

Stefania Gialdroni

Thèse de doctorat en cotutelle entre l'Université Milano-Bicocca (Milan - Italie)

et

l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (Paris - France)

Spécialité : Histoire et Civilisation

Sous la direction des Professeurs :

Mme Laura MOSCATI (Université « La Sapienza », Rome - Italie)

et

M. Philippe MINARD (Université Paris 8 et EHESS)

Résumé

**Une histoire juridique de la *East India Company* au XVII^{ème} siècle.
Réflexions sur l'idée de responsabilité limitée et de principe majoritaire**

Jury :

M. Italo BIROCCHI (Université de Rome « La Sapienza »)

M. Philippe MINARD (Université Paris 8 et EHESS)

Mme Laura MOSCATI (Université de Rome « La Sapienza »)

M. Alessandro STANZIANI (EHESS)

A.A. 2007/2008

Introduction ; 1. L'EIC comme *corporation* et la question de la responsabilité limitée ; 1.1. Les caractères de la *corporation* au XVIIème siècle ; 1.2. Le problème de la responsabilité limitée ; 1.3. « A bizarre legal alchemy » : les risques de la personnalité juridique ; 1.4. Autonomie patrimoniale : parfaite ou imparfaite ? ; 1.5. Une troisième hypothèse : la responsabilité indirecte. La jurisprudence du *King's Bench* et de la *Court of Chancery* ; 1.5.a. Edmunds vs. Brown and Tillard (1668) ; 1.5.b. Dr. Salomon vs. The Hamborough Company (1671) ; 1.5.c. Harvey vs. EIC (1700) ; 2. Le mythe du caractère « démocratique » de l'EIC ; 2.1. Le principe de majorité et le rôle de l'EIC dans les « histoires parallèles » des institutions économiques et politiques ; 2.2. Le *Second treatise of government* : John Locke et la règle de majorité ; 2.3. Les organes de l'EIC e le rôle (fondamental) des assemblées ; 2.3.a. *General court* : majorité relative ; 2.3.b. *Court of committees* : majorité absolue ; 2.4. L'an 1657 ; Conclusion.

Introduction

Traders' dream, le rêve des marchands : avec ces mots, à saveur romantique, Ralph Hale Mottram définissait, en 1939, le commerce avec les Indes orientales dans son « roman » de la *East India Company* (EIC)¹.

L'historiographie britannique n'a jamais caché son enthousiasme pour les exploits de ces marchands qui, à l'aube du XVIIème siècle, levaient l'ancre pour rejoindre des pays lointains, qu'ils imaginaient pleins de trésors. Ils avaient obtenu un privilège royal qui leur donnait le monopole du trafic dans l'énorme zone comprise entre le Cap de Bonne-Espérance et le Détroit de Magellan mais, à y regarder de plus près, ils pouvaient compter seulement sur une lettre de la reine Elisabeth Ière (puis remise au sultan de Sumatra) et sur leurs propres espérances. Cet enthousiasme s'est manifesté dans les domaines les plus différents : de l'historiographie économique à l'historiographie politique et constitutionnelle, mais il ne semble avoir jamais contaminé l'historiographie juridique, surtout en Italie.

Le but de cette étude consiste donc à essayer de combler cette lacune. Mais il fallait établir des limites chronologiques précises, car l'histoire de la plus chanceuse, durable, riche, des compagnies coloniales de l'époque moderne, est une histoire faite de grands chiffres: 258 ans de vie dont témoignent 14 kilomètres d'étagères remplies d'archives diverses, 70.000 publications officielles, 105.000 manuscrits ou cartes, toutes conservées, aujourd'hui, dans la section *India Office Records* des archives de la *British Library*.

La *East India Company* fut conçue à l'origine comme une compagnie de commerce pour l'importation des épices des Indes orientales mais elle ne tarda pas à se

¹ R.H. Mottram, *Treaders' dream. The romance of the British East India Company*, New York/London, 1939.

transformer en principal instrument de la politique coloniale britannique dans le sous-continent indien. Elle conserva cette fonction jusqu'à sa dissolution, en 1858, quand l'administration de l'Inde passa sous la dépendance directe du gouvernement du Royaume-Uni.

La tradition fait remonter cette transformation à 1765, quand la compagnie obtint, avec le traité de Allahabad, le *divani*, c'est-à-dire l'administration civile (y compris la perception des impôts) dans les riches provinces du Bengale, Bihar et Orissa. Mais afin d'analyser les mécanismes juridiques d'une des plus efficaces compagnies commerciales de l'histoire, on a jugé suffisant de limiter la recherche au premier siècle de son activité, quand elle était encore, surtout, une organisation de marchands. Les privilèges royaux (*charters*) sont, sans doute, le point de départ « obligatoire » de n'importe quelle étude sur l'EIC. Les plus importants ont été publiés « for the Government of Madras » par John Shaw en 1887 (*Charters relating to the East India Company from 1600 to 1761*). C'est dans ces privilèges, en effet, que la structure juridique-institutionnelle de la compagnie fut établie.

Les procès-verbaux des assemblées de la compagnie (*court minutes*) de la période comprise entre 1600 et 1634 ont été résumés et rassemblés dans cinq volumes par W. Noël Sainsbury entre 1862 et 1892, avec d'autres documents relatifs à l'EIC (surtout correspondance). Une transcription littérale des procès-verbaux a été préparée, en revanche, par Sir George Birdwood, mais seulement pour les années 1599-1603 (*The dawn of British trade to the East Indies, as recorded in the court minutes of the East India Company, 1599-1603*, 1886). Enfin, ceux de la période comprise entre 1635 et 1679 ont été transcrits littéralement dans onze volumes par la fille de W. Noël Sainsbury, Ethel Bruce Sainsbury, entre 1907 et 1938, tandis que les *court minutes* postérieures à 1679 attendent encore d'être publiées.

Malgré son indiscutable utilité, une source très importante pour cette recherche, le règlement anonyme (*The lawes or standing orders, made and ordeyned by the Governor and Company of merchants of London trading to the East Indyes. For the better governing of the affaires and actions of the said company heere in England residing*), publié en 1621 et réimprimé en 1968 par l'éditeur Gregg International (sans aucune introduction ou commentaire), a été ignorée par la plus part de l'historiographie. En 1965, Kirti N. Chaudhuri, un de

plus grands spécialistes de l' EIC, écrivait : « for some inexplicable reason the existence of this valuable record has hitherto escaped the attention of historians »².

On sait que la production de traités juridiques en Angleterre au XVIIème siècle est minime, surtout si on la compare avec la production continentale, et pour cette raison n'est pas étonnant qu'on ait écrit peu sur l'EIC et presque rien du point de vue strictement juridique. De toute façon, plusieurs traités ont été indispensables pour contextualiser, enrichir, encadrer des questions auxquelles on a cherché des réponses en utilisant premièrement les sources propres de la compagnie. C'est le cas du traité *Consuetudo vel Lex mercatoria* par Gerard Malynes (1622), du *Of corporations, fraternities and guilds* (1659) par William Sheppard, du traité anonyme dédié au même sujet, publié en 1702 (*The law of corporations*), des réflexions de Thomas Papillon (*The East-India-trade*, 1677), de Sir Josiah Child (*A treatise, wherein is demonstrated, I. that the East-India trade is the most national of all foreign trades, etc.*, 1681), de George White (*An account of the trade to the East Indies*, 1691), de John Pollexfen (*Discourse of trade, coyn and paper credit*, 1697), pour ne citer que les plus importantes.

Dans le contexte de la *common law*, la source la plus intéressante devrait être, théoriquement, la jurisprudence. Malheureusement, même si on peut considérer cette source indispensable pour suivre le développement de certains thèmes fondamentaux comme celui du régime de responsabilité limitée des compagnies commerciales anglaises à l'époque moderne, elle s'est révélée une source « décevante » pour l'étude des moyens de fonctionnement de l'EIC. La plupart des procès impliquant la compagnie dans la période considérée (plus ou moins 60, mais le nombre exact ne peut être donné à cause des doutes sur la datation de certains *reports*), et qui sont rassemblés dans les 178 volumes des *English Reports* (publiés entre 1900 et 1932), concernent en effet des cas de violation du monopole du trafic commercial aux Indes orientales. Ce thème dépasse d'ailleurs le cadre de cette recherche, qu'on a décidé de limiter à deux questions précises : le régime de responsabilité patrimoniale des *adventurers* de l'EIC était-il limité au capital souscrit ou pas ? L'organisation de la compagnie peut-elle être effectivement définie comme « démocratique » ?

La première partie de cette étude a pour but d'accompagner le lecteur dans le domaine de l'EIC tantôt d'un point de vue métaphorique tantôt littéral. Après un détour par l'historiographie, en fait, on se propose de donner un aperçu des événements dont la compagnie a été la protagoniste dans ses sièges aux Indes.

² K.N. Chaudhuri, *The English East India Company. The study of an early joint-stock company 1600-1640*, London, 1965, p. 27.

La partie historiographique commence avec une comparaison entre les différentes interprétations du rôle de l'EIC dans l'histoire du sous-continent indien (et, plus exactement, dans le déclin de l'empire *moghul*), proposées par l'historiographie occidentale (et surtout britanniques) d'un côté et par celle de l'Inde de l'autre, et se termine par une analyse des plus importantes publications qui, à partir de la fin du XIX^e siècle, ont été dédiées à l'histoire des compagnies de commerce, avec une attention particulière pour l'expérience anglaise. A ce propos, on a identifié trois phases d'intérêt particulièrement marqué pour l'histoire des compagnies de commerce. Premièrement, de nombreux travaux de recherche ont été conduits dans les archives de l'*India Office* entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, quand l'Inde était encore partie intégrante de l'Empire Britannique et – peut être – dans le cadre des études consacrées en Allemagne, au même temps, à l'histoire du droit commercial (parmi les auteurs les plus prolifiques : William Robert Scott et surtout William Foster). Après cette première phase, le silence est retombé sur ce sujet jusqu'aux années 1960, quand les études se sont divisées entre deux tendances : d'un côté les recherches d'histoire économique (en particulier Kirti N. Chaudhuri), inspirées par l'enseignement de Fernand Braudel (et surtout par l'idée que les phénomènes les plus influents du « long XVI^e siècle » – 1450-1650 – furent la découverte de l'immensité du monde extra-européen et l'affirmation du capitalisme³) ; de l'autre côté, à partir des années 1970, les recherches avaient pour but de trouver les possibles racines d'un droit commun européen, parfois de manière très explicite (voir, par exemple, la thèse doctoral soutenue à l'Université de Bonn par Wilhelm Hartung⁴). Finalement la dernière phase, celle de la critique ou de l'apologie du processus de globalisation, dont on a souvent vu les origines au moment de la formation des grandes compagnies commerciales dédiées au trafic transocéanique

³ Voir : F. Braudel, *Expansion européenne et capitalisme (1450-1650)*, publié en France pour la première fois en 1997 dans le volume *Les ambitions de l'histoire*, par R. de Ayala et P. Braudel, mais rédigés pour les étudiants de la Columbia University de New York, où l'essai avait été publié en 1961.

⁴ « Wenn es um die Angleichung des Rechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union geht, wird gerade in jüngere Zeit vielfach auf gemeinsame Ursprünge in den einzelnen nationalen Rechten aufmerksam gemacht und darauf, daß die rechtsgeschichtliche Erforschung dieser gemeinsamen Ursprünge von Nutzen bei der Schaffung einheitlichen europäischen Rechts sein kann » : W. Hartung, *Geschichte und Rechtsstellung der Compagnie in Europa: Eine Untersuchung am Beispiel der englischen East-India Company, der niederländischen Vereinigten Oostindischen Compagnie und der preußischen Seehandlung*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn, Tag der Promotion: 27 Januar 2000, pp. 2-3.

(parmi les études les plus récentes voir celles de Nick Robins, Ariberto Mignoli, Guido Rossi). Cette tendance doit être reliée, selon nous, au travail des historiens de l'École des Annales qui ont reconnu comme une caractéristique dominante de l'Europe moderne la naissance de l'économie globalisée.

Ensuite, le premier chapitre se termine avec une vue d'ensemble des lieux où la compagnie avait ses *factories* aux Indes : un fil rouge « géographique » pour expliquer l'organisation, surtout juridique, de l'EIC au XVII^{ème} siècle, en analysant, par exemple, la gestion du capital social (*joint stocks* de la durée d'un voyage jusqu'à 1612 ; ensuite selon la durée, habituellement, de huit ans ; enfin, à partir de 1657, capital permanent), le nombre de voyages, la difficulté des rapports entre Londres et les sièges en Orient.

Le deuxième chapitre est dédié à la définition juridique des mers au moment des grandes découvertes géographiques. Le point de départ a été les deux grandes conférences entre la Compagnie anglaise des Indes Orientales et son alter ego hollandaise (*Verenigde Oost-Indische Compagnie*, plus connue comme VOC), qui ont eu lieu à Londres (1613) et à La Haye (1615), dans le but de réunir les efforts pour minimiser les conflits et maximiser les profits en unifiant les deux compagnies. En partant du fait que l'un des protagonistes de ces conférences était Hugo Grotius, à l'époque jeune avocat de la VOC, l'analyse s'est rapidement étendue à la célèbre « bataille de livres » entre les partisans de la théorie du *mare liberum* d'un côté et ceux du *mare clausum* de l'autre. Mais nous avons cherché à aller au-delà des analyses traditionnelles de la diatribe, en ajoutant à la voix des protagonistes les plus célèbres (Hugo Grotius et John Selden), celle des autres auteurs britanniques (surtout le professeur écossais de *civil law* William Welwod et le marchand Gerard Malynes) et celle de la diplomatie anglaise des royaumes Tudor et Stuart.

On peut considérer les troisième et quatrième chapitres comme conclusifs d'un point de vue structurel mais centraux d'un point de vue substantiel. Nous avons commencé notre recherche avec le but d'analyser deux lieux communs historiographiques, celui de l'effective limitation de la responsabilité patrimoniale des membres de l'EIC et celui du caractère démocratique de son organisation, et nous avons fini pour aller un peu plus loin, en embrassant quelques-uns des moments cruciaux de l'histoire juridique anglaise du XVII^{ème} siècle. Parce que répondre à la question de la responsabilité limitée (troisième chapitre) donne l'occasion non seulement d'analyser l'EIC comme *corporation*, comme « person in fiction of law », en

comparant les traités anglais du XVII^{ème} siècle avec les privilèges de la compagnie, mais aussi de parcourir les tendances conflictuelles de la doctrine contemporaine au sujet.

Le dernier chapitre analyse enfin la question du caractère « démocratique » de l'EIC. Sur la base de l'hypothèse selon laquelle « *decidere a maggioranza equivale (...) a decidere democraticamente* »⁵, on a vérifié l'application du principe majoritaire dans les assemblées de la compagnie. Après la publication par Francesco Galgano, en 2007, d'une histoire du principe majoritaire, intitulée : *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, le sujet de l'application de ce principe est devenu particulièrement central pour une étude dédiée à l'EIC. Selon Galgano, en fait, même si la règle de majorité avait été explicitée déjà par les juristes romains de la période classique, elle n'aurait acquis une connotation « démocratique » qu'en Angleterre, au XVII^{ème} siècle, dans les assemblées de la Compagnie des Indes Orientales d'abord (où les aristocrates et les bourgeois votaient ensemble, chacun ayant droit à un vote), dans l'élaboration philosophique de John Locke ensuite (*Second treatise of government*, 1690). Donc, le célèbre philosophe anglais aurait été inspiré, pour réaliser son modèle d'Etat comme communauté d'hommes égaux, gouvernée par le vote de la majorité, par les assemblées des compagnies de commerce et spécifiquement par celles de l'EIC.

La démocratie économique aurait donc précédé la démocratie politique même dans son élaboration philosophique.

Mais l'analyse des documents de la compagnie a révélé que les votes des assemblées de l'EIC (*general court* et *court of committees*) sont passés d'une majorité numérique à une majorité liée au capital, et que ce passage ne s'est pas produit « doucement » au cours du XIX^{ème} siècle⁶, mais soudain, en plein XVII^{ème} siècle, et justement dans l'EIC, en l'an fatidique 1657⁷, quand Oliver Cromwell renouvela les privilèges de la compagnie (après une tentative de libéralisation des trafics) et le *joint stock* devint finalement permanent.

⁵ F. Galgano, *Principio di maggioranza*, dans: « Enciclopedia del diritto », vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 547-555, p. 548.

⁶ Voir: id., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, p. 95.

⁷ On n'a pas trouvé, dans les sources, des témoignages d'un changement par rapport au lien vote-souscription avant l'an 1657 mais on ne peut pas l'exclure. De tout façon, le premier privilège royal qui montre l'application de ce changement est daté 1661.

Est-il possible, alors, de parler de caractère « démocratique » de la compagnie après 1657 ? L'analyse de « la mère de la moderne *corporation* »⁸ se conclut avec une tentative de réponse à cette question à la frontière entre histoire juridique et politique.

Nous concentrerons donc l'attention sur les parties les plus originales de cette thèse, et les plus controversées : la question de la responsabilité limitée et la question du caractère démocratique de la EIC.

1. L'EIC comme *corporation* et la question de la responsabilité limitée

1.1. Les caractères de la *corporation* au XVII^e siècle

L'adoption du concept de personnalité juridique par la *common law*, écrivait Peter Stein en 1982, « est un exemple classique de la manière dont le système juridique anglais parvient à éviter la théorie aussi longtemps que possible, puis se tourne vers la doctrine contemporaine occidentale, quand elle a besoin, finalement, d'une justification théorique de ses institutions qu'elle a mis en place de manière pragmatique »⁹. En effet, la *common law* connaît depuis longtemps le concept de *corporation*, c'est-à-dire, celui d'une entité formée par plusieurs individus mais avec une unique « personality in law » séparée de celle de ses membres. Mais dans l'Angleterre du XVII^e siècle, l'Angleterre des grandes compagnies de commerce de trafic transocéanique, ce concept était, d'une certaine façon, incomplet. Le mot *incorporation* (aujourd'hui utilisé pour indiquer le processus de formation d'une association ayant une personnalité juridique¹⁰) et le mot *corporation* (aujourd'hui utilisé pour désigner

⁸ N. Robins, *The corporation that changed the world. How the East India Company shaped the modern multinational*, London, 2006, p. 5.

⁹ « (...) is a classical example of the way in which English law manages to avoid theory as long as possible and then turns to contemporary continental doctrine when at last it needs a theoretical explanation of the institutions which it has developed pragmatically » : P. Stein, *Nineteenth century English company law and theories of legal personality*, dans : « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 11/12 (1982/83), T. I, pp. 503-519, p. 503.

¹⁰ Incorporation : « The formation of an association that has corporate personality, i.e. a legal personality distinct from those of its members. Such a body can own property and incur debts. Company members have no liability to company creditors for such debts (though they may be under some liability to their company). An incorporated company has its own rights and liabilities and legal proceedings in respect of them should be brought by against it in its own name. It can be convicted of crimes; when *mens rea* is a requirement of the offence, the

l'entité séparée qu'est le résultat de ce processus¹¹) étaient considérés comme synonymes¹². Il s'agissait de concepts connus et utilisés mais sans aucun lien, semble-t-il, avec le régime patrimonial, comme le révèlent les deux traités dédiés au thème de la *corporation* publiés en Angleterre pendant la période considérée.

Le premier, intitulé *Of corporations, fraternities and guilds* (1659) fut écrit par William Sheppard, un juriste particulièrement actif sous le Protectorat de Cromwell et donc condamné à une rapide *damnatio memoriae* à l'époque de la Restauration ; le deuxième, intitulé simplement *Of corporations* (1702), fut publié plus de quarante ans plus tard par un auteur anonyme qui ne se rappelait « d'aucun traité écrit spécifiquement sur ce sujet, sinon un petit « duodecimo » par Mr. Sheppard »¹³.

Selon ces deux traités, les éléments nécessaires à une *corporation* étaient : une déclaration de constitution explicitée par un sujet légitimé ; l'aptitude à être « *incorporated* » (propre seulement à certaines catégories de sujets) ; la description, même sommaire, des mécanismes de fonctionnement ; la prise en compte, explicite, de la perpétuité du sujet, avec une vie indépendante de celle de ses membres ; l'indication du nom et du siège de la *corporation*¹⁴.

Cinquante ans avant la publication de l'oeuvre de Sheppard, quelques-uns des éléments caractéristiques de la *corporation* avaient déjà été repérés par la jurisprudence. Dans le célèbre et complexe *report* par Sir Edward Coke, connu comme *The case of the Sutton's Hospital* (1612)¹⁵, on pouvait lire « what things are of the essence of a

mens rea of the officer responsible may be attributed to the company », dans : *Oxford dictionary of law*, ed. by E.A. Martin and J. Law, Oxford, 2006 (7th ed.), p. 269.

¹¹ Corporation (body corporate) : « An entity that has legal personality, i.e. it is capable of enjoying and being subject to legal rights and duties and possesses the capacity of succession », *ivi*, p. 131.

¹² Il s'agit d'une libre interprétation d'une phrase présente dans un traité de 1659 (W. Sheppard, *Of corporations, fraternities and guilds*, London, 1659 (ensuite cité comme: *Of corporations*): « A corporation, or an incorporation (which is all one) is a body, in fiction of law; or, a body politick that indureth in perpetuall succession » (sect. I, p. 1).

¹³ *The law of corporations, The preface*.

¹⁴ W. Sheppard, *Of corporations*, sect. II, p. 6 et ss.

¹⁵ Le processus eut lieu devant le *King's Bench*, compétent, en général, pour les questions concernant les privilèges royaux. *Sutton's Hospital Case* 10 Coke Report 23a, 77 ER 960, pp. 968-969 : « 1. Lawful authority of incorporation: and that may be by (b) four means, sc, by the common law, as the King himself, &c. by authority of Parliament: by the King's charter (as in this case); and by prescription. The 2d, which is of the essence of the incorporation, are persons to be incorporated, and that in two manners, sc, persons natural, or bodies incorporate and political. 3. A name (c) by which they are incorporated; as in this case governors of the lands, &c. 4. of a place, for without a place no incorporation can be made; here the place is the Charter-house in the county of Middlesex. Vide 3 H. 6 Det. 20. 17 E. 3. 59. b. & 45 E. 3. 17. 5. By words sufficient in law, but not restrained to any certain, legal, and prescript form of words ».

corporation » : la légitimité de l'autorité qui « incorpore » ; l'indication du nom et du lieu de constitution de la *corporation* ; l'utilisation (et cet élément n'était pas souligné par Sheppard) de mots « sufficient in law » pour la constitution.

Presque 150 ans plus tard, dans ses *Commentaries on the laws of England*, William Blackstone fit une liste, beaucoup plus systématique, des cinq éléments caractéristiques de la *corporation* : « to have perpetual succession », « to sue or be sued », « to purchase lands, and hold them », « to have a common seal » et « to make by-laws or private statutes »¹⁶. Tous éléments présents dans les *charters* des compagnies commerciales du XVII^e siècle et notamment dans celles de la *East India Company*¹⁷.

Toutes ces définitions de *corporation* (concernant, il faut souligner, surtout les *colleges*, paroisses, hôpitaux et villages plutôt que des compagnies commerciales) ont en commun une « absence » : l'absence d'allusion au problème du régime patrimonial de la *corporation*, et surtout l'absence d'une référence explicite à la limitation de la responsabilité des membres¹⁸.

¹⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, voll. I-IV, Oxford, 1765-1769, I, chap. XVIII, p. 463.

¹⁷ La compagnie fut fondée le 31 décembre de 1600 par la reine Elisabeth I. Les *charters*, les plus importants, ont été publiés dans : J. Shaw, *Charters relating the East India Company, from 1600 to 1761*. Reprinted from a former collection with some additions and a preface, Madras, 1887. Les *charters* fondamentales pour le XVII^e siècle sont quatre : 43 Elizabeth I, 31st December 1600 ; 7 James I, 31st May 1609 ; 13 Charles II, 3rd April 1661 ; 5 William and Mary, 7th October 1693. La compagnie était décrite comme « one body corporate and politick, in deed and in name » dans les deux premières *charters* (par ex. : 43 Elizabeth I, 31st December 1600, *ivi*, p. 2 ; 7 James I, 31st May 1609, *ivi*, p. 19), mais seulement le mot *incorporation* était utilisé, pas le mot *corporation* (« That company, or incorporation » : 43 Elizabeth I, 31st December 1600, *ivi*, p. 11 et « the said letters patent, and the said incorporation » : 7 James I, 31st May 1609, *ivi*, p. 17). A partir du privilège de 1661 de Charles II, on utilise régulièrement l'expression *corporation*.

¹⁸ Il faut mentionner une exception, qui on trouve dans le traité de Sheppard : une brève allusion au régime patrimonial de la *corporation*, qui semble démontrer une préférence pour la limitation de la responsabilité : W. Sheppard, *Of corporations*, sect. IX, p. 113, n. 7 : « A corporation may have, enjoy, and retain, lands, goods, and chattels, and have debts by bonds, and take and hold, and make use of engagements, as a body naturall may do, with this difference. That all that which the corporation hath, doth go in succession to the whole corporation: But if any engagement be to one of the members, or he have any private estate, this will go to his heirs, and executors (...) » . C'est une réflexion isolée dans le traité mais diffuse au niveau jurisprudentiel qui, cependant, ne fait pas référence aux compagnies commerciales.

1.2. Le problème de la responsabilité limitée

Aujourd'hui, quand on met côte à côte l'expression « société de capitaux » (ou, dans le Royaume-Uni, *business corporation*) et le mot « responsabilité » (*liability*), on pense immédiatement à l'autonomie patrimoniale parfaite, « l'une des pierres angulaires du droit moderne des sociétés »¹⁹.

L'idée que seule la société (et pas les membres avec leurs patrimoines personnels) soit responsable de ses dettes et que, de l'autre côté, les créanciers puissent compter seulement sur le capital social pour récupérer leurs créances, est une notion établie « in all the EU jurisdictions »²⁰. En plus, quand on pense à la responsabilité limitée, on pense inévitablement au concept de personnalité juridique. Les sociétés de capitaux ont une vie autonome par rapport à celle de leurs membres, une capacité juridique autonome et donc une responsabilité autonome envers leurs créanciers²¹.

La matière du « *company law* » ressemble, de ce point de vue, à celle du droit des sociétés de pays de *civil law* : la *limited liability*²² fait partie de la catégorie des *corporations* et *corporation* signifie alors *juristic person*²³ (personne juridique), qui implique elle-même une *limited liability* (responsabilité limitée). A ce propos il faut souligner que la jurisprudence anglaise reconnaît, parfois, des exceptions à cette règle. Par exemple, si on utilise la responsabilité limitée pour éluder des obligations contractuelles, les membres d'une société peuvent être considérés responsables sur leur patrimoine : on parle, alors, de « *piercing the corporate veil* »²⁴. En Italie, par contre, les juges suivent

¹⁹ « one of the cornerstones of modern company law » : P. Ireland, I. Grigg- Spall, D. Kelly, *The conceptual foundations of modern company law*, dans : « Journal of Law and Society », 14.1 (1987), pp. 149-165, p. 149.

²⁰ « In all the EU jurisdictions, the limited liability company and stock corporation are legal entities separate from their shareholders and responsible for their own actions, with the shareholder being liable only to the extent of their unpaid contributions » : *European corporate law*, ed. by K. Van Hulle and H. Gesell, Baden-Baden, 2006, p. 38.

²¹ Voir, par exemple: G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2: Diritto delle società*, Torino, 1997 (rist. ed 1995³), p. 39.

²² « A type of company incorporated by registration under the Companies Act 1985 whose members have a limited liability in respect of the company's debts (...) », dans : *Oxford dictionary of law*, cit., p. 317. Dans le Royaume-Uni existent aujourd'hui deux types de *limited companies*: la *private company limited by shares* et la *public company limited by shares*. Voir: *European corporate law*, cit., pp. 359-370.

²³ « Juristic person (artificial person): An entity, such as a corporation, that is recognized as having legal personality, i.e. it is capable of enjoying and being subject to legal rights and duties. (...) », dans : *Oxford dictionary of law*, cit., p. 299.

²⁴ « English courts construe the principle of limited liability strictly and a shareholder will not generally be liable for company debts and liabilities beyond the amount payable on shares he holds in the company. The courts have, however, pierced the corporate veil where it was

étroitement le texte législatif, qui affirme catégoriquement le principe de l'autonomie patrimoniale parfaite²⁵.

Mais l'idée de la responsabilité limitée, qui on considère communément comme le principal avantage associé à l'*incorporation* d'une *company*²⁶, exalté comme « l'invention d'un génie anonyme »²⁷, a eu beaucoup de mal à s'affirmer tant au niveau législatif que jurisprudentiel. En plus, il faut souligner que à l'époque considérée, même lorsque dans les compagnies de commerce était possible de constater une séparation entre capital social et patrimoine personnel des membres, le but poursuivi était normalement celui de protéger la société des créanciers des membres insolvables (*entity shielding*) et non pas les membres des dettes de la compagnie. Dans le cas de l'EIC, l'*entity shielding* a été démontré « indirectement » sur la base de la constatation que les *shares* étaient transférables²⁸. Malheureusement, la responsabilité limitée des membres ne peut pas être démontrée de manière indirecte et les sources du XVIIème siècle sont à ce propos tout à fait pauvres. Nous procéderons donc, dans un premier temps, à l'analyse de l'historiographie de la question.

necessary to prevent the limited liability form from being used either for fraudulent purposes or to evade a contractual or other legal obligation » : *European corporate law*, cit., p. 363.

²⁵ Voir le premier article du Code Civil italien sur la société anonyme (art. 2325 C.C., co. 1) « Nella società per azioni per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio ». Et aussi: « Generally, a piercing of the corporate veil is rare under Italian law, which looks to protect the principle of limited liability (*autonomia patrimoniale perfetta*) (...). The S.r.l., as well as the S.p.a, is a limited liability company, in which the quotaholders liability is limited to the amount of the capital of the company subscribed by the quotaholder(s). Therefore, situations which may lead to a quotaholder liability must be deemed exceptional » : *European corporate law*, cit., p. 210.

²⁶ L.C.B. Gower, *Gower's principles of modern company law*, 6th ed. by P.L. Davies, London, 1997 (1954), p. 21.

²⁷ « The economic historian of the future may assign to the nameless inventor of the principle of limited liability, as applied to trading corporations, a place of honour with Watt and Stephenson, and other pioneers of the Industrial Revolution » : *The Economist*, 18 December 1926, dans : P. Halpern, M. Trebilcock, S. Turnbull, *An economic analysis of limited liability in corporation law*, dans : « The University of Toronto Law Journal », 30.2 (1980), pp. 117-150, p. 118.

²⁸ H. Hansmann, R. Kraakman, R. Squire, *Law and rise of the firm*, dans: « Harvard Law Review », 119 (2006), pp. 1133-1403, pp. 1377-1378. Selon les auteurs, le fait que les *shares* fussent librement transférable démontre que les membres étaient indifférents à l'identité des *shareholders*, cet à dire à leur habitudes par rapport aux dettes contractées. Cette indifférence s'explique seulement dans un régime de *entity shielding*, où les dettes personnelles des membres ne touchent pas le capital de la compagnie.

1.3. « A bizarre legal alchemy » : les risques de la personnalité juridique

Selon une tendance doctrinale récente, conséquence du développement accéléré du processus de globalisation, l'introduction de la responsabilité limitée dans les compagnies (ou sociétés²⁹) commerciales serait la cause principale de la « dépersonnalisation » des multinationales modernes et donc, en particulier, de leur effrayante amoralité qui s'accompagne d'une dangereuse irresponsabilité pénale. La prolifération, très rapide pendant la dernière décennie, des mouvements anti-mondialisation, et la littérature qui l'a accompagnée, ont renforcé l'actualité de ce problème.

L'idée d'affronter la question d'un point de vue non seulement politique mais en plus historico-juridique est de Joel Bakan, professeur de droit à la *University of British Columbia*, qui commence son bestseller mondial *The Corporation. The pathological pursuit of profit and power*, avec ces mots :

« Depuis 150 ans la *corporation* est passée du stade d'une relative obscurité à celui de l'institution économique mondiale dominante. Aujourd'hui, les *corporations* gouvernent nos existences. Elles déterminent ce que l'on mange, ce que l'on regarde, ce que l'on porte, où l'on travaille, et ce que l'on fait »³⁰.

En conduisant sa critique du système économique mondial, basé sur une sorte de « dictature » des *corporations*, définies comme « pathological institutions »³¹ (une critique aujourd'hui plus que jamais actuelle), Bakan analyse des moments significatifs du droit commercial anglais et américain pour remonter aux origines des multinationales modernes. Selon Bakan, le changement le plus important aurait eu lieu vers la moitié du XIX^e siècle, quand la responsabilité limitée fut introduite au niveau législatif (en 1855-1856³² en Angleterre et pendant la seconde moitié du 1800 dans les différents États de l'Amérique du Nord). Cette innovation aurait permis à la

²⁹ Traditionnellement, on utilise « compagnie » pour indiquer une association de marchands qui trafiquent sur la base d'un privilège qui lui donne le monopole d'un certain commerce, et « société » pour indiquer une association de individus qui commercent ensemble, sans aucun privilège particulier.

³⁰ « Over the last 150 years the corporation has risen from relative obscurity to become the world's dominant economic institution. Today, corporations govern our lives. They determine what we eat, what we watch, what we wear, where we work, and what we do » : J. Bakan, *The Corporation. The pathological pursuit of profit and power*, New York/London/Toronto/Sydney, 2004, p. 5.

³¹ Ivi, p. 2.

³² Il s'agit des célèbres *Limited liability act* de 1855 et *Joint stock companies act* de 1856.

classe moyenne d'entrer dans les mécanismes de l'actionnariat et donc, de souscrire des *shares* sans risquer l'intégrité de leur patrimoine personnel.

Bakan est un théoricien du droit qui utilise les instruments typiques de la recherche historico-juridique pour démontrer sa thèse : les sociétés de capitaux ont acquis une personnalité juridique mais pas une personnalité du point de vue moral. La *corporation* (ayant uniquement le but de réaliser un profit) a donc les caractères d'une personnalité psychopathique³³.

Il ne s'agit pas, ici, d'approfondir un débat ancien, celui de la responsabilité pénale des *societates*, déjà abordé par les *glossatores* et les *commentatores* au Moyen Âge et résumé dans le célèbre aphorisme (qui date probablement du XIX^{ème} siècle) « *societas delinquere non potest* »³⁴. Nous cherchons à approfondir, en revanche, les conséquences de l'*incorporation* sur le régime patrimonial des compagnies commerciales, en Angleterre, au XVII^{ème} siècle.

En parcourant l'histoire de la responsabilité pénale des sociétés de capitaux (irresponsables tantôt moralement tantôt juridiquement), Bakan fait de leur « dégénération » une conséquence immédiate de l'introduction de la responsabilité limitée et donc de la personnalité juridique. La personnalité juridique semble alors avoir été créée pour garantir la *limited liability* : « avec la disparition effective des *corporations* des actionnaires en chair et en os, une autre personne devait assumer les droits et les devoirs légaux dont les entreprises avaient besoin pour leur activité économique »³⁵ et, finalement, « vers la fin du XIX^{ème} siècle, par une alchimie bizarre, les cours avaient fini par transformer totalement la *corporation* en une « personne », avec sa propre identité, détachée des personnes en chair et en os qui étaient ses propriétaires et ses dirigeants »³⁶.

³³ J. Bakan, *The Corporation*, cit., p. 56.

³⁴ Voir: L. Peppe, « *Societas delinquere non potest* ». *Un altro brocardo se ne va*, dans : *Persone giuridiche e storia del diritto*, a cura di L. Peppe, Torino, 2004, pp. 143-158. Pour une histoire de la responsabilité pénale des *universitates* au Moyen Âge, voir : D. Quaglioni, « *Universi consentire non possunt* ». *La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune*, ivi, pp. 73-88 et G. Chiodi, « *Delinquere ut universi* ». *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, dans: *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2000, pp. 383-490. Sur l'actualité du débat, surtout en Italie, par rapport à la législation communautaire: M.F. Fontanella, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, dans: *Persone giuridiche e storia del diritto*, cit., pp. 111-141.

³⁵ « with the shareholders, real people, effectively gone from corporations, the law had to find someone else, some other person, to assume the legal rights and duties firms needed to operate in the economy »: J. Bakan, *The Corporation*, cit., p. 15.

³⁶ « (...) by the end of the nineteenth century, through a *bizarre legal alchemy*, courts had fully transformed the corporation into a « person », with its own identity, separate from the flesh-and-blood people who were its owners and managers (...) » : ivi, p. 16.

L'EIC et les autres *chartered companies* du XVII^{ème} siècle auraient eu de toutes les manières un rôle très limité dans cette « dégénération », puisqu'elles auraient été fondées pour poursuivre surtout des finalités publiques et pas, semble-t-il, selon Bakan, les intérêts privés des *shareholders*³⁷.

Si on peut partager l'idée que la responsabilité limitée a permis à un public énorme de participer directement aux profits des compagnies commerciales et que, donc, on peut lui imputer leur « dépersonnalisation » – ce qui veut dire qu'aujourd'hui la plupart des membres reste étranger, en effet, à la gestion sociale (par apathie ou du fait d'empêchements concrets) – on ne peut pas accepter la thèse selon laquelle la personnalité juridique fut introduite pour justifier l'introduction de la responsabilité limitée, ni que l'EIC naquit essentiellement pour poursuivre des finalités publiques, ni qu'au début de son histoire la participation des membres à la gestion de la compagnie était presque nulle comme dans les multinationales du XX^{ème} siècle.

Les origines de l'institution de la *corporation* – une « fiction of law » titulaire de droits et devoirs – remontent au Moyen Âge. Elle naquit essentiellement pour donner une qualification juridique aux villages, aux paroisses, aux hôpitaux, aux *colleges* et pas aux compagnies commerciales. L'idée de l'autonomie patrimoniale de ces organisations se manifeste au niveau jurisprudentiel déjà à partir du XV^{ème} siècle mais sans qu'elle n'ait aucun lien avec la typologie des *corporations* qui étaient les compagnies commerciales, dont les privilèges et les règlements se taisaient complètement au sujet du régime patrimonial de leurs membres. La *corporation*, donc, n'avait pas du tout, au début de son histoire, pour but de garantir à ses membres le « privilège » de la responsabilité limitée. Une garantie semblable fut introduite, pour les *joint stock companies*, seulement au XVI^{ème}-XVII^{ème} siècle (comment on expliquera plus loin), sous la forme d'apports de fonds en capital (*leviations*) : les patrimoines personnels pouvaient être attaqués pour payer les dettes de la compagnie, mais pas par les créanciers directement, seulement par le « filtre » de la compagnie.

Ensuite, il faut rejeter l'hypothèse selon laquelle l'EIC fut fondée essentiellement pour servir l'intérêt national. Les liens entre l'EIC et le pouvoir étaient très forts, c'est indubitable : si la compagnie avait besoin du souverain pour obtenir le monopole des trafics aux Indes orientales, le souverain avait besoin de la compagnie pour obtenir des prêts considérables. En plus, l'EIC donna à la Couronne britannique les bases de son futur empire colonial. Mais l'EIC fut fondée en Angleterre à l'initiative exclusive

³⁷ Ivi, p. 153.

d'un group de marchands et de nobles qui ne voulaient pas laisser aux Portugais (surtout après l'union avec l'Espagne), ni aux Provinces-Unies le commerce des épices, qu'ils pensaient être une véritable mine d'or. Tantôt Jacques Ier, tantôt Charles II, avaient bien voulu devenir *adventurers* mais la compagnie, jalouse de son autonomie, rejeta leurs offres, même si elles coïncidèrent avec des périodes particulièrement difficiles d'un point de vue financier.

Quant à la participation des membres de l'EIC à la gestion de la compagnie, nous approfondirons ce sujet plus tard. Il s'agit, en effet, du problème du caractère « démocratique » de l'organisation de la compagnie, c'est-à-dire du thème au centre de la dernière partie de cette recherche. Pour l'instant, on se concentrera plutôt sur l'autre thème crucial de cette étude dédiée à l'EIC, celui de la responsabilité limitée, en considérant que plusieurs auteurs pensent, au contraire de Bakan, que la responsabilité limitée a été introduite en Angleterre bien avant le XIXème siècle.

1.4. Autonomie patrimoniale : parfaite ou imparfaite ?

Aujourd'hui, au Royaume-Uni, la responsabilité limitée est une « conséquence directe » de *l'incorporation*. On a déjà vu que, au XVIIème siècle, même si les éléments caractéristiques de la *corporation* étaient présents dans la première *charter* de l'EIC, ni les privilèges royaux, ni les procès-verbaux, ni le « précieux » règlement de 1621 (*The lawes or standing orders of the East India Company*), ni enfin les traités ne traitaient de front la question de la limitation de la responsabilité des membres des compagnies commerciales.

Guido Rossi avait indubitablement raison quand il écrivait que « certainement, la responsabilité limitée ne représente pas le trait qui caractérise la société anonyme au moment de sa naissance, elle résulte plutôt d'une conséquence indirecte de sa réglementation, au début pas particulièrement importante, même si elle deviendra essentielle à sa diffusion et à sa fortune ». En revanche, on peut douter de que ce caractère ait été, comme il l'écrivait à la suite de ces propos, « bien connu »³⁸.

³⁸ « (...) la responsabilità limitata non rappresenta certo il tratto caratterizzante della società per azioni al momento della sua nascita, risultando piuttosto una sorta di conseguenza indiretta della sua disciplina, inizialmente nemmeno particolarmente rilevante, se pur diverrà essenziale per la sua diffusione e fortuna » et « ben noto »: G. Rossi, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, dans : « Rivista delle Società », 5-6 (2006), pp. 890-905, p. 893. Pour une critique sur l'« évidence » (présumée) de la responsabilité limitée dans les compagnies

Selon Sir William Holdsworth, le principe de la responsabilité limitée des *corporations* était reconnu en Angleterre déjà au XV^{ème} siècle. Une telle considération est basée sur deux jugements de 1440³⁹ et de 1442⁴⁰, qui établirent que, dans le cas d'une procédure contre une *corporation*, son patrimoine seul pouvait être attaqué, pas celui des membres. Il s'agissait d'un progrès vers l'affirmation de la *corporation* comme entité juridique séparée, comme « fiction of law », mais le principe n'en avait pas été élaboré à partir du modèle des compagnies commerciales. Leur régime patrimonial resta longtemps ambigu.

La première hypothèse (qui a obtenu beaucoup de succès) est donc celle selon laquelle la *limited liability* était hier, comment elle l'est aujourd'hui, une « conséquence directe » de l'*incorporation*.

En effet, est assez commune l'opinion selon laquelle avec la Compagnie des Indes naît, grâce à l'encouragement de la *corporation* (qui implique l'extension à tous les associés du privilège de la responsabilité limitée), la première forme d'entreprise à actionnariat diffus⁴¹ et donc « s'il y avait des bénéfices, ils pouvaient être partagés, s'il y avait des pertes, les investisseurs étaient considérés responsables seulement à hauteur de la valeur nominale de la partie du capital qu'ils avaient déjà versé »⁴², et, en résumé, que la responsabilité limitée « a toujours été un des attributs essentiels de la *corporation* »⁴³. L'existence, au niveau pratique, d'accords spécifiques limitants la responsabilité des membres n'est pas vraiment importante pour deux raisons : parce que il ne s'agit pas d'une règle générale et parce que, à cette époque-là, il n'était pas possible de les rendre efficacement publiques (c'est-à-dire que les créanciers ne connaissaient pas l'accord).

commerciales de l'ancien régime, voir: C. Petit Calvo, *Ignorancias y otras historias, o sea, responsabilidades limitadas*, dans : « Anuario de Historia del Derecho », 60 (1990), pp. 497-507.

³⁹ Y.B. 18 Hy. VI Pasch. Pl. 1 per Markham, cit. dans : W. Holdsworth, *A history of English law*, vol. III, London, 1908, repr. 1991, p. 484.

⁴⁰ Y.B. 20 Hy. VI Mich. Pl. 19 per Fortescue, cit. *ivi*.

⁴¹ « Con la Compagnia delle Indie nasce, grazie all'incentivo dell'*incorporation*, implicante l'estensione a tutti i soci del privilegio della responsabilità limitata, la prima forma di impresa a capitale diffuso »: F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, p. 104.

⁴² « (...) if profits were made, the dividends could be disbursed, but if losses were incurred, investors would only be liable up to the nominal value of their paid-in capital »: N. Robins. *The corporation that changed the world. How the East India Company shaped the modern multinational*, London, 2006, p. 24.

⁴³ « (...) was always an essential attribute of corporateness »: O. Handlin and M.F. Handlin, *Origins of the American business corporation*, dans : « The Journal of Economic History », 5.1 (1945), pp. 1-23, p. 10.

Enfin, d'aucuns affirment également que plusieurs compagnies commerciales à cette époque-là se conduisaient comme si elles avaient été inconscientes des avantages de la responsabilité limitée⁴⁴ : une « légèreté » pour le moins bizarre, qui semble donner un argument aux partisans de la théorie de la responsabilité illimitée.

Une partie importante de la doctrine historico-juridique soutient, en effet, la thèse selon laquelle, dans les premières *joint stock companies*, « la responsabilité des membres n'est pas en principe limitée »⁴⁵ ou, avec beaucoup plus de force, que « l'ancien droit anglais ignorait tout de la responsabilité limitée »⁴⁶. Selon K.G. Davies, avant le XIX^{ème} siècle, aucune décision judiciaire impliquant la responsabilité patrimoniale des membres d'une *corporation*, n'avait été rendue, même s'il était tout à fait possible que l'idée qu'on pouvait être considérés personnellement responsable des dettes de la société soit devenu contraire au discernement de la généralité des personnes⁴⁷. En résumé, le problème était : si on suppose qu'une *corporation* ne pouvait pas payer ses dettes, était-il possible, d'un point de vue légal, d'attaquer directement le patrimoine des membres ? La plupart des auteurs voient une réponse à cette question dans la décision de la *House of Lords* « *Salomon vs. The Hamborough Company* » (1671)⁴⁸. Mais cette dernière, à bien y regarder, ne permette pas d'exclure la responsabilité limitée mais plutôt de formuler une « troisième hypothèse » : ni responsabilité limitée, ni responsabilité illimitée mais responsabilité « indirecte ».

1.5. Une troisième hypothèse : la responsabilité indirecte. La jurisprudence du *King's Bench* et de la *Court of Chancery*

Le silence des sources du XVII^{ème} siècle à propos du régime patrimonial des *corporations* pourrait conduire à la formulation de deux hypothèses opposées : soit la

⁴⁴ K.G. Davies, *Joint-stock investment in the later Seventeenth century*, dans : « *The Economic History Review* », 4.3 (1952), pp. 283-301, p. 293.

⁴⁵ A. Tunc, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, 1997 (1971), p. 6 ; voir aussi: L.W. Hein, *The British business company: Its origins and its control*, dans : « *The University of Toronto Law Journal* », 15.1 (1963), pp. 134-154, p. 147.

⁴⁶ « Early English law knew nothing of limited liability »: O. Handlin, M.F. Handlin, *Origins of American business corporation*, cit., p. 11.

⁴⁷ « (...) there is no case decided before the present century [1800] which is inconsistent with the theory that members of a corporation are thus liable, though very possibly that idea became contrary to the general understanding »: S. Williston, *History of the law of business corporations before 1800. II. (Concluded)*, dans : « *Harvard Law Review* », 2.4 (1888), pp. 149-166, p. 162.

⁴⁸ 1 Chancery Cases 204, 22 ER 763.

limitation de la responsabilité était une conséquence évidente de *l'incorporation* et pourtant il n'était pas nécessaire de l'explicitier, soit, au contraire, la responsabilité n'était pas du tout limitée. Mais, si l'on observe le problème plus attentivement, il y a une troisième possibilité, qui fut adoptée par les *joint stock companies*.

Les partisans de la *limited liability* des *joint stock companies* au XVII^{ème} siècle citent habituellement deux affaires judiciaires⁴⁹ qui furent discutées, en l'espace de quelques années, devant le *King's Bench* et devant la *Court of Chancery* : *Edmund vs. Brown and Tillard* (1668)⁵⁰ et *Dr. Salomon vs. The Hamborough Company*.

Dans le premier cas fut reconnue la limitation de la responsabilité des membres d'une *company* désormais dissoute ; dans le deuxième, la décision de la *Court of Chancery*, favorable à l'autonomie patrimoniale parfaite, fut complètement changée en appel, devant la *House of Lords*, qui introduit, à travers l'instrument des apports obligatoires de fonds, une troisième possibilité, celle de la responsabilité indirecte. Il y a encore une autre affaire, qu'on ne cite pas souvent, *Harvey vs. EIC* (1700)⁵¹, qui impliquait directement l'EIC, concluant idéalement un siècle avec une décision qui confirma celle, déjà analysée, de la *House of Lords*.

1.5.a. Edmunds vs. Brown and Tillard (1668)

Dans le procès *Edmunds vs. Brown and Tillard*, le demandeur (*plaintiff*) agissait contre deux membres de la *Company of Woodmongers* (marchands de laine), qui avaient souscrit une obligation (*bond*) en qualité de *officers* de la compagnie. La *Court of Chancery* établit clairement que, une fois dissoute la compagnie, les défendeurs (*defendants*) n'étaient pas responsables de ses dettes⁵².

Le demandeur exigeait le paiement d'une dette de 500 £. Les défendeurs répondirent avec l'exception « non est factum (suum) », utilisée habituellement pour invalider les promesses de paiement en démontrant que le débiteur n'était pas l'auteur de telle promesse ou que le document avait été falsifié, ou encore que, étant analphabète, il

⁴⁹ Voir par exemple : Sir. W. Holdsworth, *A history of English law*, vol. III, London, 1908, repr. 1991, p. 484.

⁵⁰ 1 Levinz 237, 83 ER 385.

⁵¹ 2 Vernon's Chancery Cases 395, 23 ER 856.

⁵² « A corporation seal a bond, and particular persons sign it, the corporation is dissolved, the particular persons not chargeable ».

avait été trompé sur le véritable contenu du document⁵³. Les preuves démontraient, en effet, que les défendeurs étaient des membres importants de la compagnie (« two of the principal »), que l'obligation avait été souscrite au nom de la compagnie, que les défendeurs avaient signé le document en utilisant leur noms, comme d'habitude, mais qu'évidemment l'acte avait été effectué par la compagnie. Les débiteurs étaient les auteurs de l'acte, mais seulement en qualité de représentants de la compagnie. Pourtant, la dette avait été souscrite par la *Company of Woodmongers* et donc, selon la cour, on ne pouvait pas attaquer les défendeurs « in their own rights » comme le voulait le demandeur.

Deux constats émergent avec clarté : d'un côté, la *Court of Chancery*, la cour d'équité, établit l'absence de responsabilité des deux membres de la compagnie par rapport aux dettes (de la *company*) ; de l'autre côté, on parle d'une *corporation* désormais dissoute. Ce dernier point est très important parce qu'on s'intéresse aussi ici au régime de responsabilité d'une compagnie pendant sa vie, parfois très longue, comme dans le cas de l'EIC, qui fut confrontée à des problèmes des dettes bien avant sa dissolution.

La *Court of Chancery*, trois ans après, resta cohérente avec sa décision qui, cependant, sera complètement renversée en appel par une décision qui est restée longtemps une référence incontournable dans le domaine des *business corporations* au Royaume Uni comme aux Etats Unis⁵⁴.

1.5.b. Dr. Salomon vs. The Hamborough Company (1671)

En 1671 la *Court of Chancery* déclarait que, si une *corporation* (dans ce cas là la *Hamborough Company*) n'avait plus de biens, elle ne pouvait pas comparaître en justice⁵⁵.

Mais la *House of Lords*, au moment de l'appel, établit par contre qu'il y avait une obligation à la charge des membres, qui étaient donc responsables des dettes de la *corporation*. Pourtant, si on établissait l'existence de dettes, il fallait, à travers un décret

⁵³ Voir : J.H. Baker, *An introduction to English legal history*, London, 2002 (1971), p. 324.

⁵⁴ Selon Samuel Williston cette décision a eu des influences aux Etats Unis jusqu'à la première moitié du XIX siècle: S. Williston, *History of the law of business corporations before 1800. II. (Concluded)*, cit., p. 162.

⁵⁵ « The Company (...) would not appear, they having nothing by which they may be distrained: But divers particular members being served in their natural capacities, did appear and demur, for that they were not in that capacity liable to the plaintiff's demands ».

(*decree*), établir un délai de 90 jours pour le paiement. Une fois échu le délai de paiement, le *governor*, le *deputy-governor* et les 24 *assistants* de la compagnie (ou un nombre suffisant pour prendre une telle décision) devaient obliger les membres à apporter des nouveaux fonds en capital (*leviations*) jusqu'à arriver au montant exigé par le demandeur. Enfin, la cour pouvait attaquer directement le patrimoine des membres s'ils refusaient de payer⁵⁶.

Les *Lords* avaient donc établi le principe selon lequel les membres d'une compagnie étaient responsables de ses dettes au-delà de leur apport initial, pas seulement après sa dissolution mais aussi pendant son existence. Ils préféraient, bien sûr, ne pas attaquer directement les patrimoines des membres. Cette décision extrême ne pouvait en tout les cas être adoptée uniquement que comme *ultima ratio*.

Les *reports* sont un moyen fondamental pour étudier l'évolution de la *common law*, mais ils ne disent rien sur l'exécution effective d'une sentence. Au moins dans la plupart des cas. Mais quelques fois on a de la chance : 29 ans après le procès de la *Hamborough Company*, dans l'affaire *Harvey vs. EIC*, on trouve la confirmation du paiement effectif de *leviations* par les membres de la *Hamborough Company*.

1.5.c. Harvey vs. EIC (1700)

En 1700 le *King's Bench* émit un décret qui condamna l'EIC à payer une dette de 3700 £. L'affaire est particulièrement importante pour deux raisons. D'abord, parce que le *report* contient une maxime qui ne semble admettre aucune objection: les membres d'une *company* sont responsables de ses dettes si elle n'a plus de biens⁵⁷. Ensuite, parce que une note faisait référence à l'affaire *Dr. Salomon vs. The Hamborough Company*, plusieurs décennies après le jugement – démontrant ainsi le caractère très vivante de cette jurisprudence⁵⁸.

⁵⁶ « (...) then and from thenceforth every person of the said Company, upon such a leviation, shall be made to be liable in his capacity to pay his quota or proportion assessed. And the Lord Chancellor or Lord Keeper is to order or decree, that such process shall issue against any such member so refusing or delaying to pay his quota or proportion, as is usual against persons charged by the decree of the said Court, for any duty in their several capacities ».

⁵⁷ « Private members of a company made liable to the company's debts, where the company had no goods ».

⁵⁸ « In the case between Dr. Salmon and the Hamborough Company, the members in their private persons were made liable, the Company having no goods ».

Au moins jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, donc, il semble qu'il n'y avait pas de séparation entre le patrimoine de la *corporation* et le patrimoine des membres si cette séparation n'avait pas été explicitée dans l'acte d' *incorporation*. Il y avait seulement une limitation procédurale : les membres ne pouvaient comparaître (ou seulement comme *extrema ratio*) pour les dettes de la compagnie mais, à travers les *leviations*, ils pouvaient être obligés par la *company* elle-même (en conséquence d'une sentence) à payer une fraction des « corporate debts », c'est-à-dire, de toutes façons, bien plus que l'apport de fonds fait au moment de la fondation par chacun des *stockholders*⁵⁹.

Le lieu commun de la limitation de la responsabilité dans les compagnies coloniales de l'époque moderne est faux. Mais toute aussi fautive s'est révélée l'idée que la responsabilité des membres était illimitée, parce qu'il s'agissait d'une responsabilité qu'on a défini comme « indirecte »⁶⁰. Il faut donc analyser maintenant le deuxième lieu commun constituant l'objet de cette recherche, celui du caractère « démocratique » de l'organisation de l'EIC.

2. Le mythe du caractère « démocratique » de l'EIC

2.1. Le principe de majorité et le rôle de l'EIC dans les « histoires parallèles » des institutions économiques et politiques

Récemment, l'EIC a été mise au centre d'un débat sur le caractère démocratique des institutions de gouvernement. Il s'agit d'une tendance particulièrement marquée en Italie⁶¹, fondée sur deux idées : que « la société anonyme, en Angleterre, naît et se développe sur des bases démocratiques »⁶² et que la décision majoritaire équivaut à

⁵⁹ Voir: C.A. Cooke, *Corporation, trust and company. An essay in legal history*, Manchester, 1950, p. 78.

⁶⁰ Sur ce point voir les conclusions condivisibles, mais malheureusement un peu trop rapides, de Guido Rossi: *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, dans : « Rivista delle Società », 5-6 (2006), pp. 890-905, p. 893.

⁶¹ Voir par exemple: Ariberto Mignoli (*Idee e problemi nell'evoluzione della "company" inglese*, dans: « Riv. Soc. » (1960), pp. 633 et ss., désormais dans: *La società per azioni. Problemi – lecture – testimonianze*, Milano, 2002, I, pp. 13-64, pp. 16-19); Francesco Galgano (*La forza del numero e la legge della ragione*, cit., pp. 100 et ss.) et Nick Robins (*The corporation that changed the world*, cit., p. 30).

⁶² « La società per azioni in Inghilterra nasce e si sviluppa su base democratica » : A. Mignoli, *La società per azioni*, cit., p. 16.

une décision démocratique⁶³. Il faudra donc commencer l'analyse du lieu commun du caractère démocratique de l'EIC en s'intéressant au principe de majorité. En réalité, nous découvrirons au cours de notre étude que si l'EIC fut vraiment une organisation démocratique, ce n'a été le cas qu'au début de sa longue histoire.

Si la pensée occidentale s'est toujours passionné par le problème du rôle politique des majorités⁶⁴, le développement strictement juridique du principe de majorité n'a pas, généralement, passionné les historiens du droit. Mais il y a des exceptions importants. Entre 1924 et 1927, Edoardo Ruffini – un de ces rares professeurs de l'université ayant refusé de jurer fidélité au régime fasciste en 1931 – publia diverses études sur l'histoire du principe majoritaire⁶⁵, dont les résultats furent consignés dans une petite mais riche monographie devenue célèbre : *Il principio maggioritario. Profilo storico*.⁶⁶ Cet ouvrage raconte le développement du principe de majorité de l'antiquité grecque et romaine jusqu'à nos jours, en analysant les diverses étapes de cette évolution : celle du Moyen Âge (de l'âge féodal et de celui des communes italiennes), celle du conciliarisme ecclésiastique, celle du contractualisme du jusnaturalisme de l'époque moderne. Le problème de la formation d'une volonté collective est un problème non seulement juridique mais également politique et philosophique. Un problème qui a ainsi attiré l'attention des jusnaturalistes⁶⁷ : Hugo Grotius⁶⁸ et Samuel Pufendorf⁶⁹ par exemple, mais surtout John Locke. Ils ont défendu l'idée que le passage de l'état de nature à la société civile fut le résultat d'une délibération collective unanime et que, à l'occasion de cette dernière, les individus ont décidé d'adopter, pour l'avenir, la règle

⁶³ « (...) decidere a maggioranza equivale, secondo un diffuso modo di pensare, a decidere democraticamente » : F. Galgano, voix: *Principio di maggioranza*, dans: *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 548. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006 (1985), p. 29: « la democrazia è quella forma di governo in cui il potere è nelle mani non di uno solo o di pochi ma di tutti o meglio della maggior parte (...) ».

⁶⁴ « Speculation about the political rôle of majorities is as old as western political theory » : W. Kendall, *John Locke and the doctrine of majority-rule*, Urbana: Illinois, 1941, p. 11.

⁶⁵ E. Ruffini, *Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e degli Imperatori romano-germanici*, dans : *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 1924-1925, pp. 391-414; id., *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, dans: « Archivio Giuridico », 1925, pp. 113-166; id., *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Torino, 1927.

⁶⁶ Il faut considérer l'édition milanaise de 1976 comme la première, puisque l'édition turinoise de 1927 n'a eu aucune circulation.

⁶⁷ Voir : E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976, pp. 77-82. Ruffini fait seulement une allusion à Locke et s'arrête plutôt sur la pensée de Hobbes. Voir aussi : A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, ed. ital. A. Mazzacane, Bologna, 2003 (1997), p. 199.

⁶⁸ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, Washington, 1913, repr. ed. 1646 (1625), II.5.17 : « (...) pars major nomine universitatis obligant singulos qui sunt in societate ».

⁶⁹ S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, Washington, 1934 repr. ed. 1688 (1672), VII.2.15.

de la majorité. Cette règle devint alors un des principaux objets du contrat (sinon le principal) mais pas un principe de droit naturel⁷⁰. Il s'agit d'une distinction importante parce que la tentation de considérer comme « naturelle » le pouvoir contraignant de la volonté majoritaire pour l'entière communauté est très forte⁷¹. Ruffini était bien conscient de ce « risque », quand il écrivait que la règle très commune selon laquelle il faudrait que, dans une collectivité, l'opinion de la majorité prévale sur celle de la minorité recelait un problème très singulier. En effet, beaucoup considèrent la règle de majorité comme le physicien regarde le résultat de forces contraires, à savoir, comme quelque chose de naturel et d'intuitif⁷². Mais, au cours des siècles, les moyens les plus différents ont été adoptés pour donner à une communauté une volonté unitaire. C'est ainsi le cas de la *maior pars* canonique, un système surtout spirituel et qualitatif, selon lequel la *sanior pars* (la partie des légitimés à la votation, la plus sage, prudente, équitable) et la *maior pars* (la majorité) coïncidaient⁷³. Une règle qui remplaçait une tradition pluriséculaire qui, jusqu'alors, s'était reposée sur le critère de l'unanimité. L'Église réussit à concilier le principe hiérarchique, typique de la tradition ecclésiastique, et la célèbre *fictio* d'origine romaine (la volonté de la majorité équivaut à la volonté de tous), qu'on attribue habituellement à Ulpianus⁷⁴.

Avant les contributions fondamentales de Ruffini (si nous excluons l'illustre exception de Otto von Gierke⁷⁵), le thème avait été analysé seulement de façon fragmentaire et sommaire⁷⁶. Après, il est probable que la confrontation avec l'œuvre du professeur turinois ait découragé la plupart de la doctrine (surtout italienne). Récemment, cet obstacle a été levé, mais non par un historien, plutôt par un juriste

⁷⁰ Voir : *Per Edoardo Ruffini*. A cura di S. Caprioli e L. Rossi, Perugia, 1985, II: *Problemi storici ed attuali del principio maggioritario*, p. 100.

⁷¹ « Perhaps no convention of our day is more acceptable to both the political scientist and the man of the street than the employment of the simple-majority device to determine the will of a group » : J.G. Heinberg, *History of the majority principle*, dans : « The American Political Science Review », 20.1 (1926), pp. 52-68, p. 52.

⁷² E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, cit., p. 11.

⁷³ Mais on pouvait toujours démontrer que la *minor pars* était la *sanior pars* : F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., pp. 30-31. Voir aussi: E. Ruffini, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, cit., p. 15.

⁷⁴ Dig. 50.17.160.1: « Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem » . Voir aussi : Dig. 50.1.19 (Scaevola): « Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint » .

⁷⁵ O. von Gierke, *Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, dans : *Essays in legal history, read before the International congress of historical studies held in London in 1913*, ed. by Sir P.G. Vinogradov, London, 1913, pp. 312-33.

⁷⁶ E. Ruffini, *I sistemi di deliberazione collettiva*, cit., p. 5.

positiviste passionné par l'histoire : Francesco Galgano. Un auteur qui a apporté une contribution importante à l'histoire du droit commercial et qui s'est penché plusieurs fois sur la question du principe majoritaire⁷⁷. En 2007, dans son *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, il a proposé une analyse des « histoires parallèles » des institutions politiques et économiques, en partant de la « démocratie sans majorité » d'Athènes et de la « majorité sans démocratie » de Rome jusqu'au « déclin de la majorité » qui caractériserait, selon Galgano, la démocratie contemporaine, le royaume de la « post-démocratie » et de la « techno-démocratie ». Mais l'analyse de Galgano est particulièrement importante pour cette recherche à cause du rôle qu'il assigne à l'EIC dans le développement du principe de majorité vers la démocratie. Majorité et démocratie : si aujourd'hui ces mots sont considérés comme presque synonymes, cela n'a pas été toujours le cas.

La nouveauté des assemblées de la compagnie ne venait pas de l'application de la règle de majorité, une règle bien plus ancienne et très répandue. L'originalité résidait plutôt dans le fait que tous les membres de la *company* avaient droit à un vote et que tous les votes avaient la même valeur. On appliquait alors la règle « un homme, une voix », indépendamment du capital souscrit. Cette absolue parité de positions aurait inspiré John Locke pour la formulation de son modèle d'État comme communauté d'égaux, gouvernés par le vote de la majorité⁷⁸.

La démocratie économique aurait donc précédé la démocratie politique même dans son élaboration philosophique.

Le lieu commun du caractère démocratique de l'EIC a donc été inséré dans un contexte plus grand, celui des « histoires parallèles » des institutions économiques et politiques. C'est une hypothèse fascinante. Mais, en analysant les sources, on découvre que le caractère démocratique de l'EIC (surtout en comparaison avec sa directe concurrente, la Compagnie de Indes Orientales hollandaise, la *Vereenigde Oostindische Compagnie* ou VOC⁷⁹) est effectivement très marqué, mais seulement jusqu'en 1657. A partir de ce moment, on a commencé à lier le vote au montant du capital souscrit. Sans un apport minimal de 500£, on ne pouvait voter qu'en

⁷⁷ Galgano a fait du principe de majorité son premier thème de recherche : *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960. Ensuite il revint sur le même sujet dans la voix *Principio di maggioranza* pour l'*Enciclopedia del diritto*. C'est n'est pas un effet du hasard, donc, qu'il a défini *La forza del numero* son ouvre la plus importante : (F. Galgano, *La forza del numero*, cit., p. 11).

⁷⁸ Ivi, p. 100.

⁷⁹ Dont l'organisation peut être définie plutôt oligarchique. Voir : A. Mignoli, *La società per azioni*, cit., p. 20; aussi : <http://voc-kenniscentrum.nl/vocbegin.html>.

concluant un accord avec d'autres petits investisseurs, arriver ainsi au montant prescrit et enfin déléguer quelqu'un pour voter⁸⁰.

Cette reconstruction historique nous montre que l'EIC, qui aurait inspiré Locke, n'était plus vraiment « démocratique » depuis 33 ans au moment de la publication des *Two treatise of government* en 1690⁸¹.

1600-1657 : une période relativement brève si confrontée avec l'histoire pluriséculaire de la *East India Company*. Nous ne pouvons donc partager l'opinion selon laquelle les assemblées des plus anciennes sociétés anonymes (selon cette interprétation, les compagnies coloniales du XVIIème et XVIIIème siècle), utilisaient pour leurs délibérations la règle de la majorité numérique et que la transition vers la règle de la majorité du capital a eu lieu doucement, au cours du XIXème siècle⁸². Cette transformation a commencée au XVIIème siècle, quand les petits investisseurs ont commencé à « disparaître ».

2.2. Le *Second treatise of government* : John Locke et la règle de majorité

En Italie, on l'a déjà vu, l'histoire du principe de majorité a été écrite par Edoardo Ruffini pendant les années difficiles au cours desquelles les citoyens italiens se sont trouvés en présence d'un choix existentiel : avec ou contre le régime en place. Il ne semble pas un cas, alors, qu'un texte qui est considéré un point de repère essentiel pour l'interprétation de la règle de majorité par rapport à l'œuvre de John Locke, c'est à dire *John Locke and the doctrine of majority-rule* par Willmoore Kendall, fut publiée en 1941 aux Etats-Unis. En effet, nous avons l'impression que la réflexion sur le principe majoritaire coïncide souvent avec des crises des systèmes démocratiques. Une hypothèse confirmée par la prolifération de textes dédiés à la question de la

⁸⁰ *Preamble to the subscription to the New Joint-Stock, [October 19] 1657*: « Each adventurer present at any general court to vote and rule in the government of this stock and trade according to his adventure, that is, every 500 l. adventured entitles him to one vote; those whose adventures do not amount to so much to be allowed to join together to make up that sum and choose one of their number to vote for the rest » : *A Calendar of the court minutes etc. of the East India Company, 1655-1659*, by E. Bruce Sainsbury, Oxford, 1917, p. 173.

⁸¹ Il faut aussi souligner que Locke n'était pas *shareholder* de l'EIC mais de la *Royal African Company*.

⁸² « (...) le assemblee delle più antiche società per azioni, quelle delle compagnie coloniali del Seicento e del Settecento, deliberavano a maggioranza di numero, e la transizione verso la maggioranza di capitale si è molto lentamente attuata nel corso dell'Ottocento » : F. Galgano, *La forza del numero*, cit., p. 95.

justification du pouvoir pendant les années immédiatement postérieures à la fin du conflit mondial: *Du pouvoir* (1945) par Bertrand de Jouvenel⁸³, la *Philosophie du pouvoir* (1948) par Alfred Pose⁸⁴ et les quatre volumes des *Arcana imperii* (1947-48) par Pietro de Francisci⁸⁵, par exemple. Il s'agit d'ouvrages qui embrassent des domaines différents, de la philosophie au droit romain, mais qui montrent tous un intérêt pour les mécanismes de légitimation du pouvoir, exactement comme les contributions de Ruffini au début des vingt années du régime fasciste en Italie et la monographie de Kendall à l'aube de l'entrée en guerre des Etats-Unis.

Le thème du principe majoritaire se situe donc clairement entre histoire du droit, philosophie du droit et histoire de la pensée politique⁸⁶. Quand on parle de l'élaboration du principe chez les jusnaturalistes, de toute façon, c'est le dernier domaine à prévaloir. Même qui soutienne que l'élaboration philosophique de la règle de majorité trouve, d'un certain point de vue, sa première phase dans l'œuvre de John Locke, est obligé à insérer sa pensée dans un contexte plus large, avec la conscience que l'histoire de la pensée (politique et non) est une histoire faite de petits pas et que l'auteur de *Two treatises of government*⁸⁷ a eu le mérite d'avoir concilié, d'une façon originale (par rapport à ses prédécesseurs), des concepts traditionnels⁸⁸. L'originalité de Locke est donc dans la coordination du concept d'égalité (présent dans la littérature politique depuis l'époque des stoïciens), celui de majorité (déjà présent en Platon et Aristote), et celui de souveraineté du peuple, qu'on peut trouver, par exemple, dans l'œuvre du juriste et philosophe Johannes Althusius⁸⁹.

⁸³ B. de Jouvenel, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Genève, 1945.

⁸⁴ « Les sombres journées de 1940 sont à l'origine de cet ouvrage. Comme la plupart des Français, l'immensité du désastre nous a laissé dans le désarroi (...) » : A. Pose, *Philosophie du pouvoir*, Paris, 1948, p. 1.

⁸⁵ « Questo mio lavoro vuole essere, nel suo complesso, un saggio di ricostruzione e di interpretazione di talune forme primarie e fondamentali di organizzazione politica », la recherche de « qualcosa che è prima delle formazioni politiche e delle istituzioni giuridiche positive » : P. de Francisci, *Arcana Imperii*, 1-4, 1947-48, 1, p. 15. Sans oublier : *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité* (New York, 1942) par Guglielmo Ferrero, qui publia, comme Kendall, de l'autre côté de l'Atlantique.

⁸⁶ Nous sommes bien conscients de l'importance de l'élaboration philosophique du principe majoritaire en France, cependant, nous avons décidé de l'exclure de cette recherche dédiée à la EIC. En effet, la pensée française sur le principe majoritaire s'est développée surtout pendant le XVIII^e siècle, donc, après la période considérée dans la thèse. De toutes façons, l'histoire de la démocratie a été beaucoup étudiée en France. Voir par exemple : P. Rosanvallon : *La démocratie inachevée. Histoire de la démocratie du peuple en France*, Paris, 2000.

⁸⁷ J. Locke, *Two treatises of government*, London, 1764 (1690).

⁸⁸ W. Kendall, *John Locke and the doctrine of majority-rule*, cit., p. 39.

⁸⁹ Ivi, pp. 39-40.

Kendall commence son analyse par le paragraphe 95 du VIII^{ème} chapitre du *Second treatise of government*⁹⁰ :

« Les hommes, ainsi qu'il a été dit, étant tous naturellement libres, égaux et indépendans, nul ne peut être tiré de cet état, et être soumis au *pouvoir politique* d'autrui, sans son propre consentement, par lequel il peut convenir, avec d'autres hommes, de se joindre et *s'unir en société* pour leur conservation, pour leur sûreté mutuelle, pour la tranquillité de leur vie, pour jouir paisiblement de ce qui leur appartient en propre, et être mieux à l'abri des insultes de ceux qui voudroient leur nuire et leur faire du mal. Un certain nombre de personnes sont en droit d'en user de la sorte, à cause que cela ne fait nul tort à la *liberté* du reste des hommes, qui ont laissés dans la *liberté des état de nature*. Quand un certain nombre de personnes sont convenues ainsi de *former une communauté et un gouvernement*, ils sont par-là en même temps incorporés, et composent un seul *corps politique*, dans lequel le plus grand nombre a droit de conclure et d'agir »⁹¹.

Donc, si « un certain nombre de personnes sont convenues (...) de *former une communauté et un gouvernement* », cette communauté est soumise automatiquement à la règle de majorité.

En résumé, Locke aurait uni, pour la première fois, égalité et majorité.

Selon Francesco Galgano, Locke fut inspiré par les assemblées des compagnies coloniales, où *lords* et *commoners*, nobles et bourgeois, discutaient et votaient ensemble, les uns à côté des autres⁹².

Mais, en 1690, quand Locke publia ses *Two treatises of government*, les membres de l'EIC n'étaient plus considérés égaux, comme au début de l'histoire de la compagnie : en n'ayant souscrit qu'une toute petite partie du capital on n'avait pas droit au vote. Pendant une cinquantaine d'années, de toutes façons, un des traits caractéristiques de la compagnie fut, effectivement, l'égalité des membres. Une égalité qui, selon une partie de l'historiographie, était seulement interne : les marchands les plus riches et

⁹⁰ Qui correspond au chapitre VII, par. I de l'édition française ici utilisée : *Traité du gouvernement civil* par M. Locke, édition revue et corrigée exactement sur la dernière de Londres, Paris, 1802.

⁹¹ Ici la dernière phrase en anglais: « When any number of men have so *consented to make one community or government*, they are thereby presently incorporated, and make *one body politic*, wherein the *majority* have a right to act and conclude the rest » : J. Locke, *Two treatises of government*, London, 1764 (1690), II. VIII. 95.

⁹² F. Galgano, *La forza del numero*, cit., p. 103.

l'aristocratie, jaloux des leurs privilèges, auraient empêché l'accès à la compagnie aux petits marchands à travers les fortes taxes d'admission⁹³.

2.3. Les organes de l'EIC e le rôle (fondamental) des assemblées

Quand on parle du caractère démocratique de l'EIC, on se réfère, d'habitude, aux mécanismes de vote des assemblées de la compagnie (*general court* et *court of committees*) et particulièrement à l'application du principe de majorité, car aujourd'hui majorité et démocratie sont deux concepts inséparables.

La *general court* était l'assemblée de tous les membres, lieu des décisions les plus importantes (comme l'élections du *governor*, le gouverneur, du *deputy governor*, c'est-à-dire son substitut, et des *committees* ou *directors*, soit les 24 directeurs de la compagnie), de jugement et d'information. La *court of committees* était responsable, par contre, de la gestion quotidienne de la compagnie et du contrôle de la comptabilité, confiée aux trésoriers (*treasurers*). Au sommet de cette pyramide il y avait le gouverneur : il devait convoquer les assemblées et les présider (et avait droit à un vote double), il devait contrôler que tous les membres jurent fidélité à la compagnie et qu'ils se rassemblent pour garantir la gestion correcte de l'activité commerciale ; il devait, enfin, contrôler l'exécution des décisions des assemblées.

2.3.a. *General court* : majorité relative

Il fallait convoquer l'assemblée générale des membres au moins deux fois par an⁹⁴. Elle avait, à part les fonctions déjà rappelées, des pouvoirs de ratification et de révision des décisions de la *court of committees*.

⁹³ Id., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001 (1976), pp. 141 e ss.. Mais en 1680, par exemple, on pouvait lire que la EIC était ouverte à toutes les catégories de sujets : « (...) now it is in a company and a joint-stock, noblemen, clergy-men, gentlemen, widows, orphans, shop-keepers, and all others, may have stocks there, and reap equal benefit thereby. There are at this day about sixhundred persons which appear on the companies books to be interested in the East-India stock » : T. Papillon, *The East-India-trade. A most profitable trade to the kingdom and best secured and improved in a company and a joint-stock. Represented in a letter written upon the occasion to two letters lately published insinuating the contrary*, London, 1677, pp. 25-26.

⁹⁴ Le 1er juillet et le deuxième mardi du moins de mai selon *The lawes or standing orders (made and ordeyned by the Governor and Company of merchants of London trading to the East Indyees. For the*

Le règlement de 1621, étonnamment négligé par l'historiographie, est un document essentiel pour étudier l'organisation de la compagnie, au moins par rapport aux premières décennies d'activité. Si on prend en compte ce règlement et les privilèges royaux, on obtient un cadre net des mécanismes de fonctionnement de la Compagnie des Indes Orientales anglaise.

Le règlement commençait par une liste des pouvoirs, ou, plus génériquement, des fonctions des assemblées. Un fait qui démontre l'importance donnée à la participation des membres à l'administration de la compagnie. Le privilège de fondation n'établissait pas seulement que la majorité des membres devait élire annuellement le *governor*⁹⁵, le *deputy governor*⁹⁶ et les 24 *committees*⁹⁷, mais aussi que tous pouvaient être destitués sur la volonté de l'entière compagnie (« *governor and company* ») ou (et c'était la même chose) de la majorité⁹⁸.

En résumé, les organes restaient en charge des affaires de la compagnie seulement pendant un an (une période brève, surtout par rapport à la longueur des voyages en Orient) et pouvaient aussi être destitués à n'importe quel moment.

better governing of the affaires and actions of the said company heere in England residing, s. l., 1621), Art. I et II. Charles II déplaça la date pour l'élection des organes directives entre le 10 et le 30 avril.

⁹⁵ « And further we will and grant, by these presents, for us, our heirs and successors, unto the said *Governor and Company of merchants of London, trading into the East-Indies*, and their successors, that they or the greater part of them, whereof the governor for the time being, or his deputy to be one, from time to time, and at all time hereafter, shall and may have authority and power, yearly and every year, on the first day of *July*, or at any time within six days after that day, to assemble and meet together, in some convenient place, to be appointed from time to time by the governor, or in his absence by the deputy of the said governor for the time being, and that they being so assembled, it shall and may be lawful to and for the said governor, or deputy of the said governor, and the said company for the time being, or the grater part of them, which than shall happen to be present, whereof the governor of the said company, or his deputy for the time being, to be one, to elect and nominate one of the said company, which shall be governor of the said company for one whole year (...) » : 43 Elizabeth I, 31st December 1600, dans: J. Shaw, *Charters relating the East India Company, from 1600 to 1761*, cit., pp. 1-15, p. 5.

⁹⁶ « (...) we will and grant, by these presents, for us, our heirs and successors, unto the said *Governor and Company of merchants of London, trading into the East-Indies*, and their successors, that it shall and may be lawful to and for the said Governor and Company, for the time being, or the more part of them, present at any publick assembly, commonly called the court, holden for the said company, the governor of the said company being always one, from time to time, to elect, nominate, and appoint one of the said company, to be deputy of the said governor (...) » : *ivi*, p. 4.

⁹⁷ « And that they being so assembled, it shall and may be lawful to and for the said governor, or his deputy, and the company for the time being, or the grater part of them, which than shall happen to be present, whereof the governor of the said company, or his deputy for the time being, to be one, to elect and nominate twenty-four of the said company, which shall be committees of the said company, for one whole year » : *ivi*, p. 5.

⁹⁸ « (...) at the pleasure of the said *Governor and Company*, or the greater part of them »: *ibid*.

Le principe adopté pour les décisions de l'assemblée générale était celui de la majorité relative, c'est-à-dire de la majorité des présents, comme on peut déduire de la formule : « The said Governor and Company (...) or the more part of them » ou « the greater part of them, which then shall happen to be present ».

2.3.b. *Court of committees* : majorité absolue

Le rôle des 24 membres de la *court of committees* étaient indiqués dans une section spéciale du règlement de 1621, intitulée *committees general* (artt. XLIV-LI). Mais il y avait des règles énoncées dans la première partie du règlement, celle dédiée en général à toutes les assemblées (artt. I-XV). On convoquait l'assemblée des directeurs au moins deux fois par semaine (et, de toutes façons, chaque fois que l'on jugeait une convocation nécessaire) et obligatoirement le 24 du moins de juin pour l'élection des *officers*⁹⁹. Selon les privilèges royaux, il était de la compétence de la *court of committees* (toujours avec le gouverneur) d'organiser les voyages, d'équiper les navires, de vendre les marchandises et, en général, d'administrer la compagnie¹⁰⁰.

Pour gérer toutes ces activités, la *court* utilisait des commissions spéciales, formées par les directeurs eux-mêmes ou, en cas de nécessité, par des « employés » salariés. On adoptait, pour les décisions de cette *court*, le principe de majorité, mais il s'agissait d'une majorité absolue, comme il est évident par l'utilisation de la formule, répétée plusieurs fois dans le règlement : « thirteene commettes at least »¹⁰¹.

⁹⁹ *The laws or standing orders*, artt. XLV e LIII. Sous l'expression *officers* on comprenait différentes figures, comme le *secretary*, responsable des procès-verbaux des assemblées (art. LVII), le *remembrancer*, une sorte de secrétaire adjoint (art. LXIV), l'*husband*, responsable de l'annotation de toutes les résolutions de la *court of committees* par rapport aux navires, aux provisions et aux munitions (art. LXVIII), etc.

¹⁰⁰ « *The committees of the said company, who, together with the governor of the said company for the time being, shall have the direction of the voyages, of or for the said company, and the provision of the shipping and merchandizes thereto belonging, and also the sale of all merchandizes returned in the voyages, of or for the said company, and the managing and handling of all other things belonging to the said company, and for the better execution of this our will and grant in this behalf* » : J. Shaw, *Charters relating the East India Company*, cit., p. 3.

¹⁰¹ Par exemple art. VII.

2.4. L'an 1657

Il est donc clair que, au début de l'histoire de l'EIC, tous les membres avaient droit à un vote, que la voix de chacun avait la même force, que le principe adopté pour les décisions des assemblées était celui de la majorité (peu importe qu'elle soit absolue ou relative). Si on juge selon ces critères, l'EIC peut être considérée comme une organisation démocratique. Le problème est qu'on a souvent attribué ce caractère à l'EIC en général, sans tenir compte des grands changements que la compagnie a subit pendant le même XVIII^{ème} siècle qui avait vu sa fondation. On peut dire qu'un grand changement a eu lieu le 19 octobre 1657, quand des membres de la *court of committees* se réunirent pour écrire un texte qui devait attirer des nouveaux investisseurs en vue d'une nouvelle souscription. Mais, si l'on observe le problème plus attentivement, on constate que le système « un homme, une voix » avait déjà depuis longtemps été critiquée, en ce qu'il constituait, selon quelques-uns, une des raisons de la faiblesse de la compagnie¹⁰².

Il y avait, en effet, deux catégories de souscripteurs : les uns, fortement engagés dans le trafic aux Indes, étaient souvent revendeurs des biens importés et étaient intéressés directement à l'exportation dans d'autres pays : les autres étaient des « petits actionnaires »¹⁰³ qui considéraient la participation à l'EIC comme une simple forme d'investissement. En 1634 eut lieu une crise qu'on peut attribuer à cette attitude différente : le 20 juin le gouverneur indiqua aux *adventurers*, qui n'avaient reçu aucun dividende pendant quatre ans, qu'il fallait attendre encore un ou deux ans. Les *stockholders* commencèrent alors à accuser le *governing body* de mauvaise administration, en déclarant que le gouverneur et les directeurs étaient seulement des délégués, qui devaient rapporter et partager toutes les décisions les plus importantes avec les membres.

En effet, si on lit le règlement de 1621, ils avaient raison.

Mais le gouverneur et les directeurs, même s'ils admirent une part de responsabilité, revendiquèrent leur autonomie. En plus, ils soutinrent d'avoir souscrit une partie importante du capital. Cette observation est très importante : c'est une première manifestation de l'idée qu'il y avait un lien entre capital et gestion et que celui qui

¹⁰² *A calendar of the court minutes etc. of the East India Company, 1635-1639*, cit., p. VII.

¹⁰³ Quand il était possible, on a évité d'utiliser le mot « actionnaires » dans cette recherche. Le mot « action », en effet, dérive du mot *Aktien*, d'origine hollandaise (la plus ancienne des *Aktien* conservée jusqu'à nos jours date 27 septembre 1606) est inconnu aujourd'hui comme était hier au droit commercial anglaise, qui utilise, par contre, le mot *share*.

avait souscrit plus de capital avait droit à plus de pouvoir. Mais il fallut encore attendre pour faire accepter ce changement.

L'an 1657 fut une année clé pour l'histoire de l'EIC, dans la mesure où trois mesures décisives y furent adoptées. Tout d'abord, en 1657 Cromwell concéda à la compagnie un nouveau privilège. Aujourd'hui il ne reste aucune trace de cette *charter*¹⁰⁴ et c'est probable qu'on l'ait fait disparaître avec la Restauration, comme d'autres documents du *Lord Protector*, lui même condamné à une rapide *damnatio memoriae*. Ensuite, en 1657 l'EIC devint une véritable *joint stock company*, basée sur des investissements sans limitation de durée et indépendants de la réussite de chaque voyage. Enfin, en 1657 le droit au vote fut lié au montant de la souscription.

Evidemment, la compagnie tendait à grandir et à développer, par conséquence, des mécanismes, aujourd'hui bien connus, typiques d'une société anonyme à actionnariat diffus. Une dépersonnalisation inévitable à cause de la grandeur de l'investissement, de l'entreprise et des profits, mais qui est à la base de ce caractère « incontrôlable » aujourd'hui tellement décrié¹⁰⁵.

On peut affirmer qu'en 1657 l'EIC acquit deux caractères typiques de la multinationale moderne: la stabilité du capital et un mécanisme de participation à la gestion fondé sur le capital plutôt que sur la personne. On s'éloigne de plus en plus de la guilde médiéval pour aboutir à des formes nouvelles de développement économique.

Si la premier *charter* de la reine Elisabeth avait établi presque toutes les règles, les plus importantes, concernant les votes d'assemblée, soixante ans après, parmi les nombreuses nouveautés, Charles II introduit la reconnaissance de la décision de 1657 : une reconnaissance explicite du lien *stock-vote*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Selon la tradition, le document confirmait les privilèges précédentes (J. Shaw, *Charters relating the East India Company, from 1600 to 1761*, cit., p. V). Ils restent, de toute façon, plusieurs témoignages du fait qu'en 1657 fut souscrit le premier *joint stock* permanente (par exemple: J. Pollexfen, *Discourse of trade, coyn and paper credit*, London, 1700 (1697), p. 98: « The last Stock was underwrit by vertue of a charter granted *anno* 1657, since often confirmed, and augmented (...) »).

¹⁰⁵ Voir par. 1.3.

¹⁰⁶ « (...) that it shall and may be lawful, in all elections and by-laws to be made by the general court of the adventurers of the said company, *that every person shall have a number of votes, according to his stock*, that is to say, for every five hundred pounds by him subscribed, or brought into the present stock, one vote; and that any of those that have subscribed, or brought less than five hundred pounds, may join their respective sums to make up five hundred pounds, and have one vote jointly for the same, and not otherwise » : 13 Charles II, 3rd April 1661, dans : J. Shaw, *Charters relating the East India Company*, cit., pp. 32-46, p. 44.

La *charter* par Guillaume et Marie du 7 octobre 1693 confirma les privilèges précédents. Mais seulement trois jours après, une nouvelle *charter* doubla la souscription nécessaire pour avoir droit à un vote : de 500 à 1000 £ (avec la limite de 10 votes *pro capite*). Mais (est c'est encore plus important), la possibilité de réunir plusieurs souscriptions dans le but d'arriver au montant requis disparut : les « petits actionnaires » avaient désormais perdu leur pouvoir¹⁰⁷.

Le caractère démocratique de l'EIC, donc, s'évanouissait de plus en plus.

Si « caractère démocratique » veut dire égalité des membres par rapports à l'extraction sociale, c'est vrais qu'il n'y avait pas de différences entre les *stockholders*. Mais si « caractère démocratique » signifie égalité des membres indépendamment du capital souscrit, alors l'EIC fut démocratique au plus tard jusqu'en 1657.

Conclusion

Pendant le mois de mars de 1982, à Bad Homburg, près de Frankfurt am Main, Knutt Wolfgang Nörr et Helmut Coing organisaient une conférence intitulée : *International colloquium on Anglo-American and continental legal history*¹⁰⁸. Le but était de réunir des historiens du droit américains et européens pour approfondir les comparaisons en histoire du droit, surtout en soulignant les similitudes plutôt que les différences, entre les systèmes de *civil law* et de *common law*. Dans la lettre envoyée aux rapporteurs, en effet, Nörr et Coing déploraient l'inintérêt général pour cet aspect particulier de l'histoire juridique. Ils notaient la complexité de ce type d'études, soit de par la difficulté d'accès aux sources, soit du fait des différentes structures et des différentes approches méthodologiques propres aux deux traditions. Plus de 25 ans après, quelque chose a sûrement changé. D'une part, plusieurs auteurs des deux côtés de l'Atlantique se sont attelés à des études comparatives ; d'autre part, l'évolution technologique a permis de repérer, avec une facilité à cette époque-là inimaginable,

¹⁰⁷ « (...) each person, having one thousand pounds, or more, in the stock of the said company, shall have one vote for every thousand pounds, not exceeding ten thousand pounds; and if ten thousand pounds, or more, yet that such person shall have but ten votes, whatsoever his or her stock be: And further that no person or persons, who shall have in the joint stock of the said company, for his or her own use, any sum less than one thousand pounds, shall have any vote or voice, at a general court of the said company (...) » : 5 Will. & Mary, 11th November 1693, *ivi*, p. 107. Cinq ans plus tard la souscription pour avoir droit à un vote retourna à 500 £ et les *committees* devenaient *directors*.

¹⁰⁸ *Comparative studies in continental and Anglo-American legal history*, I : *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Ein Forschungsprojekt*, hrsg. von H. Coing und K.W. Nörr, Berlin, 1985.

beaucoup de sources (il faut penser, par exemple, à la grande quantité de sources aujourd'hui disponible online, à partir des 178 volumes des *English Reports*).

Le colloque de Bad Homburg fournit le noyau originaire de cette recherche : en analysant le premier siècle de vie de la plus riche et durable des compagnies commerciales de l'époque moderne, nous avons proposé aussi une comparaison entre les systèmes de *common law* et de *civil law*. Même si, souvent, la comparaison n'a été pas explicite, nous avons inévitablement rapproché l'histoire du droit commercial anglais d'une perspective continentale.

Dans cette recherche nous avons ainsi poursuivi deux objectifs fondamentaux : combler une lacune et vérifier des lieux communs. La lacune était celle de la description de l'histoire, surtout juridique, de l'EIC pendant le XVIIème siècle, un aspect que nous avons omis dans ce résumé, parce que nous avons jugé plus intéressant de nous concentrer sur l'aspect le plus original de la thèse : la réfutation de la présumée responsabilité limitée des membres de la compagnie et du présumé caractère démocratique de son organisation. Au sujet de la première question, nous avons constaté que la solution adoptée par la compagnie était très pragmatique : en cas de besoin, on recourrait au prêt externe ou on obligeait les membres à faire des apports de fond au capital (*leviations*). Le patrimoine des membres, en conclusion, n'était pas attaqué directement par les créanciers, mais seulement par l'intermédiation de la compagnie elle même.

Quant au caractère démocratique de l'EIC, nous sommes arrivés à la conclusion que la compagnie fut effectivement une organisation démocratique, mais seulement au début de son existence.

Selon une partie de la doctrine l'introduction de la responsabilité limitée a eu comme conséquence la dépersonnalisation des compagnies commerciales. Le résultat de cette recherche est qu'une certaine dépersonnalisation a débuté, effectivement, en Angleterre, au XVIIème siècle, au sein de l'EIC, mais plutôt pour ce qui est de la dissociation entre propriété et pouvoir ; le régime de la responsabilité limitée était quant à lui encore très incertain.

Limitation de la responsabilité et dissociation entre propriété et pouvoir sont des problèmes plus que jamais actuels, problèmes « globaux », qui imposent une vision d'ensemble des systèmes de *civil law* et de *common law*.

Aujourd'hui l'historien du droit peut, aussi grâce à un accès plus facile aux sources, apporter sa contribution au débat. Exactement comme, selon nous, le souhaitaient les savants réunis à Bad Homburg en 1982.