

## I

(Resolucije, priporočila in mnenja)

## MNENJA

## EVROPSKI NADZORNIK ZA VARSTVO PODATKOV

**Mnenje Evropskega nadzornika za varstvo podatkov o predlogih Komisije za direktivo Evropskega parlamenta in Sveta o trgih finančnih instrumentov in razveljavitvi Direktive 2004/39/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter za uredbo Evropskega parlamenta in Sveta o trgih finančnih instrumentov in spremembi Uredbe o izvedenih finančnih instrumentih OTC, centralnih nasprotnih strankah in repozitorijih sklenjenih poslov**

(2012/C 147/01)

EVROPSKI NADZORNIK ZA VARSTVO PODATKOV JE –

ob upoštevanju Pogodbe o delovanju Evropske unije in zlasti člena 16 Pogodbe,

ob upoštevanju Listine Evropske unije o temeljnih pravicah ter zlasti členov 7 in 8 Listine,

ob upoštevanju Direktive 95/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov<sup>(1)</sup>,

ob upoštevanju Uredbe (ES) št. 45/2001 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2000 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov v institucijah in organih Skupnosti in o prostem pretoku takih podatkov<sup>(2)</sup> ter zlasti člena 28(2) Uredbe –

SPREJEL NASLEDNJE MNENJE:

## 1. UVOD

### 1.1 Posvetovanje z ENVP

1. To mnenje je del svežnja štirih mnenj ENVP o finančnem sektorju, ki so bila vsa sprejeta na isti dan<sup>(3)</sup>.
2. Komisija je 20. oktobra 2011 sprejela predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o trgih finančnih instrumentov in razveljavitvi Direktive 2004/39/ES Evropskega parlamenta in Sveta<sup>(4)</sup> (v nadaljnjem besedilu: predlagana direktiva) ter predlog uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgih finančnih instrumentov in spremembi Uredbe o izvedenih finančnih instrumentih OTC, centralnih nasprotnih strankah in repozitorijih sklenjenih poslov (v nadaljnjem besedilu: predlagana uredba) (v nadaljnjem besedilu se za obe besedili uporablja poimenovanje: predloga).
3. Pred sprejetjem predlogov je bilo opravljeno neuradno posvetovanje z ENVP. Ta navaja, da je bilo v predlogih upoštevanih več njegovih pripomb.

<sup>(1)</sup> UL L 281, 23.11.1995, str. 31.

<sup>(2)</sup> UL L 8, 12.1.2001, str. 1.

<sup>(3)</sup> Mnenji ENVP z dne 10. februarja 2012 o zakonodajnem svežnju za spremembo zakonodaje o bančništvu, bonitetnih agencijah, trgih in finančnih instrumentih (MIFID/MIFIR) ter zlorabi trga.

<sup>(4)</sup> UL L 145, 30.4.2004, str. 1.

### 1.2 Cilji in področje uporabe predlogov

4. Povezovanje finančnih trgov EU temelji zlasti na direktivi o trgih finančnih instrumentov, ki se uporablja od novembra 2007. Zdaj vključuje okvirno direktivo (Direktiva 2004/39/ES), izvedbeno direktivo (Direktiva 2006/73/ES) in izvedbeno uredbo (Uredba (ES) št. 1287/2006).
5. Direktiva o trgih finančnih instrumentov vzpostavlja regulativni okvir za izvajanje investicijskih storitev v zvezi s finančnimi instrumenti (npr. posredništvo, svetovanje, trgovanje, upravljanje portfeljev, izvedba prodaje primarne izdaje finančnih instrumentov itd.), ki jih opravljajo banke in investicijska podjetja, ter za delovanje organiziranih trgov, ki jih upravljajo upravljavci trga. Poleg tega določa pooblastila in obveznosti nacionalnih pristojnih organov v zvezi s temi posli. V praksi to pomeni odpravo možnosti, da države članice zahtevajo, da se celotno trgovanje s finančnimi instrumenti izvaja na posebnih borzah, poleg tega je omogočena vseevropska konkurenca med tradicionalnimi borzami in drugimi mesti.
6. Po več kot treh letih veljavnosti je mogoče ugotoviti, da se je okrepila konkurenca med mesti trgovanja s finančnimi instrumenti ter da imajo vlagatelji večjo izbiro glede izvajalcev storitev in razpoložljivih finančnih instrumentov. Vendar se je pojavilo nekaj težav. Tako na primer prednosti večje konkurence niso enakovredno porazdeljene med vse udeležence na trgu in se ne prenesejo vedno na končne male ali velike vlagatelje, z razvojem trga in tehnološkim razvojem so nekatere določbe direktive o trgih finančnih instrumentov postale zastarele, finančna kriza pa je razkrila pomanjkljivosti pri urejanju nekaterih instrumentov.
7. Sprememba direktive o trgih finančnih instrumentov je namenjena prilagoditvi in posodobitvi obstoječih predpisov glede na razvoj trga, vključno s finančno krizo in tehnološkim razvojem, ter izboljšanju njihove učinkovitosti.

### 1.3 Namen mnenja ENVP

8. Na pravice posameznikov v zvezi z obdelavo njihovih osebnih podatkov vpliva več vidikov predlogov. To so: 1. obveznosti vodenja evidenc in poročanja o poslih; 2. pooblastila pristojnih organov (vključno s pooblastilom za opravljanje inšpekcijskih pregledov in pooblastilom, da zahtevajo evidence o telefonskem in podatkovnem prometu); 3. objava sankcij; 4. poročanje o kršitvah in zlasti določbe o prijavljanju nepravilnosti; 5. sodelovanje med pristojnimi organi držav članic in organom ESMA.

## 2. ANALIZA PREDLOGOV

### 2.1 Uporaba zakonodaje o varstvu podatkov

9. Več uvodnih izjav<sup>(5)</sup> predlogov vključuje omembe Listine o temeljnih pravicah, Direktive 95/46/ES in Uredbe (ES) št. 45/2001. Vseeno pa je sklicevanje na veljavno zakonodajo o varstvu podatkov treba vnesti v vsebinski člen predlogov.
10. Dober zgled takšne vsebinske določbe je mogoče najti v členu 22 predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji<sup>(6)</sup>, ki kot splošno pravilo izrecno navaja, da se za obdelavo osebnih podatkov v okviru predloga uporabljata Direktiva 95/46/ES in Uredba (ES) št. 45/2001. ENVP je pred kratkim izdal mnenje o tem predlogu in v njem toplo pozdravil to splošno določbo. ENVP pa vseeno predlaga, da se sklicevanje na Direktivo 95/46/ES pojasni z navedbo, da se bodo določbe uporabljale v skladu z nacionalnimi predpisi o izvajanju Direktive 95/46/ES.
11. ENVP zato predlaga vnos podobne vsebinske določbe, kakršno je mogoče najti v členu 22 predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji<sup>(7)</sup>, v skladu z njegovimi predlogi glede tega predloga<sup>(8)</sup>, tj. da se poudari uporaba veljavne zakonodaje o varstvu podatkov in pojasni sklicevanje na Direktivo 95/46/ES z navedbo, da se bodo določbe uporabljale v skladu z nacionalnimi predpisi o izvajanju Direktive 95/46/ES.

<sup>(5)</sup> Glej uvodne izjave 20, 30 in 45 predlagane uredbe ter uvodne izjave 41, 43, 69 in 103 predlagane direktive.

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

<sup>(7)</sup> Predlog Komisije za uredbo Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji, COM(2011) 651.

<sup>(8)</sup> Glej mnenje ENVP o predlogu uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji, COM(2011) 651.

12. V uvodnih izjavah je treba tudi dosledno navajati, da države članice „upoštevajo“, in ne samo, da „bi morale upoštevati“ ustrezno zakonodajo o varstvu podatkov, saj je ta v veljavi in nimajo diskrecijske pravice v zvezi z njeno uporabo.

## 2.2 Obveznost vodenja evidenc in poročanja o poslih

### 2.2.1 Obveznost v skladu s predlagano uredbo

13. Uvodna izjava 27 in členi od 21 do 23 predlagane uredbe uvajajo načelo, v skladu s katerim pristojni organi, katerih delovanje usklajuje organ ESMA, spremljajo posle investicijskih podjetij za zagotovitev, da ravnajo pošteno, pravično in profesionalno ter na način, ki spodbuja celovitost trga. Za to morajo imeti možnost, da opredelijo osebo, ki je sprejela odločitev o naložbi, ter osebe, odgovorne za njeno izvedbo (uvodna izjava 28).
14. Za izvajanje tega spremljanja člen 22 nalaga investicijskim podjetjem, da najmanj pet let dajejo pristojnemu organu na voljo zadevne podatke v zvezi z vsemi posli s finančnimi instrumenti, ki so jih opravila. Te evidence zajemajo vse informacije in podrobnosti glede istovetnosti stranke. Podrobnosti o poslih s finančnimi instrumenti je treba sporočiti pristojnim organom, da se jim omogoči odkrivanje in preiskovanje morebitnih primerov zlorabe trga, spremljanje poštenega in pravilnega delovanja trgov ter poslov investicijskih podjetij. Dostop do teh podatkov lahko zahteva tudi organ ESMA.
15. Investicijsko podjetje mora podatke o teh poslih pristojnim organom sporočiti čim prej, in to vključno z istovetnostjo strank (člen 23). Če so udeležene stranke fizične osebe, te operacije vključujejo obdelavo osebnih podatkov v smislu Direktive 95/46/ES in Uredbe (ES) št. 45/2001 ter po možnosti tudi izdelavo splošnih zbirk podatkov.
16. Ocena vpliva očitno ne vključuje presoje petletnega obdobja hranjenja poročil o poslih. Člen 6(1)(e) Direktive 95/46/ES zahteva, da se osebni podatki ne smejo hraniti dlje, kolikor je potrebno za namen, za katerega so bili zbrani. ENVP za uskladitev s to zahtevo predlaga, da se najkrajše obdobje hranjenja pet let nadomesti z najdaljšim obdobjem hranjenja. Izbrano obdobje mora biti potrebno in sorazmerno glede na namen, za katerega so bili zbrani podatki.

### 2.2.2 Obveznost v skladu s predlagano direktivo

17. Člen 16 direktive vključuje organizacijske zahteve, ki se uporabljajo za investicijska podjetja. Podjetja morajo zlasti zagotoviti, da se hranijo vse evidence o njihovih storitvah in poslih, ki pristojnemu organu omogočajo spremljanje skladnosti z zahtevami iz direktive. Takšne evidence omogočijo preverjanje, ali investicijsko podjetje izpolnjuje vse obveznosti do strank ali potencialnih strank. Čeprav to v besedilu ni navedeno, je mogoče sklepati, da bodo takšni podatki vsebovali osebne podatke o strankah in zaposlenih.
18. Komisija je v skladu s členom 16(12) pooblaščen za sprejemanje delegiranih pravnih aktov, ki določajo konkretne organizacijske zahteve iz člena. ENVP pri tem poziva Komisijo, da se ob sprejemanju delegiranih aktov posvetuje z njim. Vsekakor pa morajo biti takšni ukrepi usmerjeni v zmanjševanje hranjenja in obdelave osebnih podatkov, ki jih evidentirajo investicijska podjetja. Kot je bilo že navedeno v zvezi z uredbo, mora Komisija tudi skrbno oceniti, katero obdobje hranjenja je treba uvesti za takšne podatke, ter tako zagotoviti, da je hranjenje ustrezno in sorazmerno.

## 2.3 Obveznost snemanja telefonskih pogovorov ali evidentiranja elektronskih komunikacij

19. V skladu s predlagano direktivo se snemajo telefonski pogovori ali evidentirajo elektronske komunikacije.
20. Evidence o telefonskih pogovorih ali elektronskih komunikacijah navadno vključujejo osebne podatke strani v komunikaciji, čeprav se nanašajo na finančne posle ali poklicne dejavnosti. Podatki o elektronskih komunikacijah lahko vsebujejo najrazličnejše osebne informacije, ki sicer vključujejo podatke o prometu, a tudi vsebino. In ne samo to, uporaba izraza „pogovor“ pomeni, da se bo snemala vsebina komunikacij.

21. Kar zadeva osebne podatke v smislu Direktive 95/46/ES in Uredbe (ES) št. 45/2001, se uporabljajo glavni predpisi o varstvu podatkov in zlasti načela omejitve namena, potrebnosti in sorazmernosti ter obveznosti, da se podatki ne hranijo dlje, kot je potrebno.

#### Omejitve namena

22. V skladu s členom 6(1)(b) Direktive 95/46/ES je treba osebne podatke zbirati za določene, izrecne ter zakonite namene in se ne smejo naprej obdelovati na način, ki ni združljiv s temi nameni.
23. Člen 16(7) predlagane direktive ne določa izrecno namena snemanja telefonskih pogovorov in evidentiranja elektronskih komunikacij. Več različnih namenov pa je navedenih v uvodni izjavi 42 in členu 16(6) predlagane direktive, v priporočilih Odbora evropskih zakonodajalcev za vrednostne papirje (CESR) in oceni vpliva.
24. Člen 16(6) predlagane direktive določa, da investicijsko podjetje hrani vse evidence o svojih storitvah in poslih, „da pristojnemu organu omogoči spremljanje skladnosti z zahtevami iz te direktive in zlasti preverjanje, ali investicijsko podjetje izpolnjuje vse obveznosti do strank ali potencialnih strank“.
25. V uvodni izjavi 42 predlagane direktive je pojasnjeno, da je „snemanje telefonskih pogovorov ali evidentiranje elektronskih komunikacij v zvezi z naročili strank (...) upravičeno zaradi okrepitev zaščite vlagateljev, izboljšanja nadzora trgov in povečanja pravne varnosti v interesu investicijskih podjetij in njihovih strank“. V uvodni izjavi so omenjena tudi tehnična priporočila Evropski komisiji, ki jih je 29. julija 2010 izdal Odbor evropskih zakonodajalcev za vrednostne papirje (CESR) in obravnavajo pomen takih evidenc <sup>(9)</sup>.
26. V priporočilih odbora CESR je poudarjeno, da je po mnenju pristojnih organov snemanje pogovorov potrebno (i) zaradi zagotavljanja, da obstajajo dokazi za reševanje nesporazumov med investicijskim podjetjem in njegovimi strankami glede pogojev posla; (ii) za pomoč pri nadzoru pravil v zvezi z vodenjem poslov in (iii) za pomoč pri odvratanju in odkrivanju zlorabe trga ter za lažje izvrševanje na tem področju. Snemanje ne bo samo sredstvo za zagotavljanje nadzora organov, temveč „lahko pomaga“ pristojnemu organu pri preverjanju skladnosti z, na primer, zahtevami direktive o trgih finančnih instrumentov v zvezi z informiranjem strank in potencialnih strank, najboljšim izvrševanjem in obravnavanjem naročil strank.
27. V oceni vpliva je pojasnjeno, da „pristojni organi potrebujejo to informacijo (tj. telefonske in elektronske evidence) za zagotavljanje celovitosti trga in uveljavljanja skladnosti s pravili poslovanja“ <sup>(10)</sup>.
28. Različni nameni iz uvodne izjave 42 in člena 16(6) predlagane direktive, priporočila odbora CESR in ocene vpliva niso opisani logično in konsistentno, temveč so raztreseni po predlogu in spremnih dokumentih. V skladu s členom 6(1) Direktive 95/46/ES je treba podatke zbirati za določene, izrecne in zakonite namene. ENVP zato poziva zakonodajalca, da jasno in natančno opredeli namen snemanja telefonskih pogovorov in evidentiranja elektronskih komunikacij iz člena 16(7) predlagane direktive.

#### Potrebnost in sorazmernost

29. V skladu s členom 6(1)(c) Direktive 95/46/ES morajo biti osebni podatki primerni, ustrezni in ne pretirani glede na namene, za katere se zbirajo in/ali naprej obdelujejo, torej morajo biti zbrani podatki omejeni na to, kar je ustrezno za doseg zastavljenega cilja, in ne smejo presežati tega, kar je potrebno za njegovo doseg.

<sup>(9)</sup> Tehnične smernice odbora CESR Evropski komisiji v zvezi s pregledom direktive o trgih finančnih instrumentov – zaščita vlagateljev in posrednikov, 29. julij 2010, CESR/10-417 str. 7, [http://www.esma.europa.eu/system/files/10\\_417.pdf](http://www.esma.europa.eu/system/files/10_417.pdf)

<sup>(10)</sup> Ocena vpliva, stran 150.

30. Člen 16(7) se nanaša na telefonske pogovore ali elektronske komunikacije, vključno z vsaj tistimi, ki se nanašajo na posle, sklenjene pri poslovanju za svoj račun, ter naročila strank, kadar se zagotavlja storitve sprejemanja in posredovanja naročil ter izvrševanja naročil za račun strank.
31. Prvič, z izjemo poslov, ki so izrecno omenjeni, člen 16(7) ne opredeljuje, na katere telefonske pogovore in elektronske komunikacije se nanašajo evidence. ENVP razume, da se nanašajo na komunikacije v zvezi s storitvami in posli, ki jih opravlja investicijsko podjetje. Vendar pa je treba to jasno določiti. Poleg tega uporaba izraza „vključno z vsaj“ pušča prostor za snemanje in evidentiranje različnih telefonskih pogovorov ali elektronskih komunikacij. S to določbo pa je treba jasno opredeliti komunikacije, ki se bodo evidentirale, in jih omejiti na tiste, ki so potrebne za namen evidentiranja.
32. Drugič, v določbi ni natančno opredeljeno, katere kategorije podatkov se bodo hranile. Kot je bilo že navedeno, lahko podatki o elektronskih komunikacijah vsebujejo najrazličnejše osebne informacije, kot je istovetnost oseb, ki sporočajo in prejemajo komunikacijo, navedbo časa, uporabljeno omrežje, geografsko lokacijo uporabnika prenosnih naprav itd. To pomeni tudi, da je mogoč dostop do vsebine komunikacij. Poleg tega uporaba izraza „pogovori“ pomeni, da se bo snemala vsebina komunikacij. V skladu z načelom sorazmernosti morajo biti osebni podatki, ki jih vsebujejo evidence telefonskih pogovorov in elektronskih komunikacij, omejeni na to, kar je potrebno za namen, za katerega so bili zbrani.
33. Če je na primer namen evidentiranja komunikacij vodenje evidenc o poslih, kot kaže, ni druge možnosti kot evidentiranje vsebine komunikacij, da bo mogoče dobiti dokaze o poslih. Po drugi strani pa bi bilo evidentiranje vsebine komunikacij za namene pomoči in odkrivanja zlorabe trga ali za splošno spremljanje skladnosti z zahtevami predlagane direktive pretirano in nesorazmerno. V tem smislu člen 71(2)(d) predlagane direktive, ki pooblašča pristojni organ, da zahteva evidence o telefonskem in podatkovnem prometu, ki jih hrani investicijsko podjetje, kadar obstaja utemeljen sum o kršitvi predlagane direktive, izrecno izključuje vsebino komunikacije. Tako tudi člen 17(2)(f) predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji<sup>(1)</sup>, ki pristojnim organom podeljuje enako preiskovalno pooblastilo pri dokazovanju trgovanja z notranjimi informacijami ali tržne manipulacije, izrecno izključuje vsebino komunikacije.
34. ENVP zato močno priporoča, da se v členu 16(7) predlagane direktive opredeli, kakšne vrste telefonskih pogovorov in elektronskih komunikacij ter kakšne kategorije podatkov o pogovorih in komunikacijah se bodo evidentirale. Takšni podatki morajo biti zadostni, ustrezni in ne pretirani glede na enak namen.

#### Obdobje hranjenja podatkov

35. V skladu s členom 6(1)(e) Direktive 95/46/ES je treba osebne podatke hraniti v obliki, ki omogoča identifikacijo posameznikov, na katere se nanašajo podatki, samo toliko časa, kolikor je potrebno za namene, za katere so bili podatki zbrani<sup>(2)</sup>. V členu 16(7) to obdobje hranjenja znaša tri leta. V oceni vpliva se priznava, da je treba pri vseh ukrepih na tem področju upoštevati predpise EU o varstvu podatkov, določene v Direktivi 95/46/ES. Poudarjeno pa je, da je treba pri obdobju hranjenja, ki se določi, upoštevati veljavno zakonodajo EU o hranjenju podatkov, ki so bili ustvarjeni ali se obdelujejo pri zagotavljanju javno dostopnih elektronskih komunikacij za namen boja proti hudemu kriminalu. Tako je bilo za najdaljše obdobje treh let ugotovljeno, da ustreza načelom nujnosti in sorazmernosti, ki jamčita za zakonitost poseganja v temeljno pravico<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> COM(2011) 651 konč.

<sup>(2)</sup> Člen 6(1)(e) Direktive 95/46/ES.

<sup>(3)</sup> Ocena vpliva, stran 150.

36. Po mnenju ENVP analiza nujnosti in sorazmernosti trajanja ukrepa ni zadostna. Pri nobenem od različnih (in nekoliko nejasnih) namenov snemanja telefonskih pogovorov in evidentiranja elektronskih komunikacij iz člena 16(6), uvodne izjave 42, ocene vpliva ali priporočil odbora CESR ni omenjen boj proti hudemu kriminalu.
37. Ocena mora biti izvedena v skladu z nameni evidentiranja v okviru predlagane direktive. Če je npr. namen „zagotoviti dokaze za reševanje sporov med investicijskim podjetjem in njegovimi strankami v zvezi s poslom“<sup>(14)</sup>, je treba v oceni vpliva presoditi, kako dolgo je treba hraniti podatke v zvezi z zastaranjem pravic, na podlagi katerega je mogoče sprožiti takšne spore.
38. ENVP zato poziva zakonodajalca, da temeljito preveri, katero obdobje hranjenja je potrebno za namen snemanja telefonskih pogovorov in evidentiranja elektronskih komunikacij v okviru posebnega področja uporabe predloga.

## 2.4 Pooblastila pristojnih organov

39. V členu 71 direktive so naštetna nadzorna in preiskovalna pooblastila pristojnih organov.
40. Člen 71(4) vsebuje sklic na Direktivo 95/46/ES, saj je navedeno, da se obdelava osebnih podatkov, zbranih med izvajanjem nadzora in preiskovalnih pooblastil, izvede v vsakem primeru, pri čemer se upoštevajo temeljne pravice do varstva zasebnosti in podatkov. ENVP pozdravlja to določbo, v kateri je izrecno obravnavana povezava med preiskovalno vlogo organov in obdelavo osebnih podatkov, ki jo vključujejo njihove dejavnosti.

### 2.4.1 Pooblastilo za opravljanje inšpekcijskih pregledov na kraju samem

41. Člen 71(2)(c) predvideva pooblastilo pristojnih organov, da opravljajo inšpekcijske preglede na kraju samem. V nasprotju s predlogom uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji<sup>(15)</sup> ta določba ne vključuje sklicevanja na pooblastilo pristojnih organov, da „vstopijo v zasebne prostore zaradi zasega dokumentov“. To bi lahko pomenilo, da je inšpekcijsko pooblastilo omejeno na prostore investicijskih podjetij in ne zajema zasebnih prostorov. Zaradi večje jasnosti pa predlagamo, da se ta omejitev izrecno pojasni v besedilu. Če pa Komisija namerava dovoliti inšpekcijske preglede v zasebnih prostorih, ENVP opozarja na pripombo, ki jo je glede tega vprašanja podal v svojem mnenju o navedenem predlogu<sup>(16)</sup>, v skladu s katerim bi bila zaradi potencialne vsiljivosti obravnavanega pooblastila po njegovem mnenju upravičena splošna zahteva po predhodni sodni odobritvi ne glede na zahteve nacionalne zakonodaje.

### 2.4.2 Pooblastilo za zahtevanje evidenc o telefonskem in podatkovnem prometu

42. Člen 71(2)(d) predlagane direktive pooblašča pristojne organe, da „zahtevajo obstoječe evidence o telefonskem in podatkovnem prometu, ki jih hranijo investicijska podjetja“. Pri tem je pojasnjeno, da mora za takšno zahtevo obstajati „utemeljen sum“, da so lahko takšne evidence „relevantne kot dokaz, da je investicijsko podjetje kršilo svoje obveznosti“ iz direktive. Vsekakor pa evidence ne vključujejo „vsebine sporočil, na katera se nanašajo“. ENVP izraža zadovoljstvo, da je dodelitev pooblastila za dostop do evidenc pristojnim organom v besedilu pogojena z obstojem utemeljenega suma kršitve in z izključitvijo dostopa pristojnih organov do vsebine komunikacij.
43. V predlagani direktivi pa ni opredeljen pojem „evidenc o telefonskem in podatkovnem prometu“. V direktivi 2002/58/ES (v nadaljnjem besedilu: Direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah) so omenjeni samo „podatki o prometu“, ne pa „evidence o telefonskem in podatkovnem prometu“. Pri tem ni treba razlagati, da je vpliv, ki ga ima lahko preiskovalno pooblastilo na zasebnost in varstvo podatkov zadevnega posameznika, odvisen od natančnega pomena teh pojmov. ENVP predlaga, da se uporabi terminologija, ki je že uveljavljena pri opredelitvi „podatkov o prometu“ v Direktivi 2002/58/ES.

<sup>(14)</sup> Glej študijo odbora CESR, navedeno v odstavku 26 zgoraj.

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

<sup>(16)</sup> Glej pred kratkim sprejeto mnenje ENVP z dne 10. februarja 2012 o predlogu uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji.

44. Podatki o uporabljenem sredstvu elektronske komunikacije lahko vključujejo najrazličnejše osebne informacije, na primer identiteto klicatelja in klicanega, čas in trajanje klica, uporabljeno omrežje, geografsko lokacijo uporabnika prenosne naprave itd. Nekateri podatki o prometu, ki se nanašajo na uporabo interneta in elektronske pošte (na primer seznam obiskanih spletnih strani). Poleg tega lahko razkrijejo pomembne podatke o vsebini komunikacije. Obdelovanje podatkov o prometu je istočasno v navzkrižju z zaupnostjo korespondence. V zvezi s tem je v Direktivi 2002/58/ES vzpostavljeno načelo, da je treba podatke o prometu izbrisati ali predelati v anonimne, potem ko niso več potrebni za namen prenosa sporočila<sup>(17)</sup>. V skladu s členom 15(1) te direktive lahko države članice v nacionalno zakonodajo vključijo odstopanja za posebne zakonite namene, vendar morajo ta odstopanja pomeniti potreben, primeren in sorazmeren ukrep znotraj demokratične družbe za doseg te namenov<sup>(18)</sup>.
45. ENVP priznava, da so cilji Komisije v Uredbi o bonitetnih agencijah legitimni. Razume potrebo po pobudah, usmerjenih v okrepljen nadzor finančnih trgov zaradi ohranjanja njihove trdnosti ter boljše zaščite vlagateljev in gospodarstva na splošno. Vendar pa morajo biti preiskovalna pooblastila v zvezi s podatki o prometu, ki so lahko vsiljiva, usklajena z zahtevami nujnosti in sorazmernosti, torej morajo biti omejena na to, kar je ustrezno za doseg zastavljenega cilja, in ne smejo presežati tega, kar je potrebno za njegovo doseg<sup>(19)</sup>. Zato je bistveno, da so jasno oblikovana, kar zadeva njihov osebni in stvarni obseg ter okoliščine in pogoje, v katerih oziroma pod katerimi jih je mogoče uporabiti. Poleg tega je treba predvideti ustrezne zaščitne ukrepe za tveganje zlorabe.
46. Evidence o zadevnem telefonskem in podatkovnem prometu bodo očitno vključevale osebne podatke v smislu Direktive 95/46/ES, Direktive 2002/58/ES in Uredbe (ES) št. 45/2001. Zaradi tega je treba zagotoviti, da se v celoti upoštevajo pogoji za pošteno in zakonito obdelovanje osebnih podatkov, določeni v direktivah in uredbi. Tako je treba zagotoviti, da se v celoti upoštevajo pogoji za pošteno in zakonito obdelovanje osebnih podatkov, določeni v direktivah in uredbi.
47. ENVP ugotavlja, da člen 71(3) uvaja obveznost sodnega dovoljenja, kadar se tako dovoljenje zahteva v skladu z nacionalno zakonodajo. Sam pa meni, da bi bila upravičena splošna zahteva za predhodno sodno dovoljenje v vseh primerih – ne glede na zahteve nacionalne zakonodaje – zaradi potencialne vsiljivosti obravnavanega pooblastila in enotne uporabe zakonodaje v vseh državah članicah EU. Upoštevati je treba tudi, da različni zakoni držav članic predvidevajo posebna jamstva o nedotakljivosti doma pred nesorazmernimi in nepremišljeno urejenimi inšpekcijskimi pregledi, preiskavami ali zasegi, zlasti kadar jih opravljajo upravne institucije.
48. ENVP poleg tega priporoča vključitev zahteve, da organ ESMA zahteva evidence o telefonskem in podatkovnem prometu z uradno odločitvijo, v kateri je navedeno: pravna podlaga in namen zahteve, katere informacije se zahtevajo, rok, v katerem je treba zagotoviti informacije, in pravica naslovnika, da se zoper odločitev pritoži pred Sodiščem Evropske unije.
49. Izraz „obstoječe evidence o telefonskem in podatkovnem prometu“ se ne zdi dovolj jasen. Evidence o telefonskem in podatkovnem prometu niso opredeljene, čeprav je v členu 71(2)(2) predloga direktive o trgih finančnih instrumentov določeno, da so to samo evidence, ki jih „hranijo investicijska podjetja“. Podatki, ki jih hranijo investicijska podjetja, so verjetno podatki iz členov 16(6) in 16(7), ki sta bila komentirana zgoraj. To torej pomeni, da besedilo ne vključuje evidenc, ki jih hranijo ponudniki elektronskih komunikacij, s katerimi ima investicijsko podjetje sklenjeno pogodbo o zagotavljanju storitev. ENVP zaradi jasnosti priporoča, da se pojasni, za katere podatke o telefonskem in podatkovnem prometu, ki jih hrani investicijsko podjetje, gre.

<sup>(17)</sup> Glej člen 6(1) Direktive 2002/58/ES (UL L 201, 31.7.2002, str. 37).

<sup>(18)</sup> Člen 15(1) Direktive 2002/58/ES določa, da morajo takšne omejitve pomeniti „potreben, primeren in ustrezen ukrep znotraj demokratične družbe za zaščito državne varnosti (to je državne varnosti), obrambe, javne varnosti in preprečevanje, preiskovanje, odkrivanje in pregon kriminalnih dejanj ali nedovoljene uporabe elektronskega komunikacijskega sistema iz člena 13(1) Direktive 95/46/ES. V ta namen lahko države članice med drugim sprejmejo zakonske ukrepe, ki določajo zadrževanje podatkov za določeno obdobje, upravičeno iz razlogov iz tega odstavka (...)“.

<sup>(19)</sup> Glej npr. združeni zadevi C-92/09 in C-93/09, *Volker in Markus Schecke GbR (C-92/09)*, *Hartmut Eifert (C-92/09)* proti *Land Hessen*, še neobjavljeno v ECR, točka 74.

## 2.5 Objavljanje sankcij ali drugih ukrepov

### 2.5.1 Obvezna objava sankcij

50. Člen 74 predlagane direktive državam članicam nalaga, da poskrbijo, da pristojni organi brez nepotrebnega odlašanja objavijo vsako sankcijo ali ukrep, ki je bil naložen zaradi kršitve določb predlagane uredbe ali nacionalnih določb, sprejetih pri izvajanju predlagane direktive, vključno z informacijami o vrsti in naravi kršitve ter istovetnosti oseb, ki so odgovorne zanjo, razen če bi takšno razkritje resno ogrozilo finančne trge. Ta obveznost je zmanjšana samo v primerih, ko bi z objavo udeleženi stranem povzročili „nesorazmerno škodo“. Pristojni organi v tem primeru objavijo sankcije brez navedbe njihove istovetnosti.
51. Z objavo sankcij bi okrepili odvračilni učinek, ker bi obstoječe in potencialne storilce odvrnili od kaznivih dejanj, saj si ne bi želeli omadeževati ugleda. Prav tako bi povečali preglednost, saj bi udeleženci na trgu vedeli, da je neka oseba zagrešila kršitev. <sup>(20)</sup> Ta obveznost je zmanjšana samo v primerih, ko bi z objavo udeleženi stranem povzročili nesorazmerno škodo. Pristojni organi v tem primeru objavijo sankcije na anonimni podlagi. In ne samo to, v oceni vpliva se sicer priznava, da bi uvedba kaznovalne ureditve (ne glede na to, ali bi bila uskladitev majhna ali popolna) vplivala na temeljne pravice, na primer tiste iz členov 7 (spoštovanje zasebnega in družinskega življenja) in 8 (varstvo osebnih podatkov) in po možnosti tudi iz členov 47 (pravica do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča) in 48 (domneva nedolžnosti in pravica do obrambe) Listine EU <sup>(21)</sup>, vendar očitno niso preučeni morebitni vplivi objave samih sankcij na navedene pravice.
52. Pristojni organi so v skladu s členom 75(2)(a), poleg drugih pooblastil za sankcioniranje, pooblašteni za objavo javne izjave, v kateri sta navedeni odgovorna oseba in vrsta kršitve <sup>(22)</sup>. Ni jasno, kako je mogoče uskladiti obveznost objave v skladu s členom 74 in pooblastilo za objavo javne izjave iz člena 75(2)(a). Vključitev pooblastila za objavo javne izjave v člen 75(2)(a) kaže, da je že sama objava prava sankcija, ki jo je treba presojeti za vsak primer posebej glede na merila sorazmernosti iz člena 76 <sup>(23)</sup>.
53. ENVP ni prepričan, da obvezno objavljanje sankcij, kot je formulirano sedaj, ustreza zahtevam zakona o varstvu podatkov, kot jih je Sodišče Evropske unije pojasnilo v sodbi *Schecke* <sup>(24)</sup>. Meni namreč, da namen, nujnost in sorazmernost ukrepa niso dovolj natančno določeni in da bi bilo vsekakor treba predvideti ustrezne zaščitne ukrepe glede tveganj za pravice posameznikov.

<sup>(20)</sup> Glej poročilo o oceni vpliva, od str. 42 naprej.

<sup>(21)</sup> Glej tudi stran 43 – ocena vpliva na temeljne pravice pri možnosti „minimalna uskladitev“: „Ta možnost ni v skladu s členoma 7 (spoštovanje zasebnega in družinskega življenja) in 8 (varstvo osebnih podatkov) in mogoče tudi s členoma 47 (pravica do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča) in 48 (domneva o nedolžnosti in pravica do obrambe) Listine EU. Ta možnost predvideva omejitev teh pravic, pri čemer se ohrani njihovo bistvo. Omejitev teh pravic je potrebna zaradi uresničitve cilja splošnega interesa zagotavljanja skladnosti s pravili direktive o trgih finančnih instrumentov, kar zagotavlja pošteno in pravilno varstvo trgovanja in vlagateljev. Izrečeni upravni ukrepi in sankcije so zakoniti, če so v vseh okoliščinah sorazmerni s kršitvijo iz kaznivega dejanja, spoštovati morajo pravico, da se za isto kaznivo dejanje kazensko ne preganja ali kaznuje dvakrat, domnevo nedolžnosti, pravico do obrambe in pravico do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča [...]“.

<sup>(22)</sup> Glej pred kratkim sprejeto mnenje ENVP z dne 10. februarja 2012 o predlogu direktive o dostopu do dejavnosti kreditnih institucij in bonitetnem nadzoru kreditnih institucij in investicijskih družb ter uredbe o bonitetnih zahtevah za kreditne institucije in investicijska podjetja.

<sup>(23)</sup> „Države članice zagotovijo, da pristojni organi pri določanju vrste upravnih sankcij ali ukrepov in višine upravnih denarnih kazni upoštevajo vse ustrezne okoliščine, ki vključujejo: (a) resnost in trajanje kršitve; (b) stopnjo odgovornosti odgovorne fizične ali pravne osebe; (c) finančno trdnost odgovorne fizične ali pravne osebe, kot je prikazana s celotnim prometom odgovorne pravne osebe ali letnim prihodkom odgovorne fizične osebe; (d) pomen pridobljenih dobičkov ali preprečenih izgub s strani odgovorne fizične ali pravne osebe, če jih je mogoče opredeliti; (e) izgube, ki so jih zaradi kršitve imele tretje strani, če jih je mogoče opredeliti; (f) raven sodelovanja odgovorne fizične ali pravne osebe s pristojnim organom; g) prejšnje kršitve odgovorne fizične ali pravne osebe [...]“.

<sup>(24)</sup> Združeni zadevi C-92/09 in C-93/09, *Schecke*, odstavki 56–64.

### 2.5.2 Nujnost in sorazmernost objave

54. Sodišče Evropske unije je v sodbi *Schecke* razveljavilo določbe uredbe Sveta in uredbe Komisije glede obvezne objave informacij o upravičencih kmetijskih skladov, vključno z identiteto upravičencev in prejetimi zneski. Sodišče je menilo, da navedena objava pomeni obdelavo osebnih podatkov, ki je obravnavana v členu 8(2) Evropske listine o temeljnih pravicah (v nadaljnjem besedilu: Listina), in da je zato v nasprotju s pravicami, ki so priznane v členih 7 in 8 Listine.
55. Po analizi, da „morajo biti odstopanja in omejitve varstva osebnih podatkov strogo omejeni na tisto, kar je nujno“, je Sodišče analiziralo namen objave in njeno sorazmernost. Sklenilo je, da nič v zadevi ne kaže, da sta Svet in Komisija pri sprejemanju zakonodaje upoštevala načine objave informacij, ki bi bili v skladu s ciljem takšne objave in bi hkrati manj omejevali pravico navedenih upravičencev.
56. Zdi se, da člen 74 predlagane direktive vsebuje podobne pomanjkljivosti, na kakršne je Sodišče opozorilo v sodbi *Schecke*. Treba se je zavedati, da je pri presojanju skladnosti neke določbe, ki zahteva javno razkritje osebnih informacij, z zahtevami varstva podatkov, bistveno imeti jasen in dobro opredeljen namen predvidene objave. Samo na podlagi jasnega in dobro opredeljenega namena je mogoče presojati, ali je objava zadevnih osebnih podatkov dejansko potrebna in sorazmerna <sup>(25)</sup>.
57. Ko je ENVP prebral predlog in spremno dokumentacijo (tj. poročilo o oceni vpliva), je dobil vtis, da namen in torej tudi potrebnost tega ukrepa nista jasno določena. Medtem ko v uvodnih izjavah predloga to vprašanje ni omenjeno, je v poročilu o oceni vpliva navedeno zgolj, da „je objava sankcij pomemben element za zagotavljanje, da sankcije delujejo odvračilno na naslovnike, zato je treba zagotoviti, da imajo sankcije tudi odvračilen učinek na širšo javnost“ <sup>(26)</sup>. Takšna splošna formulacija se ne zdi zadosten dokaz o nujnosti predlaganega ukrepa. Če je splošni namen večji odvračilni učinek, se zdi, da bi morala Komisija pojasniti, zakaj ne bi zadoščale višje finančne kazni (ali druge sankcije, pri katerih ni treba nikogar privezati na sramotilni steber).
58. Poleg tega se zdi, da v poročilu o oceni vpliva niso dovolj upoštevane manj vsiljive metode objave informacij, kot je omejevanje objave na identiteto kreditnih ustanov ali odločanje o objavi za vsak primer posebej. Predvsem slednja možnost se na prvi pogled zdi bolj sorazmerna rešitev, zlasti če pomislimo, da je že sama objava – kot je priznано v členu 75(2)(a) – sankcija, ki jo je torej treba presojati za vsak primer posebej, pri čemer se upoštevajo ustrezne okoliščine, kot so resnost kršitve, stopnja osebne odgovornosti, povratništvo, izgube za tretje strani itd <sup>(27)</sup>.
59. Po mnenju ENVP pa je rešitev, pri kateri obstaja možnost presojanja primera glede na posebne okoliščine, bolj sorazmerna in torej boljša od obvezne objave v vseh primerih. Ta diskrecijska pravica bi na primer omogočila pristojnemu organu, da se izogne objavi v primerih lažjih kršitev, pri katerih zaradi kršitve ni bila povzročena večja škoda, pri kateri je stranka pokazala pripravljenost za sodelovanje itd.
60. Člen 35(6) predlagane uredbe se nanaša na objavo obvestila na spletnem mestu organa ESMA o vsaki odločitvi o izreku ali obnovi kakršne koli omejitve zmožnosti, da oseba sklepa pogodbe o izvedenih finančnih instrumentih na blago. Tako je treba objaviti istovetnost oseb, ki jim je organ ESMA omejil sposobnost za pogajanje, skupaj z veljavnimi finančnimi instrumenti, kvantitativnimi ukrepi, kot je največje število pogodb, ki jih lahko sklene zadevna oseba ali skupina oseb, in razloge za to. Začetek veljavnosti ukrepa je vezan na samo objavo (člen 35(7)). ENVP na podlagi utemeljitve v zvezi z določbami direktive spodbuja zakonodajalca, da razmisli, ali je objava nujna in ali ne obstaja manj restriktiven način, kadar so udeležene fizične osebe.

<sup>(25)</sup> Glede tega glej tudi Mnenje ENVP z dne 15. aprila 2011 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za letni proračun Unije (UL C 215, 21.7.2011, str. 13).

<sup>(26)</sup> Glej sprotno opombo 11 zgoraj.

<sup>(27)</sup> To je v skladu s členom 74 predlagane direktive, v kateri so določena merila za opredeljevanje sankcij.

### 2.5.3 Potreba po ustreznih zaščitnih ukrepih

61. V predlagani direktivi bi bilo treba predvideti ustrezne zaščitne ukrepe, s katerimi bi zagotovili ustrezno ravnovesje med različnimi obstoječimi interesi. Najprej so potrebni zaščitni ukrepi v zvezi s pravico obtoženih, da izpodbijajo odločitev pred sodiščem, in domnevo o nedolžnosti. Zaradi tega bi bilo treba v členu 74 uporabiti posebne formulacije, ki bi obvezale pristojne organe k ustreznemu ukrepanju v zvezi z obema položajema, kadar je bila proti odločitvi vložena pritožba in kadar jo na koncu razveljavi sodišče <sup>(28)</sup>.
62. Drugič, v predlagani direktivi je treba zagotoviti, da so proaktivno zaščitene pravice posameznikov, na katere se nanašajo podatki. ENVP spoštuje dejstvo, da končna različica predloga predvideva možnost, da se sankcije ne objavijo, če bi bila s tem povzročena nesorazmerna škoda. Proaktivni pristop pa bi moral pomeniti, da se posamezniki, na katere se nanašajo podatki, predhodno obvestijo o objavi odločitve, s katero jim je bila izrečena sankcija, ter da imajo v skladu s členom 14 Direktive 95/46/ES pravico do ugovora na podlagi zakonitih in nujnih razlogov <sup>(29)</sup>.
63. Tretjič, v predlagani direktivi ni naveden medij, v katerem je treba objaviti informacijo, čeprav si je mogoče predstavljati, da bodo države članice objavljale na internetu. Objave na internetu pa sprožajo posebna vprašanja in tveganja, zlasti glede potrebe po zagotovitvi, da informacije ne ostanejo na spletu dlje, kot je potrebno, ter da s podatki ni mogoče manipulirati ali jih spreminjati. Tudi uporaba zunanjih iskalnikov prinaša tveganje, da bi informacije vzeli iz konteksta in jih preusmerili drugam na splet ali z njega na načine, ki jih je težko nadzirati <sup>(30)</sup>.
64. Zaradi navedenega je treba obvezati države članice, da zagotovijo, da osebni podatki zadevnih oseb ostanejo na spletu samo razumno obdobje, po tistem pa jih je treba sistematično brisati <sup>(31)</sup>. Države članice morajo poleg tega zagotoviti zadostne varnostne in zaščitne ukrepe, zlasti zaradi zaščite pred tveganji, ki jih prinaša uporaba zunanjih iskalnikov <sup>(32)</sup>.

### 2.5.4 Sklepne ugotovitve o objavi

65. ENVP meni, da obvezna objava sankcij – v sedanji obliki – ni v skladu s temeljno pravico do varstva zasebnosti in podatkov. Zakonodajalec mora skrbno preučiti potrebnost predlaganega sistema in preveriti, ali obveznost objave presega to, kar je potrebno za uresničitev javnega interesa, in ali obstajajo manj restriktivni ukrepi za doseg istega cilja. Na podlagi rezultata tega preskusa sorazmernosti je obveznost objave vsekakor treba podpreti z ustreznimi zaščitnimi ukrepi za zagotovitev spoštovanja domneve o nedolžnosti, pravice zadevnih oseb do ugovora, varnosti/natančnosti podatkov in njihovega izbrisa po ustreznem obdobju.

## 2.6 Sporočanje kršitev

66. V členu 77 predlagane direktive so obravnavani mehanizmi za sporočanje kršitev, znani tudi pod imenom sistemi za prijavljanje nepravilnosti. Ti sistemi so sicer lahko koristno orodje za zagotavljanje skladnosti, vseeno pa sprožajo pomembna vprašanja z vidika varstva podatkov <sup>(33)</sup>. ENVP pozdravlja

<sup>(28)</sup> Tako bi na primer nacionalni organi lahko razmislili o naslednjih ukrepih: o odlogu objave, dokler ni pritožba zavrnjena, ali, kot je nakazano v poročilu o oceni učinka, o jasni navedbi, da je proti odločitvi vložena pritožba in da za posameznika velja domneva o nedolžnosti, dokler odločitev ne postane pravomočna, o objavi preklica v primerih, v katerih sodišče razveljavi odločitev.

<sup>(29)</sup> Glej mnenje ENVP z dne 10. aprila 2007 o financiranju skupne kmetijske politike (UL C 134, 16.6.2007, str. 1).

<sup>(30)</sup> V tem smislu glej dokument italijanskega organa za varstvo podatkov „Osebni podatki, ki so vključeni tudi v evidence in dokumentacijo javnih upravnih organov: smernice za njihovo obdelavo s strani javnih organov v zvezi s spletnim komuniciranjem in razširjanjem“, ki je na voljo na spletišču italijanskega organa za varstvo podatkov, <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1803707>

<sup>(31)</sup> Ti pomisleki so povezani tudi s splošnejšo pravico, da se nekaj pozabi, o vključitvi katere v nov zakonodajni okvir za varstvo osebnih podatkov se še razpravlja.

<sup>(32)</sup> Te ukrepe in zaščitne ukrepe na primer sestavlja izločitev indeksacije podatkov z zunanjimi iskalniki.

<sup>(33)</sup> Delovna skupina iz člena 29 je leta 2006 objavila mnenje o takšnih sistemih, v katerem so obravnavani vidiki varstva podatkov, povezani s tem pojavom: Mnenje št. 1/2006 o uporabi pravil EU o varstvu podatkov v notranjih shemah za prijavo nepravilnosti na področjih računovodstva, internih računovodskih kontrol, revizijskih zahtev, boja proti podkupovanju, bančnemu in finančnemu kriminalu (Mnenje delovne skupine o prijavljanju nepravilnosti). Mnenje je na voljo na spletišču Delovne skupine iz člena 29: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index_en.htm)

dejstvo, da predlagana direktiva vsebuje posebne zaščitne ukrepe, ki jih je treba dodatno razviti na nacionalni ravni in so namenjeni zaščitni oseb, ki poročajo o domnevni kršitvi, in splošnejšemu varstvu osebnih podatkov. V oceni vpliva so omenjeni sistemi prijavljanja nepravilnosti kot ena od možnosti za uvajanje sankcij pri oceni temeljnih pravic<sup>(34)</sup>, vključeno pa je tudi opozorilo v zvezi s potrebo, da je izvedbena zakonodaja v skladu z načeli in merili varstva podatkov, ki jih navajajo organi za varstvo podatkov. ENVP se zaveda, da so v direktivi določeni samo glavni elementi sistema, ki ga bodo izvajale države članice. Kljub temu bi rad opozoril na naslednja dejstva.

67. ENVP tako kot v drugih mnenjih<sup>(35)</sup> poudarja, da je treba vnesti sklicevanje na obvezno spoštovanje zaupnosti identitete prijaviteljev nepravilnosti in informatorjev. ENVP poudarja, da je položaj prijaviteljev nepravilnosti občutljiv. Osebam, ki posredujejo takšne informacije, bi bilo treba zagotoviti, da njihova identiteta ostane zaupna, zlasti v zvezi z osebo, katere domnevno kršitev so sporočili<sup>(36)</sup>. Zaupnost identitete prijaviteljev nepravilnosti je treba zagotavljati na vseh stopnjah postopka, dokler je to v skladu z nacionalnimi predpisi o sodnih postopkih. Pri tem je morda zlasti treba razkriti njihovo identiteto v okviru nadaljnje preiskave ali sodnih postopkov, ki so bili sproženi na podlagi preiskave (tudi če je bilo ugotovljeno, da so zlonamerno dajali napačne navedbe o osebi)<sup>(37)</sup>. Glede na navedeno ENVP priporoča, da se v člen 77(1)(b) doda naslednja določba: „na vseh stopnjah postopka je treba varovati identiteto teh oseb, razen če se razkritje zahteva z nacionalno zakonodajo v okviru nadaljnje preiskave ali sodnih postopkov“.
68. ENVP poleg tega poudarja pomen zagotovitve ustreznih predpisov za varovanje pravic obtoženih oseb do dostopa, ki so tesno povezane s pravicami do obrambe<sup>(38)</sup>. S postopki za prejem poročila in njihovo nadaljnje spremljanje iz člena 77(1)(a) je treba zagotoviti, da se pravice obtoženih do obrambe, kot so pravica do informiranosti, pravica dostopa do datoteke o preiskavi in domneva o nedolžnosti, ustrezno spoštujejo in so omejene samo toliko, kolikor je nujno<sup>(39)</sup>. ENVP glede tega priporoča, da se v predlagano direktivo vnese določba iz člena 29(d) predloga Komisije za uredbo Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji, ki od držav članic zahteva vzpostavitev „ustreznih postopkov za zagotovitev pravice obdolžene osebe do obrambe in zaslišanja pred sprejetjem odločitve v zvezi z njo ter pravice do učinkovitega pravnega sredstva zoper kakršno koli odločitev ali ukrep, ki se nanjo nanaša“.
69. In nazadnje, ENVP v zvezi s členom 77(1)(c) z zadovoljstvom opaža, da ta določba zahteva od držav članic, da zagotovijo varstvo osebnih podatkov osebe, ki prijavi kršitve, in osebe, ki je obdolžena, v skladu z načeli iz Direktive 95/46/ES. Vseeno pa predlaga izbris formulacije „načeli iz“, da je sklicevanje na Direktivo bolj celostno in zavezujoče. V zvezi s potrebo po spoštovanju zakonodaje o varstvu podatkov pri praktičnem izvajanju sistemov pa bi ENVP rad zlasti poudaril priporočila, ki jih je Delovna skupina iz člena 29 navedla v svojem mnenju o prijavljanju nepravilnosti iz leta 2006. Zadevni subjekti se morajo pri izvajanju nacionalnih sistemov zavedati potrebe po ohranjanju sorazmernosti, tako da se čim bolj omejijo kategorije oseb, ki imajo pravico do poročanja, kategorije oseb, ki so lahko obdolžene, in kršitve, za katere so lahko obdolžene; potrebo po spodbujanju določljivih in zaupnih poročil v
- <sup>(34)</sup> Glej oceno vpliva, str. 137–138: „Kar zadeva uvajanje sistemov prijavljanja nepravilnosti, se pri tem sprožajo vprašanja o varstvu osebnih podatkov (člen 8 Listine EU in člen 16 PDEU) ter domnevi nedolžnosti in pravici do obrambe (člen 48 Listine EU). Zaradi tega je treba pri vsakem uvajanju sistemov prijavljanja nepravilnosti zagotoviti skladnost ter vključenost načel in meril varstva podatkov, ki jih navedejo organi za varstvo podatkov EU, ter zagotoviti zaščitne ukrepe v skladu z Listino o temeljnih pravicah.“
- <sup>(35)</sup> Glej na primer Mnenje o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za letni proračun Unije, z dne 15. aprila 2011 in mnenje o preiskavah, ki jih izvaja Evropski urad za boj proti goljufijam (OLAF), z dne 1. junija 2011. Obe mnenji sta na voljo na spletnem naslovu <http://www.edps.europa.eu>
- <sup>(36)</sup> ENVP je poudaril pomen ohranjanja zaupnosti identitete razkrivalca nepravilnosti v dopisu Evropskemu varuhu človekovih pravic z dne 30. julija 2010 v zadevi 2010-0458. Dopis je na voljo na spletišču ENVP ([www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu)). Glej tudi mnenji ENVP po predhodnem preverjanju z dne 23. junija 2006 o internih preiskavah urada OLAF (zadeva 2005-0418) in z dne 4. oktobra 2007 o zunanjih preiskavah urada OLAF (zadeve 2007-47, 2007-48, 2007-49, 2007-50, 2007-72).
- <sup>(37)</sup> Glej Mnenje o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za letni proračun Unije, 15. aprila 2011, na voljo na spletnem naslovu <http://www.edps.europa.eu>
- <sup>(38)</sup> V tem smislu glej Smernice ENVP o obdelavi osebnih podatkov v upravnih poizvedbah in disciplinskih postopkih evropskih institucij in organov, v katerih je poudarjena tesna povezava med pravico posameznikov, na katere se nanašajo podatki, do dostopa do podatkov in pravico oseb, proti katerim je bila vložena obtožba, do obrambe (glej str. 8 in 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> Glej mnenje Delovne skupine iz člena 29 o razkrivanju nepravilnosti, str. 13–14.

primerjavi z anonimnimi poročili; potrebo po zagotavljanju razkritja identitete prijaviteljev nepravilnosti, če so podali zlonamerne navedbe, in potrebo po doslednem upoštevanju obdobja hranjenja podatkov.

## 2.7 Sodelovanje med pristojnimi organi držav članic in organom ESMA

### 2.7.1 Sodelovanje v okviru predlagane direktive

70. Člen 83 uvaja obveznost medsebojnega sodelovanja pristojnih organov držav članic ter sodelovanja med temi organi in organom ESMA. Zlasti člen 83(5) predvideva obveznost, da pristojni organi sporočijo organu ESMA in drugim organom podatke o (a) zahtevah po zmanjšanju velikosti pozicije ali izpostavljenosti (v skladu s členom 72(1)(f)) in (b) kakršni koli omejitvi zmožnosti, da osebe sklenejo posel z instrumentom (v skladu s členom 72(1)(g)). Obvestilo vključuje podatke o istovetnosti osebe, na katero so naslovljeni ukrepi, ter namenu omejitev, vrsti finančnih instrumentov, ki se uporabljajo, in druge informacije.
71. Poleg tega je določeno, da pristojni organi držav članic, ki prejmejo navedena obvestila, „lahko ukrepajo v skladu s členom 72(1)(f) ali (g), kadar ugotovijo, da je ukrep potreben za uresničitev cilja drugega pristojnega organa“. ENVP bi rad poudaril, da je tovrstno odločitev, ki jo sprejme pristojni organ, mogoče razlagati kot izpolnjevanje meril za „avtomatizirano posamično odločitev“, kakor je opisana v členu 15 Direktive 95/46/ES: ta razlaga je mogoča, ker člen 72 vključuje zahtevo, da pristojni organ, ki prejme obvestilo, preveri, ali je mogoče z zadevnim ukrepom uresničiti cilj *drugega* pristojnega organa. Od pristojnega organa države članice, ki prejme obvestilo, se torej ne zahteva izrecno, da opravi neodvisno analizo okoliščin primera – tudi na podlagi osebnih podatkov posameznika – za izdajo ukrepa, ki omejuje njegove pravice. V členu 15 Direktive 95/46/ES je določeno, da je treba vsaki osebi priznati pravico, da se o njej ne bo sprejela odločitev, ki ima pravne učinke v zvezi z njo ali nanjo znatno vpliva in ki temelji zgolj na avtomatski obdelavi podatkov, namenjeni ovrednotenju nekaterih osebnih vidikov v zvezi s to osebo, kakršni so njena uspešnost pri delu, kreditna sposobnost, zanesljivost, ravnanje itn. Za okoliščine, ki se preučujejo, je pomemben člen 15(2) Direktive 95/46/ES: v njem je določeno, da se o osebi lahko sprejme odločitev, kakršna je navedena zgoraj, če je ta odločitev „dovoljena z zakonodajo“ in obstajajo ukrepi za zaščito interesov posameznika, na katerega se nanašajo podatki. Pravna podlaga za izvzetje člena 15(2) Direktive 95/46/ES bodo nacionalni zakoni o izvajanju direktive, ni pa vzpostavljenih posebnih ukrepov za zaščito zakonitih interesov posameznika, na katerega se nanašajo podatki.
72. Tako se zdi, da besedilo predlagane direktive omogoča sprejetje avtomatizirane odločitve, ki vpliva na sposobnost sklepanja pogodb s strani organa s sedežem v državi članici, ki ni država članica, v kateri se je ukrep prvotno uporabil. ENVP glede na vpliv, ki ga ima lahko takšna odločitev na pravico osebe, ki se poklicno ukvarja z investicijskimi dejavnostmi, poudarja, da je treba v besedilu izrecno navesti sklicevanje na pravico do ugovora proti avtomatiziranim posamičnim odločitvam v skladu s členom 15 Direktive 95/46/ES. Pri tem je treba izrecno uvesti zaščitne ukrepe, s katerimi se zagotovi, da je posameznik, na katerega se nanašajo podatki, seznanjen s prenosom in postopkom, ki ga je pristojni organ, ki prejme informacije, začel za sprejetje takšne odločitve, tako da bo lahko dejansko uresničeval pravico do ugovora.

### 2.7.2 Sodelovanje v okviru predlagane uredbe

73. V členu 34(2) uredbe je določeno, da organ ESMA po prejemu kakršnega koli obvestila o ukrepih v skladu s členom 83(5) direktive zabeleži ukrep in razloge zanj, poleg tega na svoji spletni strani objavi in posodablja zbirko podatkov s povzetki o veljavnih ukrepih v zvezi z ukrepi iz člena 72(1)(f), „vključno s podrobnostmi o zadevni osebi ali skupini oseb“.
74. Takšna objava je še en način obdelave, ki vključuje osebne podatke. Pri tem veljajo enake pripombe kot za objavo sankcij v poglavju 2.5 zgoraj. Kot kaže, ni bila opravljena ocena vpliva tovrstne spletne objave na temeljne pravice. ENVP zato spodbuja zakonodajalca, da razmisli, ali je ta ukrep res potreben in sorazmeren.

## 2.8 Izmenjava informacij s tretjimi državami

75. ENVP opozarja na sklicevanje na Direktivo 95/46/ES, zlasti na poglavje 4, in Uredbo (ES) št. 45/2001 v členu 92 predlagane direktive.
76. Zaradi tveganj, ki jih prinašajo takšni prenosi, pa ENVP priporoča vnos posebnih zaščitnih ukrepov, kot so presoja za vsak primer posebej, zagotovilo o potrebnosti prenosa, zahteva po predhodnem izrecnem dovoljenju, da pristojni organ lahko posreduje podatke v tretjo državo in jih prejema od nje, ter o zadostni stopnji varovanja osebnih podatkov v tretji državi, ki osebne podatke prejme.
77. Dober primer takšne določbe, ki vsebuje ustrezne zaščitne ukrepe, je člen 23 predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji <sup>(40)</sup>.

## 3. SKLEPNE UGOTOVITVE

78. ENVP podaja naslednja priporočila:

- v predloga vnesti vsebinsko določbo, ki se glasi: „Kar zadeva obdelavo osebnih podatkov, ki ga izvajajo države članice v okviru te uredbe, pristojni organi uporabljajo določbe nacionalnih predpisov za izvajanje Direktive 95/46/ES. Kar zadeva obdelavo osebnih podatkov, ki ga izvaja organ ESMA v okviru te uredbe, organ ESMA upošteva določbe Uredbe (ES) št. 45/2001“;
- v členu 22 predlagane uredbe nadomestiti najkrajše obdobje hranjenja pet let z najdaljšim obdobjem hranjenja,
- v členu 16(7) predlagane direktive opredeliti (i) namen snemanja telefonskih pogovorov in evidentiranja elektronskih komunikacij ter (ii) vrsto telefonskih pogovorov in elektronskih komunikacij ter kategorijo podatkov o pogovorih in komunikacijah, ki se bodo evidentirali,
- v členu 71(2)(c) predlagane direktive pojasniti, da je inšpekcijsko pooblastilo omejeno na prostore investicijskih podjetij in ne zajema zasebnih prostorov,
- v člen 71(2)(d) o pooblastilu za zahtevo po podatkih o telefonskem in podatkovnem prometu vnesti splošno zahtevo po predhodni sodni odobritvi in zahtevo po uradni odločitvi, v kateri je navedeno naslednje: (i) pravna podlaga; (ii) namen zahteve; (iii) katere informacije se zahtevajo; (iv) rok, v katerem je treba zagotoviti informacije, in (v) pravica naslovnika, da se zoper odločitev pritoži pred Sodiščem Evropske unije,
- pojasniti, na katere evidence o telefonskem in podatkovnem prometu se nanaša člen 71(2)(d),
- v zvezi s pomisleki, izraženimi v tem mnenju, oceniti potrebnost in sorazmernost predlaganega sistema obveznega objavljanja sankcij. Na podlagi rezultatov presoje potrebnosti in sorazmernosti vsekakor zagotoviti ustrezne zaščitne ukrepe za zagotovitev spoštovanja domneve o nedolžnosti, pravice zadevnih oseb do ugovora, varnosti/natančnosti podatkov in njihovega izbrisa po določenem obdobju,

<sup>(40)</sup> V členu 23 predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji, COM(2011) 651, je navedeno:

„1. Pristojni organ države članice lahko tretji državi posreduje osebne podatke le v posameznih primerih in le, če so izpolnjene zahteve iz Direktive 95/46/ES, zlasti iz člena 25 ali 26. Pristojni organ države članice zagotovi, da je posredovanje potrebno za namene te uredbe. Pristojni organ zagotovi, da tretja država ne posreduje podatkov drugi tretji državi, razen če ima izrecno pisno dovoljenje in upošteva pogoje, ki jih določi pristojni organ države članice. Osebnih podatkov se lahko posredujejo le tretji državi, ki zagotavlja ustrezno raven varstva osebnih podatkov.

2. Pristojni organ države članice informacije, ki jih je prejel od pristojnega organa druge države članice, razkrije pristojnemu organu tretje države le, kadar pridobi izrecno soglasje pristojnega organa, ki je posredoval informacije, in se informacije, kjer je primerno, razkrijejo izključno za namene, za katere je navedeni pristojni organ dal soglasje.

3. Kadar sporazum o sodelovanju predvideva izmenjavo osebnih podatkov, je ta v skladu z Direktivo 95/46/ES.“

- (i) v točko (b) člena 77(1) vnesti določbo z navedbo: „na vseh stopnjah postopka je treba varovati identiteto teh oseb, razen če se razkritje zahteva v nacionalni zakonodaji v okviru nadaljnje preiskave ali sodnih postopkov“; (ii) dodati točko (d), ki zahteva, da države članice vzpostavijo „ustrezne postopke za zagotovitev pravice obdolžene osebe do obrambe in zaslišanja pred sprejetjem odločitve v zvezi z njo ter pravice do učinkovitega pravnega sredstva zoper kakršno koli odločitev ali ukrep, ki se nanjo nanaša“; (iii) iz točke (c) umakniti formulacijo „načeli iz“.

V Bruslju, 10. februarja 2012

Giovanni BUTTARELLI  
*Pomočnik Evropskega nadzornika za varstvo  
podatkov*

---