

Onderneming en maatschappij: naar een nieuw sociaal contract?

De Loi PACTE als voorbeeld

Ondernemingsrecht 2020/XIII

Na de coronacrisis zal de discussie over de verhouding tussen onderneming en maatschappij niet verstommen. Integendeel: de staatssteun aan ondernemingen zal deze discussie naar verwachting verder versterken. Met de *Loi PACTE* (2019) heeft president Macron onder meer het *contrat social* tussen onderneming, overheid en maatschappij willen vernieuwen en zo de maatschappelijke rol van ondernemingen willen herdefiniëren. Drie aspecten van deze grote hervormingswet worden besproken. Vooreerst de bestuursopdracht en het vennootschapsbelang: de *Loi PACTE* introduceert een wettelijk belangenpluralisme en de verplichting voor de ondernemingsleiding om de consequenties van haar handelen op sociaal en milieugebied in haar afwegingen te betrekken. Ten tweede de uitnodiging aan ondernemingen om een *raison d'être*, een bestaansgrond, in de statuten op te nemen. Daarin definieert de vennootschap haar *purpose*, haar uiteindelijke doel. Zij zet daarin uiteen wat voor organisatie zij wil zijn en welke rol zij in de maatschappij wil spelen. In de derde plaats de mogelijkheid voor *social enterprises* om zich, ongeacht hun rechtsvorm, met een wettelijk keurmerk te onderscheiden als *société à mission*. Onderzocht wordt in hoeverre de *Loi PACTE* in Nederland als inspiratiebron kan worden gebruikt.

1. Inleiding

Het primaat van het aandeelhoudersbelang wordt vaak onderbouwd vanuit de gedachte dat aandeelhouders het uiteindelijke ondernemersrisico dragen. Maximalisatie van de belangen van aandeelhouders – de postconcurrente crediteuren – impliceert immers dat de overige crediteuren hebben gekregen wat hun toekomt. Tijdens de kredietcrisis zagen we al dat op die redenering wat valt af te dingen. Overheden namen risico's over van private banken die moesten worden gered. Vandaag de dag maken we een nieuwe golf van economische steun door, nu in de volle breedte van de economie. De enorme overheidssteun knaagt aan de gedachte dat aandeelhouders als enige het uiteindelijke ondernemersrisico dragen: wij allemaal betalen in de vorm van een opgelopen staatsschuld.

¹ Matthijs de Jongh is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law en raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam. De definitieve versie van dit artikel zal verschijnen in het themanummer 'Ondernemingsrecht in tijden van corona'.

Het is dan ook niet meer dan consequent dat *het Financieele Dagblad* in zijn commentaar schreef dat dividendbetalingen alleen te rechtvaardigen zijn voor een onderneming die geen enkele (indirecte) overheidssteun geniet.² Een grotere rol van de staat is onvermijdelijk, aldus de *Financial Times* een paar dagen later: 'One of the consequences of the pandemic must be a redrawing of the relationship between business and society.'³ De *Financial Times* bepleitte een nieuw sociaal contract tussen bedrijfsleven, overheid en maatschappij: 'The global recovery effort will require all parts of society to work together. Business must play its part.' Met instemming verwees de *Financial Times* naar een recent rapport met de veelzeggende titel 'Returning the Favour: A New Social Contract for Business.'⁴

2. Mastodonte législatif

Kan het vennootschapsrecht een rol spelen bij het definiëren van een nieuw sociaal contract als de ergste storm weer is geluwd? Op dit punt behoeven we ons niet alleen te oriënteren op de Anglo-Amerikaanse discussie over *corporate citizenship* en *purpose*. Laten we ook eens kijken naar recente ontwikkelingen in Frankrijk. Met de *Loi PACTE* (*Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises*), afgekondigd in mei 2019, heeft Macron het *contrat social* tussen bedrijfsleven en maatschappij willen herdefiniëren.⁵ Deze grote hervormingswet, *un véritable mastodonte législatif*,⁶ rust op twee pijlers: *libérer et protéger*. De *Loi PACTE* combineert deregulering voor het bedrijfsleven met bepalingen die verantwoord ondernemen moeten bevorderen. De meest uiteenlopende onderwerpen worden erin geregeld, van de vereenvoudigde oprichting en ontbinding van ven-

² 'Stel dividendbetaling ter discussie', *Het Financieele Dagblad* 27 maart 2020.

³ 'Virus puts responsible capitalism to the test. State support demands business plays its part as a corporate citizen', *Financial Times* 29 maart 2020.

⁴ J. Kirkup, *Returning the Favour. A New Social Contract for Business*, Social Market Foundation 2020, www.smf.co.uk/publications/returning-favour.

⁵ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n° 0119 du 23 mai 2019 (texte n° 2). Voor een globaal overzicht: M.D. Repiquet, 'Report from France. Law Pacte 2019: A Successful Modernization of Company Law?', *European Company Law* 16/5 (2019), p. 167-170. Uitvoerder: X. Aumeran e.a., *Loi Pacte. Ce qui change en droit des affaires et en droit social* (serie Dalloz Décryptage), Paris: Dalloz 2019 (Aumeran e.a. 2019) en E. Chevrier & E. Royer (red.), *L'intérêt social dans la loi pacte*, Paris: Dalloz 2019 (Chevrier & Royer 2019). In Nederlands vennootschapsland is Van Olfen bij mijn weten de enige die (tijdens het Nijmeegse congres 2019) aan de *Loi PACTE* aandacht heeft besteed.

⁶ Aumeran e.a. 2019, nr. 103.

nootschappen, administratieve lastenverlichting voor kleine ondernemingen, een wettelijke basis voor de privatisering van de *Aéroports de Paris* tot de implementatie van de aandeelhoudersrichtlijn.

3. Het vennootschapsbelang als drietrapsraket

Ter zake van het *contrat social* tussen ondernemingen en maatschappij bevat de *Loi PACTE* een drietrapsraket. Allereerst het vennootschapsbelang dat van oudsher meer dan in Nederland wordt gezien vanuit aandeelhoudersperspectief.⁷ Daarbij moet worden bedacht dat veel Franse beursondernemingen een geconcentreerd aandelenbezit kennen en de staat als (strategisch) aandeelhouder. De zeggenschap van grootaandeelhouders wordt bovendien versterkt door het loyaliteitsstemrecht. Het aandeelhoudersbelang krijgt daardoor een andere kleur dan in de VS of in het VK.⁸

Sinds 1804 bepaalt art. 1833 *Code civil* dat iedere vennootschap moet worden opgericht in het gezamenlijk belang van de vennoten.⁹ De (in Nederland reeds lang verlaten) contractuele opvatting staat nu ook in Frankrijk onder druk: 'L'entreprise est prisonnière du droit des sociétés', aldus Senard (CEO Michelin) en Notat (ESG adviseur) in hun voorbereidende rapport.¹⁰ De wetgever heeft hen gevolgd door een nieuwe alinea toe te voegen aan art. 1833 Cc:

'La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.'

Waar het vennootschapsbelang, *intérêt social*, voorheen meer in termen van het belang van de *vennootschap* werd beschouwd, is nu het accent verschoven naar het belang van de *onderneming*. In de literatuur duiken Maeijerijaanse omschrijvingen op zoals *la continuité de l'exercice de son activité, la pérennité de l'entreprise, sa prospérité*.¹¹ Daarbij dient het bestuur rekening te houden met de consequenties van haar handelen op milieu- en sociaal terrein. Kortom, een wettelijk opgelegd belangenpluralisme.

De tweede trap behelst geen verplichting, maar een uitnodiging: vennootschappen kunnen in hun statuten een *raison d'être*, een bestaansgrond, een uiteindelijk doel, opnemen. Deze bevat de beginselen die de basis vormen voor al het handelen van de vennootschap.¹² De *raison d'être* gaat een laag dieper dan alleen een strategie voor langetermijnwaardecreatie in codebepaling 1.1.1. Zij beweegt zich op het niveau van zelfdefiniëring: wat voor organisatie wil de vennootschap zijn, waartoe bestaat zij, wat zijn haar schragende waarden, hoe ziet de vennootschap zichzelf in relatie tot de maatschappij?

De *raison d'être* doet denken aan de *purpose*-discussie in het VK.¹³ Zij beantwoordt aan de behoefte van een groeiende groep werknemers en klanten (en ook sommige beleggers) om zich te associëren met een bedrijf dat zich richt op overstijgende waarden en op het toevoegen van waarde voor de samenleving als geheel.¹⁴ In de afgelopen maanden hebben heel wat grote (beurs)ondernemingen, waaronder Atos, Michelin, Orange, Carrefour en Veolia een *raison d'être* geformuleerd.¹⁵ Hoewel er ook scepsis klinkt over '*purpose washing*', heeft het nieuwe concept onmiskenbaar de discussie binnen ondernemingen in beweging gebracht. De laatste trap van de drietrapsraket gaat over maatschappelijke of sociale ondernemingen: ondernemingen voor wie winstgerichtheid ondergeschikt is aan een maatschappelijk of sociaal oogmerk.¹⁶ Ongeacht hun rechtsvorm kunnen maatschappelijke ondernemingen zich met ingang van 2020 tooien met een wettelijk keurmerk *société à mission*. Er gelden vijf vereisten.¹⁷ Allereerst een *raison d'être* zoals hierboven vermeld. Daar komt bij dat deze *raison* mede moet zijn gericht op het bevorderen van een maatschappelijk of sociaal oogmerk of de bescherming van het milieu. De statuten moeten voorts preciseren op welke wijze aan het maatschappelijk of sociaal oogmerk invulling wordt gegeven. In elk geval dient de vennootschap een *comité de mission* in te stellen. Dit *comité* (bij kleine ondernemingen kan het uit één werknemer bestaan) is verantwoordelijk voor het hoofdstuk in het jaarverslag over de wijze waarop de vennootschap aan haar missie invulling heeft gegeven. Het *comité de mission* opereert onafhankelijk van alle (andere) vennootschapsorganen en heeft toegang tot alle gegevens die het nodig acht. In de vierde plaats dient jaarlijks (of driejaarlijks bij kleine

7 Vgl. N. Notat & J.D. Senard, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 2018 (www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat), p. 118-119 (Notat & Senard 2018) en D. Poracchia & D. Martin, 'Regard sur l'intérêt social', *Revue des sociétés* 2012, p. 475-484.

8 Vgl. P-H Conac, 'La société et l'intérêt collectif: la France seule au monde?', *Revue des sociétés* 2018, p. 558 e.v. (opgenomen in E. Chevrier & E. Royer 2019, p. 164-174).

9 Art. 1833 Cc: 'Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.' Ziet art. 1833 Cc op alle maatschapsvormen, art. L225-64 *Code de commerce* bevat een corresponderende bepaling die specifiek is toegesneden op de SA. Vgl. Art. 1656 BW (oud): 'Alle maatschap moet een geoorloofd onderwerp hebben, en tot het gemeenschappelijk belang der partijen aangegaan worden.'

10 Notat & Senard 2018, p. 23.

11 J. Paillusseau, 'Entreprise et société. Quels rapports? Quelle réforme?', *Recueil Dalloz juillet 2018*, p. 1395 e.v., nr. 32 (opgenomen in Chevrier & Royer 2019, p. 138. Vgl. voorts Aumeran e.a. 2019, nr. 304. De corporate governance code (2020) sluit hierbij aan en bepaalt dat het bestuur steeds handelt *in l'intérêt social de l'entreprise*.

12 '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.' Hierover Aumeran e.a. 2019, nr. 312 e.v.

13 Vgl. C. Mayer, *Prosperity*, Oxford: Oxford University Press 2018.

14 Hierover ook J.W. Winter, 'De ontmenselijking van de grote onderneming', *Ondernemingsrecht* 2019/2.

15 Minister van financiën Le Maire maakt zich ervoor sterk dat alle ondernemingen waarin de Franse staat participeert een *raison d'être* aannemen. G. Norman, 'Bruno Le Maire veut accélérer l'application de la loi Pacte', *La Tribune* 12 september 2019, www.latribune.fr/economie/france/bruno-le-maire-veut-acceler-l-application-de-la-loi-pacte-827887.html.

16 Hierover o.a. J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: A.J.A.J. Eijsbouts e.a., *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadvies 2010), Deventer: Kluwer 2010.

17 Art. L210-10 *Code de Commerce* (CdC).

ondernemingen) een externe audit plaats te vinden. Tot slot moet de hoedanigheid van *société à mission* in het handelsregister worden ingeschreven. Indien het verslag van de externe auditor daartoe aanleiding geeft, kan het openbaar ministerie of een belanghebbende de rechtbank in kort geding verzoeken dat de vennootschap wordt gelast het keurmerk niet langer in haar uitingen te vermelden. Vergelijkt men de *société à mission* met bijvoorbeeld de Britse *Community Interest Company*, dan valt vooral de eenvoud van de regeling op. De regeling beslaat maar drie artikelen en een korte uitvoeringsregeling.¹⁸

4. Lessen voor Nederland?

Het valt niet te verwachten dat de discussie over *purpose* en *corporate citizenship* in Nederland na de coronacrisis zal verstommen. Dat heeft niet alleen te maken met de enorme steun aan bedrijven. De gevolgen van klimaatverandering dringen zich overal op en het vennootschapsrecht zal geen uitzondering zijn. Daarbij komt een steeds breder gedeelde wens om de scherpe kantjes van het kapitalisme af te veilen.¹⁹ In dit verband spelen ook andere thema's zoals diversiteit, belastingmoraal en evenwichtige beloningsverhoudingen.²⁰ Het besef dat niet alles wat legaal is, automatisch ook legitiem is, kan hier en daar nog indalen.²¹ Dergelijke onderwerpen gaan het bereik van dit artikel te buiten; ik beperk mij tot de vraag wat wij van de Fransen kunnen leren.

De inhoud van het vennootschapsbelang wordt in Nederland bepaald aan de hand van *Cancun* dat veel overeenkomsten met art. 1833 Cc vertoont.²² Belangrijk verschil is dat *Cancun* zwijgt over de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de milieugevolgen van zijn handelen. Wel valt uit verschillende wetten af te leiden dat het bestuur ook naar huidig recht milieuconsequenties in zijn afwegingen moet betrekken.²³

Indien de wetgever in het kader van het wetsvoorstel bedenktijd door het bestuur van beursvennootschappen gaat sleutelen aan de bestuursopdracht in art. 2:129 BW, valt te overwegen om bestaande (versnipperde) normen over de bestuursopdracht langs de Franse lijnen te codificeren.²⁴

Wat de *raison d'être* betreft: het huidige Nederlandse recht werpt geen belemmeringen op wanneer vennootschappen een *raison d'être* (*purpose*) in de statuten willen opnemen. Dat gold ook voor het Franse recht vóór de *Loi PACTE*. Zowel dáár als hier berust een wettelijke basis voor een *raison d'être* op een rechtspolitieke keuze. In Frankrijk heeft de *raison d'être* veel discussie uitgelokt over de maatschappelijke rol van ondernemingen. Dat alleen al lijkt mij winst. Los van een eventuele wettelijke basis zou ik daarom ervoor pleiten om aan dit onderwerp aandacht te besteden bij de volgende herziening van de Corporate Governance Code. Daarbij moet overigens worden bedacht dat een statutaire *raison d'être* in de Nederlandse verhoudingen niet vrijblijvend behoeft zijn. Deze kan mede invulling geven aan de open normen in art. 2:8 en 2:9 BW en zo het handelen van institutioneel betrokkenen normeren.²⁵ Dat geldt ook voor aandeelhouders wier ondernemingsmodel mogelijk op een andere *raison d'être* berust. Wij zouden denk ik vooral kunnen leren van de Franse *société à mission*. De *Loi PACTE* illustreert nog eens dat Nederland achterloopt. Zo langzamerhand zijn wij ongeveer de enige jurisdictie in Europa die op het gebied van *social entrepreneurship* niets geregeld heeft. Wel worden de verschillende wettelijke mogelijkheden op dit moment in kaart gebracht naar aanleiding van de initiatiefnota 'Ondernemen met een maatschappelijke missie'.²⁶ De gedachte dat maatschappelijke of sociale ondernemingen zich beter als zodanig moeten kunnen onderscheiden, wint terrein. Over de wijze waarop lopen de meningen meer uiteen. Dat kan bijvoorbeeld door middel van een publiek keurmerk zoals in Denemarken, of door middel van een modaliteit van een bestaande rechtsvorm, bijvoorbeeld van de BV. Interessant aan het Franse model is dat tussenwegen denkbaar zijn. De rechtsvormneutrale *société à mission* vertoont trekken van beide en bewijst het voordeel van de eenvoud.

Er moet eerst een grote brand worden geblust. Laten we daarna leren van de Franse slag.

18 Art. L210-10 – L210-12 CdC en Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission; www.legifrance.gouv.fr.

19 Zie onder veel meer Martin Wolf, 'Why rigged capitalism is damaging liberal democracy', *Financial Times* 18 september 2019, J.W. Winter, 'De ontmenselijking van de grote onderneming', *Ondernemingsrecht* 2019/2 en Kees van Lede & Joris Luyendijk, *Pessimisme is voor losers. Op de rand van een nieuwe tijd*, Amsterdam: Balans 2020.

20 Vgl. C.F. Perquin-Deelen, 'Diversiteit in tijden van crisis', *Ondernemingsrecht* (2020/IV) elders in dit nummer.

21 Op dit punt ging Adidas onderuit toen het, na een recordwinst te hebben geboekt, gretig gebruik maakte van een Duitse regeling die was bedoeld om de huurlast van kleine ondernemingen in de crisis te verlagen. CEO Kasper Horsted ging diep door het stof: 'Wir haben verstanden, dass nicht alles legitim ist, was legal ist' (S. Astheimer, 'Kniefall in drei Streifen', *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 1 april 2020; www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kommentar-zu-adidas-kniefall-in-drei-streifen-16707350.html).

22 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Cancun*).

23 Zie bijv. art. 28 lid 4 WOR, art. 2:391 lid 1 BW en, wat aandeelhouders betreft, art. 5:87c Wft. Vgl. B.F. Assink & L. Timmerman, 'Langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders', *Ondernemingsrecht* 2019/157, J.M. de Jongh, 'Een maatschappelijke resultante. Het vennootschapsbelang op de golven van maatschappelijke verandering,' in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 21-23 en, vanuit Europees perspectief, M. Verbrugh, 'Naar een beter Europees ondernemingsrecht' (oratie EUR), *Ondernemingsrecht* 2020/20.

24 *Kamerstukken II* 2019/20, 35367, nr. 2 (bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap).

25 Vgl. M.E. Coenraads en J.E.S. Hamster, 'Verantwoord ondernemen: van soft law naar harde verplichtingen via strategisch procederen', *TOP* 2019/451.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 2 waarover J.M. de Jongh, 'Naar een nieuwe variant van de BV?', *Ondernemingsrecht* 2018/121.