



# **La construction de la joint stock company comme forme dominante au 19ème siècle. Le cas des États-Unis.**

Olivier Weinstein

## **► To cite this version:**

Olivier Weinstein. La construction de la joint stock company comme forme dominante au 19ème siècle. Le cas des États-Unis.. 2018. <hal-03407837>

**HAL Id: hal-03407837**

**<https://hal.science/hal-03407837v1>**

Preprint submitted on 28 Oct 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-SA 4.0 - Attribution - ShareAlike - International License



*Projet de recherche EnCommuns*

**Olivier Weinstein**

CEPN, Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité

*La construction de la joint stock company  
comme forme dominante au 19<sup>ème</sup> siècle*

*Le cas des États-Unis*

Texte mis à disposition sous [licence CC-BY-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)

**WP 21**

**Juillet 2018**

# La construction de la *joint stock company* comme forme dominante au 19<sup>ème</sup> siècle : le cas des États-Unis

Olivier Weinstein ([olivier.weinstein@wanadoo.fr](mailto:olivier.weinstein@wanadoo.fr))

*« un tournant majeur dans la longue histoire de la firme dans le monde industriel a été l'émergence et la rapide propagation au XIXe siècle de la 'joint stock company'. Cela a eu des conséquences énormes pour la gestion et le contrôle, pour la finance, et pour la position légale de la firme ; en un sens cela a rendu possible la première métamorphose réelle de la nature de la firme quand elle s'est extraite de sa chrysalide familiale » (Penrose, 1994)*

La société par action, la « *joint stock company* » (La société anonyme en droit français) a été une des innovations institutionnelles et juridiques majeures sur laquelle a reposé l'expansion du capitalisme moderne, elle a été un depuis la fin du XIXe siècle l'instrument central du développement industriel - et financier - des économies occidentales d'abord, et du reste du monde ensuite et en a orienté le mode de développement jusqu'à aujourd'hui. La forme sociétale a été l'instrument à la fois de l'accumulation et la concentration du capital, et de la concentration industrielle, du développement du capitalisme industriel et du capitalisme financier. C'est sur cette base légale que se construira un système managérial de contrôle et de gestion, mais aussi certains aspects de l'organisation productive et de la gestion du travail, depuis la grande firme intégrée jusqu'aux groupes financiers et aux réseaux de liens financiers qui structurent le capitalisme d'aujourd'hui.

Dans la vision aujourd'hui dominante, la société par action et elle seule aurait permis la construction de systèmes productifs de grandes tailles, de plus en plus efficaces, assurant au mieux, pour ses défenseurs, non pas seulement l'intérêt des actionnaires, mais aussi celui des diverses parties prenantes et finalement l'intérêt de la société. C'est ce qui, dans une vision néo-darwinienne plus ou moins implicite en expliquerait la domination. La réalité est, on s'en doute, plus complexe. La domination d'un capitalisme de sociétés anonymes, d'un *corporate capitalism*, n'a pas eu que des conséquences économiques (qui ne peuvent pas être réduites à des questions d'« efficacité »), elle a eu aussi et surtout des conséquences majeures dans le

domaine social, politique, et écologique, qui ont suscité, dès le 19<sup>ème</sup> siècle, des mouvements de recherche de formes alternatives d'organisation économique et sociales, qui se sont exprimés notamment dans la montée de l'économie sociale et solidaire, jusqu'à, aujourd'hui, le mouvement de retour et d'expansion des communs. C'est dans cette perspective qu'il est utile d'étudier comment s'est construite, au 19<sup>ème</sup> siècle, cette domination de la *Corporation*, pour, à la fois en mieux saisir les traits, la logique, et les conditions complexes qui assurent la domination (et éventuellement le déclin) de grandes formes sociales. L'étude de constitution progressive des caractères de la SA moderne, et de son affirmation comme forme dominante, doit éclairer de manière plus générale les conditions pouvant favoriser de formation et de diffusion de formes sociales nouvelles, et par là les conditions de son dépassement.

Les traits de la société par action, tels qu'ils apparaissent aujourd'hui, sont le résultat d'un long processus historique où les facteurs économiques et politiques, la formation de nouvelles forces sociales et lieux de pouvoirs n'ont pas cessé de jouer un rôle essentiel depuis la constitution des premières véritables sociétés financières, puis industrielles dotées d'un statut propre, jusqu'à la formation de groupes multinationaux à logiques financières aujourd'hui dominants. Le cas des États-Unis, sur lequel nous nous centrons ici, est important pour lui-même, et du fait de la tendance à la domination des normes du capitalisme américain sur l'économie mondiale, depuis maintenant plusieurs décennies. De plus, les différences majeures entre le système politique et juridique américain, et les systèmes européens, et notamment le système français, donnent un éclairage essentiel sur la « nature » de l'entreprise organisée en société par actions et sur la nature du *corporate capitalism*.

Nous procéderons de la manière suivante : nous reviendrons tout d'abord sur traits fondamentaux de la société par action moderne, et sur leurs origines lointaines dans l'histoire européenne, qui en éclaire la raison d'être. Nous considérerons ensuite les conditions de développement et de transformations de la forme sociale centrale du capitalisme américain, la *Corporation*, incluant la société par action (la *joint-stock company*), conduisant à la formation de ce que Berl et Means (1932) ont appelé la *Modern Corporation*, qui domine l'économie américaine depuis le début du 20<sup>ème</sup> siècle. Nous tenterons enfin, dans une partie conclusive de tirer un certain nombre de leçons de cette expérience, du point de vue de la compréhension des conditions de dépassement d'une forme d'entreprise objet aujourd'hui de mises en questions multiples, et de constructions de formes alternatives.

# **I. Les caractères fondamentaux de la société par action contemporaine (La *joint stock company* et la *Modern Corporation*) et leurs origines**

## *Les traits fondamentaux de la société par actions*

Au-delà des formes d'action collective familiales ou partenariales, l'explication du succès de la société par actions par les historiens met en avant, en règle générale, trois éléments essentiels : la responsabilité limitée, la possibilité de réunir des masses considérables de capitaux, et la centralisation du contrôle (Blair, 2003).

Plus précisément, la forme sociétale, présenterait cinq traits fondamentaux (Hansmann et Kraakman, 2004) :

- *La personnalité légale*, c'est-à-dire le droit pour l'entreprise de passer des contrats, le droit de poursuivre, ou être poursuivi en justice, en son propre nom, le droit de détenir des actifs. Elle fait de l'entreprise une entité légale indépendante, séparée des apporteurs de capitaux, et des gestionnaires, et qui peut ainsi durer de manière illimitée, indépendamment de l'identité changeante de ceux qui la gèrent et qui en détiennent le capital.
- *La responsabilité limitée* des apporteurs de capitaux, les actionnaires. Cela signifie qu'ils ne sont financièrement responsables que pour le montant de leur apport (ou dans des formes alternatives pour des montants limités définis à priori). Il y a aussi une responsabilité limitée (voire inexistante) des dirigeants. (Ce qui a été parfois considéré comme l'aspect le plus critiquable. Cf. le cas des sociétés en commandite par action)

La responsabilité limitée a une contrepartie symétrique : les dettes et les obligations des actionnaires, n'engagent pas l'entreprise. Cet aspect (le '*capital lockin*'<sup>1</sup>) serait aussi essentiel que la responsabilité limitée des actionnaires, dans la mesure où il met les ressources de l'entreprise à l'abri des défaillances éventuelles des partenaires. Cela signifie encore que les investisseurs ne peuvent plus, après la création de l'entreprise, retirer les fonds qu'ils ont engagés, sauf à trouver quelqu'un à qui céder ses participations.

---

<sup>1</sup> Voir Blair (2003)

- La construction de règles de gouvernance qui séparent la gestion de l'entreprise, et de ses actifs, de la possession du capital financier<sup>2</sup>. Celles-ci instituent *une gestion hiérarchique, centralisée*, confiée à un organe de type conseil d'administration. C'est ce qui conduirait à la séparation entre « propriété » et « contrôle » mise en avant par Berle et Means.
- Avec la titrisation, la création de *titres transférables* (les actions), sur des marchés financiers organisés dans le cas de sociétés cotées. Ce qui pourra aboutir au développement des marchés d'action, qui rendent liquides les placements des investisseurs.
- Reste un dernier aspect, défendus par certains juristes (et radicalement nié par d'autres) : *une propriété partagée des apporteurs de capitaux*. Les actionnaires sont considérés comme *collectivement* les propriétaires de l'entreprise. Cet aspect, comme on le sait, peut-être fortement questionné, compte tenu des transformations de la grande entreprise moderne.

C'est l'ensemble de ces caractères qui expliquerait, dans la vision la plus commune des économistes, la diffusion progressive de cette forme de « *modern corporation* » et son affirmation comme forme sociale de production dominante : c'est elle et elle seule qui aurait permis la construction de systèmes productifs de grandes tailles, de plus en plus efficaces.

#### *Les origines lointaines : des sociétés de personnes à la société par actions*

La SA (ou la *modern corporation*), peut être vue comme le résultat de la convergence de deux formes institutionnelles. Il y a d'un côté des associations ayant le caractère d'arrangements privés (notamment à but lucratif), ce que l'on peut qualifier de formes « partenariales » : des associations de personnes, fondées sur la confiance et les liens personnels, avec souvent un noyau familial. Cela a concerné notamment des compagnies de commerce. Si on laisse de côté les origines les plus anciennes que l'on fait remonter en général à la Rome antique, ou l'on trouverait, avec la *societas* la notion de « corporation » comme personne légale dotée de capacités juridiques, séparée de ses membres comme individus et comme groupe (Avi-Yonah, 2005), c'est dans l'Italie médiévale, puis l'Italie de la renaissance que l'on situe

---

<sup>2</sup> Voir Blair (2003) qui met l'accent sur ces deux aspects.

habituellement les origines des formes modernes de compagnies et sociétés qui vont se diffuser en Europe entre le 11<sup>ème</sup> siècle et le 18<sup>ème</sup> siècle (voir notamment Braudel, 1979, pp 383 et suiv. ). On peut identifier deux formes majeures : la *Compagna* et la *Commenda*.

La *compagna* italienne est ce que l'on appellera ultérieurement une société en nom collectif. Initialement une société familiale où tous les membres sont solidairement responsables des dettes, sur la totalité de leurs biens. Elle s'étendra ensuite à d'autres partenaires, ce qui va permettre une augmentation de la taille, pouvant conduire à des entreprises de grande taille, multi-activités (voir multi-nationales), et par là à des problèmes de gestion collective par les partenaires<sup>3</sup>.

La *commenda* est l'ancêtre de la société en commandite par actions. Elle apparaît autour du 10<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> siècle, pour assurer le financement du commerce maritime. Dans sa forme initiale elle regroupe deux partenaires, un partenaire « actif » qui gère et effectue le transport, et un partenaire passif qui ne fait que fournir des capitaux, sans participer à l'expédition. Le partenariat est défini pour une opération commerciale. Le point important est que le partenaire passif bénéficie d'une responsabilité limitée, contrepartie de son absence de participation et de contrôle des opérations. Mais aussi (selon Hansmann et al. 2005), que la *commenda* implique une forme de reconnaissance d'actifs détenus par l'entreprise elle-même (comme entité propre, *entity shielding*), ce qui assure une certaine garantie au partenaire passif. La société en commandite proprement dite (*società in accomandita*) apparaît et se diffuse ultérieurement, elle deviendrait la forme majeure d'organisation en Italie au 18<sup>ème</sup> siècle et se diffuse dans toute l'Europe, tout particulièrement en France où elle reste jusqu'au 20<sup>ème</sup> siècle une forme dominante d'organisation des entreprises. On peut dire, comme le fait Braudel, que si la *compagna* est une société de personnes, la société en commandite est à la fois une société de personnes et une société de capitaux.

Il reste à voir comment apparaissent les sociétés par actions proprement dites (ou *Joint Stock Companies*). On peut parler de société par actions quand les parts détenus dans ces sociétés sont cessibles. Cette pratique apparaît très tôt en Europe, avant le 15<sup>ème</sup> siècle, en Italie, à Gênes, pour des compagnies commerciales, puis notamment pour des mines ou des moulins, gérés en « propriété partagée » (Braudel, 1979), et constituant, le plus souvent des monopoles attribués par des autorités publiques, nous allons y revenir. Cette forme se développe considérablement en Angleterre et en Hollande, pour les grandes sociétés de commerce qui

---

<sup>3</sup> Voir Hansmann et al. (2005) pour une analyse de l'évolution de la *compagna*, notamment du point de vue de la responsabilité et les droits des créanciers.

combinent investissement privé et monopole garanti par l'État (Alors que le Portugal ou l'Espagne choisissent une organisation et un financement de ces opérations par l'État lui-même), (Hansmann et al. 2005). Un aspect important, sur lequel insistent Hansmann et al. , est que cette association, d'abord mise en oeuvre pour chaque expédition (elle se dissout à la fin de celle-ci) va évoluer vers des compagnies perpétuelles<sup>4</sup>. Cela implique que les investisseurs ne peuvent pas récupérer leurs fonds, et leurs gains, quand ils le désirent. Ils perdent le droit de se retirer librement du partenariat, c'est en contrepartie de cela que leur est accordé le droit de céder leur part, *sans le consentement des autres partenaires*. C'est ainsi qu'apparaît véritablement la société par action moderne. Cet arrangement sera imité en Angleterre et se diffusera en Europe, principalement à partir du 17<sup>ème</sup> siècle. Mais, jusqu'au 19<sup>ème</sup> siècle, ces sociétés par actions restent essentiellement des compagnies à privilèges (*chartered companies, ou incorporated joint stock companies*), qui ne peuvent se créer qu'avec une autorisation publique. Elles bénéficient d'un monopole accordé par l'État, en contrepartie du fait qu'elles développent des activités jugées d'intérêt public, que l'État ne souhaite pas, ou ne peut pas, financer et assurer lui-même. La diffusion de ces sociétés par action sera, selon Braudel, lente (contrairement à la société en commandite), tout au moins jusqu'au 19<sup>ème</sup> siècle.

Ainsi, une des origines majeures de la société moderne se situe dans l'importance de formes institutionnelles *publiques*, dont la *incorporated joint stock companies* n'est en fait qu'une composante. Il s'agit de ce que l'on qualifie, dans la terminologie anglaise (puis américaine) de *Corporation*, plus précisément de *Chartered Corporation*. Cela recouvre des organismes très divers obéissant à des missions d'intérêt public, confiées par l'État à des entités dotées d'une personnalité propre : universités, municipalités, compagnies chargées de la gestion d'un territoire, hôpitaux, puis, construction et gestion d'infrastructure, canaux, routes, ponts... Ainsi, par exemple, la plus ancienne *Corporation* existant aujourd'hui, aux États-Unis, est l'Université d'Harvard. L'Harvard Collège a été fondé en 1636, comme une *membership corporation*, dont les membres se reproduisent par cooptation, comme c'est le cas encore aujourd'hui. Cette forme est sans doute dominante jusqu'à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle. L'Harvard Collège a été lui-même fondé par une autre *chartered corporation*, the *Governor and Company*

---

<sup>4</sup> La première est sans doute la Dutch East India Company à laquelle le « Dutch Estates general » octroie ce privilège en 1623. L'Angleterre imitera cette formule pour la British East India Company, en 1654, qui accorde une transférabilité complète (Hansman et al., 2006, Blair, 2003)



*of the Massachusetts Bay in New England*, qui a reçu sa charte (de la couronne d'Angleterre) en 1629 (Kaufman, 2008).

Ces « *chartered companies* » ont été d'abord essentiellement des institutions à *but non lucratif*. Et elles ne prennent bien évidemment pas en règle générale la forme de société par actions. Mais elles présentent déjà des traits qui caractériseront les sociétés modernes, et en premier lieu le fait qu'elles détiennent une personnalité légale, et donc le droit d'être propriétaire d'actifs, de tester en justice ou encore d'agir sous un sceau commun (le '*corporate seal*'). Un certain contrôle extérieur de la gestion de la compagnie était en règle générale établi, sous la forme d'un comité chargé de représenter les intérêts des fondateurs ou d'une communauté plus large. Mais la corporation était pour l'essentiel une entité indépendante, sous le contrôle de ses membres, « The king constituted corporations, and the king or other visitors exercised some degree of supervision over them, but once established, the corporation (i.e., its members) remained subject to relatively little outside regulation » (Avi-Yonah, 2005). Cela sera valable pour les compagnies commerciales qui apparaîtront principalement au XVII<sup>e</sup> siècle, comme on vient le voir. Avec parfois, mais pas toujours, un droit d'existence perpétuel, et une transférabilité des parts qui en font les ancêtres des sociétés par actions moderne qui vont se développer essentiellement au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle. Elles constituent, comme le dit Blair (2003) « permanent organizations involving a relatively large and changing number of people with fixed capital and separate management ». Le cas américain va nous montrer comment a pu se faire cette transition vers la *modern corporation*, avec une différenciation croissante entre les *corporations* à but non lucratif et les compagnies commerciales, dans un cadre politique et juridique sensiblement différent de celui de la France à la même époque.

## **II. La formation de la société par action moderne, le cas des États-Unis**

### *Les origines*

Les États-Unis ont obtenu leur indépendance en 1776. C'est à partir de là que se construit progressivement le système légal américain, et une conception propre de la *corporation*.

Au départ, c'est le droit anglais qui prévaut. Celui-ci connaissait à la fin du 18<sup>e</sup> siècle et au début du 19<sup>e</sup> (comme dans la plupart des pays européens) quatre formes juridiques essentielles (Blair, 2003) :

- L'entreprise individuelle (le capital est la propriété d'un individu, responsable personnellement des dettes et obligations de l'entreprise).
- Les formes partenariales, dans lesquelles les partenaires sont collectivement propriétaires et gestionnaires de l'entreprise, et responsables des engagements de l'entreprise.

L'aspect central de cette forme d'organisation concerne la responsabilité des partenaires : chacun a une responsabilité entière et illimitée des dettes de l'entreprise, engageant l'ensemble de sa fortune personnelle. Par ailleurs, l'entreprise est dépendante de l'engagement des parties, la défection d'un des partenaires, par exemple du fait de son décès, peut donc mettre en question la pérennité de l'entreprise.

- Les sociétés par action sans privilèges (*unincorporated joint stock companies*), forme de partenariat visant à réunir des capitaux, et incluant des partenaires passifs (ne participant pas à la gestion) susceptibles de bénéficier d'une responsabilité limitée (La société en commandite par actions en France).
- Et enfin les *Corporations* incluant les *chartered joint stock companies*, mais couvrant un champ beaucoup plus large.

Comme on vient de la voir, la grande majorité des *Corporations* sont des compagnies à but non lucratif. Jusqu'au début du XIXe siècle, les « *incorporated corporations* » aux États-Unis sont essentiellement (Blair, 2003) : des compagnies de commerce qui ont bénéficié d'une charte avant la révolution, des municipalités, des organismes de charité des banques ou des compagnies d'assurances et des compagnies à charte destinée à réaliser des travaux publics (routes, ponts, canaux...). On peut considérer comme le disent Handlin et Handlin (1945) que, comme au Massachusetts « *the corporation was conceived as an agency of government, endowed with public attributes, exclusive privileges, and political power, and designed to serve a social function for the state* ».

En Angleterre, comme en France, durant le XVIIIe siècle et jusqu'au début du XIXème, les sociétés par actions (à privilèges) restent peu nombreuses, tout particulièrement dans le domaine de l'industrie<sup>5</sup>. Mais, aux États-Unis, dès le début de l'indépendance le nombre des *business corporations* augmente rapidement : près de 350 auraient été créés entre 1783 et 1800 (Handlin et Handlin, 1945). Dès le début du XIXe siècle le champ d'application des

---

<sup>5</sup> En Angleterre, il y aurait moins d'une douzaine de sociétés commerciales, dont la moitié sont des compagnies de canaux. En France les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite constituent la grande majorité des sociétés commerciales (Handlin et Handlin, 1945).

compagnies à charte s'étend à des domaines de plus en plus nombreux. La *chartered joint stock company* devient très tôt la forme privilégiée d'organisation des entreprises.

### *Le début du 19ème siècle : une explosion du nombre de 'Business Corporations'*

Les nouveaux États américains, héritent, après l'indépendance du pouvoir d'accorder des statuts de *incorporated corporations*. Ils utilisent cet instrument pour promouvoir le développement de leur État, d'abord dans quelques domaines privilégiés comme nous venons de le voir, puis dès le début du XIXe siècle dans un champ d'activités de plus en plus large, incluant des activités manufacturières, cela en premier lieu « pour encourager la production domestique et réduire la dépendance aux importations anglaises » (Blair, 2003)<sup>6</sup>. Il en résulte une multiplication des agréments accordés à des entreprises de ce type. C'est ainsi aux États-Unis que se réalise la transformation de la *corporation*, et l'émergence de la *business corporation* comme forme dominante. On évalue à 22.419 le nombre de *business corporation* qui ont été agréées (*chartered*) par les différents États, entre 1790 et 1860, par actes législatifs, et à plusieurs milliers celles qui ont été créées sous des *general incorporations laws* (permettant la création sans autorisation préalable), introduites principalement durant les années 1840 et 1850 (Gomory and Sylla, 2013), nous y reviendrons. Ce qui est très supérieur à ce que l'on a pu observer en France comme en Grande-Bretagne, dans la même période<sup>7</sup>. On peut dire, en suivant Gomory et Sylla que les États-Unis ont été ainsi la première *corporation nation*.

Cela étant, les caractères de ces sociétés sont encore éloignés de ce qui deviendra la *modern corporation*. En dehors des banques, des assurances puis ensuite des compagnies ferroviaires et des premières entreprises industrielles ou minières, la plupart de ces entreprises sont de petite taille. Les actionnaires, ou tout au moins les actionnaires actifs, peuvent souvent participer directement à la gestion. Par ailleurs, le fait que l'agrément est donné au cas par cas

---

<sup>6</sup> Ainsi, l'État du Massachusetts vote une loi pour l'*incorporation* des entreprises manufacturières en 1809, L'État de New-York vote une loi similaire en 1811, pour : “any five or more persons who shall be desirous to form a company for the purpose of manufacturing woollen, cotton or linen goods, or for the purpose of making glass, or for the purpose of making from ore bar-iron, anchors, millirons, steel, nail rods, hoop-iron and ironmongery, sheet copper, sheet lead, shot, white lead and red lead.” Voir Blair (2003), p. 426.

<sup>7</sup> Ainsi, par exemple, entre 1790 et 1860, le nombre de Corporations proprement dites agréées individuellement (les sociétés anonymes en France) aurait été, comme on l'a vu de 22 419 aux États-Unis contre 542 en France (1808-1867). Le nombre des autres types sociétés (tels que les sociétés en commandite) aurait été de plus de 16 867 en France et plus de 31 098 aux États-Unis (en notant que pour les États-Unis ce chiffre inclut les corporations « incorporées » sous une législation générale, et donc sans agréments préalables (Voir Hannah, 2013).

fait que le contenu des chartes peut varier d'une entreprise à une autre, notamment du point de vue des conditions de la gouvernance. C'est ainsi que les règles régissant les élections des directeurs par des actionnaires pouvaient être très variables (par exemple la règle une action une voix ne s'appliquait pas nécessairement) (Gomory and Sylla, 2013). Il ne faut pas oublier non plus que la législation des sociétés était propre à chaque État, une situation qui perdure jusqu'à aujourd'hui. Enfin, la responsabilité limitée ne s'appliquait pas de manière généralisée aux *corporations*, ce n'est qu'ultérieurement que ce principe va s'imposer.

C'est approximativement à partir des années 1830 que commence véritablement un processus de transformation de la forme *corporation* conduisant à la *Modern Corporation* analysée par Berle et Means. Accompagnant l'émergence d'entreprises de taille croissante, il résulte de trois évolutions majeures :

- La généralisation du principe de responsabilité limitée
- La création progressive de *general incorporation laws* dans les divers États
- La séparation entre actionnaires et dirigeants, entre « propriété » et « contrôle ».

### *La généralisation du principe de responsabilité limitée*

Jusqu'au début du 19<sup>ème</sup> siècle, la responsabilité limitée n'était pas la règle pour les compagnies à privilèges (*incorporated companies*). Il y avait, semble-t-il, une différence de traitement des différents types de corporations. Entre les *corporations* « traditionnelles » très majoritaires jusqu'à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle (Ce que l'on a vu précédemment, les entreprises financières (banques assurances) ou dédiées à des infrastructures publiques), et les *business corporation* (qualifiées de *private corporation*, nous y reviendrons), et notamment les compagnies manufacturières qui se développent au 19<sup>ème</sup> siècle. Si la responsabilité limitée des actionnaires apparaît comme la règle la plus courante pour les premières, elle n'apparaît pas comme essentielle pour les autres entreprises commerciales et notamment les entreprises manufacturières<sup>8</sup>. Si l'on en croit Blumberg (1993), ce sont le caractère cessible des actions, et l'existence perpétuelle qui rendent la forme *corporation* attractive, pour les créateurs d'entreprises manufacturières, plus que la question de la responsabilité des actionnaires. De

---

<sup>8</sup> La situation est différente selon les États, mais, par exemple, les chartes pour les entreprises manufacturières de la Nouvelle-Angleterre, soit affirmaient une responsabilité illimitée des actionnaires, soit ignoraient la question. Durant les trente premières années du 19<sup>ème</sup> siècle, on ne trouverait aucune revendication pour la responsabilité limitée au Massachusetts (Blumberg, 1993). Ajoutons que le degré de responsabilité (limitée) des actionnaires peut être variable. Il peut par exemple y avoir responsabilité de l'actionnaire qu'à hauteur du montant de sa participation (la responsabilité limitée au sens stricte), ou responsabilité sur les dettes de l'entreprise, à hauteur d'un montant *proportionnel* au montant de sa participation, et pouvant donc engager en partie ses avoirs propres.

même, pour Blair (2003), c'est le fait que l'incorporation assure à l'entreprise un statut *d'entité séparée* qui la rend attractive, en rendant plus crédible l'engagement des parties, et en soutenant la confiance des investisseurs, mais l'on ne peut pas considérer que la responsabilité limitée « explique pleinement » l'intérêt pour l'*incorporation*, au 19<sup>ème</sup> siècle (ibid. p. 440). La société en commandite permettait, depuis longtemps la responsabilité limitée des actionnaires passifs, dans les pays européens, et en particulier en France (Mais pas aux fondateurs, actionnaires actifs). L'absence d'un droit clair pour ce type de société (contrairement par exemple à la France ou l'Allemagne), notamment du point de vue de la reconnaissance de la firme comme personne morale, et de son existence perpétuelle<sup>9</sup>, indépendamment de l'identité des partenaires, expliquerait, pour certains, que la *joint-stock company* soit devenue rapidement aux États-Unis la forme juridique privilégiée du capitalisme industriel<sup>10</sup>.

Cela étant, c'est le mouvement d'industrialisation et la multiplication et la croissance des firmes manufacturières qui va changer les choses. Le principe de responsabilité limitée est adopté progressivement pour ces entreprises (dans les États de la côte est notamment) durant les premières décennies du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>11</sup>, et tend à devenir la règle, et cela, indépendamment du contenu des chartes, par des changements dans le droit écrit des États<sup>12</sup>. On peut penser que la volonté des États de favoriser le développement industriel (et de réduire la dépendance à l'égard de la Grande-Bretagne) a été un des motifs cette évolution.

La plupart de États vont en adopter le principe durant les années 1830 (Avi-Yonah, 2005). La responsabilité limitée apparaît alors comme un des traits propres aux compagnies *incorporated*, et la différence majeure entre (business) *corporation* et *partnership*. Un des premiers traité de droit des société, publié à Boston (J. Angel and S. Ames, 1932), écrit ainsi, dans sa deuxième édition :

---

<sup>9</sup> «the lack of clear entity status under the law for unincorporated joint stock companies made them a risky organizational form to use for accumulating large amounts of physical and organizational assets.” (Blair, 2003, p. 423)

<sup>10</sup> Voir Guinnane et al. (2007), Lamoreaux et Rosenthal (2005).

<sup>11</sup> Selon des modalités qui peuvent être progressives.

<sup>12</sup> Voir Blumberg (1996), pp. 11-12. Une exception notable : le cas de la Californie qui imposera par la loi la responsabilité *nonlimitée* des actionnaires (des incorporated corporations, comme des autres business corporations) sur les dettes de l'entreprise, et cela jusqu'en 1931. Cependant chaque actionnaire n'était responsable que pour un montant de dette proportionnel à sa participation au capital de l'entreprise. Par ailleurs, diverses clauses limitaient en pratique la portée de cette responsabilité.

*« In every private unincorporated company, the members are liable for the debts without limitation, whereas in incorporated societies, they are only liable to the extent of their shares...It is frequently the principal object, in this and in other countries, in procuring an act of incorporation, to limit the risk of the partners to their shares in the stock of the association; and prudent men are always backward in taking stock when they become mere copartners as regards their personal liability for the company debts ».*

Avi-Yonah (2005), qui cite ce texte, ajoute que, au moment où il est écrit, la responsabilité limitée n'était pas encore un principe universellement admis (On a vu ce qu'il en était notamment de la Californie).

Il est utile de considérer ici ce que peut être la justification de la responsabilité limitée des actionnaires. La volonté de limiter le risque des partenaires, comme cela est dit dans le texte ci-dessus, peut apparaître comme la principale justification. Mais l'on peut estimer qu'il n'est légitime de limiter la responsabilité que pour les partenaires (actionnaires) *passifs*, qui ne font que fournir des capitaux : c'est l'idée qui est à la base des règles de la commandite par action, et qui vise à favoriser le financement d'activités importantes. Il y a un autre type de justification, qui lie étroitement responsabilité limitée et *incorporation* (la firme est soumise à un agrément public, qui encadre ses conditions d'organisation, et la ou les fonctions ou missions qu'elle est censée remplir) : la rationalité limitée accordée aux actionnaires est la contrepartie de l'utilité publique reconnue à la compagnie, et de contraintes que la charte lui impose. Il est jugé socialement utile d'en favoriser le financement, et cela notamment dans le cas d'entreprises avec des risques importants. Ce qui bien évidemment laisse ouvert le champ des activités jugées socialement utiles, dont la délimitation pourra varier en fonction des évolutions sociales, politiques et économiques. L'extension de la règle de responsabilité limitée qui se réalise très tôt aux États-Unis peut s'expliquer par la situation spécifique de ce pays, à la suite de l'indépendance, la recherche d'une véritable indépendance économique, l'affirmation d'intérêts nationaux et régionaux qui font du développement industriel un objectif majeur, à quoi s'ajoute l'autonomie des différents états. C'est dans ce contexte que les juges vont *« expanded their conception of the public good to embrace America's increasingly brisk economy. Private gain was heralded as a key component of the public good, a rationalization that would subsequently come to undergird all American political-economic policy »* (Kaufman, 2008). Parallèlement des juristes (et des juges) vont affirmer

très tôt (au début du siècle) que la responsabilité limitée des actionnaires doit être considérée comme inhérente à *la corporation*<sup>13</sup>. Ce qui a aussi à voir avec la caractérisation de la nature de la corporation, objet de débats récurrents chez les juristes américains de l'entreprise<sup>14</sup>, et notamment l'affirmation de son identité propre, séparée des actionnaires.

Par ailleurs, on peut estimer, comme le fait Blair (2003), que la responsabilité limitée est utile pour « *solve some of the contracting problems for participants in a large and complex business* » (ibid. p. 439), et surtout qu'elle est une « nécessité virtuelle » pour le développement des marchés financiers (ibid.), c'est sans doute en cela qu'elle a été une dimension centrale pour le développement d'un capitalisme financier.

Quoiqu'il en soit, on voit ainsi comment s'est affirmé progressivement un principe général de responsabilité limitée des actionnaires des *incorporated corporations*. L'étape suivante va consister à supprimer l'agrément par une autorité publique. Là aussi, l'évolution a été particulièrement rapide aux États-Unis.

#### *La suppression de l'agrément et l'adoption de 'General incorporation laws'*

Dès la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, les organes législatives des différents États commencent à promouvoir des *general incorporation laws* qui permettent à des créateurs d'associations ou d'entreprises d'obtenir le droit de constituer une *corporation*, sans une autorisation législative propre, par un simple acte administratif. Ces lois seront utilisées d'abord pour la création d'associations à but non lucratif (Kaufman, 2008). Dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle ces lois s'étendent à des entreprises à but lucratif, et notamment à des entreprises industrielles.

Un aspect essentiel de l'évolution de la forme corporation va apparaître au XIX<sup>e</sup> siècle : la distinction de différentes catégories de corporations, tout particulièrement la distinction entre *Public Corporations* et *Private Corporations*. (Les premières visant notamment, dans la lignée de la tradition anglaise ancienne à protéger des propriétés de communes). À partir des années 1810 et 1820 les jugements vont commencer à différencier les droits et les obligations des *Publics Corporations* de celle des *Private Corporations*. Tandis que les *Publics Corporations* furent juridiquement reconfigurées comme institutions publiques (comme agences de l'État), les *Private Corporations*, à but lucratif, furent considérés comme ayant le

---

<sup>13</sup> « *personal liability of a stockholder is inconsistent with the nature of a body corporate* » (Chief Justice Tilghman of Pennsylvania, 1816,. Cité par Blumberg, 1993, p.11)

<sup>14</sup> Voir sur ce point Avi-Yonah (2005), et Avi-Yonah et Sivan (2007).

caractère d'acteurs privés<sup>15</sup>. C'est ce qui devait changer profondément la nature même de la *Corporation*, dans le sens d'une liberté croissante accordée aux *private corporations*<sup>16</sup>. Mais c'est essentiellement après une véritable institutionnalisation de la liberté d'incorporation par la loi que cette tendance va s'exprimer clairement.

Alors que certains juristes et milieux politiques s'inquiètent au début du XIXe siècle de la multiplication des demandes d'incorporation d'entreprises commerciales, voyant là une manière de multiplier des monopoles liés à l'État, d'autres vont au contraire soutenir que le meilleur moyen de lutter contre les monopoles et de permettre à un plus grand nombre de compagnies d'être incorporées. Le résultat nous dit Kaufman (2008) et qu'une doctrine de « liberté d'incorporation » (« *freedom of incorporation* ») va être soutenue à la fois par ceux qui pensent qu'il faut utiliser le pouvoir législatif pour favoriser la libre entreprise et ceux qui craignent une restriction par l'État de cette libre entreprise. Un certain nombre de jugements durant les années 1810 vont tendre à réviser le droit des corporations dans un sens favorable aux *private corporations*. C'est dans ce contexte que certains juges vont, comme on l'a vu, promouvoir une conception du bien public incluant la recherche du profit privé.

Le Massachusetts, en 1809 et New York, en 1811, seront les premiers à promouvoir des lois générales d'incorporation. Le Massachusetts pour des firmes manufacturières, et New York pour: « *any five or more persons who shall be desirous to form a company for the purpose of manufacturing woolen, cotton or linen goods, or for the purpose of making glass, or for the purpose of making from ore bar-iron, anchors, millirons, steel, nail rods, hoop-iron and ironmongery, sheet copper, sheet lead, shot, white lead and red lead.* » (Cité par Blair, 2003).

De telles lois vont se généraliser dans un nombre croissant d'États durant les quatre décennies suivantes. Autour du début des années 1850 la plupart des états auraient ainsi permis à la plupart des types société à but lucratif d'obtenir le privilège *d'incorporation* par une simple démarche administrative (Guinnane et al., 2007)<sup>17</sup>. En même temps, ces lois pouvaient

---

<sup>15</sup> “a public corporation was nothing but an agency of the state; whereas a private corporation assumed the character of a private citizen” (Hartog 1983:193–94), cité par Kaufman (2008).

<sup>16</sup> voir Kaufman (2008).

<sup>17</sup> « By the 1820s [...] the demand by business people for corporate charters was growing rapidly, and the states were responding by granting such charters ever more freely. Pennsylvania passed a general incorporation act in 1836, and in 1837, Connecticut passed a bill permitting incorporation for “any . . . lawful business.” During the 1840s, six additional states passed general incorporation statutes. By the end of the 1850s, fifteen additional states had passed general incorporation statute” (Blair, 2003, p. 426)



imposer des règles relativement rigides, ainsi par exemple la règle une voix par action (et des règles de majorité qualifiée) a eu tendance à se généraliser (ibid.).

Pourquoi cette évolution ? Plusieurs explications, non incompatibles, sont habituellement proposées. La plus fréquente est que la procédure d'agrément avait favorisé des pratiques corruptives (au point que certains proposaient même de supprimer totalement le droit des États d'octroyer des *corporate charters*, ce qui revenait à supprimer la forme *corporation*) et des relations entre les états et les *corporations* jugées trop étroites (voir par exemple Gomory and Sylla, 2013). Au-delà il s'agissait, dans l'esprit de certains, de favoriser une « démocratisation » de la corporation, de favoriser la liberté d'action des entreprises, et cela notamment, comme on l'a vu, dans le but de favoriser l'industrialisation.

### *La séparation entre actionnaires et dirigeants.*

La règle par défaut des *partnerships* est la prise de décision à l'unanimité. Pour échapper à une telle contrainte, la délégation du pouvoir de décision à un organe propre de taille limitée fut utilisée pour des *unincorporated joint stock companies* (Blair, 2003). Dans le cas des *incorporated joint stock companies*, le fait de les reconnaître comme des entités légales (séparées des associés) conduit, nous dit Blair, à ce que la loi préconise de la même manière, qu'un groupe d'individus soit considéré comme responsable (*responsible and accountable*) des activités de l'entreprise. Ce qui conduit à la formation d'un conseil d'administration (*Board of managers* ou *directors*).

Il semble, en suivant encore Blair (2003), que ce type de conseil était de pratique courante pour les premières *business corporations*<sup>18</sup>. Le *board of directors* fut reconnu légalement comme un organe indépendant, ce qui signifie, selon Blair que les *directors* ne sont pas des « agents » des actionnaires (Contrairement à ce que dit la théorie de l'agence). La charte spécifie généralement le mode de sélection des membres du conseil. Il se fait en général par un vote des actionnaires, le principe une action une voix devenant le plus courant à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle. Les directeurs sont le plus souvent, au 19<sup>ème</sup> siècle, des actionnaires (ce qui pouvait être une obligation dans les premières *chartered companies*) (ibid.). Mais, les choses

---

<sup>18</sup> « Two business histories dealing with this area describe delegation of authority to boards of directors or managers in early textile firms in a manner generally associated with modern corporations. Such delegation existed in joint stock associations before the promoters of textile firms first made extensive use of the corporate form. A third study also describes several mining companies which were formed as joint stock associations around 1790.” (Hugh L. Sowards & James S. Mofsky, Factors Affecting the Development of Corporation Law, 23 U. MIAMI L. REV. 476, 481 (1969); cite par Blair, 2003).

changent avec l'émergence des grandes corporations (notamment dans les chemins de fer, l'acier et le pétrole) : entre 1865 et 1890 « *the widely held, publicly traded, non-owner managed enterprise gradually became the norm for U.S. business activities.* » (Avi-Yonah, 2005, p. 24). C'est ce qui, selon Avi-Yonah, a conduit à repenser la « nature » de la *corporation*, et les règles qui doivent la régir.

Un point majeur est sans doute l'affirmation, à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle et au début du 20<sup>ème</sup>, de la « *business judgment rule* » qui soutient que « *the board of directors held powers that were not delegated from the shareholders and that shareholders could not normally call into question the exercise of those powers* » (Avi-Yonah, 200, p. 28)<sup>19</sup>, ce qu'exprime autrement la formulation de Blair : les managers *ne sont pas les agents des actionnaires*. Ainsi s'affirme la séparation entre actionnaires et managers, et plus encore l'autonomie du pouvoir des managers, exprimé clairement dans un jugement de la cour d'appel de New York en 1889 :

« *All powers directly conferred by statute, or impliedly granted, of necessity, must be exercised by the directors who are constituted by the law as the agency for the doing of corporate acts. The expression of the corporate will and the performance of corporate functions in the management of a corporation, may originate with its directors... Within the chartered authority they have the fullest power to regulate the concerns of a corporation, according to their best judgment... In the management of the affairs of the corporation, they are dependent solely upon their own knowledge of its business and their own judgment as to what its interests require.* » (Cité par Avi-Yonah, 2005, p. 29).

Ce principe, nous dit encore Avi-Yonah est parfaitement établi au début du 20<sup>ème</sup> siècle, comme en atteste ce qu'une cour de justice pouvait affirmer, en 1905 :

« *“it is [the board's] judgment, and not that of its stockholders outside of the board of directors, that is to shape [a corporation's] policies or decide upon its corporate acts. This principle is not disputed, and the citation of authorities in its support is unnecessary.”*

Il est encore utile de noter que, à la même époque, la limitation envisagée des pouvoirs des dirigeants des corporations relève avant tout de l'action *de l'état*. Elle résulte de la crainte des pouvoirs excessif des *corporations*, qui émerge à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, avec la montée des grandes sociétés. Ce qu'exprime bien ce que dit la Cour Suprême, en 1889<sup>20</sup> :

---

<sup>19</sup> La première expression de ce principe apparaît dans un jugement de la cour d'appel de New York, en 1888 : « *In actions by stockholders, which assail the acts of their directors or trustees, courts will not interfere unless the powers have been illegally or unconscientiously executed... Mere errors of judgment are not sufficient as grounds for equity interference; for the powers entrusted with corporate management are largely discretionary* » (Cité par Avi-Yonah, op. cit.).

<sup>20</sup> Voir aussi ce jugement de la cour d'appel de New York, en 1888 : « *Corporations are great engines for the promotion of the public convenience, and for the development of public wealth, and, so long as they are*

*«It may be considered as the established doctrine of this court in regard to the powers of corporations, that they are such and such only as are conferred upon them by the acts of the legislatures of the several States under which they are organized. A corporation in this country, whatever it may have been in England at a time when the crown exercised the right of creating such bodies, can only have an existence under the express law of the State or sovereignty by which it is created. And these powers, where they do not relate to municipal corporations exercising authority conferred solely for the benefit of the public, and in some sense parts of the body politic of the State, have in this country until within recent years always been conferred by special acts of the legislative body under which they claim to exist. But the rapid growth of corporations, which have come to take a part in all or nearly all of the business operations of the country, and especially in enterprises requiring large aggregations of capital and individual energy, as well as their success in meeting the needs of a vast number of most important commercial relations, have demanded the serious attention and consideration of law makers. And while valuable services have been rendered to the public by this class of organizations, which have stimulated their formation by numerous special acts, it came at last to be perceived that they were attended by many evils in their operation as well as much good, and that the hasty manner in which they were created by the legislatures, sometimes with exclusive privileges, often without due consideration and under the influence of improper motives, frequently led to bad results.»*(Cité par Avi-Yonah, op. cit.)

Cette « séparation entre propriété et contrôle », dans les termes de Berle et Means (1932) apparaît ainsi comme dérivant bien de l'évolution du droit des sociétés, en même temps que de la montée des grandes corporations, marquées, aux États-Unis, par une dispersion croissante de la détention des actions. Les problèmes nouveaux résultant de la montée de ces grandes corporations susciteront des débats continus entre 1890 et 1916 (Avi-Yonah, 2005), notamment sur la nature de la *corporation*<sup>21</sup>. On peut considérer que les thèses développées dans l'ouvrage de Berle et Means se situent dans le prolongement de ces débats. Par ailleurs, une des thèses centrales de Blair (2003) est que cette séparation a été "*one of the most important benefits of the corporate form* », un des facteurs majeurs du dynamisme du capitalisme industriel (et on pourrait ajouter du capitalisme financier) à partir de la fin du

---

*conducted for the purposes for which organized, they are a public benefit; but if allowed to engage, without supervision, in subjects of enterprise foreign to their charters, or if permitted unrestrainedly to control and monopolize the avenues to that industry in which they are engaged, they become a public menace, against which public policy and statutes design protection»* (cité par Avi-Yonah, op. cit.)

<sup>21</sup> Les débats sont analysés par Avi-Yonah autour de l'opposition entre trois conceptions : la « *aggregate view* » (la corporation est un regroupement d'individus), la « *artificial entity view* » (la corporation est une entité autonome, mais dont les pouvoirs dérivent de l'état) et la « *real entity view* » (la corporation existe comme entité propre, séparée des actionnaires, comme de l'état).

19<sup>ème</sup> siècle. Elle prendra tout son sens avec la montée, au 20<sup>ème</sup> siècle, d'une « technostructure », des appareils de gestion, composantes centrales d'un capitalisme managérial.

*Une dernière évolution majeure : l'autorisation pour une société détenir des actions d'une autre société.*

Il reste une dernière évolution majeure du droit des sociétés qui, bien que moins souvent mise en avant, est sans doute une des transformations les plus importantes pour l'évolution de la *corporation*, et des formes fondamentales prises par l'entreprise dans le capitalisme moderne : il s'agit de l'autorisation donnée à une société par actions de détenir des titres d'une autre société par actions.

Jusqu'à pratiquement la fin du XIX<sup>e</sup> siècle la règle la plus courante est qu'une société n'a pas le droit de détenir des actions d'autres sociétés, et cela aux États-Unis comme en France et dans les autres pays européens<sup>22</sup>. Il semble que là encore la rupture va se réaliser aux États-Unis, plus précisément en 1890 quand l'État du New Jersey va promouvoir une législation autorisant cette pratique (ce qui lui vaudra le qualificatif de « *New Jersey-The Traitor State* », Blumberg, 2005). La Standard Oil et l'United States Steel seront les premières firmes à exploiter la nouvelle législation et à s'organiser en groupes de sociétés. Le Delaware promulguera une législation similaire en 1900. On sait tout ce à quoi va conduire cette réforme : on peut dire que sans elle le capitalisme tel qu'il est aujourd'hui n'existerait pas.

Cette évolution montre l'importance de la spécificité du système politique américain : l'autonomie des états en matière de droit des sociétés a conduit à une concurrence juridique, qui comme le dit Avi-Yonah (2005, p. 31), a poussé ces deux états, où étaient incorporées le plus grand nombre de sociétés, à limiter les contraintes pesant sur les *incorporated joint-stock companies*. Cette concurrence (combinée à la concurrence fiscale) se poursuivra ultérieurement, elle débouchera sur la place prédominante du droit des sociétés de l'État du Delaware jusqu'à aujourd'hui. Ce que l'on vient de voir, mise en parallèle avec ce que l'on a vu précédemment (Notamment l'arrêt de la cour suprême de 1899), montre l'importance des enjeux et des conflits autour des relations entre entreprises et états, entre autonomie et « liberté » des entreprises, et légitimité des interventions publiques.

---

<sup>22</sup> Ce qui a conduit à l'organisation en « trust » de certaines grandes entreprises, comme la Standard Oil.

### III. En guise de conclusion : entreprise, état et bien commun

Les conditions de formation de la « moderne corporation » aux États-Unis éclairent des questions majeures, qui reviennent aujourd'hui avec les questionnements et les débats sur ce qui serait, pour certain, une crise de l'entreprise appelant à une refondation<sup>23</sup> (Segrestin et Hatchuel, 2012). Elles peuvent permettre également, indirectement, un éclairage sur les spécificités des communs comme formes d'action collective, et les questions qu'elles peuvent susciter.

Comme on l'a vu, les *corporations*, comme forme d'organisation d'activités à but lucratif ou non, se distinguent des formes partenariales (les *partnerships*) par deux traits majeurs.

Tout d'abord, elles sont dotées par le droit d'une identité propre, elles ont les attributs d'une personne morale<sup>24</sup>. Cela apparaît comme essentielle pour assurer la pérennité de l'entreprise, et permet l'affirmation d'une séparation claire entre l'entreprise, comme entité propre, et les apporteurs de capitaux (et les autres parties prenantes), de même qu'entre l'entreprise et ses dirigeants, qui ont en charge la gestion de l'organisation. C'est ce qui permet notamment d'affirmer, contrairement à une vision courante, que dans une société par actions les actionnaires ne peuvent pas être considérés comme les propriétaires de la société. Cela va déboucher sur une affirmation explicite de l'indépendance des dirigeants à l'égard des actionnaires. Ce qui conduit à s'interroger sur la nature exacte de la fonction et des obligations de ces dirigeants (leurs *fiduciary duties*, dans le droit américain). Il semble avéré sur ce point que ce droit n'a jamais cessé d'affirmer que les managers ont des obligations en premier lieu à l'égard de l'entreprise elle-même et non à l'égard de ses actionnaires.

Si ce premier caractère de la corporation ne va pas cesser de s'affirmer, au 19<sup>e</sup> puis au 20<sup>e</sup> siècle, il n'en est pas de même du second. Celui-ci affirme que l'existence d'une corporation se justifie en premier lieu par sa fonction sociale (ou d'intérêt public), inscrite dans la charte par laquelle elle a été créée. Cela vaut pour les *business corporations* aussi bien que pour les *corporations* à but non lucratif. Au point que, comme on l'a vu, il a pu être écrit que, à

---

<sup>23</sup> Voir notamment sur ce point Segrestin et Hatchuel (2012), et les nombreux écrits publiés par le Collège des Bernardins.

<sup>24</sup> Ce qui n'était pas le cas, de manière claire, aux États-Unis, pour les formes partenariales. La situation était sans doute différente en France, ou en Allemagne, au XIX<sup>e</sup> siècle. C'est un des facteurs qui expliquerait pour certains la prééminence rapide aux États-Unis de la *corporation* sur les autres formes juridiques, tels que la société en commandite par actions. Voir notamment

l'origine: "*the corporation was conceived as an agency of government, endowed with public attributes, exclusive privileges, and political power, and designed to serve a social function for the state*" (Handlin et Handlin, 1945). On pourrait sans doute discuter la question de savoir si la *corporation* devait servir une fonction sociale *pour l'État*, ou plutôt une fonction sociale (pour la société), définie par l'État, en tant que porteur légitime de l'intérêt général. En fait, la *corporation*, et notamment la *business corporation* est bien à l'origine, au sens propre du terme *une entreprise à mission*. Avec, et cela est évidemment important, une définition de la mission fixée par des pouvoirs publics (dans la charte) et la possibilité d'un contrôle externe (par l'État ou le système judiciaire) du respect par l'entreprise de la mission qui lui a été attribuée. Encore qu'il soit vrai qu'il y a dès le XIXe siècle des ambiguïtés sur ce point, en ce sens que, comme on l'a vu, les *corporations* une fois créées bénéficiaient apparemment d'une autonomie très large. C'est ce deuxième caractère de la corporation qui va être progressivement dissous.

L'évolution de la *Corporation* aux États-Unis, comme forme institutionnelle majeure, peut s'analyser comme un processus de privatisation et d'autonomisation croissante, en même temps que s'affirme la séparation entre organismes à but non lucratif et à but lucratif, et la place prééminente de l'entreprise, de la *business corporation*, dans la société. Comme on l'a vu, cette affirmation de la *business corporation* comme une institution autonome privée, va se réaliser véritablement par la suppression de l'agrément préalable et l'adoption de *General incorporation laws*, appuyées éventuellement par une définition de plus en plus extensive de l'intérêt général, ou encore par l'application à la société, en tant que personne, des principes protégeant les libertés individuelles (le quatrième amendement).

Il reste que les interrogations sur la nature de la grande société par actions, entre arrangement purement privé entre individus et relevant des libertés contractuelles (ce qui est au principe de la théorie de l'agence et de la vision actionnariale) et institution à caractère public, et soumise à ce titre à des obligations propres, ne cessera pas au XXe siècle. On trouve ainsi, en particulier, dans le dernier chapitre de l'ouvrage de Berle et Means, une réaffirmation de la dimension d'institution publique de la *modern corporation*, fondée sur les transformations qu'elle a subies, et en premier lieu sur la croissance sans précédent de sa taille et de ses pouvoirs<sup>25</sup>. De même, dans un article célèbre, Dodd (1932) va affirmer le caractère fondamental de la « responsabilité sociale » de l'entreprise (c'est le terme qu'il utilise) mais

---

<sup>25</sup> Voir Weinstein (2012).

dans une vision totalement différente de celle qui prévaut aujourd'hui : il ne s'agit pas de faire de cette responsabilité sociale un simple supplément d'âme pour des sociétés cherchant en premier lieu le profit (voir la valeur pour l'actionnaire) mais bien d'en faire la finalité première de l'entreprise (Les managers sont responsables en premier lieu à l'égard de la société). De même, on voit que si les corporations peuvent être considérées comme des entreprises à mission, c'est dans une forme profondément différente des entreprises à mission telle qu'on les conçoit parfois aujourd'hui, où la mission est celle que la société se donne elle-même (et non pas qui lui est assignée par un organe public) et qu'elle contrôle elle-même. Le mouvement de « privatisation » de la grande entreprise s'est certes poursuivi après le début du XXe siècle, mais il reste que la reconnaissance d'une dimension publique n'a sans doute pas disparue (jusqu'aux années 1970), justifiant l'importance d'interventions publiques, notamment après la deuxième guerre mondiale, dans la suite du New Deal. Ce n'est qu'avec la vision actionnariale que va s'imposer véritablement une vision de l'entreprise comme arrangement purement privé, justifiant les déréglementations et ramenant la responsabilité sociale, et éventuellement la mission, à des procédures d'autorégulation de l'entreprise par elle-même.

Il reste bien sûr un dernier trait majeur de la corporation : la généralisation de la règle de responsabilité limitée des actionnaires. S'il semble, à la lumière de ce que nous avons vu, que ce trait n'a pas été initialement la cause du développement privilégié de cette forme d'organisation des entreprises, il reste qu'elle a joué un rôle essentiel pour permettre la croissance des entreprises et l'émergence des grandes *corporations* qui vont progressivement dominer l'économie américaine, mais aussi, ce qui est tout aussi important une croissance sans précédent des marchés financiers<sup>26</sup>.

Il y a enfin un dernier aspect qui mérite considération : comme on l'a vu, l'évolution de la forme corporation et des principes juridiques la régissant, a été marquée par la création d'une séparation nette entre les *business corporations* et les entreprises à but non lucratif<sup>27</sup>. Cette évolution peut être vue comme l'affirmation d'une séparation nette entre l'économie et sociale, qui marquent l'évolution de nos sociétés depuis le XIXe siècle, en même temps que la

---

<sup>26</sup> La question des liens étroits entre l'évolution de la *corporation*, et le développement de la finance, est évidemment essentielle. On peut soutenir que les caractères du droit moderne des sociétés se comprennent comme le résultat d'une affirmation de la domination du pouvoir financier, et cela tout particulièrement aux États-Unis. Les analyses de Veblen sont sur ce point essentielles. Sur cette question, voir notamment, Ireland (2017).

<sup>27</sup> Comme en France, ont été séparé le droit des sociétés et le droit des associations.

reconnaissance de la légitimité, voire de la place prédominante de l'économique dans la société. On peut dire que l'émergence et la place croissante prise par les grandes sociétés par actions a participé à cette domination croissante de l'économique sur le social. On peut dire qu'il y a, ou qu'il devrait y avoir, autour des questions qui se jouent autour de la responsabilité sociale des entreprises une mise en cause fondamentale de cette séparation entre l'économique et le social et de la domination de l'économique. Aller dans cette direction, c'est sans doute reconsidérer radicalement l'entreprise, dans ses fondements juridiques, dans ses formes de gouvernance et ses formes d'organisation.

C'est aussi dans cette perspective que l'on peut voir le retour des communs, et la place des communs comme élément de refondation des relations économiques, des relations sociales et des rapports entre relations économiques (et modèles économiques) et relations sociales. Avec de plus une dimension majeure de mise en question des formes dominantes de relations sociales (et des rapports économiques), marquée par la recherche de formes horizontales d'auto organisation et d'auto gouvernance.

## Bibliographie

- Angell J. and S. Ames, (1932), *Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*, Boston.
- Avi-Yonah, R. S. (2005), « The Cyclical Transformations of the Corporate Form: A Historical Perspective on Corporate Social Responsibility », *University of Michigan Law School*. Paper 38.
- Avi-Yonah R. et D. Sivan (2007) « An historical perspective on corporate form and real entity : implications for corporate social responsibility », in Biondi, Canziani et Kirat (eds.), *The firm as an Entity*, Routledge
- Berle, A. A. Jr. and Means, G. (1932-1991) *The Modern corporation & Private Property*. New Edition, Brunswick (USA) and London (U.K.): Transaction Publishers.
- Blair, M. M. (2003), "Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century", *UCLA LAW REVIEW*, 51.
- Blumberg, P. (1993), *The Multinational Challenge to Corporation Law*. Oxford University Press, New York, Oxford.
- Braudel F. (1979), *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>*, tome 2 : *Les Jeux de l'échange*, Armand Colin, Paris.
- Dodd, E. M. Jr. (1932) "For Whom Are Corporate Managers Trustees?", *Harvard Law Review*, Vol. 45, No. 7. (May), pp. 1145-1163.



- Gomory R. and R. Sylla, (2013), « The American Corporation », *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 142 (2) Spring.
- Guinnane T., R. Harris, N. R. Lamoreaux and J-L Rosenthal (2007), “Putting the Corporation in its Place”, *NBER Working Paper* No. 13109, May.
- Handlin O. and M. F. Handlin, (1945), “Origins of the American Business Corporation”, *The Journal of Economic History*, Vol. 5, No. 1 (May), pp. 1-23.
- Hannah, L. (2013), “The Corporate Economies of America and Europe 1790-1860”, *CIRJE Discussion Paper-F-877*.
- Hansmann, H., and R. Kraakman. (2000), “The Essential Role of Organizational Law.” *Yale Law Journal*, 110 (Dec.)
- Hansmann H. et R. Kraakman, (2004), “What is Corporate Law?” in, R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, and E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press.
- Hansmann H., R. Kraakman and R. Squire, (2005), “Law and the Rise of the Firm”, *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper N°.57.
- Ireland, P. (2017). “Finance and the Origins of Modern Company Law”. In G. Baars, & A. Spicer (Eds.), *The Corporation: A Critical, Multi-Disciplinary Handbook* (pp. 238-246). Cambridge University Press.
- Kaufman, J. (2008), “Corporate Law and the Sovereignty of States”. *AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW*, VOL. 73 (June:402–425).
- Lamoreaux, N. R. and J-L Rosenthal (2005), “Legal Regime and Contractual Flexibility: A Comparison of Business's Organizational Choices in France and the United States during the Era of Industrialization”, *American Law and Economics Review*, Vol. 7, No. 1, Spring 2005.
- Penrose E. (1994) « Strategy/Organization and the Metamorphosis of the Large Firm », reproduit dans, *Organization Studies* 2008; 29; 1117. <http://oss.sagepub.com>
- Segrestin B. et A. Hatchuel (2012), *Refonder l'entreprise*, Éditions du Seuil et La Républiques des idées, Paris.
- Weinstein O. (2012), "Firm, Property and Governance: From Berle and Means to the Agency Theory, and Beyond," *Accounting, Economics, and Law*: Vol. 2, Issue 2, Article 2, June 2012.