

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 OSLO

Deres referanse
16/550-22

Vår referanse
17/00200-2/AHO

Dato
23.05.2017

Høringsuttalelse - NOU 2017:1 Markeder for finansielle instrumenter - gjennomføring av MiFID II og MiFIR

Vi viser til høring av Verdipapirlovutvalgets andre delutredning, NOU 2017:1.

Utredningen fremmer forslag til endringer i verdipapirhandelloven for å gjennomføre det såkalte MiFID II direktivet (heretter bare MiFID) og MiFIR forordningen.

Datatilsynet gir her sin uttalelse.

1. Innledning – generelle merknader

Gjennomføringen av MiFID og MiFIR har på flere områder innvirkning på den enkeltes krav på personopplysningsvern.

Det gjelder for eksempel plikten til å lagre opplysninger knyttet til investeringstjenester og transaksjoner, herunder opptak og lagring av telefonsamtaler og annen kommunikasjon, tilsynsmyndighetens adgang til å hente ut informasjon og publisering av sanksjoner.

Det fremkommer av MiFID art. 78. at behandling av personopplysninger skal skje i samsvar med nasjonal lov som gjennomfører direktiv 95/46 (personverndirektivet). I fortalen nr. 166 heter det videre at:

This Directive respects the fundamental rights (...), in particular the right to protection of personal data (...) and has to be implemented in accordance with those rights and principles.

MiFID/MiFIR må gjennomføres på en slik måte at det er forenlig med kravene til personopplysningsvern og de prinsipper dette vernet bygger på. Dette må skje på en konkret måte.

MiFID/MiFIR er ikke seg selv ferdig harmonisert med kravene til personopplysningsvern.

Vi vil i den forbindelse vise til uttalelse fra European Data Protection Supervisor (EDPS) av 10. februar 2012.¹ Uttalelsen gjelder MiFID og MiFIR, hvor EDPS peker på en rekke utfordringer knyttet til personopplysningsvern.

Vi kan også vise til brev fra Artikkel 29 gruppen av 7. juli 2015 til kommisjonen i forbindelse med utarbeidelse av kommisjonsforordninger (delegated acts) til MiFID.²

En rekke av de forhold EDPS og Artikkel 29 gruppen trekker frem er relevant ved gjennomføringen av MiFID i nasjonal lov.

Utredningen fra lovutvalget er dessverre helt taus om forholdet til personopplysningsvern/personvern. I det vesentlige synes lovutkastet å være en ren oversettelse av direktivteksten til norsk lov, og det kan virke som man ikke har vært oppmerksom på at direktivet har implikasjoner med hensyn til personopplysningsvern og individets grunnleggende rettigheter.

Etter vårt syn må det foretas en nærmere *personvernkonsekvensutredning* (data protection impact assessment) knyttet til de ulike delene av lovforslaget som på en eller annen måte involverer behandling av personopplysninger. Denne kan danne basis for en nærmere vurdering av om for eksempel behovet for presiseringer i lovtteksten samt eventuelle andre garantier (safe guards) for å sørge for at inngrepet i retten til et personopplysningsvern ikke går lenger enn det som er nødvendig og proporsjonalt.

2. Merknader til enkelte av de foreslåtte lovbestemmelser

2.1 Lovutkastet § 9-17 om telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon

Det følger av forslaget at verdipapirforetak, som ledd i en ganske omfattende dokumentasjonsplikt, skal sørge for

«opptak av alle telefonsamtaler og lagring av all elektronisk kommunikasjon i tilknytning til ytelse av investeringstjenester og utførelse av investeringsvirksomhet».

Dette inkluderer samtaler og kommunikasjon som er ment å føre til at det ytes investeringstjenester eller øves investeringsvirksomhet, uavhengig av om slik tjeneste/virksomhet blir gjennomført.

¹ www.edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-02-10_financial_instruments_en.pdf

EDPS er det EUs datatilsynsmyndighet som blant annet gir rådgivende uttalelser knyttet til EU-lovgivning og personopplysningsvern.

² www.ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2015/20150707-letter-from-art29-wp-to-dgfishma-on-coming-delegated-acts-implementing-mifid2vf.pdf

Artikkel 29 gruppen (Article 29 Data Protection Working Party) er et organ opprettet i medhold av personverndirektivet art. 29 og består blant annet av representanter fra datatilsynsmyndighetene i EU/EØS.

For å oppfylle kravene skal verdipapirforetak treffe alle rimelig tiltak for å

«ta opp og lagre *relevante* telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon som foretas med, sendes fra eller mottas av utstyr som verdipapirforetaket gjør tilgjengelig for en ansatt eller underleverandør, eller som verdipapirforetaket godtar eller tillater at en ansatt eller underleverandør bruker»

I tillegg stilles krav om å treffe rimelig tiltak for å hindre bruk av privateid utstyr som foretaket ikke har kontroll på.

Datatilsynet mener lovforslaget er bekymringsfullt fra et personvernståsted. Lovforslaget er også mangelfullt utredet ved at det ikke drøfter personvern hensyn i det hele tatt til tross for at det er tale om vesentlige inngrep.

For det første vil vi vise til at det er uklart hva som er formålet med lagringen av kommunikasjonen. Lovutkastet § 9-17 første ledd viser til § 16 første ledd nr. 8, hvor det fremkommer at dokumentasjonen skal være «så fyllesgjørende at Finanstilsynet kan kontrollere om de regler som Finanstilsynet har ansvar for, er overholdt». Det synes altså som at formålet med lagringen først og fremst er å sikre tilgjengelig dokumentasjon med tanke på Finanstilsynets kontroll av om reglene etterleves. Om de lagrede dataene også skal kunne brukes til andre formål, for eksempel av verdipapirforetaket selv til mer generell kontroll og oppfølging av sine ansatte eller bruk av opplysningene for kundeoppfølging, er uklart. Datatilsynet mener at formålet må være helt tydelig.

Vi viser videre til at forslaget går lenger enn MiFID art. 16 nr. 7, som bare krever at lagring av kommunikasjonen som skjer i forbindelse med *transaksjoner gjennomført for egen regning* eller i forbindelse med yting av tjenester knyttet til *mottak, formidling og utførelse av kundeordrer*. Det er altså bare i tilknytning til visse former for investeringstjenester/investeringsvirksomhet at man etter direktivet har funnet det nødvendig og proporsjonalt å ta opp og lagre kommunikasjonen.

Det fremkommer av fortalen til MiFID punkt 56 at

Recording of telephone conversations or electronic communications involving client orders is compatible with the Charter of Fundamental Rights of the European Union and is justified (...)

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 to detect any behavior that may have relevance in terms of market abuse, including when firms deal on own account. To that end records are needed for all conversations involving a firm's representatives when dealing, or intending to deal, on own account. (...)

Those records should be available to competent authorities in the fulfilment of their supervisory tasks (...). Those records should also be available to investment firms and to clients to demonstrate the development of their relationship with regard to orders transmitted by clients and transaction carried out by firms. For these reason, it is appropriate to provide in this Directive for the principles of a general regime concerning the recording of telephone conversations or electronic communications involving clients orders.

Lovforslaget går lenger ved at man stiller krav om opptak og lagring i tilknytning til alle former for investeringstjenester/investeringsvirksomhet (bortsett fra MHF og OHF), herunder rådgivningsvirksomhet. Dette er en vesentlig utvidelse med tanke på hva slags samtaler/kommunikasjon som skal fanges opp og lagres. Inngrepets omfang blir derfor også vesentlig større.

Forslaget er kun begrunnet med henvisning til gjeldende rett og at utvalget har funnet det «hensiktsmessig»³.

Gjeldende rett kom i stand ved endring av verdipapirforskriften ved forskrift av 16. desember 2009 nr. 1556. Vurderingene av personvernkonsekvenser den gang, herunder forholdet til EMK art. 8, var ganske tynn.

Mot denne bakgrunn mener vi det bør foretas en mer helhetlig vurdering av hvor omfattende plikten til opptak og lagring av telefonsamtaler og annen elektronisk kommunikasjon skal være. Utgangspunktet her må tas i at inngrepet ikke skal gå lenger enn det som er strengt nødvendig og som samlet sett er proporsjonalt. Videre må kjernen i den grunnleggende retten til privatliv og korrespondanse respekteres.

I forlengelsen av dette vil vi peke på at ordlyden i lovforslaget er vag og uklar når det kommer til hva som skal tas opp og lagres. Lovforslaget sier i realiteten bare at *relevante* telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon *i tilknytning til* investeringstjenester/investeringsvirksomhet skal tas opp og lagres. Hva dette betyr i praksis fremstår uklart og lite forutsigbart.

Lovforslaget sett under ett, herunder plikten til å hindre bruk av privat kommunikasjonsutstyr, medfører en stor fare for overdrevne og unødvendige inngrep ved at alle eller tilnærmet alle telefonsamtaler og elektronisk kommunikasjon vil fanges opp og lagres. Dette vil inkludere masse kommunikasjon som det ikke finnes legitime grunner for å gripe inn i. Særlig de ansatte som rammes av dette kan i praksis havne i en situasjon hvor det ikke er mulig eller svært vanskelig å ha privat kommunikasjon på telefon eller elektronisk i løpet av arbeidsdagen uten at dette tas opp og lagres. Det er i så fall en uholdbar situasjon hvor det kan

³ NOU 2017:1 punkt 5.2.3.3

hevdes at kjernen i kommunikasjonsvernet blir utfordret ettersom det i praksis ikke blir noe igjen av retten til å kunne kommunisere uforstyrret.^{4 5}

Vi mener derfor det er viktig at loven også inneholder garantier (safe guards) mot overdreven innsamling og lagring av kommunikasjon, herunder garantier som sikrer rom for uforstyrret, privat kommunikasjon samt muligheter for å få slettet kommunikasjon som er irrelevant for formålet.

2.2 Lovutkastet § 19-3 om tilgang til trafikkdata

I § 19-3 annet ledd nr. 3, jf. første ledd, er det foreslått at Finanstilsynet ved mistanke om overtredelse av de fleste av lovens bestemmelser kan kreve tilgang til trafikkdata hos teleoperatører.

Forslaget bygger på verdipapirhandelloven § 15-3 annet ledd nr. 3 slik den lyder etter lovendringen i 2011 som gjennomførte datalagringsdirektivet. Denne lovendringen er ikke trådt i kraft ennå.

Datatilsynet mener forslaget er problematisk av flere grunner:

For det første er det problematisk å bygge på en regel som ble innført ved gjennomføringen av datalagringsdirektivet. Som kjent er dette direktivet kjent ugyldig, og lovendringen har aldri trådt i kraft. Utvalget synes å ha sett problemet, men «ser ingen grunn til å foreslå ytterligere regler før avklaringen av problemstillingen (...) har funnet sted.»⁶

For det andre innebærer forslaget materielt sett en utvidelse av type tilfeller hvor Finanstilsynet skal kunne ha adgang til trafikkdata. Dette henger sammen med at verdipapirhandelloven får langt flere bestemmelser, herunder for regulerte markeder og børs, noe som innebærer en økning i antall potensielle regelbrudd som kan føre til at Finanstilsynet krever tilgang til trafikkdata. Denne utvidelsen er ikke vurdert eller begrunnet nærmere.

For det tredje, og dette er det mest problematiske, så er det ikke holdbart å videreføre gjeldende regler om Finanstilsynets tilgang til trafikkdata uten en skikkelig og helhetlig vurderingen av personvern hensyn.

Det er her viktig å understreke at MiFID II art. 69 nr. 2 bokstav r ikke krever at Finanstilsynet skal ha tilgang til trafikkdata fra teleoperatører. Finanstilsynet skal bare gis tilgang *i den*

⁴ I EMDs avgjørelse Copland v. The United Kingdom av 3. april 2007 er det fastslått at retten til privatliv og kommunikasjon etter EMK art. 8 gjelder på arbeidsplassen, og omfatter kommunikasjon via telefon eller e-post.

⁵ I EU-domstolens avgjørelse om datalagringsdirektivet (sak C-293/12 og C-594/12) fremholdt domstolen i avsnitt 39 at datalagringsdirektivet ikke i seg selv berørte kjernen i den grunnleggende retten til privatliv mv. («essence of the fundamental right to privacy») fordi forpliktelsen til å lagre kommunikasjonsdata ikke omfattet innholdet i kommunikasjonen. Plikt til å lagre kommunikasjonsdata som inkluderer innholdet kan motsetningsvis reise spørsmål om kjernen av rettighetene blir tilsidesatt.

⁶ I forbindelse med gjennomføringen av UCITS-V i verdipapirfondloven – se Prop. 154 L (2015-2016) – ble det foreslått en tilsvarende regel bygget på verdipapirhandelloven § 15 annet ledd nr. 3. Denne ble ikke fulgt opp av departementet under henvisning til at datalagringsdirektivet var kjent ugyldig og behovet for avklaringer.

utstrekning det er tillatt i nasjonal lovgivning. Det er altså det opp til nasjonalstatene å vurdere nærmere om det skal gis adgang til trafikkdata, herunder sørge for at slik tilgang i så fall er i samsvar med de regler og prinsipper som gjelder for beskyttelse av privatliv og kommunikasjon, herunder EMK. art. 8 og kommunikasjonsverndirektivet. Dette krever nærmere vurderinger som ikke er foretatt.⁷

Dette må ses i sammenheng med at gjeldende regler som gir Finanstilsynet tilgang til trafikkdata fra teleoperatører, er innført på bakgrunn av tidligere EU-direktiv på området – henholdsvis MiFID I direktivet og markedsmissbruksdirektivet⁸. Disse direktivene var svært upresist formulert ved at de bare sa at tilsynsmyndighetene skulle kunne kreve tilgang til «existing telephone and existing data traffic records». Rekkevidden av direktivet her, herunder om det betød tilgang hos teleoperatører, var uklar, noe som for så vidt også ble påpekt i lovgivningsprosessen i Norge. Ved gjennomføringen i norsk rett la man imidlertid ganske ukritisk til grunn at direktivene krevde at Finanstilsynet skulle gis tilgang til trafikkdata hos teleoperatørene, og deretter skjøv man det man da anså som en folkerettslig forpliktelse foran seg. Dette argumentet om at «EU-direktivene krever det» har blitt brukt flere ganger, herunder i Prop. 49 L (2010-2011) punkt 14.5.2 hvor man drøftet adgangen for andre myndigheter enn politiet til trafikkdata⁹. Departementet uttaler at

«Av hensyn til behovet for å bekjempe kriminalitet og beholde et sterkt personvern for den enkelte, mener departementet at utlevering av data bare skal skje til politi og påtalemyndighet. Fra dette standpunkt må imidlertid gjøres et unntak av hensyn til våre folkerettslige forpliktelser for så vidt gjelder Finanstilsynet».

Videre drøfter departementet om Finanstilsynets adgang til trafikkdata bør begrenses til de mer alvorlige lovbrudd:

«Et særlig spørsmål er om det bør gjelde et særlig strafferammekrav for utlevering av trafikkdata til Finanstilsynet, slik departementet foreslår for utlevering til politiet og påtalemyndigheten. Grunnvilkåret for Finanstilsynets begjæringen er i dag at det foreligger konkret mistanke om overtredelse av verdipapirhandelloven kapittel 3, 4, 5, 8, 9, 10 eller 11, eller forskrifter gitt i medhold av disse bestemmelsene, jf. verdipapirhandelloven § 15-3 annet ledd nr. 3. Det er her tale om lovbrudd med ulik alvorlighetsgrad, og følgelig ulik strafferamme. Selv om departementets klare utgangspunkt er at Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ikke bør være videre enn det som gjelder for politi- og påtalemyndighet, antar en at innføring av særlige strafferammekrav vil bryte med forpliktelsene etter markedsmissbruksdirektivet og MiFID».

⁷ Se til sammenlikning Prop. 154 L (2015-2016) om gjennomføringen av UCITS-V direktivet, som har tilsvarende bestemmelse som MiFID II hvor det er opp til nasjonalstatene å eventuelt tillate Finanstilsynet tilgang til trafikkdata fra teleoperatører. Høringsnotatet, utarbeidet av Finanstilsynet selv, foreslo at Finanstilsynet skulle gis tilgang. Dette ble imidlertid ikke fulgt opp av departementet.

⁸ Se Ot.prp. nr. 12 (2004-2005) om gjennomføring av markedsmissbruksdirektivet og Ot.prp. nr. 34 (2006-2007) om gjennomføring av MiFID I direktivet.

⁹ Nåværende forslag viderefører den regelen som ble vedtatt i forbindelse med dette lovarbeidet. Regelen er imidlertid ikke trådt i kraft.


Her fikk argumentet om de antatte forpliktelsene etter EU-direktivene så stor gjennomslagskraft at man unnlot å vurdere nærmere begrensninger i Finanstilsynets tilgang til trafikkdata ut fra alvorligheten av de ulike typer regelbrudd¹⁰, og man havnet til og med i den merkelige situasjonen at Finanstilsynet skulle få videre tilgang enn politiet.

Etter vårt syn viser historikken i utviklingen av reglene på verdipapirirområdet at tiden nå kommet for å foreta en fullstendig og fornyet vurdering av Finanstilsynets mulige tilgang til trafikkdata fra teleoperatører. Det er ikke lenger mulig å skyve EØS-forpliktelser foran seg.


EU har gjennom MiFID II, men også tilsvarende regler i markedsmisbruksforordningen¹¹, presisert at det ikke skal være noen automatikk eller noen forpliktelse å gi Finanstilsynene tilgang til trafikkdata hos teleoperatører. Tvert imot er det meningen at hvert enkelt land må vurdere dette selv, og at hvert land selv må ta ansvaret for at et eventuelt inngrep er i samsvar med de standarder og prinsipper som gjelder for beskyttelse av privatliv, kommunikasjon og personopplysninger. Utgangspunktet må her tas i at det å åpne for at Finanstilsynet kan få tilgang til trafikkdata i seg selv er et inngrep i individets grunnleggende rettigheter¹². Dette er dette inngrepet som må begrunnes og som ikke må gå lenger enn det som er strengt nødvendig. Dette krever helt andre vurderinger enn det som tidligere er gjort.

Finanstilsynets eventuelle tilgang til trafikkdata hos teleoperatører bør derfor utredes særskilt.

Med vennlig hilsen



Bjørn Erik Thon
direktør



Andreas Hobæk
seniorrådgiver

Kopi: Kommunal- og moderniseringsdepartementet
v/Statsforvaltningsavdelingen
Postboks 8112 Dep, 0032 OSLO

¹⁰ Noe som åpenbart vil være riktig å gjøre hvis man skal opptre i samsvar med de grunnleggende standarder som gjelder for beskyttelse av privatlivet, kommunikasjonen og personopplysninger.

¹¹ Denne forordningen erstatter markedsmisbruksdirektivet. Se også UCITS-V direktivet som benytter akkurat samme tilnærming.

¹² Se EU-domstolens avgjørelse om datalagringsdirektivet (sakene C-292/12 og C-594/12) avsnitt 35 der domstolen understreker at det i seg selv representer et inngrep i retten til privatliv når myndighetene gis tilgang til trafikkdata.

