

Становище на комитета (член 70, алинея 1, буква б)



**Становище 23/2018 във връзка с предложенията на
Комисията относно европейските заповеди за
предоставяне и запазване на електронни доказателства
по наказателноправни въпроси
(член 70, параграф 1, буква б)**

Прието на 26 септември 2018 г.

Съдържание

Въведение	3
1. Правното основание на предложението за регламент (член 82 от ДФЕС)	4
2. Необходимостта от електронни доказателства, разгледана при съпоставяне с договорите за правна взаимопомощ (ДПВ) и европейската заповед за разследване (ЕЗР)	5
а) Необходимостта от електронни доказателства, съпоставена с гаранциите, предоставяни от ЕЗР и договорите за правна взаимопомощ	6
б) Изоставянето на принципа на двойна наказуемост	7
в) Последствията от отправянето на заповедите пряко до съответните компании	8
3. Новото основание за компетентност и т.нар. отпадане на критериите за местонахождение	9
4. Понятието „доставчици на услуги“ следва да бъде ограничено или да бъде допълнено с още гаранции за правата на субектите на данни	10
5. Понятията „форма на установяване“ и „юридически представител“ в контекста на разглежданите предложения трябва да бъдат ясно разграничени от същите понятия в контекста на ОРЗД	12
а) Форма на установяване	12
б) Юридически представител	12
6. Нови категории данни	13
7. Анализ на процедурите, предвидени във връзка с европейските заповеди за запазване и за предоставяне	15
а) Праговете за издаването на заповедите следва да бъдат по-високи и заповедите следва да се издават или издаването им да се разрешава от съдилищата	16
б) Сроковете за предоставяне на данните следва да бъдат обосновани	17
в) Европейските заповеди за предоставяне и за запазване не трябва да се използват за искане на данни на субект от друга държава членка, без да бъдат информирани поне компетентните органи на тази държава членка, особено когато става дума за данни за съдържанието	18
г) Европейските заповеди за запазване не трябва да се използват за заобикаляне на задълженията на доставчиците на услуги да запазват данни	19
д) Поверителност и информиране на потребителя	19
е) Процедура за принудително изпълнение на заповед, когато доставчикът на услуги отказва да я изпълни	20
ж) Принудително изпълнение на заповедите и противоречащи си задължения, които се основават на правото на трета държава (членове 15 и 16)	20
з) Сигурност на предаването на данни в отговор на заповед	22
Заклучения	23

Европейският комитет по защита на данните,

Като взе предвид член 70, параграф 1, буква б от Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 г. относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО,

ПРИЕ НАСТОЯЩОТО СТАНОВИЩЕ:

Въведение

През април 2018 г. Комисията представи предложение за Регламент относно европейските заповеди за предоставяне и за запазване на електронни доказателства по наказателноправни въпроси и предложение за Директива за установяване на хармонизирани правила относно определянето на юридически представители за целите на събирането на доказателства по наказателни производства. Двете предложения COM(2018) 225 final и COM(2018) 226 final се допълват взаимно. Общата цел на Комисията е да подобри сътрудничеството между органите на държавите членки и доставчиците на услуги, включително тези, установени в държави извън ЕС, и да предложи решения на проблема с определянето и упражняването на компетентността в киберпространството.

Докато в предложения регламент се предвиждат приложимите правила и процедури за издаване, връчване и изпълнение на заповедите за запазване и предоставяне по отношение на доставчиците на електронни съобщителни услуги, то в предложената директива се предвиждат минимални правила за определянето на юридически представител за доставчиците на услуги, които не са установени в ЕС.

През ноември 2017 г.¹, преди Комисията да внесе проекти на предложенията, работната група по член 29 (РГ 29) припомни, че е нужно да се гарантира пълното съответствие на всяко евентуално законодателно предложение с достиженията на правото на ЕС относно защитата на личните данни в частност, както и с правото и съдебната практика на ЕС като цяло.

По-специално, РГ 29 предупреди, че не следва да се ограничават правата на защита на данните и на неприкосновеност на личния живот във връзка с данните, обработвани от доставчиците на далекосъобщителни услуги и на услуги на информационното общество, особено в случаи на по-нататъшно обработване от правоприлагащи органи. РГ 29 също така припомни, че е необходимо да се гарантира съгласуваността на всеки евентуален инструмент на ЕС с действащата Конвенция от Будапеща на Съвета на Европа за престъпленията в кибернетичното пространство и с Директивата на ЕС относно Европейска заповед за разследване (ЕЗР), и препоръча да се изяснят съответните процедурни правила, уреждащи достъпа до електронни доказателства на национално равнище и на равнище ЕС, за да се гарантира, че новият инструмент няма да предостави на органите нови правомощия, с които не биха разполагали на национално равнище. В допълнение към тези общи бележки РГ 29 коментира вариантите на законодателство, разглеждани от Комисията към онзи момент, във връзка със съответните категории данни и съответните гаранции за достъп до тях, възможността за отправяне на заповеди за

¹ Вж. изявлението на РГ 29 (http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48801).

предоставяне/искания, за задължаване на доставчиците на услуги да предоставят данни, намиращи се извън ЕС, както и във връзка с материалноправните и процесуалните условия и нужните гаранции по отношение на прекия достъп до данни.

С конкретните настоящи предложения относно електронните доказателства Европейският комитет по защита на данните (ЕКЗД) се стреми да осигури по-подробен анализ на предложените правни инструменти от гледна точка на защитата на данните.

1. Правното основание на предложението за регламент (член 82 от ДФЕС)

Правното основание, предложено за проекта на регламент за електронните доказателства, е член 82, параграф 1 от ДФЕС относно съдебното сътрудничество по наказателноправни въпроси, в който се предвижда следното:

„1.

2 83.

)

)

)

)

“

Както Комисията подчерта в оценката на въздействието, придружаваща предложенията:

„В член 82, параграф 1 се уточнява, че съдебното сътрудничество по наказателноправни въпроси се основава на принципа на взаимно признаване. Това правно основание би обхванало евентуално законодателство, регламентиращо прякото сътрудничество с доставчиците на услуги, при което органът на издаващата държава членка се обръща пряко към дадено юридическо лице (доставчика на услуги) в изпълняващата държава и дори му налага задължения. По този начин би се въвело ново измерение във взаимното признаване, откъдето традиционното съдебно сътрудничество в Съюза, което до момента се основа на процедури, в които участват два съдебни органа — един в издаващата държава и втори в изпълняващата държава“ (подчертаването е добавено).

Предвид новаторския характер на използването на това правно основание в контекста на преки искания между публични органи и частни страни, ЕКЗД изразява съжаление, че Комисията не е предвидила допълнителен анализ или оценка.

Действително, както вече беше подчертано от Работната група в предишното ѝ изявление, ЕКЗД продължава да изразява съмненията си относно уместността на това правно основание, като тези съмнения се подкрепят от анализа на Съда на ЕС и неговия генерален адвокат в

Становище 1/15 на Съда. В контекста на разсъжденията във връзка с валидността на член 82 като правно основание на проекта за споразумение относно резервационните данни на пътниците между ЕС и Канада, Съдът подчерта, че канадският компетентен орган „не е нито съдебен, нито равностоен орган“². Що се отнася до предложенията относно електронните доказателства, една от основните преследвани цели, заявени от Комисията, изглежда е да се избегне „твърде тромавото“ съдебно сътрудничество. Следователно предложението се основава на принципа, че сътрудничеството следва да се осъществява между орган и доставчик на услуги, а не между два органа. Предвидената процедура преди всичко поставя частните субекти в позицията да са получаваща страна и да отговарят на исканията, отправени от съдебни органи.

ЕКЗД отбелязва, че процесът на изпълнение на заповедите за предоставяне или запазване би могъл да доведе до участието на получаващ орган в случаите, в които приемащият доставчик на услуги не изпълни задълженията си, което ще доведе до необходимост от изискването на последващо принудително изпълнение на заповедта. = Тъй като основната цел на процедурата е именно да няма участие на получаващ орган, ЕКЗД се съмнява, че тази помощна процедура би могла да оправдае използването на член 82 като единствено правно основание за инструмента.

Ето защо ЕКЗД счита, че за да може член 82 да се използва като правно основание, основните процедурни стъпки от сътрудничеството следва да се осъществяват между два съдебни органа, и че за предлагания вид сътрудничество следва да се използва друго правно основание.

2. Необходимостта от електронни доказателства, разгледана при съпоставяне с Договорите за правна взаимопомощ (ДПВ) и европейската заповед за разследване (ЕЗР)

ЕКЗД отчита ангажимента на Комисията да направи преглед на пречките пред наказателните разследвания, по-специално въпроса за достъпа до електронни доказателства. В своя обяснителен меморандум Комисията представя контекста на предложението и подчертава нестабилния характер на електронните доказателства, международното измерение на проблема, както и нуждата от адаптиране на механизма за сътрудничество към цифровата ера. Предложенията за регламент и директива за предаването и достъпа до електронни доказателства нямат за цел да заменят установени по-рано инструменти за сътрудничество по наказателноправни въпроси, като например Конвенцията от Будапеща, Договора за правна взаимопомощ (ДПВ) и Директивата относно Европейска заповед за разследване (ЕЗР). Според Комисията предложенията относно електронните доказателства имат за цел да подобрят съдебното сътрудничество по наказателноправни въпроси между органите и доставчиците на услуги в рамките на Европейския съюз, както и с трети държави — по-специално, Съединените американски щати.

Тъй като тези нови допълнителни инструменти ще бъдат специално насочени към достъпа до и предаването на електронни доказателства, ЕКЗД ще извърши оценка на добавената стойност на инструментите спрямо Директивата за ЕЗР и Договора за правна взаимопомощ.

² Вж. точка 103 от Становище 1/15 и точка 108 от заключението на генералния адвокат по делото.

а) Необходимостта от електронни доказателства, съпоставена с гаранциите, предоставяни от ЕЗР и Договорите за правна взаимопомощ

Основният довод на Комисията в полза на предложенията относно електронните доказателства е да се ускори процесът на обезпечаване и получаване на електронни доказателства, които се съхраняват и/или държат от доставчици на услуги, установени в друга държава.

Въпреки това ЕКЗД изразява съжаление, че необходимостта от нов инструмент за организиране на достъпа до електронни доказателства не е демонстрирана в оценката на въздействието. Действително от предложенията не личи, че не е имало други средства, свързани с по-малко намеса, които биха могли да се използват за постигане на целта на предложението за електронните доказателства, а е можело да се разгледат алтернативни решения. Така например е можело да се разгледа възможността за изменение и усъвършенстване на Директивата за ЕЗР, като с това е можело да се отговори на конкретно изискване по Директивата за ЕЗР за извършване на оценка на необходимостта от изменение на текста до 21 май 2019 г.³ Алтернативна възможност, която е можело да се предвиди е използването на заповеди за запазване с цел замразяване на данните докато бъде издадено официално искане въз основа на ДПВ. С тези варианти биха се запазили мерките за защита, предвидени в посочените инструменти, като същевременно би се гарантирало, че исканите данни няма да бъдат заличени.

ЕКЗД констатира, че сроковете, предвидени в Директивата за ЕЗР са по-дълги, отколкото в предложението относно електронните доказателства. На практика, изпълняващият орган разполага с 30 дни, за да вземе решение по признаването на искането⁴, като след това следва да изпълни заповедта в рамките на 90 дни⁵. ЕКЗД счита, че предвиждането на 30 дни за размисъл за изпълняващите органи в процедурата за ЕЗР е ключова гаранция, която им дава възможност да преценят дали искането за изпълнение е основателно и отговаря на всички условия за издаване и предаване на ЕЗР⁶.

ЕКЗД изразява загриженост, че заложеният в предложенията относно електронните доказателства 10-дневен срок за изпълнение на удостоверение за европейска заповед за предоставяне, без предвидено време за размисъл не позволява да се извърши надлежна преценка на това дали удостоверението за европейска заповед за предоставяне отговаря на всички критерии и е правилно попълнено.

Ето защо, ЕКЗД препоръчва на получателя на удостоверението за европейска заповед за предоставяне да се даде повече време, за да прецени дали заповедта следва да бъде изпълнена.

ЕКЗД отбелязва, че в случая на удостоверението за европейска заповед за запазване няма гаранция, че запазването на данните ще е ограничено до това, което следва да се предостави. Продължителността на запазване на данните може да надхвърли 60 дни, тъй като няма срок, в който издаващият орган трябва да информира адресата, в случай че заповедта за предоставяне не следва да бъде издадена или следва да бъде оттеглена. По тази причина, ЕКЗД препоръчва поне да се предвиди срок, в който издаващият орган да се откаже от издаване или да оттегли

³ Вж. член 37 от Директивата за ЕЗР.

⁴ Член 12, параграф 3 от Директивата за ЕЗР.

⁵ Член 12, параграф 4 от Директивата за ЕЗР.

⁶ Член 6 от Директивата за ЕЗР.

заповедта за предоставяне, за да се спази предвиденият в Общия регламент относно защитата на данните (ОРЗД) принцип за свеждане на данните до минимум⁷.

На последно място, ЕКЗД отбелязва, че в Директивата за ЕЗР се предвижда връщането на доказателства от издаващата държава на изпълняващия орган⁸. В Регламента относно електронните доказателства обаче подобна възможност не се споменава. Не е ясно какво се случва с електронните доказателства след предаването им на издаващия орган.

Ето защо ЕКЗД препоръчва в предложението за регламент да се предостави повече информация относно използването на електронните доказателства след предаването им на издаващия орган с цел спазване на ОРЗД и на принципа на прозрачност⁹, както и на принципа на конкретност, установен от договорите за правна взаимопомощ.

б) Изоставянето на принципа на двойна наказуемост

ЕКЗД счита, че взаимното признаване зависи от прилагането на двойната наказуемост, което е средство за държавите членки да запазят своя суверенитет. На двойната наказуемост обаче във все по-голяма степен се гледа като на препятствие за гладкото съдебно сътрудничество. Държавите членки на ЕС, са все по-склонни да оказват сътрудничество дори, когато следствените действия се отнасят до деяния, които не се считат за престъпление в тяхното национално законодателство. ЕКЗД обаче припомня, че принципът на двойна наказуемост има за цел да осигури допълнителна сигурност, като по този начин се гарантира, че дадена държава не може да разчита на съдействието на друга държава за прилагането на наказателна санкция, която не съществува в правото на друга държава. Това например би попречило на дадена страна да иска помощта на друга с цел да накаже с лишаване от свобода дадено лице заради политическите му възгледи, ако тези възгледи не са криминализирани в държавата членка, към която е отправено искането, или пък да подведе под съдебна отговорност лице за извършен аборт, ако това лице пребивава в друга държава, където абортите не са незаконни. Принципът на двойна наказуемост често се придружава от допълнителни ограничения или гаранции относно санкциите, ако при тях са налице големи разлики между отправящата искането и изпълняващата държава. Основният пример е ангажиментът за неприлагане на смъртното наказание в някои договори за правна взаимопомощ, когато то не съществува в правото на една от двете страни.

ЕКЗД отбелязва, че принципът на двойна наказуемост се изключва в предложението за Регламент относно електронните доказателства. Това обаче води не само до премахването на обичайните формалности на взаимното признаване, но и до премахването на гаранциите, свързани със самия принцип на двойна наказуемост.

ЕКЗД отбелязва, че всъщност законодателството на държавата, в която е установен доставчикът на услуги — адресат на искането, не се споменава, и заповед за запазването на всякакви данни, както и за предоставянето на данни за абонати или данни за достъпа може да се издава във връзка с всички престъпления¹⁰, независимо дали има подобни престъпления в други държави членки, или не.

⁷ Член 5, параграф 1, буква в) от ОРЗД.

⁸ Член 13, параграфи 3 и 4 от Директивата за ЕЗР.

⁹ Член 5, параграф 1, буква а) от ОРЗД.

¹⁰ Член 5, параграф 3 и член 6, параграф 2 от предложението за Регламент относно електронните доказателства.

Същевременно заповеди за предоставяне могат да се издават и изпълняват само ако подобна мярка е предвидена за същото престъпление при сходна ситуация в издаващата държава¹¹. Освен това, както Комисията разяснява в обяснителния меморандум към предложението за регламент, във връзка с трансакционните данни и данните за съдържанието се въвеждат специфични правила, тъй като се счита, че тези данни са по-чувствителни. Действително, заповедите, отнасящи се до трансакционни данни и данни за съдържанието се основават на праг за максимално наказание лишаване от свобода за не по-малко от 3 години, за да се гарантира зачитането на пропорционалността и на правата на засегнатите лица¹². Въпреки това ЕКЗД подчертава, че в ЕС до момента няма хармонизация на престъпленията, които се наказват с не по-малко от 3 години лишаване от свобода.

Европейският комитет по защита на данните се противопоставя на изоставянето на принципа на двойна наказуемост, който има за цел да гарантира, че дадена държава не може да разчита на помощта на други за прилагане на наказателното ѝ право извън нейната територия от държава, която няма същия подход, особено като се има предвид отпадането на други традиционни важни гаранции в областта на наказателното право (вж. по-долу точка 3 относно критериите за местонахождението и точка 7, буква ж) относно потенциалните конфликти с трети държави).

в) Последствията от отправянето на заповедите пряко до съответните компании

ЕКЗД отчита, че електронните доказателства във все по-голяма степен са достъпни на частна инфраструктура и може да се намират извън територията на разследващата държава, като се притежават от доставчици на услуги.

ЕКЗД отбелязва, че след взетите в Белгия решения по делата срещу *Yahoo!*¹³ и *Skype*¹⁴ и в контекста на терористичните нападения е нужно по-гладко и по-бързо сътрудничество между публични и частни субекти. В оценката на въздействието, Комисията споменава три вида процедурни инструменти, засягащи както публичните органи, така и доставчиците на услуги, а именно: съдебно сътрудничество, пряко сътрудничество и пряк достъп. Докато първият вид инструмент поставя отговорността за изпълнение на ЕЗР не върху доставчика на услуги, а върху изпълняващия орган¹⁵, то вторият — прякото сътрудничество — се основава на сътрудничеството от страна на доставчика на услуги. С най-голяма степен на намеса от гледна точка на доставчика на услуги се характеризира прекият достъп, тъй като публичните органи са в състояние да получават достъп до данни без помощта на посредник.

Поради това ЕКЗД се опасява, че ако се работи пряко с доставчиците на услуги, те няма да гарантират защитата на личните данни така ефективно, както публичните органи са в състояние и са длъжни да правят това, и подчертава, че това води също така до неприложимост на определени процесуални гаранции, предвидени в контекста на съдебното сътрудничество в полза както на физическите лица, така и на самите дружества¹⁶. Така например, при отправяне

¹¹ Член 5, параграф 2 от предложението за Регламент относно електронните доказателства.

¹² Член 5, параграф 4, буква а) от предложението за Регламент относно електронните доказателства.

¹³ Hof van Cassatie (Касационен съд), Белгия, YAHOO! Inc., № P.13.2082.N от 1 декември 2015 г.

¹⁴ Correctionele Rechtbank van Antwerpen, afdeling Mechelen, Белгия, № ME20.F1.105151-12 от 27 октомври 2016 г. (Skype е обжалвал решението).

¹⁵ Членове 10—16.

¹⁶ За гледната точка на защитата на данните на международно равнище, вж. също „Working paper on Standards for data protection and personal privacy in cross-border data requests for criminal law enforcement purposes“ (Работен документ относно защитата на данните и неприкосновеността на личния живот в

на искане до доставчик на услуги, той ще трябва да се обърне към съда на друга държава (членка), за да възрази срещу заповедта, докато в контекста на съдебното сътрудничество би се изправил пред своите национални органи. ЕКЗД препоръчва в предложението за регламент да се включат допълнителни основания, предвиждащи защитата от страна на доставчиците на услуги на индивидуалните основни права, като защитата на личните данни и зачитането на личния и семейния живот, както и информирането на компетентния орган за защита на данните с цел да се гарантира възможността за контрол.

3. Новото основание за компетентност и т.нар. отпадане на критериите за местонахождение

ЕКЗД отбелязва, че предвид изказването на Комисията, една от големите промени, въведени с предложенията, е отпадането на критериите за местонахождение и възможността компетентните органи да поискат запазването и предоставянето на данни, независимо от това къде реално се съхраняват тези данни.

От гледна точка на защитата на данните не е новост, че законодателството на ЕС за защита на данните се прилага независимо от мястото, където се съхраняват данните на засегнатите лица. Наистина, дали ОРЗД е приложим зависи или от това, дали администраторът или обработващият лични данни е установен в ЕС, или от това, дали биват обработвани данните на субекти на данни от ЕС, дори ако администраторът или обработващият лични данни не са установени на територията на ЕС¹⁷, като в този случай те трябва да определят законен представител в ЕС¹⁸. От гледна точка на защитата на данните е важно да се отбележи, че разширеният териториален обхват има за цел да се осигури по-пълна защита за субектите на данни от ЕС, независимо от това къде е установено дружеството, обработващо техните данни.

Ето защо, макар че отпадането на критериите за местонахождение може да се счита за нов момент в областта на наказателното право, това не изглежда като значителна промяна по отношение на защитата на данните. Освен това ЕКЗД отбелязва, че все пак се запазва връзка с територията на ЕС, тъй като в обхвата на предложенията попадат единствено доставчици на услуги, които предлагат услуги в Съюза, а фактът, че искания могат да бъдат отправяни единствено в контекста на наказателно разследване също предполага връзка с ЕС (било то защото престъплението е извършено на територията на държава членка или защото жертвата или извършителят са граждани на държава членка).

Ако отпадането на критериите за местонахождение следва отсега нататък да се прилага в наказателното право, най-важният въпрос за ЕКЗД засяга начина, по който следва да се гарантира, че подобна промяна не е в ущърб на защитата на данните и на процесуалните права в наказателното производство на субектите на данни и доставчиците на услуги, към които е отправено искането/заповедта. От тази гледна точка ЕКЗД отчита, че в рамките на ЕС процесуалните гаранции бяха поне частично хармонизирани и прилагането им следва да се осигурява в съответствие с Европейската конвенция за правата на човека. Следователно може

контекста на трансграничните искания за предоставяне на данни за целите на наказателното право(прилагане), Международна работна група по защита на данните и телекомуникациите, 63-то заседание, 9—10 април 2018 г., Будапеща (Унгария).

¹⁷ Вж. член 3, по-специално параграф 2.

¹⁸ Вж. член 27.

да се твърди, че отпадането на критериите за местонахождение вероятно би имало по-ограничени последици, когато доказателствата се изискват в рамките на ЕС, в сравнение с обратната ситуация, в която органите на трети държави искат данни от дружества, установени в ЕС, при същите условия, посочени в предложението за Регламент относно електронните доказателства. ЕКЗД е особено загрижен, че това би могло да доведе до ситуации, представляващи по-голям проблем. В този контекст органи от трета държава, в която се прилагат различни и потенциално по-слаби процесуални гаранции в областта на наказателното право, биха могли да получат достъп до данни, които ще са защитени от допълнителни гаранции в рамките на ЕС. От тази гледна точка ЕКЗД припомня опасенията си от прилагането на двоен стандарт и отслабването на основните права, в случаите, когато доставчиците на услуги и субектите на данни не се ползват от процесуалните гаранции, предвидени в правото на ЕС, ако искането е отправено от орган на трета държава.

Освен това, тъй като това ново основание за компетентност „независимо от местонахождението на данните“ е свързано с процедура, разчитаща основно на преки искания от компетентните органи до доставчиците на услуги, ЕКЗД изразява загриженост, че гаранциите за защита на данните може да не бъдат прилагани от частните дружества, до които се отправят исканията и които не са обвързани от правен инструмент като ДПВ, традиционно уреждащ обмена на данни между съдебните органи и предвиждащ гаранции. По-специално, в контекста на ДПВ минималните гаранции за защита на данните включват например задължения за поверителност и принципа на конкретност, който предполага, че данните няма да бъдат обработвани за друга цел.

Ето защо ЕКЗД припомня, че следва да бъдат приложими поне мерките, предвидени в Директива 2016/680, включително по отношение на предаването на данни, и по-специално член 39, в случай че доставчикът на услуги е установен в трета държава, по отношение на която няма решение относно адекватното ниво на защита в тази област. По-конкретно, ЕКЗД подчертава, че тази разпоредба предполага по-специално информиране на компетентния орган за защита на данните в държавата членка на издаващия орган за заповедта/заповедите и документацията за предаването, включително по отношение на обосновката, която цели да се избегне неефективността или неподходящия характер на предаването на компетентния орган на третата държава.

4. Понятието „доставчици на услуги“ следва да бъде ограничено или да бъде допълнено с още гаранции за правата на субектите на данни

Що се отнася до доставчиците на услуги, ЕКЗД приветства широкото определение, което дава възможност за включването както на съобщителните услуги, така и на „Over-The-Top“ (OTT) услугите, тъй като всички тези услуги са функционално равностойни и поради това предвидените мерки биха могли да имат сходно въздействие върху правото на неприкосновеност на личния живот и правото на тайна на съобщенията, както се подчертава в изявлението на РГ29 и преди това в Становище 01/2017 относно предложението за Регламент за неприкосновеността на личния живот и електронните съобщения. Предложението за Регламент относно електронните доказателства обхваща доставчиците на услуги, осигуряващи или електронни съобщителни услуги съгласно определението в член 2, параграф 4 от Директивата за установяване на

Европейски кодекс за електронни съобщения, или услуги на информационното общество съгласно определението в член 1, параграф 1, буква б) от Директива (ЕС) 2015/1535, „при които съхранението на данни е определящ компонент на услугата, предоставяна на потребителя, включително социалните мрежи, онлайн пазарите, улесняващи трансакциите между своите потребители, и другите доставчици на хостинг услуги“, или интернет услуги за имена на домейни и IP номериране, „като доставчици на IP адреси, регистри на имена на домейни, регистратори на имена на домейни и свързани услуги за поверителност и прокси услуги“¹⁹.

Въпреки това, тъй като доставчик на услуги по смисъла на предложението регламент е „всяко физическо или юридическо лице, което предоставя една или повече от следните категории услуги“, ЕКЗД е загрижен, че този инструмент би могъл да обхваща и администраторите, и обработващите лични данни по смисъла на ОРЗД. Действително, тъй като „предлагач услуги“ съгласно определението в член 2, параграф 4 от предложението регламент включва, както предоставянето на възможност на юридически или физически лица в една или повече държави членки да ползват изброените услуги, така и наличието на съществена връзка със съответната държава членка или държави членки, то тези дейности обхващат и дейности, извършвани от обработващ лични данни в полза на администратор, като например съхраняването на данни.

Ето защо ЕКЗД се опасява, че ако обхватът не бъде ограничен до доставчиците на услуги, действащи като администратори по смисъла на ОРЗД, и ако не бъде предвидено конкретно задължение за обработващия лични данни да уведомява администратора на данни, когато до него бъде отправена заповед за предоставяне или запазване, е налице възможност от заобикаляне на правата на субектите на данни. Това се подкрепя по-специално и от факта, че при евентуални противоречащи си задължения, които не позволяват на адресата да изпълни получената заповед, съдебните органи също се насърчават, в самото предложение за регламент, да се обърнат към най-подходящия участник, независимо от приложимите правила за защита на данните, особено като се има предвид, че могат да бъдат поискани всякакви данни, а не само лични данни, за които е приложен ОРЗД²⁰.

Съгласно ОРЗД, обработващият лични данни действа само по указания, дадени от администратора. Поради това администраторът трябва да гарантира спазването на правата на субектите на данни и да предостави на тези субекти съответната информация, включително по отношение на получателите на техните данни, например в контекста на упражняването на правото им на достъп. Обработващият лични данни няма да получава тези искания от страна на субектите на данни и няма да бъде в позицията да даде отговор, освен ако администраторът изрично не е поискал това.

С оглед на това ЕКЗД подчертава, че освен ако правата им не са били ограничени съобразно предвиденото в ОРЗД, субектите на данни, ползващи се от прилагането на ОРЗД, може да не са в състояние да упражняват правата си ефективно, ако администраторът не е в позицията да предостави пълна информация. ЕКЗД отбелязва също така, че вероятността от липса на информация е дори още по-висока, когато на обработващия лични данни не е наложено конкретно задължение да информира администратора, в случай че поисканите данни се отнасят до субекти на данни, които не се ползват от защитата, предоставена от ОРЗД. И наистина, в този случай съдебните органи, поискали данните, няма непременно да бъдат задължени да информират субектите на данни за осъществяването от тях по-нататъшно обработване. Ето защо ЕКЗД призовава за ограничаването на приложното поле до администратори по смисъла на ОРЗД

¹⁹ Член 2, параграф 3, буква в) от предложението за Регламент относно електронните доказателства.

²⁰ Вж. член 7, параграфи 3 и 4.

или за въвеждането на разпоредба, с която се уточнява, че при отправяне на искането до доставчик на услуги, който не е администраторът на данните, доставчикът на услугата следва да информира администратора.

5. Понятията „форма на установяване“ и „юридически представител“ в контекста на разглежданите предложения трябва да бъдат ясно разграничени от същите понятия в контекста на ОРЗД

Като се има предвид неприложимостта на критериите за местонахождението по отношение на данните, адресатите на заповеди за предоставяне и за запазване в обхвата на предложения регламент са ограничени до доставчиците на услуги, предлагащи услуги в Съюза, независимо дали са установени в ЕС или не, като те са задължени да назначат юридически представител съгласно правилата, предвидени в предложението за директива. Съответно определенията на понятията „форма на установяване“ и „юридически представител“ се съдържат в предложените инструменти.

ЕКЗД отбелязва, че тези понятия се появяват и в контекста на други инструменти на ЕС, и по-специално в контекста на ОРЗД. Ето защо следва да се предоставят разяснения във връзка с определенията и разграничаването на тези понятия в контекста на предложените инструменти и в контекста на ОРЗД.

а) Форма на установяване

ЕКЗД също така припомня, че понятието „форма на установяване“ в контекста на предложения регламент не следва да се бърка с понятието в контекста на ОРЗД. Действително, за целите на предложения регламент понятието „форма на установяване“, за което е дадено определение в член 2, параграф 5, е по-широко от това в ОРЗД, тъй като включва „или действителното осъществяване на стопанска дейност за неопределен период от време посредством стабилна инфраструктура, от която се осъществява дейността по предоставяне на услуги, или стабилна инфраструктура, от която се извършва управлението на дейността“, независимо от това дали в контекста на дейностите на тази форма на установяване се извършва обработване на лични данни. Следователно ако „мястото на установяване“ по смисъла на ОРЗД трябва несъмнено да бъде обхванато от понятието „форма на установяване“, определено в предложения регламент, то обратното може да не е валидно.

Ето защо ЕКЗД предупреждава, че формите на установяване на доставчиците на услуги по смисъла на предложения регламент може да не означават непременно, че са изпълнени условията за прилагане на ОРЗД в съответствие с член 3, параграф 1. В тази връзка администраторите и обработващите лични данни се приканват да проверят дали приложимостта на ОРЗД не се основава на член 3, параграф 2, което би предполагало определяне на юридически представител в ЕС и липса на механизъм за „обслужване на едно гише“.

б) Юридически представител

В своето изявление РГ 29 подчерта, че следва да се избягва всякакво объркване между задължението за определяне на юридически представител съгласно член 27 от ОРЗД и

юридическия представител, предвиден в предложението Регламент относно електронните доказателства.

Предвид разглежданото предложение ЕКЗД би желал да припомни тези препоръки, и по-специално да подчертае, че по негово разбиране юридически представител съгласно проекта на директива относно определянето на юридически представител във връзка с предложението относно електронните доказателства, следва да бъде определен при всички случаи, да бъде натоварен с конкретни функции, независимо от задълженията, възложени му от доставчика на услуги, да разполага с правомощия да отговаря на искания и да действа от името на доставчика на услуги и да носи по-голяма отговорност от юридическия представител по ОРЗД.

Освен това ЕКЗД подчертава, че предвиденото в предложението относно електронните доказателства, задължение за определяне на юридически представител при всички случаи, независимо дали доставчикът на услуги е установен в ЕС или не, възможността съгласно проекта на директива относно електронните задължения да се определят няколко юридически представители за същия доставчик на услуги, както и задължението за уведомяване на органите на държавите членки за определянето на юридическия представител са различават от разпоредбите на ОРЗД, в който не се предвиждат задължения за уведомяване за определения юридически представител, изключения по отношение на определянето и ограничени отговорности на юридическия представител.

Ето защо, като се имат предвид значителните различия по отношение на функциите, отговорностите и отношенията с останалите форми на установяване на доставчика на услуги в единия случай и с администратора или обработващия лични данни в другия случай, ЕКЗД препоръчва когато даден доставчик на услуги не е установен в ЕС, но спрямо него се прилагат и ОРЗД (член 3, параграф 2), и Регламентът относно електронните доказателства, да бъдат определяни двама отделни юридически представители, всеки от които да бъде натоварен с отделни функции в съответствие с инструмента, на който се основава определянето му.

6. Нови категории данни

В член 2 от предложението регламент са определени различни категории данни: данни за абонатите, данни за достъпа, трансакционни данни и данни за съдържанието. В съображение 20 от предложението на Комисията се посочва освен това, че *„[к]атегориите данни, които настоящият регламент обхваща, включват данни за абонатите, данни за достъпа, трансакционни данни (тези три категории се наричат „несвързани със съдържанието данни“) и данни за съдържанието. Това разграничение, освен за данните за достъпа, съществува в законодателствата на много държави членки, а също и в настоящата правна уредба на САЩ, която позволява на доставчиците на услуги да споделят несвързани със съдържанието данни с чуждестранни правоприменяващи органи на доброволни начала.“*

В тази връзка ЕКЗД подчертава на първо място, че и четирите категории данни, посочени по-горе, трябва да се считат за лични данни съгласно законодателството на ЕС за защита на данните, тъй като съдържат информация, свързана с идентифицирано физическо лице или физическо лице, което може да бъде идентифицирано, независимо дали в предложението регламент субектът на данните се окачествява като „абонат“ или „потребител“. Също така следва да се отбележи, че понятието „електронни доказателства“, както е определено в член 2, точка 6 от предложението на Комисията, обхваща и четирите категории данни и следователно се отнася за личните данни.

Поради това, вместо да урежда правилата за достъп до доказателствата, както са определени и квалифицирани в националното право и съдебни процедури, предложеният регламент предвижда нови материалноправни и процесуалноправни изисквания във връзка с достъпа до лични данни.

Макар че предлаганият регламент въвежда нови подкатегории лични данни, за които се прилагат различни процесуални изисквания за достъп, ЕКЗД напомня, че съгласно релевантната практика на Съда на ЕС за установяването на наличие на намеса в основното право на неприкосновеност на личния живот е без значение дали съответните данни за личния живот имат чувствителен характер и дали заинтересованите лица са претърпели евентуални неудобства.

На следващо място ЕКЗД припомня, че по отношение на „несвързаните със съдържанието данни“, които съгласно предложението на Комисията включват данните за абонатите, данните за достъпа и трансакционните данни, Съдът на Европейския съюз е приел в решението си по съединени дела C-203/15 и C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, че метаданните, като например данните за трафика и данните за местонахождението, предоставят средства, които могат да доведат до установяване на профил на съответните лица — информация, която с оглед на правото на зачитане на личния живот е също толкова чувствителна, колкото е и самото съдържание на съобщенията²¹.

Предвид изявлението на РГ29 относно различните аспекти на защитата на данните и неприкосновеността на личния живот при трансграничния достъп до електронни доказателства от 29 ноември 2017 г., ЕКЗД изрази повторно съмненията и загрижеността си във връзка с текущото разграничение между „несвързани със съдържанието данни“ и данни за съдържанието и във връзка с четирите категории лични данни, предвидени в предложението за регламент. На практика, четирите предложени категории не изглеждат ясно разграничени и определението за „данни за достъпа“ остава неясно в сравнение с другите категории. Поради това, ЕКЗД изказва съжаление, че оценката на въздействието и предложението на Комисията не обосновават в по-голяма степен логиката за създаването на тези нови подкатегории лични данни, и изразява загрижеността си във връзка с различното ниво на предвидените гаранции, свързани с материалноправните и процесуалноправните изисквания за достъп до категориите лични данни, особено като се имат предвид практическите затруднения да се прецени към коя категория данни ще принадлежат поисканите данни в някои случаи. Така например IP адресите биха могли да се класифицират и като трансакционни данни, и като данни за абоната.

В тази връзка ЕКЗД напомня също така, че в съображение 14 от своето предложение за Регламент относно зачитането на личния живот и защитата на личните данни в електронните съобщения (неприкосновеност на личния живот и електронните съобщения – ePrivacy) Комисията отбелязва, че „[д]анните от електронни съобщения следва да се определят достатъчно широко и технологично неутрално, за да могат да обхванат всяка информация, засягаща предаденото или обменено съдържание (съдържание на електронните съобщения), и информацията, засягаща крайния ползвател на електронни съобщителни услуги, обработвана за целите на предаване, разпространяване или обмен на съдържание на електронни съобщения, включително данни за проследяване и идентифициране на източника и местоназначението на дадено съобщение, географското местоположение и датата, часът, времетраенето и вида на съобщението.“ Тъй като настоящата и бъдещата правна уредба на ePrivacy, както и свързаните с нея ограничения на правото на неприкосновеност на личния живот, ще се прилагат спрямо

²¹ Решение на Съда на ЕС от 21 декември 2016 г., точка 99.

уредбата на достъпа на правоприлагащите органи до електронни доказателства, ЕКЗД препоръчва в предложения регламент да бъде включено по-широко определение на понятието „данни от електронни съобщения“, за да се гарантира, че подходящите гаранции и условия за получаване на достъп, които ще бъдат въведени, обхващат последователно както „несвързаните със съдържанието данни“, така и „данните за съдържанието“.

7. Анализ на процедурите, предвидени във връзка с европейските заповеди за запазване и за предоставяне

Най-общо казано, процедурата за отправяне на заповед за предоставяне или на заповед за запазване изглежда ще протича по следния начин:

- Компетентният съдебен орган (издаващият орган) издава заповедта, в зависимост от вида поискани данни и вида на заповедта, като спазва (малкото) условия, изброени в членове 5 и 6, и я изпраща посредством хармонизирано удостоверение на юридическия представител на доставчика на услуги или до който и да е негов офис в ЕС (адресатът).
- След като получи удостоверението, адресатът изпълнява заповедта – т.е. предава данните в срок до 10 дни или до 6 часа, ако случаят е спешен, или ги запазва за срок до 60 дни – освен ако това е невъзможно, тъй като удостоверението е непълно или поради непреодолима сила или фактическа невъзможност за адресата, или защото адресатът отказва да изпълни заповедта на основание наличие на противоречащи си задължения, свързани с основни права или основни интереси на трета държава, или почиващи на други основания.
- Ако адресатът не се е съобразил с получената заповед без да посочи причини, приети от издаващия орган, са предвидени процедури за принудително изпълнение на заповедите от компетентния орган по принудително изпълнение в държавата членка, в която доставчикът на услуги е представен или установен, освен ако се прилага някое от изчерпателно посочените основания за отказ и органът по принудителното изпълнение възразява срещу признаването или принудителното изпълнение на заповедта.
- Ако адресатът е подал мотивирано възражение срещу заповедта на основание противоречащи си задължения, издаващият орган отнася случая до компетентния съд в своята държава членка, който в такъв случай трябва да прецени дали е налице евентуално противоречие и да потвърди заповедта, ако няма такова. При наличие на противоречащи си задължения, които се основават на основни права или основни интереси на трета държава, компетентният съд или се свързва с централните органи в третата държава чрез своите национални централни органи, като предоставя 15-дневен срок за отговор, който въз основа на мотивирано искане може да бъде удължен с 30 дни, или взема решение да потвърди или да оттегли заповедта поради други основания за отказ, на които се е позовал адресатът.
- Без да се засягат средствата за правна защита, предвидени в ОРЗД и в Директивата относно правоприлагането в областта на защитата на данните, лицата, чиито данни са били получени чрез заповед за предоставяне, също ще разполагат с право на ефективни средства за правна защита срещу тази заповед.

ЕКЗД извърши оценка на предвидените процедури и на гаранциите, предоставяни с предложения регламент на различните етапи, и препоръчва следните гаранции и изменения по всеки от описаните по-долу аспекти.

а) Праговете за издаването на заповедите следва да бъдат по-високи и заповедите следва да се издават или издаването им да се разрешава от съдилищата

Що се отнася до условията за издаване на заповедите, ЕКЗД приветства принципа за осигуряване на по-големи гаранции при достъпа до трансакционни данни и данни за съдържанието. Той отбелязва обаче, че предвид липсата на пълно хармонизиране на наказателните санкции между държавите членки, условието за „престъпления, за които предвиденото максимално наказание в издаващата държава е лишаване от свобода за не по-малко от 3 години“²², все още предполага наличие на различни прагове и несъответствия в защитата на данните на субектите на данни в ЕС.

На следващо място ЕКЗД подчертава, че, особено като се има предвид широкото определение на понятието „данни за абоната“, предвиденият праг изглежда твърде нисък за издаването на заповеди за запазване или за предоставяне във връзка с данни на абонати или данни за достъпа, тъй като по принцип всички престъпления могат да обосновават издаването на такива заповеди. По същия начин, видовете органи, оправомощени да издават такива заповеди, са по-малко, когато става дума за заповеди за предоставяне на трансакционни данни или данни за съдържанието, отколкото при издаването на заповеди за запазване или за предоставяне на данни на абонати или данни за достъпа, тъй като прокурорите могат да издават или да разрешават само последните два вида заповеди, докато всеки съдия, съд или съдия-следовател може да издава или да разрешава издаването на всеки вид заповед.

ЕКЗД съжالياва, че най-ниският праг, предоставящ възможност на правоприлагащите органи да искат достъп до данните за абонатите и данните за достъпа за всяко едно престъпление, почива на обратното тълкуване на практиката на Съда на ЕС (която е фокусирана върху другите данни), за да прокара разграничения между гаранциите, които трябва да бъдат предоставяни. Всъщност, Съдът на ЕС изрично е подчертал, че по отношение на данните за трафик и данните за местонахождение достъпът на компетентните органи трябва да се ограничава само до борбата с тежката престъпност²³. ЕКЗД разбира, че с предложението ще се предостави възможност да се иска достъп до съвсем проста информация, която ще позволява само установяване на самоличността на дадено лице, без да се разкриват каквито и да било данни за съобщенията, ако няма предварително разрешение от съд. Той обаче не одобрява извършеното от Комисията разширително обратно тълкуване на съдебното решение и призовава да се въведат по-засилени гаранции, за да ограничат основанията за достъп до други данни на абонатите и до данните за достъпа. ЕКЗД предлага достъпът до тези данни да бъде ограничен до конкретно изброени престъпления, посочени в предложението за регламент, или най-малкото до „тежките престъпления“, особено като се има предвид по-ниският праг за даване на предварително разрешение, предвиден за тези данни.

Наред с това ЕКЗД подчертава, че посоченото обратно тълкуване води също до това, че предложението предоставя възможност прокурорите да издават заповеди или да разрешават издаването на такива. ЕКЗД счита, че като се изключат случаите на искания във връзка със съвсем

²² Вж. член 5, параграф 4, буква а).

²³ Вж. решението по дело 203/15, т. 125.

проста информация, която би позволила само да се установи самоличността на дадено лице, без да се разкриват каквито и да било данни за съобщенията, посоченият подход представлява стъпка назад спрямо практиката на Съда на ЕС относно достъпа до данни за съобщенията. В действителност, в съдебната си практика относно достъпа до данни за съобщенията за целите на правоприлагането, Съдът на ЕС е ограничил възможността за регламентиране на такъв достъп, като наред с други критерии и „освен в надлежно обосновани неотложни случаи“²⁴ такъв достъп може да се предоставя „след предварителен контрол, осъществяван или от юрисдикция, или от независима административна структура“, „след мотивирана молба на тези органи, подадена в рамките на наказателни производства за предотвратяване, разкриване и наказателно преследване на престъпления“.²⁵

ЕКЗД напомня, че понятието „съд“ е автономно понятие на правото на ЕС и че Съдът на ЕС непрекъснато подчертава и припомня критериите, които трябва да са изпълнени, за да може да се приложи квалификацията за съд, като сред тях е критерият за независимост²⁶, на който прокурорите явно не отговарят, както се припомня и в съдебната практика²⁷ на Европейския съд по правата на човека.

Следователно член 4, параграф 1, букви а) и б) и член 3, букви а) и б) водят до процедури, при които по отношение на данните за абонатите и данните за достъпа ще се прилагат много по-малко гаранции, тъй като ще бъде възможно прокурорът сам да иска данни, без да се упражнява какъвто и да било последващ контрол от органа на държавата, в която се намират исканите данни, или от органа на държавата, в която се намира юридическият представител на дружеството, от което се искат данни, нито какъвто и да било контрол от независим административен орган.

Наред с това ЕКЗД обръща внимание на така наречената допълнителна гаранция, предвидена в член 5, параграф 2, с която възможността за издаване на заповед за предоставяне се ограничава само до случаите, в които подобна мярка е на разположение за същото престъпление при сходна ситуация на национално ниво. Той предупреждава обаче за отрицателния ефект на тази разпоредба: вместо да осигурява допълнителни гаранции, тя изглежда като насърчение към държавите членки да разширят предвидените на национално ниво възможности да се иска предоставяне на данни за абонатите или данни за достъпа, за да гарантират възможността за издаване на заповеди за предоставяне съгласно разглеждания регламент.

б) Сроковете за предоставяне на данните следва да бъдат обосновани

ЕКЗД отбелязва, че по европейските заповеди за предоставяне трябва да се отговори в срок до 10 дни от получаването на удостоверение, освен ако издаващият орган посочи причини за по-ранно разкриване, а при спешни случаи — в срок до 6 часа, както е предвидено в член 9, параграфи 1 и 2.

ЕКЗД обаче не забеляза да са посочени каквито и да било критерии във връзка със задължението на органите да докажат необходимостта от спешно предоставяне на данните, било то и *ex post*, с цел да се даде възможност за евентуален контрол върху използването на тази много бърза процедура, а срок от шест часа вероятно ще доведе до много слаб контрол преди предоставянето на данните, ако не и до липса на контрол от страна на доставчика на услуги.

²⁴ Вж. решението по дело 203/15, т. 120.

²⁵ Вж. решението по съединени дела C-293/12 и C-594/12, т. 62.

²⁶ Вж. например решението по дело C-203/14.

²⁷ Вж. например решението по дело *Moulin* с/у Франция от 23.11.2010 г.

Действително, в оценката на въздействието се подчертава необходимостта компетентните органи да получават своевременно достъп до данните. Въпреки това, всички примери, посочени в оценката на въздействието, се отнасят до доказателствата, необходими в случай на извършени тежки престъпления (терористични престъпления със задържане на заложници, случаи на продължаващо сексуално насилие над деца), но обосновката, изведена от нестабилния характер на доказателствата, не изглежда подходяща, когато няма особена спешност извън този потенциално нестабилен характер на данните. Освен това нестабилният характер на данните не може да послужи като обосновка за наличие на пропорционалност при искане на достъп до данни, и за определяне на този случай като спешен.

Наред с това ЕКЗД се съмнява в необходимостта да се предвижда срок от шест часа, след като същевременно се предвижда, че този срок няма да се прилага докато издаващият орган не предостави допълнителни пояснения „в срок най-много до 5 дни“, ако доставчикът на услуги не може да изпълни задължението си.

С оглед на това ЕКЗД призовава в оценката на въздействието да бъдат включени допълнителни елементи, за да се обоснове необходимостта от посочените срокове в случаите, когато извършеното или преследваното по наказателен ред престъпление не е тежко, и ако са посочени такива подробни елементи — да се предвидят и изрични критерии за обосноваването на спешността при издаване на удостоверенията за Европейска заповед за предоставяне. Така например би могъл да се предвиди същият модел като този в Директивата за ЕЗР. В Директивата за ЕЗР се предвижда по-кратък срок, когато това е обосновано от „процесуални срокове, тежестта на престъплението или други особено спешни обстоятелства“ (вж. член 12, параграф 2), или срок от 24 часа за вземане на решения по временни мерки (вж. член 32, параграф 2). В оценката на въздействието на предложението за регламент не се посочват подробности, обосноваващи причините, поради които тези срокове не са ефикасни, а единствено се подчертава аргументът, че броят на отправените искания претоварва получаващите съдебни органи и те не успяват да спазват сроковете.

в) Европейските заповеди за предоставяне и за запазване не трябва да се използват за искане на данни на субект от друга държава членка, без да бъдат информирани поне компетентните органи на тази държава членка, особено когато става дума за данни за съдържанието

ЕКЗД напомня, че в съществуващите инструменти се предвижда съдебно сътрудничество, а съответно и допълнителни гаранции, по-специално с цел упражняване на контрол за необходимостта и пропорционалността на исканията, и подчертава, че тези мерки са още по-необходими в случаите, когато исканите данни са данни за съдържанието, които по принцип са свързани с повече ограничения на правата на субектите на данни, на защита на личните им данни и неприкосновеността на личния живот. В тази връзка ЕКЗД напомня, че Директивата за ЕЗР предвижда също така възможност за прихващане на далекосъобщения с техническата помощ на друга държава членка (вж. член 30), както и задължение за уведомяване на компетентния орган на друга държава членка за всяко прихващане на данни, когато не е необходима помощ, ако съответният субект на данни е или ще бъде на територията на уведомената държава членка (вж. член 31).

ЕКЗД не намира за обоснована процедурата, предвидена в предложението за регламент относно електронните доказателства, чрез която се разрешава предоставянето на данни за

съдържанието без каквото и да било участие поне на компетентните органи на държавата членка, в която се намира субектът на данните.

г) Европейските заповеди за запазване не трябва да се използват за заобикаляне на задълженията на доставчиците на услуги да запазват данни

ЕКЗД отбелязва, че основната цел на европейските заповеди за запазване е да се предотврати изтриването на данните.

Макар ЕКЗД да признава, че издаването на такива заповеди може да е необходимо и пропорционално в някои случаи, той не одобрява липсата на гаранции във връзка с издаването им. По-специално, ЕКЗД препоръчва в случаите, когато заповедите за запазване се отправят само за конкретни данни, въпреки че предложението изглежда допуска широко формулирани искания и когато такива заповеди са издадени по отношение на данни, които е планирано да бъдат изтрети в съответствие с принципа на запазване на данните, заповедта никога да не служи като основание доставчикът на услуги да обработва данните след първоначално определената дата за изтриване. С други думи, данните следва да бъдат „замразявани“.

Освен това връзката между заповедта за запазване и последващото искане за предоставяне на данни — било то чрез европейска заповед за предоставяне, молба за ЕЗР или искане за правна взаимопомощ — следва да бъде засилена, за да се гарантира, че европейска заповед за запазване се издава само, когато другото искане е сигурно (а не просто се обмисля като възможност) и че когато другото искане бъде отхвърлено, заповедта за запазване също престава да бъде валидна, без да е необходимо да се изчаква 60 дни²⁸, ако последващото искане е отхвърлено по-рано.

д) Поверителност и информиране на потребителя

ЕКЗД констатира, че в предложения регламент е включен конкретен член²⁹ относно поверителността на отправяните заповеди. С цел да се избегне объркване и погрешно разбиране на правото на защита на данните, ЕКЗД напомня, че съгласно ОРЗД ограниченията на правата на субектите на данни, с които се цели да се гарантира предотвратяването, разследването, разкриването или наказателното преследване на престъпления, следва да се налагат със законодателна мярка и следователно да са публично достъпни³⁰, както и че тези законодателни мерки трябва да съдържат специални разпоредби относно правото на субектите на данни да бъдат информирани за ограничаването, освен ако това би било в разрез с целта на ограничаването³¹, но ОРЗД не предвижда задължение за индивидуално уведомяване на субектите на данни за всяко отделно искане на достъп, отправяно от правоприлагащите органи.

Въпреки това, ЕКЗД напомня, че Директивата относно защитата на данните урежда правото на субектите на данни да бъдат информирани от самите компетентни органи, освен ако това право е било ограничено, като то се предоставя на всички субекти на данни, без да се ограничава само до субектите на данни, пребиваващи на територията на ЕС.

²⁸ Вж. член 10, параграф 1.

²⁹ Вж. член 11.

³⁰ Вж. член 23, параграф 1, буква г).

³¹ Вж. член 23, параграф 2, буква з).

е) Процедура за принудително изпълнение на заповед, когато доставчикът на услуги отказва да я изпълни

ЕКЗД отбелязва, че в член 14 от предложения регламент се урежда процедура за осигуряване на принудително изпълнение на заповед, когато адресатът не я е изпълнил, като тази процедура почива на съдебно сътрудничество между издаващия орган и компетентния орган в държавата по принудително изпълнение.

Изглежда обаче, че тази процедура не позволява на органа по принудително изпълнение да откаже да изпълни предадената заповед на други основания, освен чисто процесуални (същите като тези, на които може да се позове адресатът, основно, когато не е предоставена информация или има фактическа невъзможност данните да бъдат предоставени), и тъй като съответните данни са защитени с имунитет или привилегия, предоставяни по силата на националното му право, или поради това, че разкриването им може да окаже въздействие върху основните интереси на неговата държава, например националната сигурност и отбрана³².

Поради това, ЕКЗД изразява отново своята загриженост по отношение на премахването на всички проверки на предадената заповед от получаващия компетентен орган, за разлика от предвиденото в останалите инструменти. Дори основанието за отказ на принудително изпълнение на заповед с мотива, че по този начин ще бъде нарушена Хартата на основните права изглежда по-строго формулирано, отколкото класическите изисквания при нарушение на основните права на засегнатото лице. Поради това, по примера на европейската заповед за арест, при която се предвиждат както задължителни, така и факултативни основания за отказ, или поне по примера на Директивата за ЕЗР, в която по принцип се предвижда, че презумпцията, според която „[с]ъздаването на пространство на свобода, сигурност и правосъдие в рамките на Съюза се основава на взаимното доверие и на презумпцията за спазване от другите държави членки на правото на Съюза, и по-специално на основните права“ е оборима³³, в предложения регламент следва да се предвижда поне минималната класическа дерогация, според която, ако има сериозни основания да се счита, че принудителното изпълнение на дадена заповед би довело до нарушаване на основно право на засегнатото лице и че държавата по принудително изпълнение ще пренебрегне задълженията си във връзка със защитата на основните права, признати в Хартата, принудителното изпълнение на заповедта следва да бъде отказано.

ж) Принудително изпълнение на заповедите и противоречащи си задължения, които се основават на правото на трета държава (членове 15 и 16)

ЕКЗД приветства предвидената в предложения регламент възможност адресатите да откажат да изпълнят получена заповед с мотива, че изпълнението би било в противоречие с основни права, тъй като с тази възможност се цели да се предоставят гаранции в случай на противоречащи си правни задължения. Освен това, той счита за изключително важно в предложението да се предвижда консултиране с органите на третите държави, най-малкото, когато възникне противоречие, както и да се предвижда задължение за отмяна на заповедта, когато орган на трета държава възразява срещу изпълнението.

³² Вж. член 14, параграф 2.

³³ Вж. съображение 19 от Директивата за ЕЗР.

Поради това предвидената процедура за отказ за изпълнение на заповед с мотив, че са налице противоречащи си задължения, основаващи се на правото на трета държава, следва да бъде значително подобрена.

На първо място, ЕКЗД отбелязва, че съгласно предложениния регламент на частното дружество, в качеството му на адресат на заповед за предоставяне, се възлага да прецени дали заповедта би била в противоречие с приложимото право на трета държава, забраняващо разкриването на поисканите данни. Дружеството трябва да представи мотивирано възражение, съдържащо цялата релевантна информация за правото на третата държава, неговата приложимост в конкретния случай и естеството на противоречащите задължения.

ЕКЗД е загрижен най-вече, че когато бъде повдигнато такова възражение, компетентният съд на държавата членка на издаващия орган преценява съвсем сам дали е налице противоречие, тъй като едва след като установи, че има противоречие, той ще се свърже с органите на третата държава. Следователно на компетентния съд от ЕС се предоставя правомощието да извърши окончателно тълкуване на правото на трета държава в този контекст, без да е особен специалист в тази област. Поради това ЕКЗД счита, че в настоящото предложение задължението за консултиране с компетентните органи на третата държава е твърде ограничено. В областта на защитата на данните, ЕКЗД обръща внимание на законодателя, че ако компетентен съд на трета държава тълкува ОРЗД, за да прецени дали той е в противоречие с националните норми на съда, органите в ЕС по защита на данните и компетентните съдилища ще запазят компетентността си за извършване на преценка на законосъобразността на предаването, извършено въз основа на съдебно решение или решение на административен орган на трета държава, с което се иска предаване или разкриване на лични данни, попадащи в приложното поле на ОРЗД³⁴.

Наред с това ЕКЗД подчертава, че преценката на правото на третата държава, извършвана от компетентния съд на отправилата искането държава от ЕС, трябва да почива на обективни факти, и изразява загриженост във връзка с критериите, които трябва да се вземат предвид от компетентния съд при преценката на правото на третата държава съгласно член 15, параграф 4 и член 16, параграф 5, буква а) от предложениния регламент. На практика съдът ще трябва да прецени „дали вместо да бъде предназначено да защитава основните права или основни интереси на третата държава, свързани с националната сигурност или отбрана“, правото на третата държава „явно има за цел да защитава други интереси или е предназначено за предпазване на незаконни дейности от искания на правоприлагащите органи в контекста на наказателните разследвания“ или „интереса, защитаван от съответното право на третата държава, включително интереса на третата държава от предотвратяване на разкриването на данните“. Така например, независимо от това, че по принцип следва да се изисква преценката да почива на доказателства, при което следва да се взема под внимание цялата налична информация с оглед на потенциалното въздействие на решението, най-малкото използваната формулировка („е предназначено за“) изглежда неясна и следва да бъде адаптирана („има за цел да“).

ЕКЗД изразява съжаление, че единственият случай, когато органите на трета държава ще бъдат консултирани и ще могат да възразят срещу изпълнението на заповед за предоставяне, би бил когато компетентният съд от ЕС счете, че има релевантно противоречие и изпрати цялата информация на централните органи в съответната трета държава, при което централният орган на тази трета държава ще може да възрази в рамките на кратки срокове, които не могат да надвишат 50 дни (15 дни с евентуално удължаване с 30 дни и с последно възможно напомняне,

³⁴ Вж. член 48 от ОРЗД.

с което се предоставят 5 допълнителни дни). Във всички останали случаи компетентният съд ще може да потвърди заповедта за предоставяне и да наложи парична санкция на доставчика на услуги, отказващ да я изпълни. Поради това ЕКЗД е загрижен, че компетентните съдилища от ЕС няма да бъдат задължени да се консултират с компетентните органи на засегнатите трети държави, за да се осигури, че процедурата ще гарантира по-систематично вземане под внимание на доводите на двете страни, и да се покаже още по-голямо зачитане на правото на третите държави.

Както вече бе подчертано в изявлението на РГ29 и по-горе, ЕКЗД припомня, че следва да се обръща особено внимание на приемането от третите държави на сходни инструменти, чрез които е възможно да бъдат засегнати правата на субектите на данни и правото им на неприкосновеност на личния живот в ЕС, и особено на риска, пораждан от сходни инструменти, които биха били в пряко противоречие с правото на ЕС в областта на защитата на данните.

Наред с това ЕКЗД подчертава, че компетентният съд на държавата членка на издаващия орган може дори да не се явява компетентен съд за налагане на принудително изпълнение на заповедта съгласно член 14 от предложения регламент, което дори би увеличило риска от противоречиви процедури и от липсата на проверки в ситуации, при които има противоречие между отделните закони. Това се дължи на факта, че в някои случаи е възможно да участват три държави: държавата на органа, издал заповедта, третата държава на доставчика на услуги и държавата членка, в която се намира юридическият представител на доставчика на услуги в ЕС и в която трябва да се изпълни заповедта. Следователно съгласно предвидената понастоящем процедура съдът на отправилния искането орган в държава членка А може да тълкува по свое усмотрение правото на третата държава Б, която е държавата на доставчика на услуги, без да иска становища от органите на тази трета държава (въпреки че те биха възразили срещу заповедта), и може да поиска от съда В на друга държава — членка на ЕС, да изпълни принудително решението му без каквато и да е възможност за повдигане на възражения.

В допълнение ЕКЗД приветства и въвеждането на специални правни средства за защита срещу заповедите за предоставяне, наред с правните средства за защита, предвидени в ОРЗД и Директивата относно правоприлагането в областта на защитата на данните. РГ29 вече бе отправила призив за подобни гаранции в предишното си изявление. Въпреки това ЕКЗД изразява съжаление, че такива правни средства за защита не са предвидени и срещу заповедите за запазване, тъй като тези заповеди също биха могли да доведат до ограничаване на основните права на физическите лица, чиито данни се запазват. На практика заповедите за запазване могат да доведат до запазване на данните за по-дълъг срок от този, предвиден от правилата за защита на данните. Следователно сама по себе си заповедта за запазване води до ограничаване на основните права на засегнатия субект на данни, като обосновката за това ограничаване трябва да подлежи на контрол и във връзка с нея да бъдат предвидени специални правни средства за защита, особено в случаите когато заповедта за запазване бъде издадена заедно със заповед за предоставяне, с която се цели получаване на данните. Както бе препоръчано в изявлението на РГ29, следва да се предвидят правни средства за защита, които са най-малкото равностойни на тези, които са на разположение при случаи на национално равнище.

з) Сигурност на предаването на данни в отговор на заповед

ЕКЗД отбелязва, че предложеният регламент предвижда адресати на заповедите да бъдат получатели в Европейския съюз и съответно не е предвиден специален начин за предаване на данни между адресатите и доставчиците на услуги, намиращи се извън Европейския съюз.

Макар да приветства липсата на допълнителни отклонения от общата рамка на ЕС за защита на данните, ЕКЗД напомня, че всяка изпратена до адресат заповед, която води впоследствие до предаване извън ЕС, ще трябва да отговаря на изискванията на правната уредба, както е предвидена в ОРЗД. Заобикалянето на правната уредба на съдебното сътрудничество, която изисква спазване на гаранциите за защитата на данните, не следва да води и до заобикаляне на изискванията за предаване на данни от страна на адресатите на заповедите за предоставяне или запазване с оглед изпълнението на тези заповеди.

Освен това ЕКЗД приветства липсата на разпоредба за налагане на задължение за декриптиране на криптирани данни³⁵, но изразява безпокойство от това, че предложенията не предвиждат никакво конкретно изискване към адресатите да преценяват автентичността на предоставяните данни и подчертава, че тази преценка придава допълнителна добавена стойност на традиционните инструменти, при които се разчита на съдебното сътрудничество, като предупреждава, че при липсата на такава преценка засегнатите субекти на данни са изправени пред по-големи рискове.

Заклучения

Въз основа на настоящата оценка ЕКЗД би искал да отправи следните препоръки към съзаконодателите:

- 1) Правното основание на регламента следва да не бъде член 82, параграф 1 от ДФЕС.
- 2) Необходимостта от въвеждане на нов инструмент, съпоставена със съществуващата Директива за ЕЗР или ДПВ, следва да се докаже по-добре, включително с подробен анализ на средства с по-ниска степен на намеса в основните права, като например изменения на посочените действащи инструменти или ограничаване на обхвата на предложения инструмент до заповедите за запазване в съчетание с други съществуващи процедури за искане на достъп до данни.
- 3) В регламента следва да се предвиди по-дълъг срок, който да позволява на изпълняващия доставчик на услуги да осигури възможност за прилагане на гаранциите във връзка със защитата на основните права.
- 4) Принципът на двойната наказуемост следва да се запази, особено ако критериите за местонахождението на данните бъдат изоставени, за да се запази задължението за вземане под внимание на гаранциите, предвидени в двете засегнати държави (държавата на искащия орган и държавата, в която се намира доставчикът на услуги).
- 5) Приложното поле на регламента следва да се ограничи до администраторите по смисъла на ОРЗД или регламентът следва да съдържа разпоредба, според която в случай че искането е отправено до доставчик на услуги, който не е администратор на данните, а е обработващ данните, той е длъжен да информира администратора.
- 6) Регламентът следва да включва гаранции във връзка с предаването на данни в случаите, когато доставчикът на услуги е установен в трета държава, по отношение на която няма решение относно адекватността в тази област, или следва да препраща към Директива 2016/680, тъй като предвидените в нея гаранции ще бъдат приложими.
- 7) Тъй като задължителното определяне на юридически представител се различава от предвиденото в ОРЗД, в регламента следва да се уточни, че юридическият представител,

³⁵ Вж. съображение 19 и стр. 240 от оценката на въздействието.

определен съгласно регламента относно електронните доказателства, следва да е различен от представителя, определен съгласно член 3, параграф 2 от ОРЗД.

- 8) В регламента следва да се предвиди по-широко определение на понятието „данни от електронни съобщения“, за да се гарантира, че подходящите гаранции и условия за получаване на достъп, които ще бъдат въведени, обхващат както несвързаните със съдържанието данни, така и данните за съдържанието.
- 9) Предвидените в регламента прагове за издаването на заповедите следва да бъдат завишени и заповедите следва да се издават или издаването им да се разрешава от съдилищата, освен когато става въпрос за данни за абонатите и при условие че определението за тази категория данни бъде драстично стеснено до съвсем проста информация, позволяваща само да се установи самоличността на дадено лице, без да се предоставя достъп до каквито и да било данни за съобщенията.
- 10) С регламента достъпът до данни за абонатите и данни за достъпа следва да се ограничи до изчерпателно изброени престъпления или най-малкото до „тежките престъпления“.
- 11) Срокът за предоставяне на данните, особено при спешни случаи, следва да бъде обоснован по-добре в регламента, а във връзка с възможността за използване на бърза 6-часова процедура следва да бъде предвидено задължение за органите, отправили искането, да докажат наличието на спешност за прибягването до тази процедура, дори а posteriori, за да се даде възможност за контрол върху използването на такива изключителни правомощия.
- 12) Процедурата, позволяваща предоставяне на данни за съдържанието без каквото и да било участие на компетентните органи на държавата членка, в която се намира субектът на данните, следва да отпадне.
- 13) В регламента следва да се предвидят по-сериозни гаранции във връзка с издаването на европейските заповеди за заповед.
- 14) В регламента следва да се предвижда поне минималната класическа дерогация, според която, ако има сериозни основания да се счита, че принудителното изпълнение на дадена заповед би довело до нарушаване на основно право на засегнатото лице, вследствие на което държавата по принудително изпълнение би пренебрегнала задълженията си във връзка със защитата на основните права, признати в Хартата, принудителното изпълнение на заповедта следва да бъде отказано.
- 15) В Регламентата следва да се предвиди по-широко приложимо задължение за консултиране с компетентните органи на третата държава, в която се намира доставчикът на услуги, от когото се иска да предостави данни, ако е налице стълкновение на закони, за да се избегнат субективни тълкувания от един-единствен съд.
- 16) Законосъобразността и срокът на действие на заповедите за запазване следва да бъдат по-тясно обвързани със заповедите за предоставяне, които ги придружават.
- 17) Сигурността на предаването на данните следва да се гарантира по-добре.
- 18) Следва да се предвиди проверка на автентичността на данните, по-специално когато е възможно да бъдат предоставени криптирани данни.

За Европейския комитет по защита на данните,

Председател

(Andrea Jelinek)