

ANBEFALING NR. 11

Anbefaling om lydopptak av investeringstjenester over telefon og dokumentasjon av kommunikasjon gjennom andre elektroniske kommunikasjonskanaler

1. Bakgrunn og formål

Verdipapirforetak skal foreta lydopptak av telefonsamtaler og lagre all elektronisk kommunikasjon i tilknytning til at det ytes investeringstjenester og utøves investeringsvirksomhet.

Formålet med denne anbefalingen er å definere hva som faller innenfor verdipapirforetakenes rettslige forpliktelser, samt i tillegg angi hva som kan være en hensiktsmessig/praktisk håndtering av lydopptak og lagring av elektronisk kommunikasjon.

Av verdipapirhandelloven (vphl.) § 9-16 første ledd nr. 8 følger:

Foretaket skal sørge for dokumentasjon av alle investeringstjenester og all investeringsvirksomhet, herunder alle utførte transaksjoner, som skal være minst så fyllestgjørende at Finanstilsynet kan kontrollere om de regler Finanstilsynet har ansvar for, er overholdt. Slik dokumentasjon skal oppbevares i minst fem år, eller lengre tid dersom Finanstilsynet bestemmer det.

Plikten til å foreta opptak av telefonsamtaler og annen elektronisk kommunikasjon følger av vphl. § 9-17:

1) Dokumentasjon etter § 9-16 første ledd nr. 8 skal omfatte opptak av alle telefonsamtaler og lagring av all elektronisk kommunikasjon i tilknytning til at det ytes investeringstjenester og utøves investeringsvirksomhet som nevnt i § 2-1 første ledd nr. 1 til 7. Dokumentasjonen skal også omfatte samtaler og kommunikasjon som er ment å føre til at det ytes investeringstjenester eller utøves investeringsvirksomhet.

De aktuelle investeringstjenestene er angitt i vphl. § 2-1 første ledd nr. 1 til 7:

(1) Med investeringstjenester og investeringsvirksomhet menes:

- 1. mottak og formidling av ordre knyttet til ett eller flere finansielle instrumenter,*
- 2. utførelse av ordre på vegne av kunde,*
- 3. omsetning av finansielle instrumenter for egen regning,*
- 4. porteføljeforvaltning,*
- 5. investeringsrådgivning,*
- 6. fulltegningsgaranti for finansielle instrumenter eller plassering av finansielle instrumenter med fulltegningsgaranti,*
- 7. plassering av finansielle instrumenter der foretaket ikke avgir fulltegningsgaranti,*

Verdipapirforetak har i utgangspunktet ikke plikt til å foreta lydopptak eller dokumentere annen kommunikasjon som gjelder yting av *tilknyttede tjenester* etter vphl. § 2-6:

(1) Med tilknyttede tjenester menes:

- 1. oppbevaring og administrasjon av finansielle instrumenter på kunders vegne, inkludert forvaltning av kontanter og sikkerhetstillelse, samt andre forvaltningstjenester. Dette omfatter ikke virksomhet som består i levering og vedlikehold av verdipapirkontoer etter avsnitt A punkt 2 i vedlegg til forordning [\(EU\) nr. 909/2014](#),*
- 2. yting av kreditt til en investor som foretar transaksjoner i finansielle instrumenter, når foretaket som yter kreditten er involvert i transaksjonen,*

3. rådgivning om foretaks kapitalstruktur, industrielle strategi og beslektede spørsmål, samt rådgivning og tjenester i forbindelse med fusjoner og oppkjøp av foretak,
4. tjenester i tilknytning til valutavirksomhet når dette skjer i forbindelse med ytelse av investeringstjenester,
5. utarbeidelse og formidling av investeringsanbefalinger, finansielle analyser og andre former for generelle anbefalinger vedrørende transaksjoner i finansielle instrumenter,
6. tjenester i tilknytning til fulltegningsgaranti,
7. tjenester i tilknytning til underliggende til derivater og varederivater som definert i § 2-4 nr. 7 og 8, når disse tjenestene har sammenheng med investeringstjenester eller tilknyttede tjenester.

Verdipapirforetak skal utarbeide, etablere og vedlikeholde retningslinjer som sikrer at opptaks- og dokumentasjonsplikten overholdes på en effektiv måte¹. Retningslinjene skal være skriftlige, og utarbeides slik at de er proporsjonale med virksomhetens størrelse og kompleksitet. Retningslinjene skal hensynta gjeldende personvernregler, herunder bør de inneholde prosedyrer for tilgangskontroll, samt prosedyrer for å unngå at private samtaler blir tatt opp.

2. Virkeområdet

Anbefalingen gjelder for norske verdipapirforetak og foretakets filialer og tilknyttede agenter i Norge og utlandet. Anbefalingen gjelder også for filialer i Norge av verdipapirforetak med hovedsete utenfor EØS².

VPFF legger til grunn at for filialer og tilknyttede agenter etablert i Norge av verdipapirforetak med hovedsete i annen EØS-stat, gjelder anbefalingen kun i tilknytning til det som er opptaks- og lagringspliktig etter lovgivningen i foretakets hjemstat³.

MiFID II⁴ angir minstekrav til hvilke investeringstjenester og hvilken investeringsvirksomhet som skal dokumenteres i form av opptak av telefonsamtaler og lagring av elektronisk kommunikasjon. Slik dokumentasjon skal som et minimum foreligge ved transaksjoner gjennomført for egen regning, og ved yting av tjenester i forbindelse med mottak, formidling og utførelse av kundeordrer (tjeneste nr. 1, 2 og 3 som nevnt i vphl. § 2-1 første ledd). Norsk rett går lengre enn minstekravene til MiFID II, da flere investeringstjenester er gjort opptaks- og lagringspliktige i Norge.

Før gjennomføringen av MiFID II i Norge var det opptaks- og lagringsplikt for samtaler og elektronisk kommunikasjon «i tilknytning til ytelse av investeringstjenester». I forarbeidene til loven ble dette tolket slik at det måtte foretas opptak av telefonsamtaler «som med rimelighet kan kunne ut i yting av en investeringstjeneste».

¹ Kommisjonsforordning (EU) 2017/565 artikkel 76

² Jf vphl. § 9-37 første ledd nr. 1

³ Jf vphl. § 9-35 første ledd. Det gjøres oppmerksom på at det kan synes som FCA (Financial Conduct Authority i UK) i sin omtale av opptaks- og lagringsplikten i UK, implisitt har lagt til grunn at EU-filialer i UK er underlagt den «utvidede tapeplikten» etter vertsstatens (UK) lovgivning. VPFF er kjent med at problemstillingen vil tas opp med rette myndighet i EU, og forhåpentligvis få sin avklaring. EU-filialer med Norge som vertsstat må derfor enn så lenge selv foreta en vurdering av om de faller inn under den utvidede opptaks- og lagringsplikten i Norge - eller hjemstatens lovgivning på området.

⁴ Directive 2014/65/EU artikkel 16 nr. 7

Ved gjennomføringen av MiFID II i norsk rett ble ordlyden i vphl. § 9-17 første ledd noe endret. Av den nye ordlyden fremgår blant annet at opptak av telefonsamtaler og lagring av all elektronisk kommunikasjon «skal også omfatte samtaler og kommunikasjon som er ment å føre til at det utøves investerings tjenester eller utøves investeringsvirksomhet». Vilkåret «i tilknytning til» er samtidig opprettholdt.

I forarbeidene⁵ til vphl. § 9-17 har departementet uttalt at «reglene som foreslås videreført, ikke innebærer en utvidelse av plikten til å foreta lydopptak og lagring av kommunikasjon».

VPPF legger likevel til grunn at tilføyselsen «er ment å føre til» innebærer en materiell endring av den tidligere særnorske reguleringen av opptaksplikten. Endringen medfører en utvidelse for investeringstjenestene mottak og formidling av ordre, utførelse ordre, samt egenhandel (tjeneste 1, 2 og 3), ved at også samtaler og elektronisk kommunikasjon som «er ment å føre til» ytelse av en av de nevnte tjenestene er opptaks- og lagringspliktige etter vphl § 9-17 første ledd annet punktum. Begrunnelsen for denne forståelsen er at minimumskravene i MiFID II artikkel 16 skal være de samme i hele EU.

Eksempler på hva som er opptaks- og lagringspliktig i denne forbindelse er ren ordreinnleggelse, indikasjoner på ordre, konkrete investeringsråd mv.

For øvrig vil telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon «i tilknytning til ytelse av investeringstjenester», slik dette tidligere har vært forstått, være opptaks- og lagringspliktig for alle aktuelle investeringstjenester.

ESMA har i Q&A⁶ uttalt følgende om opptak av samtaler og lagring av elektronisk kommunikasjon: «ESMA expects firms to record all internal telephone calls or electronic communications regarding the handling of orders and transactions.» ESMA utdyper dette i Q&A på følgende måte:

«Internal telephone conversations and electronic communications that “are intended to result in transactions” or “relate to” the reception and transmission of orders, execution of orders on behalf of clients and dealing on own account are subject to the MiFID II Article 16(7) recording requirement.

Recital 57 of MiFID II sets out that: “such records should ensure that there is evidence to prove the terms of any orders given by clients and its correspondence with transactions executed by the investment firms, as well as to detect any behavior that may have relevance in terms of market abuse, including when firms deal on own account”.

VPPF legger til grunn at interne telefonsamtaler/elektronisk kommunikasjon som gjelder håndtering av ordre i forbindelse med gjennomføring av transaksjoner er opptaks- og lagringspliktige. Et eksempel på slik intern kommunikasjon vil kunne være når sales (megler) innhenter kurser fra trading desk via telefon, chat, mail, sms på et finansielt instrument før gjennomføringen av en transaksjon for en kunde. På den annen side vil intern kommunikasjon mellom megler og analytiker, om sistnevntes analyser/vurderinger, falle utenfor opptaksplikten.

Ved utkontraktering av virksomhet må verdipapirforetaket sørge for at det foretas lydopptak av alle telefonsamtaler/lagring av elektronisk kommunikasjon knyttet til ytelse av

⁵ Prp 77 L (2017-2018) punkt 5.2.6.5

⁶ ESMA's Q&A on MiFID II and MiFIR Investor Protection topics, chapter 3, question 1

investeringstjenester som verdipapirforetaket har utkontraktert. Ved utkontraktering til utenlandsk datterselskap er det opptaks- og lagringsplikt. Hva som anses som utkontraktering behandles ikke i denne anbefalingen.

3. Opptaks- og dokumentasjonsplikt

Verdipapirforetak må påse at opptakspiktige telefonsamtaler foretas på telefon som er tilknyttet lydopptaksutstyr, og påse at bruk av telefoner (herunder private mobiltelefoner), som ikke er koblet til lydopptaksutstyr, forbys ved ytelse av opptakspiktige tjenester.

Verdipapirforetak må videre påse at all lagringspliktig elektronisk kommunikasjon med kunder skjer gjennom godkjente kommunikasjonskanaler som er gjenstand for lagring. Foretaket skal til enhver tid ha oversikt over tillatte kommunikasjonskanaler.

Kommunikasjon via Microsoft Teams, Skype, Zoom, WhatsApp, Messenger, Snapchat og lignende løsninger er elektronisk kommunikasjon som er opptakspiktig dersom det ytes opptaks- og lagringspliktige investeringstjenester. Dersom ansatte i verdipapirforetak kommuniserer med kunder på slike løsninger og disse ikke er gjenstand for opptak, må de ansatte bytte til kommunikasjonsløsning som er gjenstand for opptak innen det ytes opptaks- og lagringspliktige investeringstjenester.

Fysiske møter er ikke opptakspiktige. Dersom det ytes opptaks- og lagringspliktige investeringstjenester i fysisk møte, skal innholdet i samtalene fra disse møtene registreres i skriftlige protokoller eller notater som lagres i et varig medium⁷.

4.1 Nærmere om de ulike virksomhetsområdene

For avgrensning av dokumentasjonsplikten, tar anbefalingen i det følgende utgangspunkt i ulike funksjoner/virksomhetsområder i et verdipapirforetak.

4.1.1 Meglerbord/meglere

Det skal gjøres opptak av alle telefonsamtaler og all elektronisk kommunikasjon med kunder relatert til investeringstjenestene mottak og formidling av ordre (tjeneste nr. 1) og utførelse av ordre (tjeneste nr. 2).

Ordre som inngis skriftlig per brev, e-post, faks, SMS e.l. må oppbevares i et varig medium.

4.1.2 Tradere/market makere/prop.tradere

Det skal gjøres opptak av alle telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon med motparter relatert til investeringstjenesten omsetning av finansielle instrumenter for egen regning (tjeneste nr. 3).

4.1.3 Aktiv forvaltning (porteføljeforvaltning)

Telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon med kunder og verdipapirforetak i forbindelse med ordreinnleggelse/utførelse (tjeneste nr. 4) må tapes og kunne dokumenteres.

4.1.4 Investeringsrådgivere

Det skal gjøres opptak av alle telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon med kunder som innebærer at det ytes personlig anbefaling om transaksjoner i forbindelse med bestemte finansielle instrumenter (investeringsrådgivning - tjeneste nr. 5).

⁷ Jf vphl. § 9-17 fjerde ledd og verdipapirforskriften §2-2, jf Kommisjonsforordning (EU) 2017/565 artikkel 76 nr. 9

4.1.5 Investment Banking / Corporate Finance

4.1.5.1 Plassering

Plassering av offentlige tilbud, emisjoner, fulltegningsgarantier og tilbud om kjøp av finansielle instrumenter er investeringstjenester (tjeneste nr. 6 og 7), og innebærer at det må gjøres opptak/foretas lagring av telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon med investorer relatert til formidling av tilbud om tegning, samt mottak av kundens tegningsordre. VPFf legger til grunn at opptaksplikten i utgangspunktet starter ved start av tegningsperioden (egen opptaksplikt ved market sounding – se under).

Verdipapirforetak kan benytte meglerbordet, ECM (Equity Capital Markets) og DCM (Debt Capital Markets) i forbindelse med ordremottak, hvor forutsetningsvis alle telefoner er tilkoblet lydopptaksutstyr.

Det følger av markedsmisbruksforordningen (MAR)⁸ at i de tilfeller hvor markedssondering med og uten innsideinformasjon skjer via telefon, skal telefonen være koblet til lydopptaksutstyr. Den investor som kontaktes, skal videre samtykke i at samtalen tapes. Etter VPFf's oppfatning bør det ikke foregå markedssonderinger med investorer via telefon, dersom samtalen ikke tapes.

4.1.5.2 Rådgivning

Rådgivning med hensyn til foretaks kapitalstruktur, industriell strategi og beslektede spørsmål, samt rådgivning og tjenester i forbindelse med fusjoner og oppkjøp er tilleggsteneste og faller utenfor verdipapirhandelens bestemmelser om lydopptak. Kommunikasjon med utsteder i forbindelse med en plassering betraktes som ytelse av rådgivning om kapitalstruktur mv, og er derfor unntatt fra opptaksplikten i vphl. § 9-17 første ledd.

4.1.5.3 Eksempler

Under følger eksempler på hva som kan være opptakspliktige samtaler innenfor investment banking

a) Eksempler på opptakspliktige samtaler - ikke uttømmende liste

- Samtaler om kjøp/salg av aksjer/obligasjoner mv. (herunder innhenting av ordre)
 - omfatter f. eks. samtaler med aksjonærer i målselskap, knyttet til salgsordre i forbindelse med tilbudsaksept
 - omfatter f. eks samtaler med selgende aksjonærer i IPO's, offentlige og private plasseringer, når samtalen er knyttet til ordre
- Samtaler hvor investor blir satt i innsideposisjon, herunder pre-sounding av investorer om mulighetene for å gjennomføre en aksjeemisjon/obligasjonsutstedelse (med eller uten innsideinformasjon). Lydopptaksplikt følger av MAR - se punkt 4.1.5.1
- Interne samtaler fra/til ECM og DCM når disse er relatert til utførelse av kundeordre eller egenhandel

⁸ MAR har per 15. september 2020 ikke trådt i kraft i Norge, men er satt i kraft i EU

b) *Eksempler på samtaler fra Corporate Finance som ikke er opptakspliktige - ikke uttømmende liste*

- Samtaler med utstedere om utstedelse av egenkapital eller fremmedkapital (rådgivning rundt kapitalstruktur)
- Samtaler med utstedere rundt endrede avtalevilkår for låneforpliktelser
- Samtaler med utstedere rundt oppkjøp og/eller fusjon/fisjon
- Samtaler med et selskap om børsnotering
- Samtaler med andre tilretteleggere
- Samtaler med andre samarbeidspartnere/involverte institusjoner, slik som advokater, revisorer, markedsplasser mv.

4.1.6 Analyse

Analytikere yter normalt ikke investeringstjenester, ettersom de gir investeringsanbefalinger som er basert på generelle råd om et selskap eller en sektor/bransje. Slike generelle investeringsanbefalinger er en tilknyttet tjeneste⁹ som faller utenfor verdipapirhandellovens bestemmelser om lydopptak. Da slike samtaler ikke kan anses å være ment til å føre til en ordre eller en investeringstjeneste, er det ikke plikt til å foreta lydopptak eller for øvrig dokumentere samtaler analytikere har med kunder.

Det forutsettes at analytikeren ikke gir personlig rådgivning (investeringsrådgivning - tjeneste nr. 5). Dersom analytiker likevel gir investeringsråd, må samtalen tas opp/lagres. Med investeringsrådgivning menes personlig anbefaling til en kunde, på kundens eller verdipapirforetakets initiativ, om en eller flere transaksjoner knyttet til bestemte finansielle instrumenter¹⁰.

Særlig ved samtaler med ikke-profesjonelle kunder er terskelen lav for at en anbefaling kan betraktes som ytelse av investeringsrådgivning. Finanstilsynet har blant annet lagt til grunn at dersom kunden selv opplever anbefalingen som et investeringsråd, vil anbefalingen kunne betraktes som personlig og dermed utgjøre en investeringstjeneste.

4.1.7 Oppgjør

Oppgjørsfunksjonen er i utgangspunktet ikke en konsesjonspliktig investeringstjeneste, og ikke underlagt opptaksplikt. Oppgjørsfunksjonen utfører tjenester som ligger så tett opp til investeringstjenestene, at det likevel vil være hensiktsmessig å gjøre opptak av telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon for å kunne dokumentere hva som er kommunisert mellom verdipapirforetaket og kundene relatert til denne funksjonen.

4.1.8 Støttefunksjoner

Støttefunksjonene i verdipapirforetak (compliance, risk, IT, administrasjon mv.) yter ikke konsesjonspliktig investeringstjenester og faller utenfor verdipapirhandellovens bestemmelser om lydopptak.

⁹ Jf vphl. § 2-6 første ledd nr. 5

¹⁰ Jf vphl. § 2-3 fjerde ledd

5 Lagring og gjenfinning av dokumentasjon:

Lyddopptak og dokumentasjon av elektronisk kommunikasjon skal dokumenteres i et varig medium og oppbevares i minst fem år, eller lengre tid dersom Finanstilsynet bestemmer det¹¹.

Opptak av telefonsamtaler skal minst kunne gjenfinnes med følgende søkekriterier¹²:

1. inngående og utgående telefonnummer,
2. tidspunktet for samtalen,
3. ansatte hos foretaket som utførte samtalen

I den grad dedikerte telefoner tilknyttet lyddopptaksutstyr benyttes (herunder mobiltelefoner som ikke er tilknyttet en enkelt ansatt) i forbindelse med ytelse av investeringstjeneste, må verdipapirforetaket kunne dokumentere hvilken ansatt som utførte samtalen.

Kommunikasjon gjennom andre kommunikasjonskanaler enn telefon skal kunne gjenfinnes med følgende søkekriterier:

1. kundens identitet,
2. tidspunktet for kommunikasjonen,
3. ansatte hos foretaket som utførte kommunikasjonen

6 Informasjonsplikt

Verdipapirforetak skal informere sine kunder om at telefonsamtaler eller elektronisk kommunikasjon mellom verdipapirforetaket og dets kunder vil bli tatt opp og lagret.¹³ Det følger av personvernlovgivningen at kunder skal få informasjon før samtalen starter, at samtalen tas opp, hva som er formålet, og at mer informasjon er tilgjengelig på nettsiden til virksomheten.¹⁴

Det er tilstrekkelig at informasjonen gis én gang før investeringstjenester ytes; for eksempel ved etablering av kundeforhold.

Dersom en i utgangspunktet ikke-opptakspiktig samtale endrer karakter og oppfylder vilkårene for opptak, må kunden i samtalen opplyses om at samtalen «heretter» tapes og lagres mv.

Verdipapirforetaket skal ved etablering av kundeforholdet skriftlig opplyse alle kunder om at opptak av telefonsamtaler kan gjenfinnes etter særskilte kriterier. Hvilke kriterier som kan benyttes for gjenfinning skal særskilt angis.

I forbindelse med Datatilsynets tilsynspraksis¹⁵ er det avklart at Datatilsynet legger til grunn at samtaler med sentralbordet/resepsjonen i verdipapirforetak ikke er opptakspiktige. Det mangler dermed behandlingsgrunnlag for opptak av slike samtaler, med mindre samtalen settes over fra sentralbordet til telefoner hvor det ytes investeringstjenester.

¹¹ Jf vphl. § 9-17 femte ledd og ESMAs Q&A on MiFID II and MiFIR Investor protection topics, chapter 3 question 4

¹² Jf vpf. § 9-7

¹³ Vphl. § 9-17 tredje ledd

¹⁴ Se veileder fra Datatilsynet: <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/overvaking-og-sporing/lyddopptak/lyddopptak-i-forskjellige-situasjoner/>

¹⁵ Datatilsynets kontroll hos SpareBank 1 Markets, kontrollrapport 8. juli 2013

7 Innsyn og sletting

Lydopptak og annen opptaks- og lagringspliktig elektronisk dokumentasjon skal på anmodning gjøres tilgjengelig for den berørte kunden¹⁶.

Verdipapirforetaket bør ha egen rutine for ansattes innsyn i lydopptak og lagringspliktig elektronisk kommunikasjon.

Verdipapirforetaket bør ha egen rutine for sletting av overskuddsinformasjon.

¹⁶ Jf vphl. § 9-17 femte ledd