

Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving

Ondernemingsrecht 2021/2

Het voorstel van 25 hoogleraren ondernemingsrecht inzake duurzaam maatschappelijk verantwoord ondernemen, zoals geformuleerd in *Ondernemingsrecht 2020/86*, is wel sympathiek maar zal het beoogde doel niet bereiken.

Het past niet of onvoldoende in de inmiddels door nationale en internationale wetgevers ingezette trend, die veel verder gaat, met behulp van verplichtender specifieke wetgeving. Er is inmiddels een ongeveer 25-jarige internationale geschiedenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen, geheel gebaseerd op vrijwillige deelname van bedrijven. Sommige doen er veel aan, andere weinig. De resultaten van deze vrijwillige inzet zijn onvoldoende. Daarom komen steeds meer nationale wetgevers met specifieke en verplichtende maatregelen, inclusief handhaving, op het gebied van “due diligence”. Ook de SER en de EU volgen deze lijn. Zonder specifieke verplichtingen, voorzien van sancties en handhaving gaat het niet lukken om het bedrijfsleven goed en volledig op het spoor van de duurzaamheid te krijgen. Het voorstel van de ondernemingsrecht-hoogleraren is derhalve “too little, too late”.

1. De nieuwe opdracht voor bestuurders en toezichthouders van vennootschappen

Als 25 hoogleraren het met elkaar eens zijn, moet je op je tellen passen. Zoveel heb ik in 40 jaar van wetenschap en bestuur aan de universiteit wel geleerd. Zulke unanimiteit onder professoren is vrij zeldzaam.

De 25 geleerden hebben zich, in het artikel waarop ik hier reageer, verenigd rond een sympathiek doel: het via een wettelijk voorschrift bevorderen van fatsoenlijk maatschappelijk gedrag door bestuurders en toezichthouders van bedrijven. Die bedrijven dienen zich, geleid door die fatsoenlijke bestuurders, te gedragen als “responsible corporate citizens”. En dat moet in Boek 2 BW als zorgplicht worden vastgelegd. Niet alleen maar de aandeelhouders in het vizier van de bestuursverantwoordelijkheid, ook niet,

Rijnlands gedacht, tezamen met de andere stakeholders, maar de gehele samenleving dienen, dat is voortaan het devies. In de woorden van de 25: verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer. Dat zal voortaan mede de wettelijk verankerde opdracht en rol van vennootschappen en de ermee verbonden ondernemingen moeten zijn.

Gaat dat op de voorgestelde wijze lukken?

2. De slinger van de tijd

Veel is en wordt er geschreven en gedacht over de rol en de plaats van private ondernemingen in onze westerse cultuur. Gaat het erom de aandeelhouders te (be)dienen (Anglo-Saksisch, shareholdersvalue vermeerderen), spelen andere stakeholders als werknemers, leveranciers en klanten nog een rol (Rijnlandmodel), hebben ondernemingen zich iets aan te trekken van wereldwijd aangenomen verdragen inzake klimaat, mensenrechten, arbeidsrechten?

Welke rolopvatting hebben bestuurders en toezichthouders van bedrijven hierover?

In het Amerikaanse deel van het westen is de gedachte van aandeelhouderswaarde-vermeerdering als centrale opdracht van bestuurders lang dominant geweest.

En in de jaren 90 van de vorige eeuw en het begin van deze eeuw heeft die gedachte ook in Europa en in ons land flink postgevat. De macht van de aandeelhouders is toen in ons land wettelijk aanzienlijk uitgebreid, zie daarover mijn boek *Westenwind* uit 2004.²

Private bedrijven hebben, net als de media, de politiek en de wetenschap, hun eigen “logica”. En die houdt in dat ze eerst aan zichzelf (moeten) denken (immers: concurrentie, omzet/winst maken om te overleven, te investeren, te innoveren etc.) en pas daarna aan de samenleving als geheel. Dat ligt voor de hand en is begrijpelijk. Het zijn private en geen publieke instellingen. Dat betekent ook dat het aan de overheid is om hen in het (veranderend) maatschappelijk gareel te houden.

Nu lijkt de laatste 10 jaar het maatschappelijk tij, dat lang in het voordeel van de aandeelhoudersmacht werkte, ietwat te keren, de slinger van de tijd doet zijn werk.

In de VS heeft vorig jaar de Roundtable van CEO's zich uitgesproken ten faveure van het stakeholdersmodel.³

¹ Paul F. van der Heijden is emeritus-hoogleraar Internationaal Arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden. Hij was actief binnen de tripartite International Labour Organization (ILO), onder meer als onafhankelijk voorzitter van de Governing Body Committee on Freedom of Association. Hij was tevens Kroonlid van de SER. Hij werd onlangs benoemd in het internationale arbitrage panel dat optreedt op grond van het nieuwe handelsverdrag tussen de US, Mexico en Canada (USMCA) in een nieuw “rapid response mechanism to enforce labor rights”. Deze bijdrage is een reactie op Jaap Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht 2020/86*.

² Zie: Paul F. van der Heijden, *Westenwind, van werknemersinvloed naar aandeelhoudersmacht*, Uitgeverij Balans, 2004.

³ Zie www.businessroundtable.org, augustus 2019, Business Roundtable redefines the purpose of a corporation to promote “an economy that serves all Americans”.

In de Nederlandse Corporate Governance Code van 2018 wordt in Principe 1.1.1 aandacht besteed aan het fatsoenlijk en verantwoordelijk ondernemen, zie de opsomming onder 1.1.1, v en vi, waar het gaat over het in de langetermijnstrategie aandacht geven aan de belangen van stakeholders, van personeel, van sociale en milieuaspecten en van de verantwoordelijkheid in de internationale keten.⁴

Het onderwerp Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO), in het Engelstalige jargon tot voor kort vaak aangeduid als Corporate Social Responsibility (CSR), maar steeds meer als Responsible of Sustainable Business Conduct (RBC), heeft in de afgelopen jaren veel aan belang gewonnen. Je zou ook kunnen zeggen dat er een heel nieuwe “industrie” is ontstaan rond dit onderwerp. NGO’s, wetenschap in de vorm van dissertaties, oraties, artikelen in tijdschriften, multilaterale organisaties (zoals de UN, OECD, ILO), internationale advocaten- en accountantsfirma’s hebben zich op het onderwerp gestort, terwijl ook nationale regeringen en de EU niet achterblijven. Er wordt veel over het onderwerp getweet en ook op LinkedIn is er uitgebreid over te lezen.⁵

In Nederland is in de SER grote nieuwe bedrijvigheid ontstaan onder de kop Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (IMVO). Inmiddels zijn er 10 IMVO-convenanten voor verschillende bedrijfstakken gesloten, waaraan bedrijven in de desbetreffende branche zich vrijwillig kunnen binden. Ook het Nederlandse Ministerie voor Buitenlandse Handel is hierbij financieel en beleidsmatig betrokken, naast de gebruikelijke polderdeelnemers in de SER.⁶

Een nieuwe impuls voor dit alles hebben de in 2015 geformuleerde Sustainable Development Goals (SDG’s) van de UN gegeven, die in 2030 moeten zijn gerealiseerd.⁷ De UN had al eerder (2011) de UN Guiding Principles for Business and Human Rights (UNGPR) geformuleerd, ook wel – naar de opsteller ervan, Harvard-professor John Ruggie – de Ruggie-principles genoemd, waarin aandacht wordt gegeven aan corruptie, klimaat en arbeidsrechten.⁸ Via de UN Global Compact organisatie, waaraan inmiddels wereldwijd meer dan 10.000 grote ondernemingen meedoen, wordt getracht deze UNGPR’s in de praktijk toe te passen.⁹

De OESO en de ILO kennen al tientallen jaren gedragsregels voor multinationale ondernemingen. En ook hebben veel

grote ondernemingen, al dan niet onder druk van activistische aandeelhouders, zelf “Codes of Conduct” opgesteld, waarin ze hun voorgenomen gedrag ten opzichte van de maatschappij formuleren.¹⁰

De rode draad in al deze internationale en nationale regelgevende en beleidsactiviteiten op het gebied van MVO is zelfregulering door het bedrijfsleven, “due diligence” door de aanbestedende partij van andere contractspartijen in de internationale ketens en verslaglegging in de jaarverslagen. Het is vrijwel allemaal niet dwingend, maar “zacht” recht.

Maar langzamerhand blijkt dat deze “soft law”-benadering niet genoeg helpt, te langzaam resultaten oplevert, lang niet alle bedrijven mee krijgt. In het recente SER-advies van september 2020 “Samen naar duurzame ketenimpact” wordt dit gegeven onderkend. Er wordt kort gezegd niet (voldoende) “geleverd” op dit punt door bedrijven.¹¹ En dat is gezien hun eigen “logica” ook wel begrijpelijk.

Daarom wordt meer en meer gevraagd om “hard law”: internationale en nationale wetgeving, met dwingende en afdwingbare regels, om de bedrijven in het gewenste ga-reel te krijgen.

De rol van de staat wordt groter en belangrijker, duidelijk is geworden dat het niet zonder een sterke(ere) staat kan. Ook dat is duidelijk te lezen in het bovenvermelde SER-advies. Het is tevens een internationale trend, zo blijkt uit het volgende. In Nederland is bijvoorbeeld een “Wet zorgplicht voorkoming van kinderarbeid” tot stand gekomen,¹² in Engeland de “Modern Slavery Act”,¹³ in Frankrijk de “Loi sur le Devoir de Vigilance”,¹⁴ en in Duitsland en Finland zijn nationale wetten in de maak,¹⁵ die dwingende(r) regels aan het bedrijfsleven opleggen inzake maatschappelijk verant-

4 Zie www.mccg.nl met tekst en toelichting op de CGC 2018.

5 Zie onder heel veel meer: Tineke Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR*, dissertatie Utrecht, Kluwer 2011; A.J.A.J. Eijsbouts, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV, Kluwer 2010; Cees van Dam, ‘Corporate Responsibility to respect Human Rights vis-à-vis Legal Duty of Care’, in *Human Rights in Business*, London, 2017; O.R.J.C. Freens en H. Koster, ‘Enkele bespiegelingen over (juridische) regulering en instrumenten om maatschappelijk verantwoord ondernemen na te streven’, *O&F* 2018/2 (26), blz. 42-62.

6 Zie www.imvoconvenanten.nl, zie ook M.Y.H.G. Erkens, ‘De Nederlandse IMVO-convenanten, inhoud, werking en waarde’, *TRA* 2019/96.

7 Zie www.un.org, *sdg-site*, waar de 17 SDG’s zijn te vinden met alle activiteiten die er voortdurend omheen worden georganiseerd. De 17 SDG’s zijn in 2015 door alle lidstaten in een resolutie van de UN aangenomen als onderdeel van de 2030 Agenda for Sustainable Development.

8 Zie www.ohchr.org.

9 Zie www.unglobalcompact.org en voor Nederland www.gcnetherlands.nl.

10 Zie OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 1988, de nieuwste versie is van 2011, www.oecd.org en ILO, The Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration) van 1977, de nieuwste versie is van 2017, www.ilo.org.

11 Zie SER Advies 20/08. Ook internationaal is hier veel aandacht voor. In Genève wordt in het verband van de UN Council for Human Rights, die ook verantwoordelijk is voor het toezicht op de naleving van de UNGPR, al enige tijd gesproken over de totstandkoming van een UN Treaty on Business & Human Rights, Zie www.business-humanrights.org. Zie hierover Nicola Jägers, ‘Mensenrechten en bedrijven, quo vadis’, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 2019/16.

12 Zie Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen, Wet zorgplicht kinderarbeid, *Stb.* 2019, 401, zie hierover H. Koster, ‘De Wet zorgplicht kinderarbeid nader belicht’, *O&F* 2020/1 (www.bjutijdschriften.nl).

13 Zie Modern Slavery Act 2015, www.legislation.gov.uk.

14 Zie Loi nr 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d’ordre (1), www.legifrance.fr.

15 In het Duitse regeerakkoord staat hierover: Schutzpflicht und unternehmerischen Verantwortung für Menschenrechten in globalen Lieferketten: Falls die wirksame und umfassende Überprüfung des Nationalen Aktionsplan NAP 2020 zu dem Ergebnis kommt, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen nicht ausreicht, werden wir national gesetzlich tätig und uns für eine EU-weite Regelung einsetzen.

Zie www.manager-magazin.de, Gesetz für Kontrolle der Lieferketten rückt näher. Zie voor Finland: www.ecotextile.com, Finland explores legal due diligence obligation at both national and EU-level.

woord ondernemen. Ook in de EU staat het onderwerp “verplichte due diligence in de keten” hoog op de agenda. Kon je in de jaren '90 en '00 in ons land en de EU metaforisch spreken van “Westenwind”, waarbij het Anglo-Saksisch georiënteerde belang van aandeelhouders vooral in het oog lag, de staat klein en bescheiden wilde zijn en acteerde met fluwelen handschoenen aan als het op naleving aankwam, nadien gaat het steeds meer om het collectief belang, het belang van de samenleving als geheel. Dat is een uitgangspunt dat we goed kennen uit het (Verre) Oosten, bijv. in China, in Singapore en Japan.

Zie over de impact van dat collectieve belang en hoe dat in China werkt bijvoorbeeld het recente boek van Nout Wellink, *Ontgelden*.¹⁶

De financiële en economische crisis van de jaren 2008 tot 2013, de steeds acuter wordende benodigde maatregelen in verband met de klimaatverandering, en de actuele situatie in verband met COVID-19 benadrukken ook nog eens de behoefte aan een sterke, regulerende en handhavende overheid.

Dezelfde windmetafoor volgend (die, als elke metafoor, natuurlijk nooit helemaal opgaat) kun je nu zeggen dat de wind de laatste 10 jaar gestaag draait naar het Oosten. Het belang van het collectief, van de samenleving als geheel, met een sterke, handhavende en sturende staat gaat boven het belang van het individu en private partijen.

Het voorstel van de 25 hoogleraren past wel enigszins, maar niet genoeg in deze lijn van gedachten.

3. Harde wetgeving, nationaal, internationaal

Hoewel het voorstel sympathiek is, en meegaat met de slinger van de tijd, is het zeer de vraag of het gaat helpen. Daarvoor is het vermoedelijk te vaag en te soft.

Het voorstel verplicht bestuur en toezicht van vennootschappen om verantwoordelijk met hun vennootschap en onderneming(en) aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen. En daarover verslag te doen in het jaarverslag. Wat die vage norm van een zorgplicht voor verantwoordelijk gedrag in het maatschappelijk verkeer precies betekent, zal moeten gaan blijken uit de omschrijving die ervan gaat worden gegeven in de memorie van toelichting in het gewenste wetsvoorstel, en vervolgens uit jurisprudentie die rechters in de komende decennia op de nieuwe wet gaan baseren.

Dat is dus een heel lange weg, met langdurige en kostbare civiele procedures. Maar ... een reis van duizend kilometer begint met de eerste stap, hoor ik zeggen. Ja, maar ik ben alleen bang dat we toch niet zo lang kunnen wachten. En we kunnen dit ook niet aan de Urgenda's van deze wereld overlaten.¹⁷ De staat zal en moet een actieve, handhavende en sanctionerende rol nemen, de onderwerpen (klimaat, men-

senrechten) zijn te belangrijk om louter aan civiele partijen over te laten. Het gaat om een evident publiek belang.

Om het doel van maatschappelijk gewenst, verantwoordelijk gedrag door bedrijven te bereiken kan beter gebruik worden gemaakt van specifieke en doelgerichte wetgeving, gepaard aan een sterk handhavings- en sanctiebeleid.

Neem het voorbeeld van SDG 8, Decent Work.¹⁸ Hiermee wordt bedoeld dat in 2030 wereldwijd Decent Work normaal moet zijn, en niet, zoals nu, een uitzondering.

Onder Decent Work wordt verstaan dat mensen in fatsoenlijke omstandigheden kunnen werken, waarbij voldaan wordt aan de door de ILO vastgestelde internationale beginselen en rechten op het werk. Diezelfde beginselen en rechten zijn ook onderdeel van de UNGP's, welke door het bedrijfsleven zijn omhelsd. Die beginselen en rechten zijn door de ILO in 1998 in een “Declaration” geformuleerd en terug te voeren tot 8 al eerder aangenomen Conventies. Die Conventies behelzen een verbod op kinderarbeid, op dwangarbeid en op discriminatie op de werkplek, alsmede het recht op vakbondsvrijheid en collectieve onderhandelingsvrijheid. Ook veilige en gezonde arbeidsomstandigheden zal de ILO onder deze arbeidsrechten gaan scharen.

Deze Conventies hebben inmiddels een (soms zeer) hoge graad van ratificaties door de 189 lidstaten van de ILO bereikt. Tot zover het (geduldige) papier.¹⁹

Maar de feitelijke gegevens over de naleving van deze grondrechten voor Decent Work stemmen helaas niet tot vreugde. Kinderarbeid en dwangarbeid komen nog steeds veel voor, en ook vakbondsvrijheid en collectieve onderhandelingsvrijheid zijn lang niet overal verzekerd. Discriminatie op de werkplek is overal ter wereld een bekend gegeven.²⁰

Aan de Universiteit Leiden hebben wij een databank ontwikkeld, waar inmiddels rond de 1.500 Codes of Conduct van beursgenoteerde bedrijven in de EU, de USA en Azië zijn opgenomen. Als je telt in hoeveel van die gedragscodes aandacht wordt gegeven aan bijvoorbeeld het verbod van kinderarbeid, is dat rond de 40%. Bij vakbondsvrijheid ligt dat percentage nog aanzienlijk lager, rond de 29%. Vrijwel nergens worden in die Codes de UN Guiding Principles for

¹⁶ Nout Wellink, *Ontgelden*, Arbeiderspers, 2020.

¹⁷ De Stichting Urgenda is de organisatie voor duurzaamheid, die een rechtszaak tegen de Nederlandse staat won over de zorgplicht van de staat om de Nederlandse CO₂-emissies te verlagen, zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Klimaatzaak*).

¹⁸ Decent Work is sinds 20 jaar een belangrijk, zo niet het belangrijkste, onderwerp op de ILO-agenda, dat gaat over werkgelegenheid, arbeidsrechten, sociale protectie en sociale dialoog. Onder invloed van de ILO is het thema ook als SDG 8 opgenomen in de UN SDG's, tezamen met “economic growth”.

¹⁹ Zie ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998, en de Conventies nr. 29 en 105 (dwangarbeid), 87 en 98 (vrijheid van organisatie en collectief onderhandelen), 100 en 111 (discriminatie op het werk), 138 (minimumloon) en 182 (kinderarbeid). De laatstgenoemde heeft een ratificatiegraad van 100%, alle lidstaten hebben dus geratificeerd, een unicum in de UN en ILO.

²⁰ Zie de 2020 ITUC Global Rights Index, violations of workers' rights at seven year high, www.ituc-csi.org. Zie ook een bericht van de ILO uit 2017: 40 million in modern slavery and 152 million in child labour around the world, www.ilo.org.

Business and Human Rights of de fundamentele arbeidsrechten van de ILO integraal genoemd of overgenomen.²¹ Het zijn deze en soortgelijke gegevens die nationale staten ertoe brengen om op de genoemde gebieden van kinderarbeid, moderne slavernij, discriminatie etc., naast de internationale regelgeving die al bestaat, nog strengere nationale regelgeving te zetten voor de handhaving en sanctionering. Daarzonder gaat het blijken de vaak teleurstellende gegevens van de praktijk niet. 25 jaar MVO-soft-law heeft gewoon te weinig resultaat opgeleverd.

Ook Nederland gaat die kant op. Hierboven noemde ik al de Wet zorgplicht kinderarbeid, die in 2019 werd aangenomen. Die wet biedt een sterk model dat ook voor andere onderwerpen dan kinderarbeid kan worden gebruikt. In het model wordt voor het onderwerp kinderarbeid een specifieke zorgplicht voor bedrijven in het leven geroepen, inclusief een toezichhoudend orgaan en flinke sancties bij niet-naleving.²² In het hierboven al vaker aangehaalde recente advies van de SER over IMVO wordt geconcludeerd dat nationale wetgeving deel moet uitmaken van de “mix” van regels en beleid die nodig zijn om het bedrijfsleven zover te krijgen maatschappelijk verantwoord te handelen. De SER pleit voor brede en verplichte nationale “due diligence” wetgeving, vanuit de overtuiging dat daarzonder geen aanvaardbaar resultaat wordt bereikt.²³ De in opdracht van minister Kaag verrichte evaluatie van het eerder ingezette IMVO-convenantenbeleid laat ook zien dat dwingendere regelgevende actie geboden is. Met de huidige vrijwillige convenanten worden onvoldoende resultaten behaald.²⁴

4. Too little, too late

De 25 hoogleraren ondernemingsrecht lopen dus met hun voorstel achter de feiten aan in plaats van voorop. Dat gaat vaak zo met het recht. Het volgt de ontwikkelingen in de samenleving. Maar die ontwikkelingen zijn inmiddels een heel stuk verder dan de 25 lijken te denken. Ze zullen het daar onderling wel niet helemaal over eens zijn geweest, schat ik zo.

Hun voorstel gaat leiden tot langdurige en kostbare procedures door civiele partijen, om via jurisprudentie invulling te krijgen van de gestelde vage norm. Beter is om die norm direct invulling te geven via specifieke en toegespitste regels, inclusief het toezicht op de uitvoering en handhaving ervan. Die duidelijk zichtbare trend in het denken over de

regulering van het gedrag van het bedrijfsleven is hierboven aan de orde geweest.

Het is ook onontkoombaar dat gezien de grote maatschappelijke belangen (klimaat, SDG's) de overheid hier een belangrijke taak heeft, die niet alleen aan civiele partijen als NGO's en aandeelhouders(activisme) kan worden overgelaten. De belangen zijn te groot en de tijd is te kort om nog eens jaren op de uitkomst van juridische procedures te wachten.

De Oostenwind gaat harder waaien, de overheid en de samenleving willen een bedrijfsleven dat zich ethisch verantwoord gedraagt en willen dat kunnen afdwingen met duidelijke, specifieke en harde regels. De lang gevolgde softe aanpak leidt onvoldoende tot resultaat.

21 Zie dbbe.org en zie over deze databank Paul van der Heijden, 'Fatsoenlijk werk en business-ethiek', *NJB* 2020/233, afl. 4, blz. 267.

22 Zie de artikelen 3 (toezicht), 7 (bestuurlijke boete) en 9 (strafbaarstelling via wet economische delicten) in de Wet zorgplicht kinderarbeid.

23 Zie SER Advies 20/08 (september 2020): Samen naar duurzame ketenimpact, toekomstbestendig beleid voor internationaal MVO, waar onder de Aanbevelingen aan de regering op blz. 39 wordt gepleit voor “brede due diligence wetgeving”. www.ser.nl.

24 Zie de brief van minister Kaag aan de Tweede Kamer over het Rapport evaluatie IMVO-Convenanten d.d. 10 juli 2020, zie ook het betreffende Rapport, opgesteld door het KIT, “Evaluation of the Dutch RBC Agreements, Are voluntary multi stakeholder approaches to responsible business conduct effective?” www.kit.nl.