

# De Bankierseed: panacee of symboolpolitiek?

Artikel te publiceren in Het Tijdschrift voor Financiële recht, maart 2013

mr. S.A. Gawronski en mr. A.J.P. Tillema<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Op 1 januari 2013 is de Wijzigingswet financiële markten 2013 (hierna: Wijzigingswet) en de Regeling eed of belofte financiële sector (hierna: de Ministeriële Regeling) in werking getreden.<sup>2</sup> Daarmee is onder andere de zogenoemde Bankierseed – een moreel-ethische verklaring die 'bankiers' moet brengen tot ethisch gedrag – ingevoerd.<sup>3</sup> Vooralsnog dient de Bankierseed alleen te worden afgelegd door personen die kwalificeren als beleidsbepaler of medebeleidsbepaler van een financiële onderneming<sup>4</sup> (hierna: (mede)beleidsbepalers). Voor wat betreft overige personen werkzaam in de financiële wereld (hierna: overige personen) heeft de Minister van Financiën (hierna: de Minister) in een brief van 27 november 2012 aangekondigd dat hij dit voorjaar zijn beleidsvoornemen met betrekking tot de concrete (nadere) invulling van de Bankierseed en de sanctionering daarvan bekend zal maken.<sup>5</sup>

Over de Bankierseed is reeds uitvoerig geschreven.<sup>6</sup> Dit artikel schetst een overzicht van het pad dat de Bankierseed heeft afgelegd (par. 2), maar gaat vooral in op de vraag of de invoering van de Bankierseed een goed idee is (geweest). Is de Bankierseed inderdaad dé oplossing voor problemen die de financiële sector de afgelopen jaren in hun greep hebben gehad, is het symboolpolitiek of ligt het genuanceerder? Nu wetgeving moet voldoen aan bepaalde wetgevingseisen bespreken wij in par. 3 de (voorgestelde) Bankierseed aan de hand van een aantal beginselen van behoorlijke wetgeving. Daarna gaan wij specifiek in op één aspect van het beginsel van de handhaafbaarheid van de (voorgestelde) Bankierseed; de voor- en nadelen van de (potentiële) sancties/gevolgen van het niet afleggen of niet naleven van de Bankierseed (par. 4).

## 2. Van code banken tot bankierseed

### 2.1 De aanleiding - Commissie-Maas

Op 7 april 2009 presenteerde de Adviescommissie Toekomst Banken (de Commissie-Maas) haar rapport 'Naar herstel van vertrouwen'. De Commissie, ingesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: "NVB"), diende aanbevelingen te doen ter verbetering van het functioneren van de Nederlandse bancaire sector en handvatten te bieden voor het herstel van het vertrouwen in de banken.<sup>7</sup> Hoewel bij de kredietcrisis vele partijen een rol hebben gespeeld, concentreerde de Commissie

<sup>1</sup> Silvia Gawronski en Arjen Tillema zijn advocaat te Amsterdam.

\*

<sup>2</sup> *Stb.* 2012, 695.

<sup>3</sup> De begrippen *moreel-ethische verklaring* en *Bankierseed* worden in dit artikel door elkaar gebruikt. Er is geen inhoudelijk onderscheid bedoeld. Waar verwezen wordt naar onderliggende stukken of rapporten wordt de daar gebezigde term gebruikt.

<sup>4</sup> Daaronder vallen naast banken onder meer ook beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en beheerders daarvan, financiële instellingen en verzekeraars, maar niet pensioenfondsen.

<sup>5</sup> Kamerbrief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de Invoering eed of belofte, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 236, nr. 13.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld C.W.M. Lieverse en J.M. van Poelgeest, 'De Bankierseed', *TvCo*, 2012, 257; E.D. Karssing, 'Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (40)', *TvCo*, 2011, 66 en in: *Jaarboek Compliance 2013* (met daarin diverse bijdragen over dit onderwerp) onder de prachtige titel: 'Moet de wolf vegetariër worden?'.

<sup>7</sup> Adviescommissie Toekomst Banken (red.), *Naar herstel van vertrouwen* (Rapport Commissie-Maas), p. 7.

zich in haar rapport vooral op de (eigen) verantwoordelijkheid van de banken. Eén van haar aanbevelingen was bankbestuurders een zogenaamde moreel-ethische verklaring te laten ondertekenen, om daarmee de verantwoordelijkheid van het bankbestuur voor een integere en zorgvuldige taakvervulling en het voorop stellen van de belangen van klanten, te onderstrepen.<sup>8</sup>

## 2.2 De moreel-ethische verklaring in de Code Banken

Het voorstel voor de invoering van een moreel-ethische verklaring vond zijn weg naar de Code Banken, een vorm van zelfregulering, die tot stand is gekomen op basis van het rapport van de Commissie-Maas.<sup>9</sup> De Code Banken geldt per 1 januari 2010 en is wettelijk verankerd.<sup>10</sup> Banken zijn daarmee verplicht in hun jaarverslag via het *pas toe of leg uit*-beginsel verantwoording af te leggen over de naleving van deze gedragscode. In de Code Banken is ook een bepaling opgenomen die verplicht tot het vertalen van de principes in leidraden voor medewerkers van de bank.<sup>11</sup>

In december 2010 publiceerde de Monitoring Commissie Code Banken, die beoordeelt of de Code wordt nageleefd, haar eerste rapport. Daarin pleitte de Commissie ervoor de banken een redelijke termijn te gunnen het veeleisende pakket van de Code te implementeren. Maar al een maand of vijf na de invoering van de Code publiceerde Het Financieele Dagblad een artikel onder de titel 'Beroepseed voor bankiers is ondertekend, maar wat is er nu door veranderd?'.<sup>12</sup> De teneur van dat artikel was – niet geheel onverwachts – dat er nog weinig veranderd was. Maar te denken dat binnen vijf maanden na de invoering van de moreel-ethische verklaring het gedrag en ethos in de gehele banksector fundamenteel zouden zijn gewijzigd is dan ook wat optimistisch.

## 2.3 Wetgevingsinitiatieven

Tijdens de parlementaire behandeling van de uitkomsten van de Tijdelijke Commissie onderzoek financieel stelsel (de Commissie-De Wit), werden twee moties ingediend met betrekking tot de moreel-ethische verklaring.<sup>13</sup> Die strekten tot het verder verankeren van de moreel-ethische verklaring in de geschiktheidstoets van bestuurders en tot het toepasselijk verklaren daarvan niet alleen op bestuurders, maar ook op handelaren en bankiers. In zijn brief aan de Tweede Kamer van 13 april 2012 veraste toenmalig Minister De Jager eenieder vervolgens met een verdergaand voorstel. Omdat de Minister een omslag in de héle financiële sector wenst te bewerkstelligen, stelde hij voor *elke* persoon

<sup>8</sup> Rapport Commissie-Maas, bijlage 1, p. 45 e.v.

<sup>9</sup> De moreel-ethische verklaring is in lijn met de door de Commissie-Maas gesuggereerde tekst als een model opgenomen in: Nederlandse Vereniging van Banken, *Code Banken*, 9 september 2010, p. 15-16: 'De door de Commissie Maas aanbevolen tekst voor een door bankbestuurders te ondertekenen moreel-ethische verklaring [...] is hieronder als model opgenomen: 'Ik verklaar dat ik mijn functie als bankier integer en zorgvuldig zal uitoefenen. Ik zal een zorgvuldige afweging maken tussen alle belangen die bij de bank betrokken zijn, te weten die van de klanten, de aandeelhouders, de werknemers en de samenleving waarin de bank opereert. Ik stel in die afweging het belang van de klant centraal en zal de klant zo goed mogelijk inlichten. Ik zal mij gedragen naar de wetten, de reglementen en de gedragscodes die op mij als bankier van toepassing zijn. Ik zal geheim houden wat mij is toevertrouwd. Ik maak geen misbruik van mijn bancaire kennis. Ik zal mij open en toetsbaar opstellen en ik ken mijn verantwoordelijkheid voor de samenleving. Ik zal mij inspannen om het vertrouwen in het bankwezen te behouden en te bevorderen. Ik zal zo het beroep van bankier in ere houden.'

<sup>10</sup> Op 1 juni 2010 is de Code Banken met terugwerkende kracht tot 1 januari 2010 bij algemene maatregel van bestuur aangewezen als gedragscode in de zin van art. 2:391, lid 5 Burgerlijk Wetboek.

<sup>11</sup> Deze bepaling luidt: 'De raad van bestuur draagt er zorg voor dat de [...] verklaring wordt vertaald in principes die gelden als leidraad voor het handelen van alle medewerkers van de bank. Iedere nieuwe medewerker van de bank wordt bij indiensttreding uitdrukkelijk gewezen op de inhoud van deze principes door middel van een verwijzing naar deze principes in het arbeidscontract en wordt geacht deze principes na te leven.'

<sup>12</sup> P. Couwenbergh en P. Lalkens, 'Beroepseed voor bankiers is ondertekend, maar wat is er nu door veranderd?', *Het Financieele Dagblad*, 20 januari 2011.

<sup>13</sup> Motie Huizing/Blanksma en motie Braakhuis/Plasterk, *Kamerstukken II 2010/11*, 31 980, nr. 32 en 43.

werkzaam bij een financiële onderneming de Bankierseed te laten afleggen.<sup>14</sup> Op 14 april 2012 werden de conceptwetsvoorstellen hiervoor ter consultatie aan het publiek voorgelegd. Via drie trajecten van wet- en regelgeving – de Wijzigingswet financiële markten 2013; het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013; en de Ministeriële Regeling – werd het volgende voorgesteld:

(i). *Artikel 3:8 Wet op het financieel toezicht ('Wft') zal bepalen dat bij ministeriële regeling regels gesteld kunnen worden met betrekking tot een door (mede)beleidsbepaler af te leggen eed of belofte.*

Dit is thans ingevoerd.

(ii). *Artikel 16a Besluit prudentiële regels Wft ('Bpr') zal daarnaast gaan bepalen dat de financiële instelling moet beschikken over procedures en maatregelen met betrekking tot een eed of belofte die overige personen die bij haar werkzaam zijn onder haar verantwoordelijkheid afleggen.*

Dit is, zoals hierna aan de orde zal komen, thans nog niet ingevoerd.

#### *Ad. (i) De Bankierseed voor (mede)beleidsbepalers*

Op basis van de Wijzigingswet en de Ministeriële Regeling dienen personen die kwalificeren als (mede)beleidsbepaler van een financiële onderneming, een eed of belofte af te leggen. Die luidt als volgt:

'Ik zweer/beloof dat ik mijn functie integer en zorgvuldig zal uitoefenen; [...] dat ik een zorgvuldige afweging zal maken tussen alle belangen die bij de onderneming betrokken zijn, te weten die van de klanten, de aandeelhouders, de werknemers en de samenleving waarin de onderneming opereert; [...] dat ik in die afweging het belang van de klant centraal zal stellen en de klant zo goed mogelijk zal inlichten; [...] dat ik mij zal gedragen naar de wetten, de reglementen en de gedragscodes die op mij van toepassing zijn; [...] dat ik geheim zal houden wat mij is toevertrouwd; [...] dat ik geen misbruik zal maken van mijn kennis; [...] dat ik mij open en toetsbaar zal opstellen en ik ken mijn verantwoordelijkheid voor de samenleving; [...] dat ik mij zal inspannen om het vertrouwen in de financiële sector te behouden en te bevorderen. Zo waarlijk helpe mij God Almachtig!/Dat verklaar en beloof ik!'<sup>15</sup>

De eed<sup>16</sup> moet worden afgelegd binnen drie maanden na het begin van de werkzaamheden. Bij reeds werkzame (mede)beleidsbepalers, in totaal circa 17.000 personen volgens opgave van DNB en AFM,<sup>17</sup> geldt een verplichting dat voor 1 januari 2014 te doen. De (mede)beleidsbepalers dienen de eed af te leggen ten overstaan van een persoon in een hogere functie.<sup>18</sup> Het niet voldoen aan de eed kan gevolgen hebben voor de beoordeling van de geschiktheid (zie hierna).

<sup>14</sup> Kamerbrief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de Uitwerking verankering moreel-ethische verklaring, *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 63.

<sup>15</sup> Dit is de tekst die geldt voor beleidsbepalers. Voor medebeleidsbepalers geldt een iets, maar niet wezenlijk, andere tekst. Zo hoeft daar niet beloofd te worden dat de medebeleidsbepaler de klant zo goed mogelijk inlicht.

<sup>16</sup> Waar '(Bankiers)eed' staat bedoelen wij de eed of belofte, dat zal niet steeds worden herhaald.

<sup>17</sup> DNB, 'Invoering Bankierseed sluit goed aan bij toezicht DNB en AFM', *DNBulletin* 29 januari 2013, <<http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archieef/dnbulletin-2013/dnb284497.jsp>>.

<sup>18</sup> Hiervoor is een ingewikkelde procedure opgezet, neergelegd in art. 1, lid 2 van de Ministeriële Regeling, waardoor bijvoorbeeld het langstzittende lid van de Raad van Commissarissen (hierna: RvC), niet zijnde de voorzitter, zijn eed aflegt ten overstaan van de Voorzitter van de RvC, en de Voorzitter van de RvC zijn eed aflegt ten overstaan van het langstzittende lid van de RvC.

*Ad (ii) De Bankierseed voor overige personen werkzaam bij de financiële onderneming*

Voor overige personen werkzaam bij financiële ondernemingen zal de financiële onderneming – zo luidde het voorstel – verantwoordelijk zijn dat haar medewerkers, zowel in vaste als tijdelijke dienst, de eed afleggen én naleven. De financiële onderneming moet daartoe procedures instellen, maatregelen treffen en over adequate controlemechanismen beschikken. De inhoud van de eed dient in ieder geval een aantal aspecten te omvatten dat ook in de verklaring uit de Code Banken voorkomt.<sup>19</sup> De eed moet worden afgelegd ten overstaan van een (mede)beleidsbepaler. Slechts een zeer beperkte groep personen die in het geheel los staat van de kernactiviteiten van de onderneming zou worden uitgezonderd, waarbij wordt verwezen naar receptionisten en medewerkers van de catering.<sup>20</sup> IT- en ICT-personeel zou de eed wél moeten afleggen.

In mei 2012 werd de consultatie met betrekking tot de hiervoor omschreven conceptwetsvoorstellen afgesloten. Die leverde betreffende de Bankierseed circa 40 – kritische – reacties op, alle afkomstig uit de financiële sector.<sup>21</sup> Uit de brief van de Minister van 28 juni 2012 bleek dat de uitkomst van de consultatie geen aanleiding vormde het voorstel inhoudelijk te wijzigen. Op 27 november 2012 liet de toen net aangetreden Minister Dijsselbloem evenwel weten dat het wetsvoorstel dusdanig zou worden aangepast dat per 1 januari 2013 de eed of belofte alleen zou worden ingevoerd voor (mede)beleidsbepalers – zoals hiervoor geschetst – en dat voor de overige personen pas op een later tijdstip van invoering sprake zou zijn. De Minister gaf te kennen daarover en over de mogelijke wijze van sanctionering eerst, in overleg met onder meer DNB, AFM en de financiële sector, nader onderzoek te willen verrichten. Zoals reeds aangegeven volgt daarover dit voorjaar nader bericht.

De veranderde opstelling van de Minister is ongetwijfeld (mede) gebaseerd op het zeer kritische advies van de Raad van State op de voorstellen van 14 november 2012.<sup>22</sup> Daarin geeft de Raad van State te kennen dat het instrument van eed of belofte in Nederland gebruikt wordt voor publieke ambten of ambtenaren in publieke dienst en voor een beperkt aantal beroepen gezien de publieke functie (zoals de notaris), of de bijzondere ethische verantwoordelijkheid die gepaard gaat met de beroepsuitoefening (zoals de medicus). De Raad van State overweegt dat de Bankierseed voor beleidsbepalers, gezien de koppeling aan de geschiktheidstoets nog kan worden gezien als toepassing van deze uitgangspunten.<sup>23</sup> Het in de eerder aangehaalde motie Huizing/Blanksma gestelde dat *'bankiers een bepaalde verantwoordelijkheid voor hun bank dragen en voor het maatschappelijk belang [hetgeen] gezien [zou] kunnen worden als een groeiende publieke functie van het bankwezen in het geheel'* kan onderhand moeilijk ontkend worden.<sup>24</sup> Wij zijn het dan ook eens met de Raad van State dat de eed voor

<sup>19</sup>Te weten: het integer en zorgvuldig uitoefenen van de functie; het maken van een zorgvuldige afweging tussen alle belangen van de onderneming; het centraal stellen van het belang van de klant; het naleven van wetten, reglementen en codes; en het behouden en bevorderen van het vertrouwen in de financiële sector. Zie noot 13.

<sup>20</sup> Ministerie van Financiën, Aanpassingen in het Wijzigingsbesluit Financiële Markten 2013 naar aanleiding van de consultatiereacties (Consultatieverslag) van 13 september 2012, <[www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013/document/=-633](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013/document/=-633)>.

<sup>21</sup> Kamerbrief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de Uitkomsten consultatie uitwerking eed of belofte financiële sector, *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 76.

<sup>22</sup> De Afdeling advisering van de Raad van State, Advies van 14 november 2012, (no. W06.12.0382/III), <[www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)>, gepubliceerd op 21 december 2012.

<sup>23</sup> Idem: *'De eed is [...] dan ook vergelijkbaar met de eed als voorwaarde om tot een bepaalde beroepsgroep toe te treden. De (dagelijks) beleidsbepalers van financiële ondernemingen kunnen worden beschouwd als exponent of personificatie van de onderneming. In die zin vormt de eed een versterking van de wettelijke verplichtingen die op de onderneming rusten.'*

<sup>24</sup> Zie noot 12.

(mede)beleidsbepalers op zekere hoogte vergelijkbaar is met de eed van advocaten of artsen die tot een bepaalde beroepsgroep toetreden.

Maar dit geldt volgens de Raad van State '*niet voor de thans voorgestelde introductie van een eed voor alle medewerkers van financiële ondernemingen [waar] een formeel aanknopingspunt voor een eedaflegging in het kader van de toetreding tot een beroepsgroep dan ook ontbreekt*'.<sup>25</sup> De Raad van State concludeert dat een verplichte eed in die context een '*oneigenlijk instrument*' is en adviseert dit onderdeel te schrappen.

### 3. Bankierseed en eisen van behoorlijke wetgeving

In deze paragraaf bespreken wij een aantal wetgevingsaspecten met betrekking tot de Bankierseed: voldoet de (voorzene) regelgeving aan eisen van behoorlijke wetgeving? Daarbij bespreken wij ook in hoeverre de thans ingevoerde en mogelijk nog uit te breiden Bankierseed een goed initiatief is.

De eisen die te stellen zijn aan wetgeving zijn niet eenduidig. Eisen die in de literatuur regelmatig voorkomen zijn de zogenoemde *tien algemene beginselen van behoorlijke regelgeving*, omvattende (het beginsel van):<sup>26</sup> (i) duidelijke doelstelling; (ii) noodzakelijkheid; (iii) het juiste orgaan; (iv) uitvoerbaarheid; (v) voldoende consensus; (vi) duidelijke terminologie en systematiek; (vii) kenbaarheid; (viii) rechtszekerheid; (ix) individuele rechtsbedeling; (x) honoreren van gerechtvaardigd vertrouwen. De wetgever heeft zelf ook in beleid voorzien waaraan wetgeving moet voldoen, zoals in de Kabinetsnota 'Zicht op wetgeving' en de Aanwijzingen voor de regelgeving<sup>27</sup> en daarin komen soortgelijke beginselen voor.

Dit artikel biedt niet de ruimte de (voorzene) regelgeving aan al deze eisen te toetsen. Wij maken een aantal kanttekeningen met betrekking tot (a) het beginsel van het juiste orgaan en de eis van subsidiariteit en evenredigheid; (b) het beginsel van consensus; (c) de eis van doeltreffendheid en doelmatigheid, en (d) de eis van handhaafbaarheid, aangezien dit de meest sprekende beginselen zijn.

#### 3.1 Het beginsel van het juiste orgaan/de eis van subsidiariteit en evenredigheid

De Kabinetsnota licht dit als volgt toe:

'Een fundamentele eis bij alle overheidsop treden is, dat de overheid niet nodeloos vergaand in de samenleving ingrijpt. [...] [Beide beginselen zijn] zowel van betekenis bij de beoordeling óf ingrijpen door de overheid in de vorm van wetgeving gerechtvaardigd is, als voor de nadere inhoud van een eventuele regeling. Het beginsel van subsidiariteit houdt in dat waar mogelijk verantwoordelijkheden bij decentrale overheden en maatschappelijke organisaties moeten worden gelaten of gelegd. [...] De veronderstelling dat de overheid door het stellen van regels op eenvoudige wijze het gedrag van bur-

<sup>25</sup> Zie noot 21: '*De Raad acht daar van belang dat zij 'gezien hun positie binnen de organisatie niet te beschouwen [zijn] als een exponent of personificatie van de onderneming en geen (eind)verantwoordelijkheid [dragen] voor het handelen van de onderneming.*'

<sup>26</sup> Zie onder andere de nog steeds actuele P. Eijlander en W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: BJu 2000, p. 9 onder verwijzing naar I.C. Van der Vlies, *Handboek Wetgeving*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991. Zie in dit kader ook S.E. Zijlstra (red.) *Wetgeven, handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2 (Kabinetsnota) en Circulaire van de Minister- President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 239. De Aanwijzingen voor de Regelgeving zijn de afgelopen jaren inhoudelijk uitgebreid en waar nodig technisch aangepast o.a. vanwege de veranderde Europese wetgeving en de gewijzigde staatskundige verhoudingen binnen het Koninkrijk. De laatste wijziging gepubliceerd in *Stcrt.* 2011, 6602.

gers in maatschappelijke verbanden kan beïnvloeden en sturen, berust bepaald op een overschatting van de positie van de overheid in de samenleving.’

Aanwijzing 7, sub c bevat luidt dan ook:

‘Alvorens tot het treffen van een regeling wordt besloten, worden de volgende stappen gezet: [...] onderzocht wordt of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren dan wel daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is [...].’

Zowel de Commissie-Maas als toenmalig Minister Bos heeft benadrukt dat het primair de eigen verantwoordelijkheid van de banken is het herstel van vertrouwen in de banksector te bewerkstelligen.<sup>28</sup> Om deze reden is de moreel-ethische verklaring ingevoerd via de Code Banken. Minister de Jager verklaarde in het kader van de beantwoording van Kamervragen daarover: *‘De Code Banken betreft zelfregulering van banken zelf. Gelet hierop leek het opnemen van een koppeling van de moreel-ethische verklaring aan het toezicht van DNB (regulering) in de Code (zelfregulering) niet opportuun. Mede omdat de Code een (aanvullend) geheel vormt met wet- en regelgeving en het toezicht door DNB en de AFM dat daaruit voortvloeit’.*<sup>29</sup>

Desalniettemin acht de Minister regulering nu gepast, hetgeen volgens DNB en AFM alles te maken heeft met *‘de vraagtekens die in de afgelopen jaren van financiële crisis zijn gezet bij het handelen van bankiers en anderen in de financiële sector.’*<sup>30</sup> De NVB en diverse grote financiële ondernemingen hebben erop gewezen dat de (voorgestelde) wetgeving vooruit is gelopen op de inmiddels verschenen eindrapportage over de Code banken.<sup>31</sup> Daaruit blijkt dat een grote mate van compliance met de Code bestaat en de meerderheid van de medewerkers bekend is met de moreel-ethische verklaring en te kennen geeft dat die is uitgewerkt in principes die gelden als leidraad voor hun handelen; helaas worden daar geen verdere details over verstrekt. De Commissie ziet verder dat (het belang van) de klant in de afgelopen drie jaar centraler is komen te staan en steeds vaker onderdeel uitmaakt van de strategische keuzes van banken. Uit de eindrapportage blijkt echter ook dat nog onvoldoende sprake is van herstel van vertrouwen. De Commissie wijt dit (deels) aan het feit dat het publiek niet bekend is met de Code en de inspanningen van de banken.

Tijdens een recente themamiddag van het Nederlands Compliance Instituut<sup>32</sup> kwam aan de orde dat het voor de kracht van de Bankierseed wellicht beter was geweest als de Bankierseed een product van sectoroverleg was gebleven. Mede gezien de conclusie van het eindrapport Code Banken dat daadwerkelijk implementatie is bereikt en resultaten zijn geboekt is daar, in ieder geval voor wat betreft de plannen met betrekking tot de uitbreiding van de Bankierseed tot de gehele sector, zeker het een en ander voor te zeggen. In ieder geval is ons inziens nog niet aannemelijk gemaakt dat met een wettelijk-

<sup>28</sup> Kamerbrief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffende het Rapport Adviescommissie toekomst banken *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 163.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II*, 2010/11, 1816, nr. 2011Z01175, 15 maart 2011 (Beantwoording vragen van leden Koolmees en Braakhuis over moreel-ethische Verklaring).

<sup>30</sup> Zie de in voetnoot 16 bedoelde publicatie.

<sup>31</sup> Monitoring Commissie Code Banken, *Rapportage Naleving Code Banken*, december 2012, <<http://www.commissiecodebanken.nl/scrivo/asset.php?id=1002471>>. Het opmerken waard is in dit verband dat de Monitoring Commissie bereid was haar mandaat van drie jaar te aanvaarden indien in de mandaatperiode vanuit het Ministerie van Financiën geen wetgeving op het gebied van de Code Banken zou worden geïnitieerd (zie haar rapportage van december 2011). Dat is derhalve niet zo gegaan.

<sup>32</sup> Themamiddag Nederland Compliance Instituut, ‘Van Verklaring naar Eed’, 24 januari 2013.

ke verankering van de Bankierseed betere resultaten zullen worden geboekt dan middels de ingezette zelfregulering en dat daarmee aan het hier besproken beginsel is voldaan.

### 3.2 Het beginsel van consensus

Voordat wetten worden ingevoerd dient sprake te zijn van voldoende consensus en draagvlak. Er is een verschil waar te nemen tussen de consensus die bestaat met betrekking tot het reeds in werking getreden deel van de Bankierseed voor de (mede)beleidsbepalers en die met betrekking tot de overige personen. Uit de voorrapportage *Implementatie Code Banken* van de Monitoring Commissie in 2010 bleek reeds dat de bestuurders van de ondervraagde banken vrijwel allen (ruim 97%) een verklaring hebben ondertekend of van plan zijn dat te gaan doen.<sup>33</sup> De Commissie gaf in datzelfde rapport ook aan dat voor de overige personen de invoering (waarmee wordt bedoeld op de in voetnoot 10 bedoelde flankerende maatregelen) in alle stilte geschiedde<sup>34</sup> en dat de Bankierseed het best bewaarde bankgeheim dreigde te worden.<sup>35</sup> Het voorstel om ook de overige personen van de bank een wettelijk vastgelegde eed te laten afleggen lijkt gezien de reacties op het consultatievoorstel niet breed te worden gedragen. Uit de uitkomst van de enquête van FNV Finance onder haar eigen leden blijkt bijvoorbeeld dat 85% van de respondenten niets ziet in het afleggen van de eed of belofte.<sup>36</sup> Hoewel de weerstand mede te maken heeft met de vrees voor administratieve rompslomp, mist ook de overtuiging dat deze regels zullen bijdragen aan een verhoging van het moreel besef binnen de financiële sector. Het is dan ook de vraag of voldoende consensus bestaat om de Bankierseed voor de overige personen wettelijk in te voeren.

### 3.3 De eis van doeltreffendheid en doelmatigheid

De eed wordt wel gezien als het oudste instrument om integriteit te bevorderen.<sup>37</sup> Maar is het in dit geval ook het meest doeltreffende instrument? En maakt het feit dat de eed is opgenomen in een wet in plaats van een gedragscode en wellicht wordt gesanctioneerd door bestuurs-, straf- en/of tuchtrecht, de eed het meest doelmatige middel om de integriteit bij individuele bankiers te verhogen?

De Minister heeft gezegd dat is gekozen voor de vorm van een eed om de symboliek van de verklaring te versterken.<sup>38</sup> Dit is aangegrepen om de (voorgestelde) regelgeving aan te merken als *symboolpolitiek* of *symboolwetgeving*.<sup>39</sup> De vraag naar symboolpolitiek heeft echter weinig te maken met de symboliek van de eed, maar raakt daarentegen een terecht punt. Indien de eed ook verplicht zou worden voor de overige personen, zou het gaan om een eed voor circa 250.000 mensen. In de consultatie die heeft plaatsgevonden wordt door een meerderheid van de respondenten getwijfeld aan het nut van de voorstellen, die vaak te vergaand worden geacht en waarvan de kosten van invoering en implemen-

<sup>33</sup> Monitoring Commissie Code Banken, *Voorrapportage Implementatie Code Banken*, december 2010, p. 2. Uit het Eindrapport van de Monitoring Commissie Code Banken (zie noot 30) blijkt dat in 2012 80% van de onderzochte banken de Bankierseed heeft gepubliceerd.

<sup>34</sup> Bijvoorbeeld door opname in de CAO.

<sup>35</sup> Zie noot 32.

<sup>36</sup> Zie 'Uitslag enquête FNV Finance over de Regeling Eed of Belofte Financiële Sector 10-05-2012',

<[www.fnvbondgenoten.nl](http://www.fnvbondgenoten.nl)>. Overigens moet opgemerkt worden dat de vraagstelling van de enquête kennelijk niet bepaald neutraal was. Eén respondent merkte op: 'Typisch FNV om eerst een mening te geven ('wijst deze verplichting af', 'symboolpolitiek', 'te ver gaan') en dan nog eens om een mening te vragen.'

<sup>37</sup> Karssing 2011, p. 70.

<sup>38</sup> Toelichting concept ministeriële regeling Eed of belofte financiële sector (consultatievoorstel), <[www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2013)>.

<sup>39</sup> Zie bijvoorbeeld noot 20 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 235, nr. 12 (Verslag van een wetgevingsoverleg), p. 13.

tatie schromelijk worden onderschat. Het heeft de Minister niet afgeschrikt. Eind juni 2012 stelde hij dat hij de eed of belofte niet ziet als symboolwetgeving, maar blijft zien als een zeer nuttige en gerechtvaardigde maatregel die een bijdrage zal leveren aan het herstel van het vertrouwen in de financiële sector. Niet alleen voor (mede)beleidsbepalers, ook voor de overige personen *'omdat het de werkvloer is die beleid uitvoert door bijvoorbeeld producten te ontwikkelen en door het klantcontact.'*

<sup>40</sup> Teneinde te kunnen oordelen over doeltreffendheid en doelmatigheid van dit middel bespreken we het beoogde doel en de potentiële kracht daarvan.

### *De eed en haar potentiële kracht*

Van Mierlo 'introduceerde' de notie van een bankierseed kort voordat de financiële crisis uitbrak in 2008.<sup>41</sup> Hij noemt zeventien (!) mogelijke functies die de Bankierseed zou kunnen vervullen.<sup>42</sup> Karssing beperkt zich tot de – in zijn ogen – drie belangrijkste: de normerende, vormende en psychologische functie.<sup>43</sup> De Raad van State definieert in haar advies een eed of belofte als een persoonlijke bevestiging van de waarheid van een verklaring of de persoonlijke verbintenis dat de regels van een ambt of beroep zullen worden nageleefd. Met de eed worden de desbetreffende verplichtingen derhalve mede tot een *persoonlijke* inzet en verbintenis gemaakt, zodat overtreding daarvan niet alleen juridisch verwijtbaar, maar ook ethisch laakbaar wordt.

De eed is dus zowel persoonlijk als symbolisch. Vanwege het symbolische karakter van een eed vindt vaak een ceremonie plaats (zoals de advocatenbeëdiging bij de rechtbank) en legt men een eed af in aanwezigheid van getuigen of ten overstaan van iemand die respect verdient (zoals de deken in de advocatuur, of een burgemeester bij de ambtseed).<sup>44</sup> Ook de invoering van de ambtseed, waar overigens een soortgelijke weerstand was waar te nemen als thans in de financiële sector, heeft laten zien dat *'het leuke, ceremoniële karakter, de betrokkenheid van het bestuur, directie en het management'* punten zijn die kunnen bijdragen aan de kracht van een eed.<sup>45</sup>

De symboliek van een eed kan de bewustmaking van de inhoud versterken. Deze potentiële kracht zal echter aan kracht en werking verliezen indien, zoals bij de Bankierseed noodzakelijk zal zijn, de aflegging groepsgewijs zal gebeuren en onvoldoende follow up plaatsvindt.<sup>46</sup> Daadwerkelijke implementatie is noodzakelijk,<sup>47</sup> zeker indien de eed ook voor de overige personen zou gaan gelden. Dit

---

<sup>40</sup> Zie noot 20.

<sup>41</sup> H.L. Van Mierlo, *Gepast en Ongepast geld: zoektocht naar het geweten van banken en andere financiële dienstverleners*, Schiedam: Scriptum 2008.

<sup>42</sup> E.D. Karssing, 'Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (40)', *TvCo* 2011/1-2, p. 67 e.v. onder verwijzing naar Van Mierlo 2008. Van Mierlo noemt als mogelijke functies: een pleidooi voor duurzaam bankieren; een persoonlijk appel op bankiers; een persoonlijke verplichting voor bankiers; een belofte aan de klant; een belofte aan de maatschappij; een belofte aan collega's; een gemeenschappelijke taal; een referentiepunt voor insiders en outsiders; een schild tegen overspannen verwachtingen; een selectie criterium voor medewerkers en klanten; een inspiratiebron; een scholingsinstrument; een marketinginstrument; een nieuwe status voor het beroep van bankier (*noblesse oblige*); een *admission ticket* tot het beroep van bankier; een opdracht aan alle medewerkers van banken; een middel voor zelfreïning.

<sup>43</sup> E.D. Karssing 2011, p. 69: *'Een bankierseed werkt normerend doordat het een duidelijke aanzet geeft tot het antwoord op de vraag wat goed bankieren inhoudt. [...] Daarnaast kan de bankierseed ook vormend werken doordat het de discussie opent over het gesprek wat goed bankieren inhoudt en bankiers uitnodigt om over hun verantwoordelijkheden na te denken. [...] Tot slot kan de bankierseed een psychologische functie hebben. Het is een persoonlijk appèl op bankiers en daarmee een vorm van zelfbinding. Uit onderzoek blijkt dat mensen die bewust een verklaring tekenen ook eerder geneigd zijn deze verklaring als bindend te beschouwen – geheel los van externe sancties.'*

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> S. Spoor en S. Verheij, 'Invoering van de Bankierseed: de lessen uit de ambtseed', *Jaarboek Compliance 2013*, p. 33 e.v.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> In dezelfde zin M. Denkers namens de AFM tijdens de hiervoor bedoelde themadag van het NCI: *'Onderzoek toont aan dat een eed effectief kan zijn in het beïnvloeden van mensen, mits ze herhaaldelijk herinnerd worden aan de eed'*. Zie de



zou bijvoorbeeld kunnen door – net als in de advocatuur – concrete gedragsregels te introduceren en door de inhoud van de eed in follow-up gesprekken/interne opleiding aan bod te laten komen. Elders in deze aflevering wordt nader op dit aspect ingegaan.

### *Beoogd doel van de Bankierseed*

De Commissie-Maas gaf als belangrijkste reden voor de invoering van de moreel-ethische verklaring dat die het vertrouwen in het bankwezen zou kunnen herstellen. De Raad van Bestuur is verantwoordelijk voor formulering en uitvoering van het beleid en voor de aansturing van de dagelijkse bedrijfsvoering. Gegeven de maatschappelijke functies van een bank dienden daarbij de maatschappelijke verantwoordelijkheden en morele verplichtingen van bankiers meer op de voorgrond komen te staan.<sup>48</sup> De gedachte van voormalig Minister De Jager achter de invoering van de Bankierseed is een cultuuromslag te bewerkstelligen binnen de *gehele* banksector en de in de moreel-ethische verklaring neergelegde normen en waarden te institutionaliseren, met als hoger doel (eveneens) het behouden en bevorderen van het vertrouwen in de financiële sector. Maar kan de (voorgestelde) Bankierseed het hiervoor genoemde doel op efficiënte en effectieve wijze raken?

Karssing stelt dat *'Ook wettelijke regels en voorschriften, hoe slim ooit bedacht, [...] zelfs in combinatie met de zwaarste sancties niet [kunnen] voorkomen dat er steeds weer mensen de fout in gaan. Verkeersborden voorkomen geen overtredingen. Een huwelijk is geen garantie tegen overspel.'*<sup>49</sup> Net zoals verkeersborden of een huwelijksgelofte kan een eed of belofte echter bijdragen aan de overtuiging bepaald gedrag na te laten en motiveren het beloofde ook daadwerkelijk te doen.<sup>50</sup> Een dergelijke functie zou ook de Bankierseed in beginsel zeker kunnen hebben denken wij. Het zijn echter vooral de (mede)beleidsbepalers van een financiële onderneming die ook daadwerkelijk in staat zijn met hun gedragingen een wezenlijke bijdrage te leveren aan een andere wijze van werken, waarbij maatschappij en klant meer dan winst en aandeelhouder voorop staan. Hun persoonlijke inzet kan bij uitstek bijdragen aan het gewenste herstel van vertrouwen.<sup>51</sup> De voorgestelde introductie van een eed voor alle (ca. 250.000) medewerkers van financiële ondernemingen is daarmee niet goed vergelijkbaar.<sup>52</sup> Veel kracht gaat niet uit van zo'n massale eedaflegging. De gemiddelde werknemer van een financiële onderneming – de bedrijfsjurist, de *trade analyst*, de IT-beheerder – is verder niet goed te beschouwen als deel uitmakend van een bepaalde beroepsgroep. Ieder van hen heeft individueel ook niet de invloed die een (mede)beleidsbepaler kan hebben op de gang van zaken. Dat betekent uiteraard niet dat zij zich niet ook moeten houden aan diverse voor hen geldende gedragscodes, zoals die bijvoorbeeld voortvloeien uit de hiervoor aan de orde gekomen Code Banken. De Raad van State verwijst in dat verband naar de verantwoordelijkheid van de onderneming daarvoor mede zorg te dragen en op de systematiek van de Wft waarin het een interne aangelegenheid van *de instelling* is te bewerkstelligen dat wettelijke normen en een eventueel geldende gedragscode worden nageleefd. Het is echter de vraag wat een eed en de publiekrechtelijke inkleding daarvan inclusief sanctionering nog toe zou kunnen voegen. De doelmatigheid en doeltreffendheid daarvan lijken ons nog niet aangetoond.

---

website van de AFM.

<sup>48</sup> Commissie-Maas, p. 7 en 43.

<sup>49</sup> Karssing 2011, p. 69 verwijzend naar Van Mierlo 2010.

<sup>50</sup> Zie ook R. Khurana en N. Nohria, 'It's time to make management a true profession', *Harvard Business Review* 2008, p. 75.

<sup>51</sup> Wij vragen ons af of hetzelfde ook zou moeten gelden voor de - beperkte - groep personen binnen financiële ondernemingen die zich bezig houdt met risicovolle transacties en waarvoor volgens het regeerakkoord straks ook nadere geschiktheidseisen zullen gaan gelden. Zie: Regeerakkoord 2012-2015, 'Bruggen Slaan', p. 11.

<sup>52</sup> Zie noot 21.

### 3.4 De eis handhaafbaarheid

Voor wetten die beogen gedragsverandering bij burgers, bedrijven, instellingen of de overheid zelf te bewerkstelligen zijn uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid essentieel om niet tot een symbool, een dode letter, te verworden, aldus het kabinet.<sup>53</sup> De Kabinetsnota benadrukt dat *'het essentieel is, dat reeds in de beginfase van de beleidsontwikkeling – bij het formuleren van de doelstellingen en de keuze van de instrumenten – aan de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid concreet alle aandacht wordt gegeven. Vervolgens moeten bij de keuze tussen de verschillende mogelijke handhavingssystemen – privaatrechtelijke, bestuurlijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke – de voor- en nadelen worden afgewogen.'* Dat is met betrekking tot de thans ingevoerde en voorziene regelgeving niet zichtbaar gebeurd (maar is wel, zoals hiervoor aan de orde kwam, deels nog voorzien).

Eén van de aspecten die hier een rol speelt is het gegeven dat de bewoordingen in de eed (zoals 'integer', 'zorgvuldig', 'belang van de klant') niet voor zich spreken. Als de belangen van de klant en de maatschappij zorgvuldig moeten worden afgewogen en de klant centraal moet staan, wat betekent dat dan precies? De Minister stelt dat dat niet 'automatisch' betekent dat het belang van de klant voor gaat.<sup>54</sup> Maar wat wel? Volgens Karssing is de huidige Bankierseed *'een agenda voor nadere concretisering. De tekst blijft open voor interpretatie, het zet aan tot nadenken.'*<sup>55</sup> Hoewel het aangaan van een dialoog één van de functies van een eed kan zijn, ontstaat hierdoor een probleem met de handhaafbaarheid en sanctionering; want hoe dient een norm te worden gehandhaafd waarvan over de inhoud en interpretatie geen duidelijkheid bestaat? Naar onze mening is de huidige Bankierseed om die reden niet eenvoudig handhaafbaar. Indien het Ministerie zou besluiten dat de Bankierseed via het tucht- of strafrecht zou moeten worden gehandhaafd (zie hierna) zien wij nog niet zo goed dat anders dan bij evidente gevallen aangetoond kan worden de bankmedewerker zijn 'verantwoordelijkheid voor de samenleving' onvoldoende heeft onderkend.

### 4. Mogelijke sanctionering en gevolgen bij overtreding bankierseed

Tijdens het wetgevingsoverleg bleek dat de meerderheid van de Kamer wenst dat de Bankierseed daadwerkelijk gehandhaafd wordt.<sup>56</sup> In het regeerakkoord is – in lijn met deze wensen – aangekondigd dat strenge sancties zullen worden geïntroduceerd bij overtreding daarvan.<sup>57</sup> Voor wat betreft de reeds ingevoerde regelgeving met betrekking tot (mede)beleidsbepalers geldt dat het zich niet houden aan de eed in bepaalde gevallen consequenties kan hebben via een negatief geschiktheidsoordeel. Thans is niet duidelijk welke aanvullende maatregelen van toepassing zullen zijn op hen.<sup>58</sup> Datzelfde geldt voor overige personen die mogelijk onder de Bankierseed zullen vallen, zoals hiervoor aan de orde kwam.

<sup>53</sup> Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1-2 (Kabinetsnota), p. 27 e.v.

<sup>54</sup> Toelichting art. 2 Regeling eed of belofte financiële sector, *Stcrt.* 2012 nr. 26874.

<sup>55</sup> Karssing 2011, p. 67.

<sup>56</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 235, nr. 12. (Verslag van een wetgevingsoverleg), p. 9 e.v.

<sup>57</sup> Zie noot 51.

<sup>58</sup> Zie Kamerstukken II 2012/13, 33 235, nr. 12, p. 37. Wel heeft de Minister te kennen gegeven te streven naar een spoedige implementatie: *'Ik kan geen datum noemen, maar we zullen dit zodanig snel aanpakken dat het de volgende zomer bij de implementatie van een eventueel volgend pakket geregeld kan worden. Qua implementatie van wetgeving kan het namelijk toch niet sneller. We hebben het dan over het wetspakket dat per 1 januari 2015 in werking treedt.'*

In dit onderdeel gaan wij kort in op verschillende mogelijke 'sanctiestelsels'<sup>59</sup> voor het niet afleggen of het niet naleven van de eed.<sup>60</sup>

#### 4.1 Bestuursrecht: bestuurlijke boete en geschiktheidstoetsing

Bij de thans ingevoerde én voorziene Bankierseed is de adressant de financiële onderneming. Het is de bedoeling dat die kan worden gesanctioneerd voor het niet afleggen of niet naleven van de Bankierseed door een individuele medewerker met een bestuurlijke boete van de tweede categorie. De AFM en DNB moeten daarop risicogeoriënteerd toezicht uitoefenen, maar de Minister heeft benadrukt dat, gezien de omvang en diversiteit van de groep mensen die de eed dienen af te leggen, de verantwoordelijkheid daarvoor bij de onderneming zelf gelegd moet worden.

Is het nodig de onderneming apart verantwoordelijk te houden voor ethisch laakbaar handelen in strijd met de Bankierseed door haar medewerkers? Bijna alle onderdelen uit de Bankierseed hebben een link met bepalingen die thans reeds in de Wft zijn opgenomen, zoals ook blijkt uit de wetgeschiedenis: *'De inhoudelijke elementen van de eed of belofte hebben allen een link met bestaande toezichtnormen inzake de integere en beheerste bedrijfsvoering en inzake het klantbelang centraal. Indien de eed of belofte niet wordt nageleefd, betekent dit dat ook één (of meerdere) andere toezichtnormen is [zijn] overtreden.'*<sup>61</sup> Het is dan ook de onderneming die onder meer via bepalingen zoals de art. 3:10, 3:17 en 4:90 Wft dient te zorgen voor naleving van de gedragsregels, bij gebreke waarvan op basis van het Boetebesluit Wft eventueel een bestuurlijke boete daarvoor kan worden opgelegd; dat kan eventueel ook aan degene die tot de overtreding opdracht gaf.<sup>62</sup> Een extra sanctionering van de financiële onderneming voor een niet-nakoming van de eed door een medewerker lijkt dan wat veel van het goede. Om dezelfde reden zien wij ook niet veel heil in het persoonlijk beboeten van personen die de Bankierseed overtreden, nog los van de reden die hierna onder 4.2 aan de orde komt.

Ook de norm van art. 3:8 en 4:9 Wft richt zich tot de financiële onderneming: het dagelijks beleid van de instelling dient gevoerd te worden door een *geschikt* persoon. Het niet afleggen of niet naleven van de Bankierseed kan evenwel ook gevolgen hebben voor de beleidsbepaler zelf, nu die daarmee mogelijk niet voldoet aan de eisen die aan zijn geschiktheid worden gesteld.<sup>63</sup> Dit kan volgens de Minister<sup>64</sup> in het uiterste geval ertoe leiden dat de betreffende persoon niet langer zijn, of een andere, (mede)beleidsbepalende functie kan uitoefenen. Ook dan geldt overigens dat naar verwachting andere normen uit de Wft geschonden zullen zijn, die de basis kunnen, en naar wij aannemen zullen, vormen voor een eventuele heenzending of aftoetsing.

<sup>59</sup> Het woord 'sanctie' is hier niet bedoeld in de zin van hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht, maar als een meer overkoepelende term.

<sup>60</sup> Voor het vervolg gaan wij ervan uit dat de Bankierseed zowel - zoals nu - op de categorie (mede)beleidsbepalers van toepassing zal zijn, als op de overige personen. Of het zover komt valt mede gezien de kritische opmerkingen van de Raad van State echter bepaald nog af te wachten.

<sup>61</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 97 236, nr. 6, p. 13-14. Deze conclusie lijkt ons in grote lijnen juist, zij het dat de in de Bankierseed vervatte norm dat de klant centraal staat en het vertrouwen in de financiële sector dient te worden bevorderd, niet als zodanig zijn verwoord in de Wft. Ze vormen wel de basis van een diverse wel in de Wft opgenomen bepalingen.

<sup>62</sup> Zie art. 51 Wetboek van Strafrecht ('Sr') juncto art. 51 Algemene Wet bestuursrecht. Verder is te verwachten dat als de als onderdeel van de Wijzigingswet 2014 voorziene wijziging van art. 4:24a Wft (omvattende een algemene zorgplichtbepaling in de Wft) zou worden ingevoerd, de AFM mede op basis van die bepaling zal gaan handhaven.

<sup>64</sup> Zie noot 13 en 20.

## 4.2 Arbeidsrecht

Met betrekking tot eventuele arbeidsrechtelijke consequenties is de vraag of het niet afleggen of niet naleven van de Bankierseed een ontslag kan rechtvaardigen. De Minister heeft in zijn brief van 28 juni 2012 aangegeven dat het aan de onderneming zelf is die afweging te maken en aan de rechter om te toetsen aan het ontslagrecht, maar dat ontslag voor een medewerker die weigert de Bankierseed te onderschrijven gepast is. Voor duidelijke gevallen is dat klare taal. Indien de Bankierseed voor overige personen zou worden ingevoerd mag onzes inziens van de wetgever worden verwacht dat meer aanknopingspunten worden gegeven op basis waarvan een afweging kan worden gemaakt of het niet afleggen van de eed tot ontslag kan leiden.

Arbeidsrechtelijke gevolgen zouden ook een rol kunnen spelen wanneer een medewerker het in strijd met de Bankierseed acht te doen wat intern van hem wordt verlangd, bijvoorbeeld beleid toe te passen dat geef blijk geeft van goede belangenafweging. De Minister komt in dit verband helaas niet verder dan de – ietwat vrijblijvende – conclusie dat in dat geval de betreffende medewerker dit met zijn leidinggevende of een vertrouwenspersoon dient te bespreken, of een misstand zou kunnen 'klokkenluiden'.<sup>65</sup> Maar zoals de Minister signaleert valt niet uit te sluiten dat een weigering tot het uitvoeren van een opdracht als werkweigering wordt opgevat en tot ontslag kan worden overgegaan. De betreffende werknemer heeft dan uiteraard de mogelijkheid zich in rechte te verdedigen, maar wij verwachten dat de gemiddelde werknemer niet snel bepaalde taken of werkzaamheden zal weigeren met een beroep op de inhoud van zijn Bankierseed.<sup>66</sup>

## 4.3 Civiele aansprakelijkheid: onrechtmatige daad en zorgplicht

Voor het creëren van een mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid bij overtreding van de Bankierseed is het uiteraard niet noodzakelijk dat de wetgever met nadere bepalingen komt. Indien ervan wordt uitgegaan dat dat niet gebeurt – hetgeen het meest waarschijnlijk lijkt – is het volgende van belang.

De Bankierseed creëert geen contractuele band tussen onderneming, individuele medewerker of bestuurder of commissaris en de klant en een eventuele actie van de klant tegen hen zou derhalve een actie uit onrechtmatige daad moeten zijn. Bij de beoordeling of sprake kan zijn van civielrechtelijke aansprakelijkheid is van belang onderscheid te maken jegens welke partijen een civielrechtelijke vordering zou kunnen worden ingesteld, zoals (i) financiële onderneming zelf, (ii) bestuurder of commissaris of, (iii) individuele medewerker.

De Bankierseed zou een rol kunnen spelen bij een mogelijke aansprakelijkheid voor schending van de civielrechtelijke zorgplicht door de financiële onderneming. Als bekend hanteert de rechter doorgaans als uitgangspunt dat op financiële ondernemingen vanwege hun aard en rol in het maatschappelijk verkeer, een bijzondere zorgplicht rust.<sup>67</sup> De invulling en reikwijdte van deze zorgplicht is mede afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, maar de gerichtheid op de klant is impliciet in de zorgplicht verdisconteerd. Het is niet aannemelijk dat het niet afleggen of niet naleven van

---

<sup>65</sup> Zie noot 20.

<sup>66</sup> Een respondent bij de eerder genoemde FNV-enquête antwoordde: *'Ik vind integriteit heel belangrijk, maar de druk van de werkgever is bijzonder hoog.'*

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (*Rabobank/Everaars*) en HR 24 december 2010, JOR 2011/54 (*Fortis Bank/Bourgonje*).

de Bankierseed *op zichzelf* zal leiden tot het schenden van de zorgplicht. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, zijn de bepalingen van de Bankierseed gelinkt met Wft-bepalingen, waaronder bijvoorbeeld de in art. 4:90 Wft vervatte plicht op eerlijke, billijke en professionele wijze de belangen van de klant te betrekken bij het verlenen van beleggingsdiensten. Daarentegen zou het niet afleggen of niet naleven van de Bankierseed mogelijk wel als aanvullend argument gebruikt kunnen worden, op basis waarvan uiteindelijk een schending van een zorgplicht aangenomen kan worden.

Een bestuurder of commissaris kan, indien sprake is van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt, naast de onderneming persoonlijk aansprakelijk zijn, indien hij bij de uitoefening van zijn taak toerekenbaar onrechtmatig handelt tegenover een derde.<sup>68</sup> Ook hier geldt onzes inziens dat een schending van de Bankierseed op zich daar onvoldoende voor zal zijn. Wat betreft individuele werknemers is op grond van art. 6:170 BW de financiële onderneming aansprakelijk indien de werknemer een onrechtmatige daad pleegt in het kader van de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Aansprakelijkheid van de werknemer zal derhalve niet al te snel aan de orde zijn, ook niet bij schending van de Bankierseed.

#### 4.4 Strafrecht

In het kader van de sanctionering van de Bankierseed wordt door de Minister ook gedacht aan het sanctioneren van het niet afleggen of niet naleven van de Bankierseed via het strafrecht. Onzes inziens kleven veel bezwaren aan deze wijze van sanctioneren. Zoals ook in de Kabinetsnota 'Zicht op Wetgeving'<sup>69</sup> wordt besproken dient, indien wordt gekozen voor strafrechtelijke sancties, de formulering van de 'delictsomschrijving' zorgvuldig te geschieden. Vage en te complexe delictsomschrijvingen leiden immers niet alleen tot rechtsonzekerheid, maar bieden ook onvoldoende mogelijkheden voor een succesvolle strafvervolgning. Waar een delictsomschrijving met betrekking tot het niet afleggen van de Bankierseed nog tamelijk duidelijk zou kunnen zijn is dit met betrekking tot het niet naleven van de eed, met alle open en voor interpretatie vatbare normen, een moeizame exercitie, die zich ook moeilijk verdraagt met het uitgangspunt dat strafrecht *ultimum remedium* moet zijn.<sup>70</sup> Indien justitie zich bezig moet gaan houden met opsporing en vervolging van bankpersoneel dat een norm uit de Bankierseed niet naleeft, zal de strafbepaling zonder twijfel verworden tot een dode letter.

#### 4.5 Tuchtrecht

De Minister heeft aangegeven te zullen onderzoeken of het instellen van een financieel tuchtcollege een optie is.<sup>71</sup> Is het afleggen van een eed, gecombineerd met een tuchtrechtelijk sanctiestelsel, hét middel om het vertrouwen in de bankwereld weer op te krikken?

Alhoewel de financiële onderneming in de Wft formeel de normadressaat is (zie onder 4.1) richt de *inhoud* van Bankierseed zich tot de (mede)beleidsbepalers en de overige bij de financiële onderneming werkzame personen zelf en niet tot de onderneming. Tuchtrecht sanctioneert in de regel ethisch laakbaar handelen en is het sanctierecht voor overtreding van morele of ethische normen, gedragsre-

<sup>68</sup> Zie recentelijk 23 november 2012, *LJN BX5881*, par. 3.4.1. en Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, *JOR 2012/243 (Fortis/Votron)*.

<sup>69</sup> *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 1-2 (Kabinetsnota).

<sup>70</sup> In de praktijk gebeurt zoals bekend niet zelden dat toezichthouders, in het bijzonder de AFM, open normen gaan invullen middels beleidsregels en interpretaties. Beboeting kan dan in zo'n situatie mede gezien het *lex certa*-beginsel soms problematisch zijn. Een dergelijke invulling zou overigens ook niet bijdragen aan het (zelf)vormende karakter van de Bankierseed.

<sup>71</sup> *Kamerstukken II 2011/12*, 33 235, nr. 12 (Verslag van een wetgevingsoverleg), p. 47.

gels of een eed of belofte.<sup>72</sup> In beginsel kan tuchtrecht het gevoel voor de individuele verantwoordelijkheid voor het naleven van een afgelegde eed oproepen. Maar in tegenstelling tot bijvoorbeeld artsen in een ziekenhuis en advocaten, kennen beroepen in de financiële sector vooral een gezamenlijke verantwoordelijkheid en is het te dienen belang pluriform. Kimman merkt hierover op: '[Binnen een financiële onderneming bestaan] *teams, commissies en directies. Een bankier is geen arts die het belang van de patiënt zo zuiver mogelijk dient. Bankiers en bankemployees dienen het belang van hun bank. De integriteit in het kader van een bank is de uitwerking van een operationele en niet een morele notie.*'<sup>73</sup> Verder geldt dat de meeste personeelsleden op posities binnen een financiële onderneming zitten waar zij weinig directe invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop de financiële onderneming haar bedrijfsvoering inricht. Daarmee vragen wij ons af of het tuchtrechtelijk aanspreken van deze grote groep op naleving van de Bankierseed wel de meest directe route is naar het gewenste herstel van vertrouwen.<sup>74</sup>

Het mogelijk tuchtrechtelijk aanspreken van (mede)beleidsbepalers ligt onzes inziens gradueel anders. Het tuchtrecht hoort – net als de eed – te zien op publieke ambtsdragers of welomlijnde beroepsgroepen, zoals de advocaat of de arts.<sup>75</sup>

De (mede)beleidsbepaler verkeert in een positie om het beleid (en daarmee ook de cultuur) van een financiële onderneming wezenlijk te beïnvloeden. Dat mag ook van hem of haar verwacht worden. Hierbij dient de (mede)beleidsbepaler volgens de nu geldige eed verschillende belangen – en het klantbelang centraal – af te wegen. Indien deze belangenafweging ethisch-laakbaar geschiedt en de (mede)beleidsbepaler om deze reden zijn functie niet integer uitoefent, is het niet per se merkwaardig hem of haar, net als bijvoorbeeld een advocaat, hier individueel tuchtrechtelijk op aan te spreken. Het is echter de vraag of het tuchtrecht in aanvulling op een eventuele sanctionering van de onderneming uit hoofde van een overtreding van bepalingen uit de Wft, zoals hiervoor aan de orde kwam,<sup>76</sup> en de mogelijke consequenties die uit een geschiktheidsstoetsing kunnen volgen, nodig zijn.

## 5. TOT SLOT

Hoewel een deel van de Bankierseed reeds is ingevoerd, en een tweede deel mogelijk voor de deur staat is de vraag – die klaarblijkelijk ook enkele rijksambtenaren stelden, zoals de Minister liet doorschemeren – *is dit een goed idee (geweest)?*<sup>77</sup> Bij de beantwoording daarvan is het onzes inziens goed in ieder geval onderscheid te maken tussen de reeds ingevoerde Bankierseed voor (mede)beleidsbepalers en de voorgestelde Bankierseed voor overige personen.

Uitgaande van het doel dat de Minister voor ogen heeft, het veranderen van de cultuur binnen financiële ondernemingen, menen wij dat een Bankierseed daar zeker aan kan *bijdragen*. De Bankierseed is geen panacee, maar wij zien in het bijzonder voordelen van een Bankierseed voor (me-

<sup>72</sup> Eijlander en Voermans 2000, p. 162.

<sup>73</sup> E.J.J.M. Kimman, 'Bankierseed?', *Ondernemingsrecht* 2012/125.

<sup>74</sup> Overigens zal een deel van deze groep straks mogelijk al wel worden geconfronteerd met tuchtrecht, nu de Bankierseed waarschijnlijk nu onderdeel van de registratie-eisen van het DSI zal worden. Dan zal overtreding daarvan via de DSI Tuchtcommissie mogelijk zijn. Zie J.P.E. Brouwer 'Een Bankierseed met sancties versterkt de positie van de consument en de financiële professional', *Jaarboek Compliance* 2013, p.218 e.v.

<sup>75</sup> Zie ook noot 21.

<sup>76</sup> In theorie zouden beleidsbepalers ook persoonlijk beboet kunnen worden wegens feitelijk leiding geven aan een overtreding door de onderneming.

<sup>77</sup> Verslag van wetgevingsoverleg van 24 september 2012 tussen Minister de Jager en de vaste commissie voor Financiën, p. 37: 'Ook op mijn eigen ministerie waren er mensen die zich afvroegen of die wel echt nodig was.'

de)beleidsbepalers, die daadwerkelijk in de positie zijn om een cultuurwijziging een impuls te geven en daar bovendien persoonlijk op aangesproken kunnen worden.<sup>78</sup>

Maar wij betwijfelen sterk of een Bankierseed voor de overige personen een goed idee is, aangezien hier weinig consensus over bestaat, een dergelijk cultuurveranderingsinstrument in de regel krachtiger is indien dit *van binnenuit* en door zelfregulering wordt ingezet (hetgeen lopende is), de eed bovendien nauwelijks handhaafbaar lijkt – zeker niet voor zo'n grote groep – en het nog maar de vraag is of het, gezien het stelsel van de Wft, wel een eigenlijk instrument is hiervoor. Veel van de gewenste verbetering zal toch echt moeten komen van consequent compliancemanagement met betrekking tot de vele (Wft-)regels die er al zijn.<sup>79</sup> Van de honderden reacties in de FNV Finance Enquête over dit onderwerp was vooral één reactie in dit verband treffend: *'Wij zijn al lang over de grenzen van wat je door middel van regelgeving kunt verbeteren.'* Vele gedragscodes, complianceprogramma's, protocollen en regels die in de jaren '90 zijn opgesteld hebben de schandalen van het begin van deze eeuw niet voorkomen. Dat de focus bij wetgever en toezichthouders zoals DNB en de AFM nu ligt op de noodzaak van een echte *compliancecultuur* is terecht. Maar dat is meteen ook het moeilijkst te bereiken. Gaat een in grote groepen af te leggen eed of belofte iets veranderen aan wat die mensen concreet op dagelijkse basis doen? En zal handhaving van een vage eed via bijvoorbeeld tuchtrecht, bijdragen aan werkelijke gedragsverandering en herstel van vertrouwen in de sector? We zien de nadere rapportage van de Minister met veel belangstelling tegemoet, maar gelet op hetgeen hiervoor aan de orde kwam met betrekking tot de besproken beginselen van behoorlijke wetgeving is het – vooralsnog – moeilijk aan de conclusie te ontkomen dat de introductie van de Bankierseed voor deze groep een vorm van nog niet geheel doordachte – meer politiek gewenste – symboolpolitiek is geweest.

---

<sup>78</sup> Zie daarover ook: A.J.P. Tillema, 'Enkele opmerkingen over deskundigheid en betrouwbaarheid' in: P. Zijp, A.J.P. Tillema, H.G. van Everdingen, W.A.K. Rank (red.), *Koersen rondom Christel*, (Kluwer: Deventer 2011), p. 239-248.

<sup>79</sup> Zie hiervoor ook Kimman, noot 82.