De bankierseed

*mr. K. Van Kranenburg-Hanspians en mr. drs. J.A. Jans**

1. Inleiding

Vanwege de belangrijke functie die de financiële sector in de reële economie vervult, heeft de kredietcrisis van 2008 zich snel kunnen ontwikkelen tot een maatschappelijke crisis. De oorzaken van deze maatschappelijke crisis worden veelal toegedicht aan een gebrekkige bedrijfscultuur en onethisch gedrag bij de verschillende ondernemingen die in de financiele sector werkzaam zijn. Hierdoor heeft de reputatie van de financiële sector, en met name de bancaire sector, de afgelopen jaren een flinke deuk opgelopen. Zo blijkt onder meer uit de evaluatie van de Monitoring Commissie Code Banken dat, ondanks de inspanningen van de afgelopen jaren om het vertrouwen te herstellen, de reputatie van banken blijft verslechteren.[1]

Het gezegde 'vertrouwen komt te voet en gaat te paard' geldt zonder meer voor de financiële sector. In de maatschappij overheerst nog steeds het sentiment dat in deze sector weinig vooruitgang is geboekt naar herstel van vertrouwen. Daarom nam de politiek het op zich maatregelen te introduceren om het vertrouwen in de financiële sector te herstellen. In dit artikel zoomen wij in op de 'oplossing' die de Minister van Financiën (hierna: de minister) voor de beoogde gedragswijziging en cultuuromslag voor het herstel van vertrouwen binnen de sector bedacht heeft: de bankierseed. Het afleggen daarvan zou mede moeten leiden tot een bewustwording op individueel niveau van maatschappelijke verantwoordelijkheid.

In dit artikel staan wij stil bij de wettelijke inbedding van de bankierseed, het beoogde doel en de inhoud daarvan. Daarbij wordt gekeken welke rol voor de werkgever die onder toezicht staat van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) of De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) in het licht van de bankierseed is weggelegd. Tegelijkertijd ontkomen (ook) wij er niet aan uit te spreken dat de bankierseed een sterk symbolisch karakter heeft en daarmee past in de tijdsgeest waarin men lijkt te denken dat het uitspreken van een bezwering verder (al dan niet: financieel) leed kan voorkomen. Indien dat laatste onverhoopt niet het geval blijkt te zijn, gaat men naarstig op zoek naar mogelijkheden en middelen om veroorzakers van leed individueel te 'straffen'. De vraag in hoeverre dat laatste mogelijk is binnen de bestaande wettelijke kaders en jurisprudentie lijkt niet vaak te worden gesteld.

In dit artikel gaan wij ten slotte in op de door de minister beoogde uitbreiding van de bankierseed per 1 januari 2015 en op de Kabinetsvisie over de Nederlandse Bankensector waarbij geldt dat wij ons beperken tot de wijzigingen die zien op de bankierseed.[2]

2. Achtergrond bankierseed – naar herstel van vertrouwen

Het idee van een moreel-ethische verklaring in de financiële sector werd voor het eerst genoemd in het Rapport 'Naar herstel van vertrouwen' dat de Adviescommissie Toekomst Banken (Commissie Maas) op 7 april 2009 heeft uitgebracht.[3] De door de Adviescommissie Toekomst Banken voorgestelde tekst voor de moreel-ethische verklaring is door de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: NVB) vervolgens verankerd in de Code Banken.[4] Sinds 1 januari 2010 is het bestuur van een in Nederland onder toezicht van DNB geplaatste bank op basis van de Code Banken (wat in feite een zelfreguleringsinitiatief is van de sector) verplicht er zorg voor te dragen dat de moreel-ethische verklaring wordt vertaald in principes die als leidraad gelden voor het handelen van alle medewerkers van de bank. Banken dienen jaarlijks in hun jaarverslag verantwoording af te leggen over de naleving hiervan. In navolging van de Code Banken is de moreel-ethische verklaring op 1 januari 2011 eveneens geïntroduceerd voor bestuurders van verzekeraars.[5]

Per brief van 28 juni 2012 gaf de minister aan, dat de gewenste cultuuromslag niet alleen kan worden bereikt met zelfregulering, maar dat aandacht dient te worden besteed aan het verankeren van de morele dimensie van deze regulering in een wettelijk kader. Dat geldt ook voor het afleggen en ondertekenen van een moreel-ethische verklaring. In een in 2012 gepubliceerd consultatiedocument werd de 'bankierseed' geïntroduceerd als een van de oplossingen om het vertrouwen in de financiële sector terug te winnen. De bankierseed benadrukt de noodzaak voor een moreel kompas binnen de sector en moet een impuls geven tot morele zelfreflectie. Werknemers in de financiële sector zouden zo moeten worden gestimuleerd de belangen van de klant en de maatschappij centraal te stellen. Wij menen dat er elementen uit de bankierseed zijn die spanning geven met het (arbeidsrechtelijke) uitgangspunt dat een werknemer wordt geacht te handelen in het belang van de onderneming en haar doelstellingen. Op dit punt komen wij straks terug.

---

* Katja van Kranenburg-Hanspians en Jan Jans zijn beiden advocaat bij CMS.

1. Monitoring Commissie Code Banken, *Rapportage Naleving Code Banken*, december 2012, p. 5.
2. Kabinetsvisie Nederlandse Bankensector, brief 23 augustus 2013 Ministerie van Financiën aan Tweede Kamer.
3. Adviescommissie Toekomst Banken, *Naar herstel van vertrouwen*, p. 14-15.
4. Op grond van art. 3.2.3 Code Banken tekent ieder lid van de raad van bestuur van een bank een moreel-ethische verklaring.
5. Art. 3.2.3 Governance Principes Verzekeraars.

3. Wat is de bankierseed?

De bankierseed is een moreel-ethische verklaring waarin de betrokkene zweert of belooft dat hij in zijn functie naar eer en geweten zal handelen. De bankierseed is met de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2013 op 1 januari 2013 in art. 3:8 en 4:9 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) verankerd en in een Ministeriële Regeling eed of belofte financiële sector[6] (hierna de 'Regeling eed of belofte') nader uitgewerkt.

De voorbeeldtekst van de bankierseed, opgenomen in de Bijlage bij de Regeling eed of belofte, wordt (vooralsnog) door een meerderheid van de onder toezicht staande ondernemingen gehanteerd. Bij het afleggen van de bankierseed verklaart de betrokkene dat hij (i) zijn functie integer en zorgvuldig zal uitoefenen, (ii) de belangen van alle stakeholders, en in het bijzonder die van de klant, zorgvuldig zal afwegen, (iii) het klantbelang centraal zal stellen en de klant zo goed mogelijk zal inlichten, (iv) de toepasselijke wetten, reglementen en gedragscodes zal naleven, (v) geen misbruik zal maken van kennis, en (vi) het vertrouwen in de financiële sector zal behouden en bevorderen.[7]

Voor de inwerkingtreding van de bankierseed dienden financiële ondernemingen reeds aan min of meer gelijksoortige bepalingen te voldoen. De Wft schrijft voor dat financiële ondernemingen een adequaat beleid dienen te voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt.[8] De reeds bestaande verplichting onder de Wft was minder specifiek dan de bankierseed beoogt te zijn.

De bankierseed is niet slechts van toepassing op de bancaire sector maar voor alle door de Wft gereguleerde financiële ondernemingen.[9] Naast banken vallen onder meer verzekeraars, beleggingsinstellingen en betaalinstellingen binnen de reikwijdte van de bankierseed.

Naar aanleiding van de motie Huizing/Blanksma[10] besloot de regering de bankierseed per 1 januari 2013 alleen verplicht te stellen voor de personen die door de AFM of DNB dienen te worden getoetst op geschiktheid.[11] Om die reden geldt de bankierseed vanaf 1 januari 2013 vooralsnog uitsluitend voor de dagelijkse beleidsbepalers (lees: bestuurders) en de leden van het intern toezichthoudende orgaan, zoals de raad van commissarissen (hierna: RvC) van financiële ondernemingen.[12] In het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015 (hierna: het Wetsvoorstel) wordt onder meer voorgesteld de kring van personen die de bankierseed dienen af te leggen, uit te breiden. Naast de huidige kring van personen zouden personen die, kort gezegd, het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk zouden (kunnen) beïnvloeden en personen die rechtstreeks inhoudelijk klantcontact hebben, de bankierseed dienen af te leggen.[13]

3.1 Procedure afleggen bankierseed

Indien een financiële onderneming een bestuurder of commissaris benoemt, dient de betrokkene op grond van de Wft[14] en de Regeling eed of belofte binnen drie maanden na benoeming de bankierseed af te leggen. Ten aanzien van bestuurders en commissarissen die per 1 januari 2013 reeds in functie waren, geldt een overgangsregeling. Deze personen moeten uiterlijk 31 december 2013 de bankierseed hebben afgelegd.

De financiële onderneming is zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop de eed wordt afgelegd, maar is daarbij gehouden aan een aantal voorwaarden. Om het symbolische karakter van de bankierseed kracht bij te zetten en bewustwording te creëren bij degene die de eed of belofte aflegt, dient de eed gepaard te gaan met een ceremonie. Tijdens de ceremonie moet de betrokkene de bankierseed in het bijzijn van een persoon in een hogere functie hardop opzeggen.[15] Vervolgens dient betrokkene de schriftelijke verklaring te ondertekenen.

Indien een onderneming een andere tekst dan de hiervoor aangehaalde voorbeeldtekst hanteert dan mag deze andere tekst geen afbreuk doen aan de strekking van de bankierseed. Het is ook toegestaan de verklaring deel te laten uitmaken van een ander document dat ondertekend wordt, zoals een gedragscode.

3.2 Inbedding van bankierseed in gedragscodes

Uit een rondgang langs een aantal twintigtal banken blijkt dat de meeste van hen uitdrukkelijk verwijzen naar de Code Banken in interne gedragscodes. Een expliciete verwijzing naar de bankierseed of naar de afzonderlijke onderdelen daarvan wordt vrijwel niet gedaan. Evenmin volgt uit de tekst van de gedragscode welke arbeidsrechtelijke sancties de werkgever kan nemen bij overtreding.[16] In het licht van de huidige kring van personen die de eed moeten afleggen is deze conclusie wellicht niet ongebruikelijk. Het is de

6. Regeling van de Minister van Financiën van 17 december 2012, kenmerk: FM/2012/1923 M, houdende regels met betrekking tot de door personen als bedoeld in art. 3:8 lid 1 en 4:9 lid 1 Wet op het financieel toezicht (Regeling eed of belofte financiële sector), *Stcrt.* 2012, 26 874.
7. Art. 1 Regeling eed of belofte financiële sector. In dit artikel wordt verder uitgegaan van deze voorbeeldtekst van de bankierseed.
8. Afhankelijk van het type financiële onderneming is deze eis opgenomen in art. 3:10 Wft of art. 4:11 Wft.
9. Op grond van art. 1:1 Wft zijn financiële ondernemingen alle onderneming die door de Wft worden gereguleerd. Waar in dit artikel wordt gesproken over financiële onderneming wordt verwezen naar het begrip financiële onderneming zoals gedefinieerd in art. 1:1 Wft.
10. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 43.
11. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 236, nr. 13, p. 1.
12. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 236, nr. 3, p. 1.
13. Zie het op 14 augustus 2013 gepubliceerde Consultatiedocument betreffende de Memorie van Toelichting Wijzigingswet financiële markten 2015, p. 2, te raadplegen via www.internetconsultaties.nl.
14. Afhankelijk van het type financiële onderneming is deze eis opgenomen in art. 3:8 Wft of art. 4:9 Wft.
15. Volgens de AFM is het voor kleine ondernemingen die niet aan dit vereiste kunnen voldoen ook mogelijk dat een persoon in een lagere functie bij de eed aanwezig is.
16. Wij hebben van 20 verschillende banken, van F. Lanschot Bankiers tot Rabobank, via algemeen bronnenonderzoek gedragscode onderzocht en bekeken of er onder meer een expliciete verwijzing was naar de bankierseed/moreel-ethische verklaring, of de elementen afzonderlijk als zodanig worden benoemd en of er sancties worden vermeld bij overtreding.

verwachting dat met de uitbreiding van de bankierseed naar de 'gewone' werknemer, interne gedragscodes hier op zullen worden aangepast.

Wij hebben ons de vraag gesteld of een interne gedragscode daadwerkelijk kan bijdragen aan de handhaving van de bankierseed. Het heeft er veel van weg dat de bankierseed een verzameling is van reeds bestaande verplichtingen, open deuren en sussende beloftes die tezamen de indruk moeten wekken dat de financiële sector oprecht het roer omgooit. De vraag is tevens of de bankierseed te vatten is in gedragscodes. Dat laatste geldt in ieder geval niet voor onderdelen uit de bankierseed die vanwege de algemene termen die worden gehanteerd niet te toetsen zijn op individueel niveau (het bevorderen van het vertrouwen in de financiële sector) en sommige begrippen die verschillend kunnen worden uitgelegd. Dat laatste geldt bijvoorbeeld voor de eed of belofte de functie integer uit te voeren.

Het begrip integer handelen is in de financiële sector geen novum. In het kader van *pre-employment* screening hanteren leden van de NVB vanaf 1998 onderling de integriteitsverklaring volgende uit de zogenoemde integriteitscode.[17] Het begrip integriteit, ondanks inspanningen deze norm in een meer concrete vorm te gieten, is niet altijd eenduidig, zo blijkt ook uit de aangehaalde uitspraken. In geschil was de weigering van de ex-werkgever een integriteitsverklaring af te geven waardoor de nieuwe werkgever de arbeidsovereenkomst niet langer wilde continueren.[18] Interessant is dat de Voorzieningenrechter Rotterdam een andere uitleg aan het begrip integriteit gaf dan de ex-werkgever die vanwege de gehanteerde uitleg had geweigerd bedoelde verklaring af te geven. Los van deze onderling op te vragen integriteitsverklaring kunnen werkgevers aan potentiële werknemers met een integriteitgevoelige functie verzoeken via het DSI[19] mee te werken aan de zogenoemde PES (*pre-employment screening*). Onderdeel van deze PES is een Verklaring Omtrent Gedrag en een eigen verklaring van de kandidaat over zijn/haar integriteit. Het weigeren mee te werken aan deze PES kan een reden zijn de kandidaat geen aanbod te doen. Wanneer in geschil lijkt integriteit veelal een begrip dat achteraf pas wordt getoetst dan wel kan worden getoetst.

Het onderdeel 'geen misbruik maken van kennis' (voor eigen gewin of ten behoeve van derden) kan worden neergelegd in een geheimhoudingsverklaring wanneer met kennis wordt gedoeld op kennis die de werknemer over de werkgever heeft opgedaan. Dit onderdeel kan onder omstandigheden wrijving geven met de belofte 'de klant zo goed mogelijk in te lichten en het klantbelang centraal te stellen'. Het is immers de vraag of een werknemer onder verwijzing naar de bankierseed en interne gedragsregels, een klant eerder moet informeren over misstanden dan de leidinggevende binnen de onderneming.[20] Wij menen dat met name ten aanzien van dit onderdeel van de eed of belofte, de werkgever ondubbelzinnige gedragscodes dient op te stellen met daarin samenhang tussen geheimhouding, melding van interne misstanden en een zogenoemd stappenplan opdat de werknemer volledig bewust is van de wijze waarop een misstand dient te worden aangekaart en bij wie.

3.3 Uitbreiding reikwijdte bankierseed

Hoewel de bedrijfscultuur binnen een financiële onderneming in grote mate wordt bepaald door het bestuur,[21] was de oorspronkelijke gedachte dat de bankierseed voor alle werknemers zou moeten gelden die op enigerlei wijze bij het kernproces van de financiële onderneming zijn betrokken. In de motie Braakhuis/Plasterk[22] is verzocht de reikwijdte van de bankierseed uit te breiden naar alle werknemers binnen de financiële onderneming. Hoewel dat laatste de minister (terecht) wat ver vindt gaan, is op 14 augustus 2013 het wetsvoorstel gepubliceerd met daarin het voorstel met ingang van 1 januari 2015 de bankierseed te laten gelden voor werknemers met klantcontact en werknemers die het risicoprofiel van de financiële onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden. Sinds de consultatiefase van de Wijzigingswet financiële markten 2013 zijn echter verschillende bezwaren geuit ten aanzien van een dergelijke uitbreiding van de reikwijdte van de bankierseed.

Een eerste punt van kritiek is dat de groep van werknemers voor wie de bankierseed op grond van het Wetsvoorstel per 1 januari 2015 wordt geïntroduceerd, onduidelijk is gedefinieerd. In de nieuwe opzet gaat de bankierseed uitsluitend gelden voor werknemers die (i) verantwoordelijk zijn voor het uitvoeren van transacties die het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden of (ii) zich rechtstreeks bezig houden met het verlenen van financiële diensten. De vraag is waarom geen aansluiting is gezocht bij de definitie van *Identified Staff* zoals neergelegd in de Regeling Beheerst Beloningsbeleid Wft 2011 (hierna: RBB), personen die activiteiten uitoefenen die materiële invloed hebben op het risicoprofiel van de onderneming. Als voorbeelden worden genoemd de raad van bestuur, senior management en

17. De integriteitscode is nimmer als zodanig ingetrokken, maar de NVB laat weten dat elementen daaruit inmiddels grotendeels zijn opgenomen in verschillende gedragscodes alsmede in de interne reglementen van financiële ondernemingen. Leden vragen nog wel onderling bij indiensttreding van een werknemer uit de branche een verklaring omtrent integriteit en deskundigheid bij elkaar op.
18. Vzr. Rotterdam 5 september 2006, *LJN* AY9231, *JAR* 2007/272 en Ktr. Amsterdam 15 augustus 2007, *JAR* 2007/273.
19. Dutch Securities Institute, in het leven geroepen om de kwaliteit van de effectenmarkt en financiële dienstverlening te verhogen en te borgen. DSI houdt tevens toezicht op deskundigheid, vakbekwaamheid en integriteit van de in de branche werkzame personen. DSI toetst integriteit onder meer aan de hand van de PES, hanteert een tuchtrecht, geschillencommissie et cetera.
20. Zie mr. A.M. Helstone voor een zeer lezenswaardige uiteenzetting van het spanningsveld tussen geheimhouding en klokkenluiden in de financiële sector, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2013, (12) 2, p. 62-86 waarin uitvoerig wordt ingegaan op HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313.
21. M. Been en R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen – hoe verhoogde aandacht voor de geschiktheid van bestuurders en commissarissen kan bijdragen aan herstel van vertrouwen in de financiële sector', *Jaarboek Compliance* 2013, p. 174
22. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 32.

personen die een controlefunctie uitvoeren.[23] Uit de toelichting bij het Wetsvoorstel volgt dat aansluiting is gezocht bij standaarden die worden ontwikkeld door de Europese Bankautoriteit in het kader van de Richtlijn CRD IV.[24] De kring van personen die onder deze richtlijn valt is namelijk net een andere dan de hiervoor benoemde kring van *Identified Staff*. Daarnaast merken wij op dat op basis van de Richtlijn Solvabiliteit II voor verzekeraars onder de definitie 'sleutelpersonen' eveneens een aparte kring van personen wordt geïntroduceerd.[25]

Een tweede punt van kritiek is dat de bankierseed om verschillende redenen moeilijk uitvoerbaar wordt indien deze eveneens voor 'gewone' werknemers gaat gelden. Denk aan de kosten en administratieve lasten indien het voltallige personeel de bankierseed dient af te leggen. Voor een aantal grootbanken en verzekeraars zou een uitbreiding betekenen dat tienduizenden werknemers in het bijzijn van een beleidsbepaler de bankierseed moeten afleggen. Dit zou leiden tot een onevenredig zware werkbelasting voor de beleidsbepalers van de desbetreffende onderneming. Door de NVB werd voorgesteld deze taak aan de direct leidinggevende van de betrokken werknemer te delegeren.

Een derde punt van kritiek is dat de bankierseed voor de verschillende toezichthouders moeilijk te handhaven wordt. De AFM en DNB dienen dan niet alleen toezicht te houden op de onderneming, het bestuur en de RvC, maar ook op de individuele werknemers van de financiële onderneming. Wij menen dat een dergelijke uitbreiding van het takenpakket van de AFM en DNB niet past in de huidige systematiek van de Wft en in feite evenmin binnen de arbeidsrechtelijke verhoudingen. Het is bekend dat de AFM en DNB een aanwijzing kunnen opleggen waardoor de facto de betrokkene niet meer werkzaam kan blijven in de betreffende functie. De vraag is of een dergelijke aanwijzing ook werking heeft bij de voorgestelde uitbreiding van de bankierseed. Ook ten aanzien van de handhaving was het eenvoudiger geweest aansluiting te zoeken bij de bestaande definitie van *Identified Staff* en de daarbij behorende sanctiemaatregelen. Omdat niet alle personen voor wie de bankierseed moet gaan gelden door de toezichthouders op geschiktheid worden getoetst, blijven er weinig formele aanknopingspunten over voor de introductie van de bankierseed voor alle werknemers.[26]

Een vierde punt van kritiek is dat, in tegenstelling tot het bestuur, geen sprake is van uitoefening van publiek gezag door de werknemers van een financiële onderneming. In zijn advies bij de eerste regeling van 2012 heeft de Raad van State reeds opgemerkt dat het niet wenselijk is de verplichting tot het afleggen van de bankierseed eveneens te introduceren voor alle werknemers vanwege het ontbreken van een formeel aanknopingspunt.[27] Er is geen sprake van een geschiktheidstoets uitgevoerd door de toezichthouders voor deze groep personen en evenmin vindt bij indiensttreding een onderzoek plaats of tijdens een eerder dienstverband de verplichtingen op basis van de bankierseed zijn nageleefd.[28] In de huidige systematiek kunnen slechts de onderneming zelf en de beleidsbepalers wettelijk op overtreding worden aangesproken.

Een vijfde punt van kritiek is dat het onduidelijk blijft hoe ver een werknemer die de bankierseed heeft afgelegd, wordt geacht te gaan om het belang van de klant voorop te stellen en de klant te informeren. Mag of dient een werknemer zelf zijn werkgever (direct) te passeren en rechtstreeks de klant te informeren over een al dan niet vermeende misstand? Een zaak waarin deze vraag speelde is het arrest *Quirijns/TGB*[29] waar de heer Quirijns zelf ontslag op staande voet nam nadat hij een klant had geïnformeerd over een interne misstand. De Hoge Raad, die de zaak heeft teruggverwezen naar het hof, meende dat de handelwijze van de werknemer gerechtvaardigd werd. Er werd namelijk voldaan aan verplichtingen die voor de werknemer voortvloeiden uit wet- en regelgeving en binnen de organisatie geldende regels en gedragscodes. Deze regels en gedragscodes kunnen er toe leiden dat het uitgangspunt dat misstanden eerst intern aan de orde gesteld moeten worden niet opgaat. Dit ondanks de vaste lijn in jurisprudentie ex art. 7:611 BW waaruit volgt dat een werknemer gehouden is tot discretie en loyaliteit jegens zijn werkgever en dat een werknemer primair het belang van de werkgever dient. Nu de gestelde misstand betrekking had op de hoogste functionarissen binnen de organisatie, die niet hadden aangetoond voornemens te zijn hun 'gedrag' aan te passen, viel niet in te zien dat een interne melding enig effect zou hebben gehad.[30]

Zoals hiervoor geduid pleiten wij ervoor dit onderdeel van de bankierseed te verankeren in interne gedragsregels en in een klokkenluidersregeling om ten minste te borgen dat een werknemer zich bewust is van de te nemen stappen bij een interne misstand.
Op 14 mei 2012 is een wetsvoorstel ingediend, houdende de oprichting van een Huis voor klokkenluiders.[31] Op 1 oktober 2012 is het Adviespunt Klokkenluiders geopend.[32] Het aangehaalde arrest onderstreept het belang dat klokkenluiders-

23. Op de website van DNB is een Q&A gepubliceerd op basis waarvan kan worden vastgesteld of een medewerker identified staff is.
24. Richtlijn 2013/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (CRD IV).
25. Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II).
26. In het Wetsvoorstel wordt voorgesteld om de reikwijdte van de geschiktheidstoets uit te breiden naar personen die verantwoordelijk zijn voor transacties die het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden. Deze uitbreiding zal alleen gaan gelden voor banken en verzekeraars.
27. De Afdeling advisering van de Raad van State, Advies van 14 november 2012 (no. Wo6.12.0382/III), gepubliceerd op 21 december 2012.
28. Met uitzondering van de eerder in het artikel aangehaalde integriteitsverklaring van de NVB en de PES van de DSI.
29. HR 26 oktober 2012, *JAR* 2013/313 (*Quirijns/TGB*).
30. Zie noot 20.
31. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 258.
32. Zie hierover Verhulp in de *Ter Visie* bij dit nummer.

regelingen van onder toezicht staande ondernemingen expliciet bepalen dat 'misstanden' met betrekking tot klanten worden benoemd als een omstandigheid op grond waarvan de werknemer melding wordt geacht te doen.

Ondanks de hierboven genoemde bezwaren, wordt thans voorgesteld de kring van personen die de bankierseed dienen af te leggen uit te breiden. De eerder beoogde koppeling tussen uitbreiding van de kring van personen en het introduceren van een (nieuw) sanctieapparaat lijkt verlaten.[33] Uit de Kabinetsvisie Nederlandse Bankensector volgt dat de minister zelf nog geen sanctieapparaat zal introduceren tenzij blijkt dat de branche onvoldoende in staat is dit zelf te reguleren. In de toelichting wordt verwezen wordt naar DSI maar ook naar het door de NVB geopperde tuchtrecht.

4. Toezicht op de naleving bankierseed

4.1 Intern toezicht

Het past in de context van dit artikel uiteen te zetten of een werkgever de arbeidsovereenkomst kan beëindigen wanneer blijkt dat de werknemer onderdelen van de bankierseed heeft overtreden. Om arbeidsrechtelijk te kunnen sanctioneren is bovendien nodig dat op ondubbelzinnige wijze uit deze gedragscodes blijkt, dat overtreding zal leiden tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst (of een andere, minder ver gaande sanctie), mits de overtreding in verhouding staat tot de maatregel.[34] Om dat succesvol te kunnen betogen in een procedure ex art. 7:685 BW, zal de werkgever in ieder geval moeten kunnen aantonen dat er intern op is toegezien dat werknemers zich houden aan de (elementen uit de) bankierseed en dat hun regelmatig duidelijk is gemaakt welk gedrag niet toelaatbaar is.

4.2 Hoe stel je een overtreding van de bankierseed vast?

Er is veel geschreven over eventuele sancties die moeten worden verbonden aan een overtreding van de bankierseed, maar er wordt vrijwel geen aandacht besteed aan de vraag in welke situaties sprake is van een overtreding.

De spanning tussen verschillende belangen, klantbelang en belang van de werkgever, speelt hierbij een rol. Het klantbelang heeft bij banken bijvoorbeeld een pluriforme betekenis,[35] waardoor het voor een bank onduidelijk is welke klant voorrang dient te krijgen. Indien een bank aan spaarders een lagere rente biedt, kan deze bank aan kredietnemers goedkoper krediet verschaffen. In deze situatie prevaleert het belang van de kredietnemer boven het belang van de spaarder. De vraag die zich kan voordoen is of een dergelijk beleid zal leiden tot een overtreding van de bankierseed doordat de bank de belangen van de spaarder niet centraal stelt. Naar onze mening heeft de bank in deze situatie het klantbelang centraal gesteld indien het kostenvoordeel niet aan de bank maar aan de kredietnemer wordt toegekend in de vorm van een lagere rente. Met andere woorden, zolang het belang van de bank is achtergesteld bij een specifiek klantbelang zal onzes inziens aan deze voorwaarde zijn voldaan.

In de tweede plaats zijn sommige 'overtredingen' moeilijk vast te stellen, nu gevolgen van onethisch handelen binnen de financiële sector veelal pas na langere tijd zichtbaar zijn. Denk bijvoorbeeld aan de tijd die het heeft geduurd voordat de risico's van sommige *mortgage backed securities* duidelijk werden, of de periode waarna de fraude met de rentetarieven Libor en Euribor (Liborgate) pas aan het licht kwam. Als gevolg van de incubatietijd is het vaak onmogelijk het causale verband tussen een bepaalde gedraging en een onwenselijke situatie vast te stellen, waardoor het vaak moeilijk zal zijn individuen voor een dergelijke situatie verantwoordelijk te houden.

5. Handhaving niet afleggen of -naleven bankierseed

Wij juichen het toe dat de minister niet in aanvulling op de reeds bestaande sancties, zelf een nieuw instituut in leven roept waar overtredingen moeten worden gesanctioneerd. Momenteel kan een aantal verschillende sancties naast elkaar worden opgelegd en een aanvullend sanctieapparaat waar weer een ander toetsingskader wordt gehanteerd dan thans bijvoorbeeld arbeidsrechtelijk, bij de DSI of de toezichthouder, is voor alle betrokkenen verwarrend.

5.1 Handhaving bankierseed vanuit financieel toezicht

De sancties die thans vanuit het financieel toezicht kunnen worden verbonden aan het niet naleven van de bankierseed kunnen worden onderverdeeld in: (i) sancties gericht aan de financiële onderneming waar de betrokkene werkzaam is en (ii) sancties gericht aan de betrokkene zelf.

Indien de betrokkene weigert de bankierseed af te leggen of indien de betrokkene de bankierseed niet naleeft, is sprake van een overtreding van een of meer Wft-gerelateerde toezichtsnormen.[36] De AFM en DNB kunnen dan besluiten de betreffende financiële onderneming een bestuurlijke boete (van de tweede categorie) of last onder dwangsom op te leggen.[37] Aangezien een boete wordt gepubliceerd loopt een financiële onderneming hiermee eveneens een risico op imagoschade. Voor de individuele werknemer die weigert de bankierseed af te leggen zou het ook kunnen betekenen dat de arbeidsovereenkomst of niet tot stand komt of dient te eindigen indien deze weigering er toe leidt dat betrokkene zijn functie niet mag uitvoeren.

De weigering de eed af te leggen of niet na te leven heeft gevolgen voor de geschiktheid van deze persoon. Op grond van de Beleidsregel geschiktheid 2012 mag de toezichthouder de geschiktheid van een betrokkene hertoetsen indien feiten of omstandigheden hiertoe aanleiding geven. Een overtreding van de bankierseed kan voor de toezichthouder

33. *Kamerstukken II* 2012/13, 31 371, nr. 13, p. 1.
34. Deze transparantie en duidelijkheid is tegelijkertijd wenselijk richting klanten van de onderneming en richting de AFM en DNB omdat daar mede uit volgt op welke zorgvuldige wijze de onderneming de bankierseed toepast.
35. K.W.H. Broekhuizen en C.E. du Perron, '*De fundamentele uitgangspunten van een generieke zorgplicht*', *TFR* mei 2012, p. 168.
36. Op grond van art. 3:10 Wft en 3:17 Wft kan de toezichthouder al handhavend optreden bij een overtreding van een norm uit de bankierseed.
37. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 236, nr. 6, p. 13.

een aanleiding zijn over te gaan tot hertoetsing van de geschiktheid van betrokkene.[38] Blijkt na hertoetsing dat betrokkene niet langer geschikt is, dan kan de toezichthouder de desbetreffende persoon, door het uitvaardigen van een aanwijzing[39] aan de onderneming, heenzenden als beleidsbepaler wat arbeidsrechtelijk moet worden geduid als een aanwijzing van de toezichthouder aan de werkgever om de werknemer eenzijdig uit zijn functie te zetten.

Om de geschiktheid vast te stellen hebben de toezichthouders de zogeheten bestuurdersmonitor ontwikkeld.[40] De bestuurdersmonitor is een systeem waarin, onder andere, toezichtantecedenten (bijvoorbeeld gedragingen die de betrouwbaarheid van betrokkene in twijfel trekken) van bestuurders en commissarissen worden geregistreerd.[41] Hierdoor kunnen de AFM en DNB bijhouden welke maatregelen zij aan een bestuurder of commissaris hebben opgelegd en of het totaalbeeld van een betrokkene aanleiding geeft tot hertoetsing van geschiktheid.

5.2 Handhaving bankierseed vanuit arbeidsrechtelijk perspectief

In arbeidsrechtelijke zin is het voor handhaving noodzakelijk dat de werkgever de werknemer tevoren kenbaar heeft gemaakt dat een overtreding zal worden bestraft. Indien een overtreding leidt tot schade aan een derde, bijvoorbeeld een klant, dan kan deze derde de werkgever aanspreken en onder omstandigheden ook de betreffende werknemer. De aansprakelijkheid van de werkgever jegens de derde is (onder meer) gestoeld op art. 6:170 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat de werkgever een risicoaansprakelijkheid heeft voor fouten van zijn werknemers wanneer bewezen is dat zij onrechtmatig handelen of hebben gehandeld in de zin van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). De werkgever kan jegens een derde aansprakelijkheid niet afwenden door te stellen dat zijn werknemer in strijd handelde met – duidelijke – (werk) instructies. Hij zal wel kunnen pogen een beroep te doen op de regresbepaling neergelegd in art. 6:170 lid 3 BW.[42] Daarvoor dient vast komen te staan dat de schade is ontstaan door opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de werknemer. Het betreft een strenge toets aangezien bewezen zal moeten worden dat de werknemer zich bewust was van zijn vergaande nonchalante gedrag en dit gedragspatroon desondanks aanhield.[43] De handelwijze mag niet worden aangemerkt als een verminderde oplettendheid of onvoorzichtigheid die van een werknemer onder omstandigheden geaccepteerd kan worden.[44] Een werkgever die op grond van art. 7:661 BW de schade van een klant wil verhalen vanwege schending van de (interne) gedragsnormen door de werknemer, zal niet snel de toets van voornoemd artikel doorstaan wanneer die normen voor een werknemer onduidelijk of onbekend waren. Daarbij speelt mee dat de werkgever zichzelf niet geheel buiten spel kan zetten gezien zijn inspanningsverplichtingen ter voorkoming van schending. Het zal hem in dat licht kunnen worden aangerekend wanneer hij bijvoorbeeld nalaat duidelijke instructienormen op te stellen of andere maatregelen te treffen om schade – zoveel als mogelijk – te voorkomen.

Het voorgaande laat onverlet dat de derde die schade heeft geleden ook de werknemer aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad. Los van de gronden om te komen tot een succesvolle vordering uit hoofde van onrechtmatige daad is bekend dat opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht een strenge toets bevatten en dus zelden worden aangenomen. Het is namelijk niet eenvoudig te bewijzen dat de werknemer direct voorafgaand aan het 'schade toebrengende' feit als doel had de schade toe te brengen.[45] Kortom, er moet worden geoordeeld dat werknemer, tegen de achtergrond van zijn functie en zijn capaciteiten en verantwoordelijkheden, een zodanig ernstig verwijt treft als bedoeld in art. 7:661 BW.

In de media is, onder meer door de vorige minister, betoogd dat het niet afleggen van de bankierseed door een werknemer zou moeten (kunnen) leiden tot ontslag. Dat lijkt wat kort door de bocht. Wordt aan een financiële onderneming een sanctie opgelegd voor het feit dat niet alle werknemers de bankierseed hebben afgelegd, dan is daarmee het zwaarwegende belang voor de werkgever gegeven de werknemer te verplichten de bankierseed af te leggen, met name wanneer de gevolgen voor de werkgever tevoren aan de (potentiële) werknemer kenbaar zijn gemaakt. Om dezelfde redenen is het mogelijk een potentiële werknemer die weigert de bankierseed af te leggen niet aan te nemen. Om de bankierseed meer gewicht te geven dient het afleggen daarvan onderdeel te worden van een *pre-employment screening*.[46] De weigering daaraan te voldoen heeft dan dezelfde gevolgen als bijvoorbeeld de weigering van een potentiële werknemer om een verklaring omtrent gedrag aan te vragen voor functies die dat verplicht stellen.

Tuchtrecht door beroepsgroep

Hoewel wij beseffen dat het noodzakelijk is dat de naleving van de bankierseed serieus wordt genomen, betwijfelen wij of het instellen van een tuchtcollege via de NVB hiervoor het juiste instrument zal zijn en of dit niet de zoveelste symbolische vermeende oplossing zonder effect is. Zoals in par. 4.2 nader beschreven is het in de financiële sector niet eenvoudig een causaal verband vast te stellen tussen een bepaalde gebeurtenis en een individuele gedraging, waardoor het moeilijk is een overtreding van de bankierseed aan een specifieke persoon toe te rekenen. Hierdoor zal een tuchtcollege mogelijkerwijs niet in staat zijn kordaat op te treden tegen overtredingen van de bankierseed. Bovendien lijkt het ons een onwenselijke situatie indien meerdere handhavingsmechanismen toezien op de naleving van de bankierseed.

38. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 236, nr. 6, p. 14.
39. Art. 1:75 Wft.
40. M. Been en R. Miete, t.a.p., p. 187.
41. Voor een overzicht van de antecedenten die in de Bestuurdersmonitor worden geregistreerd verwijzen we naar bijlage C van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.
42. Zie art. 7:658 lid 2 BW voor een vergelijkbare regresvordering.
43. Rb. Zwolle 8 november 1995, *JAR* 1996/59.
44. Hof Amsterdam 26 februari 2013, *LJN* BZ5653.
45. Ktr. Zwolle 9 augustus 2005, *LJN* AU0933, *ROR* 2005, 109 en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (*Pollemans/Hoondert*).
46. Niet alleen de PES via de DSI maar ook de reguliere pre-employment screening van de werkgever.

Een overtreding van de bankierseed zal dan worden gesanctioneerd door: (i) de financiële toezichthouder in het kader van een overtreding van de Wft, (ii) de werkgever op basis van een schending van het arbeidscontract en (iii) het tuchtcollege.

6. Conclusie en aanbevelingen

Sinds de consultatie van de Wijzigingswet financiële markten 2013 worden vanuit de financiële sector twijfels geuit over de effectiviteit en de praktische uitvoerbaarheid van de bankierseed. Hoewel de kernwaarden die zijn opgenomen in de bankierseed zeer belangrijk zijn voor het functioneren van de financiële sector en wij begrijpen dat maatregelen nodig zijn het vertrouwen in de financiële sector te herstellen, plaatsen wij onze twijfels bij de doeltreffendheid van de bankierseed als instrument voor herstel van vertrouwen. Wij betwijfelen of de gewenste uitbreiding zoals beschreven in het Wetsvoorstel doel zal treffen en de maatschappij niet ten onrechte het gevoel geeft dat hiermee een oplossing voor het aanblijvende wantrouwen in de financiële sector is gevonden.

De vraag is of het gedrag dat de toezichthouders, de politiek en de maatschappij graag zouden zien, daargelaten of zij het gewenste gedrag allen kunnen duiden, wordt gerealiseerd door personen hardop een eed te laten opzeggen. Dat geldt te meer wanneer men bij benadering wel zal kunnen uitleggen wat met de belofte of eed wordt bedoeld maar tegelijkertijd een discussie zal blijven bestaan over wat de belofte of eed beoogt te regelen. Met andere woorden, de belofte of eed als middel om het vertrouwen in de financiële wereld te herstellen mist doel. De belofte of eed als middel om individuen, mits de definities en context goed zijn geduid door de werkgever, zich bewuster te maken van hun rol als (ondergeschikte) werknemer binnen een financiële organisatie kan doel treffen. Bij dat laatste gaan wij ervan uit dat de bankierseed op termijn zal moeten worden afgelegd door alle werknemers.

Hoewel wij geen voorstander van uitbreiding van de reikwijdte van de bankierseed zijn, menen wij dat het van groot belang is dat de in de belofte of eed opgenomen elementen meer gaan leven binnen de organisatie van financiële ondernemingen. Daarvoor is nodig een aantal elementen – klantbelang centraal, integer handelen, geen misbruik van kennis – nog meer dan thans het geval is in te bedden in interne gedragsregels. Hoewel in deze gedragscodes al vaak aandacht wordt besteed aan onderwerpen als integriteit, het centraal stellen en informeren van klanten en de maatschappelijke rol van de onderneming, is het van belang dat deze thematiek meer gaat leven bij het personeel. Dit zou wat ons betreft kunnen worden bereikt door dit thema een repetitief karakter te geven binnen de organisatie. Gedacht kan worden om het gebruik van *e-learning tools*, zoals deze op dit moment bij grotere instellingen als onderdeel van de permanente educatie worden gebruikt, breder in te zetten in de hele financiele sector. Daarnaast kunnen financiële ondernemingen het thema een repetitief karakter geven door hier aandacht aan te besteden tijdens lezingen, workshops en opleidingen die een verplicht onderdeel vormen van de werkzaamheden van de werknemer. In dat kader kan ook worden gedacht aan het introduceren van een onderdeel in de jaarlijkse beoordeling van de werknemer waarbij een aantal elementen uit de bankierseed worden benoemd, beoordeeld en uiteraard schriftelijk vastgelegd.

Alles overziend menen wij dat de bankierseed niet veel meer is dan een verzameling van reeds bestaande (ongeschreven) regels en (wettelijke) verplichtingen die in de financiële sector gelden, gelardeerd met algemene bezweringen zoals het herstel van het vertrouwen in de financiële sector. Dat zal wat ons betreft niet worden gerealiseerd door een deel of alle werknemers binnen de financiële sector de bankierseed af te laten leggen. Het daadwerkelijk sanctioneren van gedragingen uit de bankierseed zal niet veranderen door de introductie van weer een nieuw sanctieapparaat. De werkgever, de AFM, DNB, DSI en NVB beschikken thans al over voldoende middelen om ongewenst gedrag te sanctioneren. Dat laatste is uiteraard alleen mogelijk wanneer tevoren voor de financiële instellingen op heldere wijze is verwoord welk gedrag ontoelaatbaar is en men er alles aan doet om dit gedrag binnen de eigen onderneming terug te zien. Het herstel van vertrouwen in de financiële markt lijkt daarmee meer in handen te zijn van de financiële instellingen zelf, zoals het altijd al was, dan in handen van personen die hardop een eed of belofte doen.