

## Maatschappelijk verantwoord ondernemen:



*Robby Houben*  
*Professor Universiteit Antwerpen*  
*Advocaat Balie Provincie Antwerpen*

Waarde toehoorders, met al uw titels en verdiensten,

Het is een bijzonder genoeg hier vandaag voor u de openingsrede voor het gerechtelijk jaar 2022-2023 te mogen uitspreken.

Mijn rede handelt over maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Ik geef u als prelude toe dat ik twijfelde over de titel van de rede. Ik twijfelde met name tussen "*Maatschappelijk verantwoord ondernemen: horresco referens*" - ik huiver bij het vertellen - en "*Maatschappelijk verantwoord ondernemen:*" gevolgd door een afbeelding van *De Schreeuw*, het schilderij van Munch dat geestelijk leed en de emotionele kwelling verbeeldt. Ik twijfelde ook of de titel een vraagteken dan wel een uitroepteken behoefde, om twijfel over de stelling te illustreren respectievelijk ze kracht bij te zetten.

Het uitroepteken viel eerst af: dat zou ten onrechte de idee wekken dat ik *tegen* maatschappelijk verantwoord ondernemen ben. Maar, *wie* kan daar nu in hemelsnaam tegen zijn? Nee, ik ben *pro* maatschappelijk verantwoord ondernemen. Ik benadruk dat graag, en ik vraag u ook om dat goed in het achterhoofd te houden tijdens het vervolg van deze rede, waarin ik verder toch vooral kritiek zal geven op ... maatschappelijk verantwoord ondernemen, althans op de manier waarop dit door de regelgever en rechters wordt benaderd. In die zin, huiver ik een beetje bij het vertellen.

Het vraagteken viel af bij de keuze voor de afbeelding van *De Schreeuw*. Het vraagteken werd overbodig. Kunst laat de toeschouwer immers de keuze wat hij uit het kunstwerk wil afleiden; het vraagteken is met het kunstwerk verweven.

Ik ben dus een voorstander van het idee, maar sta kritisch tegenover de juridische vertaling die we ervan aan het maken zijn.

### AANDEELHOUDERSWAARDE & MAATSCHAPPELIJKE WAARDE

Moderne ondernemingen zijn niet meer louter gericht op aandeelhouderswaarde, maar ook op maatschappelijke waarde. Een onderneming staat mee ten dienste van de maatschappij en stelt een deel van de door haar gecreëerde waarde ter beschikking van maatschappelijke doelen. Zij waakt er over dat haar producten of diensten duurzaam tot stand komen, en dat er bij haar activiteiten mensenrechten en milieuzorg worden ontzien.

Aaron Hurst noemt dit "de betekenis-economie": het is de nieuwe context en manier waarop mensen en organisaties waarde proberen te creëren, die wordt bepaald door het streven van mensen om meer betekenis te krijgen in hun leven. In de betekenis-economie draait het om meer dan alleen financiële winst. Waar het om gaat is zinvolle resultaten boeken in dienst van mens en planeet. Volgens Hurst is de betekenis-economie de logische, volgende stap in de evolutie van de economie, na - in chronologische volgorde - de landbouweconomie, de industriële economie en de informatie-economie.

Maatschappelijk verantwoord ondernemen spoort met het idee van duurzaam beleggen, oftewel *sustainable finance*. In jargon spreken we over ESG: ‘*Environmental, Social & Governance*’: dat is een modeterm die wil bedoelen dat duurzaamheidsfactoren meewegen bij ondernemingsbesluitvorming en de keuze voor een bepaalde investering.

### SOFT LAW EN REGELGEVING

Maatschappelijk verantwoord ondernemen ontsnapt niet aan reglementering.

Eerst was er *soft law*, zoals de 'Ruggie Principles' van de UNO van 2011, en de *Sustainable Development Goals* of SDGs van 2015, of nog, de OESO Guidance for Responsible Business Conduct.

Deze *soft law* initiatieven inspireerden nationale wetgevers om bindende regels uit te vaardigen ter bevordering van duurzaamheid, zoals de *UK Modern Slavery Act* van 2015, de Franse *Loi de vigilance* van 2017, de Nederlandse *Wet Zorgplicht Kinderarbeid* van 2019, of de Duitse *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* van 2021. In België is in 2021 een wetsvoorstel ingediend tot invoering van “*een zorg- en verantwoordingsplicht voor ondernemingen over hun waardeketen heen*”.

### FRANKRIJK

Inmiddels ging Frankrijk in 2019 nog een stap verder, met de zogenaamde *Loi Pacte* van 2019, dat “*la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*”. Een Franse vennootschap kan nu ook, naast haar klassiek doel, maatschappelijke doelstellingen nastreven en daar vennootschapsmiddelen aan besteden: “*les statuts peuvent préciser une raison d’être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité*”. Het gaat vrijwel om een “vermaatschappelijking” van vennootschappen.

### NEDERLAND

In Nederland pleitten sommige - zeker niet alle - collega’s in 2020 voor een zorgplicht voor bestuurders tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer. Ze stellen voor om in de wettelijke taakomschrijving van de bestuurder de verantwoordelijkheid op te nemen dat de vennootschap op een verantwoorde manier in de samenleving optreedt: een verantwoordelijkheid van de vennootschap voor een gezond milieu en klimaat, maar bijvoorbeeld ook zaken zoals belastingmoraal, beloningsverhoudingen binnen de onderneming, diversiteit, ruimtelijke leefbaarheid of publieke steunaanvragen i.v.m. uitkeringen aan aandeelhouders. Het streven naar winstgevendende continuïteit op lange termijn moet ingebed zijn in deze brede verantwoordelijkheid.

Om controle mogelijk te maken, moeten de bestuurders transparant zijn over hoe zij zich concreet van hun taak gekwet hebben en daarover verantwoording afleggen, ook betreffende het zgn. samenlevingsdoel van de vennootschap.

### EU

De Europese Unie heeft al normen over duurzaam beleggen. Bijkomend is kwaliteitsbewaking van de waardeketen voorgeschreven, zoals bij ontginning van erts en mineralen, en nu is er het meer algemene *Voorstel van Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid*. Het beoogt de nationale initiatieven inzake duurzaamheidsbewaking van de waardeketen en vermaatschappelijking van de onderneming binnen de interne markt te stroomlijnen, maar mikt ook op een eigen duurzaamheidsbeleid.

De Commissie wil de grootste ondernemingen in de EU verplichten om via passende zorgvuldigheid de duurzaamheid van hun waardeketen te bewaken. Ze moeten de nadelige impact van hun activiteiten op mensenrechten, zoals kinderarbeid en uitbuiting van werknemers, en op het milieu, zoals vervuiling en verlies van biodiversiteit, identificeren en waar nodig beëindigen.

De verplichting rust op grote en middelgrote ondernemingen, zeker in sectoren zoals textiel, leder, landbouw, visserij, voeding, of nog, ontginning van aardolie, aardgas, steenkool, enzovoorts. Het voorstel beoogt ook een extraterritoriale werking op ondernemingen van buiten de EU die binnen de

EU actief zijn. KMOs worden niet rechtstreeks geïsoleerd, maar wel wanneer ze deel zijn van de 'duurzaamheidsconsolidatiesfeer' van een geïsoleerde grote onderneming.

De invoering van maatregelen en beleid inzake passende zorgvuldigheid is de verantwoordelijkheid van de bestuurders: zij moeten de bedrijfsstrategie aanpassen om negatieve effecten op mensenrechten of milieu te voorkomen.

Zoals de Franse *Loi Pacte*, voert het voorstel een algemene zorgplicht in voor bestuurders van EU-ondernemingen: zij moeten bij de behartiging van het ondernemingsbelang, oog hebben voor de gevolgen voor duurzaamheidskwesaties, zoals mensenrechten, klimaatverandering en milieu. De lidstaten moeten deze zorgplicht opnemen in hun handhavingsregels voor bestuurdersplichten.

Het voorstel van de Commissie is nog slechts een voorstel, er wacht nog een mogelijk hobbelig parcours via Parlement en Raad. De Raad voor regelgevingstoetsing van de Europese Commissie gaf al tweemaal een gepeperde negatieve opinie over het Voorstel. Trek- en duwwerk van zowel zij die het voorstel nog niet ver genoeg vinden gaan, zoals, bijvoorbeeld, Human Rights Watch, als van zij die het voorstel te ver vinden gaan, staat in de sterren geschreven.

Het is écht van belang dat het Belgisch parlement het lokaal wetsvoorstel tot invoering van een zorg- en verantwoordingsplicht voor ondernemingen over hun waardeketen heen, aligneert met de Europese ontwerpwetgeving, zodat Belgische ondernemingen een gelijk speelveld krijgen.

#### JURIDISERING IS NIET DE OPLOSSING

Er gebeurt dus heel wat inzake juridisering van maatschappelijk verantwoord ondernemen, dat is helder. In mijn verder betoog bespreek ik *for-profit* ondernemingen die als een vennootschap zijn gestructureerd, bijvoorbeeld een BV of een NV, ongeacht of ze genoteerd zijn of niet.

Mijn verder betoog is een waarschuwing: de huidige wettelijke benadering is níet te verkiezen, er zijn betere oplossingen.

#### STAKEHOLDERISM v SHAREHOLDER PRIMACY

Op de achtergrond speelt de Angelsaksische polemiek over *stakeholderism* versus *shareholder primacy*: moet het handelen van bestuurders enkel gericht zijn op de creatie van aandeelhouderswaarde, of moeten bestuurders bij de uitvoering van hun bestuurstaken ook andere belangen in ogenschouw nemen, met name maatschappelijke belangen, en kunnen die mogelijk voorgaan op aandeelhoudersbelangen?

Het debat is actueel, maar het bestond al bijna 100 jaar geleden, met namens tussen de Harvard-coryfeeën professoren Berle en Dodd.

Berle betoogde dat bestuurders enkel verantwoording kunnen afleggen over de behartiging van aandeelhoudersbelangen; '*stakeholders*' kunnen hen immers niet ter verantwoording roepen. Het dienen van *stakeholder*-belangen opent de deur naar een te grote macht voor de bestuurders, los van de aandeelhouders. Beter is dat de wetgever maatschappelijk verantwoord ondernemerschap regelt, en dan moeten bestuurders die wettelijke regels volgen.

Dodd zag maatschappelijk verantwoord ondernemen daarentegen als een bestuursopdracht. Vennootschappen zijn niet de optelsom van de aandeelhouders, maar aparte, van de aandeelhouders te onderscheiden, vehikels, met een eigen inzetbaarheid, die ruimer is dan de behartiging van aandeelhoudersbelangen en ook maatschappelijke doelstellingen omvat. De bestuurders zijn in die opvatting te beschouwen als *trustees* voor dit vehikel, dat ook inzetbaar is om economische en sociale problemen op te lossen. Het debat moet begrepen worden tegen de achtergrond van de Grote Depressie van de jaren '30.

#### MILTON FRIEDMAN: SHAREHOLDER PRIMACY

Milton Friedman brak in de jaren '70 een lans voor aandeelhoudersprimauteit, men noemt het de Friedman-doctrine. Hij betoogde dat de bestuurder van een vennootschap, in dié hoedanigheid, een

directe en uitsluitende verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de aandeelhouders: hij leidt de vennootschap in functie van hun *desiderata*. Winstmaximalisatie is dan het *leitmotiv*, uiteraard wel binnen open en eerlijke concurrentie, zonder fraude en binnen de grenzen van de wet.

Friedman aanvaardt wel dat een onderneming maatschappelijke investeringen doet, als de creatie van ondernemingswaarde het finaal doel blijft; dat geldt ook voor schenkingen aan een goed doel, omdat de gunstige maatschappelijke neveneffecten van uitgaven aanvaardbaar zijn vanuit het eigen belang van de onderneming. Maar *stakeholder*-belangen kunnen niet voorgaan op aandeelhoudersbelangen, dat zou een bevoegdheidsoverschrijding zijn in hoofde van de bestuurder.

De doctrine van de aandeelhoudersprimauteit bleef lang dominant; ze werd zelfs omschreven als het eindpunt van de geschiedenis van het debat over de functie van de vennootschap.

#### LYNN STOUT: EEN MYTHE

Toch waren er ook andere stemmen. Lynn Stout van Cornell University beschreef aandeelhoudersprimauteit als een mythe. Aandeelhoudersprimauteit zou leiden tot overdreven focus op de aandelenkoers, en ten koste gaan van werknemers, klanten, innovatie en investeringen. Zij verdedigt het *stakeholder*-model, omdat aandeelhoudersprimauteit schadelijk is voor de vennootschap, het algemeen belang en de aandeelhouders. Prof. Deakin van Cambridge, Elhauge van Harvard en Mayer van Oxford verdedigen eveneens het *stakeholder*-model, naast anderen.

Het is dus een blijvend en actueel debat.

#### BEBCHUCK & TALLARITA

In 2020 gooiden Bebchuck en Tallarita een knuppel in het hoenderhok: de *stakeholder*-benadering dient de belangen van stakeholders niet.

Zij onderkennen twee vormen van *stakeholder*benadering: een verlichte vorm van aandeelhoudersprimauteit (*enlightened shareholder primacy*) enerzijds en een pluralistische vorm anderzijds. In de eerste vorm gaat het in wezen om het in rekening brengen van *stakeholder*-belangen als een middel om aandeelhouderswaarde te maximaliseren. Zulke instrumentele opvatting van de *stakeholder*benadering is conceptueel niet verschillend van aandeelhoudersprimauteit en is dus eigenlijk een valse categorie. De tweede, pluralistische vorm houdt in dat vennootschapsbestuurders de belangen van *stakeholders* niet als middel beschouwen, maar als doel op zich.

Hun kritiek betreft de pluralistische vorm van *stakeholder*-primauteit, waarbij *stakeholders* belangen kunnen primeren op die van de aandeelhouders.

Immers, wie kiest dan de *stakeholders*? Dat doen de bestuurders discretionair, en er is ook geen helderheid over de afweging van belangen van *stakeholders* en *shareholders*. Dus ook dat gebeurt bij gratie van het bestuur. De reële effecten van de pluralistische *stakeholder*benadering hangen dus in grote mate af van hoe vennootschapsbestuurders hun discretionaire beoordeling invullen.

In werkelijkheid toont empirisch onderzoek, aldus nog steeds Bebchuk en Tallarita, dat bestuurders toch veelal het aandeelhoudersbelang laten voorgaan; hun *incentives* zijn daarop gericht, en het hemd is nader dan de rok....

Leo Strine, *Chief Justice* van het *Delaware Supreme Court*, merkte op dat *stakeholders* geen zeggenschap of stemrecht hebben in de vennootschap, en de besluitvorming niet kunnen beïnvloeden. Daarmee rangschikt hij de behartiging van *stakeholder*-waarde als ... "*more an exercise in feeling good than in doing good*".

Bebchuk en Tallarita concluderen dat *stakeholderism* een illusie is. En ze gaan verder: het is ronduit schadelijk voor aandeelhouders, voor *stakeholders* en voor de maatschappij als geheel.

De *stakeholder*-benadering leidt tot een vermindering van de controle op en verantwoordelijkheid van het bestuur. Bestuurders kunnen immers schermen met ondefinieerbare

belangen van moeilijk af te bakenen *stakeholders* om hun handelen dat niet conform de aandeelhoudersbelangen is te rechtvaardigen. De *stakeholder*benadering doet ook de efficiëntie van het bestuur afnemen, verhoogt de kost van controle en ondermijnt de economische performantie van de onderneming; daarom is ze ook schadelijk voor de economie in het geheel. Dat is, bij ons, ook de opinie van Landuyt en Callens, die *stakeholderism* omschrijven als een wolf in schapevacht...

Bebchuck en Tallarita, zijn ook hard, en ze concluderen dat de *stakeholder*benadering een illusoire hoop creëert over de positieve gevolgen voor *stakeholders*. Dit kan ertoe leiden dat echte remedies voor die maatschappelijke vraagstukken vertraagd worden of uitblijven.

Bebchuk en Tallarita zijn geen tegenstanders van de belangen van *stakeholders*, integendeel. Maar die moeten behartigd worden met beleid en reëel worden beschermd. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om bescherming van werknemers, van gemeenschappen, van klanten en van het milieu.

### HET VENNOOTSCHAPSBELANG

In België bestaat de vennootschap voor het 'vennootschapsbelang'. Daarop moet het bestuur gericht zijn, op straffe van ongeldigheid van beslissingen, en desgevallend van bestuurdersaansprakelijkheid.

Wat is dat 'vennootschapsbelang'?

In een brede opvatting is het de samenstelling van verschillende specifieke belangen in verband met de vennootschap, waaronder de belangen van werknemers, schuldeisers, klanten en andere relevante *stakeholders*. Dat komt grotendeels overeen met wat in de Verenigde Staten *stakeholderism* zou worden genoemd. In een engere opvatting heeft het vennootschapsbelang vooral betrekking op het gezamenlijke belang van de aandeelhouders om winst te genereren. Dat stemt dan weer eerder overeen met *shareholder primacy* in het Amerikaans debat.

In een arrest van 2013, omschreef het Belgisch Hof van Cassatie het vennootschapsbelang als het collectief winstbelang van alle huidige en toekomstige aandeelhouders, ook gericht op de continuïteit van de onderneming: het moet dus op een dynamische en toekomstgerichte wijze worden ingevuld. Dat lijkt er toch sterk op dat deze rechtspraak inpasbaar is in de theorie van de verlichte aandeelhoudersprimauteit.

Het vennootschapsbelang is dan samengesteld uit verschillende belangen in verband met de vennootschap - waaronder de belangen van de aandeelhouders, het eigen belang van de vennootschap, dat van haar onderneming en de belangen van stakeholders - maar de belangen van de aandeelhouders overwegen.

### NAAR EEN ROLUITKLARING

Het debat in de VS en in België is hetzelfde: het vraagstuk van het doel van een vennootschap en de rol een aansprakelijkheid van bestuurders is universeel.

Het kader is in de VS en België wel verschillend. Amerika kent vooral (genoteerde) vennootschappen met een erg verspreid aandeelhouderschap, terwijl in continentaal Europa een geconcentreerd aandeelhouderschap het vaakst voorkomt. De verschillende eigendomsstructuur van vennootschappen in de Verenigde Staten enerzijds en in continentaal Europa anderzijds verklaart waarom het debat in de Verenigde Staten meer aandacht heeft gekregen dan in continentaal Europa.

In de Verenigde Staten hebben afzonderlijke aandeelhouders, die erg verspreid zijn, in de regel weinig macht; die zit vooral geconcentreerd bij het bestuur, waartegen de aandeelhouders moeten beschermd worden. Tegen die achtergrond is de ideologische discussie over de belangen die het bestuur moet behartigen eenvoudig te verklaren.

In continentaal Europa komt de eigendomsstructuur met een controlerende aandeelhouder frequent voor. In zo'n systeem is de bescherming van de aandeelhouder tegen het bestuur minder een

aandachtspunt: de controlerende aandeelhouder heeft immers op basis van zijn aandelenbezit voldoende juridisch gereedschap in handen om het bestuur te controleren en desgevallend te ontslaan.

Daarmee is de primauteit van de aandeelhouders in continentaal Europa in de regel al door de feiten gewaarborgd, waardoor verdere theorievorming over de onderliggende ideologie van het bestuurshandelen wellicht als minder belangrijk werd ervaren, in tegenstelling tot in de Verenigde Staten.

De kern van het betoog van Bebchuk en Tallarita blijft belangrijk, ook in Europese context: de afbakening van de relevante groepen van *stakeholders* en van de verschillende belangen is nodig als men het echt meent om vennootschappen en bestuurders in te schakelen voor de creatie van maatschappelijke meerwaarde en de bewaking van de duurzaamheid van de waardeketen. De Wulf en Van Marcke wezen daar bij ons ook op. Bovendien moet er dan ook een methode worden ontwikkeld om de respectieve belangen ten aanzien van elkaar af te wegen. Ook is een valabel punt dat bestuurders mogelijk te weinig incentive hebben om andere belangen dan aandeelhoudersbelangen na te streven bij hun besluitvorming.

Men kan er voorstander van zijn om vennootschappen en bestuurders waarachtig te laten bijdragen aan de creatie van maatschappelijke meerwaarde en duurzaamheidsbewaking van de waardeketen. Maar Bebchuk en Tallarita wezen er terecht op dat men dan de relevante groepen goed moet afbakenen, en een methode moet ontwikkelen voor de belangenafweging tussen aandeelhouders- en *stakeholder*-waarde.

Daarbij hebben overheid en vennootschappen elk een eigen rol. En zo kom ik bij de kern van dit debat: de roluutklaring tussen de overheid, die het algemeen belang behartigt, en vennootschappen, die hun vennootschapsbelang nastreven.

Daar zal ik nu op ingaan.

## DE ROL VAN DE OVERHEID

De echte verantwoordelijkheid van overheden is dat ze de maatschappelijke problemen aanpakken. Dat vergt het algemeen belang. De overheid moet het algemeen belang behartigen via beleid, met doelgerichte wetgeving en regulering voor het specifiek probleem.

De overheid kan die taak niet wetgevend delegeren aan vennootschappen en bestuurders. Dat werkt niet. Bestuurders zouden dan discretionaire afwegingen moeten maken, waarmee ze hun *accountability* tegenover de aandeelhouders verminderen, terwijl ze al geen *accountability* ten aanzien van de *stakeholders* hebben. Dat is een *lose-lose*.

De Franse aanpak van de wettelijke vermaatschappelijking van de vennootschap verdient dus geen navolging. De door de Europese Commissie voorgestelde zorgplicht van bestuurders ter bewaking van de duurzaamheid van de waardeketen is in hetzelfde bedje ziek.

Bestuurders moeten dan bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, met inbegrip van gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu. Zo wil het de moderne lezing van maatschappelijk verantwoord ondernemen.

In welke mate kan je dat zinnig doen vanuit een onderneming, en hoe ver gaat dat dan? Zoals eerder al aan bod kwam: bestuurders bevinden zich snel op dun ijs in de discretionaire afwegingen die ze moeten maken...

In Frankrijk zal de soep wellicht niet zo heet worden gegeten als ze wordt opgediend. De verplichting tot overweging van maatschappelijke en milieudoelstellingen, vergt niet dat die voorgaan op aandeelhoudersbelangen. Het lijkt dus ook eerder nog verlichte aandeelhoudersprimauteit, en de *stakeholders* moeten het doen met een papieren tijger.

Het voorstel van de Europese Commissie kent dezelfde zwakheid, zij het dat het wel een sanctionering bevat voor bestuurdersverzuim. Maar dan nog lijkt de tijger van papier: bij gebrek aan concrete handvatten voor de belangenafweging, is het moeilijk om te beoordelen wanneer zij enig verzuim zouden hebben begaan.

## DE VERANTWOORDELIJKHEID VAN VENNOOTSCHAPPEN / ONDERNEMINGEN

Naast de overheid, hebben vennootschappen een eigen verantwoordelijkheid, ook in functie van het algemeen belang.

Vennootschappen moeten, aldus Porter en Kramer van de Harvard Business School, de leiding nemen om ondernemingen en maatschappij terug bij elkaar te brengen, het gaat om de creatie van gedeelde waarde, "*shared value*": economische waarde, die ook maatschappelijke waarde creëert via het adresseren van maatschappelijke noden en uitdagingen. "*Companies can create economic value by creating societal value*".

Zij zien gedeelde waarde niet zozeer als filantropie, maatschappelijke verantwoordelijkheid of duurzaamheid, maar als een nieuwe manier om economisch succes te boeken: "*It is not philanthropy but self-interested behavior to create economic value by creating societal value.*" Bebhuck en Tallarita noemen dit "*enlightened shareholder primacy*".

Porter en Kramer halen Wal-Mart aan als voorbeeld. Deze Amerikaanse supermarktketen slaagde er in 2009 in om 200 miljoen dollar te besparen door verpakkingen te reduceren en transportroutes drastisch in te korten, terwijl de keten tegelijkertijd meer producten verkocht. Nobelprijslauraat Jean Tirole geeft, in zijn iconisch werk *Economy for the Common Good*, een ander voorbeeld. Een keten van koffieshops geeft geen winst op door *fair trade* koffie te schenken; de keten reageert enkel op de vraag vanwege klanten, die bereid zijn wat meer te betalen voor hun *latte*. De keten maximaliseert daardoor zijn winst.

Dit inzicht is essentieel: maatschappelijke waarde nastreven staat de creatie van economische waarde niet in de weg, en omgekeerd. Integendeel zelfs, in een goed bedrijfsmodel versterken beide componenten elkaar. Dat is volledig in lijn met het model van verlichte aandeelhoudersprimauteit. Wanneer een vennootschap haar bedrijfsmodel kan optimaliseren via maatschappelijk verantwoorde oplossingen staat dat finaal ook in het teken van de creatie van aandeelhouderswaarde. Dat is een *win-win*.

Wat aandeelhouders doen met de gecreëerde aandeelhouderswaarde is in wezen hun zaak. Zij kunnen die inzetten voor duurzaamheidsdoelstellingen. Een illustre voorbeeld is Yvon Chouinard, oprichter van outdoormerk Patagonia. Hij deed onlangs grotendeels afstand van zijn bedrijf, op 3 miljard dollar gewaardeerd, en zorgde er via een nieuwe controlestructuur voor dat de aandeelhouderswaarde volledig moet worden afgeleid naar klimaatdoelen en lobbying in functie daarvan.

## CHARTERS EN CORPORATE GOVERNANCE-CODES

Hoe moeten vennootschappen dit nu concreet aanpakken? Deze vraag brengt ons terug bij de kritiek van Bebhuck en Tallarita op de *stakeholder*-benadering en de aangeduide moeilijkheden die gepaard gaan met de identificatie van de relevante *stakeholders* en de methode van afweging van belangen. Dat is moeilijk, maar niet onmogelijk.

Het is wenselijk dat de vennootschap daarover in een op maat van de vennootschap gesneden charter meer sturing geeft. Daarbij kan de recent door het *World Economic Forum* voorgestelde rapporteringsmatrix mogelijk mee als inspiratie dienen. Ook de omvangrijke bibliotheek van het *UN Global Compact* zou kunnen inspireren.

In dit verband is er ook een rol voor *corporate governance* codes, die nu goed ingeburgerd zijn. De Belgische *corporate governance* codes breken duidelijk een lans voor maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Hoewel er voor de beursgenoteerde vennootschappen een toelichtende nota bestaat over het begrip duurzame waardecreatie, zijn zij evenwel nog weinig concreet over de methode. Hier zit meer in. Daarover is verdere studie aangewezen.

Een remuneratiepakket dat mee bedacht is in functie van de creatie van economische waarde via maatschappelijke waardecreatie is in de Belgische *corporate governance*-codes in elk geval al in de kiem vervat. De verdere concretisering daarvan is ook bijkomende studie waard, in het licht van de door Bebchuck en Tallarita geïdentificeerde pijnpunten.

Bebchuck en Tallarita wezen er ook op dat de *stakeholder*-benadering eigenlijk meer macht geeft aan het bestuur, omdat de aandeelhouders in wezen de discretionaire bevoegdheid van het bestuur verbreden en hun controle doet afnemen. In de continentaal Europese context met controlerende aandeelhouders kan dat niet zoveel kwaad: het bestuur dat tegen de kar van de controlerende aandeelhouders rijdt, kan sowieso opkrassen. Een controleparticipatie geeft immers macht.

Bebchuck en Tallarita wezen er voorts op dat juridische bezwaren kunnen bestaan tegen het nastreven van andere, op zichzelf staande doelstellingen dan winstmaximalisatie voor de aandeelhouders. Voor de theorie van de gedeelde waardecreatie is dat eigenlijk geen probleem, aangezien de maatschappelijke waardecreatie mee in het teken staat van de creatie van aandeelhouderswaarde. Of en hoe een beslissing die maatschappelijke meerwaarde nastreeft, ook bijdraagt tot economische waardecreatie, is evenwel moeilijk te bepalen, en er kan rechtsonzekerheid ontstaan over de geldigheid van bestuursbesluiten die beogen om gedeelde waarde te creëren, zoals in Delaware het geval is.

Een meer rechtszeker model is aangewezen.

## DE MAATSCHAPPELIJKE DOELEN VAN DE VENNOOTSCHAP

Tot voor kort bepaalde het Belgische Wetboek van vennootschappen dat een vennootschap wordt opgericht "*met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen*". Letterlijk gelezen, is dat een verplichting tot aandeelhoudersprimauteit. Praktisch was de toepassing evenwel niet zo streng. Daar zorgde de marginale toetsing van de rechter inzake bestuurdersaansprakelijkheid voor, waardoor er al bij al weinig gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid waren, en ook de ruimte bij de inkleuring van het vennootschapsbelang. De creatie van gedeelde waarde was in elk geval zeker al mogelijk.

Sedert 2019 bepaalt art. 1:1 van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen dat "*een van de doelen van de vennootschap is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen*". De nieuwe formulering bevestigt dat het nastreven van winst en de uitkering daarvan aan de aandeelhouders een doel van de vennootschap moet zijn, maar ze opent de mogelijkheid dat de vennootschap daarnaast nog een of meer andere doelen nastreeft, zoals een caritatief, sociaal, cultureel of ander maatschappelijk doel.

De andere doelen moeten worden opgenomen in de vennootschapsstatuten. Dat veronderstelt een tussenkomst van de aandeelhouders, die besluiten met een bijzondere meerderheid. De aandeelhouders blijven aan het stuur zitten.

Het Belgisch vennootschapsrecht is daarmee volledig toegerust voor de creatie van gedeelde waarde, en zelfs meer: het is toegestaan, als de aandeelhouders daartoe besluiten, om louter vanuit



filantropisch perspectief waarde te alloceren aan maatschappelijke doelstellingen, zonder dat dit mee in het teken staat van de creatie van economische waarde.

### ROLUITKLARING

Op die manier is de rol van de overheid enerzijds en van vennootschappen en bestuurders anderzijds duidelijk. De overheid moet haar grens kennen en geen open normen over de maatschappelijke rol van vennootschappen en bestuurders wettelijk verankeren.

Gerichte wettelijke normen die direct ingrijpen op het maatschappelijk probleem, zijn dan weer wel een goed idee, zoals, bvb., klimaatnormen, normen over discriminatie, veiligheid op de werkvloer enz.

Ondernemingen hebben een eigen verantwoordelijkheid om hun bedrijfsmodel zo te organiseren dat zij via hun besluitvorming gedeelde waarde creëren: aandeelhouderswaarde en maatschappelijke waarde. Ze kunnen hun waardeketen in functie van de voor hen relevante duurzaamheidscriteria bewaken.

De creatie van aandeelhouderswaarde gebeurt dan via maatschappelijk verantwoorde ingrepen. Dat is geen juridische verplichting, maar een ethische. Tegelijk is het een economische attitude: de creatie van economische waarde via maatschappelijke waardecreatie en duurzaamheidsbewaking wordt gezien als een van de krachtigste drijfveren van groei in de wereldeconomie. Dat wordt mee bevorderd door de groeiende maatschappelijke bewogenheid van werknemers, burgers en klanten, en ook door de toenemende schaarsheid van grondstoffen en door de toenemende druk op ons milieu en klimaat.

De markt voor maatschappelijk verantwoorde oplossingen groeit en investeerders en klanten staan bij wijze van spreken in de rij. Een bedrijf dat op langere termijn relevant wil blijven, zal dus die weg moeten bewandelen. Ook reputationele overwegingen spelen hier overigens mee: ondernemingen die ten koste van de maatschappij aandeelhouderswaarde zouden creëren, riskeren daarvoor reputationeel te worden afgestraft.

De bescherming van *stakeholders* en de inachtnaam van het algemeen belang is in die optiek een gedeelde verantwoordelijkheid van overheid en vennootschappen, die elk binnen hun rol de handschoen moeten opnemen. Een en/of verhaal, dat geheel beantwoordt aan het pleidooi van Jean Tirole.

### DE ROL VAN DE RECHTER

Een belangrijke actor in het hedendaagse duurzaamheidsdebat bleef tot hiertoe onvermeld: de rechter. Meer en meer rechters nemen inzake duurzaamheid een activistische houding aan, en dichten op grond van open normen aan overheden en bedrijven duurzaamheidsfouten toe en leggen hen soms zelfs verplichtingen op in functie van duurzaamheid. Ik bespreek dat kort.

Welbekend is de Nederlandse Urgendzaak, waarin de Nederlandse staat definitief werd veroordeeld tot een verhoogd tempo om de uitstoot van broeikasgassen te verminderen.

In de Shell-zaak werd een private onderneming, Shell, op de vingers getikt door de Rechtbank van Den Haag. In haar vonnis van 26 mei 2021 oordeelt de Rechtbank van Den Haag dat de Shell-holding - toen nog met hoofdkantoor in Den Haag - verplicht is om via het concernbeleid van de Shell-groep te zorgen voor CO<sub>2</sub>-reductie van de Shell-groep, haar toeleveranciers en afnemers.

Deze reductieverplichting volgt, aldus de Rechtbank, uit de in artikel 6:162 Nederlands BW neergelegde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die inhoudt dat handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt onrechtmatig is. De Rechtbank heeft die norm *in casu* verder ingevuld aan de hand van de feiten en, zo leest het kopje boven het vonnis, 'breed gedragen inzichten en internationaal aanvaarde standaarden'.

Gelijkaardig als in Nederland, kapittelde in België de Brusselse Rechtbank van eerste aanleg op 17 juni 2021 de Belgische Staat en de drie gewesten in de befaamde klimaatzaak. De staat en de

gewesten werden veroordeeld op grond van artikel 1382 oud BW, het Belgische equivalent van artikel 6:162 Nederlands Burgerlijk Wetboek. Door niet alle nodige maatregelen te hebben genomen om de gevolgen van de klimaatverandering voor het leven en de persoonlijke levenssfeer van de eisers te voorkomen, schonden de Belgische Staat en de drie gewesten immers de grondrechten van de eisers, zoals het recht op leven en het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, aldus de Rechtbank. Er zijn terecht al heel wat kritische vragen gesteld bij deze uitspraak.

De Rechtbank komt immers schijnbaar tot dit besluit zonder vaststelling van een overtreding van enige bindende internationale of nationale milieunorm. De vaststelling van de fout wordt, in tegenstelling tot in Nederland, niet gevolgd door een veroordeling tot positieve actie: dit blijft, aldus de rechter, een overheidsprerogatief.

De klimaat- en andere duurzaamheidsgerelateerde zaken deinen intussen uit. In Duitsland bijvoorbeeld werd een klimaatzaak ingespannen tegen BMW en Daimler, terwijl het BundesVerfassungsgericht er verwees naar de verschillende rol van de wetgevende macht ten opzichte van de rechterlijke, en zich onbevoegd verklaarde. Wie verder zoekt zal ongetwijfeld nog vele andere voorbeelden tegenkomen, er zijn immers tientallen klimaatzaken in heel wat landen aanhangig.

Interessant is dat rechtbanken zich niet universeel inschakelen in de klimaat- en duurzaamheidsactie. Bijvoorbeeld zijn rechtbanken in de Verenigde Staten erg terughoudend om, zoals in Europa, op basis van open normen en fundamentele mensenrechten, de staat en bedrijven te veroordelen in functie van duurzaamheid. Het idee is dat dit politieke kwesties zijn, waarover de rechtbank niet kan gaan. Meer heil wordt gezien in de beteugeling van *greenwashing*: bedrijven die misleidende verklaringen afleggen over hun beweerde duurzaamheidsinspanningen, moeten daarop kunnen worden aangesproken, meer bepaald op grond van fraude.

Fundamenteel is het zonneklaar dat overheden en bedrijven door rechters moeten kunnen worden aangesproken op hun handelen dat in strijd is met de op hen rustende bindende normering, zoals klimaat- en uitstootgerelateerde normering, of met de verplichtingen die zij zich vrijwillig hebben toegemeten, bijvoorbeeld door statutair of anderszins duurzaamheidsgerelateerde doelen te verankeren.

Voor ondernemingen komen daar ook de aan hen afgeleverde vergunningen bij en overtredingen van vergunningsvoorwaarden. Maar indien ondernemingen in overeenstemming met deze bindende normen en vergunningen handelen, moeten zij op basis van de rechtszekerheid erop kunnen voortgaan dat zij wetsconform handelen. Bij gebreke van specifieke duurzaamheidsnormering, komt het niet gepast voor dat rechters open normen, zoals de onrechtmatige daad en de fundamentele mensenrechten, oprekken en daaruit duurzaamheidsverplichtingen afleiden, ook al zouden die maatregelen worden geschraagd door beleidsobjectieven of 'breed gedragen inzichten en internationaal aanvaarde standaarden'. De rechter begeeft zich dan teveel op het terrein van de politiek en dat is het zijne niet.

Deze kritiek is aan de rechter gericht, maar ook aan de wetgever en de uitvoerende macht. Die moeten specifieke normen uitvaardigen inzake duurzaamheid en de beoogde duurzaamheidsdoelstellingen klaar en duidelijk wettelijk vertalen; zij mogen zich terzake niet bezondigen aan aaneengeregen beleidsbeloftes zonder die in bindende normering te vertalen.

De normering moet concreet zijn en specifiek ingrijpen op de vastgestelde problemen. Dat is duidelijk en rechtszeker voor ondernemingen, die deze normering moeten toepassen, en voor rechters, die op de conforme toepassing moeten toezien.

Met vage, open normen zijn we in deze context weinig gebaat. In de niet op maat gesneden, vage, open norm schuilt ook het excuus voor rechterlijke actie inzake duurzaamheid: het is niet aan de rechter zich in de plaats van de wetgever of de uitvoerende macht te stellen, maar men moet de rechter ook niet in die positie (willen) forceren.

## DE ROL VAN DE BALIE

Temidden van deze belangrijke maatschappelijke problematiek functioneert de advocaat, zoals zo vaak, als spil in het web.

De advocaat adviseert, bemiddelt en verdedigt de belangen van burgers, burgerbewegingen, ondernemingen, bestuurders, overheden, enzovoorts, al dan niet voor de rechtbank. De advocaat kan optreden voor groepen die opkomen voor een deel van het algemeen belang, omdat ze dat als maatschappelijk doel van hun vereniging claimen.

Advocaten reflecteren kritisch over de ordening van de maatschappij, over de fundamenten van de rechtstaat, over de juridische oriëntering van ondernemingen in functie van duurzaamheid - en spreken zich daarover uit, in zittingen en publiek. Dat is nodig. Duurzaamheid is belangrijk, maar de rechtstaat en rechtstaatzorg is dat ook.

De maatschappelijke uitdagingen op het vlak van duurzaamheid zijn gigantisch. Laat ons die aanpakken, maar wel op een manier die werkt. Om het met een voetbalgerelateerde metafoor uit te drukken: met alle spelers op de juiste positie op het veld.

Ik sluit af.

Niemand is tegen maatschappelijk verantwoord ondernemen, en het is ook goed dat een vennootschap nu, naast haar eigenlijk ondernemingsproject, maatschappelijke doelstellingen kan benoemen. Dat verheldert de relatie tussen de aandeelhouders en bestuurders, en ook hoe de onderneming in de samenleving staat.

We moeten ons hoeden voor confuse doelen en voor rolverwarring. In de fenomenale promotie van maatschappelijke verantwoordelijkheid, zijn vaak eerder wensen dan normen geformuleerd. De verwettelijking, waar ze bestaat, is niet helder en riskeert meer vraagstukken te creëren dan ze oplost. En we zien dat bij wettelijk stilzitten andere rollenspelers soms verregaand in de open ruimte springen en menen dat het hun rol wordt. In een rechtsstaat blijft roluitklaring nuttig, maar de eerste voorwaarde is dat elke verantwoordelijke zijn rol dan wel ernstig opneemt. Wetgever, uitvoerende macht en rechters. Vennootschappen en hun bestuurders. En temidden daarvan ook advocaten, die vaak ten opzichte van de 3 machten actief zijn of ermee te maken hebben...

Ik dank u.