

SAK 25: DISIPLINÆRUTVALGETS VEDTAK

1. BAKGRUNN OG SAKSBEHANDLING

Finansnæringens autorisasjonsordninger (FinAut) mottok melding (Meldingen) fra medlemsforetaket (Bedriften) om en rådgivers (Rådgiver) mulige brudd på "*God skikk ved rådgivning og annen kundebehandling*", jf. FinAuts regelverk § 3-8.

FinAut oversendte Meldingen med dokumentasjon til Rådgiver. Rådgiver svarte innen fristen. (Rådgivers svar). Rådgivers svar ble deretter sendt Bedriften for uttalelse, og det har vært flere runder med kontradiksjon.

Bedriften og Rådgiver har dermed hatt innsynsrett i saksdokumentene fremlagt for FinAut og fått anledning til å uttale seg.

Etter anmodning fra Rådgiver har Disiplinærutvalget vurdert om det er grunnlag for å avvise saken. Disiplinærutvalgets konklusjon er at saken tas opp til behandling.

Disiplinærutvalget finner at saken er godt nok opplyst og for øvrig egnet for behandling i FinAut, jf. FinAuts regelverk § 3-8 g).

2. SAKSFREMSTILLING

2.1 Innledning

Rådgiver ble autorisert i henhold til Autorisasjonsordningen for sparing og investering for noen år siden.

I henhold til FinAuts regelverk § 3-8 c) ble Rådgivers status satt til "hvilende" av FinAuts administrasjon ved mottak av Meldingen.

Rådgiver er ikke lenger tilknyttet Bedriften.

Rådgiver er ikke tidligere ilagt advarsel eller andre sanksjoner fra FinAut.

2.2 Bedriftens anførsler

Hovedpunktene i Bedriftens anførsler angis i det følgende.

Bakgrunnen for Meldingen er at Rådgiver sa opp sin stilling i Bedriften for å begynne i et annet foretak. Det ble inngått en sluttavtale mellom Bedriften og Rådgiver hvor opphør av arbeidsforholdet blant annet ble regulert, og med en klausul om selskapets kunder. (...). Rådgiver ble fratatt alle tilganger til systemer og kontorlokaler fra oppsigelsestidspunktet.

Bedriften fikk opplyst fra noen kunder om at de hadde vært i kontakt med Rådgiver i oppsigelsesperioden, og Bedriften utførte kontroll av kontakt mellom Rådgiver og alle kunder der Rådgiver var hovedansvarlig. Av xx kunder er det registrert telefonisk kontakt med flere enn en kunde i perioden. Rådgiver innrømmet å ha hatt kontakt med kunder. Rådgiver opplyste at det var tale om mer enn en kunde.

Bedriften viser til samtaler med to kunder:

Samtale med Kunde 1: Kunden ringer til Rådgiver og gir uttrykk for å være interessert i å holde kontakten. Bedriften anfører at Rådgiver anbefaler Kunden å vente med å implementere midler i et av deres produkter, og at dette er tydelig investeringsrådgivning. Bedriften anfører at kunden i praksis har fulgt rådet og ikke investert i produktet.

Samtale med Kunde 2: Rådgiver ringer kunden uten å få svar. Kunden ringer tilbake. Rådgiver opplyser at Rådgiver egentlig ikke har lov til å snakke med kunder i oppsigelsesperioden. Kunden inviterer Rådgiver til å holde kontakten og Rådgiver takker ja.

Bedriften anfører at det i denne saken er brudd på følgende regler:

- **2. Profesjonalitet:** Kundebehandlingen var ikke redelig og profesjonell. Kundekontakten var i strid med sluttavtalen inngått med Rådgiveren.
- **4. Grunnlag og behovsanalyse:** Rådgiveren hadde ikke tilgang til Bedriftens kundesystemer og hadde ikke grunnlag til å yte investeringsrådgivning. Dette ble heller ikke dokumentert i henhold til selskapets krav.
- **6. Interessekonflikt:** Investeringsrådgivning om å ikke investere i produktet var styrt av en interessekonflikt om at kunden ikke skulle investere midler i dette produktet med disse egenskapene (...)
- **Brudd på sentrale atferdsnormer:** Illojalitet og brudd på sluttavtalen.

Bedriften anfører at det ikke kan påvises om kunden som har fått investeringsrådgivning er blitt skadelidende av handlingene, men kunden er (...) som utgjør et avvik fra strategien og avtalt risikonivå i porteføljen. Øvrige kunder og potensielle kunder kan ikke påvises å ha blitt skadelidende av handlingen.

Bedriften anfører videre at rådgivere står frie til å bytte arbeidsgiver, men markedets integritet og bransjens omdømme avhenger av at slike endringer skjer regulert og i henhold til de krav som fastsettes i sluttavtalene. Dette sikrer kundens beste (...) ved at foretaket kan sikre god langsiktig investeringsrådgivning og at kunder ikke opplever usikkerhet om hva en ansatt som har signert en sluttavtale kan gi av opplysninger eller investeringsrådgivning. Det som er påvist i denne saken er brudd som Bedriften vurderer at undergraver profesjonaliteten og styres av rådgivers interessekonflikter.

2.3 Rådgivers anførsler og Bedriftens kommentarer

Hovedpunktene i Rådgivers anførsler angis i det følgende. I tillegg er hovedpunktene i Bedriftens kommentarer til Rådgivers anførsler inntatt løpende.

Rådgiver anfører at Bedriftens saksfremstilling ikke gir grunnlag for å konkludere med at Rådgiver har gjort seg skyldig i "*gjentatte eller grove brudd på God skikk*" eller "*andre sentrale atferdsnormer som er egnet til å svekke tillitten til personen med autorisasjon, til rådgivningen, saksbehandlingen eller til virksomheten*", jf. § 3-8 b) i regelverket for FinAut.

Rådgiver er ikke enig i å ha opptrådt illojalt eller i strid med avtalte forpliktelser i arbeidsavtale eller sluttavtale, men slike forhold faller uansett ikke inn under § 3-8 b) i regelverket for FinAut. På denne bakgrunn må saken avvises.

Bedriften presiserer at Rådgivers brudd på sluttavtalen eller lojalitetsplikten overfor Bedriften i seg selv ikke innebærer brudd på God skikk. Det er Rådgiverens utøvelse av investeringsrådgivning (som i dette tilfellet også utgjør brudd på sluttavtalen) og forholdene rundt ytelsen av denne investeringstjenesten som etter Bedriftens oppfatning utgjør brudd på God skikk.

Rådgiver anfører at arbeidsgiver ikke har adgang til innsyn/avspilling av telefonsamtaler med sikte på å avdekke om Rådgiver har opptrådt i strid med arbeidsrettslige plikter uten å ta hensyn til de krav som følger av personvernlovgivningen.

Til dette har Bedriften kommentert at i tillegg til å følge relevant regelverk og Bedriftens egne rutiner for lytting til opptak, ble lyttingen til samtalen gjennomført i samsvar med metoder FinAut viser til for hvordan foretak kan oppdage avvik og brudd på relevant regelverk.

Bedriften har oversendt den interne rutinen for lydopptak. (...)

Rådgiver er uenig i påstanden om at Rådgiver har ytt investeringsråd. Påstanden er knyttet til samtalen der kunden kontaktet Rådgiver. Vedkommende kunde stilte uopprett spørsmål til Rådgiver knyttet til en allerede foretatt investering, og det fremgår av transkripsjonen at Rådgiver da opplyste at Rådgiver ikke hadde tilgang til å se på disse eller mulighet til å gjøre noe. At Rådgiver videre gav uttrykk for at dette var noe kunden kunne vente med å ta stilling til, er ikke investeringsrådgivning i lovens forstand slik dette er definert i verdipapirhandeloven § 2-3 fjerde ledd. Kunden sa seg umiddelbart enig i at kunden kunne vente, og foreslo selv at vedkommende kunne si dette i møte med Bedriften kort tid etter. Bedriften har kommentert at det ikke kan betviles at kunden fikk en anbefaling om å ikke foreta ytterligere kjøp av et konkret produkt inntil Rådgiver har hatt kontakt med kunden etter overgangen til ny arbeidsgiver, og at dette utgjør investeringsråd.

Rådgiver mener det er tydelig at Rådgiver kun opplyser kunden om noe kunden kan vurdere, dersom kunden selv ønsker å holde ting på hold. Rådgiver informerer om hvilke muligheter kunden har, men anbefaler hverken A eller B. Når Rådgiver uttaler: (...), så er dette på bakgrunn av at kunden tidligere i samtalen har sagt at kunden ønsker dette. Da er Rådgivers anbefaling å si ifra om dette, da Rådgiver vet at det går automatikk i investeringen om ikke kunden ytrer sitt ønske.

Til Bedriftens anførsel om at kunden i praksis har fulgt "rådet" og ennå ikke investert mer i produktet, uttaler Rådgiver at investeringen vil kunne gjennomføres helt til (dag år). Å avvente denne avgjørelsen er dermed helt uproblematisk for kunden. Kunden var undervektet i denne løsningen, hvilket vedkommende også skulle være i flere år fremover. Rådgivers informasjon til kunden omhandlet kun at kunden sto fritt til å gjøre denne vurderingen. Dette er kun informasjon omhandlende tekniske spesifikasjoner for investeringsløsningen, og hverken råd om kjøp, salg eller hold. Rådgiver har heller ikke frarådet investeringsløsningen. Bedriften har uttalt at kjøp av produktet ved en senere anledning vil påføre kunden ekstrakostnader. Rådgiver mener dette er et urimelig poeng, da den eneste forskjellen er et rentepåslag.

Rådgiver bemerker for øvrig at produktet er et produkt med lang investeringshorisont og at kostnadsstrukturen gir incentiver til Bedriften. Det var riktig at noen fortalte kunde at investeringen kunne vente.

Bedriften er enig i at en investering i produktet bør vurderes nøye, og bemerker at det ved ytelsen av investeringsrådgivning skal gjennomføres en egnethetsvurdering, nettopp for å vurdere hvorvidt produktet er egnet for den enkelte kunde i tråd med dennes investeringsstrategi. Dette er en av grunnene til at Bedriften anser Rådgivers handlinger som et grovt brudd på God Skikk-reglene: Rådgiver hadde ikke tilgang til oppdatert informasjon om kunden på tidspunktet for rådgivningen. Dermed var Rådgiver ikke i stand til å gjøre en fullgod analyse av hvorvidt produktet var egnet for vedkommende kunde, og dermed skulle Rådgiver heller ikke gitt investeringsrådgivning til vedkommende på det aktuelle tidspunktet.

Videre anfører Rådgiver at kunden under den aktuelle samtalen vet at Rådgiver ikke er kundens investeringsrådgiver. Et annet moment er at kundens nye rådgiver i Bedriften har oppfordret kunden til å ringe Rådgiver. Rådgiver viser til Transkripsjon av lydfil hvor det uttales. Rådgiver mener at det er Bedriften som viser lav grad av profesjonalitet gjennom

å be tidligere kunder ringe Rådgiver, for så å lytte på samtalene. Til dette har Bedriften kommentert at det er uten betydning for vurderingen av hvorvidt det er ytt investeringsrådgivning at kunden har fått tillatelse fra Bedriften til å ta kontakt med tidligere rådgiver. Det er også uten betydning at kunden er klar over at Rådgiver formelt sett ikke lenger er vedkommende kundes investeringsrådgiver.

Rådgiver ønsker videre å presisere at Rådgiver på alle måter har bidratt til å få denne saken belyst til det fulle, og at Rådgivers handlinger står seg godt i å balansere en interessekonflikt som naturligvis oppstår når man slutter i et foretak og går over til et annet.

3. DISIPLINÆRUTVALGETS VURDERING

3.1 Vurdering av brudd på God skikk

Disiplinærutvalget i FinAut skal ta stilling til om Rådgiveren har begått grove eller gjentakende brudd på God skikk eller på andre sentrale atferdsnormer som er egnet til å svekke tilliten til personen med autorisasjon, til rådgivningen, saksbehandlingen eller til virksomheten, jf. FinAuts regelverk § 3-8 bokstav b). Disiplinærutvalget skal ifølge samme bestemmelse så ta stilling til om eventuelt brudd skal ilegges sanksjon.

Disiplinærutvalget legger til grunn at God skikk-regel nr. 2 om profesjonalitet, God skikk-regel nr. 4 om grunnlag og behovsanalyse og God skikk-regel nr. 6 om interessekonflikter er særlig aktuelle.

De aktuelle God skikk-reglene gjengis i det følgende:

Regel 2 Profesjonalitet:

'Kundebehandlingen skal være redelig og profesjonell. Rammene skal være tydelige for kunden. Når kundens valg ikke er basert på rådgivning, skal dette klart fremgå overfor kunden.'

Regel 4 Grunnlag og behovsanalyse:

'Kundebehandlingen skal være basert på et fullgodt grunnlag. Ved rådgivning skal det gjennomføres en fullgod behovsanalyse.'

Regel 6 Interessekonflikter:

'Kundens interesser skal gå foran bedriftens og ansattes interesser. Interessekonflikter skal identifiseres og motvirkes. Dersom dette ikke er mulig, skal kunden informeres tydelig om interessekonflikten før avtale inngås.'

Bakgrunnen for Meldingen er at Rådgiver har sagt opp sitt arbeidsforhold i Bedriften for å begynne i et annet foretak, og i den forbindelse ble det inngått en sluttavtale. Disiplinærutvalget bemerker innledningsvis at eventuelle brudd på sluttavtalen i seg selv ikke innebærer brudd på God skikk, og at Disiplinærutvalget derfor ikke vil gå nærmere inn på Rådgivers etterlevelse av sluttavtalen generelt eller lojalitetsplikten overfor Bedriften.

Spørsmålet som Disiplinærutvalget skal ta stilling til er om Rådgiver har ytt investeringsrådgivning til Kunde 1 uten å etterleve kravene for denne investeringstjenesten.

Med investeringsrådgivning menes "*personlig anbefaling*" til en kunde, på kundens eller verdipapirforetakets initiativ, om en eller flere transaksjoner i forbindelse med "*bestemte finansielle instrumenter*", jf. verdipapirhandelloven § 2-3 fjerde ledd. Det er ikke tvilsomt at Rådgiver har diskutert investeringer i "produkt" med Kunde 1, og det er heller ikke bestridt at det er tale om et konkret produkt, altså "*bestemte finansielle instrumenter*", og ikke en aktivaklasse helt generelt.

Disiplinærutvalget har fått fremlagt transkripsjon av en samtale mellom Rådgiver og Kunde 1.

Rådgiver ringer Kunde 1 og samtalen innledes med at Rådgiver gjør kunden oppmerksom på at Rådgiver har begrenset mulighet til å ha kontakt. Utdrag fra samtalen følger under: (utdraget er tatt bort av hensyn til anonymisering av saken)

Den sentrale problemstillingen er om Rådgiver her har gitt en "*personlig anbefaling*", som da enten fremlegges som egnet for kunden eller basert på en vurdering av kundens omstendigheter, jf. blant annet kommisjonsforordning 2017/565 artikkel 9. Investeringsrådgivning omfatter anbefaling om å kjøpe, selge, tegne seg for, utveksle, innløse, holde eller fulltegne et bestemt finansielt instrument.

Disiplinærutvalget er av den oppfatning at Rådgiver anbefaler Kunde 1 å vente med å investere i produktet. Rådgiver uttaler blant annet at: Min anbefaling er hvert fall å si fra om det med «produkt» at det er bare å sette på vent inntil videre (...).

Det er praksis for at en anbefaling om å *ikke* kjøpe/tegne et finansielt instrument ansees som en "*personlig anbefaling*" (se også "*Understanding the definition of advice under MiFID*" (CESR/09-665)). Det kan tenkes grensetilfeller hvor anbefalinger om å utsette en investeringsbeslutning faller utenfor definisjonen av investeringsrådgivning. Hvis det tidligere er ytt investeringsråd om å investere på et gitt tidspunkt, vil en anbefaling om å utsette investeringen måtte ansees som et nytt råd. I dette tilfellet er det ikke klarlagt om Bedriften har gitt råd til Kunde 1 om å investere i produktet, men dette er uansett ikke avgjørende. Disiplinærutvalget legger til grunn at Rådgiver gir en konkret anbefaling om å ikke investere i produktet nå, men å vente. Etter disiplinærutvalgets vurdering er dette en "*personlig anbefaling*".

I vurderingen skal kundens perspektiv tas i betraktning, altså er det relevant om kunden oppfatter at den får et råd. Slik reglene blir praktisert, skal det ikke mye til før personlig kontakt med en kunde om konkrete finansielle instrumenter anses som en personlig anbefaling.

Rådgiver har vært Kundens investeringsrådgiver og etter Disiplinærutvalgets vurdering er det sannsynlig at Kunden oppfatter Rådgivers anbefaling som et råd. Hvorvidt Kunde 1 vet at Rådgiver ikke kan gi råd eller har fått tildelt en annen investeringsrådgiver er uten betydning. (...).

Disiplinærutvalgets vurdering er at Rådgiver har ytt investeringsrådgivning overfor Kunden. Det er på det rene at Rådgiver ikke har etterlevd kravene for egnethetsvurdering i verdipapirhandelloven § 10-15 første ledd. I den forbindelse bemerker Disiplinærutvalget at Rådgiver uttaler i samtalen at Rådgiver ikke har tilgang til systemene. Disiplinærutvalget legger videre til grunn at Rådgiver har unnlatt å etterleve øvrige regler for investeringsrådgivning, herunder krav om at kunden skal sendes en egnethetserklæring.

Ovennevnte er etter Disiplinærutvalgets vurdering brudd på God skikk-regel nr. 2 om profesjonalitet, og God skikk-regel nr. 4 om grunnlag og behovsanalyse. I tillegg har Rådgiver ikke fulgt Bedriftens retningslinjer for dokumentasjon av investeringstjenester, og God skikk-regel nr. 10 om dokumentasjon.

Disiplinærutvalget bemerker videre at Rådgiver har en egeninteresse i at Kunde 1 utsetter investeringen i produktet til etter at Rådgiver har tiltrådt i sin nye stilling i et annet foretak. Investeringen i produktet har lang tidshorison og det kan ikke være tvilsomt at det vil være en fordel for Rådgiver at Kunde 1 ikke binder opp disse midlene. Kundens interesser skal alltid gå foran ansattes interesser, og Rådgiver burde unnlatt å gi råd til kunden om å utsette investeringen. Rådgiver har i dette tilfellet opptrådt i strid med God skikk-regel nr. 6 om interessekonflikter.

Disiplinærutvalget finner etter en konkret vurdering at det foreligger grove brudd på God skikk og andre sentrale atferdsnormer som er egnet til å svekke tilliten til personen med autorisasjon og til virksomheten, jf. FinAuts regelverk § 3-8 bokstav b) jf. bokstav c).

I det følgende vil Disiplinærutvalget vurdere om Rådgiver skal ilegges sanksjoner.

3.2 Vurdering av sanksjoner

I henhold til FinAuts regelverk § 3-8 bokstav c) kan Disiplinærutvalget ilegge følgende sanksjoner:

1. *Advarsel. I tillegg kan det gis relevante sanksjoner avhengig av alvorlighetsgrad. For eksempel tilleggsopplæring og veiledning og kontroll.*
2. *Fratakelse. Inntil 3 år avhengig av alvorlighetsgrad. I tillegg kan det gis relevante sanksjoner avhengig av alvorlighetsgrad. For eksempel tilleggsopplæring og veiledning og kontroll.*

Det fremgår videre at følgende forhold særlig bør vektlegges i vurderingen av saken:

Handlingens grovhet, om kunder, markedets integritet eller bransjens omdømme er blitt skadelidende, den ansattes stilling og erfaring, den ansattes medvirkning til opplysning i saken, tiden mellom handlingen og behandling av sanksjonssaken, om advarsel tidligere er gitt samt finansbedriftens rolle.

Bruddene på God skikk er som nevnt vurdert å være grove. Det er ikke godtgjort at kundene er blitt direkte skadelidende, men markedets integritet og bransjens omdømme svekkes av slike handlinger.

Disiplinærutvalget har vurdert om Rådgiver bør fratras sin autorisasjon for en periode, men etter en samlet vurdering har Disiplinærutvalget kommet til at handlingene ikke er tilstrekkelig grove til at en så inngripende sanksjonsform som fratakelse av autorisasjon er nødvendig. Disiplinærutvalget har lagt en viss vekt på at Rådgiver ikke tidligere er ilagt advarsel eller andre sanksjoner fra FinAut.

På bakgrunn av ovennevnte er Disiplinærutvalgets konklusjon at Rådgiver ilegges advarsel. I tillegg pålegges Rådgiver å avlegge og bestå Etikkprøven senest innen (dato).

4. DISIPLINÆRUTVALGETS KONKLUSJON

Rådgiver ilegges advarsel. I tillegg pålegges Rådgiver å avlegge og bestå Etikkprøven senest innen dd.mm.åå. Dersom Etikkprøven ikke bestås innen fristen vil Rådgivers autorisasjon settes som hvilende frem til prøven er bestått.

Avgjørelsen kan påklages av Rådgiver til det særskilte klageorganet innen fire uker etter at Disiplinærutvalgets avgjørelse ble meddelt Rådgiver, jf. regelverket § 3-8 c) siste ledd.