O SEGUINTE PARECER:

### 1. INTRODUÇÃO

#### 1.1. Consulta da AEPD

1. O presente parecer faz parte de um conjunto de 4 pareceres da AEPD relativos ao setor financeiro, todos adotados no mesmo dia <sup>(3)</sup>.
2. Em 20 de outubro de 2011, a Comissão adotou uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que revoga a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho <sup>(4)</sup> (a «proposta de Diretiva») e uma proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de instrumentos financeiros, que altera o Regulamento (EMIR) relativo aos derivados OTC, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações (a «proposta de Regulamento») (ambos os textos doravante referidos conjuntamente como «as Propostas»).
3. A AEPD foi informalmente consultada antes da adoção das propostas. A AEPD regista que várias das suas observações foram tidas em consideração nas propostas.

<sup>(1)</sup> JO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

<sup>(2)</sup> JO L 8 de 12.1.2001, p. 1.

<sup>(3)</sup> Pareceres da AEPD de 10 de fevereiro de 2012 sobre o pacote legislativo relativo à revisão da legislação bancária, às agências de notação de risco, aos mercados de instrumentos financeiros (MiFID/MiFIR — Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros/proposta de regulamento relativo aos mercados de instrumentos financeiros) e ao abuso de mercado.

<sup>(4)</sup> JO L 145 de 30.4.2004, p. 1.

## 1.2. Objetivo e âmbito de aplicação das propostas

4. A Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros (MiFID), em vigor desde novembro de 2007, constitui um pilar fundamental da integração dos mercados financeiros da UE. Comporta atualmente uma diretiva-quadro (Diretiva 2004/39/CE), uma diretiva de aplicação (Diretiva 2006/73/CE) e um regulamento de execução [Regulamento (CE) n.º 1287/2006].
5. A MiFID institui um quadro normativo para a prestação de serviços de investimento no domínio dos instrumentos financeiros (como a corretagem, o aconselhamento, a negociação, a gestão de carteiras, a tomada firme, etc.) pelos bancos e empresas de investimento e para a exploração dos mercados regulamentados pelos operadores do mercado. Define igualmente os poderes e as funções das autoridades nacionais competentes no que se refere a essas atividades. Em termos concretos, elimina a possibilidade de os Estados-Membros exigirem que a negociação de instrumentos financeiros se faça em bolsas específicas e facilita a concorrência ao nível da Europa entre as bolsas tradicionais e plataformas alternativas.
6. Após uma vigência de mais de três anos, o resultado é uma maior concorrência entre as diferentes plataformas de negociação de instrumentos financeiros e um maior leque de escolha para os investidores, em termos de prestadores de serviços e de instrumentos financeiros disponíveis. No entanto, têm surgido alguns problemas. Por exemplo, as vantagens desta maior concorrência não se fizeram sentir de forma idêntica a nível de todos os intervenientes no mercado e nem sempre se repercutiram nos investidores finais, independentemente de se tratar de pequenos ou grandes investidores, várias disposições da MiFID foram ultrapassadas pela evolução registada a nível do mercado e a nível tecnológico e a crise financeira fez ressaltar deficiências na regulamentação de alguns instrumentos.
7. A revisão da MiFID tem por objetivo adaptar e atualizar as regras atuais aos progressos do mercado, nomeadamente a crise financeira e a evolução tecnológica, e melhorar a sua eficácia.

## 1.3. Objetivo do parecer da AEPD

8. Vários aspetos das propostas têm impacto nos direitos das pessoas singulares relacionados com o tratamento dos seus dados pessoais, nomeadamente: 1. a obrigação de manter registos e informações sobre transações; 2. os poderes das autoridades competentes (incluindo o poder de exigir a consulta dos registos telefónicos e de transmissão de dados); 3. a publicação de sanções; 4. a comunicação de violações e, em especial, disposições específicas sobre a denúncia de infrações; 5. a cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-Membros e a ESMA (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados).

## 2. ANÁLISE DAS PROPOSTAS

### 2.1. Aplicabilidade da legislação relativa à proteção de dados

9. Vários considerandos <sup>(5)</sup> das propostas fazem referência à Carta dos Direitos Fundamentais, à Diretiva 95/46/CE e ao Regulamento (CE) n.º 45/2001. No entanto, a referência à legislação relativa à proteção de dados pertinente deve ser inserida num artigo substantivo das propostas.
10. Um bom exemplo dessa disposição substantiva pode ser encontrado no artigo 22.º da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado <sup>(6)</sup>, que prevê explicitamente como regra geral que a Diretiva 95/46/CE e o Regulamento (CE) n.º 45/2001 sejam aplicáveis ao tratamento de dados pessoais no quadro da proposta. A AEPD apresentou recentemente um parecer sobre esta proposta no qual se congratula com este tipo de disposição geral. No entanto, a AEPD sugere que a referência à Diretiva 95/46/CE seja clarificada, especificando que as disposições serão aplicáveis de acordo com as regras nacionais que executam a Diretiva 95/46/CE.
11. Por conseguinte, a AEPD sugere a inserção de uma disposição substantiva semelhante à do artigo 22.º da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado <sup>(7)</sup>, sujeita às sugestões que a Agência fez para esta proposta <sup>(8)</sup>, ou seja, salientando a aplicabilidade da legislação relativa à proteção de dados existente e clarificando a referência à Diretiva 95/46/CE ao especificar que as disposições serão aplicadas em conformidade com as regras nacionais que executam a Diretiva 95/46/CE.

<sup>(5)</sup> Ver considerandos 20, 30 e 45 da proposta de Regulamento e considerandos 41, 43, 69 e 103 da proposta de Diretiva.

<sup>(6)</sup> COM(2011) 651.

<sup>(7)</sup> Proposta da Comissão para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado, COM(2011) 651.

<sup>(8)</sup> Ver o parecer da AEPD de 10 de fevereiro de 2012 sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado, COM(2011) 651.

12. Os considerandos devem também utilizar de forma consistente a expressão «os Estados-Membros *shall* (devem)» e não «os Estados-Membros *should* (deveriam)» no que se refere à legislação relativa à proteção de dados pertinente, uma vez que esta está em vigor e a sua aplicabilidade é obrigatória.

## 2.2. Obrigação de manter registos e informações sobre transações

### 2.2.1. Obrigação no âmbito da proposta de Regulamento

13. O considerando 27 e os artigos 21.º a 23.º da proposta de Regulamento introduzem o princípio segundo o qual as autoridades competentes coordenadas pela ESMA «controlarão as atividades das empresas de investimento por forma a garantir que estas atuem de forma honesta, equitativa e profissional e de uma maneira que promova a integridade do mercado». Para o efeito, as autoridades devem ser capazes de «identificar a pessoa que tomou a decisão de investimento e as pessoas responsáveis pela execução dessa decisão» (considerando 28).
14. Por forma a executar esta atividade de controlo, o artigo 22.º obriga as empresas de investimento a «manter à disposição da autoridade competente, durante pelo menos cinco anos, os dados relevantes relativos a todas as transações em instrumentos financeiros que tenham efetuado». Estes registos devem conter todas as informações e dados pormenorizados sobre a identidade do cliente. Os dados pormenorizados sobre transações de instrumentos financeiros devem ser comunicados às autoridades competentes, a fim de lhes permitir detetar e investigar casos potenciais de abuso de mercado, controlar o funcionamento equitativo e ordenado dos mercados e as atividades das empresas de investimento. A ESMA pode igualmente solicitar o acesso a esses dados.
15. As empresas de investimento «devem transmitir às autoridades competentes informações pormenorizadas sobre essas transações, tão rapidamente quanto possível», incluindo a identidade dos clientes (artigo 23.º). No entanto, se os clientes em causa forem pessoas singulares, estas operações implicam o tratamento de dados pessoais na aceção da Diretiva 95/46/CE e do Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a possibilidade da criação de bases de dados gerais.
16. A avaliação de impacto, aparentemente, não avalia o período de conservação de 5 anos para as informações sobre transações. Tal como disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 95/46/CE, os dados pessoais devem ser conservados «apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos». Por forma a cumprir este requisito, a AEPD sugere a substituição do período de conservação mínimo de 5 anos por um período de conservação máximo. O período escolhido deve ser necessário e proporcionado à prossecução da finalidade para que foram recolhidos os dados.

### 2.2.2. Obrigação no âmbito da proposta de Diretiva

17. O artigo 16.º da Diretiva inclui requisitos em matéria de organização aplicáveis às empresas de investimento. Em especial, as empresas de investimento devem assegurar que sejam mantidos registos de todos os serviços e transações por elas efetuados para permitir às autoridades competentes verificar o cumprimento dos requisitos decorrentes da Diretiva. Esses registos permitirão verificar se as empresas de investimento cumpriram as suas obrigações perante os clientes ou clientes potenciais. Embora não se encontre especificado no texto, pressupõe-se que esses dados contêm dados pessoais dos clientes e funcionários.
18. Nos termos do artigo 16.º, n.º 12, a «Comissão deve dispor de poderes para adotar atos delegados» para especificar os requisitos concretos em matéria de organização enunciados nesse artigo. A AEPD convida a Comissão a consultá-la aquando da adoção de atos delegados nesta matéria. Em qualquer circunstância, essas medidas devem ter como objetivo minimizar a conservação e o tratamento dos dados pessoais que devem ser registados pelas empresas de investimento. À semelhança do que já foi referido em relação ao Regulamento, a Comissão também deve avaliar cuidadosamente o período de conservação a definir para esses dados para assegurar que essa conservação é adequada e proporcionada.

## 2.3. Obrigação de gravação das conversas telefónicas ou das comunicações eletrónicas

19. De acordo com a proposta de Diretiva, as conversas telefónicas ou as comunicações eletrónicas devem ser gravadas.
20. Os registos das conversas telefónicas ou das comunicações eletrónicas contêm normalmente dados pessoais das partes envolvidas na comunicação, ainda que estejam relacionados com transações financeiras ou atividades profissionais. Os dados relacionados com os meios de comunicação eletrónica podem transmitir uma grande variedade de informações de carácter pessoal, incluindo dados de tráfego mas também o teor das comunicações. Além disso, a utilização do termo «conversa» implica que o teor das comunicações será gravado.

21. Uma vez que estão envolvidos dados pessoais na aceção da Diretiva 95/46/CE e do Regulamento (CE) n.º 45/2001, são aplicáveis as principais regras em matéria de proteção de dados e, em especial, os princípios da limitação da finalidade, da necessidade e da proporcionalidade e a obrigação de conservar dados apenas durante o período necessário.

#### Limitação da finalidade

22. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 95/46/CE, os dados pessoais devem ser «recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas» e não serem «posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades».
23. O artigo 16.º, n.º 7, da proposta de Diretiva não especifica explicitamente a finalidade da gravação das conversas telefónicas e das comunicações eletrónicas. No entanto, são referidas diferentes finalidades no considerando 42 e no artigo 16.º, n.º 6, da proposta de Diretiva, no parecer do CARMEVM (Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários) e na avaliação de impacto.
24. O artigo 16.º, n.º 6, da proposta de Diretiva prevê que as empresas de investimento conservem registos de todos os serviços e transações por elas efetuados «para permitir à autoridade competente verificar o cumprimento dos requisitos decorrentes da [proposta de] diretiva, nomeadamente para apurar se cumpriram todas as suas obrigações perante os clientes ou clientes potenciais».
25. O considerando 42 da proposta de Diretiva explica que «a gravação de conversas telefónicas ou de comunicações eletrónicas que envolvam ordens de clientes [...] é justificada para reforçar a proteção dos investidores, melhorar a supervisão do mercado e aumentar a segurança jurídica no interesse das empresas de investimento e dos seus clientes». O considerando refere igualmente o aconselhamento técnico à Comissão Europeia, publicado pelo Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários (CARMEVM) em 29 de julho de 2010 sobre a questão da importância destes registos <sup>(9)</sup>.
26. O parecer do CARMEVM salienta que, de acordo com as autoridades competentes, a gravação das conversas seria necessária para i) garantir a existência de elementos de prova para a resolução de litígios entre uma empresa de investimento e os seus clientes em relação às condições das transações; ii) ajudar na atividade de supervisão em relação às normas de conduta das empresas; e iii) ajudar a desencorajar e detetar abusos de mercado e facilitar a aplicação da legislação neste domínio. A gravação não seria o único instrumento para assegurar a supervisão pelas autoridades, mas «pode ajudar» a autoridade competente a verificar o cumprimento, por exemplo, dos requisitos da MiFID relativos às informações aos clientes e aos clientes potenciais, com base na execução nas melhores condições e no tratamento das ordens dos clientes.
27. A avaliação de impacto explica que as autoridades competentes necessitam destas informações (ou seja, registos telefónicos e eletrónicos) a fim de assegurar a integridade do mercado e o controlo do cumprimento das normas de conduta das empresas <sup>(10)</sup>.
28. As diferentes finalidades referidas no considerando 42 e no artigo 16.º, n.º 6, da proposta de Diretiva, no parecer do CARMEVM e na avaliação de impacto não são descritas de forma coerente e lógica, mas são referidas em vários pontos da proposta e documentos conexos. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 95/46/CE, os dados devem ser «recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas». Por conseguinte, a AEPD insta o legislador a clarificar e a precisar a definição da finalidade da gravação das conversas telefónicas e das comunicações eletrónicas referidas no artigo 16.º, n.º 7, da proposta de Diretiva.

#### Necessidade e proporcionalidade

29. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 95/46/CE, os dados pessoais devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e/ou para que são tratados posteriormente, ou seja, os dados recolhidos devem ser aptos a realizar o objetivo prosseguido e não irem além do que é necessário para o alcançar.

<sup>(9)</sup> CESR *technical advice to the European Commission in the Context of the MiFID Review — Investor Protection and Intermediaries*, (Aconselhamento técnico do CARMEVM à Comissão Europeia no contexto da revisão da MiFID — proteção do investidor e dos intermediários) 29 de julho de 2010, CESR/10-417 p. 7, [http://www.esma.europa.eu/system/files/10\\_417.pdf](http://www.esma.europa.eu/system/files/10_417.pdf)

<sup>(10)</sup> Avaliação de impacto, página 150.

30. O artigo 16.º, n.º 7, refere-se a «conversas telefónicas ou comunicações eletrónicas, que envolvam, pelo menos, transações concluídas por conta própria e ordens de clientes quando são prestados serviços de receção e transmissão de ordens e de execução de ordens em nome de clientes».
31. Em primeiro lugar, com exceção das transações explicitamente mencionadas, o artigo 16.º, n.º 7, não especifica quais as conversas telefónicas e as comunicações eletrónicas abrangidas pelos registos. A AEPD entende que esses registos se referem a comunicações relacionadas com os serviços e as transações efetuados por uma empresa de investimento. No entanto, tal deve ser especificado de forma mais clara. Além disso, a utilização da expressão «que envolvam, pelo menos» deixa margem para a gravação de várias séries de conversas telefónicas ou comunicações eletrónicas. Esta disposição deve, pelo contrário, definir claramente as comunicações que serão gravadas e limitá-las apenas às que são necessárias para a finalidade de gravação.
32. Em segundo lugar, a disposição não especifica quais as categorias de dados que serão conservadas. Como referido anteriormente, os dados relacionados com a utilização de meios de comunicação eletrónica podem transmitir uma grande variedade de informações de carácter pessoal, como a identidade das pessoas que realizam ou recebem a chamada, a hora e a duração da chamada, a rede utilizada, a localização geográfica do utilizador no caso dos dispositivos portáteis, etc. Alguns dados podem envolver eventual acesso ao teor das comunicações. Além disso, a referência ao termo «conversas» implica que o teor das comunicações será gravado. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, os dados pessoais contidos em registos de conversas telefónicas ou comunicações eletrónicas devem ser limitados ao necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos.
33. Se, por exemplo, a finalidade da gravação das comunicações fosse a conservação de elementos de prova das transações, parece que não haveria outras alternativas senão gravar o teor das comunicações para permitir a recuperação desses elementos de prova. No entanto, a gravação do teor das comunicações para finalidades de deteção ou ajuda na investigação de situações de abuso de mercado ou para o controlo do cumprimento, de forma genérica, dos requisitos constantes da proposta de Diretiva seria excessiva e desproporcionada. Neste contexto, o artigo 71.º, n.º 2, alínea d), da proposta de Diretiva, que dota as autoridades competentes do poder de exigir a consulta dos registos telefónicos e de transmissão de dados existentes detidos por empresas de investimento, sempre que exista uma suspeita razoável de que foi cometida uma infração ao disposto na proposta de Diretiva, exclui explicitamente o teor da comunicação. Da mesma forma, o artigo 17.º, n.º 2, alínea f), da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado<sup>(1)</sup>, que dota as autoridades competentes com o mesmo poder de investigação para fazer prova de abuso de informação privilegiada ou de manipulação de mercado, também exclui explicitamente o teor da comunicação.
34. A AEPD, por conseguinte, recomenda vivamente que se especifique no artigo 16.º, n.º 7, da proposta de Diretiva, o tipo de conversas telefónicas e comunicações eletrónicas, bem como as categorias dos dados relacionados com as conversas e as comunicações, que serão registados. Esses dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à mesma finalidade.

#### Período de conservação dos dados

35. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 95/46/CE, os dados pessoais devem ser «conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos»<sup>(2)</sup>. O período de conservação indicado no artigo 16.º, n.º 7, é de três anos. A avaliação de impacto reconhece que qualquer medida neste domínio deve respeitar as regras relativas à proteção de dados estabelecidas na Diretiva 95/46/CE. No entanto, salienta que o período de conservação deve ser fixado tendo em conta a legislação da UE em vigor em matéria de conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis para efeitos de combate ao crime grave. Defende, assim, que este período máximo de três anos respeita os princípios de necessidade e de proporcionalidade necessários para garantir uma interferência legítima com um direito fundamental<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> COM(2011) 651 final.

<sup>(2)</sup> Artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 95/46/CE.

<sup>(3)</sup> Avaliação de impacto, página 150.

36. A AEPD considera que a análise da necessidade e da proporcionalidade da duração da medida não é adequada. O combate ao crime grave não é mencionado em nenhuma das diferentes (e, por vezes, ambíguas) finalidades para a gravação de conversas telefónicas e comunicações eletrónicas referida no artigo 16.º, n.º 6.º, no considerando 42, na avaliação de impacto e no parecer do CARMEVM.
37. A avaliação deve ser feita em conformidade com as finalidades da gravação no quadro da proposta de Diretiva. Se, por exemplo, a finalidade é garantir a existência de elementos de prova para a resolução de litígios entre uma empresa de investimento e os seus clientes em relação às condições das transações<sup>(14)</sup>, a avaliação de impacto deve avaliar a duração do período de conservação dos dados tendo em conta o período de prescrição dos direitos com base nos quais os processos de litígio podem ter início.
38. A AEPD convida, assim, o legislador a avaliar cuidadosamente qual o período de conservação necessário para a finalidade de gravação de conversas telefónicas e comunicações eletrónicas no âmbito de aplicação específico da proposta.

#### 2.4. Poderes das autoridades competentes

39. O artigo 71.º da Diretiva enumera os poderes de supervisão e de investigação das autoridades competentes.
40. O artigo 71.º, n.º 4, faz referência à Diretiva 95/46/CE, estabelecendo que o tratamento de dados pessoais recolhidos no âmbito do exercício das competências de supervisão e de investigação deve ser realizado, em qualquer circunstância, respeitando os direitos fundamentais à vida privada e à proteção de dados. A AEPD congratula-se com estas disposições que abordam especificamente a relação entre o papel das autoridades enquanto investigadores e o tratamento de dados pessoais envolvidos nas suas atividades.

##### 2.4.1. O poder de efetuar inspeções no local

41. O artigo 71.º, n.º 2, alínea c), dota as autoridades competentes do poder de efetuar inspeções no local. Contrariamente à proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado<sup>(15)</sup>, a presente disposição não contém qualquer referência ao poder das autoridades competentes de «entrar em instalações privadas com o propósito de apreender documentos». Tal poderia sugerir que o poder de inspeção está limitado às instalações das empresas de investimento e não abrange as instalações privadas. Por uma questão de clareza, sugerimos assim que se clarifique esta limitação expressamente no texto. Se, pelo contrário, a Comissão pretender permitir a inspeção de instalações privadas, a AEPD remete para a observação que formulou sobre esta matéria no parecer relativo à proposta de Regulamento acima referida<sup>(16)</sup>, segundo o qual considera que se justificaria uma exigência geral de autorização judicial prévia, independentemente de esta ser ou não exigida pela legislação nacional, tendo em conta o risco de intrusão do poder em causa.

##### 2.4.2. O poder de exigir registos telefónicos e de transmissão de dados

42. O artigo 71.º, n.º 2, alínea d), da proposta de Diretiva dota as autoridades competentes do poder de «exigir a consulta dos registos telefónicos e de transmissão de dados detidos por empresas de investimento» e clarifica que o pedido está sujeito à existência de uma «suspeita razoável» de que tais registos «possam ser relevantes para provar um incumprimento, por parte da empresa de investimento, das suas obrigações» por força da Diretiva. Em qualquer circunstância, os registos não devem incluir o «teor da comunicação com eles relacionada». A AEPD congratula-se com o facto de o texto qualificar os poderes das autoridades competentes, exigindo como condição para o acesso aos registos a existência de suspeita razoável de que foi cometida uma infração e excluindo o acesso das autoridades competentes ao teor das comunicações.
43. Todavia, não existe uma definição dos conceitos de «registos telefónicos e de transmissão de dados» na proposta de Diretiva. A Diretiva 2002/58/CE («Diretiva ePrivacidade») apenas se refere a «dados de tráfego» e não a «registos telefónicos e de transmissão de dados». Obviamente, a definição exata destes conceitos determina o impacto que o poder de investigação pode ter na proteção da vida privada e dos dados pessoais das pessoas em causa. A AEPD sugere que se utilize a terminologia já em vigor na definição de «dados de tráfego» na Diretiva 2002/58/CE.

<sup>(14)</sup> Ver o estudo do CARMEVM referido no número 26 supra.

<sup>(15)</sup> COM(2011) 651.

<sup>(16)</sup> Ver o parecer recente da AEPD de 10 de fevereiro de 2012 sobre a proposta para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado.

44. Os dados relacionados com a utilização de meios de comunicação eletrónica podem transmitir uma grande variedade de informações de carácter pessoal, como a identidade das pessoas que realizam ou recebem a chamada, a hora e a duração da chamada, a rede utilizada, a localização geográfica do utilizador no caso dos dispositivos portáteis, etc. Alguns dados relativos ao tráfego pela Internet e à utilização do correio eletrónico (por exemplo, a lista de sítios Web visitados) podem revelar, adicionalmente, pormenores importantes do teor da comunicação. Além disso, o tratamento desses dados entra em conflito com o sigilo da correspondência. Tendo isto em conta, a Diretiva 2002/58/CE estabeleceu o princípio de que os dados de tráfego devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação<sup>(17)</sup>. Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, desta Diretiva, os Estados-Membros podem incluir na legislação nacional algumas derrogações para fins concretos e legítimos, mas elas devem constituir uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para atingir esses fins<sup>(18)</sup>.
45. A AEPD reconhece que os objetivos prosseguidos pela Comissão no Regulamento ANR são legítimos. Compreende a necessidade de iniciativas destinadas a reforçar a supervisão dos mercados financeiros, a fim de preservar a sua solidez e proteger melhor os investidores e a economia em geral. Contudo, os poderes de investigação diretamente relacionados com os dados de tráfego, dado o seu carácter potencialmente intrusivo, devem respeitar os requisitos da necessidade e da proporcionalidade, ou seja, serem aptos a realizar o objetivo prosseguido e não irem além do que é necessário para o alcançar<sup>(19)</sup>. Nesta perspetiva é, portanto, fundamental que eles sejam claramente formulados no que respeita ao seu âmbito de aplicação pessoal e material, bem como às circunstâncias e condições em que podem ser utilizados. Além disso, devem prever-se garantias adequadas contra o risco de abuso.
46. Os registos telefónicos e de transmissão de dados em causa envolvem obviamente dados pessoais na aceção da Diretiva 95/46/CE, da Diretiva 2002/58/CE e do Regulamento (CE) n.º 45/2001. Se assim for, há que garantir que as condições de tratamento lícito e equitativo dos dados pessoais, estabelecidas nas diretivas e no regulamento, são plenamente respeitadas.
47. A AEPD observa que o artigo 71.º, n.º 3, torna a autorização judicial obrigatória sempre que essa autorização seja exigida pela legislação nacional. No entanto, a AEPD considera que se justificaria uma exigência geral de autorização judicial prévia em todos os casos, independentemente de esta ser exigida ou não pela legislação nacional, tendo em conta o risco de intrusão do poder em causa e no interesse de uma aplicação harmonizada da legislação em todos os Estados-Membros da UE. Também se deveria ter em consideração que várias leis dos Estados-Membros preveem garantias especiais em matéria de inviolabilidade do domicílio contra inspeções, buscas e apreensões desproporcionadas e não adequadamente regulamentadas, em especial quando efetuadas por instituições de natureza administrativa.
48. Além disso, a AEPD recomenda que se introduza o requisito de que a ESMA solicite os registos telefónicos e de transmissão de dados por meio de uma decisão formal que especifique a base jurídica e a finalidade do pedido, bem como as informações exigidas, o prazo em que elas devem ser fornecidas e o direito de recurso da decisão para o Tribunal de Justiça por parte do destinatário.
49. A expressão «registos telefónicos e de transmissão de dados existentes» não parece ser suficientemente clara. Os registos telefónicos e de transmissão de dados não estão definidos, embora o artigo 71.º, n.º 2, alínea d), da proposta MiFID especifique que se trata apenas dos registos «detidos por empresas de investimento». Os dados detidos por empresas de investimento são provavelmente os indicados no artigo 16.º, n.ºs 6 e 7. Tal significa que o texto exclui os registos detidos por prestadores de serviços de comunicações eletrónicas que tenham um contrato de prestação de serviços com a empresa de investimento em causa. Por uma questão de clareza, a AEPD recomenda que se clarifique a que registos telefónicos e de transmissão de dados detidos pelas empresas de investimento se referem estes artigos.

<sup>(17)</sup> Ver o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE (JO L 201 de 31.7.2002, p. 37).

<sup>(18)</sup> O artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE prevê que tais restrições devem constituir «uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrónicas, tal como referido no artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 95/46/CE. Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente adotar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado, pelas razões enunciadas no presente número [...]».

<sup>(19)</sup> Ver, por exemplo, Processos apensos C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09), Hartmut Eifert (C-92/09)* contra *Land Hessen*, ainda não publicados na Coletânea, ponto 74.

## 2.5. Publicação de sanções ou outras medidas

### 2.5.1. Publicação obrigatória de sanções

50. O disposto no artigo 74.º da proposta de Diretiva obriga os Estados-Membros a assegurar que as autoridades competentes publicam «sem demora injustificada *qualquer* sanção ou medida que tenha sido imposta em caso de violação das disposições» da proposta de Regulamento ou das disposições nacionais adotadas em aplicação da proposta de Diretiva, «incluindo as informações sobre o tipo e a natureza da violação e a identidade das pessoas por ela responsáveis, a menos que tal revelação ponha seriamente em risco os mercados financeiros». Esta obrigação é atenuada apenas nos casos em que «a publicação possa causar prejuízos desproporcionados às partes envolvidas», caso em que «as autoridades competentes devem publicar as sanções a coberto do anonimato».
51. A publicação de sanções contribuiria para aumentar o efeito dissuasor, uma vez que os infratores existentes ou potenciais seriam desencorajados de cometer delitos a fim de evitar danos significativos à sua reputação. Aumentaria igualmente a transparência, uma vez que os operadores de mercado teriam conhecimento de que foi cometida uma infração por uma determinada pessoa <sup>(20)</sup>. Esta obrigação é atenuada apenas nos casos em que a publicação possa provocar danos desproporcionados às partes envolvidas, caso em que as autoridades competentes devem publicar as sanções a coberto do anonimato. Além disso, embora reconhecendo que a introdução de um regime de sanções (através de uma harmonização mínima ou plena) teria um impacto nos direitos fundamentais, nomeadamente os constantes dos artigos 7.º (respeito pela vida privada e familiar) e 8.º (proteção de dados pessoais) e eventualmente também dos artigos 47.º (direito a ação judicial efetiva e a julgamento imparcial) e 48.º (presunção de inocência e direitos de defesa) da Carta da UE <sup>(21)</sup>, a avaliação de impacto não parece explorar os possíveis efeitos da publicação das sanções nesses direitos.
52. Nos termos do artigo 75.º, n.º 2, alínea a), as autoridades competentes já têm, entre os seus poderes sancionatórios, o poder de emitir uma declaração pública que identifica a pessoa responsável e a natureza da infração <sup>(22)</sup>. Não é clara a forma como a obrigação de publicação estabelecida no artigo 74.º pode ser conciliada com o poder de emitir uma declaração pública nos termos do artigo 75.º, n.º 2, alínea a). A inclusão do poder de emitir uma declaração pública nos termos do artigo 75.º, n.º 2, alínea a), demonstra que a publicação já é uma forma de sanção que deve ser avaliada caso a caso tendo em conta os critérios de proporcionalidade consagrados no artigo 76.º <sup>(23)</sup>.
53. A AEPD não está convicta de que a publicação obrigatória de sanções, tal como está atualmente formulada, cumpra os requisitos da legislação relativa à proteção de dados, nos termos em que foi clarificada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Schecke* <sup>(24)</sup>. Considera que o objetivo, a necessidade e a proporcionalidade da medida não ficaram suficientemente estabelecidos e que, em qualquer circunstância, devem ser previstas garantias adequadas para os direitos das pessoas.

<sup>(20)</sup> Ver relatório da avaliação de impacto, p. 42 e seguintes.

<sup>(21)</sup> Ver também a página 43 — avaliação do impacto nos direitos fundamentais da opção «harmonização mínima» que considera que a opção interfere com os artigos 7.º (respeito pela vida privada e familiar) e 8.º (proteção de dados pessoais) e eventualmente também com os artigos 47.º (direito a ação judicial efetiva e a julgamento imparcial) e 48.º (presunção de inocência e direitos de defesa) da Carta da UE. Sublinha que a opção prevê a limitação destes direitos na legislação, embora respeitando a sua essência, e que a limitação é necessária para cumprir o objetivo de interesse geral de assegurar o cumprimento das regras da MiFID em matéria de negociação equitativa e ordenada e proteção do investidor. Salienta ainda que, para que sejam legítimas, as sanções e medidas administrativas que são impostas devem ser proporcionadas à infração cometida, respeitar o direito de não ser julgado ou punido mais do que uma vez pelo mesmo delito, a presunção de inocência, o direito à defesa e o direito a ação judicial efetiva e a julgamento imparcial.

<sup>(22)</sup> Ver o parecer recente da AEPD de 10 de fevereiro de 2012 sobre as propostas da Comissão para uma Diretiva relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento e para um Regulamento relativo a requisitos prudenciais aplicáveis às instituições de crédito e às empresas de investimento.

<sup>(23)</sup> «Os Estados-Membros devem assegurar que, ao determinar o tipo de sanções ou medidas administrativas e o nível de sanções pecuniárias administrativas, as autoridades competentes devem ter em conta todas as circunstâncias relevantes, incluindo: a) a gravidade e a duração da infração; b) o grau de responsabilidade da pessoa singular ou coletiva em causa; c) a capacidade financeira da pessoa singular ou coletiva responsável, tal como indicado pelo volume de negócios total da pessoa coletiva responsável ou pelo rendimento anual da pessoa singular responsável; d) a importância dos lucros obtidos ou dos prejuízos evitados pela pessoa singular ou coletiva responsável, na medida em que possam ser determinados; e) os prejuízos causados a terceiros pela infração, na medida em que possam ser determinados; f) o nível de cooperação com a autoridade competente da pessoa singular ou coletiva responsável; g) infrações anteriores pela pessoa singular ou coletiva responsável [...]».

<sup>(24)</sup> Processos apensos C-92/09 e C-93/09, *Schecke*, números 56 a 64.

### 2.5.2. Necessidade e proporcionalidade da publicação

54. No acórdão *Schecke*, o Tribunal de Justiça anulou as disposições de um regulamento do Conselho e de um regulamento da Comissão que previam a publicação obrigatória das informações relativas aos beneficiários de fundos agrícolas, incluindo a identidade dos beneficiários e os montantes recebidos. O Tribunal decidiu que a referida publicação constituía um tratamento de dados pessoais que integra o âmbito do artigo 8.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a «Carta») e, por conseguinte, uma ingerência nos direitos reconhecidos pelos artigos 7.º e 8.º da Carta.
55. Depois de estabelecer que «as derrogações à proteção dos dados pessoais e as suas limitações devem ocorrer na estrita medida do necessário», o Tribunal analisou o objetivo da publicação e a sua proporcionalidade. Concluiu que, nesse processo, nada indica que o Conselho e a Comissão tenham tomado em consideração, aquando da adoção da legislação em causa, outras formas de publicação de informações relativas aos beneficiários em causa conformes com o objetivo dessa publicação e que fossem ao mesmo tempo menos lesivas dos direitos desses beneficiários.
56. O artigo 74.º da proposta de Diretiva parece encerrar os mesmos vícios apontados pelo Tribunal de Justiça Europeu no acórdão *Schecke*. Importa ter em conta que, para avaliar a conformidade de uma disposição que exija a divulgação pública de informações pessoais com os requisitos relativos à proteção de dados, é essencial ter um objetivo claro e bem definido visado pela publicação de informações pessoais. Apenas com um objetivo claro e bem definido é possível avaliar se a publicação de dados pessoais envolvidos é realmente necessária e proporcionada <sup>(25)</sup>.
57. Após a leitura da proposta e dos documentos que a acompanham (ou seja, o relatório da avaliação de impacto), a AEPD considera que o objetivo e, conseqüentemente, a necessidade desta medida não estão claramente estabelecidos. Embora os considerandos da proposta sejam omissos quanto a estas questões, o relatório da avaliação de impacto apenas estabelece que a publicação de sanções é um elemento importante para assegurar que as mesmas produzem um efeito dissuasor nos destinatários e é necessária para assegurar que produzem um efeito dissuasor no público em geral <sup>(26)</sup>. Esta declaração geral não parece ser suficiente para demonstrar a necessidade da medida proposta. Se o objetivo geral consiste em aumentar o efeito dissuasor, parece que a Comissão deveria ter explicado, em especial, por que é que sanções financeiras mais pesadas (ou outras sanções que não a denúncia pública dos incumpridores ou a sua humilhação) não teriam sido suficientes.
58. Além disso, o relatório da avaliação de impacto não parece ter suficientemente em conta métodos menos invasivos como, por exemplo, a publicação limitada a instituições de crédito ou a publicação decidida caso a caso. Mais concretamente, a última opção parece ser, *prima facie*, uma solução mais proporcionada, especialmente se se considerar que a própria publicação é já uma sanção nos termos do artigo 75.º, n.º 2, alínea a), que, por conseguinte, deve ser avaliada caso a caso, tendo em consideração todas as circunstâncias pertinentes, como a gravidade da infração, o grau de responsabilidade da pessoa singular, a reincidência, os prejuízos causados a terceiros, etc. <sup>(27)</sup>.
59. A AEPD considera que a possibilidade de avaliar o caso à luz das circunstâncias específicas torna esta solução mais proporcionada e, por conseguinte, a opção preferida em comparação com a publicação obrigatória em todos os casos. Deixar a decisão ao critério das autoridades competentes permitiria, por exemplo, que estas evitassem a publicação nos casos menos graves de infrações, bem como nos casos em que a infração não tenha causado prejuízos significativos ou em que a pessoa singular responsável tenha colaborado com a autoridade competente.
60. O artigo 35.º, n.º 6, da proposta de Diretiva diz respeito à publicação no sítio Web da ESMA da notificação de qualquer decisão para impor ou renovar qualquer limitação à capacidade de uma pessoa celebrar um contrato de instrumentos derivados sobre mercadorias. A identidade das pessoas cuja capacidade de negociação tenha sido limitada pela ESMA é, por conseguinte, publicada juntamente com os instrumentos financeiros aplicáveis, as medidas pertinentes, como o número máximo de contratos que a pessoa ou categoria de pessoas em causa podem celebrar, e os respetivos fundamentos. A entrada em vigor da medida está vinculada à sua publicação (artigo 35.º, n.º 7). Com base na argumentação utilizada em relação às disposições da Diretiva, a AEPD insta o legislador a considerar se a publicação é necessária e se não existem medidas menos restritivas nos casos em que estejam envolvidas pessoas singulares.

<sup>(25)</sup> Ver também sobre esta matéria o parecer da AEPD de 15 de abril de 2011 sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento anual da União (JO C 215 de 21.7.2011, p. 13).

<sup>(26)</sup> Ver nota de rodapé n.º 11.

<sup>(27)</sup> Ou seja, em conformidade com o artigo 74.º da proposta de Diretiva que estabelece os critérios para a determinação de sanções.

### 2.5.3. A necessidade de garantias adequadas

61. A proposta de Diretiva deveria ter previsto garantias adequadas de modo a assegurar um equilíbrio justo entre os diferentes interesses envolvidos. Em primeiro lugar, são necessárias garantias que assegurem às pessoas acusadas o direito de impugnar judicialmente a decisão e o princípio da presunção de inocência. Para este efeito, deveria ter sido incluída linguagem específica no texto do artigo 74.º, de modo a obrigar as autoridades competentes a adotar medidas adequadas no que respeita a situações em que a decisão é objeto de recurso ou eventualmente anulada por um tribunal <sup>(28)</sup>.
62. Em segundo lugar, a proposta de Diretiva deve assegurar que os direitos das pessoas em causa são respeitados de uma forma proativa. A AEPD congratula-se com o facto de a versão final da proposta prever a possibilidade de excluir a publicação nos casos em que esta possa causar danos desproporcionados às partes envolvidas. No entanto, uma abordagem proativa implica que as pessoas em causa sejam previamente informadas de que a decisão que as sanciona será publicada e que têm o direito de oposição nos termos do artigo 14.º da Diretiva 95/46/CE por razões preponderantes e legítimas <sup>(29)</sup>.
63. Em terceiro lugar, embora a proposta de Diretiva não especifique o meio de informação que deve ser utilizado para a publicação, na prática, é de supor que na maioria dos Estados-Membros a publicação será feita através da Internet. As publicações na Internet suscitam questões e riscos específicos, nomeadamente no que respeita à necessidade de assegurar que a informação é mantida em linha apenas durante o tempo necessário e que não pode ser alterada ou manipulada. A utilização de motores de busca externos também implica o risco de que as informações possam ser retiradas do contexto e veiculadas através e fora da *web* de formas que não possam ser facilmente controladas <sup>(30)</sup>.
64. Tendo em conta o acima exposto, é necessário obrigar os Estados-Membros a garantir que os dados das pessoas em causa são mantidos em linha apenas durante um período razoável de tempo, após o qual serão sistematicamente eliminados <sup>(31)</sup>. Além disso, os Estados-Membros devem ser obrigados a garantir a aplicação de garantias e medidas de segurança adequadas, nomeadamente para proteger contra os riscos relacionados com a utilização de motores de busca externos <sup>(32)</sup>.

### 2.5.4. Conclusões sobre a publicação

65. A AEPD considera que a disposição sobre a publicação obrigatória de sanções, tal como está atualmente formulada, não respeita o direito fundamental da proteção da vida privada e dos dados pessoais. O legislador deve avaliar cuidadosamente a necessidade do sistema proposto e verificar se a obrigação de publicação não excede o necessário para alcançar o objetivo de interesse público previsto e se não existem medidas menos restritivas para alcançar o mesmo objetivo. Sob reserva do resultado desta verificação de proporcionalidade, a obrigação de publicação deve, em qualquer circunstância, ser apoiada por garantias adequadas que assegurem o respeito pelo princípio da presunção de inocência, o direito de oposição da pessoa em causa, a segurança/exatidão dos dados e a sua eliminação após um período de tempo adequado.

## 2.6. Comunicação das infrações

66. O artigo 77.º da proposta de Diretiva incide sobre os mecanismos de comunicação de infrações, também conhecidos como sistemas de denúncia de infrações. Embora possam ser instrumentos eficazes para garantir a conformidade, estes sistemas suscitam questões importantes do ponto de vista da proteção de dados <sup>(33)</sup>. A AEPD congratula-se com o facto de a proposta de Diretiva conter garantias

<sup>(28)</sup> Por exemplo, as medidas seguintes poderiam ter sido consideradas pelas autoridades nacionais: prorrogar a publicação até ser conhecida a decisão sobre o recurso ou, como sugerido no relatório da avaliação de impacto, indicar claramente que a decisão ainda é objeto de recurso e que a pessoa deve ser presumida inocente até que a decisão se torne definitiva ou publicar uma retificação nos casos em que a decisão é anulada por um tribunal.

<sup>(29)</sup> Ver o parecer da AEPD de 10 de abril de 2007 sobre o financiamento da Política Agrícola Comum (JO C 134 de 16.6.2007, p. 1).

<sup>(30)</sup> Ver o documento sobre esta matéria publicado pela autoridade de proteção de dados italiana *Personal Data As Also Contained in Records and Documents by Public Administrative Bodies: Guidelines for Their Processing by Public Bodies in Connection with Web-Based Communication and Dissemination* (Dados pessoais contidos em registos e documentos administrativos de organismos públicos: orientações para o seu tratamento por organismos públicos no que respeita à comunicação e à divulgação na *web*), disponível no sítio *web* da autoridade de proteção de dados italiana, <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1803707>

<sup>(31)</sup> Estas questões estão também relacionadas com «o direito a ser esquecido», de âmbito mais geral, e cuja inclusão no novo quadro legislativo para a proteção de dados pessoais está em discussão.

<sup>(32)</sup> Estas medidas e garantias poderiam consistir, por exemplo, na exclusão da indexação de dados através de motores de busca externos.

<sup>(33)</sup> O Grupo de Trabalho do artigo 29.º publicou, em 2006, um parecer sobre os sistemas que tratam dos aspetos relacionados com a proteção de dados deste fenómeno: Parecer 1/2006 sobre a aplicação das regras europeias em matéria de proteção de dados aos sistemas internos de denúncia de infrações nos domínios da contabilidade, dos controlos contabilísticos internos, da auditoria, da luta contra a corrupção e do crime bancário e financeiro (Parecer WP sobre denúncia de infrações). O parecer pode ser consultado na página *Web* do Grupo de Trabalho do artigo 29.º: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index_pt.htm)

específicas, que devem ser ainda desenvolvidas a nível nacional, relativamente à proteção das pessoas que comunicam a infração suspeita e, no sentido mais geral, à proteção dos dados pessoais. A avaliação de impacto refere, na análise dos direitos fundamentais, os sistemas de denúncia de infrações como parte das opções para introduzir sanções<sup>(34)</sup> e chama a atenção para a necessidade de aplicar legislação para cumprir os princípios e critérios relativos à proteção de dados indicados pelas autoridades responsáveis pela proteção de dados. A AEPD está ciente do facto de que a Diretiva apenas estabelece os principais elementos do sistema a executar pelos Estados-Membros. Porém, gostaria de chamar a atenção para os seguintes pontos adicionais.

67. A AEPD insiste, tal como no caso dos outros pareceres<sup>(35)</sup>, na necessidade de introduzir uma disposição específica para garantir a confidencialidade da identidade dos denunciadores e dos informadores. A AEPD frisa que a posição dos denunciadores é sensível. Deve garantir-se às pessoas que fornecem esse tipo de informações que a sua identidade é mantida confidencial, sobretudo em relação à pessoa visada pela comunicação da alegada infração<sup>(36)</sup>. A confidencialidade da identidade dos denunciadores e informadores deve ser garantida em todas as fases do processo, desde que com isso não se infrinjam as regras nacionais aplicáveis aos processos judiciais. Em especial, poderá ser necessário revelar a identidade dos denunciadores e informadores no âmbito de novos inquéritos ou na sequência de processos judiciais instaurados em resultado dos inquéritos (caso se prove terem prestado declarações intencionalmente falsas a seu respeito)<sup>(37)</sup>. Face ao exposto, a AEPD recomenda a inclusão da disposição seguinte na alínea b) do artigo 77.º, n.º 1: «a identidade destas pessoas deve ser protegida em todas as fases do processo, a menos que a sua divulgação seja exigida pela legislação nacional no âmbito de novos inquéritos ou na sequência de novos processos judiciais».
68. A AEPD sublinha ainda a importância de prever regras adequadas de modo a garantir os direitos de acesso das pessoas acusadas, que estão estritamente associados aos direitos de defesa<sup>(38)</sup>. Os procedimentos específicos para a receção de relatórios sobre as infrações e o seu seguimento referidos no artigo 77.º, n.º 1, alínea a), devem assegurar que os direitos de defesa das pessoas acusadas, tais como o direito de serem informadas, o direito de acesso ao processo de inquérito e o direito ao princípio da presunção de inocência, são adequadamente respeitados e limitados apenas na medida do necessário<sup>(39)</sup>. A AEPD sugere a este respeito a inclusão na proposta de Diretiva da disposição constante do artigo 29.º, alínea d), da Proposta da Comissão para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado, que obriga os Estados-Membros a criarem «procedimentos adequados para garantir o direito de defesa e de audição da pessoa acusada antes da adoção de qualquer decisão que lhe diga respeito, bem como o direito de interpor um recurso efetivo perante um órgão jurisdicional contra uma decisão ou medida que lhe diga respeito».
69. Por último, no que respeita à alínea c) do artigo 77.º, n.º 1, a AEPD congratula-se com o facto de a disposição em questão exigir aos Estados-Membros a garantia da proteção dos dados pessoais relativos, quer à pessoa que comunica a infração, quer à pessoa acusada, em conformidade com os princípios consagrados na Diretiva 95/46/CE. Sugere, contudo, a eliminação da expressão «os princípios consagrados» de modo a tornar a referência à Diretiva mais abrangente e vinculativa. No que se refere à

<sup>(34)</sup> Ver avaliação de impacto, pp. 137 e 138: A introdução dos «sistemas de denúncia de infrações» suscita questões relativas à proteção dos dados pessoais (artigo 8.º da Carta da UE e artigo 16.º do TFUE) e à presunção de inocência e direitos de defesa (artigo 48.º da Carta da UE). Por conseguinte, qualquer aplicação de sistemas de denúncia de infrações deve cumprir e integrar os princípios e critérios relativos à proteção de dados indicados pelas autoridades da UE responsáveis pela proteção de dados e assegurar garantias em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais.

<sup>(35)</sup> Ver, por exemplo, o parecer da AEPD sobre as disposições financeiras aplicáveis ao orçamento anual da União de 15 de abril de 2011 e o parecer da AEPD sobre os inquéritos efetuados pelo OLAF de 1 de junho de 2011, ambos disponíveis em <http://www.edps.europa.eu>

<sup>(36)</sup> A importância de se manter a identidade do denunciante confidencial já foi salientada pela AEPD numa carta ao Provedor de Justiça Europeu, de 30 de julho de 2010, no processo 2010-0458, que pode ser consultada no sítio Web da AEPD (<http://www.edps.europa.eu>). Ver também os pareceres de controlo prévio da AEPD, de 23 de junho de 2006, sobre os inquéritos internos do OLAF (Processo 2005-0418), e de 4 de outubro de 2007, sobre os inquéritos externos do OLAF (Processos 2007-47, 2007-48, 2007-49, 2007-50, 2007-72).

<sup>(37)</sup> Ver parecer sobre as disposições financeiras aplicáveis ao orçamento anual da União de 15 de abril de 2011, disponível em <http://www.edps.europa.eu>

<sup>(38)</sup> Ver sobre esta matéria a publicação da AEPD *Guidelines concerning the processing of personal data in administrative inquiries and disciplinary proceedings by European institutions and bodies* (orientações relativas ao tratamento de dados pessoais nos inquéritos administrativos e nos processos disciplinares das instituições e órgãos da União Europeia) que destaca a relação estrita entre o direito de acesso das pessoas em causa e o direito de defesa das pessoas acusadas (ver páginas 8 e 9) [http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Guidelines/10-04-23\\_Guidelines\\_inquiries\\_EN.pdf](http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Guidelines/10-04-23_Guidelines_inquiries_EN.pdf)

<sup>(39)</sup> Ver o parecer do Grupo de Trabalho do artigo 29.º sobre denúncia de infrações, pp. 13-14.

necessidade de respeitar a legislação relativa à proteção dos dados na execução prática dos sistemas, a AEPD gostaria de sublinhar, em especial, as recomendações formuladas pelo Grupo de Trabalho do artigo 29.º no seu parecer de 2006 sobre denúncia de infrações. Aquando da execução dos sistemas nacionais, as entidades em causa devem ter em consideração, nomeadamente, a necessidade de respeitar a proporcionalidade, limitando, tanto quanto possível, a categoria de pessoas autorizadas a denunciar, a categoria de pessoas que possam ser incriminadas e as infrações pelas quais possam ser incriminadas; a necessidade de promover a identificação e confidencialidade das denúncias em vez do seu anonimato; a necessidade de divulgação da identidade dos denunciantes em caso de falsa acusação; e a necessidade de cumprimento absoluto dos períodos de conservação dos dados.

## 2.7. Cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-Membros e a ESMA

### 2.7.1. Cooperação nos termos da proposta de Diretiva

70. O artigo 83.º introduz a obrigação de as autoridades competentes dos Estados-Membros cooperarem entre si e com a ESMA. Em especial, o artigo 83.º, n.º 5, contempla a obrigação de as autoridades competentes notificarem à ESMA e às outras autoridades competentes informações sobre a) qualquer pedido a qualquer pessoa que tenha fornecido informações sobre a dimensão da exposição para que tome medidas para reduzir essa exposição [nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea f)] e b) quaisquer limites à capacidade de as pessoas celebrarem contratos de instrumentos sobre mercadorias [nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea g)]. A notificação deve incluir informações pormenorizadas sobre a identidade da pessoa destinatária dessas medidas, bem como o âmbito de aplicação dos limites, o tipo de instrumentos financeiros abrangidos e outras informações.
71. Além disso, prevê-se que as autoridades competentes dos Estados-Membros que recebem as notificações acima referidas possam «tomar medidas, em conformidade com o artigo 72.º, n.º 1, alínea f) ou g), se considerar[em] que são necessárias para atingir o objetivo da outra autoridade competente.» A AEPD gostaria de sublinhar que este tipo de decisão a adotar pela autoridade competente poderia ser interpretado como preenchendo os critérios de uma «decisão individual automatizada» conforme descrita no artigo 15.º da Diretiva 95/46/CE: esta interpretação é motivada pelo facto de o artigo 72.º exigir à autoridade competente que recebe a notificação que verifique se a medida em causa pode atingir o objetivo da *outra* autoridade competente. Por conseguinte, não é especificamente exigido à autoridade competente do Estado-Membro que recebe a notificação que efetue uma análise independente das circunstâncias do caso, também com base nos dados pessoais da pessoa em causa, para poder emitir uma medida que limite os direitos dessa pessoa. O artigo 15.º da Diretiva 95/46/CE prevê que deve ser reconhecido «a qualquer pessoa o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinados a avaliar determinados aspetos da sua personalidade, como, por exemplo, a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora [...]», etc. Para o contexto em análise, o número 2 do artigo 15.º da referida diretiva é pertinente: prevê que uma pessoa pode ficar sujeita a uma decisão do tipo acima referido se a mesma for «autorizada por uma lei» e forem adotadas «medidas que garantam a defesa dos interesses legítimos da pessoa em causa». As legislações nacionais que executam a Diretiva deveriam constituir a base jurídica para a exceção estabelecida no artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva 95/46/CE; contudo, não foram introduzidas medidas específicas para proteger os interesses legítimos das pessoas em causa.
72. O texto da proposta de Diretiva parece assim estar a introduzir a possibilidade de uma decisão automatizada com efeitos sobre a capacidade de celebrar contratos ser adotada por uma autoridade situada num Estado-Membro diferente daquele em que a sanção foi originalmente aplicada. Dado o impacto que tal decisão pode ter nos direitos de uma pessoa profissionalmente envolvida nas atividades de investimento, a AEPD sublinha que o texto deveria introduzir especificamente uma referência ao direito de oposição relativamente às decisões individuais automatizadas adotadas nos termos do artigo 15.º da Diretiva 95/46/CE. Deve introduzir expressamente medidas que garantam que a pessoa em causa tem conhecimento da transferência e da existência de um processo iniciado pela autoridade competente que recebe a notificação para adotar uma decisão, de modo a poder exercer efetivamente o seu direito de oposição.

### 2.7.2. Cooperação nos termos da proposta de Regulamento

73. O artigo 34.º, n.º 2, do Regulamento estabelece que, «após receber a notificação de uma medida nos termos do artigo 83.º, n.º 5, da Diretiva, a ESMA deve registar a medida e as razões por que foi tomada» e «deve publicar e manter no seu sítio Web uma base de dados com resumos das medidas em vigor» no que se refere às medidas adotadas nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alíneas f) e g), da Diretiva, «incluindo informações sobre a entidade ou categoria de entidades envolvidas».
74. Essa publicação implica o tratamento posterior de dados pessoais. São aplicáveis as mesmas observações formuladas no capítulo 2.5 supra a propósito da publicação de sanções. Não existe aparentemente qualquer análise na avaliação de impacto sobre o efeito que este tipo de publicação na Internet tem nos direitos fundamentais. A AEPD insta, por conseguinte, o legislador a refletir sobre a necessidade e proporcionalidade efetivas desta medida.

### 2.8. Intercâmbio de informações com os países terceiros

75. A AEPD regista a referência à Diretiva 95/46/CE, em especial o capítulo 4, e ao Regulamento (CE) n.º 45/2001 no artigo 92.º da proposta de Diretiva.
76. No entanto, tendo em conta os riscos envolvidos nessas transferências, a AEPD recomenda a introdução de medidas específicas como a avaliação caso a caso, a garantia da necessidade da transferência, a obrigatoriedade de autorização expressa prévia da autoridade competente para uma nova transferência de dados para um país terceiro e deste para outro país terceiro e a existência de um nível adequado de proteção de dados pessoais no país terceiro destinatário dos dados.
77. Um bom exemplo de uma disposição com garantias adequadas pode ser encontrado no artigo 23.º da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado <sup>(40)</sup>.

### 3. CONCLUSÕES

78. A AEPD formula as seguintes recomendações:

- inserir uma disposição substantiva nas propostas com a seguinte redação: «No que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais efetuado pelos Estados-Membros no âmbito do presente regulamento, as autoridades competentes devem aplicar as disposições das regras nacionais que executam a Diretiva 95/46/CE. No que respeita ao tratamento de dados pessoais efetuado pela ESMA no quadro do presente regulamento, a ESMA cumpre o disposto no Regulamento (CE) n.º 45/2001»,
- substituir no artigo 22.º da proposta de Regulamento o período de conservação mínimo de 5 anos por um período de conservação máximo,
- especificar no artigo 16.º, n.º 7, da proposta de Diretiva i) a finalidade da gravação das conversas telefónicas e das comunicações eletrónicas e ii) o tipo de conversas telefónicas e comunicações eletrónicas, bem como as categorias dos dados relacionados com as conversas e as comunicações, que serão registados,
- clarificar no artigo 71.º, n.º 2, alínea c), da proposta de Diretiva que o poder de inspeção está limitado às instalações das empresas de investimento e não abrange as instalações privadas;
- introduzir, no artigo 71.º, n.º 2, alínea d), relativo ao poder de solicitar os registos telefónicos e de transmissão de dados, uma autorização judicial prévia como requisito geral e a obrigatoriedade de uma decisão formal que especifique: i) a base jurídica, ii) a finalidade do pedido, iii) as informações exigidas, iv) o prazo em que as informações devem ser fornecidas, e v) o direito de recurso da decisão para o Tribunal de Justiça por parte do destinatário,
- clarificar a que registos telefónicos e de transmissão de dados se refere o artigo 71.º, n.º 2, alínea d);
- tendo em conta as dúvidas expressas no presente parecer, avaliar a necessidade e a proporcionalidade do sistema proposto para a publicação obrigatória de sanções. Sob reserva do resultado da verificação da necessidade e da proporcionalidade, prever, em qualquer circunstância, garantias adequadas que assegurem o respeito pelo princípio da presunção de inocência e o direito de oposição das pessoas em causa, a segurança/exatidão dos dados e a sua eliminação após um período de tempo adequado.

<sup>(40)</sup> O artigo 23.º da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado, COM(2011) 651 estabelece o seguinte:

«1. A autoridade competente de um Estado-Membro pode transferir dados pessoais para um país terceiro se estiverem preenchidas as condições estabelecidas nos artigos 25.º ou 26.º da Diretiva 95/46/CE, e apenas caso a caso. A autoridade competente do Estado-Membro certifica-se de que a transferência é necessária para efeitos do presente regulamento. A autoridade competente garante que o país terceiro não transfere os dados para outro país terceiro, salvo mediante a autorização expressa por escrito da autoridade competente do Estado-Membro e no estrito respeito das condições por esta especificadas. Os dados pessoais só podem ser transferidos para um país terceiro que assegure um nível de proteção adequado desses dados.

2. A autoridade competente de um Estado-Membro só pode divulgar a uma autoridade competente de um país terceiro informação recebida de uma autoridade competente de outro Estado-Membro se tiver obtido o acordo expreso da autoridade competente que transmitiu a informação e, se for caso disso, se a divulgação das informações se destinar exclusivamente aos objetivos para os quais essa autoridade competente tenha dado o seu acordo.

3. Caso um acordo de cooperação preveja o intercâmbio de dados pessoais, deve cumprir o disposto na Diretiva 95/46/CE.».

- no que respeita ao artigo 77.º, n.º 1, introduzir as seguintes alterações: i) aditar na alínea b) uma disposição com a seguinte redação: «a identidade destas pessoas deve ser garantida em todas as fases do processo, a menos que a sua divulgação seja exigida pela legislação nacional no âmbito de novos inquéritos ou na sequência de novos processos judiciais»; ii) aditar uma alínea d) com uma disposição que exija aos Estados-Membros a criação de «procedimentos adequados para garantir o direito de defesa e de audição da pessoa acusada antes da adoção de qualquer decisão que lhe diga respeito, bem como o direito de interpor um recurso efetivo perante um órgão jurisdicional contra uma decisão ou medida que lhe diga respeito»; iii) eliminar da alínea c) a expressão «os princípios consagrados»;

Feito em Bruxelas, em 10 de fevereiro de 2012.

Giovanni BUTTARELLI  
*Autoridade Adjunta Europeia para a Proteção  
de Dados*

---