

L'émergence de nouvelles formes de société : l'exemple de la *Flexible Purpose Corporation*

Kevin LEVILLAIN¹

Doctorant au Centre de Gestion Scientifique, MINES ParisTech

Résumé : L'adoption de deux nouvelles formes de société en Californie pourrait introduire un enrichissement important du droit commercial. Tout en conservant la plus grande proximité possible avec les sociétés usuelles, leurs concepteurs les ont dotées d'un attribut nouveau : l'inscription d'une mission différente de la recherche du profit dans leurs statuts. Nous montrons que cette innovation, introduite par des praticiens, répond à une incapacité du droit américain à abriter une classe de projets collectifs mêlant but lucratif et objectifs sociaux et environnementaux. Elle ouvre une nouvelle voie basée sur un enrichissement de l'objet social, qui devient alors un point central de la gouvernance, ainsi qu'une variable théorique clé pour décrire un ensemble d'alternatives aux formes de société usuelles.

Mots clé : *Flexible purpose corporation*, objet social, statuts, engagement

INTRODUCTION

Le 1^{er} janvier 2012, les dispositions légales introduisant deux nouvelles formes de société commerciale, nommées *Benefit Corporation* et *Flexible Purpose Corporation*, sont entrées en vigueur dans l'État de Californie. Si, au premier abord, ces nouvelles formes ne semblent introduire qu'une petite évolution par rapport au droit des sociétés usuel, cette évolution retient

1 Ce texte est issu d'un travail mené conjointement avec Blanche Segrestin et Armand Hatchuel (cf. Segrestin, B., & Hatchuel, A. (2012), *Refonder l'entreprise*) ainsi qu'avec le programme de recherche du département EHS du Collège des Bernardins.

[p. 321-336]

Kevin LEVILLAIN

Arch. phil. droit 56 (2013)

notre attention car elle pourrait avoir un effet majeur sur la conception de l'entreprise. Aussi proches que possible des *corporations* traditionnelles, les concepteurs de ces nouvelles formes leur ont en effet ajouté un attribut qui pourrait tout changer : elles doivent déclarer dans leurs statuts un objectif autre que celui de faire du profit.

Quelle portée pour une telle innovation ? Évaluer son impact empirique semble encore prématuré, alors que moins d'une cinquantaine d'entreprises ont aujourd'hui choisi le statut de *FPC*. Mais conceptuellement, ces nouvelles dispositions pourraient bien ouvrir une voie d'expansion pour le droit des sociétés, et offrir une nouvelle piste pour répondre aux enjeux sociaux et environnementaux auxquels les entreprises font face aujourd'hui.

Ces nouvelles formes visent d'abord à combler un espace qui semble avoir été laissé vacant par le droit. En effet, de plus en plus d'entrepreneurs souhaitent développer des projets collectifs que les chercheurs ont beaucoup de mal à décrire aujourd'hui, à mi-chemin entre la société commerciale et l'association à but non lucratif. Nous nous attacherons dans une première partie à mettre en évidence les difficultés qu'éprouvent les praticiens à concevoir dans le droit usuel l'équilibre nécessaire à mener ces types de projets. Ainsi se dessinera clairement l'enjeu à l'origine de la conception de ces nouvelles formes : la création d'un espace de latitude pour le dirigeant responsable.

Ensuite, nous détaillerons les techniques innovantes que les concepteurs de ces formes ont déployées pour répondre à cet enjeu, et ce selon une voie novatrice, qui consiste à repenser l'objet de la société afin d'y introduire une notion de finalité que le droit avait somme toute écartée.

Enfin, nous esquisserons des éléments de réponse sur la portée d'une telle innovation : cette nouvelle voie met en lumière un nouveau paramètre de conception des sociétés commerciales, la « mission », qui permet d'une part de dresser une nouvelle cartographie des formes de société inventées ces dernières années, et de penser d'autre part une inscription juridique de l'entreprise plus adaptée aux projets collectifs qui émergent aujourd'hui.

L'ENTREPRISE MULTI-OBJECTIFS : UN ESPACE LAISSÉ VACANT PAR LE DROIT ?

Le XXI^e siècle s'ouvre sur un coup de massue pour le milieu de l'entrepreneuriat social américain : le groupe multinational Unilever vient de racheter Ben & Jerry's, une entreprise de crèmes glacées reconnue pour ses engagements éthiques, privilégiant le commerce équitable et les produits locaux, et poursuivant plusieurs programmes de minimisation de son

empreinte environnementale. Unilever ne partageant pas cette image de développement durable, le rachat est alors perçu comme l'accaparement par une multinationale, intéressée au seul profit, des ressources auparavant utilisées à but social et de ce fait détournées de leur fonction éthique. Un désastre que le milieu ne cesse de ressasser depuis.

Ce rachat était inévitable dans le cadre légal actuel ? Au-delà des débats qu'il continue de susciter, cet événement reste l'exemple phare utilisé par les promoteurs d'un changement du droit des sociétés pour illustrer les défauts de la *corporate law*, et démontrer notamment que certains types de projets d'entrepreneurs sociaux, ces « entreprises à but non lucratif », ou « *social purpose business ventures* », ne peuvent pas facilement prendre place dans le droit actuel.

Une catégorie d'entreprises qui cherche une place

Ces projets entrepreneuriaux sont généralement issus de la montée en puissance de la question du développement durable et de la responsabilité sociale parmi les différents acteurs du monde de l'entreprise. Ils dessinent une classe particulière d'organisations dont les défenseurs insistent sur les prises de conscience à la fois des clients, qui se disent plus enclins à changer leurs habitudes de consommateurs et à se tourner vers des produits respectueux de l'environnement ; des entrepreneurs, notamment fraîchement sortis des *business schools* et qui entretiennent le projet de démarrer une activité soutenable et responsable ; mais aussi des investisseurs, dont une part croissante des fonds sont attribués aux initiatives responsables, des législateurs, et plus généralement de la société civile².

Dans ce contexte, les prétentions des juristes à l'origine de ces formes sont doubles : répondre d'une part aux entrepreneurs qui souhaitent démarrer une activité mêlant objectifs commerciaux et socio-environnementaux, notamment dans des domaines clés tels que l'éducation, la santé, les énergies renouvelables, et plus généralement les *Clean technologies* ; et d'autre part engager un mouvement pédagogique et transformationnel à destination des grandes entreprises déjà implantées, et qui comptent pour une part majeure à la fois des échanges économiques et de l'empreinte socio-environnementale de ces échanges.

Les promoteurs de ces formes visent donc à prendre en main aussi bien les revendications du milieu de l'entrepreneuriat social, de plus en plus actif

2 Cf. le manifeste pour la création de la forme *Benefit Corporation* aux États-Unis, disponible à <http://benefitcorp.net/for-attorneys/benefit-corp-white-paper>.

[p. 321-336]

Kevin LEVILLAIN

Arch. phil. droit 56 (2013)

et visible notamment aux États-Unis, que l'urgence que requièrent aujourd'hui les problèmes environnementaux tels que le changement climatique. Sur ce dernier point, et malgré des avis contrastés sur l'adaptabilité à long terme du droit des sociétés aux enjeux économiques, sociaux et environnementaux modernes³, on observe une convergence des points de vue quant à l'insuffisance des initiatives volontaires en matière de RSE, et quant à la nécessité d'offrir de façon urgente des nouveaux moyens de mener l'action collective face aux limites des formes existantes.

L'inadéquation du paysage juridique : une tension entre latitude et contrôle

Une première voie explorée : les « Associations » à but non lucratif

La première difficulté provient d'un partitionnement des formes juridiques qui permettraient d'abriter une telle organisation. Une partie des entrepreneurs « sociaux » choisissent en effet une forme d'association à but non lucratif (*nonprofit corporation*), aux côtés des organismes de charité, forme qui correspond le plus souvent à leur objectif social ou environnemental particulier, que l'on précise sous le terme de « mission ». Cependant, à la différence des organisations caritatives, ces entrepreneurs souhaitent préserver une partie de leur activité sous forme commerciale, afin de tirer parti des revenus qu'elle génère pour nourrir leur objectif. Si cette activité commerciale est rendue possible sous certaines formes d'association à but non lucratif, elle reste cependant très encadrée et conduit de toute façon à la perte d'un statut fiscal privilégié. Or cette exemption permet pourtant de « compenser » la difficulté de lever un financement suffisant pour l'activité, ce type d'organisation ne pouvant faire appel à des « investisseurs » rémunérés pour leur apport de capital, par définition. Ces organisations voient donc leur développement limité par une absence de financement adéquat, un encadrement strict des activités commerciales, et une faible attractivité du fait de l'impossibilité de redistribuer une partie des profits potentiels aux apporteurs de capitaux.

3 Certains des juristes à l'origine des nouvelles formes soutiennent qu'une adaptation lente est en cours et que rien ne permet de penser que le droit commercial serait fondamentalement inadapté aux enjeux contemporains. C'est l'urgence de ces enjeux qui imposerait une transformation « forcée ».

[p. 321-336]

Kevin LEVILLAIN

Arch. phil. droit 56 (2013)

Les limites de la voie de la société traditionnelle : un manque de latitude du dirigeant

Une fois écarté ce type d'organisation, il ne subsiste pour les entrepreneurs que des formes réputées à but lucratif, et qui portent d'autres types de contraintes. La préoccupation majeure des juristes conseillant les entrepreneurs porteurs de ce type de projets concerne alors la mise en cause de leur responsabilité personnelle (*liability*). En effet, les décisions que seraient amenés à prendre des dirigeants d'organisations poursuivant des objectifs sociaux ou environnementaux pourraient être de nature à limiter le profit, voire le cas échéant à diminuer la valeur boursière de l'entreprise. Dans ce cas de figure, les dirigeants s'exposeraient aux dizaines de poursuites (*class actions*) que certains actionnaires engageraient tant pour défendre leurs intérêts que pour toucher d'éventuels dédommagements⁴.

L'ambiguïté du droit américain place en effet les dirigeants dans une situation difficile. Cette ambiguïté est historique, elle provient de la difficulté de concilier la latitude nécessaire aux dirigeants pour prendre des décisions dans le contexte incertain de l'entreprise, et le contrôle visant à protéger l'actionnaire des « mauvaises » décisions de gestion. La fonction de contrôle est d'abord assurée par les *Fiduciary Duties*, hérités du droit du *Trust*, et décrivant les devoirs que porte un dirigeant qui gère ce dont il n'est pas propriétaire, et dans un intérêt autre que le sien. Historiquement, ces obligations fiduciaires s'organisent autour de trois concepts (*honesty, integrity, fairness*), visant à s'assurer que le dirigeant confronté à un risque « nécessaire » ne profite pas indûment de sa position de gestionnaire, ni ne soumette délibérément les actifs de l'entreprise à un risque surrogatoire. Au tournant du XX^e siècle, les différences d'appréciations entre actionnaires et dirigeants sur les décisions de gestion prises par ces derniers ont déjà conduit à une opérationnalisation des *fiduciary duties* sous la forme des *derivative actions*, moyen pour l'actionnaire minoritaire de mettre en cause la gestion de l'entreprise en engageant la responsabilité personnelle des dirigeants.

Le XX^e siècle, avec l'avènement de la grande entreprise, moderne et innovante, voit cependant une tendance inverse s'affirmer : la nécessité pour les dirigeants de prendre des décisions dans l'incertain rend impensable la possibilité de remettre en cause *a posteriori* le bien fondé de toute décision au prétexte qu'elle n'a pas eu l'effet attendu. Cette appréciation *ex post* supposerait de plus que le juge dispose d'une compétence de gestionnaire, de

4 Cf. Mac Cormac, S., & Haney, H. (2012), "New Corporate Forms : One Viable Solution to Advancing Environmental Sustainability", *Journal of Applied Corporate Finance*, 24 (2), 49-56.

façon à lui permettre de démontrer que dans le contexte de prise de décision initiale, le dirigeant aurait pris la mauvaise voie. Il faut autrement dit commencer à protéger le dirigeant contre cette remise en cause, ce qui est obtenu par l'institutionnalisation de la *Business Judgment Rule*⁵. Cette règle consiste à accorder au dirigeant une présomption de bonne gestion, absente de toute démonstration par l'accusation (ici donc, par l'actionnaire engageant un *derivative suit*) d'un manquement à deux devoirs majeurs du dirigeant : l'obligation de prendre des décisions de bonne foi et dans l'intérêt de la société (*duty of loyalty*) et de façon prudente et informée (*duty of care*).

Ce renversement de la charge de la preuve permet théoriquement une très grande flexibilisation dans l'appréciation des « intérêts de la société ». En effet, il devient possible dans de très nombreux cas de démontrer que toute décision prise par le dirigeant vise des effets bénéfiques à long terme pour l'entreprise (image, préservation des ressources, etc.), quand bien même elle réduirait le bénéfice à court terme pour l'actionnaire.

Mais cet équilibre est instable pour au moins trois raisons. La première tient à ce que l'usage de cette règle par les cours de justice américaines est sujet à une appréciation souvent subjective des intentions du dirigeant, et aux variations de doctrines défendues par les juges (notamment dans un contexte de diffusion très large des préceptes de la théorie de l'agence). On ne compte ainsi plus les chercheurs et les juristes se plaignant d'une mauvaise interprétation et d'une mauvaise application de la *Business Judgment Rule*, dans un sens comme dans l'autre, résultant en un risque juridique trop important pour les dirigeants concernés⁶.

La deuxième cause d'instabilité est la limitation jurisprudentielle de l'application de la BJR, en particulier dans les cas de changement de contrôle. En effet, les cas d'OPA hostiles ont ceci de particulier qu'ils opposent souvent directement les intérêts des actionnaires aux intérêts personnels des dirigeants eux-mêmes, menacés de révocation par l'acheteur potentiel. Les cas emblématiques de *Unocal* (1985) et *Revlon* (1986)⁷ introduisent ainsi un niveau d'examen (*scrutiny*) du respect des devoirs de loyauté et de prudence accru par la justice, et conduisent finalement à

5 Voir par ex. Bainbridge, S. M. (2004), "Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", *The Vand. L. Rev.*, 57, 83.

6 Voir par ex. Bainbridge S. (1992), "Interpreting Non-Shareholder Constituency Statutes", *Pepperdine Law Review*, vol. 19, p. 971-1025, Higbee A. (1980), "The Misapplication of the Business Judgement Rule to Dismiss Shareholder Derivative Suits against Directors", 33 *U. Fla. L. Rev.* 589, ou encore Balotti F. & Hanks J. (1993), "Rejudging the Business Judgment Rule", *The Business Lawyer*, Vol. 48, No. 4.

7 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* (1985) et *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* (1986)

interdire aux dirigeants la possibilité de refuser une offre d'acquisition qui maximise indiscutablement la valeur actionnariale. Dans des cas semblables à celui de Ben & Jerry's, certains programmes socialement responsables représentent ainsi aux yeux d'acheteurs potentiels une réserve de profits supplémentaires à court terme, accessible sur simple cessation des dépenses. Cette réserve permet donc de promettre aux actionnaires un prix de rachat élevé, critère objectif indiscutable, contrairement à la plupart des désavantages induits pour les autres parties prenantes qui restent difficilement mesurables voire même prévisibles.

Enfin, et plus généralement, cet équilibre entre contrôle et latitude n'est recherché dans le droit qu'à l'avantage des actionnaires, et aucun principe juridique ne vise à protéger les décisions de gestion qui profitent explicitement aux autres parties prenantes.

Une deuxième voie explorée : l'affaiblissement des *Fiduciary Duties*

Plusieurs modifications historiques du droit ont tenté de modifier les contours de cet équilibre, et notamment d'y inclure des parties prenantes différentes des actionnaires. Le plus récemment, c'est autour d'une disposition juridique nommée « *Constituency Statute* » que les débats ont porté.

Dans les années 1980, la vague de *takeovers* ayant donné lieu aux décisions de justice évoquées plus haut a également échaudé les États américains subissant la fuite des entreprises de leur territoire. En effet, certains États comme le Delaware offrent des dispositions juridiques et fiscales très attractives pour les entreprises, et en particulier pour les *holdings*. Aussi, la concentration opérée par les vagues de rachat (et justifiée théoriquement par la minimisation des « coûts d'agence ») a-t-elle contribué à expatrier de nombreuses entreprises des États moins attractifs, avec un coût social jugé important. Ces États ont ainsi inventé les *Constituency Statutes* afin de contrer les rachats, en donnant aux conseils d'administration la possibilité de refuser une offre d'achat s'ils pouvaient démontrer un coût social lié au rachat trop important. Ces « statuts » s'appliquent ainsi à toutes les entreprises des États adoptifs, et détaillent une liste de parties prenantes potentiellement concernées par ce « coût social ».

La rédaction très large de ces statuts stipule que les dirigeants peuvent (ou « doivent » selon les cas), lorsqu'ils prennent des décisions, considérer l'impact de celles-ci sur un ensemble de parties prenantes telles que les employés, la communauté ou encore parfois l'environnement⁸. Dans le

8 Bainbridge S. (1992), "Interpreting Non-Shareholder Constituency Statutes", *art. cit.* [p. 321-336]

Kevin LEVILLAIN

Arch. phil. droit 56 (2013)

contexte contemporain très prolifique en matière de RSE, ces statuts pourraient donc aisément être détournés de leur fonction initiale (empêcher les OPA) pour être mobilisés dans des cas beaucoup plus larges. Ils contribueraient ainsi à renforcer la *Business Judgment Rule* et constitueraient une protection explicite des parties autres que les actionnaires.

En pratique cependant, très peu de cas (moins d'une dizaine au total) ont évoqué ces statuts, et aucun d'entre eux ne les utilise de façon décisive. Plusieurs observateurs⁹ jugent en réalité qu'ils pourraient être déclarés anti-constitutionnels car ils contreviennent à des dispositions fédérales du code de commerce, comme beaucoup d'autres dispositions juridiques du même genre avant eux.

Un organisme a pourtant proposé en 2008 l'adoption d'un *Constituency Statute* en Californie, État n'en ayant pas adopté lors de la vague d'entrée de vigueur de ces textes dans d'autres États¹⁰. La raison en est tout à fait éclairante. Cet organisme, *B Lab*, est une association à but non lucratif fondé aux États-Unis en 2007, et ayant pour but de certifier des entreprises ayant démontré qu'elles avaient un impact positif pour la « société » au sens large et l'environnement. Afin de leur décerner le label « *B Corporation* », B Lab exige ainsi d'une part une note minimale sur une grille d'évaluation élaborée par l'organisme avec l'aide d'experts extérieurs et couvrant les principaux domaines de la RSE (gouvernance, employés, communauté, environnement), et d'autre part l'inscription dans les statuts de l'entreprise que les dirigeants s'engagent à considérer l'impact de leurs décisions sur l'ensemble de leurs parties prenantes. Mais en Californie, conformément à la démonstration précédente, un dirigeant tenant effectivement cet engagement peut être poursuivi par certains actionnaires, et voir sa responsabilité engagée au gré des limites floues accordées à la *Business Judgment Rule*.

L'adoption du *Constituency Statute* visait ainsi à protéger le dirigeant et à renforcer la BJR, rendant de ce fait non risquée l'adoption d'un tel engagement dans les statuts. Votée par l'assemblée et le sénat californien, la proposition a pourtant été annulée par un veto du gouverneur Schwarzenegger, au motif que cette disposition aurait des conséquences et des « ramifications inconnues » pour l'ensemble des entrepreneurs de l'État.

Cette réserve n'est pas dénuée de fondement : selon certains observateurs, et opposants à cette proposition, une telle disposition (outre le risque d'anticonstitutionnalité) aurait pour effet d'assouplir considérablement le contrôle exercé sur les dirigeants, en leur permettant notamment d'inventer n'importe quelle justification fondée sur la défense d'une des parties

9 *Id.*

10 Notons que le Delaware n'en a pas adopté non plus.

[p. 321-336]

Kevin LEVILLAIN

Arch. phil. droit 56 (2013)

prenantes (telle qu'un attachement soudain au territoire, ou au mécénat) pour autoriser une décision portant également un intérêt personnel et ainsi contrer le devoir de loyauté.

Le texte de la lettre de veto ouvre néanmoins la porte à la réflexion sur le sujet, en invitant les juristes californiens à proposer d'autres solutions pour permettre à des projets innovants, aujourd'hui contraints par le droit, d'exister et de s'épanouir en Californie.

LA CONCEPTION DE LA FPC OU L'EXPLORATION D'UNE TROISIÈME VOIE : L'OBJET SOCIAL

Une innovation « par la pratique »

Suite au veto du gouverneur de Californie, deux groupes de travail différents se sont attelés à construire une alternative au projet de *Constituency Statute*. Le premier groupe amené à se saisir de la question est un ensemble de juristes de différents cabinets californiens qui a soutenu le veto, défendant les arguments précités, notamment la carence juridique créée par l'assouplissement des *Fiduciary Duties*. Emmené par Susan Mac Cormac, il conduit à la proposition en 2010 d'une première forme de la *Flexible Purpose Corporation*, alors jugée trop complexe dans les textes juridiques, et retoquée au sénat.

À la suite de cette proposition, les défenseurs du *Statute* de 2008 fédérés par *B lab* décident d'introduire en Californie une esquisse de nouvelle forme de société alternative, nommée *Benefit Corporation*, déjà portée dans plusieurs autres États, et poursuivant une philosophie différente. Ils considèrent en effet que la FPC telle que présentée au sénat est trop permissive par rapport aux objectifs poursuivis par *B Lab*, et en particulier par rapport à l'exigence d'une clause statutaire obligeant les dirigeants à prendre en compte l'ensemble des parties prenantes.

Les deux propositions, soutenues par des milieux différents (entrepreneurs sociaux engagés dans la reconnaissance d'une « troisième voie » entre *nonprofit* et *for-profit* pour la *Benefit Corporation*, American Bar Association et milieu « CleanTech » pour la FPC) seront finalement adoptées par le sénat en 2011 et entreront en vigueur le 1er janvier 2012.

Les deux formes partagent pourtant des ambitions très similaires en comparaison du paysage juridique existant. Toutes deux appuyées sur le droit des *Corporations*, elles visent à s'en rapprocher le plus possible afin de créer le moins de risque juridique inutile. Elles introduisent cependant une différence fondamentale par rapport à ces sociétés traditionnelles : la

possibilité de définir juridiquement un objectif différent de celui de la rentabilité.

Une solution innovante : introduire une mission non lucrative dans les statuts adoptés par les associés

Définition d'une « mission » soumise à l'engagement des associés

Cet objectif, nommé *purpose* en anglais, est en effet le cœur des deux propositions californiennes. Inscrit dans les statuts, il est la manifestation rendue publique d'une finalité commune dépassant le simple intérêt financier des actionnaires. La FPC exige ainsi dans la loi d'adopter une mission d'ordre caritatif ou d'intérêt général, ou visant à augmenter l'impact positif des activités de l'entreprise sur les salariés, clients, fournisseurs, communautés ou encore l'environnement.

Or ce *purpose* s'accompagne d'une forme d'engagement des actionnaires lié aux règles classiques d'adoption des statuts. De par son inscription dans ceux-ci, elle exige un vote à la majorité des deux tiers des actionnaires pour être adoptée, mais également un vote à la même super-majorité pour être altérée ou abandonnée. C'est ainsi toute la puissance d'une troisième voie qui se dessine pour introduire des projets responsables sous forme de société commerciale : plutôt que d'assouplir les *Fiduciary Duties*, il s'agit bien de faire reconnaître par les associés eux-mêmes que l'entreprise poursuit un but parallèle à la rentabilité, et sur lequel le contrôle actionnarial doit tout autant s'exercer.

Cette « mission » permet ainsi un double découplage que l'ambiguïté du droit empêchait jusque-là d'éclaircir : découplage entre l'impératif de rentabilité (c'est-à-dire de rémunération des actionnaires en tant que partie prenante de l'entreprise) et objectif premier du collectif d'une part, et découplage entre intérêts des actionnaires et intérêts de l'« entreprise » (notion jusque-là très mal définie en droit) d'autre part.

La *Flexible Purpose Corporation* est ainsi une société à but lucratif qui reconnaît dans ses statuts mêmes qu'elle poursuit un objectif parallèle, de nature sociale ou environnementale, et qui peut nécessiter de réaliser des compromis vis-à-vis de la rentabilité financière. Librement choisie, la mission devient un « paramètre » de gouvernance que le droit des sociétés avait contribué à masquer, le silence de ce dernier quant aux finalités de la *corporation* n'ayant pas empêché de plaquer les intérêts de l'entreprise sur les seuls intérêts financiers des actionnaires.

L'engagement des actionnaires permet alors un engagement et une durabilité notable de la mission, fondement de la construction d'une stratégie adaptée à celle-ci sur le moyen voire long terme, tout en n'inscrivant pas dans le marbre un objectif qui pourrait s'avérer contraire aux intentions initiales ou en décalage avec les enjeux sociétaux au fur et à mesure du développement scientifique et technique.

Cet engagement permet également une forme de réconciliation des intérêts des actionnaires (qui perdent leur caractère unidimensionnel) avec ceux du collectif formant l'entreprise, la publicité de la mission lui donnant son caractère de point central de la stratégie et de la motivation de l'ensemble de l'entreprise. Par ailleurs, dans le cas où une société existante déciderait d'adopter la forme de FPC, les actionnaires en désaccord avec le *special purpose* disposent de droits spécifiques (*dissenters' rights*) pour se séparer de leur part à un prix équitable, et ne pas contribuer ainsi à un déséquilibre des objectifs.

Enfin, cet engagement permet de lutter efficacement contre le risque d'OPA hostile, en donnant un argument objectif et opposable pour refuser les rachats indésirables : à moins que le repreneur ne s'engage à adopter la forme de FPC et à poursuivre la mission de la cible, il faut que les deux tiers des actionnaires acceptent de révoquer la mission pour autoriser le rachat.

Couplage entre protection de la latitude des dirigeants et contrôle de la mission

Une fois les conditions d'adoption et de modification de ce *purpose* définies, il faut encore aborder les conséquences de cet objet sur la gouvernance et les pratiques concrètes de ces entreprises. Le rôle de cette mission est en effet de repenser en profondeur l'équilibre entre latitude et contrôle que la jurisprudence a façonné dans le droit américain.

C'est une véritable extension maîtrisée de la *Business Judgment Rule* qui est visée à travers la mission. Car tant que la mission est inscrite dans les statuts, les dirigeants sont rigoureusement protégés de toute mise en cause de leur responsabilité personnelle pour toute décision qui contribuerait à diminuer la rentabilité en favorisant l'objectif adopté. C'est là une différence majeure avec les « *mission statements* », ces équivalents de slogans publicitaires inscrits dans les statuts des entreprises américaines censés représenter la philosophie commerciale des entreprises. Le *special purpose* introduit une véritable latitude pour le dirigeant en libérant une classe de décisions qui étaient jusqu'à présent risquées du point de vue juridique, car soumises aux différences d'appréciation de la BJR. Il pourrait ainsi permettre de fonder

des stratégies s'éloignant fortement de la rationalité traditionnelle associée à la recherche de profits, et permettant de nouvelles formes d'innovation, en l'occurrence dans les domaines sociaux et environnementaux.

Mais cet élargissement n'est pas sans contrôle : au contraire préciser la mission permet d'ailleurs de délimiter précisément le champ d'action des dirigeants. La FPC introduit ainsi un éventail de dispositions visant à encadrer la façon dont le *purpose* est opérationnalisé, évalué et contrôlé.

D'une part, l'entreprise précise une série d'objectifs opérationnels liés à la mission. Cela correspond véritablement à la construction d'une stratégie, doublée d'un ensemble de critères d'évaluation opposables à l'action du dirigeant et révisables au fur et à mesure de l'élaboration de la mission.

D'autre part, ces objectifs, avec un ensemble d'autres données, forment un rapport annuel public prenant la forme standardisée d'une « *Management Discussion and Analysis* » dans lequel la logique de l'ensemble des objectifs déclinés de la mission et des stratégies qui en découlent est expliquée, les investissements réalisés pour ces stratégies sont détaillés, et les résultats visés et obtenus sont comparés. Plus localement, un rapport peut également être exigé pour chaque décision importante réalisant un compromis entre rentabilité prévisible et *special purpose*. Cette transparence est ainsi privilégiée face à la désignation d'un acteur particulier rendu responsable des performances de l'entreprise en rapport avec sa mission.

Une variété des gouvernances qu'illustrent les deux formes californiennes

Ces quatre paramètres (mission, engagement, protection et contrôle) réintroduisent par le droit une variété des formes de gouvernance envisageables pour les entreprises adoptant ces statuts qui trouve déjà son expression dans les différences observables entre dispositions spécifiques à la FPC et à la Benefit Corp.

Les premières différences s'observent sur la façon de définir la mission que doit poursuivre l'organisation. Celle-ci est laissée « libre » pour la FPC, dans certaines limites prescrites par le texte de loi : elle doit soit être d'ordre caritatif ou d'intérêt général, soit viser une réduction des effets négatifs ou une augmentation des effets positifs de l'activité, à court ou long terme, sur les différentes parties prenantes de l'entreprise. En revanche, elle est encadrée par un standard tiers indépendant dans le cas de la Benefit Corporation, et c'est le choix de ce standard qui est laissé libre, quoiqu'il doive être clairement motivé dans les rapports annuels, et ne porter que sur des évaluations complètes (*comprehensive*), c'est-à-dire qui prennent en compte toutes les dimensions de la responsabilité sociale. On observe ainsi

que dans le cas de la Benefit, la société civile joue un rôle direct sur les modes d'évaluation de l'entreprise à l'aune de sa mission.

Les différences se poursuivent également sur les modes de contrôle des dirigeants et des managers, certains textes établissant les Benefit Corporation dans d'autres États que la Californie instaurant des fonctions de « *Benefit Director* » et « *Benefit Officer* », responsables respectivement devant les actionnaires et devant le conseil d'administration des stratégies et résultats obtenus sur la mission. On observe également que là où la FPC « autorise » les dirigeants à prendre en compte la mission dans leurs décisions (statut permissif), la Benefit exige que ses dirigeants prennent en compte l'impact de leurs décisions sur les parties prenantes identifiées.

En conclusion, il semble que ces deux nouvelles formes commencent à décrire une « grammaire » à partir de laquelle de nouvelles règles de collectifs peuvent être conçues mais il reste encore à en saisir le véritable potentiel théorique, et à en éprouver empiriquement les effets concrets pour les entrepreneurs. Il est à signaler concernant cette dernière question que la jeunesse des statuts (moins de deux ans à l'heure de la publication de ce recueil) rend difficile un retour d'expérience significatif : moins d'une cinquantaine de FPC ont été créés en Californie, et de l'ordre de 250 Benefit Corporations ont été incorporées aux États-Unis (dont moins d'une centaine en Californie). Ce relativement faible nombre, ajouté au fait que les premiers rapports exigent une existence de plus d'un an des sociétés, explique que peu d'études empiriques aient déjà été publiées concernant ces nouvelles structures.

D'UNE OPTION SUPPLÉMENTAIRE À UN RÉFÉRENTIEL GÉNÉRIQUE POUR L'ENTREPRISE

Ces nouveaux paramètres permettent de décrire la variété des alternatives

Cette nouvelle grammaire nous permet de mieux comprendre les différentes alternatives que le droit des sociétés a commencé à inclure dans de nombreux pays. En effet, les *Benefit* et *Flexible Purpose Corporations* ne sont pas les premières à proposer une vision différente des objectifs des sociétés dans le monde. Dès 1995 par exemple, la Belgique avait introduit une forme de label intitulé « Société à Finalité Sociale », imposant un ensemble de règles à ajouter aux dispositions du droit spécifiques à chaque forme statutaire. Au-delà de la spécification d'une mission, ces règles visaient par exemple à limiter la proportion de profits reversés sous forme de dividendes, ou encore la concentration des droits de vote dans l'actionnariat.

La France introduit quant à elle la SCIC, Société Coopérative d'Intérêt Collectif en 2001, dont le cœur est de permettre à une grande variété de parties prenantes (salariés, collectivités locales, clients, etc.) de prendre part à la gouvernance de l'entreprise (multi-sociétariat) et à la définition d'un objectif commun, là encore semblable au *special purpose* de la FPC. On pourrait évoquer encore la CIC (*Community Interest Company*) anglaise de 2005, ou la L3C (*Low-profit Limited Liability Company*) américaine de 2007, pour compléter le panorama¹¹.

Chacune de ces nouvelles formes semble en tout cas se situer sur un *continuum* formé par le mode de désignation de la mission et d'engagement des parties prenantes de l'entreprise. À l'une des extrémités, la FPC ne propose pas d'inclure dans la gouvernance de l'entreprise des parties prenantes autres que celles déjà concernées par le contrat de société, c'est-à-dire les actionnaires traditionnels, les apporteurs de capitaux. Elle ne permet ainsi pas de répartir l'engagement envers la mission sur un ensemble de parties prenantes plus large. En revanche, elle propose d'élargir considérablement le contenu de cet engagement en y incluant le respect d'une mission qui implique de nombreuses conséquences en termes de gouvernance, notamment en réduisant une partie des droits des actionnaires et en garantissant davantage de latitude pour les dirigeants. La Benefit formule une variante de cette configuration, en n'incluant pas davantage de parties prenantes au contrat, mais en les associant à la rédaction de la mission même, subordonnée à l'existence d'un standard indépendant de la société.

À l'autre extrémité de l'éventail, le contenu de l'engagement n'est quasiment pas modifié : il s'agit uniquement des *Fiduciary Duties* traditionnels que le dirigeant doit respecter. Mais cette fois-ci ce sont les parties prenantes à la gouvernance qui sont élargies : dans la *Socially Responsible Corporation* (SRC) par exemple¹², proposée dans le Minnesota et abandonnée depuis, de nombreuses parties prenantes étaient représentées dans le conseil d'administration de la société, leur permettant ainsi de donner une voix à leurs intérêts. Les obligations fiduciaires des dirigeants s'exerçaient ainsi envers davantage de parties prenantes.

À mi-chemin entre ces deux extrêmes, la SCIC française propose à la fois d'inclure aux côtés des investisseurs d'autres parties prenantes à la gouvernance de l'entreprise et de préciser dans les statuts un « intérêt collectif », proche de la mission statutaire introduite par la FPC. Cet intérêt collectif ne peut cependant que difficilement être « altruiste » dans la mesure où il est le

11 Voir à http://www.sec.state.vt.us/corps/dobiz/llc/llc_l3c.htm pour des informations sur la L3C et à <http://www.bis.gov.uk/cicregulator> concernant la CIC.

12 Voir <http://legiscan.com/MN/text/HF764/id/201872>.

reflet explicité des intérêts regroupés de chacune des parties prenantes à l'entreprise, les collectivités publiques en assurant parfois le caractère général.

L'embryon d'une redéfinition générique de la société

Mais si cette grammaire permet bien de retrouver une variété d'alternatives existantes, peut-elle également en générer de nouvelles ? Quelle serait la valeur de ces nouvelles propositions ? Il nous semble que la généralité des paramètres issus de ces nouvelles formes permet en effet de repenser la gouvernance de l'entreprise selon deux grands axes principaux :

- D'une part, les conditions de définition, de modification et de suppression de la mission du collectif, qui peuvent inclure une part plus ou moins grande des parties prenantes envisageables de l'entreprise
- D'autre part, les conditions de définition des procédures et outils de contrôle des dirigeants, ainsi que les conditions de participation à la gouvernance des différentes parties prenantes.

Munis de ces deux axes, on voit effectivement apparaître la possibilité de construire une proposition plus générale, plus englobante, que les cas particuliers que sont FPC, Benefit Corporation et SCIC sur cet éventail. On peut ainsi envisager une forme de société introduisant dans l'objet social une finalité qui peut être plus large que celle de la FPC (celle-ci étant limitée aux questions sociales et environnementales), et dont la gouvernance doit définir d'un côté les procédures de définition et d'approbation de la mission, et de l'autre les formes de contrôle qui en découlent, et qui peuvent impliquer des parties prenantes plus larges.

Suivant cette proposition, le droit n'organiserait plus cette dichotomie « pratique » entre sociétés à but lucratif et organisations à but non lucratif, en acceptant que les collectifs puissent déterminer eux-mêmes l'espace d'action dans lesquels ils souhaitent inscrire leur activité. La rentabilité pourrait alors explicitement être reconnue comme un moyen de poursuivre plusieurs autres objectifs, dont l'opérationnalisation pourrait être pensée en droit positif, notamment à travers la possibilité de créer des outils juridiques spécifiques au contrôle de la mission.

Une voie à continuer d'explorer ?

Cela ouvre également une nouvelle piste pour la responsabilisation de l'entreprise, ainsi que pour garantir la soutenabilité des associations, en offrant à celles qui souhaitent se doter d'activités commerciales la possibilité

de développer un modèle de gouvernance plus adapté. Cette gouvernance pourrait notamment prendre en compte un collectif plus large, en adéquation avec les recommandations en matière d'inclusion des parties prenantes qui prévalent dans les discours actuels.

Ces innovations juridiques ne sont cependant pas sans un certain nombre de limites à documenter, notamment les difficultés liées à l'adoption d'une nouvelle forme juridique non instrumentée, ce qui peut représenter un risque juridique encore dissuasif pour les entrepreneurs. Par ailleurs, la *Flexible Purpose Corporation* correspond au pari de conserver la majeure partie du système de gouvernance des sociétés existantes, en proposant que l'objet soit toujours défini par les actionnaires eux-mêmes, et contrôlé par une transparence accrue. Certains commentateurs s'inquiètent ainsi de la possibilité pour ces entreprises de pratiquer l'« éco-blanchiment », en profitant de l'image portée par le statut de FPC sans pour autant en respecter l'esprit.

Finalement, les similarités dans les aspirations des entrepreneurs sociaux de chaque côté de l'Atlantique pourraient inviter les juristes européens à se saisir de ces innovations, mais les différences de contextes juridiques appellent à une réflexion davantage axée sur les concepts mobilisés – objet social, engagement – que sur la traduction directe des mécanismes de gouvernance, introduits spécifiquement pour le contexte californien.

kevin.levillain@mines-paristech.fr