Maxime Renaudie

L'évolution du concept de propriété au fondement de la protection sociale de marché aux États-Unis

Labor is property, and as such merits protection. The right to make it available is next in importance to the rights of life and liberty.

Noah H. Swayne, *Slaughterhouse Cases* 83 U.S. 127 (1873)

Un consensus, certes fragile, persiste en faveur de la protection sociale publique aux États-Unis, malgré le rôle important des assurances et fonds de pensions privés. En dépit de la réduction budgétaire des politiques sociales par le gouvernement fédéral, la sécurité sociale (*Social Security*) englobe toujours au plan national une vaste collection d'assurances publiques pour la retraite, le *chômage, une assurance maladie aux personnes âgées (Medicare), aux démunis (Medicaid), le récent Obamacare, ainsi que des aides sociales aux personnes spécifiquement protégées telles les enfants, personnes en situation de handicap, vétérans de guerre, etc.*[1]. *S'y ajoutent les divers programmes sociaux des États fédérés, dont les disparités considérables sont le témoignage des difficultés structurelles à unifier la protection sociale au niveau national.*

Le théoricien de l'État social Gøsta Esping-Andersen a montré que le système américain repose avant tout sur une protection sociale dite de marché[2]. Il est rarement noté à quel point cette terminologie semble contradictoire. Comment s'en remettre au marché pour la protection sociale si cette dernière signifie, justement, la sauvegarde d'une stabilité financière contre les aléas du marché ? Dans cette contribution, nous souhaitons montrer quels fondements théoriques ont pu malgré tout justifier une protection sociale de cette nature, toujours si éloignée des conceptions européennes. À travers quelques réflexions doctrinales américaines, nous

[1] *L'ensemble est administré au niveau fédéral par la Social Security Administration, avec le concours des États fédérés. Si consensus il y a,* le budget fiscal prévu pour la Social Security Administration de 2019 implique une réduction des effectifs, en dépit d'une promesse de campagne du Président Trump qui s'était engagé à les maintenir en l'état.

[2] Il a identifié les États-Unis comme l'archétype d'un État-providence libéral, qui se distingue des régimes corporatistes de l'Europe continentale et sociaux-démocrates des pays scandinaves. Voir G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990. L'ouvrage a été traduit en français : G. Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'État providence. Essai sur le capitalisme moderne*, Paris, PUF, 1999. La version en langue anglaise est ici privilégiée.

partirons d'une hypothèse plausible : la protection sociale de marché doit beaucoup à l'évolution du concept de propriété.

Rappelons que si la protection sociale aux États-Unis reste faible en comparaison aux pays d'Europe, c'est qu'elle n'est pas basée sur des critères d'universalité et de citoyenneté. Les différences sont probablement moins fortes que les similitudes si l'on considère le nombre de cotisations ou de primes que versent les individus, et les prestations reçues en contrepartie. Il n'est point besoin de s'en remettre à des statistiques complexes pour admettre que celles-ci restent importantes pour une majorité de citoyens. Mais l'assurance sociale publique est surtout concurrencée par de nombreuses assurances privées, tandis que l'aide sociale publique est catégorielle et implique de strictes conditions d'éligibilité. De fait, le modèle américain a été désigné par Michael Katz, un historien américain, comme un État social inachevé ou *semi-Welfare State*[3]. Selon Esping-Andersen, ce n'est pas uniquement la nature des mobilisations ouvrières, mais l'histoire et la construction des nations qui ont distingué les différents « mondes » de l'État-providence. Les divergences entre pays sont évidemment culturelles, qu'il s'agisse du regard porté sur les pauvres[4], ou de la relation à l'impôt[5]. Il n'est donc pas inopportun d'expliquer le cheminement, ou du moins la justification, d'un système de protection sociale par la culture juridique du pays. Plusieurs hypothèses sont dès lors envisageables. La légitimité de la protection sociale aux États-Unis s'est surtout basée sur des réflexions relatives aux libertés individuelles des citoyens, et non sur les théories générales de l'État et du service public qui sont quasi-inexistantes outre-Atlantique. L'autre hypothèse, précédemment citée et dont il sera question ici, est que l'évolution du concept de propriété a joué un rôle essentiel pour les économistes libéraux dans leur reconnaissance du rôle structurant du cadre normatif sur les marchés. Ce sont essentiellement des économistes qui ont conçu les systèmes de protection sociale de marché, mais ils se sont inspirés des travaux de juristes portant sur la propriété pour mener à bien leur raisonnement théorique.

Il faut d'emblée renvoyer au mouvement du réalisme juridique (*legal realism*), qui a réalisé un travail essentiel sur le concept de propriété pour interroger le pouvoir réel de l'État dans l'économie ; ainsi qu'à l'école institutionnaliste américaine, qui a étudié le rôle des institutions dans le fonctionnement de l'économie. La propriété a longtemps été posée comme un droit naturel et absolu, jusqu'à ce que les révolutions méthodologiques influencées par les sciences naturelles et sociales, couplées à l'approche empiriste, démontrent qu'elle est une construction sociale comme une autre. La doctrine américaine devait repenser ce concept normatif qui revêt outre-Atlantique un caractère dynamique et stimulant, par-delà la distinction entre droit public et droit privé. Certes, en France, la théorie de la propriété fait peu d'émules, si bien que l'on peut parler de « sommeil dogmatique » sur le sujet[6]. Le

---

[3] M.B. Katz, *The Price of Citizenship: Redefining the American Welfare State*, New York, Metropolitan Books, 2001, p. 15.

[4] Voir R. Huret, *L'Amérique pauvre*, Paris, Thierry Magnier Éditions, 2010. Voir également N. Duvoux, *Les oubliés du rêve américain. Philanthropie, État et pauvreté urbaine aux États-Unis*, Paris, PUF, 2015.

[5] Voir R. Huret, *American Tax Resisters*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

[6] J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2014, p. 763. La doctrine française de la propriété est restée stable malgré quelques réflexions dissidentes chez Salleilles, Gény et

peu de doctrine française est d'ailleurs quasi exclusivement privatiste, puisque ce sont essentiellement les civilistes français qui ont fait état du réalisme juridique américain lors de l'époque charnière 1880-1930. Qui plus est, le réalisme juridique n'a jamais vraiment pris corps dans la doctrine civiliste française, probablement par crainte des remises en cause considérables pour le système juridique et les méthodes d'interprétation[7]. Elle n'aurait, de toute façon, pas eu la même approche pour arrimer les problématiques relatives à la propriété vers la théorie de l'État. Il faut reconnaitre à l'école institutionnaliste américaine l'intérêt d'avoir étudié la propriété dans une perspective peut-être plus proche du droit public. L'analyse réaliste inspira en effet ces économistes travaillant sur les institutions et les politiques gouvernementales et étudiant les interactions entre norme et régulation économique par l'analyse de principes constitutionnels. Dans un pays où le triptyque juridique fondamental est *tort*, *contract*, *property*, une analyse économique sérieuse ne pouvait faire abstraction du principe de propriété structurant le système capitaliste et principe essentiel, faut-il le rappeler, du droit constitutionnel américain.

Les premiers systèmes de protection sociale de marché ont donc été inspirés par un dialogue entre juristes et économistes institutionnalistes pour admettre l'encadrement *a minima* du marché du travail. Avant d'entrer dans les détails théoriques, rappelons que cette démarche a trouvé sa synthèse dans les discours politiques du Président Franklin D. Roosevelt, initiateur du New Deal[8]. Dans son célèbre discours relatif aux quatre libertés (*four freedoms*)[9], il estimait qu'aux libertés classiques d'expression et de religion (*freedom of speech* et *freedom of worship*), il fallait libérer les travailleurs du besoin et de la peur (*freedom from want* et *freedom from fear*). Il complétera cette idée par un autre discours l'année précédant sa mort, moins connu, bien que plus révélateur encore de l'importance donnée à la protection sociale née du New Deal. Roosevelt soutenait que les États-Unis ont adopté un *Second Bill of Rights* composé de droits sociaux[10]. Il justifiait ainsi le *Social Security Act* (*SSA*) de 1935 qui créa les deux principaux systèmes d'assurance retraite et chômage du gouvernement fédéral dans une Amérique en retard sur le plan de la protection sociale. Le *SSA* fut conçu par le *Commitee on Economic Security* (CES) mis en place par Roosevelt avec le concours de son *Brain Trust*, réunissant théoriciens et praticiens du droit comme de l'économie, mais également des juges et des membres du monde des affaires[11]. Dans ce pays longtemps réticent à admettre l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie, le *SSA* fut le produit d'événements historiques plus que d'une pensée politique ou économique spécifique. Le

---

Charmont, comme le note Chazal. Aujourd'hui encore, nous avons peu d'étude d'ampleur théorique sur la propriété. Voir M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

[7] Voir Ch. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique », Droits, 2010/1, nº 51, p. 137-159.

[8] Voir W. Mastor, « La politique de Roosevelt : le droit social d'un monde nouveau ? », *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nº 150, 2014, p. 41-52.

[9] F.D. Roosevelt, *Adresse sur l'état de l'Union du 6 janvier 1941.*

[10] F.D. Roosevelt, *Adresse sur l'état de l'Union du 11 janvier 1944.* Pour plus de details, voir C. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, Basic Books, 2004.

[11] Citons parmi les membres éminents du Brain Trust, le juge Louis Brandeis, l'affairiste Adolf Berle et l'experte en politiques sociales Frances Perkins.

terreau peu favorable à la protection sociale ne relevait pas simplement d'une culture supposément individualiste. Elle relevait également du fédéralisme, car si le patriotisme américain sur les plans diplomatiques et militaires est connu, l'ordre normatif vecteur de solidarité entre citoyens et de cohésion administrative relève surtout des États fédérés, plus que des recommandations et régulations du gouvernement fédéral.

La protection sociale de marché aux États-Unis repose sur des conceptions juridiques mal connues des Européens, et une logique scientifique née de l'observation des interactions entre droit et économie. Il faut revenir sur ce concept de propriété au cœur de ces interactions. Comme prémisse à la protection sociale de marché, il y avait d'abord l'idée que le « travail est une propriété » (I). Dès lors se développe une nécessaire reconceptualisation de la propriété. Partant d'une critique des situations de monopoles économiques sur les marchés, et les problèmes en résultant, il a fallu reconnaître l'atomisation de la propriété et de ses valeurs pour justifier une protection plus étendue et élaborée des revenus par l'État (II).

I. « Le travail est une propriété »

Malgré les *a priori* culturels, la régulation de l'économie est une réalité ancienne aux États-Unis : elle commence dans le dernier tiers du XIXe siècle, mais c'est au début du XXe siècle que se mettent en place, dans les États fédérés d'abord, les premiers systèmes d'assurance sociale. Il va de soi que la protection sociale est très influencée par la nature décentralisée du régime américain, où les États fédérés expérimentent les politiques et demeurent les principaux pourvoyeurs d'aides sociales[12]. La première assurance publique date de 1911, avec le *Workmen's Compensation Act* dans l'État du Wisconsin, qui ouvre droit à compensation pour les travailleurs victimes d'accidents du travail. C'est l'économiste John Commons qui en fut le principal instigateur. Pionnier de l'économie institutionnaliste, Commons fut l'un des *commissionners* rédigeant la loi avant son vote[13]. Le système assuranciel mis en place au niveau fédéral a été, essentiellement, une transposition nationale des législations sociales qu'il avait expérimentées dans le Wisconsin. Cela a été expliqué par le Professeur Edwin Witte, ancien élève de l'économiste, puis directeur du CES et principal rédacteur du *SSA*[14]. Cette législation du Wisconsin naît trente ans après la première assurance sociale créée par le chancelier Bismarck en Allemagne en 1884. Mais les réflexions aux États-Unis sur le sujet renvoient également au dernier quart du XIXe siècle. L'économiste Commons étant le premier à avoir conçu aux États-Unis une protection sociale dite de marché, il est opportun de partir de sa réflexion. Certaines opinions dissidentes à la Cour suprême lui ont inspiré l'idée que le travail est une propriété, et mérite ainsi protection et compensation en cas de perte (A). Puis l'analyse devait passer par la démarche théorique

[12] Dès lors, le système de protection sociale américain est nécessairement fragmenté, et il faut admettre qu'il est quasiment impossible d'en faire un inventaire précis.

[13] Il a été redécouvert en France depuis les deux dernières décennies. Voir notamment L. Bazzoli, *L'économie politique de John R. Commons*, Paris, L'Harmattan, 1999.

[14] Voir E. Witte, « Development of Unemployment Compensation », *Yale Law Journal*, vol. 55, nº 1, 1945, p. 21-52.

qui est de concevoir la propriété au sens large, intégrant au-delà du bien physique toutes les valeurs échangeables sur un marché donné (B).

A. Une idée inspirée de juges dissidents

« *Labor is Property* » : ce sont là les termes du juge à la Cour suprême Noah Swayne pour justifier son opinion dissidente dans les affaires *Slaughterhouses* en 1873[15]. Les opinions dissidentes présagent parfois des évolutions doctrinales à venir. L'idée que le travail est la propriété de l'individu n'était certes pas nouvelle dans la philosophie anglo-saxonne, elle prend sa source dans les écrits de John Locke et ses développements sur le droit naturel de propriété. Si l'homme est propriétaire de sa propre personne, expliquait le philosophe anglais, le produit du travail de son corps et l'ouvrage de ses mains sont également ses propriétés en un sens plein[16]. Mais, comme l'a noté un historien du droit des États-Unis, Morton Horwitz, c'était alors l'une des premières fois qu'un juge américain redéfinissait la nature de la propriété pour y inclure le travail[17].

La redéfinition du concept de propriété sur le plan doctrinal doit beaucoup à l'œuvre de Commons, qui a voulu poursuivre l'idée du juge et mieux en définir le sens. Longtemps considéré comme praticien, la pensée théorique de l'économiste est difficile à aborder du fait de la complexité des concepts qu'il utilise et surtout de son caractère pluridisciplinaire. Bien que son œuvre soit plutôt classée dans les bibliothèques d'économie, elle porte souvent sur des objets juridiques. Dans son ouvrage *Legal Foundations of Capitalism*[18], il traite longuement de l'évolution du concept de propriété privée et du rôle de la jurisprudence dans l'organisation du système capitaliste. Il estime nécessaire de démontrer l'importance des concepts juridiques dans les rapports sociaux et il pense que la critique théorique du *laissez-faire capitalism* passera par cette redéfinition du concept de propriété privée. C'est la raison pour laquelle il débute son premier chapitre, sobrement intitulé « Propriété, liberté, valeur », en relatant les dissensions des affaires *Slaughterhouse* précitées, portant les germes d'une redéfinition du concept de propriété à l'époque où la majorité des juges ne pouvait concevoir l'existence d'une législation ouvrière[19].

Revenons un instant sur les affaires en question. La Cour suprême devait interpréter la nouvelle clause constitutionnelle des privilèges et immunités établie par l'adoption récente du Quatorzième amendement de 1868[20], et dont les clauses de procédure régulière de droit (*due process of law*) et d'égalité (*equal protection of the*

---

[15] *The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughterhouse Company* 83 U.S. 127 (1873).

[16] J. Locke, *Le Second Traité du Gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994, Chap. IV, § 27.

[17] M.J. Horwitz, *The Transformation of American law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 145-146.

[18] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, 2e éd., New Jersey, Transaction Publishers, 2007 [1924].

[19] *Ibid.*, p. 11 *sqq.*

[20] Extrait du Quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis : « *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ».

laws) protègent la vie, la liberté, et la propriété des citoyens américains. On précisera ici la signification originelle du Quatorzième amendement, qui était la reconnaissance de la citoyenneté pour les Noirs américains, et l'obligation faite aux États sudistes de respecter leurs droits civils suite à la guerre de Sécession. La propriété figurait logiquement dans cet amendement, étant donné qu'elle est une notion centrale dans la Constitution des États-Unis, apparaissant à quatre reprises aux passages les plus cruciaux du texte[21]. Après la guerre de Sécession, la Cour suprême devait donc donner une signification juridique plus précise aux termes du Quatorzième amendement, et notamment à cette nouvelle et quatrième entrée du mot « propriété » dans le texte constitutionnel.

Revenons sur les faits. Un monopole conféré par une loi de Louisiane à une corporation de bouchers impliquait pour tout boucher d'utiliser un seul et unique abattoir municipal en s'acquittant d'une redevance. Ce monopole semblait aux plaignants une atteinte à leur bien commercial et leur liberté d'entreprendre, car la valeur marchande de leur commerce était affectée par les restrictions au libre échange sur un marché donné. La Cour suprême décida, à une majorité de cinq voix contre quatre, que la liberté d'entreprendre ne faisait pas partie de ces privilèges et immunités des citoyens des États-Unis, mais restait du domaine des États[22]. Comme l'avait noté Commons, la question portait surtout sur la définition de la propriété relativement au bien commercial et sa valeur marchande[23]. Si la propriété inclut la valeur marchande d'un bien ou d'un commerce, ainsi que le pouvoir de transaction qui en résulte, il y aurait une atteinte à la propriété du fait des restrictions à son libre échange. Si, en revanche, la propriété n'englobe que l'utilisation de biens physiques, sans prendre en compte les conséquences sur leur valeur commerciale, en ce cas il n'y a pas d'atteinte à la propriété.

Le juge Samuel Miller, pour la majorité, défendait cette dernière perspective avec une définition restrictive de la propriété. Interprétant le Quatorzième amendement selon le paradigme exclusif de « la libération de la race esclave » et de l'octroi de biens physiques[24], le raisonnement des juges insérait la propriété dans une vision très traditionnelle de la *common law*, où la propriété est la seule possession d'un bien physique et la possibilité d'en disposer. Comme le notait Commons, la propriété, selon l'opinion de la Cour, impliquait seulement la valeur d'usage (*use-*

[21] On entend par passages cruciaux ceux qui servent le plus souvent à fonder la jurisprudence des Cours fédérales, ce qui est le cas des Cinquième et Quatorzième amendements. Il s'agit de la propriété fédérale (*property clause*) protégée à l'article IV, section 3 ; la propriété des personnes mentionnée à deux reprises par le Cinquième amendement et relativement à sa protection par une procédure régulière de droit (*due process*) dans les cas généraux, puis dans les cas relatifs aux expropriations (*takings*) ; enfin la propriété des personnes protégées dans le cadre du Quatorzième amendement précité, où l'injonction est plus particulièrement adressée aux législatures des États fédérés.

[22] Voir la traduction et le commentaire des *Slaughterhouse Cases* par Élizabeth Zoller : É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 101-121. La Cour distingue ici le principe de double citoyenneté (*dual citizenship*), étatique et fédérale. Les « privilèges et immunités » des citoyens au niveau fédéral ne se confondent pas avec ceux des États fédérés.

[23] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 11.

[24] *Slaughterhouse Cases. Opinion Samuel F. Miller*, cité et traduit dans É. Zoller, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 102.

value) et non la valeur d'échange (*exchange value*) des biens[25]. Suivant cette conception, le monopole d'une corporation favorisée par l'État mandataire n'était pas considéré comme une violation directe de la propriété des commerçants, quand bien même elle influençait la valeur marchande de leur bien commercial. Pour apprécier la violation de la propriété telle que déterminée par le Quatorzième amendement, les juges majoritaires avaient donc choisi cette conception restrictive de la propriété en renvoyant simplement à la règle du précédent. Le juge Miller résumait ainsi une opinion majoritaire résolument tournée vers les conceptions passées :

> Que ce soit au niveau fédéré ou fédéral, nous ne manquons pas de précédents judiciaires qui ont donné une interprétation de cette clause. Et il suffit de dire qu'il n'existe pas une seule interprétation de cette disposition que nous vîmes, ou que nous pensons admissible, et qui justifierait de considérer les limites imposées par l'État de Louisiane aux bouchers, dans l'exercice de leur profession, comme une privation de propriété au sens de cette disposition[26].

Cette définition restrictive de la propriété relevait du formalisme juridique (*legal formalism*) de la pensée orthodoxe. Elle avait ainsi servi de relai aux théories économiques du laissez-faire qui culmineraient avec la décision Lochner v. New York[27], interdisant la législation sociale au motif de la liberté de contrat. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* du comparatiste Édouard Lambert[28], publié en 1921, demeure la référence francophone sur le sujet. Lambert a expliqué les tenants et aboutissants du formalisme juridique de l'époque chez les juges majoritaires, sans oublier toutefois de rapporter les opinions des juges dissidents[29]. Le principal dissident à la décision Lochner était le juge Oliver Wendell Holmes. Réduisant le droit aux seules décisions des juges et législateurs, il critiquait l'émergence d'une doctrine économique des juges Lochner pour empêcher l'émergence des législations sociales. Holmes fondait ainsi le *legal realism*, mouvement essentiel de la pensée juridique américaine, bien résumée et replacée dans son contexte historique par Morton Horwitz[30] et Duncan Kennedy[31]. Holmes sera rejoint par de nombreux auteurs reconnaissant et dénonçant les partis pris politiques qui s'immiscent dans le droit. Parmi les plus connus, nous citons Roscoe Pound, Félix Frankfurter, Karl Llewellyn, ou encore le juge Benjamin Cardozo. On soulignera plus particulièrement l'importance des travaux de Robert Hale, un *legal realist* qui s'est particulièrement intéressé à l'influence des

---

[25] J.R. Commons, *Legal foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 12.

[26] *Opinion Miller*, cité et traduit dans É. Zoller, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 108.

[27] *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905). En l'espèce, la Cour rejetait la constitutionnalité de la législation de l'État de New York, qui limitait la durée du travail dans les boulangeries à 10 heures par jour ou 60 heures par semaine.

[28] É. Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005 [1921].

[29] Les opinions dissidentes ont été davantage étudiées par Roger Pinto en 1934, intégrant les évolutions théoriques nées du réalisme juridique. Voir R. Pinto, *Des juges qui ne gouvernent pas : opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

[30] M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op.cit.* notamment p. 193-212.

[31] D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Washington D.C., Beard Books, 1975.

normes sur la redistribution des richesses, et notamment des normes dites coercitives et relatives à la propriété[32].

En France, l'objectif de Lambert était de rapporter avec objectivité les rouages du modèle américain de *judicial review*, notant que ce modèle, à l'époque, constituait une barrière à l'émergence de l'État social. Lambert présentait le fameux argument contre-majoritaire (*counter-majoritarian argument*) relatif à l'opposition entre juges non élus et pouvoirs politiques et démocratiques[33]. Bien que l'argument irradie des questions politiques variées depuis plus d'un siècle, il est toujours nécessaire de rappeler que c'est la question sociale qui fut l'indicateur historique de la problématique contre-majoritaire, avant que le paradigme ne se déplace vers la question des minorités[34].

Les errements du formalisme juridique ne doivent pas occulter ce qui constituait avant tout un problème d'orientation politique chez les juges. En effet, la décision Lochner s'appuyait sur une théorie dite du *substantive due process* qui n'avait rien de classique ou de formaliste. La Cour retenait que la procédure régulière de droit prévue au Quatorzième amendement protège certains droits substantiels déduits par le juge (*substantive rights*), en l'occurrence la liberté de contracter interdisant toute régulation entre cocontractants et, par ricochet, l'existence même du droit au travail. La théorie du *substantive due process* était déjà inscrite en filigrane dans les opinions dissidentes des *Slaughterhouse Cases*[35]. Elle devait mener à reconnaître les décisions de justice comme des faits politiques, ce qu'avait bien compris l'économiste Commons, observant le rôle structurant du cadre normatif et considérant la jurisprudence comme un régulateur de l'économie. À cet égard, les conceptions de la propriété devenaient centrales en ce sens qu'elles inséraient des problématiques politiques et économiques dans le cadre constitutionnel, par l'intermédiaire du Quatorzième amendement et de ses interprétations.

L'intérêt des *Slaughterhouse Cases* réside à cet égard dans le rappel des opinions dissidentes. Celles-ci sont moins connues que les dissensions des juges Holmes ou Brandeis, pionniers du *judicial restraint*[36]. Elles sont pourtant d'une importance similaire dans l'appréhension des évolutions jurisprudentielles relatives à

---

[32] Voir notamment R.L. Hale, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State », *Political Science Quarterly*, vol. 38, 1923, p. 470-494. Du même auteur : *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power*, New York, Columbia University Press, 1952 ; « Rate Making and the Revision of the Property Concept », *Columbia Law Review*, vol. 22, nº 3, 1922, p. 209-216.

[33] Pour plus de détails à ce sujet, voir I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017.

[34] Voir M. Renaudie, « La question sociale comme ligne rouge : Origines et limites du gouvernement des juges aux États-Unis », *Politéia, Revue semestrielle de Droit constitutionnel comparé*, nº 31, juin 2017, p. 327-358.

[35] Voir É. Zoller, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 119-120.

[36] Rappelons ici que les théories des deux pionniers du *judicial restraint* que sont Holmes et Brandeis ne doivent pas être confondues, tant leurs méthodologies d'interprétation du fait social sont divergentes Dans sa fameuse opinion dissidente à la décision Lochner, le premier estimait que le *judicial restraint* est fondé sur l'incapacité et l'illégitimité du juge à intégrer les faits sociaux au raisonnement juridique. Il s'agissait d'une critique directe et sans concession de la théorie du *substantive due process*. Le second, dans une perspective opposée, estimait que le *judicial*

la question sociale. Le juge Stephen Field, d'abord, estimait que la loi de la Louisiane avait conféré « à une société créée par l'État [de Louisiane] des privilèges spéciaux et exclusifs[37] », tandis que, pour préserver « l'égalité des droits, exempte de toutes diminutions ou restrictions partielles », chaque citoyen « doit être libre de poursuivre l'activité ou la profession en question[38] ». Selon Commons, le juge Field désirait ainsi développer la signification de la servitude au-delà du paradigme racial[39], en dénonçant les servitudes économiques de certains face à ceux qui jouissent de positions privilégiées conférées par la loi[40]. Le juge évoquait cette servitude économique qui devrait être prohibée sur le fondement du Quatorzième amendement :

> Une personne à qui il est certes permis de continuer son commerce ou sa profession, mais seulement dans une localité précise du pays, ne sera pas, dans le sens strict du terme, dans une condition d'esclavage, mais personne ne peut nier qu'il sera dans une condition de servitude. Certainement, la personne ne possédera pas les libertés dont jouit un homme libre. Le besoin qui la force à travailler même pour son bénéfice, mais dans une seule direction ou un seul endroit, serait presque aussi oppressive et serait autant une entorse à sa liberté que le besoin qui la forcerait à travailler au bénéfice d'un autre, et constituerait autant un élément de servitude[41].

Ce sont surtout les dissensions des juges Badley et Swayne qui retiennent l'attention de Commons pour une redéfinition du concept de propriété. Le premier insiste sur la liberté de disposer de sa propriété : les acteurs économiques doivent avoir une « liberté de choisir » (*right to choose*), étant donné que « leur métier est leur propriété[42] ». Le second considère que le concept de propriété inclut la capacité de travailler et d'exercer librement des échanges sur un marché :

> La propriété est tout ce qui a une valeur échangeable, et le droit de propriété inclut le pouvoir d'en disposer selon le bon vouloir du propriétaire. Le travail est une propriété et ceci mérite une protection. Sa disponibilité est d'une importance presque identique à la vie et à la liberté[43].

---

restraint de la Cour de l'époque serait plutôt fondé sur une meilleure appréhension des faits sociaux, des statistiques, menant les juges à reconnaître la légitimité politique du *New Deal* et sa constitutionnalité. Elle laissait la porte ouverte à une résurgence du *substantive due process* et à l'avènement du *judicial activism* progressiste de la Cour Warren à partir des années 1950. Pour plus de détails, voir M. Renaudie, « La question sociale comme ligne rouge », *op. cit.*

[37] *Slaughterhouse Cases. Dissension Stephen J. Field*, cité et traduit dans É. Zoller, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 108.

[38] *Ibid.*, p. 109.

[39] Rappelons ici que le Quatorzième amendement avait pour principal objectif de conférer aux Noirs les mêmes droits et libertés qu'aux autres citoyens. Ainsi l'amendement consacré après la guerre de Sécession devait permettre au gouvernement de s'assurer que tous les États du Sud respectent les droits des Noirs en tant que citoyens des États-Unis.

[40] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 12.

[41] *Slaughterhouse cases. Dissension Field*, cité par J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *ibid.*, p. 90-91. Ce passage de la dissension ne figure pas dans la traduction d'Élizabeth Zoller.

[42] *Slaughterhouse Cases. Dissension Bradley*, cité et traduit dans E. Zoller, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 112-113.

[43] *Slaughterhouse Cases. Dissension Noha H. Swayne*, cité dans E. Zoller, *Les grands arrêts*, *ibid.*, p. 127.

Les juges dissidents des *Slaughterhouse Cases*, note Commons, allaient recevoir un écho de plus en plus favorable dans la jurisprudence des Cours d'États et des autres Cours fédérales[44]. Jusqu'à ce que la Cour suprême elle-même en vienne à un revirement prévisible au sujet de la définition même de la propriété.

B. Le concept de propriété étendu à toute valeur échangeable

La définition de la propriété, comprise ou non en fonction de sa valeur d'usage et/ou valeur d'échange, était déjà un débat essentiel d'économie politique. Le débat impliquait désormais la méthode d'interprétation des juges. Les positions classiques devenaient intenables si l'on continuait de considérer la propriété sous un angle restreint. Elles ne correspondaient plus aux évolutions du marché. C'est un certain décalage entre, d'un côté, l'évolution rapide de l'économie et, de l'autre, le formalisme juridique ne pouvant s'y adapter, qui devait mener à une impasse doctrinale, que l'école réaliste finirait par corriger.

La position tenue par la Cour dans *Slaughterhouse* sera d'abord confirmée dans une décision *Munn v. Illinois*[45] en 1877, malgré les réticences réitérées des juges dissidents. Cependant, le revirement de la Cour suprême intervient un peu plus d'une décennie après, avec une décision *Minnesota Rate*[46] de 1890. La Cour reconnaît que la procédure régulière de droit s'applique ici à des politiques de régulation commerciale par les États. Elle décide d'invalider la loi du Minnesota qui avait fixé arbitrairement les tarifs du système ferroviaire sur l'ensemble du territoire de l'État, et ce au détriment des trois compagnies ferroviaires installées. Commons cite la décision de la Cour qui, par la voix du juge Blatchford, estimait que le « caractère raisonnable » d'un tarif dans les transports ferroviaires, impliquant en l'espèce à la fois les compagnies ferroviaires et le public, est une « question éminente d'investigation judiciaire », qui requiert donc la procédure régulière de droit pour être déterminée[47]. C'est en effet la première fois que la Cour admet que la procédure régulière de droit peut s'appliquer aux actions de l'État dans le cadre d'une régulation économique. Commons en déduit que la Cour accepte donc une définition plus large de la propriété :

> La majorité [...] désormais retient [...] que ce ne sont pas seulement les choses physiques qui font l'objet de propriété, mais également le pouvoir résultant du gain espéré [*expected earned power*] qui est aussi une propriété. Cette propriété est ici confisquée au propriétaire, et non du fait d'un pouvoir d'expropriation qui confisquerait la possession du titre de propriété, mais bien du pouvoir de police qui confisque une valeur d'échange de la propriété sur le marché. Priver les propriétaires de la valeur d'échange (ou valeur marchande) de leur propriété revient à les priver de leur propriété[48].

---

[44] *Commons, Legal Foundations of Capitalism, op. cit.*, p. 14, note de bas de page 3.

[45] *Munn v. Illinois* 94 U.S. 113 (1877). Une loi fixant les prix des frais de stockage du grain dans l'Illinois a entraîné une dévalorisation de la valeur marchande d'un entrepôt. Mais la propriété est à nouveau définie par les juges selon sa seule valeur d'usage et non sa valeur marchande.

[46] *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota* 134 U.S. 418 (1890).

[47] *Ibid.*, *Opinion majoritaire Blatchford*, cité dans J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 15.

[48] *Ibid.*, p. 16.

Comme l'a rappelé Morton Horwitz, Commons fut ainsi le premier à voir aux États-Unis la corrélation entre la virtualité ou « dé-physicalité » de la propriété et son potentiel en tant que valeur sur le marché[49]. Les affaires *Minnesota Rate* lui ont permis d'admettre que c'était en fait la garantie d'un revenu futur qui détermine la valeur présente de la propriété. Commons s'estimait donc fondé à penser que « toute la valeur est dans l'espérance[50] », car « la valeur du marché est la valeur présente des taux attendus. Si les taux ne sont pas raisonnables, la valeur ne l'est pas non plus[51] ». L'extension du concept de propriété à la valeur abstraite et surtout à la valeur attendue devait mener à redéfinir la notion de compensation, que les juristes de l'ancienne époque ne concevaient que dans le cadre de l'expropriation. Traditionnellement, l'idée d'un droit à la compensation allait de pair avec l'usage du terme « *taking* » qui fait référence à l'expropriation[52]. Désormais, la compensation devrait être pensée relativement à la notion de propriété. En se fondant sur l'affaire *Minnesota Rate*, Commons insistait aussi sur le fait que la valeur d'échange de la propriété, largement influencée par les politiques de l'État et son pouvoir de police, est désormais « une question judiciaire », dont « les cours fédérales prennent la responsabilité[53] ».

À l'époque où Commons écrit *Legal Foundations of Capitalism*, le mouvement réaliste a déjà pris de l'ampleur. Il devenait clair que la propriété est un droit socialement construit par les pouvoirs publics. Les principaux représentants du mouvement réaliste, tel Robert Hale précité, insistent sur le fait que les marchés et les propriétés sont dépendants du droit, créés et préservés par les institutions judiciaires[54]. Les conditions économiques sont la conséquence de politiques antérieures, les valeurs économiques ne précèdent pas le droit, mais sont créées par celui-ci, tandis que le droit de propriété est une délégation des pouvoirs publics. Commons, observant l'évolution jurisprudentielle, estime que le changement réside dans la reconnaissance pleine et entière par les juristes de la valeur échangeable de la propriété, qui justifie l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie de marché. La protection de la valeur d'échange de la propriété implique une protection du risque qu'elle encourt sur le marché. Il en est de même pour l'emploi qui est une propriété du travailleur. Aussi devrait-on concevoir des garanties juridiques pour la protection économique et sociale de l'emploi. La pensée de Commons a développé cette notion de « futurité » (*futurity*). Les écrits de Commons, parfois obscurs, rendent ce concept assez complexe à appréhender. En insistant sur les anticipations des acteurs économiques, Commons veut sans doute mettre en relation l'action des acteurs économiques avec les transferts légaux de droits de propriété, qui conditionnent leur avenir économique. Ce principe de « futurité » inscrivant les actions économiques dans la temporalité, le pouvoir espéré d'un gain (*expected earned power*), comme le salaire, doit être préservé et protégé.

---

[49] M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 162.

[50] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 25.

[51] *Ibid.*, p. 196.

[52] Voir J. Lewis, *Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, Chicago, Collaghan, 1888, cité dans M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 147.

[53] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 17.

[54] Voir notamment R. Hale, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State », art. cité.

Évidemment, ces réflexions sur la distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange de la propriété étaient au cœur des réflexions de Karl Marx sur la marchandise et la théorie de la valeur[55]. À la façon de Marx, Commons distingue ces différentes dimensions de la propriété par l'utilisation qui en est faite sur le marché. Précisons que Commons a été formé à la philosophie allemande par son Professeur Richard T. Ely, qui a quant à lui fait ses études en Allemagne. Commons a même consacré un article à Karl Marx[56]. On notera cependant des différences essentielles entre les deux conceptions. Commons a critiqué Marx comme un économiste matérialiste (*physical economist*), qui considère la valeur comme issue du travail accompli (*stored-up labor from the past*), là où il estime que la valeur réside dans ce fameux concept de « futurité », car elle est tributaire des espoirs d'un gain sur le marché autant que du travail déjà réalisé[57]. Elle dépend, pour l'économiste américain, de la transaction, dans la plus pure tradition du libre-échange. Commons reprend les trois dimensions du travail déterminées par Marx : le travail « manuel, mental, et managérial », et les associe à une définition du philosophe écossais James Mill pour qui la production de richesse n'est qu'une mise en mouvement des choses de la nature. La définition du travail par Commons se résume ainsi par « les facultés physiques, mentales, et managériales de mettre en mouvement les choses et les personnes[58] ». Ce sont ces facultés qui doivent être protégées.

L'économiste a publié, en 1899, un article de jeunesse intitulé « *Right to work*[59] ». Il estime alors que le travail doit être détaché de la productivité pour être davantage assimilé à la dignité de l'homme, s'inscrivant plutôt dans la ligne du libéralisme américain que du marxisme. Il note ainsi que « le droit au travail renvoie non pas à une théorie de la production, mais à la valeur de l'homme en tant que tel [*the Worth of man as man*][60] ». Il renvoie également à la liberté industrielle (*Right to free industry*) de créer sa propre entreprise ou, à défaut, à la liberté de choisir son employeur en fonction des offres disponibles d'emploi (*Right to free employment*) et d'atteindre par le travail un niveau de vie correct (*Right to a definite and right standing*). Le *right to work* est lié à la morale du travail (*work ethic*) proprement américaine, supposée stimuler la responsabilité individuelle et limiter la logique de charité. Pour justifier le droit au chômage, Commons identifie les causes qui légitiment la mise en œuvre d'une protection sociale de marché par les gouvernants : la pratique du licenciement arbitraire (*Arbitrary Discharge*), l'évolution technologique (*Improved machinery*)[61], et la dépréciation commerciale (*Depression of*

[55] K. Marx, *Le capital*, Livre 1, Paris, PUF, 1993 [1867], chapitre 1, section 1, « La marchandise », p. 39 *sqq.*

[56] J.R. Commons, « Marx Today: Capitalism and Socialism », *Atlantic Monthly*, nº 136, 1925, p. 682-93.

[57] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 158.

[58] *Ibid.*, p. 155.

[59] J.R. Commons, « The Right to Work », *The Arena*, vol. 20, nº 2, 1899, p. 131-142.

[60] *Ibid.*, p. 139.

[61] À ce sujet, Commons estimait que l'effort demandé au travailleur pour s'adapter justifie une compensation similaire à celle que l'État octroie aux propriétaires lorsqu'il exerce son pouvoir d'expropriation. Si le travailleur a été encouragé par la société à s'adapter à un nouveau travail, ou lorsque ce travail est aboli dans l'intérêt de la société, « l'employeur d'abord, et la société en dernier ressort, devraient partager la perte avec lui » (J.R. Commons, « The Right to Work », art. cité, p. 140).

trade)[62]. La question morale est alors décisive. Toutefois, bien que l'opinion publique soit consciente des problèmes relatifs au chômage bien avant la grande dépression, elle demeurait encore assez réticente à l'idée de protection sociale telle qu'inspirée des conceptions européennes[63]. C'est ici que le renvoi à des conceptions américaines et pro-marché interviennent. Si l'on reprend l'analyse en relation avec la propriété, on remarquera que c'est l'émergence des corporations et des monopoles économiques, bien plus rapide outre-Atlantique, qui devait mener les politiques à admettre une meilleure régulation du marché et une protection sociale des travailleurs. La critique d'une conception trop restrictive de la propriété conduit à la remise en question d'un cadre normatif ne correspondant plus aux nouvelles réalités de l'économie capitaliste incluant de grands groupes industriels, de même que l'évolution des administrations gouvernementales, de plus en plus étendues.

Enfin, précisons que ces réflexions ont mené les juristes et économistes à adopter une conception plus conventionnaliste de la propriété. Cette transformation est résumée par un autre *legal realist,* Morris R. Cohen, dont le travail vise à réunir positivisme juridique et philosophie pragmatique. Dès 1927, il écrit, au sujet de la propriété :

> Quelle que soit la définition que l'on peut avoir de la propriété, nous devons reconnaître que le droit de propriété n'est pas la relation du propriétaire avec sa chose, mais bien la relation entre le propriétaire et les autres individus par rapport à sa chose[64].

La propriété, convention sociale relative à l'échange, concerne le rapport entre personnes qui échangent sur un marché avant de concerner le rapport aux choses sur lesquelles on possède des titres juridiques. L'ordre normatif libéral implique le consentement des acteurs économiques aux limites et contraintes impliquées par la reconnaissance de la propriété d'autrui. Cette perspective conventionnaliste mène des auteurs tels que Common à penser la relation entre propriété et autonomie individuelle, ce qui éloigne des conceptions marxistes qui ont pu influencer, dans une certaine mesure, les économistes institutionnalistes. Aux États-Unis, la propriété n'a jamais été décriée, elle est même fondée sur l'idée qu'elle maximise l'autonomie des individus dans une collectivité donnée[65]. Pour définir et distinguer les contraintes légitimes des contraintes illégitimes que l'État peut impliquer sur les propriétés des individus, la maximisation de l'autonomie individuelle se pré-

---

[62] Une objection était que le travailleur aurait pu économiser son argent en période de prospérité. Commons estime que « l'objection ne tient pas si l'on admet que les salaires sont inadéquats, que l'emploi est instable, et que le gouvernement échoue à garantir la sécurité économique et à inciter l'épargne » (*ibid.*, p. 141).

[63] Cette défiance était assez bien résumée par les mots du Président Hoover, alors Secrétaire du Commerce, évoquant une « expérience démoralisatrice européenne » à ce sujet. Voir H.C. Hoover, *Report of the President's Conference on unemployment*, Washington, United States Government Publishing Office, 1921, p 25.

[64] M. Cohen, « Property and Sovereignty », *Cornell Law Quaterly*, n° 8, 1927, p. 12, cité dans M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 165.

[65] Retenons qu'il s'agit là d''un parti pris des conceptions libérales américaines, où la notion d'autonomie individuelle est primordiale. Elle ne l'est pas nécessairement dans d'autres cultures politiques.

sente comme le principe le plus essentiel de la culture juridique et politique américaine[66]. Cette autonomie passe par la possibilité de faire des choix sur un marché donné. Il est donc nécessaire de concevoir les mécanismes et garanties juridiques qui permettront, en cas de crise, de préserver non seulement les facultés des travailleurs pour retrouver un emploi, mais aussi leur autonomie par le maintien d'un certain pouvoir d'achat sur le marché. C'était devenu une priorité des pouvoirs publics, étant donné que l'économie capitaliste a laissé se développer des monopoles de certains acteurs économiques sur d'autres, menant à l'oppression économique. L'État se doit de les limiter, car il est le garant des propriétés de tous les acteurs économiques. Il est donc légitime qu'il protège les propriétés des plus faibles sur le marché par une protection sociale publique.

II. De la critique des monopoles économiques à l'atomisation du concept de propriété

Durant la seconde moitié du XIXe siècle, de grandes corporations ont créé des forces coercitives que les théoriciens libéraux classiques n'avaient pas pu concevoir. Un des premiers, si ce n'est le premier, à avoir vu venir cette défaillance est le père de la sociologie américaine : Lester Ward. Il a analysé le rôle de l'État qui, par ses permissions et son autorité de garant de l'ordre public, a grandement contribué à structurer les marchés de la sorte[67]. C'est non seulement le cas du travailleur pauvre, mais également celui du petit commerçant et de l'artisan victime de concurrence déloyale qui sont au cœur des premières analyses relatives à cette problématique. Au-delà de la dépression ayant suscité le besoin d'un *New Deal*, le cheminement théorique vers la protection sociale de marché a ainsi été influencé par les réflexions ayant mis en relation les conceptions classiques de la propriété et le développement des grandes corporations. Commons distingua d'ailleurs son idée de *droit au travail* précité des théories de Louis Blanc issues de la Révolution française de 1848, qui postulait un droit au travail dans un cadre « libre de tout monopole[68] ». Et contrairement à l'expérience européenne où les premiers systèmes d'assurance sociale furent conçus pour contenir les tendances révolutionnaires de la classe ouvrière, c'est plutôt la promotion de la libre concurrence qui a justifié les premiers pas vers la protection sociale de marché aux États-Unis.

Le cheminement fut long. Ce sont des réflexions en rapport avec la passation des contrats, la personnalité juridique des corporations et la propriété qui ont remis en cause l'ordre juridique du XIXe siècle et débouché sur les grandes transformations du XXe siècle. D'abord, concernant les relations entre employeurs et employés dans la passation des contrats, il y avait une inégalité de fait créée par une mise à égalité en droit. Les corporations étaient reconnues comme sujet de droit, tels des travailleurs ordinaires, sur le fondement du Quatorzième amendement leur octroyant ainsi une protection constitutionnelle abusive par la clause d'*equal protec-*

[66] Voir à ce sujet les travaux de Jean-Fabien Spitz, notamment J.-F. Spitz, *La propriété de soi. Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Paris, Vrin, 2018 ; *Le mythe de l'impartialité. Les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870–1940)*, Paris, PUF, 2014.

[67] Voir notamment L. Ward, « Plutocracy and Paternalism », *The Forum*, vol. 20, nov. 1895, p. 300-310.

[68] J.R. Commons, « The Right to Work », art. cité, p. 139.

tion of the laws (A). Ensuite, concernant le concept de propriété lui-même, l'émergence des corporations a mené la doctrine, affairiste notamment, à noter un certain éclatement ou atomisation de la propriété à travers le nouveau fonctionnement des sociétés par actions. Il s'agissait notamment de dissocier, au sein de ces sociétés, les détenteurs (*stakeholders*/actionnariat) des utilisateurs (*managers*) de la propriété, pour montrer toute la subtilité des évolutions en cours dans le monde des affaires (B). Enfin, ces réflexions sur la propriété couplées aux problèmes des monopoles économiques ont mené à légitimer la protection sociale des travailleurs d'une façon qui sied aux conceptions libérales américaines. Il ne s'agissait pas de promouvoir l'État social par ce que Gosta Esping-Andersen a nommé la « démarchandisation » des politiques sociales, mais plutôt de protéger le jeu de sa mise en concurrence, renforçant au contraire la propension du travail à être non seulement une propriété, mais aussi une marchandise (C).

A. La définition problématique des corporations comme sujet de droit au regard du Quatorzième amendement

Au tournant du XXe siècle, la proportion des salariés n'avait cessé d'augmenter du fait de l'expansion des grandes entreprises, impliquant l'éviction des petits concurrents (artisans et commerçants), ayant fondamentalement changé la nature même de l'économie et de la production des richesses. Dans son article précité, Commons avait expliqué comment les libertés classiques furent menacées sur certains marchés, parfois dominés par une seule et même corporation, tel l'exemple des chemins de fer[69]. Afin de préserver une économie de marché concurrentielle, il devenait nécessaire de sauvegarder la liberté de tous les acteurs économiques contre les nouvelles servitudes économiques créées par les grandes corporations. Dans les affaires *Slaughterhouse* précitées, le juge Joseph Bradley critiquait ainsi les concessions de monopoles ou de privilèges qui affectent le choix des acteurs sur un marché donné :

> La concession de monopoles, ou de privilèges, à des individus ou des sociétés, est une atteinte aux droits des autres personnes de choisir librement la profession de leur choix, et une violation de leur liberté personnelle […] Pour moi, une loi qui interdit à un large groupe de citoyens de choisir librement le métier de leur choix ou qui les empêche de continuer à exercer celui qu'ils ont les prive bel et bien de leur liberté et de leur propriété […] Leur liberté de choisir [*Right to choose*] est un élément de leur liberté, leur métier est leur propriété […][70].

Durant la première moitié du XXe siècle, ce seront les études relatives au caractère « inévitable » du monopole qui concentreront les analyses économiques anglo-saxonnes. Il s'agissait plus vraisemblablement d'un problème d'économie politique. Cependant, la problématique est née d'une contradiction juridique mettant la corporation, construction juridique organisée, sur un pied d'égalité avec les individus au regard du Quatorzième amendement. L'émergence de coercitions économiques sur les marchés était en effet tributaire de la nature légale des corporations[71]. La

---

[69] *Ibid.*, p. 139-140.

[70] *Slaughterhouse Cases. Dissension Bradley*, cité et traduit dans E. Zoller, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 112-113.

[71] L'un des premiers à avoir expliqué ce problème est Ernst Freund, dès 1897. Voir E. Freund, *The Legal Nature of Corporations*, Chicago, The University of Chicago Press, 1897.

théorisation de la corporation comme sujet de droit s'inscrivait dans des doctrines naturalistes qui se refusaient à admettre les groupes sociaux comme sujet de droit. Morton Horwitz a expliqué quelles ont été les difficultés rencontrées par les juges de la Cour suprême pour penser ce sujet de droit si particulier. Le formalisme juridique de l'époque considérait le développement des corporations comme inévitable, lié à l'économie et non au droit[72].

C'est pourtant une décision controversée *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad*[73] rendue par la Cour suprême en 1886 qui jeta les bases de cette contradiction. Estimant que la corporation était, en quelque sorte, une personne comme les autres, la Cour retenait au regard du Quatorzième amendement que la *Southern Pacific Railroad Company* pouvait bénéficier de l'égale protection des lois au même titre que tout individu. Cela devait logiquement aboutir à un déséquilibre des rapports de force lors de la passation des contrats. C'est dans ce contexte que se développèrent les réactions contre le *legal formalism*, notamment par rapport à la question du contrat de travail. La décision *Lochner* précitée et l'avènement du *freedom of contract* érigé comme droit constitutionnel, combiné de surcroît à la mise sur un pied d'égalité des corporations et des individus, ne menaient pas seulement à des déséquilibres sociaux vecteurs d'injustice, ils conduisaient aussi la doctrine classique à l'impasse et à des abstractions qui ne tenaient plus compte des réalités. Les partisans du réalisme juridique allaient critiquer cet égalitarisme tronqué par une vision plus pragmatique du rapport de force dans le monde du travail.

C'est l'Université de Harvard qui fut à cette époque le domaine des *legal realists*. Roscoe Pound, notamment, défendait une vision plus réaliste du consentement, et dénonçait l'inégalité factuelle des parties au contrat[74]. Pound défendait l'idée que la doctrine du *freedom of contract* repose sur une conception égalitaire et objective des droits, mais qu'elle pose évidemment de nouvelles difficultés au vu de l'évolution industrielle et de l'émergence des grands groupes industriels. Pound, critiquant le juge John M. Harlan qui défendait à nouveau la position *Lochner* dans une décision *Adair v. United States* trois années plus tard[75], ne modérait pas son propos, mais ses critiques furent parfois virulentes. Il estimait que les discussions sur les *equal rights* sont fausses, car « toutes les idées préconçues sur le système contractuel sont fallacieuses[76] ». Tandis que la liberté de contracter semble en théorie ne pas violer la clause d'égale protection des lois, Pound expliquait la manière dont les définitions classiques des droits constitutionnels mènent à un rapport de force déséquilibré et favorable aux grandes corporations industrielles. La raison, selon Pound, semble claire : c'est une « conception individualiste de la justice » qui « exagère l'importance de la propriété et du contrat, et les droits privés au détriment des droits publics[77] ».

D'autres *legal realists* et proches conseillers de Roosevelt, tels Felix Frankfurter et Nathan Greene, firent la distinction entre la liberté de contrat (*Freedom OF*

---

[72] M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860, op. cit.*, p. 66.

[73] *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company*, 118 U.S. 394 (1886).

[74] R. Pound, « Liberty of Contract », *The Yale Law Journal*, vol. 18, nº 7, 1909, 454-587.

[75] *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

[76] R. Pound, « Liberty of Contract », art. cité, p. 454.

[77] *Ibid.*, p. 457.

contract) et la liberté de pouvoir contracter (*Freedom to contract*), et affirment qu'« [i]l est futile d'envisager la liberté de contrat sans la liberté de pouvoir contracter[78] ». C'est cette question contractuelle qui préoccupait également les économistes de l'époque. Richard T. Ely, le Professeur de Commons à l'université du Wisconsin, fut l'un des premiers à dénoncer le déséquilibre dans le rapport de force contractuel aux États-Unis :

> La coercition des forces économiques est largement due à l'inégalité dans les relations contractuelles, car au-delà du contrat lui-même sont impliquées les inégalités des contractants[79].

Morton Horwitz rappelle que ce n'était pas l'effet escompté des juges dans la décision *Santa Clara*. Il s'agissait plutôt d'un péché d'ignorance, car la réalité de l'évolution entrepreneuriale était assez méconnue par les théoriciens du droit de l'époque[80]. Quelques années plus tard, les juges s'intéressèrent aux problématiques qu'ils avaient soulevées avec *Santa Clara*. Le juge Field, dont nous avons constaté le souci de lutter contre les servitudes économiques, s'était d'ailleurs prononcé pour l'extension de la protection du Quatorzième amendement aux corporations dans *Santa Clara*. Dans la droite ligne de sa pensée établie dans la décision *Slaughterhouse*, il avait notamment retenu que la protection des corporations par le Quatorzième amendement était nécessaire à la protection de la propriété et du revenu espéré des actionnaires, et donc à la préservation de la valeur marchande de leur propriété[81]. Mais il reconnaîtra quatre ans plus tard, en 1890, que les trois quarts de la richesse du pays sont détenus par les grandes corporations industrielles[82]. Ces corporations possédant au même titre que tout individu un droit de propriété protégé par le Quatorzième amendement, comment justifier qu'un droit dit naturel appartienne à des entités socialement construites ? La contradiction apparaissait tant sur le plan conceptuel que sur le plan éthique, et le divorce avec les théories classiques de la propriété selon Locke, basées sur la conception individualiste de la possession du bien, devenait inévitable. La propriété s'éloignant de la personne physique pour se rattacher à la personnalité juridique, elle allait à son tour apparaître non plus comme un droit individuel et naturel de l'individu, mais bien comme un droit politiquement construit, puisque possédé par des collectivités en vertu de la personnalité juridique dont elles bénéficient.

La jurisprudence *Santa Clara* était née d'une volonté d'admettre dans le champ du Quatorzième amendement des groupes sociaux pour mieux coller à la réalité de l'évolution sociale, économique, et industrielle. Les juges avaient pris cette responsabilité, sans mesurer les conséquences sociales d'un tel avantage pour les dirigeants et actionnaires des grandes corporations contre les salariés. Leur méthode juridique restait proche d'une conception individualiste de la justice, d'où les contradictions évidentes. La mise sous contrôle des corporations est donc apparue de

---

[78] F. Frankfurter et N. Greene, *The Labor Injunction*, The Macmillan Company, 1924, p. 211.

[79] R.T. Ely, *Studies in the Evolution of Industrial Society*, New York, The Macmillan Company, 1903, p. 406.

[80] M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 69.

[81] *Ibid.*, p. 73.

[82] *Ibid.*, p. 71.

plus en plus nécessaire en raison des risques encourus, non seulement pour les travailleurs, mais aussi pour le jeu de la libre concurrence.

B. La dissociation entre détenteur et utilisateur de la propriété

La critique des monopoles économiques était devenue quasi unanime parmi les penseurs de l'économie libérale des années 1930 jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Pour le célèbre économiste libéral Friedrich Hayek, par exemple, les monopoles économiques sont dépendants des politiques gouvernementales qui les permettent, par un certain jeu de collusion. C'est, nous l'avons dit, ce que le sociologue Lester Ward avait remarqué plusieurs décennies auparavant : « ceux qui dénoncent l'intervention de l'État sont ceux qui le plus fréquemment en bénéficient[83] », et les économistes libéraux finissaient par l'admettre on ne peut plus clairement. S'inspirant d'une expertise de la *Temporary National Economic Committee*[84], Hayek notait que les grandes entreprises et les détenteurs de capitaux obtenaient fréquemment l'assistance de la puissance publique pour renforcer leur pouvoir monopolistique sur les marchés[85]. Le penseur critique de l'État pouvait ainsi renvoyer dos à dos les monopoles des pouvoirs publics et les monopoles d'entreprises, conduisant les uns comme les autres à la servitude. Mais un travail doctrinal devait justifier une voie médiane impliquant un contrôle étatique minimum sur les corporations. À ce sujet, ce sont encore les réflexions sur la propriété qui ont été au centre des analyses.

Un ouvrage essentiel est celui d'Adolf Berle et Gardiner Means, intitulé *The Modern Corporation and Private Property*[86], publié en 1932. L'ouvrage, qui n'a jamais fait l'objet de traduction en langue française[87], est pionnier par sa démonstration des conflits d'intérêts entre dirigeants et actionnaires nés de la séparation entre propriétés des actifs et contrôle des entreprises. La théorie défendue a pu être critiquée par de récents travaux sur la firme, en relation avec de très nombreuses réflexions en droit américain concernant les entreprises multinationales et les tribunaux d'arbitrage. Mais sa contribution essentielle demeure, qui est d'avoir démontré et expliqué les conséquences de l'atomisation de la propriété dans le cadre de la

---

[83] L. Ward, « Plutocracy and Paternalism », art. cité, p. 308-309. Il renvoie d'ailleurs à l'ouvrage *Distribution of Wealth de Commons*, publié deux années auparavant, afin de dénoncer la logique qui mène aux monopoles économiques.

[84] « Il doit être noté, de plus, que le monopole est généralement le résultat d'autres facteurs que le moindre coût supposément relatif à la taille de l'entreprise. Il est atteint, plutôt, par la collusion avec des politiques publiques. Lorsque ces collusions sont invalidées et que ces politiques sont renversées, les conditions de la compétition sont restaurées » (C. Wilcox, *Competition and Monopoly in American Industry*, Temporary National Economic Committee, Monograph nº 21, 1940, p. 314, cité par F. Hayek, *The Road to Serfdom*, 2e éd., Abingdon-on-Thames, Routledge, 2001 [1944], p. 47-48).

[85] *Ibid.*

[86] Voir A.A. Berle et G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Transaction Publishers, 1991 [1932].

[87] On trouve des résumés et des critiques en langue française, mais qui concerne davantage les apports de la théorie dans l'économie politique. Voir par exemple J. Magnan de Bornier, « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », *Revue économique*, vol. 38, nº 6, 1987, p. 1171-1190. Nous précisons dès lors que les traductions ici présentes sont de l'auteur.

société par actions. S'il n'y a pas de preuves formelles de l'influence directe que les auteurs ont pu avoir sur les principales mesures du *New Deal*, leur théorie reste un tournant doctrinal majeur du *legal realism*[88], et l'on s'accorde sur la proximité des opinions présentées et la substance des législations sociales. Berle était membre du *Brain Trust* de Roosevelt. Les auteurs ont su exposer la manière dont les relations entre propriété et entreprises ont évolué et créé de nouveaux problèmes juridiques, économiques et sociaux que les *new dealers* devaient résoudre. Pour mieux comprendre la dérive autoritaire qu'entraîne la domination économique des grandes corporations, l'idée n'était pas tant de penser les rapports entre l'État et les corporations, dont on concevait aisément la connivence, mais plutôt le rapport entre les dirigeants et l'actionnariat. Il semble évident que le *New Deal* devait protéger tant l'actionnariat que les travailleurs, tandis que l'évolution des corporations avait renforcé le monopole des dirigeants à la fois par la dispersion du pouvoir des actionnaires sur leurs propriétés personnelles (les actions) et la gestion arbitraire du salariat. Pour mettre en lumière les rapports de pouvoir au sein des grands groupes industriels, Berle et Means insistent donc sur l'importance de distinguer la propriété des actionnaires (*shareholders*) d'un côté et le contrôle effectué sur cette propriété par les gestionnaires (*managers*) de l'autre. Ils détaillent au troisième chapitre (« *The Concentration of Economic Power* ») les changements majeurs que les corporations et les monopoles économiques ont impliqués[89]. L'économie, guidée par des forces invisibles tel le choix des investisseurs, est aujourd'hui clairement sous contrôle d'un nombre limité de gestionnaires à la tête des corporations. Ces personnes en tirent un pouvoir et un profit considérable. Plus encore, ils ont « institutionnalisé » par le droit leur pouvoir sur le marché :

> Le pouvoir économique entre les mains de quelques personnes qui contrôlent une corporation géante est une force immense qui peut impliquer l'avantage ou le désavantage d'une multitude d'individus, affecter des districts entiers, changer le cours marchand, amener à la ruine toute une communauté pour en faire prospérer une autre. Les organisations qui contrôlent ont largement dépassé la frontière de la propriété privée, elles sont presque devenues des institutions[90].

Les enseignements de Berle et Means sont nombreux pour repenser la régulation de l'économie capitaliste par l'État. D'abord, ils ont expliqué la manière dont la compétition a changé de caractère depuis la première moitié du XXe siècle. La production est de plus en plus destinée à l'offre et l'utilisation de services, bien plutôt qu'à la vente de biens physiques. Ensuite, il convient d'admettre que la nature du capital a changé également. Il ne s'agit plus seulement de disposer de biens tangibles, mais de peser sur les rapports de forces économiques à venir, en fonction des opportunités de tout un chacun. Enfin, le contrôle exercé par les personnes dirigeantes au sein d'une grande entreprise ne concerne plus seulement leurs propres propriétés, mais la propriété d'autrui, principalement ces propriétés intangibles ou passives que sont les actions des investisseurs. Pour Berle et Means, il

---

[88] Certes le terrain fut préparé par d'autres auteurs ayant déjà attiré l'attention sur les problèmes politiques relevant des grandes corporations. Voir J. Magnan de Bornier, « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », art. cité, p. 1171-1172, citant des ouvrages de Walter Lippman, Walter Rathenau, Thorstein Veblen, Thomas Carver, William Ripley, et I. Wormser.

[89] *Ibid.*, p. 18-46.

[90] *Ibid.*, p. 46.

s'agit de remettre en cause le préjugé selon lequel les détenteurs du titre juridique de propriété posséderaient l'intégralité des profits qui en émanent :

> Avec la séparation de la propriété [*ownership*] et du contrôle (de cette propriété), les rapports de force se sont développés jusqu'à ce que ceux qui contrôlent la corporation puissent agir contre l'intérêt même du propriétaire. Depuis que les pouvoirs de contrôle et de management ont été créés par le droit, il en est dans une certaine mesure résulté une légalisation de l'accumulation des profits entre les mains des groupes contrôlant les richesses[91].

Ce sont les gestionnaires qui sont devenus *de facto* les utilisateurs de la propriété. Et c'est l'abandon du contrôle de la propriété par le propriétaire qui aboutit nécessairement à repenser la théorie classique de la propriété :

> Les propriétaires de la propriété passive (les actionnaires) qui ont investi dans la corporation ont abandonné leur contrôle et toute responsabilité sur la propriété active ; ils ont ainsi abandonné leur droit à faire valoir que la corporation serait requise d'agir dans leurs intérêts ; ils ont libéré la corporation de toute obligation relative à la protection impliquée dans la doctrine classique de la propriété privée[92].

La problématique relative aux larges corporations a tout autant remis en cause la séparation orthodoxe entre droit public et droit privé qu'elle a remis en question l'idée selon laquelle la propriété serait un droit naturel et prépolitique[93]. Morton Horwitz considère le travail de Berle et Means comme l'un des plus influents de l'école réaliste, en ce qu'il a démontré les connexions entre propriété et pouvoir en partant de cette distinction entre propriétaire et *management*[94]. Berle et Means ont montré en quoi consistait l'éclatement de la propriété dans le cadre d'une société par actions, où les individus ne sont plus maîtres de la richesse qu'ils produisent. La société par actions a transformé la nature même de la propriété structurant le système capitaliste, impliquant deux problèmes majeurs. D'une part, les actionnaires ne contrôlent pas la propriété qu'ils possèdent. D'autre part, puisqu'ils continuent d'en percevoir les fruits malgré leur passivité, on admettra qu'une masse conséquente de richesses n'est plus redistribuée entre agents économiques en fonction de leur travail, selon les préceptes de la *work ethic* américaine. Qu'il s'agisse de questions techniques ou de principes d'ordre moral, le management des grandes entreprises devrait être contraint, pour rétablir un certain équilibre, à gérer la société en tenant compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires. Les entreprises doivent tenir compte des intérêts des salariés, des consommateurs, et même de l'État.

Cette critique des monopoles aboutit à deux points essentiels. D'abord, on conçoit l'atomisation du concept de propriété, qui recouvre désormais une multitude de droits – ce que John Commons avait nommé le faisceau de droit (*bundle of rights*) – et régit une multitude de rapports sociaux. La propriété, par sa dimension dynamique, peut changer de signification en fonction des réalités sociales, voire de la

---

[91] *Ibid.*, p. 334-335.

[92] *Ibid.*, p. 355.

[93] M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 145-167.

[94] *Ibid.*, p. 165-167.

nature même de l'État, social ou minimal[95]. Ensuite, le lien épistémique entre les arguments des écoles réalistes et institutionnalistes, recoupant théorie économique et théorie du droit, est de supposer que les rapports de pouvoirs et de contrôle entre individus fondent les droits et non le contraire. Pour intégrer cet enseignement dans le paradigme des droits individuels, il faut repenser la propriété et la liberté d'en disposer comme des pouvoirs octroyés sur le marché, ou la garantie d'un pouvoir économique réalisable sur un marché donné. Nous rejoignons, ici encore, un raisonnement de Commons sur la liberté qui dépend d'un pouvoir d'action sur le marché en fonction des choix et des opportunités présentes, car la liberté est inséparable de la notion de pouvoir, notamment de pouvoir d'achat[96]. On admettra que le pouvoir de la corporation est, quant à lui, inhérent à une structure juridique qui favorise l'accumulation du contrôle et des profits par une minorité, qu'il s'agisse des managers pour l'utilisation de la propriété, ou des actionnaires pour la jouissance de ses fruits. En ce cas, les autorités publiques doivent non seulement les contrôler, mais également protéger ceux qui voient leur pouvoir d'achat décliner sur les marchés du fait des nouvelles formes de pouvoir coercitif et de l'accumulation de richesses par certains. C'est, encore une fois, ce qui justifie une protection sociale de marché pour les acteurs économiques défavorisés.

C. Protection sociale et libre concurrence

La garantie des droits de propriété et la préservation de la libre concurrence constituent en quelque sorte les termes du compromis libéral relatif à la protection sociale de marché. La concurrence demeure la règle, l'intervention et le contrôle de l'État fonctionnent quant à eux comme des correcteurs pour garantir la libre concurrence contre les dérives monopolistiques. Naturellement, les études relatives au caractère « inévitable » du monopole économique étaient, durant la première moitié du XXe siècle, une problématique centrale des analyses économiques anglo-saxonnes. Nous avons déjà évoqué brièvement le point de vue de Hayek à ce sujet, posant la problématique du monopole : est-ce qu'il résulte de l'évolution naturelle des technologies ou d'une politique déterminée ? Bien sûr, l'économiste libéral concluait que le monopole résulte du fait politique et n'est pas naturel[97]. Les monopoles

[95] À ce sujet, l'une des représentations les plus surprenantes et stimulantes de la propriété fut certainement l'idée de propriété sociale. C'était une thèse de Charles Reich, professeur de droit à Yale, dans les années 1960. Il estimait nécessaire de repenser la propriété en fonction d'un État social plus développé, et d'admettre que les prestations sociales étaient désormais de nouvelles formes de propriété, dans une logique de droit-créance. C.A. Reich, « The New Property », *The Yale Law Journal*, vol. 73, nº 5, av. 1964, p. 733-787. Voir également M. Renaudie, « Deux approches originales du constitutionnalisme social : Les théories de Charles Reich et Frank Michelman », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Aix-en-Provence, PUAM, nº 1, nov. 2018, p. 31-49.

[96] J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p 29.

[97] À ce sujet, voir l'économiste britannique Lionel Robbins : L. Robbins, *The Economic Basis of Class Conflict*, Londres, Macmillan, 1939, notamment le chapitre « The Inevitability of Monopoly », p. 45-80. L'auteur explique que si les principales théories économiques ont insisté sur les évolutions des rapports de transactions, elles ont sous-estimé la question essentielle des brevets professionnels (*patents*), titre de propriété et création juridique dont l'objectif est justement la monopolisation. L'économiste britannique de la London School of Economics, ardent défenseur du libre marché par opposition aux keynésiens de Cambridge, finit par admettre la nécessité d'une planification pour préserver le jeu de la concurrence durant la guerre, période aux grandes

économiques n'étaient pas le seul fait du marché, mais plutôt le fait de l'État et du cadre normatif établi. Une fois cette idée admise, la promotion de la libre concurrence par l'État est progressivement devenue un paradigme des politiques sociales américaines chez les progressistes, communiquant avec les nouvelles théories du réalisme juridique afin de mieux analyser les rouages du capitalisme. Comme le résume Morton Horwitz :

> Une conception monopolistique et excluante [*exclusionary*] de la propriété a été remplacée par des règles de droit qui permettaient diverses atteintes non réparables à la propriété. Finalement, de cette redéfinition de grande ampleur de la propriété, la présomption en faveur de la concurrence émergea complètement[98].

Cet aspect nous permet d'indiquer deux points essentiels. D'abord, la promotion de la libre concurrence a influencé le discours juridique justifiant la mise en place des politiques sociales. Justifiant le *New Deal*, Franklin Roosevelt rappelait la nécessité du *Freedom from monopolies* pour sauvegarder les intérêts de la classe moyenne laborieuse et émanciper les travailleurs de l'autorité des monopoles économiques sur les marchés[99]. Cela justifiait une protection sociale, car « [t]out homme a un droit sur sa propriété ; ce qui signifie un droit d'être assuré, dans la limite du possible, de la préservation de ses économies[100] ». La lutte des petits travailleurs ou consommateurs contre les grandes corporations est devenue un élément structurant du discours sur la protection sociale américaine, conjointement à la rhétorique relative à la propriété. De toute évidence, les attentes relatives à la protection sociale de marché ne peuvent être accomplies par le seul jeu de l'assurance privée, car rien n'empêcherait les assureurs privés de dériver vers les situations monopolistiques que la protection sociale est justement censée combattre. Marchés financiers et protection sociale, bien qu'ils disposent du même objectif social et économique de transferts des risques et des protections, se font concurrence. Les penseurs libéraux américains (qu'ils soient juristes ou économistes) ne défendront généralement ni le système public de protection sociale ni les assureurs privés. Ils plébisciteront toujours l'association des deux dans cette logique qui est de laisser le choix aux consommateurs. Le Président Obama, pour justifier sa réforme sur l'assurance maladie *Obamacare* reprenait le même leitmotiv. Il avait d'abord dénoncé les monopoles de certaines compagnies d'assurances privées, défendant sa réforme au motif qu'elle permettrait à ceux ayant peu de moyens de choisir une assurance à moindre coût :

> Ma philosophie est, et a toujours été que les consommateurs s'ajustent au mieux dans un système qui garantit le choix et la compétition. C'est la manière dont le marché fonctionne. Malheureusement, dans 34 États, 75 % du marché des assurances est contrôlé par à peine cinq compagnies. Dans l'Alabama, presque 90 % du marché est contrôlé par une seule compagnie d'assurance. Et sans compétition, le prix d'une assurance augmente et la qualité baisse […]. Mon objectif n'est pas de mettre les compagnies privées d'assurance hors-jeu. Elles fournissent un

---

avancées technologiques. L'auteur était cité notamment par Friedrich von Hayek dans son chapitre « The Inevitability of Planning » de son fameux ouvrage *The Road to Serfdom*, *op. cit.*, p. 46.

[98] M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 111.

[99] Voir F.D. Roosevelt, *Message to Congress on Curbing Monopolies*, 29 avril 1938.

[100] F.D. Roosevelt, *Discours de campagne au Commonwealth Club*, 23 septembre 1932, in S.I. Rosenman, *The Public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt*, vol. 1, *The Genesis of the New Deal, 1928-1932*, New York, Random House, 1938, p. 742-756.

> service légitime, et elles emploient nombre de nos amis et voisins. Je veux juste les mettre sous contrôle[101].

Ensuite et enfin, il faut retenir ce point par lequel le travail se voit considéré comme une marchandise à protéger sur un marché donné. C'est là le sens réel du travail conçu comme propriété. Rappelons la thèse de Gosta Esping-Andersen qui établit la classification des États sociaux et des droits sociaux selon cet indicateur assez imprécis, mais stimulant : le célèbre critère de la « démarchandisation » (*decommodification*) des politiques sociales. Il s'agit d'établir au sein de chaque État-providence pourquoi et comment certains produits devraient être exclus du jeu traditionnel de l'économie de marché, c'est-à-dire l'offre et la demande. Pour le sociologue, le « critère des droits sociaux doit être le degré auquel ils permettent aux personnes de maintenir leur niveau de vie indépendamment des forces du marché[102] ». Mais il y a bien sûr divers degrés pour établir l'immunité au marché des politiques sociales. En l'occurrence, le cas américain est l'exemple où la démarchandisation est la moins avancée. Comme nous l'avons écrit en introduction, la terminologie de protection sociale de marché révèle des contradictions intrinsèques. En cause, le fait que le travail soit considéré comme une marchandise dans la lente réflexion qui a mené à sa (relative) protection. Esping-Andersen a rappelé que le statut du travail comme marchandise était au cœur des débats sur la question sociale au XIXe siècle[103]. Les principales théories socialistes rejetaient *a priori* cette propension à considérer le travail comme une marchandise, symbole de l'aliénation des classes laborieuses. Ainsi les régimes corporatistes et démocrates sociaux de l'Europe se sont orientés vers des régimes de protection sociale enracinés dans des réflexes conservateurs contre les évolutions industrielles, mais également influencés par les thèses socialistes[104]. Et c'est logiquement que la citoyenneté nationale deviendra le fondement de la protection sociale en Europe, aménagée en fonction des cultures politiques et professionnelles selon les pays. En revanche, le libéralisme américain assumant la thèse que le travail est une propriété, mais aussi une marchandise, a logiquement abouti à la conception pro-marché de la protection sociale. Il est même révélateur que la création d'un système de retraite et d'une assurance chômage aux États-Unis ait pu se justifier par la volonté de davantage flexibiliser le marché du travail[105]. Comme l'a reconnu Esping-Andersen,

> Le compromis libéral avec la protection sociale est en pratique bien plus élastique que l'on croit, précisément parce que sous certaines conditions il envisage de renforcer le statut de marchandise dévolue au travail sans prémunir les effets sociaux défavorables[106].

---

[101] B. Obama, « Message au Congrès au sujet de la réforme de l'assurance maladie » (9 septembre 2009), in B. Obama, *Public Papers of the Presidents of the United States: Barack Obama. 2009*, t. II, *July 1 to December 31, 2009*, Washington, United States Government Printing Office, 2013, p. 1362-1370 [https://www.govinfo.gov/app/details/PPP-2009-book2].

[102] G. Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'État providence. Essai sur le capitalisme moderne*, *op. cit.*, p. 3.

[103] *Ibid.*, p. 37.

[104] *Ibid.*, p. 38-47.

[105] *Ibid.*, p. 43-44.

[106] *Ibid.*, p. 44.

Le concept de propriété au fondement de la protection sociale de marché a ainsi diminué cette dimension des politiques sociales qu'est la démarchandisation du travail et des biens de première nécessité. En d'autres termes, la protection sociale reste pour l'essentiel un commerce aux États-Unis. C'est peut-être la différence la plus évidente avec les conceptions européennes. Le concept de propriété, au fondement des analyses relatives à la protection sociale par son rôle structurant dans le cadre normatif, peut expliquer cette approche « commerciale » de la protection sociale outre-Atlantique. Les citoyens américains conçoivent la protection sociale publique et les fonds de pension privés dans le cadre d'un seul et même marché unique de protection sociale. Marché financier et caisses publiques servent des buts similaires pour des agents économiques qui ajustent leurs revenus futurs en fonction de scénarios économiques qu'ils anticipent pour sauvegarder leurs actifs. Ils choisissent d'investir dans des marchés financiers et fonds de pension pour moduler leur sécurité sociale selon leur choix, ou dans des mécanismes étatiques d'assurance collective pour mieux couvrir les risques. Souvent, ils choisissent un panachage des deux, qui semble un bon compromis entre prise de risque avec une assurance rémunératrice et sécurité minimale avec les systèmes d'assurance publique.

Conclusion

La propriété au fondement de la protection sociale de marché a entraîné une protection sociale de nature dynamique, tributaire des conceptions évolutives des droits de propriété et de la confiance dans l'État pour les assurer. Des théories peuvent tenter de rationaliser les dynamiques en référence, notamment, à la relation entre autonomie individuelle et compétences redistributives de l'État[107]. Cependant, les conceptions évolutives de la propriété n'invitent pas à la systématisation des mécanismes de protection sociale par l'État, contrairement au fondement peut-être plus structurant de la citoyenneté. En cause, le simple fait qu'il n'y a pas de définition définitive de ce qu'est la propriété, tandis que les doctrines qui lui sont relatives sont mouvantes. Ainsi un mécanisme de protection sociale qui tire sa légitimité des droits de propriété est instable. À l'évidence, le système de protection sociale de marché a ses limites. Les Européens n'auraient d'ailleurs aucune raison de l'envier. Il ne permet pas une sécurité du berceau à la tombe pour les plus faibles. En cause, le fait qu'il soit avant tout conçu comme un système alternatif pour protéger la propriété du travail en cas de crise. C'est ce qui fait certes sa légitimité, mais également sa faiblesse.

Notons enfin que la protection sociale publique aux États-Unis doit, c'est une évidence, être pensée au-delà de son cadre normatif, également dans ses relations avec le marché des assurances privées. Dans cette approche commerciale de la sécurité sociale, protection sociale et marché financier se complètent, mais ils se font concurrence également. Aux États-Unis, le poids des assurances privées fait que le pays est davantage soumis aux aléas des marchés financiers. Bien sûr, les aléas du marché affectent aussi les pays de protection sociale universelle. La crise des marchés financiers depuis dix ans a certes affaibli le rendement des dispositifs d'épargne pour financer les retraites en France. Mais les Américains sont plus exposés dans le cadre d'une protection sociale de marché, surtout en ce qui concerne

[107] Voir L. Underkuffler, *The Idea of Property: Its Meaning And Power*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

les crises de l'emploi. Les mécanismes de protection sociale ont parfois été renforcés, notamment pour la santé, avec des extensions pour les programmes *Medicare* et *Medicaid*, puis l'avènement de l'*Obamacare*, mais les insuffisances de la sécurité sociale et le défaut d'universalité ne permettent toujours pas une protection efficace des plus démunis. Les liens théoriques qui unissent propriété, concurrence, et protection sociale, ne peuvent remplacer l'idée d'une solidarité sociale universelle basée sur la citoyenneté. En 1945, à l'heure du premier bilan pour la protection sociale de marché aux États-Unis, le rédacteur du *SSA*, Edwin Witte, notait déjà les défaillances de ce système, insistant notamment sur le fait que les États fédérés ne suivaient pas suffisamment les instructions nationales relatives à la sécurité sociale. Malgré les apports considérables du *New Deal* qu'il détaillait longuement, il exprimait certaines inquiétudes pour l'avenir de la protection sociale de marché :

> Même durant des périodes de baisse du chômage, les limites et les inadéquations de notre système continuent d'être visibles. Très certainement, il ne nous protégera pas d'une autre grande dépression ni n'apportera des protections adéquates contre ses conséquences les plus graves[108].

Les ravages de la récession de 2008 aux États-Unis pour les plus démunis ont montré que ses inquiétudes étaient fondées. Elles le sont encore très certainement aujourd'hui.

Maxime Renaudie

Institut Max Planck de droit public comparé et droit international.

[108] E. Witte, « Development of Unemployment Compensation », art. cité, p 21. Il évoque ici les difficultés à établir un système national et universel d'assurance chômage, mais ses propos seraient certainement transposables à d'autres domaines sociaux.

Bibliographie

L. Bazzoli, *L'économie politique de John R. Commons*, Paris, L'Harmattan, 1999.

A. Berle et G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New Jersey, Transaction Publishers, 1991 [1932].

J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2014, p. 763-794.

J. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, 2e éd., New Jersey, Transaction Publishers, 2007 [1924].
—, « The Right to Work », *The Arena*, vol. 20, n° 2, (1899) 131–142.
—, « Marx Today: Capitalism and Socialism », *Atlantic Monthly*, n° 136, 1925, p. 682-693.

N. Duvoux, *Les oubliés du rêve américain. Philanthropie, État et pauvreté urbaine aux États-Unis*, Paris, PUF, 2015, 310 p.

R. Ely, *Studies in the Evolution of Industrial society*, Londres, The Macmillan Company, 1903.

G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, 767 p.

F. Frankfurter et N. Greene, *The Labor Injunction*, Londres, The Macmillan Company, 1924.

E. Freund, *The Legal Nature of Corporations*, Chicago, The University of Chicago Press, 1897.

B. Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Harvard University Press, 1998.

R.L. Hale, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State », *Political Science Quarterly*, vol. 38, 1923, p. 470-494.

F. Hayek, *The Road to Serfdom*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2001 [1944]

M. Hortwitz, *The Transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

H. Hoover, *Report of the President's Conference on unemployment*, Washington, Washington: United States Government Publishing Office, 1921.

R. Huret, *L'Amérique pauvre*, Paris, Thierry Magnier, 2010, 121 p.

—, *American Tax Resisters*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, 384 p.

C. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique », *Droits*, n° 51, 2010, p. 137-160

M. Katz, *The Price of Citizenship: Redefining the American Welfare State*, New York, Metropolitan Books, 2001

D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard books, 1975.

J. Locke, *Le Second Traité du Gouvernement*, Paris, PUF, 1994 [1690].

J. Magnan de Bornier. « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », *Revue économique*, vol. 38, n° 6, 1987, p. 1171-1190.

K. Marx, *Le capital*, Livre 1, Paris, PUF, 1993 [1867].

W. Mastor, « La politique de Roosevelt : le droit social d'un monde nouveau ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques,* n° 150, 2014, p. 41-52.

B. Obama, *Public Papers of the Presidents of the United States: Barack Obama. 2009*, t. II, *July 1 to December 31, 2009*, Washington, United States Government Printing Office, 2013 [https://www.govinfo.gov/app/details/PPP-2009-book2].

R. Pinto, *Des juges qui ne gouvernent pas : opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, préf. de G. Gidel, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

R. Pound, « Liberty of Contract », *The Yale Law Journal*, vol. 18, n° 7, 1909, p. 454-587.

Ch. Reich, « The New Property », *The Yale Law Journal*, vol. 73, n° 5, avril 1964, p. 733-787.

M. Renaudie, « La question sociale comme ligne rouge : Origines et limites du gouvernement des juges aux États-Unis », *Politéia, Revue Semestrielle de Droit Constitutionnel Comparé*, n° 31, juin 2017, p. 327-358.
—, « Deux approches originales du constitutionnalisme social : Les théories de Charles Reich et Frank Michelman », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, novembre 2018, p. 31-49.

L. Robbins, *The Economic Basis of Class Conflict*, Londres, Macmillan, 1939.

F.D. Roosevelt, *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, vol. 1, *The genesis of the New Deal, 1928-1932*, New York, Random House, 1938, p. 742-756.

J.-F. Spitz, *Le mythe de l'impartialité. Les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870–1940)*, Paris, PUF, 2014, 592 p.
—, *La propriété de soi. Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Paris, Vrin, 2018, 240 p.

C. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, Basic Books, 2004.

L. Underkuffler, *The Idea of Property: Its Meaning And Power,* Oxford, Oxford University Press, 2003.

L. Ward, « Plutocracy and Paternalism », *The Forum*, vol. 20, novembre 1895, p. 300-310.

E. Witte, « Development of Unemployment Compensation », *Yale Law Journal,* vol. 55, n° 1, 1945, p. 21-52.

M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.