



漢坤律師事務所

汉坤法律评述

融贯中西·务实创新

2018年8月8日

私募基金法律

欧盟《通用数据保护条例》对私募基金管理人的影响简析

王勇 | 胡瑶 | 张艳芳

欧盟丰富的法律框架、稳定的社会环境一直令其保持国际私募基金主要设立地之一的地位，其中，卢森堡及脱欧前的英国更是作为众多国际私募基金的设立地，受到全球私募基金管理人的广泛关注。此外，对于在开曼群岛或其他国家和地区成立的私募基金而言，亦经常发生向欧盟境内的投资者进行募资的情况。正因为欧盟在国际私募基金领域的重要地位，其立法活动对全球私募基金管理人的影响重大。

欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，以下简称“GDPR”¹）已于2018年5月25日正式生效。由于GDPR对欧盟个人数据保护极其严格，以及其适用超出欧盟地域范围，GDPR从其制定到生效都受到来自全球私募基金管理人的密切关注。本文旨在分析GDPR对私募基金管理人的适用和影响，供业界相关人士参考。

一、GDPR的保护对象及适用范围

首先，从保护对象上看，GDPR旨在对与个人数据处理相关的自然人进行保护及对个人数据流动行为进行规范²，其保护的数据主体仅为欧盟境内的自然人，不包括机构。

其次，从适用范围看，GDPR虽然是区域性立法，但根据GDPR第3条的规定³，GDPR将其适用范围扩大到欧盟之外。就境内适用而言，无论数据处理行为是否发生在欧盟境内，GDPR适用于设立在欧盟境内的控制者和处理者对个人数据的处理；就境外适用而言，对未设立在欧盟境内的数据控制者或处理者，只要其数据处理行为发生在向欧盟境内个人提供商品或服务过程中（无论是否支付对价），或者监控欧盟境内个人的行为，也要受到GDPR的约束。换言之，就私募基金管理人而言，GDPR既适用于欧盟境内的私募基金管理人，又可能适用于欧盟境外的私募

¹ 值得注意的是，虽然英国已启动了脱欧程序，但英国政府通过修订其《数据保护法案》（Data Protection Bill），将GDPR的内容引入该法案，使得GDPR在英国国内法层面得以实施。为行文方便，本文不专门讨论在英国适用GDPR的情况，而统一按照欧盟GDPR进行讨论。

² General Data Protection Regulation, Article 1. Subject-matter and objectives. This Regulation lays down rules relating to the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and rules relating to the free movement of personal data.

³ General Data Protection Regulation, Article 3. Territorial scope.

基金管理人。也正基于此，对设立在欧盟境外但基金管理活动与欧盟境内发生关系的私募基金管理人而言，尤其应注意 GDPR 对其的影响。

二、GDPR 的重要概念

在前述 GDPR 的保护对象及适用范围中，涉及“个人数据”、“控制者”、“处理者”、“向欧盟境内投资者提供商品或服务”及“监控欧盟境内投资者”等几个重要概念，以下进行简要介绍：

（一）“个人数据”

“个人数据”是 GDPR 的客体，是指任何指向一个已识别或可识别的自然人（数据主体）的信息⁴，这类信息通常包括姓名、身份证号、定位数据、在线身份识别的标识，或者有关该自然人的一个或多个物理、生理、遗传、心理、经济、文化或社会身份的要素。

（二）“控制者”和“处理者”

个人数据保护的义务主体包括“控制者”（controller）和“处理者”（processor）。“控制者”指的是能单独或联合决定个人数据的处理目标和方式的自然人、法人、公共机构、行政机关或其他非法人组织。而“处理者”指的是为控制者处理个人数据的自然人、法人、公共机构、行政机关或其他非法人组织。由此可见，“控制者”的权力在于对数据的控制，能决定个人数据的处理目标和方式，而“处理者”的权力仅在于处理，指的是为控制者处理数据的权力，二者的身份并非泾渭分明。私募基金管理人应以其自身是否有权决定个人数据的处理目标和方式为核心，结合自身实际情况，来判断其身份为“控制者”还是“处理者”。

综合整个 GDPR 立法的内容看，“控制者”的义务主要包括以下 11 个方面：（1）遵守 GDPR 的数据保护原则；（2）做好数据处理记录；（3）建立数据保护影响评估（Data Protection Impact Assessments）（如需）；（4）指定数据保护官（Data Protection Officer）（如需）；（5）对数据主体的权利作出回应（例如被遗忘权）；（6）采取适当的技术和组织措施；（7）将个人违规情况通知数据保护当局和数据主体；（8）采取默认和设计的数据保护措施；（9）未在欧盟设立的控制者在欧盟境内指定数据保护代理人；（10）与数据处理者达成的协议当中包括特定的数据处理事项，并仅使用采用适当技术和组织措施的数据处理者；（11）在个人数据跨境转移的过程当中，采取数据转移措施。

而“处理者”的义务主要包括 6 项：（1）采取适当的技术和组织措施；（2）将数据违规通知给控制者（如需）；（3）未在欧盟设立的处理者在欧盟境内指定数据保护代理人；（4）与控制者达成的协议当中包括特定的数据处理事项；（5）做好数据处理记录；（6）指定数据保护官（如需）。

（三）“向欧盟境内投资者提供商品或服务”及“监控欧盟境内投资者”

对于欧盟境外的私募基金管理人而言，只有其数据处理行为发生在其向欧盟境内个人投资者提供商品或服务过程当中，或者监控欧盟境内个人投资者（如无特别指出，下文的“投

⁴ General Data Protection Regulation, Article 4. Definitions.

资者”均指“个人投资者”）的行为时，才构成 GDPR 下的数据处理行为并适用 GDPR。基于此，我们有必要对何为“向欧盟境内投资者提供商品或服务”及“监控欧盟境内投资者”作一定的了解。

当不能准确判断是否构成“向欧盟境内投资者提供商品或服务”行为时，判断该行为的决定性因素在于，该欧盟境外私募基金管理人是否具备向欧盟境内投资者提供商品或服务的商业意图。以下因素可构成向欧盟境内投资者提供商品或服务行为的意图的判断要素：（1）推介材料除使用当地语言之外，还使用欧盟境内语言；（2）欧元作为基金发行的主要货币；

（3）使用欧盟成员国境内的推介人向投资者推介其商品或服务。同时，根据 GDPR 第 23 号详述（Recital 23 of the GDPR），如无其他信息表明具有前述商业意图，欧盟境内的投资者仅可访问数据控制者、数据处理者或中介网站，或仅可获取该等主体的电子邮件地址或其他联系方式的情形，不足以构成向欧盟境内投资者提供商品或服务的意图。

就判断是否构成“监控欧盟境内投资者”而言，如欧盟境内的投资者在互联网上通过追踪信息记录程序（tracking cookies）被追踪，网站所有者可能被认为实施了监控行为，应适用 GDPR。在该等情形下，不要求其具备针对欧盟境内投资者提供商品或服务的意图。同时，根据 GDPR 第 24 号详述（Recital 24 of the GDPR），就是否构成监控数据主体行为，应结合是否存在为了作出与该自然人相关的决定，或为分析、预测其个人偏好、行为和态度之目的而对自然人的信息进行收集的情形进行判断。因此，如私募基金管理人使用信息追踪技术并用于分析欧盟境内投资者，则可能构成对欧盟境内投资者的监控。

三、 法律责任

GDPR 中具有十分严格的处罚机制，主要分为两类：

- 如私募基金管理人违反数据控制者或处理者的义务，包括违反保障处理过程的安全性义务、未在欧盟设立控制者或处理者的代理人、未及时通知监管机构个人数据泄露、存在数据安全问题等，最高可能招致 1000 万欧元或其全球营业收入的 2% 的罚款（以较高者为准）；
- 如私募基金管理人未经用户同意使用数据、侵犯数据主体权利或非法跨境流通数据的，最高可能招致 2000 万欧元或其全球营业收入 4% 的罚款（以较高者为准）。

四、 GDPR 对私募基金管理人的适用及影响

（一） 是否在欧盟境内注册

根据 GDPR 第 3 条第 1 款，如私募基金管理人在欧盟境内注册，则无论数据处理行为是否发生在欧盟境内，均应当适用 GDPR。

（二） 是否向欧盟境内的个人投资者募集资金

如欧盟境外的私募基金管理人向欧盟境内的个人投资者募集资金，由于其通常涉及获取并处理该等个人投资者的信息（例如姓名、证件信息、联系信息、税收居民信息、资金来源、职业和收入信息、投资目标等），因此，该私募基金管理人亦将适用 GDPR。但是，如果欧

盟境外的私募基金管理人仅涉及向欧盟境内的机构投资者募集资金，由于机构不在 GDPR 的保护对象范围内，该私募基金管理人应不受 GDPR 管辖。

同时，对于无意向欧盟境内个人投资者募集资金的私募基金管理人而言，我们建议，应尽量避免使用欧盟境内成员国语言进行基金推介、避免使用欧元作为发行货币等。同时，基于追踪信息记录程序的广泛应用且该技术通常会被理解为用于对用户进行身份识别，我们建议私募基金管理人检查其网站内容，慎重使用追踪信息记录程序，如确有必要使用，应通知数据主体该等数据处理行为并获得其同意，并确保其数据处理不将直接被用于推介之目的。

（三）获取投资者的有效同意

如私募基金管理人已在欧盟注册，或者虽然设立在欧盟境外，但存在上述适用 GDPR 的情形，在处理欧盟境内个人投资者数据时，应当具有合法资格。根据 GDPR 第 4 条的规定，处理数据的合法性前提包括：（1）数据主体的同意；（2）为履行数据主体参与的合同；（3）为履行控制者所服从的法律义务；（4）为保护数据主体或另一个自然人的切身利益；（5）为维护公共利益或履行公共职权。对于私募基金管理人而言，我们理解其对个人投资者数据处理最为重要的前提在于获得投资者的同意。根据 GDPR 第 7 条⁵及《欧盟数据保护法指南（2018 年版）》（Handbook on European data protection law, 2018 edition）⁶的相关内容，投资者有效的“同意”必须满足以下条件：（1）“同意”必须是具体、清晰的，是投资者在充分知情的前提下自由作出的；（2）如果数据控制者希望获得同意的事项区别于此前已经取得同意的事项范围，则需要向用户作出单独的说明；（3）如果将同意数据处理作为签订合同的前提条件，而这种数据处理事实上超出了提供服务所必须的范围，将违反有关“同意应当是自由作出”的规定；（4）数据主体享有随时撤回同意的权利⁷。基于此，私募基金管理人在获取投资者同意时，应参照有效“同意”的标准，取得无瑕疵的处理投资者数据的同意，避免源头上的不合规风险。

（四）恰当履行其他数据处理义务

如私募基金管理人确有必要处理欧盟境内个人投资者的数据，并已经取得个人投资者的有效同意，则其应根据自身实际情况确定其“控制者”或“处理者”的身份，以确定其具体的义务内容。

（五）基金投资标的企业是否涉及 GDPR 合规问题

无论是否符合上述第（一）、（二）点，如私募基金所投资的标的企业涉及对欧盟成员国的个人数据的收集、处理、传输、分析等相关业务，我们建议私募基金管理人在对标的企业进行尽职调查时，关注其在 GDPR 方面的合规情况。如存在不合规情形，基于 GDPR 下严格的法律责任，该等不合规可能影响私募基金的投资回报及标的企业的估值。

⁵ General Data Protection Regulation, Article 7. Conditions for consent.

⁶ Handbook on European data protection law, 2018 edition, 4.1.1. Lawful grounds for processing data.

⁷ 根据《欧盟数据保护法指南（2018 年版）》在“同意”不能撤回或撤回“同意”将产生不利影响或撤回“同意”的程序较作出“同意”更为复杂的情形下，“同意”不能随时被撤回。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与王勇先生（+86-10-8525 5553/138 1149 9450; james.wang@hankunlaw.com）联系。