

De RvC als hoeder van de maatschappelijke zorgplicht

De grens van wat de aarde en onze maatschappij aankunnen is bereikt. Verandering is noodzakelijk. Behalve overheden moeten ook ondernemingen hiervoor hun verantwoordelijkheid nemen. Ondernemingen hebben een maatschappelijke zorgplicht en de raad van commissarissen is bij uitstek geschikt om op te treden als hoeder van die zorgplicht.

Sophie Zwartkruis beschrijft de basis van de maatschappelijke zorgplicht en de wijze waarop de raad zijn diverse rollen kan inzetten om deze te effectueren. Met dit artikel won zij de Best Paper Award binnen de Commissarissencyclus van Nyenrode Business Universiteit.



Sophie Zwartkruis werkte lange tijd op de Amsterdamse Zuidas als advocaat op het gebied van corporate governance en fusies & overnames. Zij is nu zelfstandig corporate governance adviseur en toezichthouder.

We leven in een tijd van grote maatschappelijke transitie. We hebben de grens bereikt van wat de aarde en onze maatschappij aankunnen; verandering is noodzakelijk. Niet alleen overheden spelen een belangrijke rol in deze ingrijpende systeemwijziging. Ook ondernemingen moeten hun verantwoordelijkheid nemen. Zij maken onderdeel uit van een groter geheel, een ecosysteem van werknemers, klanten, overheden, leveranciers, aandeelhouders en de maatschappij. De grote economische en maatschappelijke impact die ondernemingen hebben op dat ecosysteem maakt dat zij verantwoordelijkheid dragen voor de gezondheid en de toekomstbestendigheid ervan.

Het vennootschappelijk belang

De wet bepaalt dat het bestuur en de raad van commissarissen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:139/239 lid 5 BW voor het bestuur en artikel 2:140/250 lid 2 BW voor de raad van commissarissen). De wet vult het begrip vennootschappelijk belang niet nader in; over de invulling daarvan bestaat veel jurisprudentie en literatuur.

Lange tijd was er brede steun voor de gedachte, overgewaaid vanuit de Verenigde Staten, dat belangen van andere betrokkenen een rol spelen maar dat het creëren van aandeelhouderswaarde centraal staat. De financiële crisis van 2008 zorgde voor een kentering in de centrale rol van de aandeelhouder. Ook in de Verenigde Staten is sinds 2008 steeds vaker het geluid te horen dat de belangen van allen die bij de onderneming zijn betrokken, in gelijke mate moeten worden meegewogen. In Nederland is dit de heersende leer: het vennootschappelijk belang wordt gevormd door de gezamenlijke belangen van degenen die bij de onderneming zijn betrokken, waaronder werknemers, leveranciers en afnemers. Ook maatschappelijke belangen, zoals het milieu¹, kunnen onderdeel vormen van het vennootschappelijk belang.

De Hoge Raad heeft zich door de jaren heen in verschillende arresten uitgelaten over de invulling van het vennootschappelijk belang. In het toonaangevende, en nog steeds relevante, Cancun arrest uit 2014 overwoog de Hoge Raad dat het vennootschappelijk belang in de regel wordt bepaald door het 'bestendige succes' van de door de vennootschap gedreven onderneming². Vervolgens overwoog de Hoge Raad, in lijn met eerdere jurisprudentie, dat bestuurders³ mede op grond van de zorgvuldigheidsnorm in artikel

2:8 BW⁴, zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan volgens de Hoge Raad meebrengen dat bestuurders ervoor zorgen dat die belangen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.

Van vennootschappelijk belang naar maatschappelijke zorgplicht

Een stap verder gaat de maatschappelijke zorgplicht van de vennootschap. Het hebben van een maatschappelijke zorgplicht is meer dan het meewegen van maatschappelijke belangen in het totaal van het vennootschappelijk belang waarin andere deelbelangen ook een rol spelen. Het hebben van een maatschappelijke zorgplicht betekent dat de vennootschap een actieve verplichting heeft om op een zorgvuldige en verantwoordelijke manier deel te nemen aan het maatschappelijke verkeer en het maatschappelijke belang niet als deelbelang ondergeschikt kan maken aan andere deelbelangen, zoals het belang van de aandeelhouders. De maatschappelijke zorgplicht kent op dit moment geen wettelijke basis. Desalniettemin wordt steeds vaker bepleit dat een dergelijke zorgplicht al impliciet bestaat en een expliciete wettelijke basis zou moeten krijgen.

De vraag of vennootschappen een maatschappelijke zorgplicht hebben, wordt vaak geplaatst in de context van de *license to operate* die de vennootschap van de maatschappij heeft gekregen. Het concept van de *license to operate* wordt gebaseerd op de gedachte dat de maatschappij aan vennootschappen verschillende instrumenten heeft toegekend om de vennootschap in staat te stellen zich in

het maatschappelijk verkeer te bewegen om op die manier maatschappelijke welvaart te creëren, zoals het hebben van rechtspersoonlijkheid en het beperken van de aansprakelijkheid van bestuurders. ‘Voor wat, hoort wat’ dus eigenlijk.

De overwegingen van de Hoge Raad bieden handvatten om ook in het huidige wettelijke kader een maatschappelijke zorgplicht van vennootschappen aan te nemen en een verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen voor de naleving van die zorgplicht. Allereerst stelt de Hoge Raad dat het bestendige succes van de onderneming de norm is aan de hand waarvan het vennootschappelijk belang moet worden ingevuld. Dit bestendige succes van de onderneming is afhankelijk van haar *license to operate*: de onderneming verliest haar *license to operate*, en daarmee haar bestendige succes, wanneer zij de belangen van de maatschappij veronachtzaamt en niet handelt als een zorgvuldige en verantwoordelijke deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Een onderneming die op deze wijze acteert, zou niet langer gebruik moeten mogen maken van de faciliterende instrumenten die de maatschappij haar biedt. De maatschappelijke zorgplicht van de vennootschap vloeit

‘Het bestendige succes van de onderneming is de norm aan de hand waarvan het vennootschappelijk belang moet worden ingevuld’

daarmee voort uit het vennootschappelijk belang en het bestendige succes van de onderneming. Omdat de raad van commissarissen het vennootschappelijk belang centraal moet stellen bij zijn taakvervulling, heeft hij daarmee een verantwoordelijkheid om erop toe te zien dat de vennootschap die zorgplicht naleeft.

Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat bestuurders en commissarissen moeten zorgen dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Met het oog op de klimaat- en sociale problematiek leidt het veronachtzamen door vennootschappen van maatschappelijke belangen tot onevenredige schade voor de maatschappij als betrokkene bij de vennootschap. Wanneer bestuurders en commissarissen de maatschappelijke zorgplicht van de onderneming niet in acht nemen, handelen zij in strijd met de zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW.

Dit geldt des te meer nu er verschillende wetgevingsinitiatieven lopen om de maatschappelijke zorgplicht vast te leggen, zowel op Nederlands als op Europees niveau. In Nederland is op 11 maart 2021 een wetsvoorstel ingediend met als titel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen⁵. In dit wetsvoorstel is een zorgplicht voor ondernemingen opgenomen op grond waarvan een onderneming maatregelen moet nemen om nadelige gevolgen voor de maatschappij te voorkomen of te beperken. Voor grote ondernemingen voegt het wetsvoorstel daaraan een verplichting toe tot gepaste zorgvuldigheid in de waardeketen. Het wetsvoorstel voorziet in een externe toezichthouder die over verschillende handhavingsmiddelen beschikt, waaronder het opleggen van bestuursrechtelijke boetes aan de onderneming. Het wetsvoorstel heeft

'Bestuurders moeten aansprakelijk kunnen worden gesteld als zij niet aan de zorgplicht voldoen'

veel stof doen opwaaien en is op het moment van het schrijven van dit artikel in behandeling bij de Tweede Kamer.

Op Europees niveau heeft de Europese Commissie op 23 februari 2022 een voorstel gepubliceerd voor de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)⁶. De CSDDD legt een verplichting op aan Europese ondernemingen om zorgvuldigheid te betrachten in hun waardeketen. Onderdeel van het voorstel is de introductie van een zorgplicht voor bestuurders op grond waarvan bestuurders bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming, rekening moeten houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, waaronder de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu, op de korte, middellange en lange termijn. De voorgestelde CSDDD bepaalt dat lidstaten de zorgplicht zodanig in nationale wetgeving moeten implementeren dat bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld als zij niet aan de zorgplicht voldoen. Op 14 december 2023 bereikten de Europese Raad en het Europees Parlement overeenstemming over de CSDDD. Op basis van deze overeenstemming zal de tekst van de CSDDD definitief worden gemaakt.

In het licht van deze maatschappelijke discussies kunnen bestuurders en commissarissen niet (langer) voorbijgaan aan de

maatschappelijke zorgplicht van de vennootschap voor wiens handelen zij als leidinggevenden verantwoordelijk zijn.

De raad van commissarissen

De basis van goed bestuur in het Nederlandse ondernemingsrecht is een rolverdeling tussen de belangrijkste organen van de vennootschap: het bestuur bestuurt, de raad van commissarissen houdt toezicht en de aandeelhouders, verenigd in de aandeelhoudersvergadering, houden het eigendom van de aandelen en hebben een beperkt aantal bevoegdheden die daarmee verband houden. De wettelijke regeling over de taken van de raad van commissarissen is summier. Artikel 2:140/250 lid 2 BW bepaalt daarover het volgende.

‘De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en 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.’

In artikel 2:140/250 lid 2 BW worden twee rollen van de raad van commissarissen expliciet benoemd: toezicht houden en adviseren. De kern van de rol van de raad van commissarissen is het houden van toezicht. De wet geeft geen nadere invulling aan de inhoud van deze toezichthoudende taak. Algemeen wordt aangenomen dat toezicht houden betekent dat commissarissen moeten worden gekend in het algemene bestuursbeleid en belangrijke bestuursbesluiten. Het bestuur kan het algemene beleid pas vastleggen na overleg met de raad van commissarissen en kan belangrijke bestuursbesluiten pas nemen nadat de raad van commissarissen

‘De raad van commissarissen zal zich steeds moeten afvragen wat de mogelijke maatschappelijke implicaties zijn van het onderwerp dat op tafel ligt’

daarover is geraadpleegd. Dit geldt ook wanneer de statuten daarover geen expliciete regeling bevatten⁷.

Daarnaast heeft de raad van commissarissen een adviserende rol. Dit advies is niet vrijblijvend; met het oog op de toezichthoudende rol van de raad van commissarissen zal het bestuur dit advies serieus moeten meewegen.

Naast deze twee rollen is er een derde rol die voor structuurvennootschappen voortvloeit uit de wet en voor veel andere vennootschappen uit de praktijk: de raad van commissarissen is de werkgever van het bestuur. Bij structuurvennootschappen benoemt en ontslaat de raad van commissarissen de bestuurders. Bij niet-structuurvennootschappen ligt die bevoegdheid bij de aandeelhoudersvergadering, maar in de praktijk is het vaak de raad van commissarissen die de beoordelingsgesprekken en salarisonderhandelingen met de bestuurders voert en de aandeelhoudersvergadering adviseert over de te nemen besluiten. De raad van commissarissen is immers vaak nauwer betrokken bij het bestuur en de gang van zaken binnen de vennootschap dan de aandeelhouders. De raad van commissarissen heeft ook een vierde rol als netwerker, waarbij de raad optreedt als schakel tussen het bestuur, de vennootschap en andere belanghebbenden. Wanneer de raad van commissarissen

optreedt als netwerker, kan hij enerzijds maatschappelijk draagvlak creëren voor de vennootschap en haar activiteiten en anderzijds informatie en contacten vergaren die relevant zijn voor de vennootschap.

Bij het invullen van deze rollen moet de raad van commissarissen, zo schrijft artikel 2:140/250 lid 2 BW voor, steeds het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming centraal zetten. Zoals ik eerder beargumenteerde, speelt de maatschappelijke zorgplicht van de vennootschap daarin een centrale rol. Dit betekent dat de raad van commissarissen zich steeds zal moeten afvragen wat de mogelijke maatschappelijke implicaties zijn van het onderwerp dat op tafel ligt.

Als toezichthouder zal de raad van commissarissen dit moeten doen door het bestuur te bevragen over de maatschappelijke zorgplicht: heeft het bestuur bij de besluiten die hij neemt en de handelingen die hij verricht, beoordeeld wat de mogelijke gevolgen zijn voor de maatschappij? Wat zijn die mogelijke gevolgen volgens het bestuur en op welke wijze worden die gevolgen meegenomen in het voorgenomen besluit of de te verrichten handeling? De raad van commissarissen moet als toezichthouder de processen binnen de bestuurskamer en de uitkomsten van die processen bevragen.

Als adviseur moet de raad van commissarissen, gevraagd en ongevraagd, advies geven aan het bestuur over de wijze waarop het bestuur omgaat met de maatschappelijke zorgplicht van de vennootschap. Dit betekent dat de raad een eigen standpunt moet formuleren over de wijze waarop de vennootschap haar zorgplicht invult. De raad moet het bestaan van de zorgplicht steeds opnieuw onder de aandacht van het bestuur brengen. Als werkgever heeft de raad van commissaris-

sen allereerst de mogelijkheid om te bepalen wie de bestuurders van de vennootschap zijn en bij de selectie te laten meewegen wat de visie is van de aspirant-bestuurder op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de vennootschap. In het evaluatieproces van zittende bestuurders kan de raad van commissarissen de invulling van de zorgplicht van de vennootschap door de bestuurders expliciet meenemen en de bestuurders feedback geven op de wijze waarop zij met die zorgplicht zijn omgegaan.

Ook de netwerkrrol van de raad van commissarissen is in de context van de maatschappelijke zorgplicht van belang. De raad creëert in de buitenwereld draagvlak voor het handelen van de vennootschap, door uit te leggen op welke wijze besluiten en handelingen tot stand zijn gekomen en hoe de vennootschap invulling geeft aan haar maatschappelijke zorgplicht. Tegelijkertijd hoort de raad van commissarissen wat er leeft in die buitenwereld en hoe daar wordt aangekeken tegen de vennootschap en haar activiteiten. Die informatie kan de raad van commissarissen teruggeven aan het bestuur.

Deze vier rollen maken dat de raad van commissarissen bij uitstek het aangewezen orgaan is om op te treden als hoeder van de maatschappelijke zorgplicht van de vennootschap. Commissarissen zijn in staat om enkel het belang van de vennootschap te dienen omdat zij niet afhankelijk zijn van die

'De raad is bij uitstek geschikt om op te treden als hoeder van de maatschappelijke zorgplicht'

vennootschap voor hun inkomen of carrière. Daarnaast kan de raad van commissarissen met enige afstand naar de vennootschap kijken omdat de commissarissen geen operationele rol hebben. Zij zijn niet, of slechts op afstand, betrokken bij de voorbereiding van besluiten of projecten van de vennootschap, zijn daardoor minder emotioneel gebonden aan dat besluit of project en zijn in staat om het in een breder perspectief te plaatsen.

Conclusie

De raad van commissarissen als toezichthouder, adviseur, werkgever en netwerker is verantwoordelijk voor het naleven door de vennootschap van haar maatschappelijke zorgplicht. Dit vloeit voort uit de verplichting van de raad van commissarissen om het vennootschappelijk belang centraal te stellen bij de vervulling van zijn taken en de zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, maar ook uit de verschillende initiatieven in Nederland en de Europese Unie om de maatschappelijke zorgplicht een expliciete wettelijke basis te geven. Met het oog op de rollen die de raad van commissarissen binnen de vennootschap vervult en de afstand die hij heeft tot de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap, is de raad bij uitstek geschikt om op te treden als hoeder van de maatschappelijke zorgplicht. «

Noten

1. Uit artikel 2:391 lid 1 BW blijkt bijvoorbeeld dat het bestuur het milieu moet meenemen in zijn belangenafweging.
2. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286, r.o. 4.2.1 en 4.2.2 (Cancun).
3. Dit geldt evenzeer voor commissarissen die evenals bestuurders zijn gebonden aan het vennootschappelijk belang en de zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW.
4. Artikel 2:8 lid 1 BW bepaalt: 'Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'
5. Voorstel van wet van de leden Van der Graaf, Jasper van Dijk, Thijssen, Van der Lee, Koekkoek en Hammelburg houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in waardenketens om schending van mensenrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel. Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, 35 761, nr. 9.
6. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, 23 februari 2022.
7. E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten en P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Kluwer Deventer (2013), nr. 274.