De plaats van de onderneming in de samenleving en van de samenleving in de onderneming

Mr. G. C. Makkink *

Als ondernemingen daadwerkelijk maatschappelijke verantwoordelijkheid dragen, levert dat verplichtingen op. Het is de vraag wie die verplichtingen formuleert en wie nakoming van die verplichtingen kan afdwingen. Het ondernemingsrecht moet op die vragen antwoorden formuleren.

De Corporate Governance Code 2016 berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een langetermijnsamenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken *stakeholders*. Stakeholders zijn groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of erdoor worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, leveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Bij het vormgeven van de strategie wordt in ieder geval aandacht besteed aan de belangen van de stakeholders, aldus de Code.

Een groep prominente hoogleraren ondernemingsrecht (onder wie Jaap Winter, Vito Timmerman en Gerard van Solinge) bepleit daarenboven een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Die zorgplicht moet ertoe leiden dat de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer als een verantwoordelijke vennootschap. Zij denken dat het helpt als een onderneming een *raison d'être* formuleert en daarmee duidelijk maakt wat zij in de samenleving wil bewerkstelligen. Verantwoording geschiedt vervolgens in het publieke debat, in het jaarverslag en aan de aandeelhouders, aldus de hoogleraren.

Het zou me verrassen als ondernemingen, na enige zelfreflectie met behulp van buitenstaanders, uit eigen beweging gaan doen wat goed is voor de maatschappij. Juist veel moderne, zeer succesvolle ondernemingen blinken uit in het externaliseren van maatschappelijke kosten, het minimaliseren van belastingafdrachten en het najagen van een monopolie met navenante marges: Airbnb, Amazon, Facebook, Thuisbezorgd, Google, Booking.com, Uber. Een gevestigde bedrijfstak als de farmaceutische industrie toont bij het bepalen van prijzen van medicijnen weinig verantwoordelijkheidsgevoel voor de maatschappij, terwijl patiënten wel degelijk stakeholders in hun

onderneming zijn. Er zijn voorbeelden van koerswijzigingen onder maatschappelijke druk, maar meestal lijken die te berusten op een nadere vaststelling van het eigen belang van de onderneming in een concrete (publicitaire) situatie en niet op een fundamentele heroriëntatie. En wat is de toekomst van een sigarettenfabrikant na beantwoording van de vraag wat hij in de samenleving wil bewerkstelligen? Het staken van de activiteiten?

Het idee dat een onderneming zich maatschappelijk verantwoord moet gedragen, doet denken aan het ideaal van de verantwoordelijke en oppassende burger, een steunpilaar van de samenleving. Maar niemand is rechtens verplicht een verantwoordelijke of betrokken burger te zijn. Ieder individu heeft de grondwettelijke vrijheid buitenissige opvattingen te koesteren en te verspreiden en zich eigengereid te gedragen, ook als dat, binnen de grenzen van de wet, hinderlijk of schadelijk voor anderen is. Het feit dat ondernemingen een veel grotere maatschappelijke impact hebben dan individuele burgers, rechtvaardigt dat van ondernemingen meer mag worden verwacht: *noblesse oblige*. Maar schept de maatschappelijke verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk verplichtingen, en kan nakoming van die verplichtingen worden afdwongen?

De vraag in welke mate en op welke wijze ondernemingen hun beleid moeten laten bepalen door de maatschappelijke gevolgen van hun activiteiten, is in de kern een politieke. In de negentiende eeuw heeft de politiek niet lijdzaam afgewacht of ondernemingen zelf de consequentie zouden trekken uit het inzicht dat het beter is kinderen naar school te sturen dan naar de fabriek. Het Kinderwetje van Van Houten uit 1874 heeft aan kinderarbeid beperkingen gesteld, die later zijn aangescherpt in de Leerplichtwet (1901) en de Arbeidswet (1919). In de afgelopen decennia heeft de wetgever een meer bescheiden en faciliterende rol gekozen. Het werpt ook maatschappelijke vruchten af om ondernemingen niet te beperken in hun vermogen relevante producten en diensten voort te brengen. Maar inmiddels lijkt de machtsbalans tussen de politiek en het (internationale) bedrijfsleven uit evenwicht. De beperkte reikwijdte van het onlangs door de G7 bereikte akkoord over een minimumtarief voor de belasting op winst is daarvan een illustratie.

* Mr. G.C. Makkink is voorzitter van de Ondernemingskamer.

Ook de rechter is geneigd eerbiedwaardige afstand te houden. Volgens de heersende leer toetst de rechter de juistheid van het ondernemingsbeleid slechts met terughoudendheid en waakt hij ervoor 'op de stoel van de ondernemer te gaan zitten'.

Er zijn nog maar weinig ondernemingen die het mantra van Milton Friedman – *the business of business is business* – (publiekelijk) omarmen. Ieder bedrijf heeft de mond vol van maatschappelijke verantwoordelijkheid. Indien ondernemingen daadwerkelijk verplicht zijn hun doen en laten mede te laten bepalen door maatschappelijke belangen zoals het beperken van klimaatverandering en specifieke belangen van externe stakeholders, dan ligt het voor de hand dat de bestaande regeling van de zeggenschap over het beleid en de gang van zaken binnen ondernemingen ongeschikt is. In het huidige stelsel hebben de genoemde externe belangen wettelijk geen eigen representanten binnen de organen van de vennootschap. Dat betekent dat, zolang de politiek en de rechter zich afzijdig houden, bestuur en aandeelhouders naar eigen goeddunken kunnen bepalen welke betekenis en welk gewicht toekomen aan de belangen van degenen die niet aan tafel zitten. Duurzaamheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid kunnen dan het domein blijven van de afdeling marketing en communicatie.

Zoals gebruikelijk loopt de wetgeving achter op de maatschappelijke ontwikkelingen. Ik zie drie mogelijkheden om de huidige opvattingen over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen in het ondernemingsrecht gestalte te geven. Een eerste mogelijkheid is om die belangen binnen de onderneming daadwerkelijk een stem te geven, naast of tezamen met die van de aandeelhouders. Dat vergt wel dat geloofwaardige representanten van maatschappelijke belangen, bijvoorbeeld in de vorm van ngo's, kunnen worden geïdentificeerd, rekening houdend met de activiteiten van de onderneming. Die representanten zouden dan het recht hebben een aantal commissarissen of bestuurders te benoemen. Een andere mogelijkheid is ondernemingen wettelijk te verplichten hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te concretiseren in meetbare normen op het gebied van bijvoorbeeld milieu en klimaat, eerlijke handel, belastingmoraal et cetera. Daarbij past dat organisaties van stakeholders die zich richten op bescherming van het desbetreffende belang bevoegd zijn naleving van die normen in rechte af te dwingen, bijvoorbeeld via een collectieve actie of via het enquêterecht. Ook toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad bevordert de afdwingbaarheid van door de onderneming zelf geformuleerde normen. Ten slotte is er natuurlijk de traditionele bevoegdheid van de wetgever om wettelijke normen te stellen ter waarborging van maatschappelijke belangen. De advocaat-generaal bij het ressortsparket heeft het enquêterecht al en zou daarvan gebruik kunnen maken bij twijfel aan het maatschappelijk beleid van een onderneming. Gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid kunnen zich natuurlijk ook voordoen als de onderneming wettelijke normen niet negeert.

Gelukkig staat het recht nooit stil. Het vonnis van de rechtbank Den Haag in de zaak van Milieudefensie c.s. tegen Shell is alleen al belangrijk omdat het ons eraan herinnert dat verantwoordelijkheid en vrijblijvendheid niet goed samen gaan.