

Prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. J.M. de Jongh, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. S.M. Bartman, prof. mr. E.C.H.J. Lokin, prof. mr. drs. I.S. Wuisman, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, prof. mr. C.A. Schwarz, prof. mr. M.A. Verbrugh, prof. mr. J. Roest, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, prof. mr. H. Koster, prof. mr. B. Kemp, prof. mr. M. Olaerts, prof. mr. E.P.M. Joosen, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, prof. mr. J.H.M. Willems & prof. mr. G.J.C. Rensen¹

Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer

Ondernemingsrecht 2020/86

De liberalisering van de kapitaalmarkten heeft als neveneffect dat andere productiefactoren verhoudingsgewijs aan belang hebben ingeboet. Het denken in aandeelhouderswaarde is in de praktijk dominant geworden, ook in de Nederlandse context. De norm van het vennootschapsbelang waarborgt blijkens periodieke maatschappelijke erupties onvoldoende dat vennootschappen zich daadwerkelijk verantwoordelijk gedragen in de samenleving. Om die reden bepleiten 25 hoogleraren ondernemingsrecht de introductie van *responsible corporate citizenship* in de wettelijke taakopdracht van bestuurders en commissarissen. Bestuurders dienen ervoor te zorgen dat de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als een verantwoordelijke vennootschap; commissarissen houden hierop toezicht. Verder stellen zij voor in de wet op te nemen dat vennootschappen een statutaire bestaansgrond (*purpose of raison d'être*) kunnen formuleren. Daarmee leggen zij op vrijwillige basis hun uiteindelijke doel en hun leidende beginselen vast. Over de verantwoordelijkheid voor de impact van de vennootschap op menselijk, sociaal en natuurlijk kapitaal kan expliciete verantwoording in de jaarstukken worden voorgeschreven. Zo kan het vennootschapsrecht de inbedding van ondernemingen in de samenleving versterken.

1. Inleiding

De liberalisering van de kapitaalmarkten heeft als neveneffect gehad dat andere productiefactoren verhoudingsgewijs aan belang hebben ingeboet. Het denken in aandeelhouderswaarde is dominant geworden, ook in de Nederlandse context. Ook al suggereert de norm van het vennootschappelijk belang een bredere afweging van belangen, het blijkt in de praktijk zeer wel mogelijk met name of uitsluitend te sturen op financiële doelstellingen ten behoeve van aandeelhouders. Beloningssystemen met omvangrijke variabele beloningen voor bestuurders maken dit een werkelijkheid voor veel beursvennootschappen. Morele verantwoordelijkheid in de zin van zich verantwoordelijk voelen voor de gevolgen van gedrag voor anderen bestaat in deze context meer en meer alleen als de buitenwereld dit afdwingt, met regelgeving of publieke verontwaardiging.² De ontworteling van ondernemingen leidde al voor de coronacrisis tot maatschappelijke onvrede.

Met de coronacrisis staat de maatschappelijke inbedding van ondernemingen opnieuw in de schijnwerpers. Voor zover ondernemingen niet rechtstreeks staatsteun ontvangen, worden vele indirect met publiek geld gesteund, bijvoorbeeld in de vorm van de NOW³. Een deel van het ondernemersrisico wordt in tijden van crisis publiek gedragen.

De discussie over de rol van ondernemingen in de samenleving speelt niet alleen in Nederland. Andere landen zijn al een stap verder gegaan door in hun vennootschapsrecht voorzieningen te treffen om de verantwoordelijkheid van ondernemingen in de samenleving te versterken. Een voorbeeld is de Franse Loi PACTE die de verantwoordelijkheid van vennootschappen in de samenleving expliciteert en in de mogelijkheid voorziet van het opnemen in de statuten van een bestaansgrond, een *purpose of raison d'être*.⁴ Het kan zijn dat juist de norm van het vennoot-

1. De auteurs zijn hoogleraar ondernemingsrecht: Jaap Winter (VU & UvA Amsterdam), Matthijs de Jongh (Rotterdam), Steven Hijink (Nijmegen), Vino Timmerman (Rotterdam), Gerard van Solinge (Nijmegen), Loes Lennarts (Groningen), Jan Berend Wezeman (Groningen), Claartje Bulten (Nijmegen), Steef Bartman (Maastricht), Manuel Lokin (Utrecht), Iris Wuisman (Leiden), H el ene Vletter-van Dort (Rotterdam), Kid Schwarz (Rotterdam), Maarten Verbrugh (Rotterdam), Joti Roest (UvA Amsterdam), Geert Raaijmakers (VU Amsterdam), Harold Koster (Leiden), Bastiaan Kemp (Maastricht), Mieke Olaerts (Maastricht), Bart Joosen (VU Amsterdam), Hylde Boschma (Groningen), Albert Verdam (VU Amsterdam), Hanny Schutte-Veenstra (Groningen), Huub Willems (Groningen) en Günther Rensen (Utrecht).

2. Zie Jaap Winter, *Addressing the Crisis of the Modern Corporation. The Duty of Societal Responsibility of the Board*, <https://ssrn.com/abstract=3574681>.

3. Hierover J.M van Slooten, 'De NOW: een loonsubsidieregeling met enkele strategische aspecten', *Ondernemingsrecht* 2020/64.

4. J.M. de Jongh, 'Onderneming en maatschappij: naar een nieuw sociaal contract? De Loi PACTE als voorbeeld', *Ondernemingsrecht* 2020/80.

schappelijk belang ons tot dusver heeft weerhouden om de verantwoordelijkheid van vennootschappen in de samenleving expliciet te maken. Maar deze norm waarborgt blijkens periodieke maatschappelijke erupties onvoldoende dat vennootschappen zich daadwerkelijk verantwoordelijk gedragen in de samenleving.

De vraag of vennootschappen wettelijk een bredere verantwoordelijkheid moeten dragen in de samenleving dan de verantwoordelijkheid voor hun eigen financiële succes ten behoeve van aandeelhouders is een politieke vraag waarover regering en parlement moeten besluiten. Wij bepleiten deze beweging en geven in dit voorstel aan hoe de vennootschapswetgeving kan worden gewijzigd om die verantwoordelijkheid handen en voeten te geven.

2. Responsible corporate citizenship

Als de wetgever de maatschappelijke oriëntatie van bestuurders en commissarissen wil bevorderen, kan hij inspiratie putten uit de Zuid-Afrikaanse King IV-Code.⁵ Deze bepaalt dat ‘the governing body should ensure that the organisation is and is seen to be a responsible corporate citizen.’

Belangrijk is dat de verantwoordelijkheid te zorgen dat de *organisation* een *responsible corporate citizen* is en als zodanig wordt gezien, wordt gelegd bij de *governing body*. In Nederland gaat het dan om het bestuur en de raad van commissarissen. Het is een verantwoordelijkheid van mensen die de organisatie leiden en richten om te zorgen dat de vennootschap op een verantwoorde wijze in de samenleving opereert. Om deze notie van verantwoordelijkheid voor *responsible corporate citizenship* ook in het Nederlandse recht te introduceren, ligt het voor de hand deze op te nemen in de algemene bestuursopdracht van art. 2:129/2:239 lid 5 BW en de taakomschrijving van de raad van commissarissen in art. 2:140/2:250 lid 2 BW. Het zijn de bestuurders en commissarissen van de vennootschap die in de eerste plaats bepalen hoe de vennootschap zich in het maatschappelijk verkeer gedraagt. Bestuurders hebben binnen de onderneming die aan de vennootschap is verbonden het gezag als werkgever om werknemers dienovereenkomstig te instrueren en commissarissen hebben de taak daarop toe te zien. Art. 2:129/2:239 lid 5 BW zou dan de bestuursopdracht als volgt formuleren:

“Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij zorgen zij dat de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer als een verantwoordelijke vennootschap.”

Art. 2:140/2:250 lid 2 BW zou voor de taakopdracht van commissarissen als volgt luiden:

“De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij zien zij erop toe dat de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer als een verantwoordelijke vennootschap.”

Naar geldend recht omvat de verantwoordelijkheid van het bestuur en van de raad van commissarissen in elk geval de verplichting zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken.⁶ *Responsible corporate citizenship*, het zijn van een verantwoordelijke vennootschap in de samenleving zoals wij dat in navolging van King IV voorstaan, omvat meer. Wij denken in de eerste plaats aan een verantwoordelijkheid van de vennootschap voor een gezond milieu en klimaat.⁷ De maatschappelijke verantwoordelijkheid kan ook betrekking hebben op andere onderwerpen. Denk bijvoorbeeld aan belastingmoraal, beloningsverhoudingen binnen de onderneming, diversiteit, de ruimtelijke leefbaarheid of publieke steunaanvragen in relatie tot uitkeringen aan aandeelhouders. Ons voorstel strekt ertoe te verduidelijken dat de verantwoordelijkheid van bestuur en raad van commissarissen niet beperkt is tot het zorgen voor financieel succes van de vennootschap ten behoeve van haar aandeelhouders. Een verantwoordelijke vennootschap draagt verantwoordelijkheid jegens haar werknemers, is verantwoordelijk voor de gevolgen van haar handelen in de gemeenschappen waarin zij opereert en voor de gevolgen van haar handelen voor milieu en klimaat. Het streven naar winstgevendende continuïteit op lange termijn moet ingebed zijn in deze brede verantwoordelijkheid.

De inhoud van de zorgplicht van het bestuur en de raad van commissarissen voor een verantwoordelijke deelname van de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer moet mede aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid in de concrete omstandigheden van het geval worden bepaald. Een massaontslag van werknemers is in goede tijden wellicht niet geoorloofd, maar kan geboden zijn als de vennootschap op omvallen staat. Bepalend is wat van een vennootschap in redelijkheid mag worden verwacht in de omstandigheden van het geval. Bij de invulling van deze zorgplicht moet bestuurders en commis-

⁵ Institute of Southern Director, *King IV Report on Corporate Governance for South Africa* (2016), www.iodsa.co.za/resource/resmgr/king_iv/King_IV_Report/IoDSA_King_IV_Report_-_WebVe.pdf (geraadpleegd op 2 mei 2020), Principle 3.

⁶ Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Cancun*).

⁷ Een dergelijke verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen valt overigens ook naar geldend recht uit verschillende wetsbepalingen indirect op te maken. Zie bijv. art. 28 lid 4 WOR dat bepaalt dat de ondernemingsraad naar vermogen de zorg van de onderneming voor het milieu bevordert.

sarissen beoordelingsruimte worden gelaten. De rechter toetst deze met gepaste terughoudendheid, zoals ook bij de norm van het vennootschapsbelang.

De zorgplicht van het bestuur om de vennootschap als een verantwoordelijke vennootschap aan het maatschappelijk verkeer te laten deelnemen en die van de raad van commissarissen om daarop toe te zien moet in de praktijk nader worden ontwikkeld. Dat vraagt debat, zowel in de samenleving als ook binnen vennootschappen. In onze visie kan discussie hierover de kwaliteit van besluitvorming ten goede komen en bijdragen aan de maatschappelijke inbedding van ondernemingen. Tegelijk behelst een zorgplicht voor verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer meer dan vrijblijvend debat. Een verbreding van de taakopdracht kleurt de verschillende open normen in het vennootschapsrecht. De genoemde beoordelingsmarge voor bestuurders en commissarissen en terughoudendheid door de rechter zijn daarbij van wezenlijk belang. De uitbreiding van de taakopdracht heeft ook gevolgen voor de positie van aandeelhouders. Zij kunnen een verbrede taakopdracht van bestuurders en commissarissen niet negeren. Dit sluit ook aan bij de verplichting van institutionele beleggers en vermogensbeheerders om een betrokkenheidsbeleid te formuleren waarin zij beschrijven hoe zij toezien op de vennootschappen waarin zij beleggen ten aanzien van onder andere maatschappelijke en ecologische effecten.⁸ Ook bij institutionele beleggers is een groeiend besef zichtbaar dat hun belangen op de lange termijn gediend zijn bij een duurzaam en evenwichtig winststreven.⁹

3. Bestaansgrond

De afgelopen jaren is veel gesproken over de wenselijkheid dat vennootschappen een bestaansgrond (*purpose of raison d'être*) formuleren.¹⁰ Daarin formuleert de vennootschap haar uiteindelijke doel, wat zij in en ten behoeve van de samenleving beoogt te bewerkstelligen. Goed geformuleerde basisbeginselen kunnen behulpzaam zijn bij het bepalen van de strategie gericht op dat uiteindelijke doel in de samenleving en kunnen bijdragen aan de intrinsieke motivatie van de betrokkenen binnen de onderneming.¹¹ Het besef dat iedereen in de onderneming werkt aan een gemeenschappelijke zaak die dienstig is aan de samenleving kan een belangrijke basis vormen voor we-

derzijds vertrouwen en zo het succes van de onderneming bevorderen.

Het huidige vennootschapsrecht werpt geen belemmeringen op om een bestaansgrond in of buiten de statuten te formuleren. In Frankrijk lag dat tot voor kort niet anders. Toch heeft de Franse wetgever onlangs de mogelijkheid van de formulering van een statutaire *raison d'être* in de wet vastgelegd.¹² Daarmee heeft hij het signaal afgegeven het van belang te achten dat ondernemingen nadenken over hun positie in de samenleving. In navolging van de Franse wet kan een nieuw artikellid aan art. 2:66/2:177 BW worden toegevoegd dat luidt als volgt:

“De vennootschap kan in haar statuten vastleggen welk uiteindelijk doel zij in de samenleving nastreeft, alsmede de waarden en beginselen formuleren die daarbij leidend zijn.”

Wij stellen geen dwingende wetsbepaling voor, maar een uitnodiging aan vennootschappen. Het is aan vennootschappen zelf om al dan niet op die uitnodiging in te gaan. De formulering van een dergelijk uiteindelijk doel in de statuten is echter niet vrijblijvend. Zij geeft richting aan besluitvorming en oriëntatie van de vennootschap en aan de invulling van open normen waaraan de rechter toetst in aansprakelijkheidsprocedures en het enquêterecht. Zij geven inhoud aan wat de redelijkheid en billijkheid van betrokkenen in de vennootschappelijke verhoudingen verlangen (art. 2:8 BW).¹³

4. Verantwoording

Een uitbreiding van de taakopdracht van het bestuur en de raad van commissarissen en een wettelijke basis voor een bestaansgrond zoals voorgesteld vragen om verantwoording door het bestuur en de raad van commissarissen over de wijze waarop zij hieraan invulling hebben gegeven. Art. 2:391 lid 1 BW, in de praktijk relevant voor ongeveer de grootste 5% van de ondernemingen, kan langs de volgende lijnen worden gewijzigd:¹⁴

“Het bestuursverslag geeft een getrouw beeld van de toestand op de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten van de rechtspersoon en van de groepsmaatschappijen waarvan de financiële gegevens in zijn jaarrekening zijn opgenomen. Het be-

8 Art. 5:87c lid 2 sub a Wft. Ons voorstel past ook in diverse Europese initiatieven waarmee wordt beoogd duurzaam beleggen te bevorderen.

9 Zie over Europese ontwikkelingen op dit vlak M.A. Verbrugh, 'Naar een beter Europees ondernemingsrecht' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2020/20.

10 Een stuwende rol in de discussie hierover vervult vooral de Britse econoom Colin Mayer. Zie C. Mayer, *Prosperity. Better business makes the greater good*, Oxford University Press 2018; C. Mayer, *Firm Commitment. Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford University Press 2013.

11 Jaap Winter, 'Ontmenselijking van de grote onderneming', *Ondernemingsrecht* 2019/2.

12 J.M. de Jongh, 'Onderneming en maatschappij: naar een nieuw sociaal contract? De Loi PACTE als voorbeeld', *Ondernemingsrecht* 2020/80.

13 Jaap Winter, *Addressing the Crisis of the Modern Corporation. The Duty of Societal Responsibility of the Board*, <https://ssrn.com/abstract=3574681>.

14 De verplichting om op grond van art. 2:391 BW een bestuursverslag te publiceren geldt niet voor zogenoemde kleine rechtspersonen of micro-rechtspersonen. Meer dan 95% van de rechtspersonen in Nederland kan van deze vrijstelling gebruik maken. Dat laat onverlet dat ook van naamloze en besloten vennootschappen waarop deze vrijstelling toepasselijk is, verwacht mag worden dat zij als een verantwoordelijke vennootschap aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. Van middelgrote en grote vennootschappen mag verwacht worden dat zij daarover ook verantwoording afleggen.

stuursverslag bevat, in overeenstemming met de omvang en de complexiteit van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen, een evenwichtige en volledige analyse van de toestand op de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten. Het bestuursverslag geeft een beschrijving van de wijze waarop het bestuur heeft gezorgd voor een verantwoordelijke deelname van de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer. Indien de vennootschap overeenkomstig artikel 66 lid 4 of 177 lid 4 een bestaansgrond heeft geformuleerd, geeft het bestuursverslag een beschrijving van de wijze waarop de vennootschap aan haar bestaansgrond uitvoering heeft gegeven. Indien noodzakelijk voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten, de wijze van uitvoering van de bestaansgrond of de positie van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen, omvat de analyse zowel financiële als niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden indicatoren die inzicht geven in de invloed op milieu en klimaat, personeelsaangelegenheden en de gemeenschappen waarbinnen de rechtspersoon opereert. Het bestuursverslag geeft tevens een beschrijving van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de rechtspersoon wordt geconfronteerd. Het bestuursverslag wordt in de Nederlandse taal gesteld, tenzij de algemene vergadering tot het gebruik van een andere taal heeft besloten."

In het bestuursverslag en de jaarrekening legt het bestuur in algemene zin verantwoording af. De jaarrekening brengt vooral de financiële positie en de financiële prestaties van de vennootschap en met haar verbonden onderneming over het afgesloten boekjaar tot uitdrukking. In toenemende mate is de afgelopen jaren aandacht ontstaan voor het afleggen van verantwoording over – ook – de niet-financiële aspecten van ondernemen. Bovenstaand voorstel haakt in op die ontwikkeling. Met deze wijzigingen wordt beoogd dat de verantwoording ook wordt gericht op de impact die de vennootschap heeft op menselijk kapitaal (personeel), sociaal kapitaal (de gemeenschap waarin de vennootschap opereert) en natuurlijk kapitaal (milieu en klimaat). Het gaat daarbij om meer dan het kwantificeren en moneteriseren van de prestaties van de vennootschap.¹⁵ Verantwoording afleggen over de wijze waarop het bestuur in het afgelopen jaar invulling heeft gegeven aan zijn zorgplicht, en de raad van commissarissen daarop heeft toegezien, bestaat ook en vooral uit het inzichtelijk maken en beschrijven van de afwegingen en keuzes die daarbij zijn gemaakt. Een verantwoordingsplicht over de wijze van uitvoering van de bestaansgrond beoogt 'purpose washing' te voorkomen.

De uitbreiding van de taakopdracht van de raad van commissarissen vraagt om een overeenkomstige uitbreiding van verslaggeving door de raad over de wijze waarop hij uitvoering heeft gegeven aan deze opdracht. Zolang het opnemen van een verslag van de raad van commissarissen nog geen wettelijke verplichting is,¹⁶ kan deze uitbreiding plaats vinden in de Nederlandse Corporate Governance Code. De Code zal ook overigens moeten worden aangepast naar aanleiding van een wettelijke basis voor een bestaansgrond en de verbreding van de taakopdracht van bestuurders en commissarissen. Te denken valt aan de bepalingen omtrent de samenstelling en het functioneren van de raad van commissarissen en de bepalingen over de beloning van bestuurders. Bij een brede taakopdracht van bestuurders past niet dat omvangrijke variabele beloning uitsluitend afhankelijk is van het behalen van financiële doelstellingen waarbij aandeelhouders belang hebben.

5. Ten slotte

We hoeven ons niet neer te leggen bij de werkelijkheid dat ondernemingen door een overmatige oriëntatie op eigen financieel succes en daarmee gepaard gaande waardecreatie voor aandeelhouders onthecht zijn geraakt van de samenleving. Het kan anders maar dat gaat niet vanzelf. Een nieuw sociaal contract tussen onderneming en samenleving is wenselijk. Internationaal worden op het gebied van duurzaam investeren en beleggen stappen gezet, ook door institutionele beleggers. Wij denken dat het vennootschapsrecht met onze voorstellen aan een nieuw sociaal contract kan bijdragen. De wettelijke taak van bestuurders en commissarissen kan worden verbreed met de plicht ervoor te zorgen dat de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als een verantwoordelijke vennootschap. De wet kan de uitdrukkelijke mogelijkheid bieden een statutaire bestaansgrond te formuleren die het uiteindelijke doel van de vennootschap in de samenleving leidend maakt voor haar handelen. Over de verantwoordelijkheid voor de impact van de vennootschap op menselijk, sociaal en natuurlijk kapitaal kan expliciete verantwoording in de jaarstukken worden voorgeschreven. Zo kan het vennootschapsrecht de inbedding van ondernemingen in de samenleving versterken.

¹⁵ Zie ook: J.B.S. Hijink en L. in 't Veld, 'Sustainability reporting', in: *Sustainability and financial markets*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 316-317.

¹⁶ De wet verplicht niet tot een afzonderlijk verslag van de raad van commissarissen. De Nederlandse Corporate Governance Code gaat er wel van uit dat bij beursvennootschappen de raad van commissarissen jaarlijks in een eigen verslag verantwoording aflegt over het door hem uitgeoefende toezicht. De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft nadere *guidance* gepubliceerd over het verslag van de raad van commissarissen (<https://www.rjnet.nl/uitingen/2018/2018-8>).