

RSE, Développement durable et gouvernance d'entreprise Un jeu d'acteurs et de structures... *ad hominem* ou *ad libitum* du marché ?*

Ivan TCHOTOURIAN
Professeur invité (Université Laval)
Maître de conférences (Université de Nantes)
Membre de l'I.R.D.P. (E.A. 1166, Université de Nantes)
*Chercheur associé à Sorbonne-Finance (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne) et à la Chaire en
gouvernance et droit des affaires (Université de Montréal)*

1^{ère} version

(Merci de citer ce papier en respectant la référence Papyrus)

Résumé : Prenant l'illustration des États-Unis, la responsabilité sociale des entreprises et le développement durable intègrent progressivement le droit des sociétés. Si ce mouvement s'inscrit dans le sens de l'histoire, il a pris depuis quelques temps une intensité particulière. D'une part, la gouvernance d'entreprise montre des signes de remise en question du dogme de la primauté des actionnaires comme en témoigne la jurisprudence rendue à propos des devoirs des administrateurs et des dirigeants. D'autre part, les structures sociétaires récemment mises en place dans plusieurs États américains (*Benefit Corporation* et *Flexible Purpose Corporation*) constitue une étape fondamentale pour une contribution de nature différente du monde économique à la société *lato sensu*. Néanmoins, les conséquences de ces mutations demeurent à l'heure actuelle difficiles à évaluer tant elles font face à des obstacles dont le droit américain des sociétés est lui-même porteur.

Mots-clés : Responsabilité sociale des entreprises, droit américain des sociétés, gouvernance d'entreprise, primauté actionnariale, évolution, structures, *Benefit Corporation*, *Flexible Purpose Corporation*, critiques

* Ce papier est une version préliminaire d'un article publié dans la revue *Journal des sociétés* à l'été 2012.

PLAN DE L'ETUDE

I – <u>Propos introductifs</u> : l'hypothèse américaine en toile de fond	3
II – <u>Approche en termes d'acteurs</u> : une gouvernance d'entreprise à la croisée des chemins	4
A) <u>Consécration d'un actionnario-centrisme</u> : des décisions judiciaires symboliques	5
B) <u>De la place pour la RSE</u> : la valeur actionnariale n'est-elle qu'un mythe ¹ ?	7
III – <u>Approche en termes de structures</u> : une forme sociétaire (in)adaptée aux enjeux de RSE	8
A) <u>Benefit Corporation</u> : « La » <i>Benefit Corporation</i>	9
B) <u>Flexible Purpose Corporation</u> : la voie choisie de la seule Californie	10
C) <u>Old wine in new bottle ?</u>	12
IV – <u>Conclusion</u> : encore un long chemin	13

¹ Ce titre s'inspire du dernier ouvrage du professeur Stout : L. A. Stout, « The Shareholder Value Myth », Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2012.

I – Propos introductifs : l'hypothèse américaine en toile de fond

1. RSE, développement durable et stakeholder theory : La responsabilité sociale des entreprises (RSE) et le développement durable entretiennent des liens étroits², et ce, même si la RSE est un phénomène antérieur³ à l'émergence de la problématique plus contemporaine du développement durable. Au-delà de la distinction sémantique et conceptuelle entre RSE et développement durable, un *consensus* se dégage sur le fait que ces notions démontrent l'arrivée de valeurs éthiques dans le champ de l'entreprise et de l'activité économique *lato sensu*.

2. Une entreprise du XXI^e siècle qui devrait interagir : Force est de constater que les préoccupations extra-financières que la RSE exhorte avec tant d'intensité à l'heure actuelle sont devenues incontournables en droit des affaires national, européen et international⁴. Les prises de position, quels qu'en soient leurs auteurs (instances internationales comme l'O.N.U., l'O.I.T. ou l'O.C.D.E.⁵ ; instances européennes comme la Commission européenne ou le Parlement européen⁶ ; instances nationales comme les gouvernements français⁷) ou leurs forces normatives⁸, confirment la multiplication des références faites dans le *corpus* normatif à la RSE⁹ transformant le phénomène

² La *Stakeholder Theory* comporte des liens étroits avec la notion de RSE au point que certains affirment leur réciprocity consubstantielle. Cf. S. Rousseau, « La *Stakeholder Theory* : émergence et réception dans la gouvernance d'entreprise en Amérique du Nord », dans *L'entreprise dans la société du XXI^e siècle ?*, C. Champaud (dir.) (à paraître auprès des éditions Larcier) ; F. G. Trébulle, « *Stakeholder theory* et droit des sociétés (deuxième partie) », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n° 1, p. 7 ; F. G. Trébulle, « *Stakeholder theory* et droit des sociétés (première partie) », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n° 12, p. 1337.

³ J. Pasquero, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion. Un regard historique », dans *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, M.-F. Turcotte et A. Salmon (dir.), Presses de l'université de Québec, 2005, p. 119.

⁴ B. Horrigan, « Corporate Social Responsibility in the 21st Century: Debates, Models and Practices across Government, Law and Business », Edward Elgar Publishing, 2010; « Perspectives on Corporate Social Responsibility », N. Boeger, R. Murray and C. Villiers (Eds.), Edward Elgar Publishing, 2008.

⁵ Cf. dernièrement S. De La Roza, « L'encadrement communautaire et international de la responsabilité sociale de l'entreprise », dans *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, E. Mazuyer (dir.), La documentation française, 2010, p. 121

⁶ M. Pallemarts, « La Constitution économique européenne et le "développement durable de l'Europe" (et de la planète) : balises juridiques pour une économie de marché verte et sociale ? », *R.I.D.E.*, 2011/4 - t.XXV, p. 511 ; L. Krämer, « Sustainable Development in EC Law », dans *Sustainable Development in International and National Law*, H. C. Bugge and C. Voigt (Eds.), Groningen, Europa Law Publishing, 2008, p. 375.

⁷ À propos des modifications d'un certain nombre de dispositifs en France : M.-P. Blin-Franchomme *et al.*, « Entreprise et développement durable : Approche juridique pour l'acteur économique du XXI^e siècle », éditions Lamy, 2011. Cf. également : M. Teller, « L'intégration des enjeux environnementaux et sociétaux par les sociétés », *LPA*, 10 septembre 2010, n° 181, p.19 ; C. Malecki (dir.), « Dossier : La RSE », *Journal des sociétés*, octobre 2009, n° 69, p. 8 ; F.-G. Trébulle (dir.), « Dossier : Entreprise et développement durable », *J.C.P., Cah. dr. ent.*, mai-juin 2009, n° 3, p. 21 ; F.-G. Trébulle, « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales, sociales et de gouvernance », *D.S.*, janvier 2009, étude 1, p. 7.

⁸ S. Rousseau et I. Tchotourian, « Normativité et responsabilité sociale des entreprises : L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique », dans *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G. Trébulle et O. Uzan (dir.), Economica, 2011, p. 43.

⁹ « La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise – The Pluridisciplinary Dimension of Corporate Social Responsibility », M.-A. Moreau et F. Francioni (dir.) P.U.A.M., 2007.

juridique en lui-même¹⁰. Sur le plan du droit de l'entreprise, la RSE témoigne de l'existence d'une interface entre l'entreprise et son environnement et implique une prise en compte par l'entreprise des données économiques, environnementales et sociales¹¹. *Ad fine*, l'entreprise capitaliste semble devoir s'ouvrir à un horizon ne se limitant pas à celui de ses actionnaires (la fameuse *shareholder value*)¹² sous peine de faire face à des risques sérieux susceptibles de remettre en cause sa pérennité : risque d'érosion de l'image et de la réputation, risque de *lobbying* et de *blacklisting*, risque de contestation actionnariale, risque de contentieux judiciaires, risque de pérennité et de survie, risque financier...

3. Plan de l'étude : À l'instar des propos du professeur Javillier, définir la RSE et le développement durable implique d'aller, d'une façon ou d'une autre, à la « rencontre du droit »¹³. En raison des innovations actuelles dont il est le témoin privilégié, c'est à la rencontre du droit Nord américain que nous nous proposons d'aller. Dans la première partie, nous présenterons les acteurs du droit des sociétés (dirigeants et actionnaires notamment) et tenterons de cerner la marge de manœuvre dont ils disposent pour intégrer les préoccupations de nature extra-financière dans leur prise de décision d'affaires quotidienne (II). Dans la deuxième partie, nous nous intéresserons aux structures mêmes du droit des sociétés et aux types de véhicules sociaux existants pour permettre une intensification de la prise en compte du développement durable et de la RSE, et ce, au sein même d'un système économique capitaliste et libéral axé *a priori* sur une maximisation des intérêts individuels (III).

II – Approche en termes d'acteurs : une gouvernance d'entreprise à la croisée des chemins

4. La gouvernance d'entreprise qui détermine la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise est un jeu d'acteurs impliquant l'exercice de pouvoirs, acteurs souvent identifiés autour du couple administrateurs-dirigeants d'un côté, et actionnaires, d'un autre côté. Si l'OCDE admet *a priori* une vision large de la gouvernance¹⁴, le spectre est en réalité souvent bien plus étroit comme en témoignent les littératures anglo-américaines juridique, économique et financière¹⁵ ou encore le livre

¹⁰ T. Berns, P.-F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, « Responsabilités des entreprises et corégulation », Bruylant, 2007, *spéc.* p. 31.

¹¹ J. Roselle, « The Triple Bottom Line: Building shareholder value », dans *Corporate social responsibility: The Corporate Governance of the 21st Century*, International Bar Association Series, Kluwer Law International, 2005, p. 113.

¹² En ce sens, cf. I. Tchoutourian, « La responsabilité sociale des entreprises vue sous l'angle du développement durable ou quand le monde des entreprises change », *Lex Electronica*, 2009, Vol. 13, n° 3, p. 1.

¹³ J.-C. Javillier « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », dans *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, J.-C. Javillier (dir.), Institut international d'études sociales, 2007, p. 24, *spéc.* p. 31.

¹⁴ OCDE, « Principes de gouvernement d'entreprise », 2004.

¹⁵ Parmi les théories nord-américaines développées pour expliquer l'existence de l'entreprise, celles du réseau de contrats et de l'agence occupent une place centrale. Sur la base d'une approche de la société de type *aggregate theory*, ces dernières reconnaissent à l'actionnaire une place centrale (J.-F. Gaudreault-Desbiens, « La légitimation de l'avarice dans la théorisation nord-américaine du droit des sociétés par actions », dans *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, V. Fortin, M. Jézéquel et N. Kasirer (dir.), Éditions Thémis, 2007, p. 209). Cf.

vert de la Commission européenne publié en 2011¹⁶. Dans cette perspective, la question de la finalité du pouvoir induit par l'existence même d'une structure juridique sociétaire agite les spécialistes de droit américain des sociétés de longue date¹⁷. Nous concentrerons nos propos sur l'encadrement du pouvoir des administrateurs et des dirigeants au travers de leurs obligations dites fiduciaires¹⁸.

A) Consécration d'un actionnario-centrisme : des décisions judiciaires symboliques

5. Dodge v. Ford Motor Co. : Dans le contexte nord-américain de droit des sociétés, une des décisions les plus importantes demeure l'affaire *Dodge v. Ford Motor Co.*¹⁹. Dans cette espèce mettant aux prises Henri Ford (actionnaire majoritaire) et les frères Dodge, ces derniers reprochaient à Henri

H. Hansmann and R. Kraakman, « Agency Problems and Legal Strategies », dans *The Anatomy of Corporate Law: A comparative and Functional Approach*, R. Kraakman *et al.* (Eds.), Oxford University Press, 2004, p. 21 ; F. Easterbrook and D. Fischel, « The Economic Structure of Corporate Law », Harvard University Press, 1993 ; M. C. Jensen and W. H. Meckling, « Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol. 3, n° 4, p. 305.

¹⁶ Commission européenne, « Livre vert : Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE », 5 avril 2011, COM(2011) 164.

¹⁷ Au plan doctrinal, ce sont les échanges entre les professeurs Adolf Berle et Merrick Dodd au milieu des années 30 qui ont ouvert le droit américain des sociétés à d'autres préoccupations que celles des actionnaires. Face à Berle qui défend une vision actionnariale de l'entreprise (A. A. Berle, « For Whom Corporate Managers are Trustees: A Note », *Harvard Law Review*, 1932, Vol. 45, n° 8, p. 1365 ; A. A. Berle, « Corporate Powers as Powers in Trust », *Harvard Law Review*, 1931, Vol. 44, n° 7, p. 1049), Dodd répond que les dirigeants sont responsables à l'égard de l'ensemble des groupes qui composent l'entreprise (E. M. Dodd, « Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable? », *The University of Chicago Law Review*, 1935, p. 194 ; E. M. Dodd, « For Whom Corporate Managers are Trustees? », *Harvard Law Review*, 1932, Vol. 45, n° 7, p. 1145). Finalement, Berle concèdera dans un livre publié quelques années après la justesse de la vision de Dodd (A. A. Berle, « The 20th Century Capitalist Revolution », Harcourt Brace, 1954).

¹⁸ Dans le domaine des offres publiques, la question du contenu des devoirs des administrateurs et des dirigeants semble donner lieu à moins de débats. Concernant la pertinence des mesures défensives, alors que la Cour suprême du Delaware a adopté un temps une approche *stakeholder-oriented* (*Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985)), la récente décision *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark* montre un changement de perspective. « *Directors of a for-profit Delaware corporation cannot deploy a [policy] to defend a business strategy that openly eschews stockholder wealth maximization – at least not consistently with the directors' fiduciary duties under Delaware law* » (16 A.3d 1 spéc. 35 (Del. Ch. 2010)). L'ouverture limitée aux *stakeholders* se retrouve pareillement dans les États dotés de *Constituency Statutes* (cf. not. *Baron v. Strawbridge & Clothier*, 646 F. Supp. 690 (E.D. Pa. 1986)). Concernant l'hypothèse d'une prise de contrôle, le doute est encore moins présent puisque l'obtention du meilleur prix pour les actionnaires doit être centrale pour les administrateurs et les dirigeants. « *A board may have regard for various constituencies in discharging its responsibilities, provided there are rationally related benefits accruing to the stockholders* » (*Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, spéc. 182 et s. (Del. 1986)). Cf. aussi *Paramount Communications, Inc. v. QVC Network Inc.*, 637 A.2d 34 (Del. 1994) ; *Plaza Sec. Co. v. Fruehauf Corp.*, 643 F. Supp. 1535, 1543 (E.D. Mich. 1986). Toutefois, même en cette matière, l'arrêt *Paramount Communications, Inc. v. Time, Inc.* est venu préciser que « *[a] board of directors [...] is not under any per se duty to maximize shareholder value* » (571 A.2d 1140, spéc. 1150 (Del. 1989)). Cf le travail comparatif de M. Klopfer-Pelèse, « Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain », thèse Paris I, 2007.

¹⁹ *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668 (Mich. 1919). À propos de cet arrêt, la doctrine américaine évoque un principe fondamental (K. Greenfield, « The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities », University of Chicago Press, 2006, spéc. p. 41 et s.) ou une question de rhétorique largement acceptée (J. R. Macey, « A Close Read of an Excellent Commentary on *Dodge v. Ford* », *Virginia Law & Business Review*, 2008, Vol. 3, p. 177, spéc. p. 179).

Ford d'avoir dévidé de suspendre la pratique du paiement de dividendes généreux²⁰ afin de procéder à des investissements, de diminuer le prix des voitures et de payer de meilleurs salaires à ses ouvriers. La Cour Suprême du Michigan décida que la raison d'être de la société avait été détournée et nota : « *[a] business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non distribution of profits among its stockholders in order to devote them to other purposes* »²¹. Les juges ajoutèrent que « *[i]t is not within the lawful powers of a board of directors to shape and conduct the affairs of a corporation for the merely incidental benefit of shareholder and for the primary purpose of benefiting others* »²². La déclaration d'un dividende spécial fut finalement ordonnée... et, dans le même temps, le principe de la *shareholder primacy norm* nettement affirmé.

6. Le leitmotiv de la primauté actionnariale : La décision *Katz v. Oak Industries, Inc.* rendue au cours des années 1980 a confirmé cette orientation américaine²³. Dans un litige opposant les intérêts des actionnaires et des obligataires, les juges ont précisé qu'« *[i]t is the obligation of directors to attempt, within the law, to maximize the long-run interests of the corporation's stockholders* »²⁴ et ont rejeté en conséquence la demande des obligataires²⁵. La jurisprudence américaine démontre ce qui est souvent considéré comme un élément caractéristique du droit américain des sociétés : une prépondérance des actionnaires que doivent respecter les administrateurs et les dirigeants lorsqu'ils exercent leur pouvoir de décision. Au final, le professeur Roe écrit que « *[n]orms in American business circles, starting with business school education, emphasize the value, appropriateness, and indeed the justice of maximizing shareholder wealth* »²⁶. De manière semblable, Roberta Romano affirme que « *[...] the objective of U.S. corporate law [...] is to maximize share value [...]* »²⁷.

²⁰ Entre 1911 et 1915, ces dividendes se sont montés à un total de 40 millions de dollars (*Dodge v. Ford Motor Co.*, préc. 671).

²¹ *Dodge v. Ford Motor Co.*, préc. 683 et s.

²² *Dodge v. Ford Motor Co.*, préc. 684.

²³ *Katz v. Oak Indus., Inc.*, 508 A-2d 873, 878 (Del. Ch. 1986). Des décisions ultérieures ont cité la référence de l'affaire *Katz* à la maximisation de la valeur, cf. *Gans v. MDR Liquidating Corp.*, No. 9630, 1998 WL 294006, spéc. 3 n.8 (Del. Ch. May 22, 1998) ; *Pittelman v. Pearce*, 8 Cal. Rptr. 2d 359, spéc.361 (Cal. Ct. App. 1992) ; *Cont'l Ill. Nat'l Bank & Trust Co. v. Hunt Int'l Res. Corp.*, Nos. 7888, 7844, 1987 WL 55826, spéc. 4 (Del. Ch. Feb. 27, 1987).

²⁴ *Katz v. Oak Indus., Inc.*, préc., 879.

²⁵ En droite ligne de l'arrêt *Katz*, peuvent être cités les décisions suivantes : *Granada Invs., Inc. v. DWG Corp.*, 823 F. Supp. 448, spéc. 459 (N.D. Ohio 1993) (« *[t]he sole duty of a corporation's officers is to maximize shareholder wealth* ») ; *Long c. Norwood Hills Corp.*, 380 S.W.2d 451, spéc. 476 (Mo. Ct. App. 1964) (« *[...] the ultimate object of every ordinary trading corporation is the pecuniary gain of its stockholders* »)

²⁶ M. J. Roe, « The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization », *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, Vol. 149, p. 2063, spéc. p. 2073. Cf. aussi S. M. Bainbridge, « In defense of the Shareholder Wealth Maximization Norm: A Reply to Professor Green », *Washington and Lee Law Review*, 1993, Vol. 50, n° 4, p. 1423, spéc. p. 1424, note 3.

²⁷ R. Romano, « Less is More: Making Institutional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance », *Yale Journal on Regulation*, 2001, Vol. 18, p. 174, spéc. p. 186, note 112.

B) De la place pour la RSE : la valeur actionnariale n'est-elle qu'un mythe²⁸ ?

7. Une autre jurisprudence : « *Directors' supposed duty to 'maximize' shareholder wealth is a toothless one. No courts actually require management to maximize shareholder wealth [...] Indeed, such a showing would be all but impossible* »²⁹. Ces propos du professeur Wood confirment une schizophrénie de la jurisprudence américaine³⁰ derrière une simplicité apparente. Plusieurs décisions se montrent bien moins favorables aux intérêts des actionnaires. D'une part, l'affaire *Smith Manufacturing Co v. Barlow* de 1953 redéfinit le but de l'entreprise³¹. La Cour suprême du New Jersey y indique expressément que les actionnaires individuels, dont les intérêts privés reposent entièrement sur le bien-être de l'entreprise, ne devraient pas fermer leurs yeux sur les réalités présentes et contrarier l'action à long terme de l'entreprise, en reconnaissant et en s'acquittant volontairement de leurs obligations. D'autre part, la décision *Shlenky v. Wrigley* de 1968 peut être évoquée³². Alors que les associés minoritaires de la société propriétaire de l'équipe de base-ball de Chicago réclament la mise en place d'un éclairage pour que des matchs puissent se dérouler la nuit et que les directeurs de la société s'y opposent, la Cour d'appel donne finalement raison aux directeurs en arguant que la baisse de la qualité de vie de ceux habitant près du stade risque de heurter l'intérêt économique des actionnaires dans le long terme. *In fine*, la Cour du Delaware relève dans *Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathé Communications Corp.*³³ que « *[at] least where a corporation is operating in the vicinity of insolvency, a board of directors is not merely the agent of the residue risk bearers, but owes its duty to the corporate enterprise [...] [the board of directors] had an obligation to the community of interest that sustained the corporation, to exercise judgment in an informed, good faith effort to maximize the corporation's long-term wealth creating capacity* ».

8. Une jurisprudence à tempérer : En plus de ces décisions contraires, plusieurs arguments tendent à minimiser les conséquences attachées à l'arrêt de la Cour du Michigan de 1919. Tout d'abord, aucun tribunal n'a sanctionné ces dernières années une décision qui aurait privilégiée les intérêts des *stakeholders* au détriment de ceux des actionnaires³⁴. De plus, les magistrats admettent aisément la

²⁸ Ce titre s'inspire du dernier ouvrage du professeur Stout : L. A. Stout, « The Shareholder Value Myth », Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2012.

²⁹ T. W. Joo, « Race, Corporate Law, and Shareholder Value », *Journal of Legal Education*, 2004, Vol. 54, p. 351, *spéc.* p. 361.

³⁰ W. T. Allen, « Our Schizophrenic Conception of the Corporation », *Cardozo Law Review*, 1992, Vol. 14, n° 2, p. 261, *spéc.* p. 280.

³¹ *Smith Manufacturing v. Barlow*, (1953) cité dans T. L. Beauchamp and N. E. Bowie, *Ethical Theory and Business*, Pearson Prentice Hall: New Jersey, 2003, *spéc.* p. 85.

³² *Schlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (III. App. Ct. 1968).

³³ *Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V. c. Pathé Communications Corp.*, No 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS, 215 108 (Dec. 30, 1991).

³⁴ J. E. Fisch, « Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy », *Journal of Corporate Law*, 2006, Vol. 31, p. 631, *spéc.* p. 651.

poursuite d'objectifs à long terme lorsque le choix du court terme serait hasardeux, ou encore que celui du long terme profiterait aux actionnaires³⁵. En parallèle, une partie des auteurs états-uniens argue que le droit des sociétés est bien plus permissif qu'il ne paraît et qu'une étude attentive de la jurisprudence démontre que les administrateurs et les dirigeants ont la possibilité de prendre en compte l'intérêt des *stakeholders*³⁶. Des arrêts de la Cour du Delaware n'autorisent-ils pas de longue date les contributions charitables faites par les sociétés dès lors que celles-ci sont raisonnables dans leur montant et dans leur objectif³⁷ ? Enfin, les décisions *Dodge* et *Revlon* font l'objet de sérieuses réserves³⁸, d'aucuns pointant le fait qu'elles sont devenues un authentique dogme alors qu'elles ne sont que trop rarement citées³⁹.

III – Approche en termes de structures : une forme sociétaire (in)adaptée aux enjeux de RSE

9. Bien que le droit français connaisse de structures qui paraissent adaptées à la RSE, mais qui sont souvent traitées de manière périphérique⁴⁰, elle en consacre bien d'autres qui semblent davantage impliquer une adaptabilité de la RSE à la structure⁴¹. En comparaison, plusieurs États américains ont fait évoluer récemment leur droit des sociétés par actions de manière à fournir à la RSE une forme

³⁵ *TW Services, Inc. v. Crown*, 1989 WL 20290, spéc. 7 (« [d]irectors, in managing the business and affairs of the corporation, may find it prudent (and are authorized) to make decisions that are expected to promote corporate (and shareholder) long run interests, even if short run share value can be expected to be negatively affected »).

³⁶ C. not. L. M. Fairfax, « Doing Well While Doing Good: Reassessing the Scope of Directors' Fiduciary Obligations in For-Profit Corporations with Non-Shareholder Beneficiaries », *Washington and Lee Law Review*, 2002, Vol. 59, n° 2, p. 409 ; R. M. Green, « Shareholders as Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance », *Washington and Lee Law Review*, 1993, Vol. 50, p. 1409 ; D. Millon, « Redefining Corporate Law », *Indiana Law Review*, 1991, Vol. 24, p. 223 ; L. Johnson, « The Delaware Judiciary and the Meaning of Corporate Life and Corporate Law », *Texas Law Review*, 1990, Vol. 68, p. 865. .

³⁷ Cf. not. *Theodora Holding Corp. c. Henderson*, 257 A.2d 398, 405 (Del. Ch. 1969).

³⁸ À propos de la jurisprudence *Dodge*, les professeurs Elhaug et Stout observent que le domaine de cette décision est obscur, que l'exclusivité de la recherche de bénéfices n'est pas énoncée et que l'âge et l'origine de cette décision amènent à tempérer son influence (L. A. Stout, « Why We Should Stop Teaching *Dodge v. Ford* », *Virginia Law & Business Review*, 2008, Vol. 3, p. 163, spéc. p. 166 et s. ; E. Elhaug, « Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest », *New York University Law Review*, 2005, Vol. 80, p.733, spéc. p 772 et s.). Minisant *Revlon*, cf. L. A. Stout, « Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy », *South California Law Review*, 2002, Vol. 75, p. 1189, spéc. p. 1204.

³⁹ J. F. Sneirson, « Green is Good: Sustainability, Profitability, and a New Paradigm for Corporate Governance », *Iowa Law Review*, 2009, Vol. 94, p. 987, spéc. p. 1003, note 77 (l'arrêt *Dodge* n'aurait été cité que trois fois).

⁴⁰ À ce titre, la société coopérative de production pouvant prendre le nom depuis 2012 de sociétés coopératives de travailleurs, de sociétés coopératives de production ou encore de sociétés coopératives et participatives est une société de droit commun qui offre un terrain propice à l'épanouissement d'une démarche RSE. Cette société comporte des traits saillants qui la distinguent des sociétés commerciales traditionnelles dont certains ne sont pas sans rappeler en toile de fond des thèmes souvent abordés en matière de RSE (limitation du pouvoir de la finance, implication des salariés, partage de la valeur). Cf. N. Olszak, « Coopérative ouvrière de production », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, mars 2012 ; M. Hérial, « Coopérative », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, septembre 1992.

⁴¹ Les discussions qui animent le droit français contemporain des sociétés (portée de la contractualisation, contenu du rapport de gestion, protection des créanciers, rôle des salariés ou de l'État, responsabilité des groupes de sociétés...) et des marchés financiers (place de l'extra-financier, nature de l'activisme des investisseurs, poids de l'investissement responsable, mesure de la performance d'une entreprise...) démontrent que la préoccupation croissante est de rechercher de quelle manière intégrer la RSE dans les modèles et les schémas existants.

sociétaire adaptée relevant d'un capitalisme classique. Sont ainsi entrées en vigueur les *Benefit Corporation (A)* et *Flexible Purpose Corporation (B)*⁴². Malgré d'indéniables avantages, ces nouveaux véhicules sociétaires font face à de questionnements sérieux interpellant leur efficacité future (C).

A) **Benefit Corporation** : « La » *Benefit Corporation*

10. Il convient de ne pas confondre le concept de « Benefit Corporation » avec celui de « Certified B Corporation ». La *Certified B Corporation* est une société qui a été soumise à une procédure de certification confirmant son caractère socialement responsable⁴³. En comparaison, la *Benefit Corporation* est une structure sociétaire en tant que telle qui a fait une apparition récente dans le paysage juridique de nombreux États américains⁴⁴. En avril 2010, le Maryland a été le premier État à proposer cette forme originale de société par actions. Le Maryland a été suivi par le New Jersey, le Vermont, la Virginie, Hawaï, la Californie et New York⁴⁵. La *Benefit Corporation* doit avoir comme mission de générer un « bénéfice public général »⁴⁶. Cette notion est définie comme une conséquence positive significative sur la société et l'environnement, tel que constaté par un évaluateur indépendant utilisant des normes rigoureuses de transparence⁴⁷. En outre, les statuts constitutifs de la *Benefit Corporation* incorporée dans l'État du Maryland peuvent prévoir que la société poursuivra un ou plusieurs bénéfices publics spécifiques, tels que fournir de l'emploi à des individus ou à la communauté au-delà de la création d'emploi dans le cours normal des affaires, préserver l'environnement, promouvoir les arts, la science et l'avancement des connaissances, améliorer l'état de santé de l'humain, ou encore investir dans des entreprises socialement responsables⁴⁸. Par ailleurs, la loi régissant la *Benefit Corporation* modifie les règles régissant la responsabilité des titulaires de l'autorité décisionnelle⁴⁹. En effet, les administrateurs n'ont plus la possibilité, comme dans les *Constituency Statutes*⁵⁰, mais l'obligation de considérer les intérêts des différentes parties prenantes⁵¹

⁴² Pour plus de détails, cf. A. Albarian et I. Tchotourian, « *Benefit Corporations et al. : De nouvelles structures pour faire entendre la RSE en droit des sociétés ? Regard sur les dernières innovations américaines en matière de structures sociétaires* », dans *Innovation et droit* (à paraître en 2012 aux éditions P.U.A.M.).

⁴³ « Become a B Corporation », BCorporation.net, <http://www.bcorporation.net/become>.

⁴⁴ Pour une comparaison de la réglementation État par État, cf. http://benefitcorp.net/storage/State_by_State_Analysis.pdf.

⁴⁵ Par souci de simplicité, nous présentons le dispositif de l'État du Maryland dans la suite de nos développements. D'autres États envisagent également d'adopter une telle législation. Tel est le cas du Colorado, de la Pennsylvanie, ou encore de la Caroline du Nord.

⁴⁶ Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-01(a)(1)-(2) et § 5-6C-06(b)(1).

⁴⁷ Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-01(b).

⁴⁸ Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-01(d) et § 5-6C-06(b)(1).

⁴⁹ Contrairement à l'État du Maryland, ceux du Vermont et du New Jersey ont institué un *benefit director* (pour l'État du Vermont, cf. Vt. Stat. Ann. Tit., 11A § 21.10). Élu et révocable comme ses collègues, cet administrateur indépendant a des obligations supplémentaires : coordonner le rapport annuel des bénéfices et exprimer une opinion sur le fait que la société et ses administrateurs et dirigeants ont agi en conformité avec ses objectifs généraux et particuliers. En cas de non-respect, cet administrateur doit alors décrire les circonstances.

⁵⁰ Il en va ainsi à l'exception de l'État du Connecticut.

ainsi que de tout autre facteur pertinent⁵² lorsqu'ils déterminent l'intérêt de la société. Enfin, la *Benefit Corporation* doit produire et remettre à ses actionnaires un rapport annuel des bénéfices sociaux qui doit être placé sur son site internet pour être disponible pour le public⁵³. La *Benefit Corporation* doit remettre à ses actionnaires un rapport narratif détaillant la manière dont la société a poursuivi le bénéfice public général ou le bénéfice public spécifique, l'importance du bénéfice ainsi créé les obstacles auxquels elle a du faire face dans ses missions⁵⁴ et « *[a]n assessment of the societal and environmental performance of the [company] prepared in accordance with a third-party standard applied consistently with the prior year's [report]* » ou avec une explication d'une éventuelle non-conformité avec le standard de l'année précédente⁵⁵.

B) Flexible Purpose Corporation : la voie choisie de la seule Californie

II. C'est en 2011 que l'État de Californie a créé ce nouveau type de société⁵⁶. Contrairement à la *Benefit Corporation* pour laquelle le droit étatique traditionnel des sociétés s'applique sauf disposition contraire, la *Flexible Purpose Corporation* fait l'objet d'un *corpus* juridique particulier et relativement dense. Un chapitre et deux sections lui sont entièrement consacrés. La *Flexible Purpose Corporation* répond à plusieurs spécificités par rapport à la traditionnelle société par actions. En premier lieu, la *Flexible Purpose Corporation* doit non seulement mentionner dans ses statuts et ses certificats qu'elle est constituée comme telle⁵⁷, mais encore identifier un objectif particulier qui peut être : « *[...] (A) One or more charitable or public purpose activities that a nonprofit public benefit corporation is authorized to carry out; or (B) The purpose of promoting positive short-term or long-term effects of, or minimizing adverse short-term or long-term effects of, the flexible purpose corporation's activities upon any of the following: (i) The flexible purpose corporation's employees, suppliers, customers, and creditors; (ii) The community and society; or (iii) The environment* »⁵⁸. En second lieu, un administrateur ou un dirigeant de la société « *[...] may consider those factors, and give weight to those factors, as the director deems relevant, including the short-term and long-term prospects of the*

⁵¹ Selon la législation de l'État du Maryland, « *[t]he directors must take into consideration: (1) the stockholders; (2) the employees, subsidiaries, and suppliers; (3) the interests of customers as beneficiaries of the general public benefit created by the corporation; (4) community and societal considerations, for all of the communities in which the corporation, subsidiaries, or suppliers have offices or facilities; and (5) the impact on the local and global environment* » (Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-07(a)(1)).

⁵² Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-07(a)(2).

⁵³ Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-08(a).

⁵⁴ Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-08(a)(1)(i)-(iii).

⁵⁵ Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-08(a)(2).

⁵⁶ S.B. 201, 2011-2012 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2011) (modifiant le Cal. Corp. Code § 2302(b)(2) (2011)). Cf. W. T. Manierre, « United States: California's New Entities: Benefit Corporations and Flexible Purpose Corporations », *Mondaq*, February 29, 2012 ; J. F. Olson, « Two New Corporate Forms to Advance Social Benefits in California », *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, November 17, 2011.

⁵⁷ California Corporate Flexibility Act of 2011, § 2601(3).

⁵⁸ California Corporate Flexibility Act of 2011, § 2601(2).

flexible purpose corporation, the best interests of the flexible purpose corporation and its shareholders, and the purposes of the flexible purpose corporation as set forth in its articles »⁵⁹. En troisième lieu, la loi énonce des exigences particulières en matière de transparence⁶⁰. Ainsi, le conseil d'administration doit-il envoyer aux actionnaires en plus du rapport annuel un *special purpose management discussion and analysis*⁶¹ contenant : « (1) *Identification and discussion of the short-term and long-term objectives of the flexible purpose corporation relating to its special purpose or purposes [...]* ; (2) *Identification and discussion of the material actions taken by the flexible purpose corporation [...] to achieve its special purpose objectives, the impact of those actions, including the causal relationships between the actions and the reported outcomes [...]* ; (3) *Identification and discussion of material actions, including the intended impact of those actions, that the flexible purpose corporation expects to take in the short term and long term with respect to achievement of its special purpose objectives* ; (4) *A description of the process for selecting, and an identification and description of, the financial, operating, and other measures used by the flexible purpose corporation [...] for evaluating its performance in achieving its special purpose objectives [...]* ; (5) *Identification and discussion of any [...] expenditures incurred [...] in furtherance of achieving the special purpose objectives [...]* »⁶². De plus, le conseil d'administration doit éventuellement préparer un rapport complémentaire à destination des actionnaires⁶³ indiquant : « (b) [...] *any expenditure or group of related or planned expenditures [...] has or is likely to have a material adverse impact on the flexible purpose corporation's results of operations or financial condition for a quarterly or annual fiscal period* ; (c) [...] *any decision by the board or action by management to do either of the following: (1) Withhold expenditures or a group of related or planned expenditures [...] that were to have been made in furtherance of the special purpose [...] where the planned expenditure was likely to have had a material positive impact on the flexible purpose corporation's impact in furtherance of its special purpose objectives [...]* ; (2) *Determine that the special purpose has been satisfied or should no longer be pursued, whether temporarily or permanently* »⁶⁴. En dernier lieu, la réglementation de la fusion d'une *Flexible Purpose Corporation* avec une société relevant du *California Corporation Code* ou non californienne prévoit des règles dérogatoires, notamment lorsque la *Flexible Purpose Corporation* disparaît ou qu'elle survit avec un objectif particulier différent. La décision des actionnaires de la *Flexible Purpose Corporation* est en effet prise à une majorité des deux tiers des voix⁶⁵.

⁵⁹ California Corporate Flexibility Act of 2011, § 2700(c).

⁶⁰ Contrairement aux actionnaires de la *Benefit Corporation*, ceux de la *Flexible Purpose Corporation* peuvent décider de déroger à ces exigences de transparence des § 3500 et 3501 du *California Corporate Flexibility Act of 2011*.

⁶¹ Ce rapport est placé sur le site internet de la société (California Corporate Flexibility Act of 2011, § 3500(b)).

⁶² California Corporate Flexibility Act of 2011, § 3500(b) et (c).

⁶³ Ce rapport est placé sur le site internet de la société (California Corporate Flexibility Act of 2011, § 3501(a)).

⁶⁴ California Corporate Flexibility Act of 2011, § 3501(b) et (c).

⁶⁵ California Corporate Flexibility Act of 2011, § 3201. Les statuts peuvent prévoir une majorité plus importante. Néanmoins, la décision des actionnaires est prise à l'unanimité quand une *Flexible Purpose Corporation*

C) Old wine in new bottle ?

12. Alors que l'approche structurelle démontre que les États-Unis évoluent, des réserves doivent être faites. Premièrement, l'État du Delaware n'a consacré aucun changement dans son dispositif, n'ayant adopté ni la *Benefit Corporation*, ni la *Flexible Purpose Corporation*, tout comme il n'a jamais fait siens les *Constituency Statutes*. Or, lorsque l'on connaît l'importance de cet État en droit des sociétés⁶⁶, il est permis de s'interroger sur les conséquences futures des transformations structurelles observées. Deuxièmement, les solutions proposées par la *Benefit Corporation* et la *Flexible Purpose Corporation* viennent-elles rompre avec le droit traditionnel des sociétés ? L'incertitude règne⁶⁷. D'une part, les administrateurs et les dirigeants des sociétés traditionnelles⁶⁸ ont la possibilité de favoriser une démarche RSE. La règle du *business judgment rule*⁶⁹ leur offre une immunité. « [C]ourts defer to fiduciaries' business judgments so long as there is no conflict of interest present and the decision is reached conscientiously, on the basis of reasonably full information, and with a goodfaith belief that the decision is in the best interests of the firm. So long as these predicates are met, company decisions, including decisions departing from a wealth-maximizing objective, will stand »⁷⁰. D'autre part, à l'inverse, les administrateurs et les dirigeants de la *Benefit Corporation* et de la *Flexible Purpose Corporation* ne semblent pas mieux protégés contre un recours des actionnaires dès lors qu'ils prendraient en compte les *stakeholders* dans leur processus décisionnel⁷¹, et ce, en dépit du

fusionne avec une société à but non lucratif et que la forme de l'entreprise qui naît est celle d'une société à but non lucratif.

⁶⁶ Cet État ne compte pas moins de 900 000 entreprises incluant 50 % de toutes les sociétés par actions et 63 % des entreprises de l'indice *Fortune 500*. Cet État n'est-il pas « [...] de facto constitutional courts for corporate law » (D. Sciulli, « Corporate Power in Civil Society – An Application of Societal Constitutionalism », New York University Press, 2001, spéc. p. 97) ?

⁶⁷ Le fait que la *Benefit Corporation* soit soumise aux principes étatiques de droit des sociétés (Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-02(a)) et qu'elle puisse être convertie en société par actions classique et réciproquement (Maryland Corporations and Association Code, § 5-6C-03(a) et 5-6C-04 (b)) vient renforcer l'incertitude montrant la frontière très poreuse entre *Benefit Corporation* et société traditionnelle par actions.

⁶⁸ Cf. *N. Am. Catholic Educ. Programming Found., Inc. v. Gheewalla*, 930 A.2d 92, 101 (Del. 2007) ; *Smith v. Van Gorkhom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985) ; *Kamin v. Am. Express Co.*, 383 N.Y.S.2d 807, 809 (N.Y. Sup. Ct. 1976).

⁶⁹ Le *business judgment rule* est une règle énoncée pour la première fois dans un arrêt louisianais de 1829 et développée à compter des années 1920 en vue de protéger les administrateurs et les dirigeants d'une société contre une immixtion judiciaire à la suite d'une décision d'affaires qu'ils auraient prise. Le *business judgment rule* comporte un volet procédural (avoir suivi une procédure raisonnablement prudente et diligente pour prendre la décision) et un volet substantiel (examen de la raisonnablement de la décision par rapport à l'intérêt social en fonction de ce que les administrateurs et les dirigeants savaient ou auraient dû savoir). La décision de référence en la matière est *Aronson v. Lewis* (473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)).

⁷⁰ J. F. Sneirson, art. préc., p. 1005. Cf. aussi S. H. Mac Cormac, « The Emergence of New Corporate Forms: the Need for Alternative Corporate Designs Integrating Financial and Social Missions », *Center for Policy Development*, January 15, 2008, spéc. p. 2 et s.

⁷¹ Évoquant cette incertitude, cf. A. Schoenjahn, « New Faces of Corporate Responsibility: Will New Entity Forms Allow Businesses to Do Good? », *Journal of Corporation Law*, 2012, Vol. 37, p. 453, spéc. p. 465 ; S. J. Haymore, « Public (Ly Oriented) Companies: B Corporations and the Delaware Stakeholder Provision Dilemma », *Vanderbilt Law Review*, 2011, Vol. 64, p. 1311 ; D. B. Reiser, « Benefit Corporations – A Sustainable Form of Organization? », *Wake Forest Law Review*, 2011, Vol. 46, p. 591.

contenu des textes⁷² et des propos optimistes de certains auteurs⁷³. Enfin, la règle du *business judgment rule* ne risque-t-elle pas de jouer à l'encontre des objectifs mêmes de la *Benefit Corporation* et d'empêcher ces dernières de produire l'effet attendu ? Ainsi, « [w]hile no cases have yet arisen in such a context due to the infancy of the Maryland statute, case law and existing statutory language make it seem doubtful that Maryland courts are likely to look more closely at the decisions of a benefit corporation's board of directors than they typically would in the case of a traditional C corporation »⁷⁴.

IV – Conclusion : encore un long chemin

13. Comme l'illustrent les États-Unis, l'incorporation des préoccupations liées à la RSE et au développement durable dans le droit des sociétés s'avère complexe⁷⁵. En dépit de cet état de fait, une intense réflexion a lieu et doit être encouragée (en plus d'être soulignée), celle-ci pouvant amener à faire bouger les lignes dans un avenir proche⁷⁶.

⁷² Selon le § 2700(d) du *California Corporate Flexibility Act of 2011*, « [a] person who performs the duties of a director in accordance with subdivisions (a), (b), and (c) shall have no liability based upon any alleged failure to discharge the person's obligations as a director. »

⁷³ R. I. Patel, « Facilitating Stakeholder-Interest Maximization: Accommodating Beneficial Corporations in the Model Business Corporation Act », *St Thomas Law Review*, 2012, Vol. 23, p. 135.

⁷⁴ M. R. Deskins, « Benefit Corporation Legislation, Version 1.0 – A Breakthrough in Stakeholder Rights? », *Lewis & Clark Law Review*, 2011, Vol. 15, p. 1047.

⁷⁵ Cette incorporation aux contours flous rappelle le débat ancien, mais toujours actuel, quant à savoir si la société est un contrat ou une institution. Cf la récente contribution du professeur Corbisier exposant l'historique et l'actualité de ce questionnement : I. Corbisier, « La société : contrat ou institution ? Droits étatsuniens, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois », Larcier, 2011.

⁷⁶ B. Choudhury, « Serving Two Masters: Incorporating Social Responsibility into the Corporate Paradigm », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2009, Vol. 11, p. 631 ; A. Page, « Has Corporate Law Failed? Addressing Proposals for Reform », *Michigan Law Review*, 2009, Vol. 107, p. 979.