

La flexible purpose corporation
Un petit pas pour le juriste, un grand pas pour l'entreprise ?

La *flexible purpose corporation* est une nouvelle forme de société à but lucratif, reconnue en droit en Californie depuis janvier 2012. A la différence d'une entreprise classique, elle ajoute dans ses statuts un autre objectif que celui du profit. Une telle disposition permet de protéger les dirigeants qui souhaitent exercer une mission sociale ou environnementale, sans pour autant les dégager du contrôle des actionnaires. Avec ce type d'entreprises, il devient possible de réconcilier les intérêts des actionnaires avec ceux du collectif formant l'entreprise et d'ancrer dans les fondements mêmes de l'entreprise le principe de responsabilité sociale.

Kevin Levillain est
doctorant au centre de
gestion scientifique de
Mines ParisTech.

Malgré les progrès observés depuis plusieurs années, la responsabilité sociale (ou sociétale) de l'entreprise ne semble pas, ou plus, en mesure de provoquer le changement profond qu'on attend dans le pilotage des entreprises. Standards d'évaluation des performances¹, processus d'amélioration², chartes internes, programmes de dons caritatifs ou d'investissement dans des fondations à but social ou environnemental... Les initiatives sont nombreuses mais, à l'heure de la crise, les résultats sont clairement insuffisants.

Dans ce contexte, une petite évolution qui pourrait

paraître minime, retient notre attention. Depuis janvier 2012, en Californie, une nouvelle forme de société a été reconnue en droit : la *flexible purpose corporation* (FPC). Ses

Ses concepteurs lui ont donné tous les attributs d'une société classique, mais ont introduit un détail qui pourrait tout changer. Ils ont simplement ajouté que l'entreprise déclarait dans ses statuts un objectif autre que celui du profit.

concepteurs lui ont donné tous les attributs d'une société classique, mais ont introduit un détail qui pourrait tout changer. Ils ont simplement ajouté que l'entreprise déclarait dans ses statuts un objectif autre que celui du profit³. Il est évidemment trop tôt pour évaluer l'impact de ce changement, seule une vingtaine

d'entreprises ayant pour le moment choisi ce statut. Mais déjà, d'autres formes de sociétés s'inspirant de la FPC ont été adoptées dans d'autres Etats.

Pourquoi manifester un intérêt particulier pour ce statut ? C'est que cette nouvelle disposition du droit des sociétés pourrait ouvrir une voie nouvelle pour l'entreprise et permettre effectivement de la responsabiliser : elle lève en effet un point dur de la RSE, la latitude des dirigeants, et propose une réponse innovante en impliquant les actionnaires dans une mission partagée. Nous reprenons ici les origines de cette innovation juridique, ses implications pour l'entreprise, et les perspectives qu'elle ouvre pour des évolutions en France.

Les entreprises responsables sont aujourd'hui vulnérables

A l'origine de la création de la FPC, se trouve une convergence entre deux réflexions juridiques : celle menée depuis 2006 par Susan Mac Cormac, juriste sur les questions de gouvernance à San Francisco, et celle d'une association à but non lucratif de certification des entreprises vertes, nommée *B Lab*.

B lab est fondée en 2007 aux Etats-Unis par trois entrepreneurs sociaux qui se donnent pour but d'aider les entreprises réellement engagées en leur offrant les moyens de démontrer leurs efforts sociaux et environnementaux par rapport au « *greenwashing* » de leurs concurrents classiques. L'association crée alors un système

d'évaluation extra-financier, mesurant l'impact positif des entreprises sur la « société au sens large », ainsi qu'un processus de certification qui décerne le label de *B Corporation* aux entreprises dépassant une certaine note à l'issue de cette évaluation. Avec le succès de cette certification, une communauté croissante de *B Corporations* se constitue, mais une difficulté juridique se pose dans plusieurs Etats, dont la Californie : en atteignant une taille suffisante pour autoriser les poursuites judiciaires par les actionnaires, les dirigeants des *B Corp* craignent que la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux ne les mette en contradiction avec leurs obligations fiduciaires envers leurs apporteurs de capitaux.

Susan Mac Cormac fait en 2006 un constat similaire. Alors que de plus en plus d'entreprises souhaitent s'engager dans le développement durable, son cabinet ne « peut »⁴ conseiller à ses clients des structures juridiques et des règles de gouvernance qui permettent d'engager les investissements nécessaires sans mettre leur responsabilité personnelle (*liability*) en jeu. Une décision de ce type risquerait par exemple de diminuer la valeur boursière de l'action et d'entraîner des dizaines de poursuites (*class actions*) de la part des actionnaires contre les dirigeants.

Une latitude illusoire pour des dirigeants entre deux injonctions contradictoires

Les conceptions habituelles de la RSE font en fait l'impasse sur la situation intenable dans laquelle sont les dirigeants : ceux-ci sont censés développer l'entreprise sur le long terme en s'appuyant sur un collectif large de parties prenantes. Mais dans le même temps, ils sont nommés et contrôlés par les actionnaires qui attendent un retour financier à court terme. La plupart des dispositifs de la RSE visent à insister sur les intérêts collectifs et sociétaux de l'entreprise sans remettre en cause l'objectif de maximisation du profit pour l'actionnaire. Ils cherchent ainsi à faire porter une responsabilité supplémentaire sur les dirigeants – par exemple avec le respect d'une norme environnementale – sans modifier le pouvoir des actionnaires vis-à-vis de ces dirigeants. Or en droit américain, les

actionnaires ont un pouvoir de révocation et d'incitations financières, et les dirigeants ont des obligations fiduciaires envers « la société et ses actionnaires ».

Le cas des *B Corporations* illustre ainsi une limite dans la latitude qu'ont en pratique les dirigeants dans leurs actions. Même lorsqu'ils ont au départ la volonté d'adopter un comportement responsable et durable, les ambiguïtés du droit des sociétés qui pourraient mettre en jeu leurs responsabilités individuelles les font y réfléchir à deux fois. Susan Mac Cormac⁵ pointe ainsi les nombreux rapports commandés par les entreprises sur des sujets environnementaux qui ne voient jamais le jour par peur des conséquences financières qui engagent l'image et la responsabilité des dirigeants : on fait généralement l'hypothèse qu'ils ont toute la latitude nécessaire, mais les dirigeants sont bien souvent amenés à prendre des décisions qui ne correspondent pas à leur jugement personnel.

Le droit leur donne pourtant *a priori* une grande latitude : de fait, des actionnaires engagés et un dirigeant convaincu permettent de monter une entreprise sociale comme il y en a des centaines aujourd'hui. Et surtout, un principe fondamental, la « *Business Judgement Rule* », protège la responsabilité personnelle des dirigeants tant

La menace des OPA hostiles peut réduire à néant les efforts menés par les dirigeants responsables : toute activité visant à mitiger le bénéfice financier en poursuivant une mission environnementale ou sociale représente aux yeux d'acheteurs potentiels une belle réserve de profits et de dividendes supplémentaires !

que leurs décisions sont prises de bonne foi dans l'intérêt de la société (*duty of loyalty*) et de façon prudente et informée (*duty of care*), ce qui permet une large flexibilité dans l'appréciation des intérêts de la *corporation*. Mais cet équilibre est instable : plusieurs cas de jurisprudence ont limité l'application de cette règle et inspirent un comportement inverse au risque pour les dirigeants. En outre, une minorité d'actionnaires suffit à engager une

procédure judiciaire, et, à la différence des obligations fiduciaires qui soutiennent la logique actionnariale, aucun principe juridique ne protège les décisions de gestion qui profitent explicitement aux autres parties prenantes.

Le cas des offres publiques d'achat (OPA) hostiles en

est une excellente illustration : la jurisprudence américaine ne permet pas aux dirigeants de refuser une acquisition qui remet en cause l'activité sociétale de l'entreprise tant qu'elle maximise la valeur actionnariale. La menace des OPA hostiles peut ainsi réduire à néant les efforts menés par les dirigeants responsables : toute activité visant à mitiger le bénéfice financier en poursuivant une mission environnementale ou sociale représente aux yeux d'acheteurs potentiels une belle réserve de profits et de dividendes supplémentaires ! C'est par exemple le cas du rachat médiatisé de *Ben & Jerry's* par *Unilever* en 2000.

Quelles voies pour surmonter cette contradiction ?

Pour contrecarrer la pression actionnariale, les législateurs de certains Etats américains ont essayé à la fin des années 1980 de redonner légalement de la latitude aux dirigeants, en forçant l'application de la *Business Judgement Rule* dans les cas où elle était remise en cause. Pour enrayer une vague de rachats d'entreprises, ces Etats ont adopté des lois désignées sous le terme de « *Constituency Statutes* ». Ces lois, qui s'appliquent à toutes les entreprises, modifient en fait les obligations fiduciaires des dirigeants en leur permettant de (ou, selon les cas, en les contraignant à) considérer les effets de leurs décisions sur une liste exhaustive de parties prenantes (essentiellement employés, clients, fournisseurs et territoires).

Ces statuts pourraient permettre aujourd'hui aux *B Corporations* de se développer davantage, mais en réalité ils ne résolvent pas le risque juridique. Ils font en effet l'objet de nombreuses critiques : très peu utilisés en droit, ils courent le risque d'être reconnus anticonstitutionnels car ils contreviennent à des dispositions fédérales du code de commerce, telles que la liberté de commerce entre les Etats, ou le *Williams Act* régulant les OPA. En outre, ils créent une carence juridique en assouplissant les devoirs des dirigeants, ce qui permettrait à ces derniers de favoriser plus facilement leurs intérêts personnels. Par exemple, dans les cas d'OPA hostiles où il s'oppose aux intérêts des actionnaires, le management peut inventer une argumentation philanthropique (telle qu'un attachement soudain à la défense des employés) pour sauvegarder sa position.

De ce fait, la récente proposition d'un statut semblable en Californie, Etat n'en ayant pas adopté à l'époque, a fait l'objet d'un veto par le gouverneur Schwarzenegger en 2008.

L'innovation de la FPC : inscrire la mission dans l'objet social⁶

Suite à ce veto, la lettre du gouverneur proposant néanmoins de poursuivre la réflexion, Susan Mac Cormac forme un groupe de travail qui parviendra à une innovation marquante dans le droit des sociétés. Partisan d'une approche qui conserve la plus grande ressemblance possible avec la *corporation* américaine classique pour ne pas dérouter les investisseurs, le groupe travaille à créer le levier minimal qui permette de résoudre les injonctions contraires supportées par les dirigeants. Il s'agit donc de protéger les dirigeants qui souhaitent exercer une mission sociale ou environnementale sans pour autant les dégager totalement du contrôle des actionnaires.

La réponse semble d'une grande simplicité mais prend une voie nouvelle face au problème : elle consiste à remettre en question l'hypothèse communément répandue

Dès lors que les actionnaires reconnaissent que l'entreprise poursuit des objectifs différents de la rentabilité financière, voire même contraires à cette rentabilité à court terme, il devient possible de réconcilier les intérêts des actionnaires avec ceux du collectif formant l'entreprise.

que l'intérêt de l'actionnaire serait uniquement de maximiser le profit, et qu'il se confondrait avec l'intérêt de la société. La *Flexible Purpose Corporation* est ainsi une forme de société à but lucratif, mais elle reconnaît dans ses statuts mêmes qu'elle poursuit un but parallèle, un « *Special purpose* » social ou environnemental, qui peut nécessiter de mitiger

le retour financier à court terme.

Ce *Special Purpose* est donc une inscription à valeur juridique de la « mission » dont se dote une entreprise. Cette mission est librement choisie, elle doit toutefois être adoptée par une super-majorité de deux tiers des actionnaires. Ceci a une implication majeure : dès lors que les actionnaires reconnaissent que l'entreprise poursuit des objectifs différents de la rentabilité financière, voire

même contraires à cette rentabilité à court terme, alors il devient possible de réconcilier les intérêts des actionnaires avec ceux du collectif formant l'entreprise. Et si quelques actionnaires refusent la mission que se propose de suivre l'entreprise, ils peuvent se séparer de leurs parts avec un prix équitable, suivant le principe des « *dissenters' rights* » spécifiques à la Californie.

Mais surtout, cette mission, laissée à la libre expression de chacune des entreprises, permet de surmonter la faiblesse identifiée des approches classiques de la RSE : la latitude insuffisante laissée aux dirigeants pour appliquer ses principes. En effet, tant que cette mission est inscrite dans les statuts, le dirigeant est désormais rigoureusement protégé de toute recherche de sa responsabilité individuelle dans les dommages financiers qui sont liés à la poursuite de cette mission. Les dirigeants ne sont ainsi plus limités par leur précédente aversion au risque, et peuvent désormais prendre les décisions qui correspondent à leur meilleur jugement.

De la même manière, lors d'un rachat de l'entreprise, la poursuite de la mission devient un moyen contrôlable et indiscutable de refuser une offre hostile : à moins que le repreneur ne s'engage à inscrire la même mission dans ses statuts, il faut que deux tiers des actionnaires acceptent de la révoquer pour pouvoir autoriser cette opération.

Enfin, les juristes ont souhaité favoriser la transparence et exiger des rapports annuels exposant le raisonnement mené par le management pour justifier l'utilisation de ressources de l'entreprise dans le sens de la mission et détailler leur efficacité constatée au terme de l'exercice. Ainsi, le dirigeant ne peut commodément utiliser la mission lorsque cela sert ses intérêts personnels et l'oublier le reste du temps. Cependant, afin de ne pas enfermer l'entreprise définitivement dans un objectif particulier malgré l'évolution du contexte économique, social et environnemental, le *Special Purpose* est modifiable par le vote favorable de deux tiers des actionnaires, d'où le terme de « flexible » pour désigner ce nouvel objet social.

Une initiative susceptible de déverrouiller la RSE qui mérite de l'attention

Cette innovation emprunte une voie nouvelle et pourrait avoir une grande portée. En premier lieu, elle interroge une idée communément partagée selon laquelle l'objectif ultime de l'entreprise serait de maximiser son profit. L'inscription de la mission, qui peut être orientée vers les salariés, voire vers des communautés extérieures à l'entreprise, dans l'objet social, force à reconsidérer la représentation habituelle de l'entreprise et à prendre en compte un collectif aux intérêts et aux constituants plus larges que ceux des seuls apporteurs de capitaux de la société commerciale.

Elle permet également de clarifier les « *best interests of the corporation* », souvent superposés aux intérêts financiers des actionnaires, et pour lesquels la jurisprudence américaine a souvent montré beaucoup d'hésitation. Cette nouvelle forme, en adoptant un intérêt autonome propre au collectif et qui n'est pas substituable à l'objectif « profit », ne remet pas pour autant en cause les *fiduciary duties* à la base du statut du dirigeant anglo-saxon : elle les réinterprète et les élargit, de façon à redonner une place aux intérêts non financiers de la société.

On peut formuler l'hypothèse que cet assouplissement des devoirs du dirigeant fait de la FPC un véhicule juridique plus général, au moins dans la formulation des finalités de l'entreprise, que la société anonyme classique, souvent réduite à un objectif financier, ou la coopérative, dans laquelle les salariés sont actionnaires pour exprimer leurs intérêts. La question se pose maintenant de savoir

La question se pose maintenant de savoir si la liberté dans la définition de la mission et dans l'équilibre à instaurer avec le profit permettra d'utiliser cette nouvelle forme pour un très large spectre de collectifs.

si la liberté dans la définition de la mission et dans l'équilibre à instaurer avec le profit permettra d'utiliser cette nouvelle forme pour un très large spectre de collectifs, depuis l'association caritative aujourd'hui limitée dans ses activités commerciales jusqu'à

la multinationale qui crée une fondation annexe, en passant par l'ensemble des « entreprises sociales » telles les *B Corporations* dont la taille réduite permet d'éviter les

éventuelles poursuites. La FPC serait alors le véhicule juridique qui faisait défaut au déploiement des nombreuses conceptions différentes de la RSE, en protégeant les dirigeants responsables sans créer de risque juridique non maîtrisé pour les investisseurs.

Une nouvelle voie législative à explorer

Enfin, cette innovation semble ouvrir une nouvelle voie⁷ pour le législateur soucieux du développement durable. Adoptée de façon volontaire par les actionnaires et les dirigeants, cette forme est conçue pour faciliter l'innovation sociale, en reportant sur l'entreprise la tâche d'explorer les pistes qui lui permettront d'atteindre sa mission, objectif potentiellement vaste et aux ramifications inconnues à l'origine. L'action de l'Etat s'enrichirait ainsi, de façon complémentaire à l'édition de normes contraignantes qui doivent tenir compte de la compétitivité des entreprises et de la latitude des dirigeants, d'une proposition d'ouverture visant à modifier profondément le cadre d'action des entreprises volontaires.

Quelle est la pertinence de cette voie en Europe ? Si de nombreuses dispositions légales intègrent déjà une certaine conception de la RSE, la contradiction portant sur les dirigeants n'en semble pas moins présente. Imaginons par exemple qu'une entreprise française veuille passer la certification pour devenir une *B Corporation*, label non juridique, et engage les investissements nécessaires à atteindre le niveau de performance sociale et environnementale requis. Si ces dépenses diminuent d'autant les performances financières à court terme et attirent les OPA, cela engagerait-il la responsabilité du dirigeant au motif qu'il contrevient à l'article 1833 du Code civil précisant que la société est constituée dans l'intérêt de ses associés ?

Travailler à inclure une finalité pour l'entreprise dans l'objet social, à côté de la liste des activités licites de l'entreprise, pourrait-il, en France également, mitiger ces risques et ouvrir de nouvelles voies pour penser l'entreprise de demain ?

Cet article est inspiré par les travaux du programme

« L'entreprise : propriété, création collective, monde commun »
du département Economie, Homme, Société du Collège des
Bernardins.

1 Standards du *Global Reporting Initiative* par exemple, ou agences de notation extra-financières.

2 Tels la dernière norme ISO 26 000.

3 La loi prévoit que les missions soient votées par une super-majorité d'actionnaires, ce qui permet de protéger la responsabilité individuelle du dirigeant, mais en contrepartie, un impératif de transparence est exigé pour le management.

4 Mac Cormac & Haney (2012), « New Corporate Forms: One Viable Solution to Advancing Environmental Sustainability », *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 24 n° 2, Printemps 2012.

5 Id.

6 Voir Segrestin & Hatchuel (2012), *Refonder l'entreprise*, Ed. La République des Idées.

7 Comme souligné en introduction, la FPC a déjà ouvert la voie à d'autres formes aux Etats-Unis, telles que la *Benefit Corporation* adoptée depuis 2010 dans une dizaine d'Etats et proposée par *B Lab*, qui durcit les conditions de définition et de respect de la mission (objectif d'un impact matériel positif sur la société au sens large, et mesuré par un standard tiers indépendant et complet), et la « *Social Purpose Corporation* » différant de la FPC sur quelques points techniques. C'est cependant l'Etat du Delaware, où 60% des entreprises américaines faisant appel à l'épargne publique sont incorporées, qui constitue la cible ultime de ces propositions législatives aux Etats-Unis.