Papier en prépublication nº 7

Droit de l'entreprise : Gouvernance comparée et responsabilité sociétale

Titre

Entreprise à mission : nouveautés nord-américaines

Auteur.e.s :

Ivan TCHOTOURIAN

Courriel contact :

ivan.tchotouriand.ulaval.ca

Revue :

Bulletin Joly Sociétés

Date de mise en ligne : 13 décembre 2020

Toute reproduction intégrale ou reproduction d'une partie de l'article est soumis à l'autorisation des auteur.e.s

Entreprise à mission : nouveautés nord-américaines

1. La société à mission est une figure marquante de ces dernières années. Si elle est en réalité plus ancienne et que ses bases peuvent être trouvées dans la société à finalité sociale de Belgique (aujourd'hui emportée par la réforme intervenue en droit des sociétés en 2019), elle occupe une grande actualité dans le domaine juridique. Plusieurs pays et États ont fait place à cette nouvelle organisation alliant objectif lucratif et sociétal. Ils ont tantôt consacré une forme sociale à part entière (Angleterre, Italie, Colombie-Britannique, multiples États américains), tantôt intégré l'idée de l'entreprise à mission sans recourir à une structure juridique particulière (dernièrement la France avec la loi PACTE et les articles L. 210-10 et s. du *Code de commerce*). Au Canada et aux États-Unis, l'entreprise à mission vient de faire parler d'elle sur le plan législatif.

1. <u>En Colombie-Britannique :</u> l'adoption d'un nouveau modèle

2. Alors que le Canada ne connaît pas l'entreprise à mission *stricto sensu* (même si le droit fédéral des sociétés par actions est ouvert aux problématiques de responsabilité sociale et de prise en compte des parties prenantes[1]), il en va différemment de deux de ses provinces : la Nouvelle-Écosse et, surtout, la Colombie-Britannique. Après avoir consacré l'intéressante *Community contribution company* (société à contribution communautaire ou C3), la Colombie-Britannique a introduit le 30 juin 2020 dans son droit des sociétés par actions, la *Benefit Company* (société d'intérêt social)[2]. À la différence de la C3[3], cette structure ne comporte aucune restriction au versement des dividendes et aucun verrouillage des actifs. La *Benefit Company*[4] est une *Benefit Corporation* étatsunienne et la Colombie-Britannique est donc la première à faire place à cette structure dans le droit canadien. Comme l'Italie depuis le 1er janvier 2016 avec la *società benefit*, la Colombie-

[1] La *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en oeuvre d'autres mesures* (LC 2019, c. 29) adoptée le 21 juin 2019 a modifié l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* pour ajouter un paragraphe 1.1 définissant le meilleur intérêt de la société. Cette disposition prévoit qu'en accomplissant leur devoir d'agir au mieux des intérêts de la société, les administrateurs et les dirigeants de celle-ci peuvent tenir compte de ce qui suit, sans y être limités : les intérêts des actionnaires, des employés, des retraités, des pensionnés, des créanciers, des consommateurs et des gouvernements; l'environnement; les intérêts à long terme de la société.

[2] Bill M 209 – 2019, *Business Corporations Amendment Act (No. 2)*, 2019, en ligne : <https://www.bclaws.ca/civix/document/id/bills/billsprevious/4th41st:m209-3>.

[3] Ivan TCHOTOURIAN et Margaux MORTEO, *L'entreprise à mission sociétale : analyse critique et comparative du modèle*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2019 (avec la collaboration de Karine Morin), aux p. 61 et s., aux par. 38 et s.

[4] British Columbia, « Benefit company », en ligne : <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/employment-business/business/bc-companies/benefit-company>.

Britannique s'est donc laissée séduire par le modèle américain et ce, en dépit de l'existence de la C3.

3. Une *Benefit Company* est une société à but lucratif qui s'engage, au moyen d'une déclaration d'intérêt social (« *benefit statement* ») et d'une disposition relative à l'intérêt social (« *benefit provision* ») à exercer ses activités de manière responsable et durable, et à promouvoir un ou plusieurs intérêts publics. La loi sur les sociétés colombo-britannique (le *Business Corporation Act*) prévoit ainsi qu'une *Benefit Company* exerce ses activités de « façon responsable et durable » si elle tient compte du bien-être des personnes touchées par les activités de la société d'intérêt public et si elle s'efforce d'utiliser une part équitable et proportionnée des ressources et capacités environnementales, sociales et économiques disponibles. Toute société peut devenir une *Benefit Company* en incorporant la déclaration d'intérêt social et la disposition relative à l'intérêt social dans ses statuts, auxquels les actionnaires consentent par résolution spéciale (majorité des deux tiers). À l'inverse, une *Benefit Company* peut cesser de l'être en retirant la déclaration d'intérêt social et la disposition relative à l'intérêt social de ses statuts, avec une résolution spéciale des actionnaires. Les actionnaires qui s'opposeraient à cette transformation peuvent exercer leur droit à la dissidence et, en cas d'adoption de la mesure, faire racheter leurs actions à leur juste valeur. En plus d'être tenus à une obligation fiduciaire au titre de laquelle ils doivent agir avec intégrité et de bonne foi, au mieux des intérêts de la société[5], les administrateurs et les dirigeants doivent agir honnêtement et de bonne foi de sorte que l'entreprise exerce ses activités de manière responsable et durable et fasse la promotion des intérêts publics inscrits aux statuts de la société. Ils doivent aussi maintenir l'équilibre entre cette obligation et l'obligation fiduciaire[6]. Dans l'exercice de leurs fonctions, les administrateurs et les dirigeants se voient accorder une certaine protection :

- Dès lors qu'ils agissent conformément aux obligations de la *Benefit Company*, ils sont considérés comme respectant leurs obligations d'agir dans l'intérêt supérieur de la société;
- Ils n'ont aucune obligation vis-à-vis des personnes dont le bien-être pourrait être touché par les activités de la société ou qui ont un intérêt public énoncé dans ses statuts, et aucun recours ne peut être intenté contre eux. Seul un actionnaire détenant, au total, au moins 2 % des actions émises ou, dans le cas d'une société ouverte, 2 % des actions émises ou des actions émises dont la juste valeur marchande se chiffre à 2 000 000 $ au moins, si ce montant est moins élevé, peut intenter un tel recours[7].

[5] Article 142(1) a) du *Business Corporation Act*.
[6] Article 51.993(1) a) du *Business Corporation Act*.
[7] Article 51.993(4) du *Business Corporation Act*.

La *Benefit Company* doit enfin produire un rapport annuel des avantages qui comporte une évaluation des résultats en matière d'intérêts publics de la société selon une norme établie par une tierce partie. Les normes tierces peuvent notamment se référer à celles de la certification *B Corp*, de la *Global Reporting Initiative* et du *Sustainability Accounting Standards Board*. Toute *Benefit company* conserve son rapport des avantages à son siège social et le publie sur son site Web (si elle en a un).

2. Aux États-Unis : une réforme du droit du Delaware

4. Alors que plus d'une trentaine d'États avaient fait place à la *Benefit corporation* depuis 2010, sa reconnaissance par l'État du Delaware en 2013 a constitué un message fort. Or, la législation des *Benefit corporation* au Delaware vient d'être modifiée après avoir fait l'objet d'une première adaptation en 2015. Loin de l'ampleur de la réforme intervenue en Colombie-Britannique, la loi du Delaware n° 341 du 16 juillet 2020[8] n'est pas à négliger puisqu'elle amende plusieurs aspects du fonctionnement des *Public Benefit Corporation* afin d'en faire une alternative plus attractive[9].

5. Tout d'abord, les devoirs fiduciaires des administrateurs et des dirigeants sont assouplis et leur protection renforcée. Les administrateurs doivent adopter un processus de décision organisationnelle qui évalue l'intérêt financier des actionnaires, l'intérêt des parties prenantes touchées et les considérations sociétales indiquées dans les statuts[10]. Le non-respect de la prise en compte des effets des décisions sur les actionnaires, les salariés, les clients, les tiers, l'environnement tant local que global, etc. ou de la réalisation du but d'intérêt public poursuivi par la société expose les administrateurs et les dirigeants à un recours judiciaire. Or, depuis la loi du 16 juillet 2020, un tel recours est limité. Il ne peut être intenté que par des plaignants « *[…] in such action own individually or collectively, as of the date of instituting such action, at least 2% of the corporation's outstanding shares or, in the case of a corporation with shares listed on a national securities exchange, the lesser of such percentage or shares of the corporation with a market value of at least $2,000,000 as of the date the action is instituted* »[11]. La loi du 16 juillet 2020 modifie aussi l'article 365(c) du DGCL et renforce la protection des administrateurs, puisque ces derniers

---

[8] House Bill 341, *An Act To Amend Title 8 Of The Delaware Code Relating To The General Corporation Law*, 2020, en ligne : <https://legiscan.com/DE/text/HB341/2019>.
[9] Michael R. LITTENBERG, Emily J. OLDSHUE et Brittany N. PIFER, « Delaware Public Benefit Corporations – Recent Developments », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 31 août 2020, en ligne : <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/08/31/delaware-public-benefit-corporations-recent-developments/>.
[10] Articles 362(a) et 365(a) du titre 8 du *Delaware General Corporation Law* (ci-après « DGCL »).
[11] Article 367 du titre 8 du DGCL.

ne sont pas considérés comme « intéressés » dans l'équilibrage des intérêts auquel ils procèdent en raison de leur détention d'actions de la société, sauf si une telle détention créerait un conflit d'intérêts au cas où la société ne serait pas une *Public Benefit Corporation*. En l'absence de conflit d'intérêts, le non-respect de l'exigence d'équilibrage des intérêts ne constitue pas un acte de mauvaise foi ou une violation du devoir de loyauté, sauf si les statuts le prévoient. La réforme de l'article 365(c) du DGCL indique parallèlement que tout manquement de la part d'un administrateur à respecter l'équilibrage requis en vertu de l'article 365(a) ne constitue pas un acte ou une omission violant la bonne foi ou la loyauté aux fins de l'article 102(b)(7) (non responsabilité) ou article 145 (indemnisation) du DGCL, à moins que les statuts n'en disposent autrement. Ensuite, l'ancien article 363(b) est abrogé. Par conséquent, en cas de conversion d'une société en *Public Benefit Corporation*, il n'y a plus de droit d'évaluation statutaire spécifique. Les droits d'expertise dans le cadre des fusions et consolidations de *Public Benefit Corporation* sont désormais régis par l'article 262 du DGCL. Enfin, en matière de gouvernance, le dispositif réglementaire de la *Public Benefit Corporation* comporte une règle de majorité renforcée (majorité des deux tiers) pour certaines décisions : changement des bénéfices spécifiques prévus dans les statuts; ou modifications relativement à la fréquence, à la publicité et à l'évaluation du rapport sur les bénéfices. Avec la loi du 16 juillet 2020, cette règle est modifiée face à certaines décisions. En ce sens, l'article 363(a) et (c) est abrogé et laisse place à l'application des articles 242(b) et 251 du DGCL. Par conséquent, la conversion en *Public Benefit Corporation* d'une société par actions traditionnelle[12] (et réciproquement) et la fusion convertissant les actions d'une société par actions traditionnelle en actions d'une *Public Benefit Corporation*[13] (et réciproquement) ne sont dorénavant plus soumises à une majorité renforcée (qui était de 90 % en 2013 abaissée en 2015)[14].

6. Ces réformes étatsuniennes et canadiennes ont lieu dans un contexte ou, en dépit de l'engouement suscité, la *Benefit Corporation* en tant que modèle de structure fait l'objet de réserves[15] et peine à s'imposer en dépit d'un succès auprès des filiales américaines de grands groupes comme *Proctor & Gamble* (avec *New Chapter Inc.*) ou *Danone* (avec *Danone North America*) et de sociétés

[12] La réforme élimine le droit à la dissidence des actionnaires dans cette hypothèse.
[13] La réforme élimine le droit à la dissidence des actionnaires dans cette hypothèse.
[14] Article 363 du titre 8 du DGCL.
[15] Dernièrement, voir : Michael B. DORFF, James HICKS et Salomon Steven DAVIDOFF, « The Future or Fancy? An Empirical Study of Public Benefit Corporations », *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper*, No. 495/2020, 4 février 2020.

traditionnelles recherchant une croissance de leur capital[16] (succès relatif à mettre en parallèle avec l'expansion de la certification privée *B Corp.*). Par exemple, au Delaware, environ 900 *Benefit Corporation* ont été créées entre 2013 et 2017[17] (parmi elles, seules trois ont procédé à un appel public à l'épargne depuis 2017 : *Laureate Education*, *Lemonade inc.* et *Vital Farms*[18]), contre plus de 100 000 sociétés à responsabilité limitée créées annuellement[19].

Ivan TCHOTOURIAN
Professeur, codirecteur du CÉDÉ, chercheur régulier de l'Institut EDS et membre-fondateur du LIRSE
Faculté de droit, Université Laval

[16] Michael R. LITTENBERG, Emily J. OLDSHUE et Brittany N. PIFER, « Delaware Public Benefit Corporations – Recent Developments », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 31 août 2020, en ligne : <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/08/31/delaware-public-benefit-corporations-recent-developments/>.
[17] Pour des données chiffrées, voir : Ellen BERREY, « Social Enterprise Law in Action: Organizational Characteristics of U.S. Benefit Corporations », *The Tennessee Journal of Business Law*, 2018, Vol. 20, p. 21, aux p. 50 et s.
[18] Cydney POSNER, « Renewed Interest in IPOs of Public Benefit Corporations », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 31 juillet 2020, en ligne : <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/07/31/renewed-interest-in-ipos-of-public-benefit-corporations/>.
[19] Sur la situation canadienne peu satisfaisante, voir : Anne DROST, Shannon CONSEDINE et Ivana CESCUTTI, « Comprendre les *benefit corporations* et leur potentiel au Québec », dans *Développements récents en droit des affaires*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 185, à la p. 197.