

# Juridiseer het doel van de onderneming niet

Nu aandeelhouders steeds meer macht hebben, raakt de maatschappelijke doelstelling van ondernemingen uit beeld. Om die doelstelling te borgen, stellen juristen voor ze te verankeren in de statuten van de onderneming. Deze juridisering is echter een slecht idee.

## IN HET KORT

- Ondernemingen kennen een inherente spanning tussen exploitatie via efficiënter werken en exploratie door vernieuwing.
- Juridisering bevordert exploitatie en bemoeilijkt het voor ondernemingen om in te spelen op maatschappelijke veranderingen.

## FRANK JAN DE GRAAF

Lector aan de Hogeschool van Amsterdam en docent aan de Universiteit van Amsterdam

Recent maakten hoogleraren ondernemingsrecht zich in het blad *Ondernemingsrecht* (Winter et al., 2020b) sterk voor verantwoord besturen, oftewel ‘*responsible corporate citizenship*’. Hun artikel kreeg aandacht in onder andere *Het Financieele Dagblad* (2020a). Ze pleiten ervoor om de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming in de doelstelling van een onderneming op te nemen. Ook pleiten ze voor een zorgplicht van ondernemingen, bijvoorbeeld wat betreft het klimaat.

Met hun pleidooi volgen de auteurs een trend in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, waar de afgelopen dertig jaar het aandeelhouderskapitalisme groot geworden is. Deze trend is ook naar Nederland overgewaaid – niet in de laatste plaats onder de invloed van deze zelfde hoogleraren.

De juristen blazen hier een oud debat nieuw leven in. Hoe zou een onderneming als economische (op winst gerichte) organisatie, goed kunnen functioneren in de maatschappij, en wat voor regelgeving zou daarbij passen? In dit artikel zal ik dit debat bespreken en daar lessen uit trekken.

## De Nederlandse traditie

Tot twintig jaar geleden was er in Nederland nog aandacht voor de doelstelling van de onderneming en de zorgplicht, ook binnen het ondernemingsrecht. Het Nederlandse ondernemingsrecht kende een corporatistische inslag, waarin er veel aandacht was voor het maatschappelijke belang van het economisch handelen van een onderneming, en de rol daarin van de belanghebbenden, de stakeholders. Het was echter moeilijk om dit te formuleren temidden van alle belangen.

De maatschappelijke rol van de onderneming werd daarom ingevuld door de raad van commissarissen een

onafhankelijke rol te geven ten opzichte van de belanghebbenden. Juridisering was hierbij uit den boze. In haar economisch functioneren moest de onderneming een breder doel nastreven. Dit proces kon door geëxpliciteerde maatschappelijke belangen verstoord worden.

Amerikaanse en Britse beleggers uitten scherpe kritiek op deze traditie, die steeds vaker werd overgenomen door Nederlandse beleggers en hun adviseurs. Door de doelstelling van de onderneming niet te expliciteren, kon er een conflict ontstaan tussen een economisch kortetermijnbelang en het op dat moment gepercipieerde maatschappelijke belang.

Onder grote druk is er in 2003 bijna geheel afscheid genomen van het ideaal om de maatschappelijke verantwoordelijkheid een rol in de statuten te laten spelen. Op dat moment kregen ook de aandeelhouders een (welhaast) beslissende rol in de onderneming. De jurisprudentie daarna slechte nog een aantal andere bastions, onder andere bij Stork en ABN Amro. Beide bedrijven werden in delen verkocht onder druk van de aandeelhouders en tegen de zin van de raad van commissarissen. Ook andere mechanismen om bedrijven een maatschappelijke rol te geven – zoals bijvoorbeeld wetgeving rond de coöperatie – zijn omstreeks die tijd afgeschaft. Hoogleraren ondernemingsrecht hadden hierbij een belangrijke rol.

Het verdwijnen van de maatschappelijke rol van de onderneming uit de statuten hield verband met een toenemende juridisering van het ondernemingsrecht. In de Nederlandse bestuursverhoudingen waren redelijkheid en billijkheid heel lang dominantier dan regelgeving en contracten. Met een goed gesprek werden er zaken opgelost, en bij voorkeur zonder juristen – hetgeen ruimte schiep voor maatschappelijke afwegingen. Dit is veranderd onder Angelsaksische invloed op het ondernemingsrecht.

In *Ondernemingsrecht* pleiten de hoogleraren ondernemingsrecht voor een serieuze zorgplicht en een daaraan gekoppelde statutair vastgestelde maatschappelijke doelstelling. De in de afgelopen twintig jaar gegroeide rechtspraktijk dit echter in de weg: bestuurders hebben te weinig ruimte om zich op langetermijndoelstellingen vast te leggen. En zelfs als het ze wel mocht lukken om een doelstelling voor de lange termijn vast te leggen, zou het tot grote problemen kunnen leiden omdat een belangrijke maatschappelijke doelstelling op zeker moment het bereiken van andere doelstellingen kan belemmeren. De ruimte van bestuurders wordt verder beperkt door toenemende angst voor rechtszaken en claims. In de Verenigde Staten speelt het al veel langer dat bestuurders geen verregaande besluiten durven nemen uit angst voor juridische repercussies.

Nog belangrijker is echter dat al te veel juridische aandacht voor de maatschappelijke kant van het onderne-

men de economische doelstelling in de weg kan staan. De spanning die er bestaat tussen de exploitatie van bestaande productiemiddelen en kapitaal enerzijds, en anderzijds de exploratie van nieuwe markten voor bedrijven, is niet via regelgeving te organiseren. Sterker nog, regelgeving werkt hierbij belemmerend.

### Economische doelstelling van de onderneming

De historische verwarring over de doelstelling van de onderneming bestaat al lang. Milton Friedman (1962; 1970) heeft ooit naam gemaakt met zijn stelling dat winst maken de maatschappelijke doelstelling van ondernemingen is. De gedachte uit dit stuk in *The New York Times* van 1970 – gebaseerd op een boek uit 1962 – is niet dat alles draait om veel geld te verdienen. Dat is later de overheersende karikatuur ervan geworden.

Friedman was bezorgd over de maatschappelijke rol van de onderneming en vond dat deze controleerbaar moesten blijven. Hij had twee grote problemen met bedrijven die zichzelf een maatschappelijk doel aanmeten. Ten eerste heeft een directie van de onderneming geen maatschappelijke legitimiteit. Ze is niet democratisch gekozen en daarom mag ze niet bepalen wat belangrijk is in de maatschappij. De volksvertegenwoordiging bepaalt wat we met z'n allen belangrijk vinden, niet de individuen die 'toevallig' de beschikking hebben over de economische macht van een bedrijf. Ten tweede is een directie die vele doelen nastreeft niet meer door belanghebbenden ter verantwoording te roepen. Wanneer de winst lager is, kan de directie zich verschuilen achter het feit dat ze erg bezig is geweest met het klimaat, de mensenrechten en de arbeidsomstandigheden.

Het werkelijke probleem is niet de stelling van Friedman dat 'bedrijven winst moeten maken', maar dat er binnen de economie weinig aandacht is voor de vraag *hoe* bedrijven winst maken. Een bedrijf kan eenvoudig gezegd op twee manieren winst maken. De bestaande 'productiemiddelen' kunnen worden geëxploiteerd, oftewel zo efficiënt mogelijk worden gebruikt. De andere optie is te 'exploreren': nieuwe markten ontwikkelen en daarmee geld verdienen.

De eerste optie heeft vaak de nadruk, bijvoorbeeld bij private-equitypartijen. Zij maken zo efficiënt mogelijk gebruik van het kapitaal en de productiemiddelen, en verwaarlozen de investeringen. De Hema is hiervan een recent voorbeeld. Private-equitypartijen hebben hieruit veel winst gehaald. Dit is overigens niet altijd verkeerd. Als bedrijven aan het einde van hun levenscyclus zitten – geen exploratie of innovatiecapaciteit meer hebben – kan dit verstandig zijn.

Zo domineerde de afgelopen jaren met name in de Angelsaksische wereld het beeld van het ondernemen als exploitatie. Directies moesten bedrijven zo veel mogelijk 'uitknijpen' of 'uitmelken'. Dit had te maken met dominante denkers in bijvoorbeeld de bedrijfsfinanciering. Zo heeft Michiel Jensen (2001) lang volgehouden dat bedrijven alleen naar aandeelhouderswaarde zouden moeten streven, gemeen volgens financiële indicatoren. Hierbij ging hij voorbij aan het feit dat productontwikkeling (exploratie) moeilijk meetbaar is, zeker wat betreft financiële indicatoren.

Een onderneming laten groeien via nieuwe producten en markten is lastiger te vatten in economische modellen dan efficiëntieverbeteringen. Het gaat over de toekomst

en het vergt creativiteit en andere vormen van innovatie. Exploratie is vaak onverwacht en onvoorspelbaar. Achteraf kan er worden gezegd dat de automarkt op Tesla zat te wachten. Toch lag het niet voor de hand om nog een automerk op een overvolle markt te introduceren.

Het gaat om sociale processen waarbij de financiële doelstellingen worden verbonden met de creativiteit van individuen, met teams die gezamenlijk nieuwe mogelijkheden ontdekken zodat er – in de woorden van Schumpeter – 'unieke combinaties ontstaan'. Dat zijn langetermijnprocessen die niet eenvoudig zijn in te richten. Wel is het duidelijk dat in sommige landen en culturen dit makkelijker plaats kan vinden dan in andere.

Het mag duidelijk zijn dat de economie hier als wetenschap tekortschiet. Maar belangrijker is dat juristen ook geen rekening houden met het belang van exploratie. Ondernemingszin is cruciaal – terwijl regelgeving dit al snel verstoort. Een breed debat is daarom noodzakelijk.

### Conclusie

Het is een maatschappelijke uitdaging om individuele ondernemers en ondernemingen goed hun werk te laten doen. Het opleggen van maatschappelijke doelstellingen aan het bestuur van de onderneming is daarbij contraproductief. Bedrijven dragen door innovatie bij aan maatschappelijke vraagstukken, hetgeen niet juridisch afdwingbaar is.

Het Nederlandse bestuursstelsel kiest er van oudsher voor om de raad van commissarissen en de directies veel ruimte te geven zodat ze hun eigen beslissingen kunnen nemen. Zowel het economisch kortetermijndenken door aandeelhouders als het vastleggen van (maatschappelijke) belangen in regelgeving door juristen beknot die ruimte. Dat is ongewenst.

Maatschappelijk verantwoord besturen vergt een open dialoog van bestuurders met de maatschappij, een dialoog waarin elke betrokkene een passende houding moet ontwikkelen. Als we naar bedrijven toe willen die het maatschappelijk belang hoog in het vaandel hebben, moeten we ons de vraag stellen hoe een bestuur een langetermijnrelatie met belanghebbenden kan opbouwen waarin het om meer gaat dan om financiële belangen. Dit vereist herbezinning van de rol die belanghebbenden spelen – een herbezinning wat betreft alle belanghebbenden. In plaats van regels op te leggen, zouden juristen zich in dit verband wellicht beter kunnen afvragen hoe bijvoorbeeld grote advocatenkantoren – en hun beloningsstructuur – eruit zou moeten zien wanneer we naar een verantwoord ondernemingsbestuur willen.

### Literatuur

- Friedman, M. (1962) *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago Press.
- Friedman, M. (1970) The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*, 13 september.
- Jensen, M.C. (2001) Value maximization, stakeholder theory, and the corporate objective function. *Journal of Applied Corporate Finance*, 14(3), 8–21.
- Winter, J., S. Hijink en M. de Jongh (2020a) Maatschappelijk verantwoord besturen en toezicht houden, dat is het nieuwe normaal. *Het Financieele Dagblad*, 23 mei.
- Winter, J.W., J.M. de Jongh, J.B.S. Hijink et al. (2020b) Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer. *Ondernemingsrecht*, 2020/86.