

Loïc Pfister

Avocat et docteur en droit

Les sociétés ouvertes
au public et l'ordre
constitutionnel

Schulthess § 2010
ÉDITIONS ROMANDES

Table des matières

Table des abréviations.....	XXI
Bibliographie.....	XXVII
Ouvrages juridiques.....	XXVII
Messages et travaux préparatoires.....	LXI
Ouvrages non juridiques.....	LXIV
Introduction.....	1
Première partie : Fondements.....	3
<i>Chapitre 1 : Point de départ.....</i>	<i>5</i>
§ 1. Le Léviathan aujourd’hui.....	5
I. Bref rappel de théorie politique.....	5
II. La contribution du Léviathan à la compréhension du droit économique actuel.....	10
III. Légitimité et opinion publique.....	13
A. L’opinion publique comme indice.....	13
B. Crise de légitimité sociale.....	15
C. Crise de légitimité et droit constitutionnel.....	17
IV. L’exemple des <i>Private Military Companies</i>	18
V. Les perspectives.....	19
§ 2. Présentation de la thèse.....	20
I. Le constat.....	21
A. Les axiomes.....	21
1. Les sources du pouvoir.....	21
2. Le contrôle des sociétés ouvertes au public comme bien public.....	22
B. La problématique.....	22
C. Le risque accepté et la diversification de l’actionnaire.....	23
II. Les propositions soutenues dans ce travail.....	24
A. La Constitution comme réponse au problème du contrôle efficace des pouvoirs privés.....	24

1.	Les valeurs juridiques.....	24
2.	Le contrôle interne, ses limites d'efficacité et le contrôle externe	25
B.	Les sociétés ouvertes au public comme « citoyens plus qu'ordinaires ».....	26
<i>Chapitre 2 : Référentiel et méthode</i>		29
§ 3.	Le référentiel	29
I.	Les axes du travail	29
A.	La liberté	30
B.	Le pouvoir	31
C.	La responsabilité.....	33
D.	Les conséquences	35
1.	L'appréciation générale.....	35
2.	L'appréciation constitutionnelle.....	36
II.	Les lignes directrices et les distinctions	37
A.	La distinction entre morale et droit.....	37
B.	L'approche relevant du devoir	40
C.	L'apport du droit constitutionnel	41
D.	La nature de la distinction entre droit privé et droit public.....	42
E.	Efficacité constitutionnelle versus efficacité économique.....	46
1.	Les origines	46
2.	L'analyse économique du droit	47
3.	Critique de l'analyse économique du droit.....	48
4.	L'appréciation	49
5.	Le cadre constitutionnel et l'indépendance du droit économique.....	50
III.	Les limites.....	50
A.	Le droit international	50
B.	Les autres sources de pouvoir privé.....	52
C.	Les sociétés importantes non cotées	52
§ 4.	Outils méthodologiques	55
I.	Les conceptions générales.....	56
A.	Les tensions.....	56
B.	Les conceptions actuelles	56
C.	La complexité.....	57
II.	Quelques repères sur l'ordre juridique en tant que système.....	57
A.	Le positivisme.....	58
B.	La théorie des systèmes	59
III.	Tentative d'appréciation.....	60
A.	La Constitution comme couplage structurel.....	60
B.	L'ordre juridique comme système	61
1.	L'ordre juridique forme un système dynamique.....	62

2.	L'ordre juridique forme un système formel	63
3.	L'ordre juridique forme un système relatif.....	63
4.	L'ordre juridique forme un système cohérent et unique.....	64
C.	Justice et procédure.....	65
D.	Circularité et fragilité.....	65
E.	Réalité communicationnelle.....	66
1.	Le législateur	67
2.	Le juge.....	68
3.	La doctrine	69
IV.	L'application et l'évolution du système.....	70
A.	Lacune constitutionnelle et lacune de la loi	72
1.	Lacune constitutionnelle	72
2.	Lacune de la loi.....	72
B.	Interprétation	73
1.	Le besoin de l'interprétation.....	73
2.	Les particularités interprétatives de la Constitution.....	74
a.	Les particularités du texte lui-même.....	74
b.	Les aspects particuliers de l'interprétation constitutionnelle...	76
C.	Les modes d'approche du texte légal	80
1.	La jurisprudence des concepts	80
2.	La jurisprudence des intérêts.....	81
3.	La jurisprudence des valeurs.....	83
4.	L'analyse économique du droit	84
5.	L'appréciation pour notre sujet d'étude.....	85

Deuxième partie : Les sociétés ouvertes au public et leur contrôle..... 87

Chapitre 3 : Les sociétés ouvertes au public..... 89

§ 5.	La notion de société ouverte au public.....	89
I.	La notion	89
II.	La définition.....	90
III.	Le marché des capitaux	92
A.	Le marché des capitaux comme cadre	92
B.	Le marché des capitaux comme acteur.....	94
§ 6.	Les divers intérêts en présence.....	95
I.	La définition.....	95
II.	Les actionnaires comme propriétaires ?.....	96
A.	Les actionnaires comme propriétaires économiques.....	97
B.	Une approche économique de la propriété.....	100
C.	Les analogies entre actionnaires et propriétaires.....	102
D.	L'actionnaire comme propriétaire au sens du droit constitutionnel.....	103

III.	Les titulaires des intérêts.....	104
A.	Les intérêts de la société.....	106
1.	La société anonyme comme entité juridique.....	106
2.	L'art. 717 al. 1 CO.....	109
B.	Les intérêts de l'entreprise.....	111
C.	Les intérêts des actionnaires.....	113
1.	Lien entre les intérêts des actionnaires et ceux de la société.....	113
2.	Les discussions en doctrine.....	116
3.	La jurisprudence.....	118
4.	L'appréciation du modèle de l' <i>homo oeconomicus</i>	119
5.	Les différentes catégories d'actionnaires.....	122
D.	Les autres intérêts.....	123
1.	Les titulaires de bons de participation ou de jouissance.....	123
2.	Les administrateurs.....	124
3.	Les travailleurs.....	126
a.	La direction générale.....	126
b.	Les employés.....	127
4.	Les (autres) créanciers.....	128
5.	Les titulaires d'obligations d'emprunt et dérivés.....	129
6.	Le public.....	130
7.	L'Etat.....	132
8.	L'environnement naturel.....	133
9.	Les intérêts futurs.....	133
a.	Les investisseurs potentiels.....	133
b.	Les autres intérêts futurs.....	134
§ 7.	Les nouvelles sources de pouvoir.....	134
I.	Nature du pouvoir exercé.....	135
A.	Sur l'économie.....	135
B.	Quant à la science et la connaissance.....	136
C.	Par rapport à la société.....	136
D.	Par rapport à l'Etat.....	137
II.	La genèse et la croissance du pouvoir économique.....	139
A.	En Europe.....	139
B.	En Suisse.....	142
C.	Epoque contemporaine.....	143
1.	Rien de nouveau sous le soleil.....	143
2.	Les technologies et la portée presque illimitée des actes.....	143
3.	La limitation de l'Etat.....	144
4.	Les nouvelles exigences sociales.....	144
5.	L'appréciation.....	144

§ 8.	Les sociétés ouvertes au public comme « citoyens plus qu'ordinaires »	145
<i>Chapitre 4 : Le contrôle des sociétés ouvertes au public</i>		147
§ 9.	Une approche historique du phénomène de la perte du contrôle économique et social	147
I.	L'entrepreneur privé	148
A.	Aspect social	148
B.	Aspect économique.....	148
II.	La société anonyme comme entité indépendante	149
A.	Aspect social	149
B.	Aspect économique.....	150
III.	Les sociétés ouvertes au public	151
A.	Aspect social	151
B.	Aspect économique.....	152
IV.	Les conséquences de l'évolution au niveau du contrôle	153
§ 10.	Le contrôle comme bien public	153
I.	L'existence des sociétés ouvertes au public due à l'Etat	154
II.	L'Etat de droit démocratique	154
III.	Le bien public	154
IV.	La définition du contrôle	155
A.	Le contrôle juridique.....	155
B.	Processus et formes de contrôle.....	156
C.	Contrôle interne et externe.....	157
Troisième partie : L'apport du droit constitutionnel		159
<i>Chapitre 5 : La notion de Constitution</i>		161
§ 11.	Quelques jalons constitutionnels	161
I.	Le rôle de la Constitution	162
A.	Les buts de la Constitution.....	162
B.	Les fonctions de la Constitution.....	163
II.	La Constitution comme texte normatif.....	167
III.	Le contexte social.....	168
IV.	Le pouvoir constituant.....	170
§ 12.	Les valeurs du Préambule et les dispositions générales comme aide à l'interprétation.....	172
I.	Les valeurs économiques et non économiques	172
II.	Le Préambule	174
III.	Les dispositions générales.....	177
A.	L'art. 2 Cst.	177
B.	L'art. 5 Cst.	180
C.	L'art. 6 Cst.	181
1.	Contexte général de l'article.....	181

2.	La notion de responsabilité.....	183
3.	La responsabilité comme valeur morale et juridique.....	184
4.	Le principe de subsidiarité.....	185
<i>Chapitre 6 : L'ordre constitutionnel.....</i>		187
§ 13.	Les trois facettes de l'ordre constitutionnel.....	187
I.	La liberté économique et l'ordre économique.....	188
A.	La portée institutionnelle de la liberté économique.....	190
B.	Le but.....	193
1.	La prospérité et la sécurité économique de la population.....	193
2.	Le principe de collaboration et ses conséquences pour les acteurs économiques.....	194
3.	Le principe de subsidiarité et la responsabilité individuelle pour la prospérité d'autrui.....	195
C.	Le cadre de la liberté économique.....	197
1.	Les limites.....	197
2.	Les limites des limites.....	198
3.	Le système des dérogations.....	199
II.	La facette sociale.....	200
A.	Les origines.....	201
B.	La consécration constitutionnelle.....	202
1.	Les valeurs programmatiques.....	203
2.	Les buts sociaux de l'art. 41 Cst.....	203
3.	Les droits sociaux.....	206
4.	Les normes d'attribution de compétences.....	208
III.	La facette environnementale.....	208
A.	Essai de définition de la notion d'environnement.....	208
B.	L'approche programmatique et conceptuelle de l'environnement.....	209
C.	La concrétisation de l'art. 74 Cst.....	212
1.	Le mandat de l'Etat.....	212
2.	Le principe de prévention.....	213
3.	Le principe du pollueur-payeur.....	215
4.	Le principe de la collaboration.....	218
5.	Conclusion.....	219
D.	Le développement durable.....	220
1.	La définition.....	220
2.	La portée.....	221
3.	La consécration et le rôle dans la Constitution.....	222
4.	La compréhension écologique du développement durable (art. 73 Cst.).....	224
5.	<i>Corporate sustainability</i>	226
§ 14.	La portée individuelle de la liberté économique.....	227

I.	Une approche classique de la titularité des droits fondamentaux ..	228
A.	Le principe historique de l'essence personnelle	228
B.	L'évolution en un principe indicatif	229
C.	L'apparition du critère matériel classique	230
D.	La signification pour la liberté économique.....	232
1.	Les personnes privées.....	232
a.	La titularité des personnes physiques.....	232
b.	La titularité des personnes morales	232
c.	La titularité des personnes morales étrangères	235
d.	La restriction classique à la titularité en raison d'un rapport spécial avec l'Etat	236
2.	Les entités de droit public.....	237
a.	Non titularité.....	237
b.	L'exception classique en raison d'une autonomie dans une constellation particulière	238
c.	Les entreprises publiques	239
E.	En résumé	241
II.	Une conception nouvelle des débiteurs des droits fondamentaux.	242
A.	Les origines et les effets verticaux selon l'art. 35 al. 2 Cst.....	243
B.	L'évolution récente	244
1.	La décentralisation et la privatisation des tâches de l'Etat.....	244
2.	Le cas des entreprises publiques sur un marché concurrentiel..	246
3.	Les nouvelles formes de pouvoir privé.....	249
4.	Les conséquences	250
C.	L'appréciation extensive de l'art. 35 al. 2 Cst. (<i>State action doctrine</i>).....	252
D.	Les « effets horizontaux » au sens de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst.....	253
1.	La théorie des effets horizontaux	254
a.	Les effets indirects	256
b.	Les effets directs.....	258
c.	Les effets médians.....	258
d.	Les devoirs de protection.....	259
2.	Les « effets diagonaux ».....	261
3.	Que proclame l'art. 35 al. 3 Cst. ?.....	262
a.	La volonté du constituant et le lien entre les al. 1 et 3	262
b.	La lettre	264
c.	L'appréciation des effets directs des droits fondamentaux ...	264
d.	L'illustration	268
E.	Une analyse critique de la théorie des effets diagonaux.....	269
F.	Le problème de la concrétisation.....	270
1.	Le problème lié aux « effets diagonaux ».....	270
a.	L'art. 190 Cst.....	271

b.	Les voies de recours.....	273
2.	Qualité pour agir des acteurs de droit public.....	274
III.	Une appréciation personnelle.....	275
A.	Les « effets diagonaux ».....	275
B.	L'approche unique des al. 2 et 3 de l'art. 35 Cst.....	275
C.	Les effets directs des droits fondamentaux.....	276
D.	L'inconsistance de la procédure actuelle	276
1.	L'absence du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales.....	276
2.	La qualité pour agir	276
<i>Chapitre 7 : Le droit constitutionnel appliqué aux sociétés ouvertes au public.....</i>		277
§ 15.	L'application diagonale des droits fondamentaux.....	277
I.	Les effets diagonaux indirects de la liberté économique	278
II.	Les effets diagonaux directs de la liberté économique.....	279
A.	La liberté économique comme droit fondamental se prêtant aux effets diagonaux directs ?	279
1.	Un exemple tiré de la jurisprudence.....	279
2.	Appréciation.....	282
B.	Les conflits de libertés et les restrictions au sens de l'art. 36 Cst.	283
1.	La base légale	284
2.	La justification par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.....	285
3.	La proportionnalité au but visé.....	287
4.	Le respect de l'essence du droit	287
5.	L'égalité de traitement entre concurrents directs	288
C.	Essai de définition d'un nouveau critère matériel pour l'obligation de contracter	289
1.	L'offre générale et publique de marchandises et de services.....	290
2.	Le besoin normal.....	290
3.	La position dominante.....	290
4.	L'absence de motifs justifiant objectivement le refus	291
D.	Application aux sociétés ouvertes au public	291
III.	Les effets diagonaux directs de la garantie de propriété ?	292
A.	Droits des actionnaires au sein de la société ouverte au public	292
B.	Rémunérations excessives des membres du management.....	293
§ 16.	L'apport des principes constitutionnels à un meilleur contrôle des sociétés ouvertes au public	294
I.	Dispositions constitutionnelles comme aide à l'interprétation des normes légales relatives aux sociétés ouvertes au public, en particulier de l'art. 717 al. 1 CO.....	295

II.	Dynamisation de l'ordre légal et potentiel normatif de la Constitution	297
A.	Potentiel normatif relatif à la place des actionnaires	299
B.	Instruments extérieurs de contrôle des sociétés ouvertes au public	300
III.	Responsabilité morale des sociétés ouvertes au public ?	301
A.	La discussion actuelle	301
B.	La critique	302
C.	L'appréciation	303
D.	Le pragmatisme constitutionnel	303
IV.	Système de contrôle des sociétés ouvertes au public	304
A.	Contrôle interne	305
1.	Les actionnaires	306
a.	La position d'organe des actionnaires	307
b.	Le droit de vote	308
c.	Les droits d'information	308
d.	Les droits patrimoniaux	309
e.	Les droits d'action	310
f.	Les droits des actionnaires minoritaires	311
2.	Limite du contrôle par les actionnaires	312
3.	Les administrateurs	314
a.	Fonction et composition	314
b.	Intérêts à prendre en compte	315
c.	Système de contrôle interne et évaluation des risques	316
4.	L'organe de révision	319
5.	Le marché des capitaux	320
B.	Limite du contrôle interne	321
C.	Quelques mécanismes de contrôle externe	322
1.	La réputation	323
2.	Les autorités étatiques	325
3.	Les autorités d'autorégulation boursière	326
4.	La responsabilité des instances dirigeantes face aux tiers	327
5.	Les taxes incitatives et causales	328
6.	Autres	328
	Conclusion	331