

Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen

Een antwoord op reacties

Ondernemingsrecht 2021/6

In het Coronanummer hebben wij voorstellen gelanceerd om de maatschappelijke inbedding van ondernemingen te bevorderen. Wij hebben voorgesteld om de wettelijke taakopdracht van bestuurders en commissarissen te wijzigen: onder toezicht van commissarissen dienen bestuurders ervoor te zorgen dat de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer als een verantwoordelijke vennootschap. Verder bepleiten wij een wettelijke basis voor een statutaire bestaansgrond (*purpose*) waarin de vennootschap haar uiteindelijke doel formuleert en uiteenzet wat zij in de samenleving wil bewerkstelligen. Ten derde hebben wij een aanscherping van de maatschappelijke verantwoordingsplicht voor grote vennootschappen op het oog.

Onze voorstellen hebben geleid tot veel debat. Dit artikel vormt een antwoord op reacties. Er zijn serieuze aanwijzingen dat aan de belangen van aandeelhouders in de praktijk meer gewicht toekomt dan men op grond van *Cancun* en de Code zou verwachten. Het Rijnlandse model wordt graag van stal gehaald als verweer tegen activisme of een ongewenst bod, maar wordt te vaak veronachtzaamd in vreedstijd. Sinds de kredietcrisis zijn uitkeringen aan aandeelhouders fors gestegen, terwijl de sociale kloof is gegroeid. In een tijd waarin ondernemingen en samenleving op elkaar zijn aangewezen om een fundamentele transitie van de economie te realiseren, is het van groot belang dat bestuurders en commissarissen zich bij hun beleidsafwegingen mede laten leiden door de maatschappelijke context. Daartoe bepleiten wij voor alle vennootschappen, beursgenoteerd of niet, een wettelijke open norm als aanvulling op publiekrechtelijke sectorwetgeving. Verantwoording geschiedt in het publieke debat, in het jaarverslag en aan de AV. Verder stellen wij voor dat beursvennootschappen worden aangevoerd een maatschappelijke (advies)raad in het leven te roepen. Daarin bespreekt het bestuur de maatschappelijke consequenties van zijn ondernemingsbeleid met relevante stakeholders. Ook bepleiten wij dat bepalingen over een bestaansgrond in de Code worden opgenomen. Wij beogen betere verantwoording door bestuurders maar onze voorstellen leiden niet tot wezenlijk hogere aansprakelijkheidsrisico's.

1. Inleiding

In het Coronanummer van dit tijdschrift hebben wij met enkele hoogleraren voorstellen gelanceerd om de maatschappelijke inbedding van ondernemingen te bevorderen.² Onze voorstellen zijn erop gericht dat bestuurders en commissarissen de maatschappelijke consequenties van het ondernemingsbeleid nadrukkelijker in hun afwegingen betrekken en dat zij daarover verantwoording afleggen. Het Rijnlandse model is er niet alleen om tevoorschijn te toveren in oorlogstijd, bijvoorbeeld om onwelgevallige aandeelhouders af te wimpelen. De opgaven waarvoor de samenleving zich gesteld ziet, vragen van het bedrijfsleven een bredere verantwoordelijkheid, ook in vreedstijd.

Wij hebben drie voorstellen gedaan. Het eerste ziet op de taakopdracht van bestuurders en commissarissen. Bestuurders dienen ervoor te zorgen dat de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer als een verantwoordelijke vennootschap. De commissarissen houden toezicht op deze maatschappelijke zorgplicht. Ten tweede bepleiten wij een wettelijke basis voor een statutaire bestaansgrond (*purpose of raison d'être*). De vennootschap kan daarin haar uiteindelijke doel neerleggen en uiteenzetten wat zij via haar bedrijfsactiviteiten in de samenleving beoogt te bewerkstelligen. In de derde plaats bepleiten wij een aanscherping van de maatschappelijke verantwoordingsplicht voor de grote vennootschappen die vallen onder het bereik van art. 2:391 BW.

Onze voorstellen hebben tot veel reacties geleid, in de kolommen van het FD, aan universiteiten, op advocatenkan-

¹ De auteurs zijn hoogleraar ondernemingsrecht aan VU & UvA Amsterdam (Jaap Winter), in Rotterdam (Matthijs de Jongh en Vino Timmerman) en Nijmegen (Steven Hijink en Gerard van Solinge).

² J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86.

toren en in dit tijdschrift.³ Wij danken de deelnemers aan het debat voor hun kritische reflecties. Dat debat heeft al het nodige opgeleverd. Alom werd nog eens bevestigd dat het belangenpluralisme dat ten grondslag ligt aan de *Cancun*-beschikking⁴ en de Corporate Governance Code (Code) breed in Nederland wordt gedeeld. Breed wordt ook onderschreven het belang van verantwoord ondernemen.⁵ De belangrijkste inhoudelijke kritiekpunten laten zich als volgt samenvatten. De noodzaak tot aanpassing van de bestuursopdracht zou mede in het licht van *Cancun* en de Code onvoldoende zijn onderbouwd.⁶ De voorgestelde taakopdracht is volgens critici te vaag, niet alleen voor bestuurders en commissarissen, maar ook voor de rechter die hun handelen toetst.⁷ De voorstellen leiden tot een onwenselijke juridisering van ondernemerschap en verhogen het aansprakelijkheidsrisico voor de vennootschap, bestuurders en commissarissen.⁸ Het is beter om specifieke normen neer te leggen in sectorwetgeving; het vennootschapsrecht leent zich niet voor publiekrechtelijke regulering.⁹ Met het voorstel voor een bestaansgrond wordt uit het oog verloren dat deze eenvoudig kan verworden tot een *marketing slogan*, zo hebben critici aangevoerd.¹⁰ In de afgelopen maanden is er het nodige gebeurd rondom het thema van maatschappelijke verantwoordelijkheid van bestuurders. Onlangs verscheen een SER-advies met voorstellen die zich in dezelfde richting bewegen als die van

ons.¹¹ In de Tweede Kamer is een initiatiefnota ingediend die ter uitvoering van de zogeheten OESO-richtlijnen een algemene *due diligence*-verplichting, een wettelijke ondergrens voor verantwoord ondernemen bepleit.¹² Ook heeft de Tweede Kamer de regering in een motie opgeroepen de wettelijke verankering van een brede bestuursverantwoordelijkheid zoals bepleit in ons voorstel op korte termijn te onderzoeken.¹³ In Europa volgen de ontwikkelingen elkaar eveneens in hoog tempo op: de Europese Commissie heeft eind oktober 2020 een consultatie geopend over de wenselijkheid van een richtlijn duurzame corporate governance.¹⁴ De commissie juridische zaken van het Europees Parlement heeft inmiddels haar steun uitgesproken voor dit initiatief van de Europese Commissie over een Europese *due diligence*-verplichting (ketenverantwoordelijkheid).¹⁵ Op 17 december 2020 heeft het Europees Parlement bovendien een resolutie over duurzame corporate governance aangenomen.¹⁶ Daarin rekent het EP duurzaamheidsoverwegingen tot de zorgplicht van bestuurders. Het EP heeft de Commissie verzocht een wetgevingsvoorstel in te dienen op grond waarvan bestuurders bij de vervulling van hun taak de maatschappelijke belangen in het oog houden. Alle aanleiding, kortom, om onze voorstellen nader toe te lichten.

2. Enkele achtergronden

In het algemeen zijn beursvennootschappen goed hersteld van de klappen van de kredietcrisis die begon in 2008. Wereldwijd zijn de dividenduitkeringen en aandeleninkopen in het afgelopen decennium fors gestegen.¹⁷ Nederland vormde op deze trend geen uitzondering. Illustratief is een periodiek onderzoek van vermogensbeheerder Janus Henderson naar de wereldwijde dividendontwikkeling bij de 1200 grootste beursvennootschappen. De uitkeringen van de Nederlandse fondsen die tot deze groep behoren, maakten in de jaren tussen de beide crises een ononderbroken groei door, van (in totaal) \$ 7,3 miljard (2013) naar \$ 19,2 miljard (2019).¹⁸ Janus Henderson schreef in februari 2020, het laatste rapport voor de coronacrisis:

3 De discussie is overigens verre van nieuw. Vgl. o.a. talrijke publicaties van T. Lambooy, o.a. T. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2010, p. 143-146; T. Lambooy & J. Stamenkova van Rumpft, 'Can corporate law on groups assist groups to effectively address climate change', *The Dovensmidt Quarterly*, 2014(3), p. 76-101, alsmede haar bijdragen aan het onderzoeksproject *sustainable companies* van de universiteit Oslo (www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/sustainable-companies). Steun ontvingen wij in het hoofdredactionele commentaar van het FD, 'Adel verplicht' (FD 12 september 2020). Kritische reacties van m.n. H.J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?', *Ondernemingsrecht* 2020/126; W.A. Westenbroek, 'Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?', *Ondernemingsrecht* 2021/3; A.J. Kaarls, 'Vage praatjes vullen geen gaatjes', *Ondernemingsrecht* 2021/4; G.N.H. Kemperink, 'De positie van de kapitaalvennootschap bij overnames en bij strategische samenwerking in geopolitieke context' (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2020, p. 54 e.v. en P. Wakkie, 'Verantwoordelijke vennootschap moet niet gejuridiseerd worden', FD 1 juni 2020; Ed Groot, 'Verantwoord besturen', FD 31 mei 2020. Volgens P.F. van der Heijden, 'Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving', *Ondernemingsrecht* 2021/2 zijn onze voorstellen daarentegen *too little, too late*; ook volgens K.A.M. van Vught, 'Gaan de tijden veranderen?', *WPNR* 2020/7291 gaan onze voorstellen niet ver genoeg.

4 HR 14 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Cancun*).

5 In de internationale discussie is deze kwestie nog niet beslecht; zie onder veel meer W.M. Fried & C.C.Y. Wang, *Short-Termism, Shareholder Payouts, and Investment in the EU* (www.ssrn.com, laatstelijk bezocht op 2 december 2020).

6 De Kluiver, *Ondernemingsrecht* 2020/126; Westenbroek, *Ondernemingsrecht* 2021/3.

7 De Kluiver, *Ondernemingsrecht* 2020/126; Kaarls, *Ondernemingsrecht* 2021/4; Westenbroek, *Ondernemingsrecht* 2021/3.

8 De Kluiver, *Ondernemingsrecht* 2020/126; Wakkie, FD 31 mei 2020.

9 Van der Heijden, *Ondernemingsrecht* 2021/2; Kaarls, *Ondernemingsrecht* 2021/4; Westenbroek, *Ondernemingsrecht* 2021/3.

10 De Kluiver, *Ondernemingsrecht* 2020/126.

11 *Samen naar duurzame ketenimpact. Toekomstbestendig beleid voor internationale MVO* (Advies 20/08); www.ser.nl.

12 *Kamerstukken II* 2019/20, 35495, nr. 2. De *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011) zijn te raadplegen op www.oecdguidelines.nl.

13 *Kamerstukken II* 2020/21, 35570 IX, nr. 13.

14 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance>.

15 Ontwerpverslag met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)); www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_NL.pdf.

16 Resolutie van het Europees Parlement van 17 december 2020 over duurzame corporate governance (2020/2137(INI)).

17 'De spectaculaire dividendgroei wereldwijd', FD 19 februari 2020; M. Rotteveel, 'Dividendbetalingen bereiken record terwijl investeringsgroei vertraagt', FD 21 mei 2019.

18 Janus Henderson Global Dividend Index #25 (www.janushenderson.com), p. 17.

'The Netherlands performed best [of Europe]. The \$19.2bn 2019 total rose by a quarter in headline terms, thanks to a very large special dividend from Akzo Nobel (...). Underlying Dutch growth was 9.4% [in 2019], well ahead of its European peers, as every company in our index raised its payout.'¹⁹

Er zijn sterke aanwijzingen dat deze ontwikkeling niet beperkt was tot de grootste Amsterdamse fondsen.²⁰ Nu zeggen goede dividendresultaten op zichzelf niet veel over de maatschappelijke oriëntatie van bestuurders. Evenmin sluiten hoge uitkeringen uit dat vennootschappen oog houden voor de maatschappelijke consequenties van het ondernemingsbeleid. Dividendstijgingen kunnen zeer wel het bestendige succes van de onderneming weerspiegelen. Uitkeringen ontsluiten bovendien middelen die elders kunnen worden geïnvesteerd of gebruikt voor andere maatschappelijke relevante doelen, zoals pensioenuitkeringen. De resultaten moeten dan ook in perspectief worden geplaatst. Volstaan wij met een grove schets.

In Nederland is de inkomensongelijkheid naar internationale maatstaven gering. Wel is de kloof tussen het gemiddelde inkomen van de bovenste en de onderste 10% van de inkomenspiramide in de periode 1977-2011 duidelijk gegroeid.²¹ Groter dan de *inkomensongelijkheid* is in Nederland de *vermogensongelijkheid*. Waar inkomens in termen van reële koopkracht sinds 1977 min of meer stabiel zijn gebleven, zijn de vermogens, mede als gevolg van toegenomen inkomsten uit aandelen en de liberalisering van de kapitaalmarkten in dezelfde periode fors gestegen.²² De rijkste

10% had in 2017 64% van het totale vermogen van de Nederlandse huishoudens in handen; het gezamenlijk vermogen van de 10% huishoudens met de laagste vermogens bedroeg in dat jaar € 51 miljard negatief.²³ De vermogensongelijkheid in Nederland behoort tot de hoogste in Europa.

Sinds de vorige crisis trad een forse daling op van de inkomensmobiliteit.²⁴ Dit is een belangrijke indicator voor de mate waarin nieuwe generaties erin slagen maatschappelijk 'hogerop' te komen; in landen als Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk is het inmiddels eenvoudiger de maatschappelijke ladder te bestijgen dan in Nederland.

Tussen 2008 en 2020 schommelde het publieke vertrouwen in grote ondernemingen, maar de trend is dalend, zo blijkt uit recente cijfers van het Sociaal Cultureel Planbureau.²⁵ Het publieke vertrouwen in grote ondernemingen is duidelijk lager dan het vertrouwen in rechtspraak, kranten, televisie en vakbonden. Juist tijdens de hoogconjunctuur van eind 2017-begin 2020 daalde het vertrouwen in grote ondernemingen, zowel in absolute zin als relatief (ten opzichte van andere instituties).²⁶

Het behaaglijke Rijnlandse zelfbeeld wordt verder in twijfel getrokken door de Groningse econoom Bezemer in zijn recente boek 'Een land van kleine buffers'. Strekking van zijn betoog is dat hoge uitkeringen aan aandeelhouders ook in Nederland een wissel trekken op investeringen en innovatiekracht.²⁷

Ook anderen zien een relatie tussen een hogere *pay out* aan aandeelhouders en afnemende innovatiekracht. In een essay in de *Financial Times* heeft commentator Martin Wolf een verband gelegd tussen de geleidelijk afnemende economische groei en wat hij noemt *rentier capitalism*:

'So why is the economy not delivering? The answer lies, in large part, with the rise of rentier capitalism. In this case "rent" means rewards over and above those required to induce the desired supply of goods, services, land or labour. "Rentier capitalism" means an economy in which market and political power allows privileged

19 Janus Henderson Global Dividend Index #25 (www.janushenderson.com), p. 8. Deze bevindingen stroken met EY, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* (juli 2020) (https://op.europa.eu), p. 19 e.v. Voor fundamentele kritiek op het onderzoek van EY, zie onder meer A. Edmans, *Response to European Commission's study on sustainable corporate governance* (2020) (www.alexedmans.com; laatstelijk bezocht op 2 december 2020), alsmede W.M. Fried & C.C.Y. Wang, *Short-Termism, Shareholder Payouts, and Investment in the EU* (www.ssrn.com, laatstelijk bezocht op 2 december 2020).

20 'Goed nieuws, al dat dividend?', *FD* 6 april 2019; P. Kadebeke & S. Motké, 'Nederlandse bedrijven naderen recordinkoop aan eigen aandelen', *FD* 19 mei 2019.

21 CBS, *Welvaart in Nederland 2019*, p. 128 e.v. (https://longreads.cbs.nl/welvaartin nederland-2019); W. Salverda, 'De tektoniek van de inkomensongelijkheid in Nederland', in: M. Kremer e.a. (red.), *Hoe ongelijk is Nederland? Een verkenning van de ontwikkeling en gevolgen van economische ongelijkheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014 (www.wrr.nl).

22 B. van Bavel, 'Vermogensongelijkheid in Nederland: de vergeten dimensie', in: M. Kremer e.a. (red.), *Hoe ongelijk is Nederland? Een verkenning van de ontwikkeling en gevolgen van economische ongelijkheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014 (www.wrr.nl). Zie ook S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 330 e.v. Omdat opgebouwd pensioen niet vrij beschikbaar is, beschouwen wij pensioen overeenkomstig internationale maatstaven als (uitgesteld) inkomen. Als opgebouwd pensioen tot het vermogen zou worden gerekend, leidt dat tot een geringere vermogensongelijkheid, zo stelt het CBS in een recente studie (www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/49/minder-vermogensongelijkheid-bij-meetellen-pensioenvermogen). Die studie roept vragen op. Het CBS laat zich niet uit over de vraag of inkomensongelijkheid weer toeneemt als pensioen bij het vermogen wordt meegerekend. Het CBS heeft bovendien alleen de consequenties voor vermogensongelijkheid in Nederland onderzocht en de uitkomsten vergeleken met de vermogensongelijkheid in andere OESO-landen. Niet blijkt dat het CBS ten aanzien van die OESO-landen dezelfde pensioen-exercitie heeft toegepast; dit doet de vraag rijzen naar de bruikbaarheid van de vergelijking.

23 CBS, *Welvaart in Nederland 2019*, p. 128 e.v. en 134 e.v. (https://longreads.cbs.nl/welvaartin nederland-2019).

24 A. Gielen & H. van Kippersluis, 'Nederland verloor tijdens de vorige crisis koppositie inkomensmobiliteit', *Economisch-Statistische Berichten* 2020 (www.esb.nu).

25 SCP, *Maatschappelijke gevolgen van corona. Verwachte gevolgen van corona voor de opvattingen en houdingen van Nederlanders* (17 juli 2020) (www.scp.nl). Het SCP signaleert dat het vertrouwen in alle instituties als gevolg van de coronacrisis sterk is gestegen maar verwacht dat deze stijging niet blijvend zal zijn.

26 SCP, *Maatschappelijke gevolgen van corona. Verwachte gevolgen van corona voor de opvattingen en houdingen van Nederlanders* (17 juli 2020) (www.scp.nl).

27 D. Bezemer, *Een land van kleine buffers. Er is genoeg geld maar we gebruiken het verkeerd*, Amsterdam: Pluim 2020, p. 179. Een nuancering is in zoverre op zijn plaats dat R&D-investeringen van bedrijven als percentage van het BBP in de afgelopen jaren marginaal zijn gestegen van 1,41 (2013) naar 1,46 (2019); in elk geval heeft deze ontwikkeling geen gelijke tred gehouden met de sterk gestegen dividenduitkeringen (www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/84644NED?dl=2B4F4; cijfers 2 november 2020).

individuals and businesses to extract a great deal of such rent from everybody else.²⁸

De toegenomen ongelijkheid ging in de VS niet alleen gepaard met afname van de productiviteitsgroei, maar ook met een afname van het vertrouwen in de democratie.²⁹ Nu leven wij niet in de Verenigde Staten, maar dat laat onverlet dat goede beleggingsresultaten in de afgelopen jaren contrasten met de hierboven geschetste bredere sociaal-maatschappelijke trends: nauwelijks gegroeide koopkracht, een groeiende kloof tussen de uiterste inkomensdecielen, hoge vermogensongelijkheid, dalende inkomensmobiliteit en stagnerend vertrouwen in grote ondernemingen. De vraag rijst bovendien of het aandeelhoudersdenken niet ook buiten de beurs is doorgedrongen. Afgaande op enkele enquêtes en belastingzaken bij vennootschappen die worden gecontroleerd door *private-equity*-fondsen, rijst het vermoeden van wel.³⁰

Wij ontkennen natuurlijk niet dat aan de belangen van aandeelhouders gewicht toekomt in de afwegingen van het bestuur, maar de vraag dringt zich wel op of de balans soms niet te veel doorslaat. We moeten ermee rekening houden dat er in Nederland een verschil bestaat tussen *Sollen* en *Sein*, tussen norm en werkelijkheid: er zijn aanwijzingen dat stijgende uitkeringen en daarbij achterblijvende investeringen als uitingen van het *rentier capitalism* een belemmering vormen voor de verwezenlijking van breed in Nederland gedragen normen die blijken uit *Cancon* en Code. Het verdienvermogen op de lange termijn en de overgang naar een duurzame economie kunnen hierdoor worden belemmerd.³¹

Het aandeelhoudersdenken, zoals dat breder heeft postgevat dan we soms willen erkennen, zet ondernemingen in zekere zin buiten de samenleving. De zorgen en dilemma's van de samenleving zijn in het aandeelhoudersdenken externaliteiten waarmee binnen de onderneming geen rekening behoeft te worden gehouden tenzij externe regelgeving daartoe dwingt. De coronacrisis laat zien hoe kunstmatig en onwerkelijk deze scheiding tussen onderneming en samenleving is. Veel ondernemingen zijn door de crisis hard geraakt. Ondernemingen groot en klein hebben

steun van de overheid nodig om te overleven. Een deel van het *residual risk*, het uiteindelijke ondernemingsrisico, wordt gedragen door de overheid en daarmee door de belastingbetaler. Omgekeerd heeft de samenleving ondernemingen en ondernemerschap dringend nodig. Het vermogen om risico te nemen, daarvoor kapitaal aan te trekken met het vooruitzicht op beloning bij succes, is een krachtige drijfveer die bijzondere kwaliteiten in mensen opwekt, zoals creativiteit, doorzettingsvermogen en moed. Ondernemingen kunnen oplossingen genereren die een overheid of individuele burgers niet kunnen creëren. De uitdaging is dit krachtige vermogen aan te wenden om de problemen van de samenleving te helpen oplossen, niet om die te veroorzaken of te verergeren.³²

Veel ondernemingen doen dit ook, zoals blijkt uit de duurzaamheidsagenda van bijvoorbeeld DSM of supermarkt Lidl.³³ Denk ook aan de wijze waarop Signify een omslag maakt van een lineaire producent van zo veel mogelijk lampen naar een circulaire producent van verlichting. Ook in de coronacrisis zelf nemen bedrijven het goede voortouw. Zo heeft Philips zich ingespannen de productie van ademhalingsapparaten op te schalen en is beddenfabrikant Auping grote hoeveelheden mondkapjes gaan produceren. En zo zijn er veel voorbeelden te noemen.

Tegelijk zijn er ook bedrijven voor wie verantwoordelijkheid in de samenleving op zijn best een marginaal aandachtspunt is. Bij te veel bedrijven is de strategie nog hoofdzakelijk gericht op financieel gewin voor aandeelhouders. Voor menige beursvennootschap blijft het lastig het bezoldigingsbeleid mede af te stemmen op de beloningsverhoudingen binnen de onderneming.³⁴ Het opnemen van niet-financiële doelstellingen voor variabele beloning van bestuurders die raken aan de impact van ondernemingen voor werknemers, de omgeving en milieu en klimaat, gebeurt nog maar in beperkte mate. Voor sommige ondernemingen blijft het lastig het vertrouwen van omwonenden te winnen.³⁵

In het licht van de dringendheid van de crises en problemen waarmee de samenleving, de mensheid en het leven op aarde geconfronteerd worden, volstaan goede intenties en mooie woorden niet meer. De samenleving heeft ondernemingen hard nodig om te helpen die problemen op te lossen. Ons voorstel beoogt dat bestuurders en commissarissen zich bij het richten en uitvoeren van hun ondernemingsactiviteiten rekenschap geven van die verantwoordelijkheid in de samenleving. Voor hen die dat al doen verandert ons voorstel in wezen niets. Het voorstel heeft vooral

28 M. Wolf, 'Why rigged capitalism is damaging liberal democracy', *Financial Times* 18 september 2019.

29 M. Wolf, 'Democracy will fail if we don't think as citizens', *Financial Times* 6 juli 2020.

30 Zo droeg de financiële structurering van de overname van Catalpa bij aan twijfel aan een juist beleid (Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359, *JOR* 2020/144 (Estro)). In verschillende belastingzaken speelt zelfs de vraag of sprake is *fraus legis*. Zie onder meer Hof Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2019 (Hans Anders), Hof Amsterdam 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1407 (Autobar), Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504 (Hunkemöller). De conclusie van A-G Wattel in het cassatieberoep dat is ingesteld tegen de Hunkemöller-beschikking strekt tot verwerping (ECLI:NL:PHR:2020:102). Vgl. hierover ook A.W.A. Boot, J.E. Ligtering & J.K. Martin, 'Private equity en waardecreatie', *Ondernemingsrecht* 2020/146.

31 Aldus ook Bezemer (2020), p. 174-188. Vgl. voorts B. Sjäfjell, 'Beyond Climate Risk: Integrating Sustainability into the Duties of the Corporate Board', *Deakin Law Review* (vol. 23) 2018, p. 41-61.

32 Zie ook Rebecca Henderson, *Reimagining Capitalism. How Business Can Save the World*, London: Penguin Books 2020.

33 "'Dozenschuiver' Lidl is hard op weg de progressiefste supermarkt van Nederland te worden', *Volkskrant* 4 september 2020.

34 Vgl. art. 2:135 lid 6, aanhef en onder c en d, BW. Voor een recent voorbeeld zie o.a. 'KLM wil hoger bonusplafond ceo', *FD* 18 april 2020 en 'KLM: geen hoger bonusplafond', *FD* 23 april 2020.

35 www.chemours.com/en/about-chemours/global-reach/dordrecht/dordrecht-omwonenden en https://cms.dordrecht.nl/Inwoners/Overzicht_Inwoners/Dossier_Chemours_en_DuPont. Denk ook aan de grafietuitstoot door Tata Steel in 2019 (www.rivm.nl/grafietregen-en-gezondheid-2019). Volgens recente berichten lijkt Tata Steel zich overigens de kritiek aan te trekken.

gevolgen voor diegenen die deze verantwoordelijkheid in de samenleving nu niet (willen) zien. Dat ook zij deze verantwoordelijkheid serieus gaan nemen, is een noodzakelijke voorwaarde voor het verbinden van onderneming en samenleving en voor het bevorderen van vertrouwen.

3. Burgerschap voor kapitaalvennootschappen?

In de reacties is de vraag gesteld of het wel op de weg van de overheid ligt om burgerschap af te dwingen. Is het niet voldoende te vergen dat eenieder zich aan de wet houdt? Waarom daarbóven nog een wettelijke norm van verantwoord burgerschap?

Voor natuurlijke personen zouden wij die tegenwerping in beginsel gerechtvaardigd achten.³⁶ Maar bij de kapitaalvennootschap ligt de situatie anders. Een ondernemer die een eenmanszaak drijft en de vennoot van een vof staan met hun gehele vermogen garant voor de schulden van de onderneming. Bestuurders, commissarissen en aandeelhouders kunnen daarentegen de risico's van ondernemerschap in beginsel afwentelen op de (on)vrijwillige crediteuren.³⁷ De BV heet niet voor niets besloten vennootschap *met beperkte aansprakelijkheid*. Het externaliseren van ondernemingsrisico's aanvaarden we omdat ondernemerschap in de regel als maatschappelijk nuttig wordt beschouwd. Is het dan niet vanzelfsprekend dat degenen die van dat voorrecht gebruikmaken, beursgenoteerd of niet, op verantwoordelijke wijze van dat voorrecht gebruikmaken? Of anders gezegd: moet daar niet iets tegenover staan?

Natuurlijk is een maatschappelijke zorgplicht als deel van de bestuurs- en toezichtstaak in de ideale wereld niet nodig, maar dat geldt voor vele regels. Dat het voor een deel van de ondernemingen ook niet nodig is de bestuurs- en toezichtstaak met deze zorgplicht uit te breiden omdat zij zich al verantwoordelijk gedragen, is geen argument om die uitbreiding af te wijzen. Voor die ondernemingen zal de invoering van een expliciete zorgplicht geen verandering brengen. Het zijn juist de vennootschappen die deze zorgplicht niet voelen die een kentering moeten maken. Onze voorstellen zijn erop gericht dat de verantwoordelijkheid in het maatschappelijk verkeer ook bij hen deel gaat uitmaken van de expliciete afwegingen van het bestuur.

Een aanscherping van de bestuurstaak verdient naar ons inzicht de voorkeur boven de wijziging in de verdeling van bevoegdheden binnen de vennootschap. Aandeelhouders

vervullen immers ook een nuttige rol, bijvoorbeeld bij het disciplineren van bestuurders en commissarissen.³⁸ Ook bij institutionele beleggers groeit het besef dat zorgen over sociale verhoudingen en milieu en klimaat deel behoren uit te maken van de afwegingen van beursvennootschappen. Illustratief is de aankondiging van Eumedion om in het AV-seizoen 2021 bijzondere aandacht aan klimaatrapportages te geven. Naar de mate waarin ook aandeelhouders maatschappelijke belangen laten meewegen in hun beleggingsbeslissingen, zullen zij bijdragen aan de verwezenlijking van die zorgplicht. Doen zij dat niet – het hemd van rendement is voor beleggers soms nader dan de rok van zorg voor maatschappelijke vraagstukken – dan kunnen bestuurders hun maatschappelijke zorgplicht juist aan aandeelhouders tegenwerpen. Bestuurders dienen die zorgplicht dan wel waar te maken, ook in vreedestijd.

4. Een gedrags- en een verantwoordingsnorm

Ons is tegengeworpen dat de voorstellen leiden tot overmatige juridisering en daarmee tot inperking van het vrije ondernemerschap. Eigenaars van een eenmanszaak of vennoten van een vof kunnen die tegenwerping met recht maken, maar om hen gaat het hier niet. Maar wie zijn ondernemerschap hult in de jas van een NV of BV om aansprakelijkheid te beperken, eet met deze tegenwerping van twee walletjes.

Vanzelfsprekend zijn ook wij niet erop uit het ondernemerschap nodeloos te juridiseren. Ons voorstel is erop gericht de antenne van bestuurders en commissarissen mede te richten op de maatschappelijke context waarin zij opereren en daartoe de dialoog te zoeken. Wat wij beogen is het menselijke kapitaal (personeel), het sociale kapitaal (de gemeenschap waarin de vennootschap opereert) en het natuurlijke kapitaal (milieu en klimaat) niet bij voorbaat ondergeschikt te maken aan financiële rendementseisen en in ieder geval structureel mee te wegen in de afwegingen van het bestuur.

Tegelijk is de kritiek aanleiding om ons voorstel te verduidelijken. De door ons voorgestelde uitbreiding van de taakopdracht van bestuurders en commissarissen heeft het karakter van een gedragsnorm en een verantwoordingsnorm. Als gedragsnorm houdt de uitbreiding van de taakopdracht in dat het bestuur en de raad van commissarissen de maatschappelijke context nadrukkelijk in hun afwegingen betrekken. Ingevolge de door ons voorgestelde gedragsnorm hebben bestuur en raad van commissarissen oog voor mogelijke negatieve externe effecten van hun handelen op verschillende stakeholders – met inbegrip van de klimaatdruk veroorzaakt door de onderneming – en worden deze externe effecten zo veel als redelijkerwijs mogelijk voorkomen of beperkt.

³⁸ In het geval van beursvennootschappen ligt een wijziging in de verdeling van bevoegdheden minder voor de hand, omdat deze verdeling met komende wettelijke bedenktijd van 250 dagen bij een dreigende overname *de facto* al wordt aangepast.

³⁶ Wel kent de wet tal van bijzondere zorgvuldigheidsnormen voor natuurlijke personen die in een bepaalde hoedanigheid optreden: bijvoorbeeld goed werkgeverschap of goed huurderschap.

³⁷ Een heel kras voorbeeld geven L. Moerman & S. van der Laan, 'Pursuing shareholder value: The rhetoric of James Hardie', *Accounting Forum* 31 (2007), p. 354-369. De blootstelling aan asbest door de asbestproducent veroorzaakte kanker bij veel van haar (oud-)werknemers. De vorderingen van (oud-)werknemers werden ondergebracht in een aparte, ondergefinancierde Nederlandse NV. Zoals beoogd, bleken die vorderingen oninbaar: de reorganisatie strekte ertoe 'to position James Hardie for future growth and to eliminate legacy issues that would otherwise continue to detract from value creation. Once fully implemented (...) an appropriate financial structure will be in place and legacy issues will have been removed', aldus James Hardie.

Wij zijn er niet op uit *ideological conformity* af te dwingen en betogen ook niet dat ondernemers voortaan alle lasten van de wereld moeten dragen.³⁹ Het valt bijvoorbeeld goed uit te leggen dat bestuurders hun interne diversiteitsdoelen niet wereldwijd opleggen aan hun toeleveranciers. Iedere verantwoordelijkheid kent haar grenzen. Tot die verantwoordelijkheid rekenen wij wel het uitleggen van eigen keuzes en het verantwoorden van de gevolgen daarvan.

Naar haar aard is de maatschappelijke verantwoordelijkheid afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarom willen wij bij de uitbreiding van de taakopdracht vasthouden aan het open karakter dat ook de basisnorm van handelen in het belang van de vennootschap kenmerkt. Als de praktijk evenwel geholpen zou zijn met enkele wettelijke oriëntatiepunten, hebben wij daartegen geen bezwaar, zolang het karakter van een open norm behouden blijft.⁴⁰

Evenals de norm van het vennootschappelijk belang behelst ook de voorgestelde taakuitbreiding een verantwoordingsnorm. Zoals Van Schilfgaarde heeft benadrukt, fungeert de 'norm dat het vennootschapsbelang (ondernemingsbelang) in acht moet worden genomen (...) dan ook niet als vast richtsnoer maar als eis tot verantwoording binnen een door wet, recht en redelijkheid bepaald kader. Bij de beoordeling of aan de eis is voldaan, zal men de betrokkenen noodzakelijk een zekere marge moeten laten.'⁴¹ Die verantwoording kan plaatsvinden in het publieke discours en in verschillende vormen van overleg met stakeholders.⁴² Ons voorstel strekt er ook toe dat het bestuur en de raad van commissarissen in het jaarverslag specifieke verantwoording afleggen over de wijze waarop de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer. In de algemene vergadering legt het bestuur daarover verantwoording af aan aandeelhouders.

5. Maatschappelijke raad

Hoewel, zoals gezegd, ook aandeelhouders toenemende maatschappelijke verantwoordelijkheid tonen, menen wij dat de algemene vergadering bij de beursvennootschap niet altijd het meest geëigende forum is voor deze brede verantwoording. De algemene vergadering van beursvennootschappen wordt bijvoorbeeld grotendeels bevolkt door vertegenwoordigers van (institutionele) beleggers die meestal op voorhand hun stem al hebben bepaald; een echte discussie over de door bestuur en raad van commissarissen af-

gelegde verantwoording vindt daar niet plaats. Hoewel institutionele beleggers zeker impact kunnen hebben – denk aan de initiatieven van Eumedion – zijn zij niet de enigen en ook niet de meest direct betrokkenen wanneer het gaat om verantwoording door de vennootschap over haar impact op menselijk, sociaal en natuurlijk kapitaal.

Deze verantwoording door de vennootschap kan worden versterkt door instelling van een maatschappelijke raad. Daarin zijn de voor de vennootschap relevante stakeholders vertegenwoordigd. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben ten minste eenmaal per jaar overleg met de maatschappelijke raad over de maatschappelijke rol van de vennootschap. De vennootschap kan de maatschappelijke raad consulteren bij belangrijke beslissingen die maatschappelijke impact hebben. In een aparte paragraaf in het jaarverslag doet de raad verslag van zijn activiteiten en adviezen. Maatschappelijke (advies)raden zijn al zeer gebruikelijk in de semipublieke sector, zoals in het onderwijs en de zorg. Verschillende grote vennootschappen, zoals Unilever of VolkerWessels, hebben in enige vorm een maatschappelijke raad ingesteld. Deze vorm van verantwoording over rol en impact van de onderneming in de samenleving kan bijdragen aan een evenwichtiger corporategovernance-systeem. Het is wellicht beter om eerst ervaring op te doen met dit nieuwe instrument voordat wordt besloten of daarvoor een wettelijke basis wordt gecreëerd. Daarom bepleiten wij dat het instellen van een maatschappelijke raad door beursvennootschappen in de Code als *best practice* wordt opgenomen, met een evaluatiebepaling over vijf jaar.

6. De maatschappelijke taakopdracht: in de wet of in de Code?

In enkele reacties wordt bepleit om de verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen op te nemen in de Code. Deze reacties zijn met name ingegeven door zorgen over juridisering en aansprakelijkheid die met de wettelijke taakuitbreiding gepaard zouden gaan. Een wettelijke taakuitbreiding zou zeker moeten leiden tot aanpassingen in de Code, onder andere waar het gaat om het uitgangspunt van langetermijnwaardecreatie, methoden van verantwoording zoals door middel van een maatschappelijke raad, de samenstelling van de raad van commissarissen en het beloningsbeleid.⁴³

Maar een codebepaling zou twee nadelen hebben. In de eerste plaats heeft de Code geen bindend karakter; nalevering geschiedt op een pas-toe-of-leg-uit-basis. Dit laat grote ruimte tot vrijblijvendheid en tot welwillende formulering van bedoelingen maar het uitblijven van concrete daden. De monitoring van de naleving van de Code kan ook niet verder gaan dan toetsen wat beursvennootschappen hierover verklaren en toelichten, niet wat zij ook daadwerkelijk doen. Het tweede nadeel is dat de Code alleen voor beursvennoot-

39 Vgl. G.N.H. Kemperink, 'De positie van de kapitaalvennootschap bij overnames en bij strategische samenwerking in geopolitieke context' (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2020, p. 54 e.v.

40 In deze zin bijvoorbeeld B. Sjøfjell e.a., *Securing the Future of European Business: SMART Reform Proposals* (www.ssrn.com; laatstelijk bezocht op 2 december 2020), p. 59 e.v.

41 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer: 2017, p. 29-30.

42 Zie het recente rapport *Stakeholder Inclusion as Accelerator for the Sustainable Development Goals* van Global Compact Network Netherlands met voorbeelden uit de Nederlandse praktijk (<https://gcneland.nl/stakeholder-inclusion>).

43 Zie over deze onderwerpen uitgebreider Jaap Winter, *Addressing the Crisis of the Modern Corporation: the Duty of Societal Responsibility of the Board* (www.ssrn.com; laatstelijk bezocht op 2 december 2020).

schappen geldt. De Code heeft zeker een uitstralingseffect buiten beursvennootschappen, maar dat effect is lang niet overal even krachtig en is afwezig waar het niet goed uitkomt. Wij zien ook niet waarom van bestuurders en commissarissen van beursvennootschappen wel mag worden verwacht dat zij in hun afwegingen een brede verantwoordelijkheid in de maatschappij meenemen maar van bestuurders van andere vennootschappen niet. Ook bij niet-beursgenoteerde vennootschappen, zoals bij vennootschappen waarvan de aandelen worden gehouden door *private-equity*-fondsen, is een bredere taakopdracht van bestuurders en commissarissen wenselijk.⁴⁴

7. Sectorwetgeving?

Ons is de vraag gesteld of het niet beter zou zijn om specifieke onderwerpen nader (publiekrechtelijk) te reguleren. 'Zijn dwingende regels over bijvoorbeeld diversiteit, een *carbon tax* of uitstootnormen voor auto's niet veel effectiever?', zo is ons voorgehouden. Het is wat ons betreft niet *of- of*. Wij zijn niet op voorhand tegen (publiekrechtelijke) regulering en sanctionering.⁴⁵ Ons voorstel is hieraan complementair. Regulering op deelonderwerpen is immers per definitie fragmentarisch. De wetgever kan niet alles voorzien, er zal steeds een ruimte overblijven waarbinnen de ondernemingsleiding zelf belangen zal moeten afwegen. Het gaat erom met welke oriëntatie zij die afwegingen maakt. Daarop ziet ons voorstel.

Daar komt bij dat de problematiek van de verantwoordelijkheid van bestuurders een belangrijke internationale dimensie heeft. De milieu- en klimaatproblematiek heeft bijvoorbeeld een grensoverschrijdend karakter. Publiekrechtelijke regulering wordt vaak belemmerd door *collective action problems* op het niveau van staten en door de (lobby)invloed van gevestigde belangen en bedrijven. Wij zouden dan ook niet al onze kaarten willen inzetten op publiekrechtelijke regulering op deelonderwerpen, hoe nuttig wellicht op zichzelf ook. Zoals de wetgever het aan eenieder toevertrouwt uit de voeten te kunnen met de open norm van art. 6:162 BW, menen wij dat van bestuurders en commissarissen kan worden verwacht dat zij kunnen opereren met de zorgplicht tot een verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer. Zoals van eenieder wordt verlangd te kunnen inschatten of het zorgvuldig is een kelderluik zonder afdoende waarschuwing open te laten staan, zo kan van bestuurders en commissarissen worden verlangd dat zij de dilemma's van het ondernemerschap afwegen en verantwoording afleggen over de keuzes die zij daarbij maken. Juist een open norm voorkomt *box ticking* en waarborgt dat dilemma's onder ogen worden gezien. Wij beseffen dat dat niet altijd eenvoudig is. Maar ondernemingen kunnen pas werkelijk bestendig succesvol zijn, wanneer de ondernemingsleiding

de consequenties van het ondernemerschap in brede zin onder ogen ziet.

8. Rechterlijke toetsing

Ons voorstel beïnvloedt de door redelijkheid en billijkheid beheerste verhoudingen binnen de rechtspersoon. Ook aandeelhouders dienen hiermee via de band van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW rekening te houden: zij kunnen in beginsel hun eigen belangen vooropstellen, maar dienen daarbij rekening te houden met de taakopdracht van het bestuur. Spiegelbeeldig kunnen bestuurders en commissarissen hun verbrede taakopdracht aan aandeelhouders tegenwerpen, bijvoorbeeld indien een activist aan de poorten rammelt of wanneer een vijandig bod dreigt. Afhankelijk van de omstandigheden kan de maatschappelijke taakopdracht dienen als onderbouwing door het bestuur voor het invoeren van de wettelijke bedenktermijn van 250 dagen.⁴⁶ Die onderbouwing heeft alleen betekenis, indien de vennootschap en haar bestuurders en commissarissen zich overeenkomstig de verbrede taakopdracht gedragen, ook als de bieder uit het zicht is. De taakopdracht van bestuurders en commissarissen wordt in ons voorstel weliswaar verder genormeerd, tegelijk wordt daarmee ook hun autonomie ten opzichte van aandeelhouders vergroot. In zoverre behelst ons voorstel een subtiele bijstelling in de *checks and balances* binnen de vennootschap.

Via de bekende open normen van Boek 2 BW kan de gewijzigde taakopdracht een rol spelen in procedures waarin het handelen van het bestuur ter discussie staat. De maatschappelijke zorgplicht wordt een van de vele gezichtspunten aan de hand waarvan het bestuurlijk handelen wordt getoetst. Daarbij is van belang dat bestuurders en commissarissen een grote autonomie genieten bij de vervulling van hun taak. Daar willen wij niet aan tornen. De rechter laat bij de toetsing aan de norm van het vennootschapsbelang naar huidig recht ruimte aan bestuur en raad van commissarissen. Bij rechterlijke toetsing van de maatschappelijke zorgplicht zal dat niet anders zijn.⁴⁷

Anders dan sommige critici veronderstellen, leiden onze voorstellen niet tot een betekenisvolle wijziging van de aansprakelijkheid van de vennootschap of van haar bestuurders en commissarissen. Bestuurders en commissarissen zijn *jegens de vennootschap* gehouden ervoor te zorgen dat deze aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als een verantwoordelijke vennootschap. Eventuele consequenties op het punt van bestuurdersaansprakelijkheid zullen zich dan ook slechts binnen de context van de interne aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW afspelen. Daar-

⁴⁴ Zie noot 30.

⁴⁵ Men zou ons voorstel kunnen zien als vorm van publieke regulering. Dat is op zichzelf niet bezwaarlijk en ook geen noviteit; denk bijvoorbeeld aan beloningsregels, de structuurregeling of, in een verder verleden, de verklaring van geen bezwaar en het concessiestelsel.

⁴⁶ Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het invoeren van een bedenktermijn door het bestuur van een beursvennootschap, *Kamerstukken I 2020/21*, 35367, A.

⁴⁷ Het ligt zelfs in de rede dat de toetsing terughoudender zal zijn dan bij de toetsing aan het vennootschapsbelang. Wanneer het bijvoorbeeld gaat over de vraag of een tegenstrijdig belang aanwezig is, zal de rechter zich een oordeel moeten vormen over de inhoud van het vennootschapsbelang. Iets vergelijkbaars zien wij niet snel gebeuren wanneer de maatschappelijke zorgplicht wordt getoetst.

bij bepleiten wij geen wijziging van de drempel van ernstig verwijtbaar handelen. De door ons voorgestelde norm laat bovendien beoordelingsruimte aan bestuurders en commissarissen. De interne aansprakelijkheid zal dan ook moeten worden beoordeeld met inachtneming van de hoge drempel én die beoordelingsruimte. Daar komt bij dat een art. 2:9 BW-vordering strekt tot schadevergoeding aan de vennootschap. Leidt een ernstig verwijtbare schending van de maatschappelijke zorgplicht niet tot schade voor de vennootschap, dan kan een art. 2:9 BW-vordering niet worden toegewezen. Ons voorstel zal dan ook niet snel tot art. 2:9 BW-aansprakelijkheid leiden.

Wat de aansprakelijkheid van de vennootschap jegens derden uit hoofde van onrechtmatige daad betreft, verandert er niets. Hetzelfde geldt voor de externe aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen uit onrechtmatige daad. Bestuurdersaansprakelijkheid op deze grondslag vereist volgens vaste rechtspraak dat de bestuurder jegens een derde persoonlijk ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Daaraan willen wij niet tornen. Wij zien dan ook niet hoe onze voorstellen kunnen leiden tot een verhoogd aansprakelijkheidsrisico jegens derden op grond van een vordering uit onrechtmatige daad. Met die vloedgolf van procedures zal het dus wel meevallen. Het zij toegegeven: wanneer bestuurders in strijd met hun maatschappelijke zorgplicht hebben bewerkstelligd dat bijvoorbeeld de gezondheid van omwonenden van een fabriek in gevaar is gebracht, dan kunnen zij ter zake van die gezondheidsschade inderdaad aansprakelijk worden gehouden (mits hen een persoonlijk ernstig verwijt treft en de vennootschap geen verhaal biedt). Maar dat is naar geldend recht niet anders.

In het enquêterecht zal de norm eerder aan de orde kunnen komen, bijvoorbeeld in het kader van de vraag naar een gegronde reden tot twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken. Daarbij past wel een relativering. Wij staan geen collectieve actie in het enquêterecht voor.⁴⁸ In het geval dat schending van een maatschappelijke zorgplicht zo prangend is dat deze bijdraagt aan de vaststelling van dergelijke gegronde redenen, verandert er niet veel ten opzichte van het huidige recht. Ook nu kan dat in bijzondere gevallen gebeuren. Een sprekend voorbeeld is de *Fortis*-enquête, gelast naar aanleiding van de mislukte overname van ABN AMRO.⁴⁹ Daarın oordeelde de Ondernemingskamer dat het bestuur van Fortis in zijn beleidsafwegingen en besluitvorming het algemeen maatschappelijk belang dat was gemoeid met de instandhouding van Fortis diende te betrekken.⁵⁰ Ook in sectoren waarin veel publiek geld omgaat,

zoals de kinderopvang, zorginstellingen en in het onderwijs, heeft de Ondernemingskamer gezichtspunten die aan het algemeen belang zijn ontleend in haar afwegingen betrokken.⁵¹ Wij sluiten niet uit dat onze voorstellen ertoe leiden dat aan het algemeen belang ontleende overwegingen vaker aan de orde zullen zijn. Maar laten we niet overdrijven. Afgezien van gevallen waarin maatschappelijke belangen rechtstreeks en acuut in het geding zijn (zoals in bovenstaande voorbeelden), zal de rechterlijke toetsing van een maatschappelijke zorgplicht toch zeer terughoudend zijn.

9. Purpose

Een deel van de kritiek is gericht op ons voorstel om in de wet een uitnodiging aan vennootschappen op te nemen om een statutaire *raison d'être* of *purpose* te formuleren.⁵² De *purpose*-beweging heeft veel aanhang in Frankrijk, Groot-Brittannië en de Verenigde Staten. Zo'n verklaring duidt aan '*why an enterprise exists, who it wants to serve, its reason for being and the role it plays in the world*'.⁵³

Een *purpose*-verklaring probeert de vennootschap en degenen die bij haar betrokken zijn te richten op brede, langetermijndoelstellingen, zoals duurzaamheid, het goed bedienen van klanten en het respectvol omgaan met werknemers.⁵⁴ Men wil dat de vennootschap waarden voor de maatschappij als geheel creëert en streeft wat men noemt *shared value* na. Ook wil men ermee een zekere verantwoordelijkheid van de vennootschap jegens de samenleving in het leven roepen. *Purpose*-verklaringen zijn doorgaans enigszins vaag, maar soms worden ook concrete doelstellingen bij voorbeeld op het gebied van duurzaamheid geformuleerd, zoals vermindering van watergebruik of van de uitstoot van schadelijke gassen door de onderneming.

Een centraal idee van de *purpose*-beweging is dat een vennootschap op de lange termijn alleen winstgevend kan blijven als zij de samenleving goed bedient: '*So profit maximisation is socially desirable as it leads companies to invest in their stakeholders*' en '*an enterprise's goal is to create value for society – and by doing so, it will increase profits as a by-product. Profits are an outcome, not a goal.*' De gedachte is dat, als een onderneming de samenleving onvoldoende bedient, de klanten en anderen zich van de onderneming

48 K.A.M. van Vught, 'Gaan de tijden veranderen?', *WPNR* 2020/7291 bepleit wel een dergelijke *actio popularis*.

49 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991, *JOR* 2013/41 (*Fortis*).

50 Dit oordeel werd overigens in cassatie (tevergeefs) bestreden op de grond dat dit oordeel strijdig was met de maximumharmonisatie die was beoogd met de Richtlijn Marktmissbruik; de bijzondere zorgplicht van een systeembank jegens de samenleving werd in cassatie echter niet op principiële gronden aangevochten. Zie HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, *NJ* 2014/167, r.o. 4.5.3. Zie ook r.o. 4.2.3 en 4.4.3, de conclusie van Timmerman onder 3.63 en de noot van Van Schilfgaarde onder 6 en 7.

51 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359, *JOR* 2020/144 (*Estro*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 (*DeSeizoenen*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033 (*Stichting Katholieke Universiteit*).

52 De hiernavolgende passage over een bestaansgrond is mede ontleend aan (en gedeeltelijk overgenomen van) L. Timmerman, 'Corporate governance codes, bevoegdheden, taken, gedragsregels en purpose', *Corporate Governance Jaarboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1-10.

53 Twee recent verschenen boeken bevatten uitvoerige en goed onderbouwde pleidooien voor het afleggen door ondernemingen van *purpose*-verklaringen: Alex Edmans, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge: Cambridge University Press 2020 en Rebecca Henderson, *Reimagining Capitalism. How Business Can Save the World*, London: Penguin Books 2020. De in de tekst geciteerde omschrijving van een *purpose*-verklaring is te vinden in het boek van Edmans (p. 192).

54 Zie uitvoerig Rebecca Henderson, *Reimagining Capitalism. How Business Can Save the World*, London: Penguin Books 2020, p. 85-120.

zullen afkeren en het langetermijnvoortbestaan van de onderneming niet is gewaarborgd.

Een ander idee van de *purpose*-beweging is dat de vennootschap alle op haar betrokken belangen zo goed mogelijk tegelijk bedient: iedereen moet steeds een beetje winnen bij het beleid van de onderneming. Edmans noemt dit streven 'the pie growing mentality'.⁵⁵ In de bestaansgrond kan de vennootschap haar verantwoordelijkheid in de samenleving concretiseren voor haar eigen, specifieke situatie. Daarmee geeft de vennootschap ook richting aan wat de samenleving van haar mag verwachten. Een dergelijke concretisering zal juist betekenisvol worden wanneer het beleid of concrete besluiten van de vennootschap worden bekritiseerd.

Een bestaansgrond kan op twee manieren worden vormgegeven: in de eerste plaats kan het bestuur de verklaring afleggen. Het opstellen van een bestaansgrond moet dan beschouwd worden als onderdeel van het proces van strategievorming.⁵⁶ Omdat het bestuur bevoegd is de strategie van de vennootschap vast te stellen,⁵⁷ is dit orgaan ook bevoegd om de *purpose*-verklaring op te stellen en deze te verspreiden.⁵⁸ Net als bij een verklaring over de naleving van de Code, is een door het bestuur geformuleerde bestaansgrond niet vrijblijvend.⁵⁹ Het bestuur legt zich daarmee vast ten opzichte van betrokkenen bedoeld in art. 2:8 BW. Daarmee kan ook de feitelijke naleving van de verklaring aan de orde komen in een enquêteprocedure.

Een bestaansgrond kan ook in het statutaire doel van de vennootschap worden opgenomen. In dat geval beslist de aandeelhoudersvergadering uiteindelijk over de bestaansgrond (uiteraard na voorbereiding door het bestuur en de raad van commissarissen). Een statutaire bestaansgrond maakt deze krachtiger.

Wij onderkennen dat een bestaansgrond kan verworden tot een nietszeggende marketing-formulering. Wij gaan daarom een stap verder dan de Franse wetgever. Vennootschappen die ervoor kiezen een statutaire bestaansgrond op te nemen, dienen in hun jaarverslag verantwoording af te leggen over de wijze waarop zij hieraan concreet invulling hebben gegeven, zo stellen wij voor.

Overigens tonen de Franse ervaringen ook dat het opstellen van een *raison d'être* bevordert dat ondernemingen zich op hun functioneren en hun rol in de samenleving bezinnen. Een goed doordachte bestaansgrond die overeenstemt met de waarden en cultuur binnen de onderneming kan als basis dienen voor concretere uitwerking in strategie en beleid.

Énergie de France biedt een mooi voorbeeld. Haar statutaire bestaansgrond is onder meer erop gericht à 'construire un avenir énergétique neutre en CO₂'.⁶⁰ Deze doelstelling heeft zij uitgewerkt in verschillende richtingen, met concrete tussentijdse doelen in 2030, en de geleidelijke aanpassing van de verhouding kernenergie en hernieuwbare energie. Een goede bestaansgrond kan langs deze weg ook bijdragen aan de intrinsieke motivatie van werknemers en aan het succes van de onderneming.

De huidige Code kent geen verplichting om een bestaansgrond te formuleren. Wel bepaalt de Code dat bestuurders en commissarissen naar langetermijnwaardecreatie dienen te streven en dat streven in een strategie verder uitwerken (principe 1.1). Ook bepaalt de Code dat het bestuur in een aparte gedragscode de waarden vaststelt die bijdragen aan een cultuur van langetermijnwaardecreatie (principe 2.5). Dit alles gaat wel in de richting van het idee van een bestaansgrond, maar is het nog niet. Men zou deze bepalingen zo kunnen uitleggen dat een brede belangenafweging wenselijk is voor zover dat leidt tot waardecreatie voor aandeelhouders. Het aandeelhoudersbelang kan in de praktijk nog steeds leidend zijn.

Wij zouden er voorstander van zijn als het expliciteren van een bestaansgrond als *best practice* wordt voorgeschreven in de Code, met een concrete uitwerking die bevordert dat verantwoording wordt afgelegd over de concretisering ervan.⁶¹

10. Tot besluit

Bestuurders en commissarissen beperken hun aansprakelijkheid door gebruik te maken van rechtsvormen als de NV of de BV. Dat voorrecht dient op verantwoordelijke wijze te worden gebruikt, zeker nu ondernemingen en samenleving steeds meer op elkaar zijn aangewezen. Met de komende energietransitie zal die verstrengeling alleen maar toenemen.

De transitie waarin wij verkeren vraagt om een actieve rol van ondernemingen om de problemen van de samenleving te helpen oplossen. Wij menen dat behoefte bestaat die samenwerking in een nieuw sociaal contract tussen ondernemingen en samenleving wettelijk te verankeren. Ons voorstel is geen panacee, maar kan wel bijdragen aan de maatschappelijke inbedding van ondernemingen. Voor een doos van Pandora hoeft niet te worden gevreesd.

55 Alex Edmans, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge: Cambridge University Press 2020.

56 Zie hierover Michael O'Leary & Warren Valdmann, *Accountability, how we can save capitalism*, London: Penguin Books 2020, p. 212-226. Vergelijk ook het interessante rapport *Enacting purpose within the modern corporation, a framework for boards of directors* (www.enactingpurpose.org, 2020).

57 Zie HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI).

58 Misschien is er onder omstandigheden een goedkeuringsrecht voor de aandeelhoudersvergadering vereist, als door het afleggen van de *purpose*-verklaring de identiteit of het karakter van de vennootschap verandert (art. 2:107a lid 1 BW). Dit laatste zal doorgaans niet het geval zijn.

59 Vgl. *Stb.* 2004/747, p. 8.

60 www.edf.fr/groupe-edf/raison-d-etre.

61 Volgens de Britse corporate governance code dient het bestuur een *purpose* op te stellen. Vgl. over de Franse wettelijke regeling van de *raison d'être* van ondernemingen: J.M. de Jongh, 'Onderneming en maatschappij: naar een nieuw sociaal contract? De Loi PACTE als voorbeeld', *Ondernemingsrecht* 2020/80. Die *raison* is niet verplicht. Als de Nederlandse code een *purpose*-verklaring zou gaan voorschrijven, dan kan een vennootschap daarvan afzien via het pas-toe/leg-uit-mechanisme.