

Maatschappelijk ondernemen: l'État oblige

Citation for published version (APA):

Smits, J. (2022). Maatschappelijk ondernemen: l'État oblige. In M. G. Faure, J. Hamers, M. Olaerts, & M. Verbrugh (Eds.), *Eindeloos getob: Liber Amicorum Kid Schwarz* (pp. 413-423). Wolters Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/2022

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

**EINDELOOS GETOB. LIBER AMICORUM
KID SCHWARZ**

onder redactie van

Michael Faure, Jos Hamers,
Mieke Olaerts & Maarten Verbrugh

26. Maatschappelijk ondernemen: *l'État oblige*

Prof. mr. J.M. Smits

26.1 Inleiding

In het afgelopen decennium is internationaal door juristen en economen veel en indringend gepleit voor een radicaal andere organisatie van onze economie. Die pleidooien zijn alle ingegeven door het besef dat het huidige – in de woorden van misschien de bekendste auteur op dit terrein – ‘inegalitaire neoproprietaristische mondiale systeem’¹ moet worden herijkt wil verdere polarisering in de toekomst niet leiden tot ontwrichting van de samenleving. Een nieuw spreekwoordelijk sociaal contract tussen bedrijfsleven en samenleving zou nodig zijn om belastingontwijking, groeiende macht van *big tech*, sterk toegenomen inkomensverschillen, scheve vermogensgroei en klimaatschade tegen te gaan.² Dat in het bijzonder het ondernemingsrecht een cruciale rol speelt bij zowel de instandhouding van de uitwassen van de huidige economie als potentieel bij het tegengaan daarvan, is inmiddels ook uitgebreid voor het voetlicht gebracht.³

Het is dan ook volkomen terecht dat recent 25 aan Nederlandse universiteiten verbonden hoogleraren ondernemingsrecht zich hebben afgevraagd hoe verdere ‘ontworteling’ van bedrijven te voorkomen.⁴ De hoogleraren, onder wie de met deze bundel gehuldigde Kid Schwarz, constateren dat het realiseren van aan-

1 T. Piketty, *Kapitaal en ideologie*, Amsterdam, De Geus, 2020 (*Capital et idéologie*, Paris: Seuil 2019), p. 732. Voor verdere verwijzingen: J.M. Smits, ‘Vermogensongelijkheid: heeft het goederenrecht een antwoord op Piketty?’, in *‘Sjef-Sache’: Essays in Honour of J.H.M. van Erp on the Occasion of his Retirement*, The Hague, Eleven International Publishing, 2021, p. 153.

2 *Financial Times*, ‘The FT View: A better deal between business and society’, 1 januari 2018.

3 K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019.

4 J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht*, 2020/86, met enthousiasme onthaald in redactioneel *Het Financieele Dagblad*, Redactioneel: ‘Adel verplicht voor bestuurselite’, 11 september 2020.

deelhouderswaarde in de praktijk niet zelden in de weg staat aan de bredere verantwoordelijkheid die bedrijven dragen voor de samenleving als geheel. Zij bepleiten daarom de introductie van *responsible corporate citizenship* in de wettelijke taakopdracht van bestuurders en commissarissen in Boek 2 BW en de verplichting daarover verantwoording af te leggen in de jaarstukken. Ook zouden vennootschappen naar het recente Franse voorbeeld van de *Loi Pacte*⁵ de mogelijkheid moeten hebben om – voor zover dat nu al niet kan – hun maatschappelijk bestaansrecht in de statuten op te nemen.

Dit hooggeleerd pleidooi ging aan ondernemingsrechtelijk Nederland niet onopgemerkt voorbij.⁶ Waar sommigen menen dat ondernemingen zich nu al verantwoordelijk gedragen,⁷ stellen anderen dat de norm van verantwoordelijk ondernemerschap te vaag is en het ondernemingsbestuur te veel juridiseert.⁸ Weer anderen betogen dat de gedane voorstellen weinig zullen veranderen aan het gedrag van bestuurders.⁹ Ik zelf lees het – niet in details uitgewerkte – pleidooi van de ‘groep van 25’ vooral als een oproep om het internationale debat over de maatschappelijke taak van ondernemingen ook in Nederland op meer fundamentele wijze te voeren. Dit verdient alle steun.

Ik meen collega Schwarz een plezier te doen met een poging de door hem en zijn 24 collega’s ingezette denkexercitie verder te zetten. Waarom moet, en hoe kan, het ondernemingsrecht nu precies bijdragen aan een betere omgang door bestuurders met maatschappelijke belangen? Het past daarbij niet om de rol van het ondernemingsrecht minder groot te maken dan die is: er is geen twijfel aan dat het recht de grenzen bepaalt van wat de onderneming mag.¹⁰ Eveneens staat buiten kijf dat hierbij minder relevant is of de meeste ondernemingen zich *de facto* nu al veel gelegen laten liggen aan hun maatschappelijke taak. Dit zal vaak het geval zijn, maar gelet op de toch zeer geregeld oplaaiende maatschappelijke onrust over gedrag van bestuurders – ik zeg het als buitenstaander – toch ook vaak niet. Voor de normatieve vraag naar de *gewenste* regulering van de onderneming is dit echter minder relevant. Met een variatie op Eric Posner: bedrijven die winst maximaliseren, kunnen nog steeds (zoals Facebook) laks omgaan met

5 Loi No 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO No. 0119, 23 mai 2019.

6 Voor een reactie daarop van een vijftal auteurs van de groep: J.W. Winter e.a., ‘Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen: een antwoord op reacties’, *Ondernemingsrecht*, 2021/6.

7 Aldus bijv. H.J. de Kluiver, ‘Over de verantwoordelijke onderneming’, *Ondernemingsrecht*, 2020/126 en A.J. Kaarls, ‘Vage praatjes vullen geen gaatjes’, *Ondernemingsrecht*, 2021/4.

8 Aldus onder meer P. Wakkie, ‘Verantwoordelijke vennootschap moet niet gejuridiseerd worden’, *Het Financieele Dagblad*, 1 juni 2020.

9 Zie P.F. van der Heijden, ‘Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving’, *Ondernemingsrecht*, 2021/12; Ook categorisch afwijzend is het advies van de Expertgroep *Advies Modernisering NV-recht* van 30 maart 2021.

10 Pistor 2019, p. 229, waarover Smits 2021.

privacy van hun klanten, kunnen (zoals Twitter en Google) *hate speech* faciliteren, kunnen (zoals Shell) CO₂ blijven uitstoten, kunnen (zoals Coca Cola) mensen verslaafd maken aan suiker en kunnen (zoals DSM) ondanks grote winsten dreigen met verplaatsing van het hoofdkantoor als geen lokale subsidies worden gekregen.¹¹ Diezelfde ondernemingen kunnen bovendien op grote schaal belasting ontwijken. Indien maatschappelijke verontwaardiging of overheidsingrijpen *achteraf* nodig is om dit gedrag te corrigeren, doemt de vraag op of dit gedrag niet beter *vooraf* moet worden voorkomen.

Het doel van deze bijdrage is niet om een al lang woedend debat te herhalen. Het is veel bescheidener. Het gaat mij om het op twee punten bekritisieren en aanvullen van de tot nu toe gewisselde argumenten. Achtereenvolgens besteed ik aandacht aan de vraag waarom ondernemingen zich überhaupt op verantwoordelijke wijze zouden moeten gedragen – hetgeen blijkens de discussie met de groep van 25 niet evident is – (par. 2) en doe ik een enkele suggestie voor de wijze waarop dit in het ondernemingsrecht meer structureel kan worden vormgegeven (par. 3). Par. 4 biedt een korte uitleiding.

26.2 Waaronder een algemene plicht tot maatschappelijk ondernemen? *Exit* het vennootschappelijk belang

In de Nederlandse context bestaat geen enkele twijfel dat (de bestuurders van) de vennootschap bij het nemen van besluiten rekening moet houden met de belangen van diegenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken.¹² In dit Rijnlandse ‘stakeholdersmodel’ zijn dat niet alleen de aandeelhouders, maar ook werknemers, afnemers, toeleveranciers en andere (contractueel) betrokkenen die belang hebben bij het voortbestaan van de onderneming. De befaamde notie van het vennootschappelijk belang is daarmee een holistisch begrip dat het bestuur verplicht om te streven naar het bestendige succes van de onderneming. Daarmee wordt waarde gecreëerd voor niet alleen de aandeelhouders maar ook voor genoemde bij de onderneming betrokken anderen.¹³

De fundamentele – en naar geldend recht niet beantwoorde – vraag die in het debat over maatschappelijk ondernemen telkens weer opduikt, is evenwel of een onderneming bij haar besluiten zich ook iets gelegen moet laten liggen aan *andere* belangen dan van deze contractueel betrokkenen, zoals het eerder genoemde maatschappelijk belang bij een gezond milieu en klimaat, bij een

11 E.A. Posner, ‘Milton Friedman Was Wrong’, *The Atlantic* 22 augustus 2019.

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

13 Voor verdere discussie: C.A. Schwarz, *De impact van het vennootschappelijk belang: machtsverhoudingen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag, BJU, 2018.

goede belastingmoraal, bij maatschappelijk als aanvaardbaar beschouwde beloningen en bij diversiteit.¹⁴ Geen twijfel bestaat dat voor zover er een wettelijke plicht is om daar rekening mee te houden, die uiteraard dient te worden nageleefd. Maar de hamvraag is die naar een *algemene* plicht van ondernemingen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer. Waar de meer beperkte notie van het vennootschappelijk belang daar naar geldend recht niet toe verplicht, is de kern van het betoog van de groep van 25 om dergelijk *responsible corporate citizenship* wel verplicht te maken met – op het voetspoor van Schwarz¹⁵ – als grondslag dat het vennootschappelijk belang ook een verantwoordelijkheid voor het realiseren van die maatschappelijke doelen omvat.

Mijns inziens is het vennootschappelijk belang niet de best mogelijke grondslag voor de verplichting tot maatschappelijk ondernemen. Mijn bezwaar is niet dat dit een open norm is die (te) veel ruimte laat voor discretionaire rechterlijke toetsing.¹⁶ Om het begrip vennootschappelijk belang zozeer op te rekken dat ook het nastreven van algemene maatschappelijke doelen hieronder valt, leidt er mijns inziens wel toe dat het weinig onderscheidend vermogen meer heeft en dat nu juist de kern van dat begrip – het belang omvat de *bij de vennootschap betrokken* actoren – niet langer scherp in het daglicht wordt gesteld. Betogen dat schenden van normen van *sustainable governance* in de publieke opinie mogelijk schade berokkent aan de onderneming en kan leiden tot kopersstakingen, arbeidsmarktproblemen of uitsluiting als leverancier aan afnemers, en daarom in strijd komt met het vennootschappelijk belang,¹⁷ is voor mij daarom een te grote oprekking van dat begrip. Bovendien kan er niet mee worden gedifferentieerd naar *de mate waarin* ondernemingen maatschappelijk moeten handelen, hetgeen per onderneming kan verschillen. De groep van 25 zit daarmee nog te veel op het rechtseconomisch spoor dat de vennootschap, met alle mitsen en maren die daarbij horen, uiteindelijk toch vooral bestaat uit een reeks contracten die de bij de vennootschap betrokken partijen naar eigen goeddunken sluiten en te weinig op het spoor van de vennootschap als rechtspersoon.¹⁸

Ik meen dat een veel fundamentele grondslag denkbaar is voor de plicht om maatschappelijk te ondernemen. Die grondslag staat ook toe om te differentiëren tussen verschillende typen ondernemingen. Uitgangspunt is daarbij dat – anders

14 Schwarz 2018, p. 34 noemt dit de ‘indirect institutioneel bij de onderneming betrokkenen.’ Uitdrukkelijk ontkennend: Kaarls 2020.

15 Schwarz 2018, p. 35 e.v.

16 Zoals Westenbroek 2021 betoogt (W.A. Westenbroek, ‘Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?’, *Ondernemingsrecht*, 2021/3).

17 Schwarz 2018, p. 35 e.v.

18 P.B. Miller, ‘Corporations’, in A.S. Gold et al. (eds.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford, OUP, 2020, p. 341: ‘The concept [of personality] is foundational to the legal idea of a corporation.’

dan nogal wat deelnemers aan het debat lijken te veronderstellen – de rechtspersoon in het privaatrecht niet in alle opzichten gelijk is aan de natuurlijke persoon. De grondslag van alle privaatrecht is dat bepaalde handelingen kunnen worden verricht zonder dat daar voorafgaande toestemming van anderen of van de Staat voor nodig is.¹⁹ Natuurlijke personen mogen, tegen het betere oordeel van wie dan ook, zelf bepalen met wie en waarover zij contracteren, wie eigenaar wordt van hun bezittingen voor of na overlijden, of en met wie zij een familie stichten en of zij vergoeding wensen van wie hen schade toebrengt. Daarmee *empowert* het privaatrecht individuen om door zelfbestemming invulling te geven aan hun leven.²⁰ Uiteraard wordt die autonomie begrensd door andere beginselen,²¹ maar dat doet er niet aan af dat het de natuurlijke persoon vrij staat om – alles binnen de grenzen van de wet en zonder enige plicht daarover verantwoording af te leggen – in een Hummer te rijden, zijn dochters ongelijk te behandelen, vrouwonvriendelijke uitspraken te doen en door slimme trucs zo weinig mogelijk belasting te betalen. Daar staat tegenover dat diezelfde natuurlijke persoon zelf aansprakelijk is voor zijn handelen en op de lange termijn – na overlijden – geen vermogen in stand kan houden.

Ten opzichte van de natuurlijke persoon heeft de rechtspersoon aanzienlijke voordelen. In geval van de vennootschap is dat naast de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders (voor hun inbreng) en van bestuurders (voor het handelen namens de vennootschap) het in beginsel eeuwig kunnen blijven voortbestaan van de met haar verbonden onderneming. Daarmee heeft de rechtspersoon meer rechten dan het individu.²² Geen wonder dat historisch het privilege van de rechtspersoonlijkheid werd toegekend door de Staat en alleen aan wie op zijn minst mede het publieke belang behartigde. De vennootschap was uit de aard der zaak quasi-publiek. Dit was niet alleen het geval in onze contreien (met de VOC als afgezaagd voorbeeld), maar tot rond 1880 ook in de VS. Een uitspraak van de Supreme Court van Virginia uit 1809 spreekt boekdelen: ‘If the business applicants’ object is merely private or selfish; if it is detrimental to, or not promotive of, the public good, they have no adequate claim upon the legislature for the privileges [of chartering].’²³

ONDANKS liberalisering van de markt en de daarmee gepaard gaande deregulering is deze visie op de vennootschap – de vennootschap als concessie – nooit

19 Met veel details en verwijzingen: J.M. Smits, *Advanced Introduction to Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

20 Zie ook H. Dagan, ‘Autonomy and Pluralism in Private Law’, in A.S. Gold et al. (eds.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford, OUP, 2020, p. 177.

21 Smits 2017.

22 J.D. Clements, *Corporations are not People*, Oakland, Berrett-Koehler, 2012, p. 904 e.v.

23 Aangehaald in R.L. Grossman & F.T. Adams, ‘Exercising Power over Corporations through State Charters’, in J. Mander & E. Goldsmith (eds.), *The Case Against the Global Economy*, San Francisco, Sierra Club Books, 1996, p. 378-379.

geheel verdwenen. Zo paste het tot 2011 bestaande overheidstoezicht – in welke vorm dan ook²⁴ – perfect bij de gedachte dat de vennootschap mede een publieke taak heeft. Goedkeuring van de overheid om een vennootschap te mogen voeren is niet het spreekwoordelijke (stilzwijgende) sociale contract tussen samenleving en onderneming, maar een *werkelijke* en expliciete instemming. Publieke verontwaardiging over onverantwoordelijk gedrag van (bestuurders van) grote ondernemingen valt ook op deze manier te verklaren: bij het grote publiek is de gedachte dat ondernemingen enkel bestaan bij de gratie van het publieke belang diepgeworteld.

Dit wil niet zeggen dat naar huidig recht het bestaansrecht van de rechtspersoon *alleen* kan of moet worden gebaseerd op de concessiegedachte.²⁵ Maar incompatibel met dit aspect is wel de misvatting dat *enerzijds* de overheid tot taak heeft om het maatschappelijk belang te behartigen terwijl *anderzijds* de vennootschap enkel het eigen economisch belang mag nastreven en de negatieve externaliteiten van haar handelen mag afwentelen op de samenleving.²⁶ De rechtspersoon ontleent zijn vergaande bevoegdheden immers geheel aan de Staat die bereid is om een deel van de publieke taken – zo men wil: het verschaffen van producten en diensten aan burgers of zelfs het bevorderen van het financieel welzijn van de samenleving – uit te besteden. Dit is geen andere conclusie dan die recent door Pistor vanuit ander perspectief werd getrokken.²⁷

De grondslag voor het op verantwoordelijke wijze deelnemen aan het maatschappelijk verkeer door de onderneming zoek ik dan ook niet in het vennootschappelijk belang, maar in het *karakter* van de rechtspersoon. Wie de rechtspersoon wenst te gebruiken als vehikel voor de bedrijfsactiviteiten, met alle daarbij behorende voordelen, onderwerpt zich daarmee ook aan het deels publieke karakter van die rechtsvorm en daarmee aan het nastreven van publieke doelen. Daarmee wordt een diepere fundering aangeboord voor maatschappelijk ondernemen dan de notie van het vennootschappelijk belang, dat sterk gerelateerd is aan het feitelijk dagelijks handelen van de vennootschap en niet aan de grondslag van haar bestaan. De fundering is daarmee ook niet

24 Asser-Van Olfen-Rensen, M. Van Olfen & G.J.C. Rensen, *Asser's handleiding: 2. Rechtspersonen; deel IIa NV en BV (oprichting, vermogen en aandelen)*, 5^{de} dr., Deventer, Kluwer, 2019, Nr. 60.

25 Zie terecht Miller 2020, p. 341, die een integratieve benadering voorstaat: de vennootschap heeft zowel trekken van een concessie als van een set overeenkomsten. Over de concessiegedachte i.h.a. naar Nederlands recht: B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering*, Deventer, Kluwer, 2015, p. 43.

26 Waartegen terecht Winter e.a. 2021: het onderscheid onderneming en samenleving is kunstmatig.

27 Pistor 2019; zie ook S.M. Watson, 'The corporate legal person', *Journal of Corporate Law Studies*, 2019, Vol. 19, p. 137.

afhankelijk van het argument dat het publiek in tijden van corona een deel van het ondernemersrisico draagt en *daarom* van alles mag verwachten.²⁸

Bijkomend voordeel van deze grondslag in de aard van de rechtspersoon is dat differentiatie mogelijk is naar de mate waarin de onderneming vrij is om het maatschappelijk belang te negeren.²⁹ Het ligt voor de hand dat hoe groter de onderneming is, hoe groter de impact van haar activiteiten op de samenleving (de eerdergenoemde externaliteiten) en hoe groter daarmee ook de plicht zich iets gelegen te laten liggen aan maatschappelijke doelen. Van de 440 in Nederland geregistreerde structuurvennootschappen³⁰ mag meer worden verwacht dan van de bijna 400.000 kleine BV's.

Met deze grondslag is nog niets gezegd over waaruit de verplichting tot maatschappelijk ondernemerschap nu concreet bestaat. De grondslag kan zowel dienen voor een aansprakelijkheid op grond van een algemene norm van maatschappelijk verantwoord ondernemen als de basis vormen voor specifieke wetgeving. Ook in dit opzicht kan het pleidooi van de groep van 25 worden versterkt.

26.3 Hoe maatschappelijk ondernemen te bevorderen? *Intrat* de staat

Hoe de doelstelling van maatschappelijk ondernemen juridisch vorm te geven? De groep van 25 volgt de benadering dat *responsible corporate citizenship* vooral moet worden verwezenlijkt met een algemene zorgplicht tot verantwoordelijk gedrag in het maatschappelijk verkeer. Vraag is echter of deze norm specifiek en bindend genoeg is om vennootschappen daadwerkelijk tot ander gedrag te bewegen.³¹ De internationale trend is inmiddels om meer in te zetten op specifieke afdwingbare regels in het besef dat 25 jaar ervaring met softe normen van maatschappelijk verantwoord ondernemen onvoldoende opleverde.³² Wie, zoals de groep van 25, gedrag van bestuurders echt via het recht wil beïnvloeden zal óók specifieke normen moeten stellen. De term *verantwoordelijkheid* riekt in dat opzicht te veel naar een beroep op niet afdwing-

28 Zie Winter e.a. 2020, wat het verwijt van 'coronawetenschap in crisistijd' opleverde: Westbroek 2021.

29 Voor een poging te differentiëren op basis van het vennootschappelijk belang: Schwarz 2018, p. 41 e.v.

30 Stand begin 2019: vgl. Asser-Van Olfen-Rensen, 2019, Nr. 22.

31 Idem Van der Heijden 2021, die pleit voor 'specifieke en doelgerichte wetgeving' en Westbroek 2021.

32 Li-Wen Lin, 'Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation Around the World: Emergent Varieties and National Experiences', *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2021, Vol. 23, p. 429.

bare ethische normen of zelfs het geweten van de onderneming. Ik geef in deze bijdrage daarom de voorkeur aan de term ‘maatschappelijk ondernemen’.

Dat niet-afdwingbare (open) normen niet het best mogelijke instrument zijn om het doel van maatschappelijk ondernemen te bereiken, heeft ook te maken met het feit dat de onderneming zich – anders dan de natuurlijke persoon – beweegt op een inherent competitieve markt. Regulering van die markt is gericht op het creëren van een gelijk speelveld voor alle ondernemingen: de (nationale en Europese) overheid creëert gelijke voorwaarden voor bedrijven en de markt doet de rest. Dit betekent dat zolang normen niet bindend zijn, zelfs ondernemingen die het goede willen doen een sterke neiging hebben om daarvan af te zien omdat hun concurrenten wel winst zullen maximaliseren en de schadelijke maatschappelijke neveneffecten van hun activiteiten externaliseren.

Een voorbeeld van dit fenomeen betreft de belastingplicht van internationaal opererende ondernemingen. De klassieke manier waarop bedrijven compenseren voor de negatieve gevolgen van hun handelen, is door het betalen van belastingen. De belangrijkste codes voor maatschappelijk verantwoord ondernemen bepalen dan ook terecht dat bedrijven de belastingwetten in alle landen waarin zij actief zijn niet alleen naar de letter, maar ook naar de geest naleven.³³ Het is echter geen geheim dat nogal wat bedrijven dit soort codes enerzijds onderschrijven, maar anderzijds het betalen van belasting zoveel mogelijk minimaliseren juist om zo hun concurrentiepositie te versterken én aandeelhouderswaarde te vergroten.³⁴

Dit pleit voor specifieke bindende normen voor maatschappelijk ondernemen. Voor zover die normen niet op Europees niveau kunnen worden gemaakt, moet de rol van nationale regelgeving, en dus van de staat, noodzakelijkerwijs groter worden. Voor de jonge Franse essayist David Djaïz is dat zelfs de enige manier waarop burgers kunnen worden beschermd tegen de uitwassen van het mondiale kapitalisme.³⁵ Dat geldt mijns inziens ook voor maatschappelijk ondernemen: dit moet niet zijn gebaseerd op een ethisch besef (*noblesse oblige*), maar omdat de staat er toe verplicht: *l'État oblige*. Het zojuist genoemde voorbeeld van internationale belastingontwijking laat wel zien dat dit alleen mogelijk is door

33 Bijv. *OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen*, par. XI, 2011.

34 Zie ook J.E. Stiglitz, *Winst voor iedereen*, Amsterdam, Athenaeum 2019 (*People, Power, and Profits*, New York, Norton, 2019) en R. Knuutinen, ‘Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning’, *Nordic Tax Journal*, 2014, p. 36.

35 D. Djaïz, *Slow Democracy*, Amsterdam, Pluim, 2020 (*Slow Démocratie*, Paris, Allary Éditions, 2019), p. 18: ‘pas d’autre choix que de réhabiliter la nation’.

aanpassing van de bestaande regels voor internationale rechtskeuze en beperking van jurisdictionele competitie.³⁶ Dat is evident geen eenvoudige opgave.

De vraag is welke statelijke (nationale of Europese) regels moeten worden geïntroduceerd om maatschappelijk ondernemen te bevorderen. Hier kan niet worden ingegaan op alle thema's die onder dit brede begrip vallen: mensenrechten, arbeidsverhoudingen, klimaat, corruptie, consumentenbelangen, beloningsbeleid, diversiteit en belastingmoraal vereisen elk hun eigen regels. In plaats daarvan doe ik twee meer algemene suggesties voor de richting waarin het ondernemingsrecht zich zou kunnen ontwikkelen om ondernemingsactiviteiten beter te laten aansluiten bij de maatschappelijke taak die met name beursgenoteerde kapitaalvennootschappen hebben. Ik bouw hierbij voort op de in par. 2 ontvouwde gedachte dat de grondslag voor maatschappelijk ondernemen moet worden gezocht in de *aard* van de rechtspersoon zelf.

Mijn eerste suggestie betreft de onbeperkte levensduur van de vennootschap. Ik wees er al op dat de met de rechtspersoon verbonden onderneming in beginsel onsterfelijk is. Dat is niet altijd zo geweest. De eerste vennootschappen werden gebonden aan een termijn opdat de staat (lees: de burgers) na enige tijd opnieuw kon beoordelen of de activiteiten ook in een nieuwe periode mochten worden verricht.³⁷ Daarbij kon worden meegewogen in welke mate de activiteiten van de rechtspersoon ook het publieke belang behartigden. Vraag is of dit type van overheidstoezicht niet opnieuw goede diensten kan bewijzen. Het zou in elk geval bewerkstelligen dat burgers zich opnieuw realiseren dat *zij* uiteindelijk bepalen welke onderneming de voordelen van rechtspersoonlijkheid verkrijgt. Bestuurders op hun beurt realiseren zich beter dat het voortbestaan van de onderneming ook bepaald wordt door hun handelen. Uiteraard dient het kader voor dat overheidstoezicht specifieke normen te bevatten: doel ervan is niet om (de inmiddels befaamde) 'bange bestuurders' te creëren,³⁸ maar om in uitzonderlijke gevallen in te kunnen grijpen. Het past mooi bij een eerder pleidooi om de *duur* van rechten te beperken: met de uitdagingen waar de wereld voor staat, is het recht er niet alleen om de status quo te handhaven, maar om die waar nodig ook te veranderen.³⁹

Een tweede suggestie handelt over de rol van aandeelhouders bij beursgenoteerde vennootschappen. De Kluiver wijst erop dat de aanklacht van de groep van 25 tegen het centraal stellen van aandeelhouderswaarde zou moeten leiden tot een beperking van de rol van aandeelhouders. Die stap wordt door de groep

36 Pistor, 2019, p. 221: 'for roving capital, the law of a given state is just an option, which its holders and their master coders will exercise only if it promises greater wealth than the laws of another state.'

37 T.L. Besser, *The Conscience of Capitalism*, Westport Conn., Praeger, 2002, p. 44.

38 M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, oratie EUR, Deventer, Kluwer, 2005.

39 Pistor, 2019, p. 231; vgl. Smits, 2021, p. 160.

niet gezet.⁴⁰ De vraag is echter wie hier het gelijk aan zijn zijde heeft. Aandeelhouders hebben nu juist een cruciale rol in het doorvoeren van bijvoorbeeld een duurzamer beleid op het terrein van milieu, beloningen en andere thema's. Onderzoek toont bijvoorbeeld aan dat bestuurders zich meer laten leiden door activistische aandeelhouders dan door algemene maatschappelijke verontwaardiging.⁴¹ Probleem is echter dat bij beursgenoteerde ondernemingen de invloed van juist die activistische aandeelhouders teniet wordt gedaan door de macht van institutionele beleggers (zoals beheerders van beleggingsfondsen en pensioenfondsen). Dat pleit niet zozeer voor een beperking van de macht van aandeelhouders *tout court*, maar vooral voor maatregelen die voorkomen dat invloed van grote beleggers in de weg staat aan maatschappelijk ondernemen.

In onze markteconomie ligt de klassieke oplossing voor dit probleem in gezonde mededinging. Die leidt niet alleen tot lagere prijzen en hogere kwaliteit van producten en diensten op de korte termijn (en daarmee tot minder hoge winsten), maar ook tot meer diversiteit en innovatie op de lange termijn.⁴² Als sommige bedrijven duurzaamheid en andere maatschappelijke doelen hoog op de agenda hebben, en aandeelhouders investeren in die bedrijven ten nadele van minder maatschappelijk georiënteerde bedrijven, leidt concurrentie in theorie tot een algeheel hoger niveau van verwezenlijking van maatschappelijke doelen.

Probleem is alleen dat deze mededinging in de praktijk minder goed werkt indien grote institutionele beleggers hun risico's spreiden. Posner en Weyl laten zien dat grote beleggers doorgaans gespreid beleggen in meerdere bedrijven in één sector.⁴³ Zij investeren bijvoorbeeld niet alleen in Volkswagen, maar ook in GM, Renault en Ford.⁴⁴ Dit type machtige beleggers heeft geen baat bij concurrentie tussen deze bedrijven omdat dit de prijzen van hun producten verlaagt met lagere winsten tot gevolg. Dat laat voor deze bedrijven weinig stimulans om echt iets te veranderen. Posner en Weyl bepleiten daarom dat institutionele beleggers verplicht moeten worden tot diversificatie *binnen* een sector (de belegger mag een onbeperkt aandeel in Ford hebben, maar dan geen aandelen in GM, etc.). Een alternatief is om diversificatie wel toe te staan, maar dan met een maximum van 1% van de aandelen. Men hoeft dit radicale voorstel niet te accepteren om in te zien dat het succes van maatschappelijk ondernemen mede

40 De Kluiver, 2020; evenmin in Winter e.a., 2021.

41 S. Lakshmi Naaraayanan, K. Sachdeva & V. Sharma, 'The Real Effects of Environmental Activist Investing', *ECGI Working paper* No. 743/2021.

42 E. van Damme, 'Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand', *Markt & Mededinging*, 2020, p. 166.

43 E.A. Posner & E.G. Weyl, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton, Princeton University Press, 2018, p. 168 e.v.

44 Zo bevat de top 100 beleggingen van ABP aandelen in zowel Apple als Microsoft als Samsung. Zie <https://www.abp.nl/images/top-100-beleggingen.pdf> (bezoekt op 15 augustus 2021).

afhankelijk is van de wijze waarop de *corporate governance* is georganiseerd. Ik herhaal dat de staat (en waar die bevoegd is de Europese Unie) de beste papieren heeft om het kader daarvoor te creëren.

26.4 Ten slotte: geen *business as usual*

Maatschappelijk verantwoord ondernemen staat al 25 jaar sterk in de belangstelling. In het ondernemingsrecht is daarbij lang verondersteld dat niet-afdwingbare normen volstaan om dit te verwezenlijken. Het recente pleidooi van de groep van 25 getuigt van het internationaal steeds meer doorgedrongen inzicht dat méér nodig is. Toch gaat de groep niet ver genoeg: het ondernemingsrecht blijft voor hen te veel *business as usual*. In deze verkennende bijdrage liet ik zien dat het serieus nemen van hun pleidooi noopt tot het fundamenteel doordenken van de grondslag van de plicht tot maatschappelijk ondernemen en van de rol van de staat bij het stellen van regels. De voordelen die de rechtspersoon geniet komen met verplichtingen, niet vanwege een ethische verantwoordelijkheid of een verkeerd begrepen *noblesse oblige* maar omdat het mede bevorderen van het maatschappelijk belang inherent is aan het doel van grote kapitaalvennootschappen. Voor wie constateert dat verdere worteling van bedrijven van de samenleving moet worden voorkomen, heeft deze speurtocht naar de fundamenten van het ondernemingsrecht de hoogste prioriteit.