

PARIS, le

Les soussignés, Députés à l'Assemblée Nationale, ont l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi de nationalisation adoptée définitivement par l'Assemblée Nationale au cours de la deuxième séance du vendredi 18 décembre 1981 selon la procédure prévue à l'article 45, alinéa 4.

Ils concluent qu'il plaise au Conseil Constitutionnel déclarer ladite loi non conforme à la Constitution et, spécialement, à l'alinéa 9ème du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Subsidiairement, ils concluent qu'il plaise au Conseil Constitutionnel, déclarer non conforme à la Constitution l'article 13 de la loi pour violation du principe de non discrimination,

- l'ensemble de la loi et spécialement ses articles 4, 16 et 30 pour violation du principe de la souveraineté des Etats en ce que la loi confère à la nationalisation un effet extra-territorial,

- les articles 5 et 6, 17 et 18, 31 et 32, et, par voie de conséquence, l'ensemble de la loi pour violation de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

FAIT A PARIS, le 18 Décembre 1981

(2-)

J. Foye
Jean Foye
Député de Maine et Loire

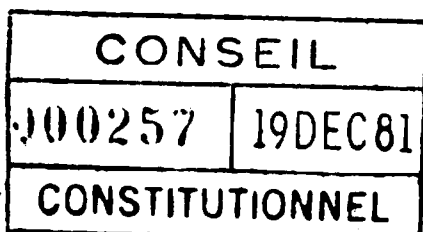


TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
<u>SECTION I</u> - LA LOI DE NATIONALISATION ET LES PRINCIPES DU DROIT INTERNE FRANCAIS....	5
A. La loi de nationalisation et les règles constitutionnelles de la procédure législative..	6
1) Moyens d'inconstitutionnalité tirés de la violation de l'article 40 de la Constitution, notamment par les articles 5, 12, 17, 24, 31 et 40 de la loi de nationalisation.....	6
2) Moyens d'inconstitutionnalité tirés de la violation de l'article 40 de la Constitution par tous les articles de la loi de nationa- lisation.....	13
3) Moyens d'inconstitutionnalité tirés de la violation des articles 1 et 2 de l'ordon- nance du 2 Janvier 1959 portant loi organi- que relative aux lois de finances par tous les articles de la loi de nationalisation et notamment par les articles 5, 12, 17, 24, 31, 40, 41 et 43 de la loi.....	14
4) Moyens d'inconstitutionnalité tirés de la violation de l'article 15 de l'ordonnance du 2 Janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances par tous les articles de la loi de nationalisation et notamment par les articles 5, 12, 17, 24 et 31 de la loi.....	17
5) Moyens d'inconstitutionnalité tirés de la violation de l'article 15 de l'ordonnance du 2 Janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances par tous les articles de la loi de nationalisation et notamment par les articles 5, 12, 17, 24 et 31 de la loi.....	18

B. La loi de nationalisation et la nature juridique et économique de la Société Française.....	20
1) l'ampleur des nationalisations.....	20
2) La conformité des nationalisations au regard du caractère constitutionnel de la Société Française.....	31
C. La loi de nationalisation et le principe d'égalité.....	47
1) Le principe d'égalité et la discrimination entre banques françaises et étrangères.....	57
a) Le statut des banques à majorité de capital étranger et le statut des banques à majorité de capital français.....	58
b) Le principe d'égalité et discrimination entre les deux catégories de banques.....	64
2) Le principe d'égalité et la discrimination entre banques françaises.....	74
 <u>SECTION II - LA LOI DE NATIONALISATION ET LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL.....</u>	 78
1) La loi de nationalisation s'attribue des effets extra-territoriaux.....	81
2) Le fondement du droit de l'Etat de nationaliser.	87
3) Une mesure de nationalisation ne peut avoir effet que sur le territoire de l'Etat qui la prend.....	88
 <u>SECTION III - L'INDEMNISATION DES ACTIONNAIRES.....</u>	 101
1) La confiscation du dividende 1981.....	106
2) L'absence de garantie contre la dépréciation monétaire.....	107
3) Les trois critères retenus ne permettent pas de déterminer la valeur réelle des actions nationalisées.....	110

RECOURS AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La loi de nationalisation votée en décembre 1981, qui est déférée à la censure du Conseil Constitutionnel, est contraire tant aux principes constitutionnels du droit français qu'aux règles du droit international public.

Mais avant d'examiner les arguments qui permettent de penser que la loi ne peut être promulguée en raison de la violation de diverses dispositions de la Constitution, du Préambule de 1946 ou de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, il convient de dissiper une équivoque soigneusement entretenue depuis l'été autour du Conseil Constitutionnel et de son droit de contrôle prévu par la Constitution.

Le Conseil Constitutionnel ne pourrait pas exercer un tel contrôle, s'est-on empressé de clamer sur les médias, car un tel contrôle irait à l'encontre de la volonté populaire exprimée le 10 mai 1981 avec le second tour de l'élection présidentielle. Le programme du candidat élu Président ayant comporté, entre autres, les nationalisations votées par la Loi déférée à la censure du Conseil Constitutionnel par le présent recours, l'élection du candidat à la Présidence de la République aurait donc manifesté l'accord du peuple français sur ce programme.

La loi critiquée ne serait que la mise en oeuvre du contrat conclu avec le peuple par le candidat - Président ; censurer la loi, ce serait donc censurer la volonté populaire.

De telle sorte que - on poursuit le récit historique de la rumeur répandue par les milieux avertis - ou bien le Conseil Constitutionnel approuverait la loi de nationalisation et rendrait ainsi une décision juridiquement fondée, ou bien le Conseil Constitutionnel déclarerait la loi en tout ou en partie non conforme à la constitution et rendrait ainsi une décision politique et non pas juridique.

La question est trop grave pour être éludée par le présent recours. Elle est grave sans doute, mais elle est mal posée en réalité.

En effet, sans même s'arrêter sur le point de savoir si le peuple français a voté pour tout le programme du candidat Président ou simplement pour éviter la réélection d'un Président sortant ni même sur la comptabilité d'une telle thèse d'un mandat impératif entre le peuple et le Président et le caractère représentatif de la démocratie française, on doit en réalité faire observer que le contrôle du Conseil Constitutionnel n'est pas destiné à contrecarrer l'expression de la volonté populaire mais tout au plus les modalités de réalisation de cette volonté populaire.

.../...

Il ne s'agit pas de dire, le cas échéant que les nationalisations sont interdites en France d'un point de vue juridique, mais simplement dans l'état actuel de nos textes constitutionnels, soit le principe de ces nationalisations, soit certaines de leurs modalités d'application ne sont pas compatibles avec les textes les plus sacrés de notre littérature juridique, à savoir la Constitution, le Préambule de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Il ne s'agit nullement d'interdire à jamais les nationalisations. Celles-ci sont possibles ; La France ne vit pas à l'heure actuelle sous une Constitution rigide mais sous une constitution souple qui a elle-même aménagé ses modes de révision.

A supposer donc que l'élection du 10 Mai 1981 ait manifesté l'accord du peuple français sur la mise en oeuvre d'un programme de nationalisation, cet accord ou ce contrat n'ont pas pour autant habilité les pouvoirs publics à violer la constitution. S'il y a accord, c'est peut-être sur le programme, certainement pas sur la procédure mise en oeuvre.

D'ailleurs les auteurs du présent recours invoquent l'opinion d'un ancien membre du Conseil Constitutionnel qui a très bien résumé les motifs pour lesquels un contrôle de constitutionnalité ne peut pas être présenté comme l'opposition d'un certain nombre de juges à la volonté populaire.

.../...

Cet auteur, c'est Monsieur le Professeur François Luchaire, qui a répondu à cette objection dans un ouvrage intitulé le Conseil Constitutionnel et paru aux éditions Economica en 1980, page VIII.

Monsieur LUCHAIRE écrit :

" L'existence même du Conseil Constitutionnel peut entraîner une opposition entre deux conceptions du droit ou si l'on veut deux grandes normes juridiques ; en premier lieu, le juriste est tout naturellement tenté d'assurer le respect de la norme juridique la plus élevée ; il doit, par conséquent, utiliser toutes les ressources de sa technique et son ingéniosité pour faire en sorte que la loi constitutionnelle s'impose à tous et en toutes circonstances.

Mais en second lieu, le principe démocratique veut que rien ne puisse s'opposer à la volonté du peuple ou de ses représentants, notamment par l'intervention du Juge. Alors, faut-il que le contrôle du Juge Constitutionnel soit le plus étendu possible afin de mieux assurer le respect de la Constitution ? Faut-il qu'il soit, au contraire, limité pour ne pas entraver la volonté populaire ?

Je dois la vérité aux lecteurs : j'ai choisi de répondre par l'affirmative à la première question.

Pourquoi ? Parce que d'abord, le Juge n'est pas un obstacle insurmontable ; une constitution peut toujours être modifiée, selon des formes plus solennelles que les autres actes juridiques sans doute ; mais cette solennité est bien nécessaire pour une norme aussi fondamentale et aussi respectable.

Parce qu'ensuite, la volonté populaire est trop facilement mise en condition par les techniques nouvelles de propagande ; parce qu'elle n'est bien souvent que l'alibi derrière lequel s'abritent les volontés particulières d'un groupe de gouvernants.

Parce qu'enfin et à l'inverse, les libertés font partie de notre système constitutionnel, parce qu'elles restent un objectif fondamental même pour ceux qui estiment que les libertés réelles ne peuvent être obtenues que par le socialisme ;

" parce que dans notre univers où la liberté est partout soit ignorée, soit menacée, le devoirs du juriste est de la protéger. Le juriste devient-il alors un partisan ? Oui, mais un partisan du droit et d'un droit qui reconnaît à l'Homme cette liberté sans laquelle il n'appartiendrait pas à l'espèce humaine ".

Ces précisions étant données, il convient donc de montrer en quoi la loi de nationalisation est contraire d'abord au principe constitutionnel du droit interne français.

- S E C T I O N I -

- LA LOI DE NATIONALISATION ET LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

DU DROIT INTERNE FRANÇAIS

La loi de nationalisation encourt la censure du Conseil Constitutionnel pour quatre grandes catégories de motifs .

Elle ne respecte pas les dispositions de nature constitutionnelle concernant la procédure législative ; elle est contraire aux textes constitutionnels définissant le droit de propriété ; elle viole les caractères constitutionnels de la République ; enfin elle méconnaît le principe constitutionnel de non-discrimination.

Le présent recours envisagera successivement le premier point et les deux derniers ; le second concernant la compatibilité de la loi de nationalisation avec les principes constitutionnels relatifs aux droits de propriété, sera examiné ailleurs.

A) LA LOI DE NATIONALISATION ET LES REGLES CONSTITUTIONNELLES
de la procédure législative

On peut ici recenser essentiellement cinq moyens de censure résultant de la violation par la loi de nationalisation de l'article 40 de la Constitution de 1958 d'une part, et des articles 1° et 15 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959 relative aux Lois de Finances d'autre part.

1°) MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE TIRES DE LA VIOLATION
DE L'ARTICLE 40 de la CONSTITUTION NOTAMMENT PAR LES
ARTICLES 5, 12, 17, 24, 31 et 40 de LA LOI DE NATIO-
NALISATION.

L'article 40 de la Constitution de 1958 édicte que les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique.

Dès sa décision du 20 janvier 1961 (v. Louis Favoreu et Loïc Philip, les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 2è éd., Paris Sirey 1979), le Conseil Constitutionnel a accepté de juger de la conformité des lois ordinaires au regard de l'article 40 de la Constitution et s'est déclaré, selon l'expression des auteurs précités, comme le Juge Suprême de l'interprétation de l'article 40 de la Constitution.

Mais c'est surtout la décision du 23 juillet 1975 rendue à propos de la taxe professionnelle que le Conseil Constitutionnel a marqué tous les effets possibles résultant de ce contrôle de l'utilisation de l'article 40 de la Constitution par le Gouvernement et par les organes parlementaires de contrôle.

Dans cette décision du 23 juillet 1975, le Conseil Constitutionnel a accepté d'examiner un recours présenté par les Députés Socialistes qui estimaient que leurs amendements avaient été irrégulièrement écartés au titre de l'article 40 de la Constitution.

Le Conseil Constitutionnel a jugé, dans cette très importante décision, qu'il était de sa mission de statuer sur le point de savoir si, au cours de l'élaboration de la loi, il avait été fait une application conforme à la lettre et à l'esprit de ce texte. L'importance des considérants de cette décision du 23 juillet 1975 justifie qu'on les rappelle.

- " Considérant qu'il appartient au Conseil Constitutionnel, lorsqu'il est saisi, en application de l'article 61 de la Constitution, d'une loi votée par le Parlement et en instance de promulgation, non seulement de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution mais encore d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeurs constitutionnelles relatives à la procédure législative ;

Considérant que l'article 40 de la Constitution dispose :

" les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique " ; que si la mise en oeuvre de cette disposition est assurée, au cours de la procédure législative, dans les conditions prévues par les règlements des deux Assemblées du Parlement, il est de la mission du Conseil Constitutionnel de statuer sur le point de savoir si, au cours de l'élaboration de la loi, il a été fait de l'article sus-rappelé une application conforme à la lettre et à l'esprit de cette disposition " .

Ainsi, contrairement à ce que d'aucuns avaient pu croire il y a dix ans, le Conseil Constitutionnel accepte de contrôler les décisions d'irrecevabilité opposées par le Gouvernement ou par les organes parlementaires à certains amendements.

La conséquence en est que, si les décisions d'irrecevabilité ont été opposées à tort au cours de la discussion parlementaire, l'irrégularité de ces décisions doit entraîner la déclaration de non conformité de la loi tout entière, ou au moins des dispositions de la loi concernées par les amendements déclarés irrecevables.

Tel est bien le cas en l'espèce. C'est ainsi que l'amendement n° 337 proposait de fixer le taux d'intérêt des obligations remises en échange des actions des sociétés industrielles transférées à l'Etat à 11 % par an au minimum.

L'adoption de cet amendement n'aurait pas eu pour conséquence la création ou l'aggravation d'une charge publique. En effet, l'article 5 de la loi de nationalisation prévoit que l'intérêt de ces obligations est égal au taux de rendement des emprunts d'Etat dont le capital ou les intérêts ne sont pas indexés, émis à taux fixe et d'échéance finale supérieure à sept ans, constatés, sur le marché secondaire de Paris par la Caisse des Dépôts et Consignations durant les 25 premières semaines du semestre précédant sa fixation et, pour la première fois, du 1° juillet au 21 décembre 1981.

Or il est constant qu'en 1981, le taux d'intérêt des emprunts d'Etat a dépassé allégrement ce cap puisqu'il a atteint les 17 %.

Il en va de même pour l'amendement n° 338 qui portait également sur l'article 5 de la Loi et avait le même objet.

L'amendement 339 qui portait également sur l'article 5 de la Loi prévoyait de substituer à la période de remboursement des obligations en quinze tranches une période de remboursement en dix tranches. Un tel amendement a été déclaré irrecevable alors pourtant qu'il n'alourdit pas la charge financière de l'indemnisation puisqu'il en résulte un allègement de la charge des intérêts. Ainsi, loin d'aggraver la charge publique prévue par la loi elle-même, il l'allège.

Il en va de même de l'amendement n° 341 qui proposait de procéder à un amortissement anticipé d'une fraction des obligations remises aux anciens actionnaires des sociétés industrielles dont les filiales étrangères ont fait l'objet d'une aliénation partielle ou totale au moyen de produits financiers résultant précisément de ces aliénations. Cet amortissement anticipé permettrait ainsi d'alléger les charges d'intérêt pour le budget de l'Etat.

L'amendement n° 348 concernait également l'article 5 de la loi et proposait de prévoir que les salariés de l'entreprise détenteurs d'actions de leur société, pouvaient être indemnisés soit par le moyen des obligations soit en liquidités.

Cet amendement a été déclaré à tort irrecevable car, en réalité, qu'il s'agisse d'une indemnisation en obligations ou d'une indemnisation en espèces, dans l'un et l'autre cas, on est en présence d'une même charge publique, une obligation étant bien au contraire une charge plus importante car elle entraîne pour l'Etat non seulement un remboursement en capital mais également un paiement des intérêts. Il en va de même pour les amendements n°s 314, 1135 et 736.

L'amendement n° 1342 qui portait sur l'article 47 de la loi a été déclaré à tort irrecevable. En effet l'article 47 du projet de loi initial prévoyait que la plus ou moins value en cas de vente des titres reçus en échange est calculée à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres ayant ouvert droit à indemnisation.

L'amendement proposait que la plus ou moins value fût calculée à partir du nominal des obligations ou bien du prix ou de la valeur d'acquisition de celles-ci, si ce prix ou cette valeur d'acquisition sont supérieurs au nominal. Cet amendement n'a pas pour objet de diminuer les ressources publiques. En effet, pour apprécier s'il y a diminution des ressources, il faut se placer, non par rapport au projet gouvernemental en discussion, mais par rapport à la législation pré-existante.

Comme le notent très justement Monsieur Favoreu et Philip, il est admis que le Parlement peut réduire les augmentations d'impôt projetées par le Gouvernement jusqu'à la limite du système fiscal en vigueur. Cette solution a été confirmée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 23 juillet 1975 (taxe professionnelle).

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'institution de la taxe professionnelle en remplacement de la patente devait être considérée comme la création d'un nouvel impôt ou comme la transformation d'un impôt existant. Dans le premier cas, il n'y avait donc pas de législation pré-existante, et le pouvoir d'amendement des parlementaires pouvait s'exercer librement. Dans le second cas, devaient être considérés comme irrecevables les amendements se traduisant par une diminution de recettes par rapport à l'ancien régime de la patente.

C'est cette deuxième solution que le Conseil Constitutionnel a consacré en précisant que si l'article 40 de la Constitution apporte une limitation aux pouvoirs d'initiative des parlementaires, "c'est en vue d'éviter que des dispositions particulières, ayant une incidence financière directe, puissent être votées sans qu'il soit tenu compte des conséquences qui pourraient en résulter pour la situation d'ensemble des finances publiques" (et donc non pour faciliter l'adoption des textes présentés par le gouvernement).

Par conséquent, ajoutent les mêmes auteurs, c'est bien par rapport à la législation en vigueur, et non par rapport aux textes en discussion, qu'il faut se placer pour apprécier si un amendement a pour effet de diminuer les ressources publiques (Favoreu et Philip, op. cit. p. 123 et 124).

Or, dans le régime pré-existant à la loi de nationalisation, les plus-values imposables sont calculées par rapport aux nominales des titres cédés ou par rapport à leur valeur d'acquisition si celle-ci est supérieure (v. notam. en ce sens, l'article 164 du code Général des Impôts).

C'est donc à tort que l'amendement n° 1 342 qui proposait précisément de calculer la plus value imposable soit par rapport aux nominales de l'obligation vendue soit par rapport au prix ou à la valeur d'acquisition de l'obligation si cette obligation vendue était entrée dans le patrimoine du vendeur non pas au moment de la nationalisation des entreprises mais ultérieurement par achat de ces obligations sur le marché boursier.

Il en va de même pour les amendements n°s 1337 et 1338.

On peut faire des observations analogues à propos de l'amendement n° 829 concernant l'article 24 de la loi de nationalisation et plus précisément la Caisse Nationale des Banques. L'amendement n° 829 proposait que les dépenses de cette caisse nationale des Banques soient couvertes exclusivement par les dotations de l'Etat et supprimait ainsi toute référence à une quelconque redevance des banques nationalisées. Un tel amendement n'a pas pour effet d'augmenter la charge publique. En effet, qu'il s'agisse des dotations de l'Etat ou des redevances des banques nationalisées, les unes et les autres sont des charges publiques car l'expression "charge publique" employée par l'article 40 de la Constitution doit être entendue dans un sens large ; elle englobe non seulement toutes les dépenses de l'Etat mais également celles des autres personnes publiques et même celles d'organismes privés (v. la décision du 20 janvier 1961 précitée ; v. Favoreu et Philip, op. cit., p. 113 à 125). La notion de charge publique s'entend donc également aux dépenses des entreprises publiques que sont les banques nationalisées.

En proposant que la Caisse Nationale des Banques soit alimentée uniquement par les dotations de l'Etat, l'amendement n° 829 ne proposait donc pas une augmentation du montant total de la charge publique, mais simplement une redistribution de cette charge entre diverses personnes et entreprises publiques.

2°) MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE TIRES DE LA VIOLATION DE L'ARTICLE 40 DE LA CONSTITUTION PAR TOUS LES ARTICLES DE LA LOI DE NATIONALISATION.

L'article 40 de la Constitution ne limite le droit d'amendement des parlementaires que dans la mesure où leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques soit la création ou l'aggravation d'une charge publique.

Mais, en dehors de cette limitation, tout membre du Parlement a le droit d'amendement. Ce droit d'amendement implique une discussion réelle des amendements lors du vote de la loi et ne saurait être purement formel. Il n'appartient pas à une fraction du Parlement de monopoliser le droit de discussion et de vote des projets ou propositions de loi.

C'est ce qui résulte de l'interprétation de l'article 40 de la Constitution donnée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision précitée du 23 juillet 1975 dans laquelle il a, pour rejeter le recours intenté contre la loi sur la taxe professionnelle, noté : "au surplus que dans le même temps, l'ampleur des discussions devant les Assemblées ainsi que le nombre et l'importance des modifications rapportées au cours des débats aux textes déposés, font apparaître qu'il y a

eu, dans l'élaboration de la loi, exercice réel du droit d'amendement".

Il faut donc, pour respecter l'article 40 de la constitution, qu'il y ait, dans l'élaboration et la discussion de la loi, exercice réel du droit d'amendement reconnu aux Parlementaires par la Constitution.

Or il est incontestable - et tous les commentateurs de la vie politique française l'ont relevé abondamment - que tous les amendements déposés par l'opposition ont été purement et simplement rejetés par les Députés de la majorité sans même qu'il y ait eu un semblant quelconque de discussion et de concertation. Aucune des propositions de l'opposition n'a été acceptée, même lorsqu'elle ne remettait pas en cause le principe des nationalisations, mais portait simplement sur l'utilité ou l'opportunité de telle ou telle modalité d'application du projet.

Il n'y a donc pas eu, au sens de la décision du Conseil Constitutionnel du 23 juillet 1975, exercice réel du droit d'amendement car aucune des propositions de l'opposition n'a été discutée véritablement, étudiée sérieusement, contestée autrement que par des onomatopées, ni enfin adoptée .

3°) MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE TIRES DE LA VIOLATION DES ARTICLES 1 et 2 De l'ORDONNANCE DU 2 JANVIER 1959 PORTANT LOI ORGANIQUE RELATIVE AUX LOIS DE FINANCES PAR TOUS LES ARTICLES DE LA LOI DE NATIONALISATION, ET NOTAMMENT PAR LES ARTICLES 5, 12, 17, 24, 31, 40, 41 et 43 DE LA LOI.

En troisième lieu, la loi de nationalisation viole délibérément les dispositions du 4^e alinéa de l'article 1^o de l'Ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, aux termes desquelles " lorsque des dispositions d'ordre législatif ou réglementaire doivent entraîner des charges nouvelles, aucun projet de loi ne peut être définitivement voté, aucun décret ne peut être signé, tant que ces charges n'ont pas été prévues, évaluées et autorisées dans les conditions fixées par la présente ordonnance".

Le cinquième alinéa de l'article 2 de la même ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, précise cette obligation. En effet, le cinquième alinéa de l'article 5 de l'Ordonnance édicte que "seules les dispositions relatives à l'approbation de conventions financières, aux garanties accordées par l'Etat, à la gestion de la dette publique, ainsi que de la dette viagère, aux autorisations d'engagements par anticipation ou aux autorisations de programme, peuvent engager l'équilibre financier des années ultérieures".

Ainsi ces dispositions ne peuvent ainsi engager l'équilibre financier des années ultérieures que si d'une part elles sont relatives à un certain nombre de matières limitativement énumérées par le 5^e alinéa de l'article 2 de l'Ordonnance, et si d'autre part ces mêmes dispositions sont incorporées dans une loi de finances. En effet, le 5^e alinéa de l'article 2 prévoyant limitativement les dispositions pouvant engager l'équilibre financier des années ultérieures se trouve dans l'article 2 de l'Ordonnance qui définit les lois de finances. Et lorsque l'Ordonnance autorise que certaines dispositions autres que celles des lois de finances puissent engager l'équilibre financier des années ultérieures, elle le précise en indiquant qu'il s'agit notamment des lois de programme.

D'ailleurs ces lois de programme ne peuvent permettre d'engager l'Etat à l'égard des tiers que dans les limites des autorisations de programme contenues dans la loi de finances de l'année. Ainsi, en réalité, et en tout état de cause, seules des dispositions d'une loi de finances peuvent engager l'équilibre financier des années ultérieures. Ce n'est d'ailleurs pas toute loi de finances quelconque qui peut comporter de telles dispositions permettant d'engager l'équilibre financier des années ultérieures. Il résulte de l'économie de l'article 2 de l'Ordonnance de 1959 que ces dispositions pouvant engager l'équilibre financier des années ultérieures doivent être incorporées dans la loi de finances de l'année.

En effet, après avoir indiqué quelles lois ont le caractère de lois de finances, à savoir loi de finances de l'année, loi de finances rectificative et loi de règlement, l'article 2 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959 définit successivement la loi de finances de l'année, la loi de finances rectificative, et enfin la loi de règlement. Or c'est dans la seconde partie de l'article 2 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959 relative à la définition de la loi de finances de l'année que se trouve le cinquième alinéa du même article relatif aux dispositions pouvant engager l'équilibre financier des années ultérieures.

Ainsi les charges nouvelles résultant de la loi de nationalisation doivent être prévues, évaluées, et autorisées par la loi de finances de l'année conformément aux dispositions de l'article 2 de l'Ordonnance de 1959.

La loi de nationalisation ne pouvait donc être définitivement votée qu'après le vote par la loi de finances de l'année et à la condition que cette loi de finances de l'année 1982 ait prévu, évalué et autorisé les charges nouvelles résultant de la loi de nationalisation.

Or tel n'a pas été le cas en l'espèce. Aucune loi de finances n'a prévu, évalué ni autorisé les charges nouvelles résultant des nationalisations.

Le projet de loi de nationalisation a été voté par ailleurs définitivement avant même que ne soit votée la loi de finances pour 1982, à supposer que cette loi de finances pour 1982 ait prévu, évalué et autorisé les charges nouvelles résultant de la loi de nationalisation.

Le projet de loi de nationalisation est donc contraire à la Constitution pour violation caractérisée de l'article 1°, 5^e alinéa et de l'article 2 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959.

4°) MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE TIRES DE LA
VIOLATION DE L'ARTICLE 15 DE L'ORDONNANCE DU
2 JANVIER 1959 PORTANT LOI ORGANIQUE RELATI
VE AUX LOIS DE FINANCES PAR TOUS LES ARTICLES
DE LA LOI DE NATIONALISATION ET NOTAMMENT PAR
LES ARTICLES 5, 12, 17, 24 et 31 DE LA LOI.

L'article 15 de la même Ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, édicte que les émissions d'emprunt sont faites conformément aux autorisations générales données chaque année par les lois de finances.

Or les articles 5, 12, 17, 24 et 31 de la loi autorisent d'une part la Caisse Nationale de l'Industrie, et d'autre part la Caisse Nationale des Banques à émettre les obligations devant être remises aux détenteurs d'actions des sociétés industrielles et des banques nationalisées. L'émission de telles obligations est une émission d'emprunt ; seule la loi de finances aurait pu donner une telle autorisation. La loi de nationalisation est donc contraire à la constitution pour violation caractérisée de l'article 15 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959.

MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE TIRES DE LA
VIOLATION DE L'ARTICLE 15 de L'ORDONNANCE DU
2 JANVIER 1959 PORTANT LOI ORGANIQUE RELATIVE
AUX LOIS DE FINANCES PAR TOUS LES ARTICLES DE
LA LOI DE NATIONALISATION ET NOTAMMENT PAR LES
ARTICLES 5, 12, 17, 24 et 31 DE LA LOI.

Enfin le même article 15 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances prévoit que les titres ; d'emprunts publics émis par l'Etat, ne peuvent être utilisés comme moyens de paiement d'une dépense publique.

Cette interdiction qui est ainsi faite aux emprunts publics émis par l'Etat vaut a fortiori pour les emprunts publics qui sont émis par les établissements publics, comme la Caisse Nationale de l'Industrie ou la Caisse Nationale des Banques.

Or les articles 5, 12, 17, 24 et 31 de la loi prévoient que les détenteurs d'actions des sociétés industrielles, des banques ou des compagnies financières nationalisées et dont les actions sont transférées à l'Etat, reçoivent des obligations qui sont émises par ces caisses, c'est-à-dire que les obligations qui sont ainsi émises et qui constituent des taxes d'emprunts publics, sont utilisées comme un moyen de paiement d'une dépense publique, à savoir, en l'espèce, l'indemnisation des actionnaires des entreprises nationalisées.

Une telle indemnisation au moyen de la remise de titres d'emprunts publics est donc effectuée en violation flagrante de l'article 15 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959.

Les articles 5, 12, 17, 24 et 31 de la loi ne sont donc pas conformes à la Constitution.

B) LA LOI DE NATIONALISATION ET LA NATURE
JURIDIQUE ET ECONOMIQUE DE LA SOCIETE
FRANCAISE

MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE TIRE DE LA VIOLATION DES
ARTICLES 2 et 34 DE LA CONSTITUTION DE 1958, DU
PREAMBULE DE 1946 PAR TOUS LES ARTICLES DE LA LOI
DE NATIONALISATION ET NOTAMMENT PAR LES ARTICLES
1^o, 13 ET 27 DE LA LOI.

Ce moyen résulte d'une question fondamentale qu'il faut se poser grâce à l'ampleur des nationalisations réalisées par la loi critiquée et qui est celle de savoir si ces nationalisations ne sont pas de nature à altérer les caractères de la société française et, partant, de la République, en violation de dispositions de valeur constitutionnelle.

I - L'ampleur des nationalisations

La première remarque, peu originale, qui vient à l'esprit de tout lecteur du projet de loi de nationalisation, porte sur l'ampleur des mesures envisagées.

Le projet de loi voté par le Parlement décide la nationalisation de cinq groupes industriels : C. G. E., COMPAGNIE de SAINT-GOBAIN, PUK, RHONE POULENC, THOMPSON-BRANDT ; la nationalisation de 36 banques ; la nationalisation de la COMPAGNIE FRANCAISE DE SUEZ et la COMPAGNIE FRANCAISE PARIBAS

Par ailleurs, les pouvoirs publics envisagent de prendre le contrôle sur certaines modalités à préciser des groupes ROUSSEL-UCLAF, I T T - FRANCE, CII-HONEYWELL-BULL. De même est envisagée et même négociée la prise de participation majoritaire (51 %) dans le groupe MATRA et dans le groupe DASSAULT, le contrôle total de cette dernière firme devant intervenir dans les cinq ans. Enfin une loi de finances doit procéder à la nationalisation de la sidérurgie (USINOR, SACILOR.) par conversion des créances de l'Etat en actions.

Ainsi la Loi de nationalisation se caractérise par un champ d'application très large. Mais une deuxième observation doit être faite. Les nationalisations ainsi votées vont venir compléter la liste des entreprises déjà entrées dans le secteur public de par les lois de nationalisation du passé (1936 et 1945-1946).

Le poids des nationalisations dans l'économie française est extrêmement important. On peut d'abord mesurer ce poids en termes d'effectifs.

Les neuf groupes industriels concernés (CGE, SAINT-GOBAIN, RHONE POULENC, PUK, THOMPSON-BRANDT ROUSSEL-UCLAF, AVIONS MARCEL DASSAULT, ITT-FRANCE, CII HONEYWELL-BULL) représentent 676 400 salariés, soit environ 13,1 % des salariés de l'industrie. Les autres entreprises devant être touchées directement ou indirectement, tôt ou tard, par les nationalisations (USINOR, SACILOR, MATRA, MANURHIN, CREUSOT-LOIRE, PEUGEOT) représentent 494 422 salariés.

Le total des effectifs industriels ainsi concernés s'élève à 1 090 822 personnes, soit environ 20 % des salariés de l'industrie.

Les Banques et Assurances représentent quant à elles , environ 350 000 personnes. Le total ainsi des effectifs touchés par le programme de nationalisation s'élève à 1 440 822 personnes, soit 6,7 % de la population active totale.

Compte tenu des salariés employés dans les entreprises déjà nationalisées et les fonctionnaires, c'est 1 français sur 3 qui appartiendrait au secteur public en application de l'ensemble du programme ainsi sus-rappelé.

On peut aussi mesurer le poids de ces nationalisations dans l'économie française en termes d'activité.

En 1979, le chiffre d'affaires des entreprises nationalisées industrielles a atteint quelque 250 milliards de Francs. Pour la même année, celui des groupes nationalisables représentait environ 322,5 milliards : le programme critiqué revient ainsi à augmenter de 129 % le secteur industriel actuellement nationalisé.

Toujours en 1979, le chiffre d'affaires de l'industrie française a atteint 1 465 Milliards de francs : ainsi, en cas d'exécution totale du programme de nationalisation, 40 % de l'industrie française sera nationalisée.

Si l'on tient compte de la nationalisation du secteur bancaire qui fera passer indirectement sous le contrôle de l'Etat une part importante de l'industrie privée, part que l'on peut évaluer à environ 12 % en termes de chiffre d'affaires, ce sera au moins 50 % de l'activité industrielle qui passerait sous le contrôle de l'Etat.

/ d'une part de
 / d'autre part

Compte tenu du poids respectif dans le produit intérieur brut français / l'industrie (près de 40 %), / des banques et assurances (entre 4 et 5 %), les nationalisations, soit votées par la loi actuellement critiquée, soit prévues dans un très proche avenir, couvriraient quelque 22 ou 23 % du produit intérieur brut, ce qui comporterait à plus de 40 % le produit national total sous contrôle public (compris les administrations).

Le poids des nationalisations de l'économie française peut être également mesuré au moyen de notre paramètre qui est fourni par les investissements.

Selon les tenants du programme de la nationalisation voté par le Parlement, les investissements du secteur public industriel après ces nouvelles nationalisations, ne représenteraient que moins du tiers de tous les investissements de l'industrie. Ces chiffres donnent de la réalité une image fausse, si l'on se réfère aux comptes de la Nation (chiffres de 1979).

- Industries manufacturières et énergie : 114 milliards ;

Si l'on y ajoute le secteur du bâtiment et travaux publics : 125 milliards.

Si l'on considère ce que représentent les investissements publics de l'industrie, soit 157 milliards (12 milliards pour les sociétés déjà contrôlées par l'Etat dans le secteur concurrentiel), 10 milliards pour les nouvelles nationalisations et 35 milliards pour le secteur de l'énergie, on arrive exactement à 50 % du total des investissements industriels, hors bâtiments et travaux publics, et à 45,6 % du total. Ces chiffres incluent l'extraction du charbon et la production d'électricité comme relevant du domaine de l'industrie, ce qui paraît évident.

Prenant une vue plus large, on peut mesurer le poids des investissements publics de toute nature dans l'ensemble de l'économie, si le programme de nationalisation est appliqué. L'Administration publique, les huit grandes entreprises nationales (SNCF, RATP, AIR FRANCE, AIR INTER, CHARBONNAGES DE FRANCE, EDF, GDF, PTT), les banques et assurances, les entreprises déjà sous le contrôle de l'Etat et celles qui seraient nationalisées, contribueraient à 50 % des investissements totaux réalisés en France, c'est-à-dire la moitié de l'effort d'équipement du pays, non compris les logements qui, pour une bonne part, sont d'ailleurs réalisés sur décision publique (HLM etc...) et seraient donc contrôlés directement par l'Etat.

Enfin, on peut également mesurer le poids des nationalisations dans l'économie française en termes d'entreprises.

Les tenants du programme de nationalisation parlent de neuf groupes industriels et de l'extension des nationalisations à quelques autres entreprises.

En réalité, les neuf groupes visés regroupent environ 300 entreprises qui passeraient sous le contrôle de l'Etat. Si l'on ajoute les extensions, les banques et assurances également visées, c'est au moins 500 entreprises qui seraient touchées.

En réalité, lors de l'annonce du programme politique qui est à l'origine de la loi de nationalisation votée par le Parlement, le premier Président de la Cour des Comptes estimait à 1 500 le nombre d'entreprises susceptibles de passer sous le contrôle public contre 133 actuellement. L'élargissement du périmètre des nationalisations conduit à considérer ce chiffre comme un plancher.

On peut également apprécier l'ampleur des nationalisations en distinguant le secteur bancaire et le secteur industriel.

Si l'on prend les banques, c'est pratiquement la nationalisation de l'ensemble du secteur bancaire. Actuellement l'activité bancaire et financière est divisée en trois secteurs.

Le secteur public est déjà représenté d'une manière importante puisqu'il compte des banques nationalisées qui, à elles trois, représentent le double de tous les établissements privés, et divers organismes publics ou semi-publics d'épargne et de crédit (Crédit National, Crédit Foncier de France, CEPME, BFCE, Sociétés de Développement régional, Comptes courants postaux, Caisse des Dépôts et Consignations, Caisses d'épargne, etc...). La part du secteur public peut être estimée à 63 % environ de l'ensemble des dépôts collectés.

Le secteur mutualiste et coopératif prend de plus en plus d'importance avec le développement important du Crédit Agricole (3ème banque mondiale), du Crédit Mutuel et de l'ensemble des Banques Populaires. Sa part des dépôts collectés ressort à 24 %.

Enfin le secteur privé est représenté par un nombre important d'établissements (dont 121 succursales ou filiales de banques étrangères) ; beaucoup de ces établissements sont des banques soit locales, soit régionales, soit spécialisées dans certaines catégories d'opérations.

La part de ce secteur privé dans les dépôts collectés n'est que de 13 % et dans les crédits distribués aux entreprises et particuliers de moins de 25 %.

Si l'on prend maintenant les critères adoptés par la loi de nationalisation qui écartent les banques spécialisées, le secteur mutualiste et coopératif et les banques étrangères, on constate que 36 banques sont nationalisables, 136 ne le sont pas. Mais parmi ces derniers, 70 sont déjà dans la mouvance des 36 banques précitées ainsi que les 3 établissements déjà nationalisés par le passé (BNP, CREDIT LYONNAIS, SOCIETE GENERALE), et 41 de ces établissements non nationalisés officiellement sont d'ailleurs détenus à plus de 50 % par les banques nationalisées et par les trois établissements déjà nationalisés.

Il en résulte qu'en réalité, sur les 136 banques non nationalisables en vertu des critères adoptés par la loi de nationalisation, seules 66 banques sont théoriquement indépendantes, puisque les autres entrent dans le champ du contrôle de l'Etat de par les participations publiques dans leur capital.

Mais le libéralisme très relatif du Gouvernement qui pourrait apparaître à l'énoncé de ces chiffres doit être tempéré par une constatation : les 36 banques nationalisables et les 3 banques déjà nationalisées collectent, à elles seules, 95 % des dépôts bancaires.

En définitive, si l'on excepte quelques banques à statut légal spécial, si l'on excepte quelques banques locales régionales à l'importance particulièrement réduite, il ne restera, en dehors du secteur bancaire public, que des banques étrangères. Mais à cet égard, il convient de relever une équivoque. Ces banques étrangères sont en réalité des sociétés de droit français dont le capital est simplement contrôlé par des étrangers ; d'un point de vue purement juridique, les banques étrangères sont donc assimilables à des banques françaises ; seules diffèrent la nature et l'origine du contrôle du capital de ces banques.

Ainsi, il résulte de l'examen du projet de loi des nationalisations que l'activité bancaire échappe dorénavant en France aux initiatives privées.

Il ne s'agit donc pas d'achever une réforme engagée en 1945. Il s'agit de modifier tout le fonctionnement du système bancaire. La nationalisation intégrale des banques transformera autant le comportement des banques déjà nationalisées, des banques populaires, du Crédit Mutuel et du Crédit Agricole, que de celles qui sont demeurées privées : la fonction bancaire et financière échappera désormais complètement à l'économie du marché, celle du service, de la compétition, pour entrer dans l'univers administratif, celui où se situent aujourd'hui, par exemple, la Sécurité Sociale ou les Douanes, à l'exception bien évidemment des banques étrangères.

L'Etat devient ainsi le banquier de la France.

Dans le secteur industriel, les nationalisations projetées aboutissent également à un véritable bouleversement de l'économie française.

Les nationalisations votées par le Parlement ont une portée révolutionnaire comme le soulignait tout récemment le Secrétaire d'Etat auprès du Premier Ministre chargé de l'extension du service public, Monsieur Jean Le Garrec (v. Le Monde du 1^o septembre 1981)

C'est la première fois qu'une nation occidentale va prendre au secteur privé une part aussi importante de ses moyens de production. En effet, se trouvent dans le champ des nationalisations la quasi totalité de la sidérurgie, toute la production de l'aluminium, la moitié de celle du verre, toute la chimie fine, une grande partie de la construction électrique, lourde et légère, toute la filière de l'électronique, la moitié de l'informatique, un secteur non négligeable du bâtiment et des travaux publics, une bonne branche de la pharmacie, sans compter la métallurgie fine.

Le tableau suivant résume quelques données essentielles en termes d'effectifs et de résultats financiers en 1980 des douze groupes atteints par la nationalisation.

LES DOUZE GROUPES NATIONALISABLES EN 1980

	Activité	EFFECTIFS	CA consolidé en millions	Résultat net en millions	Résultat net en % du CA
PUK	Numéro un français de l'aluminium	90 000	38 000	+ 610	1,6
RHONI-POULENC	Numéro un français de la chimie	95 000	31 000	- 330	1
ROUSSEL-UCRAF	Numéro deux français de la parachimie	17 500	3 300	+ 130	2,4
SAINT-OBÉAIN	Numéro un français du verre plat et du tuyau en fonte	162 000	45 000	+ 350	1,9
CII-HONEYWELL-BULL	Premier constructeur français d'ordinateurs	20 260	6 900	+ 180	2,6
COE	Numéro un français de l'équipement électrique, ETP, télécommunications, électronique	170 000	43 000	+ 330	1,3
ITT-FRANCE	Télécommunications, appareils de mesure, composants électroniques	14 400	3 800		
THOMSON	Electroménager, électronique grand public, équipements militaires	140 000	37 000	+ 500	1,3
MATRA (Hachette exclu) dont : Société Matra, Manu- rhin, Matra- électronique	Armement, électronique, médias, édition Armement, électronique	34 000 6 000	5 600 3 400	+ 211	3,8
DASSAULT	Numéro deux de l'aéronautique française	15 500	11 000	+ 312	2,8
USINOR	Sidérurgie	34 240	17 000	- 1200	7
SACILOR	Sidérurgie	25 000 (Sacilor + Sollac)	12 000	- 2000	16

Tout cela va s'ajouter au secteur public industriel qui existe déjà et comprend la moitié de l'automobile avec Renault, une part appréciable du secteur pétrolier avec ELF-AQUITAINE et TOTAL. Il ne faut pas oublier non plus, comme on vient déjà de l'indiquer, la nationalisation de la quasi-totalité du crédit (selon les calculs, 36 ou 39 banques sur 340 en théorie, mais en réalité plus de 110 banques avec leurs filiales et surtout 95 % des dépôts bancaires en France).

En définitive, la loi de nationalisation, en raison même de l'ampleur des nationalisations votées, comme en raison de l'existence d'un secteur public déjà relativement important qui va être ainsi considérablement étendu, exclut dorénavant du secteur public, toutes les activités bancaires et financières et étend considérablement le secteur public de l'économie industrielle.

Ainsi, à côté d'une économie privée décapitée, prend place une économie publique, qui est dorénavant exclusive dans certains secteurs, et prépondérante dans d'autres par l'importance des entreprises nationalisées.

Si l'on ajoute que les critères qui président à ces nationalisations sont hétéroclites, et ne semblent pas correspondre aux normes posées par les textes de valeur constitutionnelle, on conviendra qu'on est en présence d'une véritable "révolution" tendant à transformer les fondements de l'économie française et que, sans y prendre garde, le pays passera d'une société d'économie libérale modérée, à une société déjà socialiste dans certains de l'économie et très nettement dominée par l'Etat dans les autres secteurs..

En définitive, tout en restant mesuré dans l'expression, on peut affirmer que la loi actuelle entraîne une collectivisation des moyens de productions dans certains domaines essentiels de l'économie française.

2 - La conformité des nationalisations au regard des caractères constitutionnels de la Société Française

Cette évolution n'est pas conforme aux textes de valeur constitutionnelle.

Ces textes sont contenus dans la Constitution de 1958 et notamment dans son Préambule par lequel "le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale, tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946. "

Il faut souligner que le renvoi aux textes de 1789 et de 1946 a pour objet et pour effet de les intégrer dans le Préambule de la Constitution de 1958, donc dans cette Constitution elle-même. Telle est exactement la solution dégagée par le Conseil Constitutionnel qui considère que la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 sont des composantes de la Constitution de 1958 et qui contrôle les lois par rapport à eux (C. Const. 16 juillet 1971, décision 71.44 DC Rec. p. 29, AJDA 1971, 537 ; v. J. Robert Propos sur le sauvetage d'une liberté, RDP 1171; 15 janvier 1975, décision 75-54 DC, Rec. p. 19, AJDA 1975. 134, Note Rivero ; 12 janvier 1977, Décision 76-75 DC Rec. p. 33 ; AJDA 1978. 215, note Rivero ; 25 juillet 1979 Décision 79-105 DC JO 1953 ; 9 janvier 1980, Décision 79-109 DC J O p. 84).

Il s'agit là d'une jurisprudence constante.

Par le Préambule de la Constitution de 1946, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de races, de religion ni de croyances, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'Homme et du Citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Il proclame en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, un certain nombre de principes politiques, économiques et sociaux. Ainsi, les sources de nature constitutionnelle auxquelles il faut se référer pour dégager les principes servant de fondement à la République sont la Constitution de 1958, y compris son Préambule, le préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la Déclaration des Droits de 1789.

Ces textes expriment une conception générale de la société française à l'encontre de laquelle vont les nationalisations votées en raison de leurs conséquences sur les structures sociales et économiques du pays.

Voyons donc les textes.

Il s'agit d'abord des articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de 1789.

L'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789 affirme que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance et l'oppression.

L'article 17 de la même Déclaration ajoute que la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement contestée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Certes, des commentateurs n'ont pas manqué, tout récemment, d'observer que s'il est exact que la Déclaration de 1789 a valeur constitutionnelle, elle s'est trouvée modifiée par des textes de valeur constitutionnelle postérieurs : le Préambule de la Constitution de 1946, auquel celui de 1958 a reconnu également valeur constitutionnelle, impose certaines nationalisations ; l'article 34 de la Constitution permettrait également de nationaliser sans fixer de limites.

.../

Au cours des débats en première lecture devant l'Assemblée Nationale, le Gouvernement a contesté, par la voix du Garde des Sceaux, que le législateur ordinaire fût soumis à une norme constitutionnelle quant au respect du droit de propriété, ou plus exactement quant au pouvoir de priver les personnes privées de leur propriété.

Cette doctrine singulière, empruntée à des auteurs ordinairement mieux inspirés, s'est appuyée sur deux arguments dont aucun n'emporte la conviction.

Le premier est tiré de la lettre de l'article 34 de la Constitution aux termes duquel la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété : ainsi la Constitution aurait-elle conféré au législateur ordinaire un pouvoir discrétionnaire pour la détermination du régime de la propriété et abrogé implicitement tout principe constitutionnel relatif au même objet.

Un pareil raisonnement repose sur une série de contresens. L'article 34 détermine la compétence du législateur ordinaire par rapport au pouvoir réglementaire, et non à l'égard du pouvoir constituant. Et lorsque cet article emploie le terme de principes fondamentaux, c'est par opposition à celui de règles, afin de limiter le législateur à l'édiction des règles les plus abstraites.

A suivre le singulier raisonnement du Gouvernement, il conviendrait de décider, par identité de motifs, que le législateur serait libre d'abolir la liberté de l'enseignement, ou le droit de grève, puisque la loi détermine aussi, selon l'article 34, les principes fondamentaux de l'organisation de l'enseignement et du droit du travail.

Le second argument est tiré de ce que le Conseil Constitutionnel n'aurait jamais fait application de l'article XVII de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Pour que l'argument fût topique, encore faudrait-il que le Conseil eût été appelé à statuer sur une violation prétendue de cet article.

Le Gouvernement - après ses inspirateurs - a cru découvrir le précédent recherché dans la décision du 12 Janvier 1977 relative à la fouille des véhicules. Dans cette affaire, le Conseil ne s'est pas prononcé sur un moyen pris de l'article XVII qui avait été articulé dans le recours de 79 Sénateurs.

Mais, l'argument est évidemment sans valeur. Le moyen, formulé en termes si curieux que deux auteurs qui le citent, le font suivre de l'adverbe sic (Favoreu et Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel - 2e éd.p. 396) était superfétatoire. Le Conseil ayant relevé une atteinte à entraîner une déclaration de non conformité, n'était pas tenu de répondre à un moyen qui n'ajoutait rien.

Dès lors, il y a lieu de reconnaître valeur constitutionnelle d'une part à l'article XVII de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, selon lequel ^{nul} ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité, et d'autre part à au neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946 selon lequel tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national doit devenir la propriété de la collectivité.

Il en résulterait que l'article 17 de la Déclaration de 1789 n'aurait plus la même portée.

Sans mettre en cause cette dernière conclusion qui est évidente, le droit de propriété n'étant pas conçu en 1981 comme il l'était en 1789, on doit cependant observer qu'une disposition plus récente, puisqu'il s'agit de l'article 2 de la Constitution du 4 Octobre 1958, semble impartir une limite aux nationalisations dans la mesure où elles seraient de nature à porter atteinte à l'un des caractères de la République Française.

En effet, aux termes de l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.

Quelle est la signification exacte de ce qualificatif ?

Une République sociale peut elle être considérée comme le synonyme d'une République socialiste ? La réponse est claire : Non.

Sociale, implique ici que la République est attentive à la condition des individus, à leurs besoins et à leurs conditions d'existence. Socialiste, signifie au contraire que la République condamne la propriété privée des moyens de production et d'échange.

Cette interprétation n'est pas seulement commandée par la définition précise des deux adjectifs précités ; elle résulte également de l'examen du Préambule de la Constitution de 1946.

Ce Préambule débute par une réaffirmation solennelle des Droits et Libertés de l'Homme proclamée par la Déclaration de 1789.

Certes, ensuite, le Préambule énonce-t-il un certain nombre de principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; mais ces principes servent de fondement à une démocratie sociale et non pas à une démocratie socialiste.

La démocratie sociale se manifeste ainsi par l'affirmation de l'égalité des sexes, la suspension de toute distinction entre les individus fondée sur la race ou la religion, par la reconnaissance du droit au travail ou, en cas d'incapacité de travailler, à l'obtention de moyens convenables d'existence, par la garantie donnée aux faibles, enfants, mères de famille, vieux travailleurs, que leur santé, leur sécurité matérielle, leur repos et leurs loisirs seront protégés.

De même, le Préambule de la Constitution de 1946 institue une sorte de démocratie économique par la consécration notamment du droit syndical et du droit de grève. Et cette démocratie économique se manifeste également par l'affirmation que tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

Mais, ceci dit, ni le Préambule de 1946 ni la Constitution de 1958 ne condamnent la propriété des moyens de production et d'échange, sous réserve, toujours, de certaines nationalisations, dès lors que certaines conditions seraient réunies.

Si donc, le droit de propriété se voit limité par l'admission du principe des nationalisations, il faut également noter que le principe des nationalisations ne peut suffire à supprimer le droit de propriété qui reste toujours un droit à valeur constitutionnelle en raison de sa proclamation par la Déclaration de 1789.

A cet égard, plusieurs éléments permettent de corroborer cette analyse.

C'est d'abord l'examen comparatif de la Déclaration des Droits du premier projet de Constitution de 1946 qui devait être repoussé par le peuple et du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Le premier projet de Constitution de 1946 ne renvoyait pas à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 mais élaborait sa propre déclaration des droits.

Il ne faut pas oublier cette absence de référence de 1789 qui est très importante. Les constituants de 1946, lors du premier projet, ont entendu réaliser une oeuvre nouvelle sans référence aucune au passé. Cette oeuvre novatrice se manifestait précisément dans la définition du Droit de propriété.

En effet, la Déclaration des droits du premier projet de la Constitution de 1946 contenait deux dispositions au moins qui étaient consacrées au droit de propriété. Il s'agissait des articles 34 et 36 qui reconnaissaient le droit de propriété, en lui apportant des limitations extrêmement sévères.

L'article 35 de la Déclaration des Droits de l'Homme du projet de Constitution du 19 avril 1946 affirmait que la propriété est le droit inviolable d'user, de jouir et de disposer "des biens garantis à chacun par la loi". Ainsi la Déclaration de 1946 donnait le droit à la loi d'indiquer les biens qui étaient garantis à chacun. La Déclaration des Droits de 1946 abandonnait ainsi la formule de 1789.

Le droit de propriété n'est plus reconnu d'une manière générale et inconditionnelle, il n'existe que pour les seuls biens garantis par la loi. Ce faisant, l'article 35 de la Déclaration de 1946 limitait le champ d'application du droit de propriété. C'était l'amorce d'une appropriation collective de certains biens : la loi ayant le droit d'indiquer les biens garantis à chacun, l'article 35 de la Déclaration pouvait servir de fondement à une société condamnant le principe de la propriété des moyens de production et d'échange.

Quant à l'article 36 de la même Déclaration du premier projet de Constitution de 1946, il affirmait que le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou la propriété d'autrui.

Ainsi, même limité dans son champ d'application, le droit de propriété n'est pas total ; il est subordonné à l'utilité sociale ; il doit être exercé conformément à une finalité sociale.

Ainsi, le principe des nationalisations apparaissait comme l'une des manifestations de la fonction sociale du droit de propriété. En effet, ce principe des nationalisations était précisé par ce même article 36 qui, après la limitation des biens pouvant faire l'objet d'une appropriation privée, venait limiter, non plus le champ d'application du droit de propriété, mais ses conditions d'exercice en le subordonnant à l'utilité sociale. En posant le principe des nationalisations dans ce même article 36 de la Déclaration, le Constituant manifestait ainsi très nettement son intention de sanctionner l'exercice défectueux du droit de propriété par la nationalisation.

La Déclaration de 1946 jetait ainsi les bases d'une propriété, fonction sociale, octroyée par l'Etat et pouvant être reprise par l'Etat dès lors que cette fonction ne s'exerçait plus.

On sait que ces limitations sévères du droit de propriété furent l'une des causes, entre autres, de l'échec du premier projet de Constitution de 1946.

Pour la première fois dans les annales de la République, un projet de constitution présenté au peuple français était rejeté. On sait aussi qu'après cet échec du projet, essentiellement élaboré par les partis de gauche (socialistes et communistes), les électeurs devaient envoyer à la seconde Assemblée Constituante un parti démocrate chrétien qui devenait le premier parti de France.

Le second projet de Constitution de 1946, qui fût une oeuvre de compromis, abandonna le principe d'une déclaration pour affirmer l'attachement du peuple français aux droits de 1789 et à un certain nombre de principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps.

Ainsi, à la différence du premier projet, la Constitution de 1946 ne comporte plus qu'une déclaration spécifique. Bien au contraire, elle se réfère expressément à la Déclaration de 1789 qui, pour la première fois depuis la Révolution, est de nouveau insérée dans l'Ordre Constitutionnel français. Sans doute le Préambule de 1946 ajoute-t-il des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Mais ce n'est qu'un complément qui ne peut que venir enrichir et non pas amputer l'héritage juridique issu de la Révolution que le premier projet écartait totalement.

Cette première différence, significative de la volonté des constituants de renouer avec la tradition juridique française, est d'ailleurs confortée par la seconde différence dans l'approche du droit de propriété.

Le droit de propriété n'est plus défini par le Préambule lui-même qui se contente de renvoyer à la définition donnée par la Déclaration de 1789. Certes, subsiste le principe des nationalisations, avec toujours un certain nombre de conditions, mais ce principe des nationalisations apparaît dorénavant comme la seule limitation au droit de propriété alors que, dans le premier projet, il apparaissait comme l'une des manifestations de la fonction sociale du droit de propriété.

La nationalisation apparaissait ainsi comme une manifestation normale du contrôle plus général de l'Etat sur les conditions d'exercice du droit de propriété dans le premier projet de constitution de 1946.

Avec la Constitution du 27 octobre 1946, il n'en est plus rien.

Le champ d'application et les conditions d'exercice du droit de propriété ne sont plus limités par la Constitution ; le préambule se contente d'indiquer que la nation pourra s'approprier sous certaines conditions la propriété de certains biens ou de certaines entreprises. Dorénavant le principe des nationalisations est isolé et séparé de tout le fondement socialiste ou socialisant qui caractérisait la Déclaration des droits du premier projet de Constitution du 19 avril 1946.

Le principe des nationalisations apparaît dorénavant plus comme une exception à un droit de propriété dont l'affirmation est faite par le texte le plus solennel qui soit dans notre littérature juridique, à savoir la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, que comme une illustration des pouvoirs normaux de l'Etat.

Il faut d'ailleurs noter également ici le singulier qui est utilisé par le Préambule : c'est tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait qui doit être nationalisé.

Ainsi, en repoussant le premier projet de constitution, le peuple français a très nettement manifesté son hostilité à une Déclaration qui entendait subordonner le droit de propriété à la volonté du législateur. La Constitution de 1946, dans son Préambule (auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958) renvoie à la Déclaration de 1789 qui affirme le droit de propriété, qui n'est limité que par l'hypothèse de certaines nationalisations.

Ces nationalisations ne sauraient constituer qu'une limite éventuelle, dans certains hypothèses du droit de propriété et non pas sa disparition comme principe et fondement de la société française.

La preuve en est encore dans l'article 34 de la Constitution de 4 octobre 1958 qui, déterminant le domaine de la loi, se réfère expressément au régime de la propriété et à l'existence d'un secteur privé.

La référence au droit de propriété implique l'interdiction de sa suppression. La référence au transfert de la propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé implique également que subsiste toujours un secteur privé pour permettre un tel transfert.

A noter que, pour la première fois, un texte constitutionnel envisage non plus seulement les nationalisations, mais l'opération inverse, le transfert du secteur public au secteur privé. Ainsi, à côté des principes des nationalisations, apparaît, en 1958, avec la même valeur constitutionnelle, un autre principe, celui du transfert de la propriété des entreprises du secteur public au secteur privé, principe qui manifeste finalement la prééminence du droit de propriété sur l'exception que constitue la nationalisation.

Ainsi, il résulte du renvoi à la Déclaration de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946 effectué par le Préambule de la Constitution de 1958 ainsi que des articles 2 et 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, que la société française est et reste une société non socialiste où règne le droit de propriété.

Si la Constitution de 1958, à l'image de la Constitution de 1946, affirme que la République Française est sociale, c'est parce qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, dans la confrontation entre deux idéologies extrêmes, capitalisme et socialisme, la France a préféré opté pour une démocratie sociale caractérisée par la conciliation des libertés fondamentales de l'Homme et du Citoyen de 1789 et d'un certain nombre de droits économiques et sociaux affirmés en 1946.

On pourrait certes faire une objection à cette analyse négative du projet de loi de nationalisation, une objection tirée de la pratique passée des nationalisations.

Cette objection possible, c'est que dans le passé la France a déjà procédé à un certain nombre de nationalisations. Mais en réalité cette objection n'est pas décisive. Elle appelle trois remarques.

La première remarque, c'est que, sans doute, le préambule de 1946 a admis le principe de certaines nationalisations mais uniquement lorsque certaines conditions sont réunies. Les nationalisations qui ont été réalisées dans le passé n'ont pas entraîné le passage à une société socialiste de par le caractère relativement limité de leur emprise sur l'économie. C'est ainsi que pour les banques même après les nationalisations, il subsistait de nombreuses banques et établissements financiers privés extrêmement importants.

La seconde remarque que l'on peut faire, c'est que, au demeurant, les précédents de 1945-1946 par lesquels la France a procédé à un certain nombre de nationalisations, ne sont pas constitutionnellement probants. En effet, les principales nationalisations datent de 1945 et 1946 et elles sont antérieures au vote de la Constitution du 27 octobre 1946 par le peuple français, constitution qui comporte précisément le préambule où s'expriment à la fois le principe et la limite des nationalisations.

Par conséquent, en 1945 et 1946, lorsque le législateur a procédé à un certain nombre de nationalisations, il n'était pas tenu par les principes posés par le Préambule de la Constitution de 1946 qui n'avait pas encore été votée et ratifiée par le peuple français.

Enfin, et c'est une remarque qui complète la seconde, il n'existait pas de toute façon en 1946 et jusqu'en 1958 en France de contrôle de la constitutionnalité des lois de telle sorte que, même si les nationalisations avaient été postérieures au Préambule de la Constitution de 1946, les textes de base n'auraient pas pu être contrôlés.

En définitive, il résulte de l'exégèse du Préambule de la Constitution de 1946 que, contrairement aux intentions des premiers constituants, les auteurs du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, s'inclinant devant la volonté populaire nettement affirmée, ont consacré la continuité de la tradition constitutionnelle française en réinsérant expressément dans notre ordre juridique la Déclaration de 1789. A 150 ans de distance, cette consécration expresse a manifesté la permanence des principes affirmés en 1789 et notamment celle du droit de propriété, fondement de la société française, en excluant la définition restrictive qu'avait voulu imposer la Déclaration des Droits de l'Homme du premier projet de 1946.

Les articles 2 et 34 de la Constitution de 1958 parachèvent cette évolution constitutionnelle en affirmant pour la première fois, dans notre histoire constitutionnelle, le principe de la dénationalisation des entreprises publiques et le caractère social, et non pas socialiste, de la République.

Les nationalisations n'apparaissent dorénavant que comme une exception devant répondre à certaines conditions spéciales énumérées par le Préambule de 1946. L'Etat doit nationaliser tout bien, toute entreprise qui a ou acquiert un caractère de service public national ou de monopole de fait ; mais l'Etat ne peut nationaliser que tout bien ou toute entreprise qui a ou acquiert un tel caractère.

Le principe des nationalisations posé par le Préambule de 1946 appraissant dorénavant comme on l'a montré, comme une exception à une réaffirmation solennelle du droit de propriété par la Déclaration de 1789, cette exception doit être interprétée restrictivement. En effet, les règles d'interprétation imposent de limiter la portée d'un texte particulier contredisant un texte de portée générale. Le Président ODENT écrit à ce sujet que "le Conseil d'Etat interprète systématiquement de façon restrictive les dispositions qui dérogent ou qui paraissent déroger à des principes de notre droit ou à des règles générales antérieurement admises par la législation (ODENT, Cont. Adm., T. I p.453).

La formule vaut pour l'ensemble du droit public. Elle s'applique au cas du Préambule de la Constitution. La Déclaration de 1789 y figure comme une donnée de base à portée générale et même universelle. Les principes "particulièrement nécessaires à notre temps" l'actualisent, et permettent d'atténuer ce qu'elle peut avoir d'excessif ou d'inedéquat au regard des circonstances nouvelles de l'époque contemporaine. Mais, pour étendus qu'ils soient, ils ne peuvent jouer que dans le cadre des dispositions qu'ils établissent et ne peuvent déborder au-delà des prescriptions qu'elles comportent. Ces dispositions doivent certes s'appliquer pleinement. Mais au-delà de ce que la rédaction implique, directement et nécessairement, elles ne peuvent plus être retenues. Elles laissent à nouveau la place à l'application des principes résultant du texte de base, c'est-à-dire la Déclaration de 1789.

Il en va ainsi en particulier des principes remettant en cause le droit de propriété. Les dispositions du Préambule qui limitent ce droit justifient certaines mesures : lorsque les conditions qu'elles établissent sont remplies, le droit de propriété ne saurait, en principe, leur être opposé.

Et il est certain que l'interprétation restrictive de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 doit être une interprétation restrictive.

D'ailleurs c'est ce que l'on peut déduire d'une déclaration que faisait Monsieur André PHILIP, au cours de la séance de la deuxième Assemblée constituante tenue le 28 Août 1946, quand il répondait à Monsieur MONTEM au sujet du neuvième alinéa du préambule : "ce texte, loin d'être, dans notre pensée, restrictif du droit de propriété, est au contraire un texte positif qui complète l'affirmation du droit de propriété que nous avons proclamé par ailleurs, en nous référant à la Déclaration des Droits de 1789.

De cette constatation de la nécessité d'une interprétation restrictive il résulte que le texte de la loi ne pouvait opérer en vertu du critère du "monopole de fait" que des nationalisations très restreintes.

En effet, dans le rapport de Monsieur CHARZAT, seules la production d'aluminium d'une part, la fabrication de turbo-alternateurs d'autre part, et enfin la production de certains textiles synthétiques constituaient des monopoles de fait, chacune de ces fabrications étant effectuée par une seule Entreprise ; dans ces conditions la nationalisation de ses seules branches d'entreprises peut intervenir en vertu du critère du monopole de fait.

.../

Reste alors l'étendue des nationalisations qui peuvent être opérées en vertu de la formule de l'alinéa 9 "l'Etat doit nationaliser tout bien, toute entreprise qui a ou acquiert un caractère de service public national" ; force est alors de constater que cet élément en matière de nationalisation des banques que la notion de service public a été attaquée par les auteurs du texte de loi dans l'exposé des motifs ; donc en dehors du domaine bancaire toutes les nationalisations qui ne se limitent pas aux trois productions faisant l'objet d'un monopole de fait sont contraires à l'alinéa 9 du Préambule de 1946.

Quant au domaine bancaire, il suffit de se reporter à la remarquable intervention de Monsieur COUVE DE MURVILLE qui a démontré la contradiction et l'inconséquence du projet de loi dans la mesure où il exclut du champ de la nationalisation le Crédit Agricole qui est la plus grosse banque française.

A cet égard il est bien évident que le fondement de service public avancé par le Gouvernement n'est pas sérieux.

.../

Mais, dès lors que ces conditions ne sont plus satisfaites, le droit de propriété retrouve son empire. Bien plus, il s'oppose aux mesures qui ne seraient pas conformes aux atteintes que prévoit la Constitution.

Ces principes s'appliquent à la mise en oeuvre de l'alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (et donc de celle de 1958) selon lequel "tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité".

Pour qu'il y ait matière à nationalisation, il faut qu'un bien ou une entreprise ait ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait. S'il en est ainsi, la nationalisation doit être réalisée sous réserve de ne pas porter atteinte non plus aux principes constitutionnels affirmés par la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958.

Mais si ces conditions ne sont pas remplies, on retrouve le principe fondamental du droit de propriété, qui doit être respecté. Autant la nationalisation peut paraître nécessaire quand les conditions du service public national^{ou} de monopole de fait sont remplies, autant elle est exclue quand ces conditions ne le sont pas : l'hypothèse prévue par le constituant pour que soit portée cette atteinte au droit de propriété n'étant pas réalisée, il n'y a pas matière à nationalisation. Une nationalisation en dehors de ces conditions, serait contraire au droit de propriété proclamé par la déclaration de 1789. Elle serait donc contraire à la Constitution.

Mais bien plus, il résulte des dispositions combinées des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 et des articles 2 et 34 de la Constitution de 1958 que, en tout état de cause, les nationalisations sont subordonnées à une autre condition fondamentale, qui est celle de ne pas remettre en cause la nature juridique de la société française, le caractère essentiellement libéral de l'économie française.

Si , en revanche, les nationalisations sont de nature à altérer les caractères de la République et de la transformer en une société socialiste non voulue et interdite par la Constitution actuelle, de telles nationalisations se heurtent à une objection fondamentale issue de la Constitution.

Dans ces conditions, tout projet de nationalisation qui, par son ampleur, et ses conséquences, serait susceptible de porter atteinte à ces principes constitutionnels fondamentaux et de transformer la société française en une société socialiste, ne serait pas conforme à la Constitution.

Tel est bien le cas en l'espèce comme on l'a montré. En effet, il ne s'agit plus de nationaliser telle ou telle entreprise isolée, mais de faire passer dans le patrimoine de l'Etat des domaines entiers de l'économie nationale. L'énoncé même de ces conséquences en démontre leur caractère inconstitutionnel.

C) LA LOI DE NATIONALISATIONS
 ET LE PRINCIPE D'EGALITE

Le principe de non discrimination auquel il est fait communément référence sous le terme générique de principe d'égalité occupe dans le droit français, et en particulier dans le droit de l'interventionnisme économique où il s'est développé sous une forme polymorphe une place particulière.

Puisant sa source au coeur même du droit public français dans l'article 6 de la Déclaration des Droits :

" la loi est la même pour tous..."
 il a tout d'abord fait l'objet d'une édification prétorienne considérable par le Conseil d'Etat, qui en a fait un des piliers de la légalité, en l'érigeant en principe général du droit.

Inapplicable sous sa forme absolue, et incompatible avec la promotion d'une égalité réelle entre les citoyens, la pureté originelle du principe devait être adultérée pour le concilier d'une part avec le service public, et d'autre part avec la poursuite de l'intérêt général dont l'Etat s'est vu progressivement chargé.

C'est dans cette oeuvre, issue du Conseil d'Etat, que le Juge Constitutionnel ne pouvait manquer de puiser, partageant souvent les mêmes schémas mentaux que le Juge Administratif, mais les hissant au rang de normes constitutionnelles en raison de sa propre place dans les institutions plus que de la spécificité des principes eux-mêmes qui portent tous le sceau d'une filiation commune.

- Principe polymorphe ou "principe gigogne" comme l'appellent les commentateurs des grandes décisions du Conseil Constitutionnel, le principe d'égalité résiste bien à l'abstraction et à la généralisation. On ne saurait, sans risque d'en omettre, établir une liste exhaustive de toutes les facettes du principe : égalité devant le Juge, égalité de traitement des fonctionnaires, égalité devant le suffrage... etc.

On relèvera cependant à titre d'exemples de référence les arrêts du Conseil d'Etat appliquant le principe d'égalité dans des domaines qui se rapprochent de celui dans lequel s'insère le présent recours :

- affirmation et application du principe d'égalité devant le service public (CE., 9 mars 1951, Société des Concerts du Conservatoire, Leb. p. 151 ; Dr. Soc. 1951. 368 Concl. Letourneur, note Rivero).

- du principe d'égalité devant les charges publiques (CE., 2 juin 1944, Fays, Lel. p. 159 ; 26 octobre 1945, Sté Bazaine publicité, Lel. p. 211 ; 16 décembre 1949, Simonet, Leb p. 553 ; 22 novembre 1950, Fédération des Syndicats Patronaux de la bonneterie française, Lel. p. 565 ; 27 juillet 1979, Syndicat National des fabricants de spiritueux consommés à l'eau, Leb. p. 335 ; A.J.D.A. 1979 n° 11 p. 36, concl. Gennevois ; R.D.P. 1980.214, note Drago

- du principe d'égalité devant le domaine public (CE., 2 novembre 1956, Biberon, Lel. p. 403, concl. Mosset ; 23 juin 1965, Syndicat des commerçants de la plaine du Forez ; 12 novembre 1966, dame veuve Clément A.J.D.A. 1967.46, note A. de Laubadère ; R.D.P. 1967.543, note Waline et 1003 concl. Galabert JCP 1967. II 15 963, note Mourgeon).

Les décisions du Conseil Constitutionnel sont encore peu nombreuses, mais les enseignements qu'il est permis de tirer de leur examen sont suffisants pour traiter la question des nationalisations sur des fondements solides de droit positif.

Les décisions du Conseil Constitutionnel relatives au principe d'égalité sont importantes mais certaines concernent des applications du principe qui ne se rapprochent pas directement du cas de l'espèce.

- C'est tout d'abord le cas des trois premières décisions du Conseil Constitutionnel des 27 décembre 1973, 23 juillet 1975 et 15 juillet 1976.

La première décision du 27 décembre 1973 intervenue dans l'affaire de la taxation d'office, a certes affirmé en termes très généraux qu'une atteinte avait été portée au principe d'égalité devant la loi mais tous les commentateurs ont relevé à juste titre que cette formulation était maladroite et ambiguë car le principe que le Juge avait entendu défendre dans cette décision n'est évidemment pas celui d'un régime fiscal identique pour tous les contribuables, mais celui de l'égal recours au Juge quels que soient les revenus, afin que les contribuables puissent bénéficier d'une égale protection en cas d'arbitraire de l'Administration.

Le principe consacré dans cette première décision se rapproche ainsi beaucoup du principe général des droits de la défense, dont les procédures de recours au Juge constituent à l'évidence un élément essentiel.

La décision du 23 juillet 1975 relative au Juge unique complète la précédente et précise a contrario la notion "d'identité de situation". Le Conseil n'a pas entendu invalider le principe du recours au Juge unique dès lors que tous les justiciables placés dans une situation identique peuvent être jugés de la même façon. Ce que le Conseil a entendu condamner, c'est la part d'arbitraire contenue dans la décision du Président du Tribunal de faire juger certaines espèces par un Juge unique et d'autres par une formation collégiale, sans que cette distinction repose sur des critères objectifs.

La décision du 15 juillet 1976 relative à l'affaire des dossiers des fonctionnaires affirme le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires mais reprend les distinctions traditionnelles du Conseil d'Etat entre les catégories en affirmant que l'égalité de traitement n'est susceptible de s'appliquer qu'entre des agents appartenant à un même corps.

Les trois décisions suivantes des 5 juillet 1977, 20 juillet 1977 et 27 juillet 1978 respectivement relatives à l'emploi des jeunes, aux services faits et à l'individualisation des peines, n'apportent pas davantage d'éléments de solution parce que le principe d'égalité n'avait pas en réalité été violé par les lois critiquées. C'était l'évidence en ce qui concerne le service fait dès lors que tous les fonctionnaires peuvent faire l'objet d'une retenue sur traitements, et des mesures prises pour l'individualisation des peines dès lors que tous les condamnés à une même peine peuvent accéder au même régime s'ils remplissent des conditions identiques. Quant à la question plus délicate de l'incidence de l'emploi des jeunes sur certaines dispositions du droit du travail, le Conseil a implicitement relevé que les différences de régimes entre les entreprises selon leurs tailles, avaient été expressément voulues et organisées par la loi elle-même et que, partant, les nouvelles dispositions n'en modifiaient ni la nature

ni l'objet.

Le rappel de ces trois décisions est cependant important pour marquer que le principe d'égalité fait partie du bloc de constitutionalité français et qu'il y occupe une place éminente. La proclamation initiale de ce principe remonte à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et après 157 années d'une tradition républicaine ininterrompue depuis 1871 - à l'exception des années d'Occupation -, le préambule de la Constitution de 1946 déclare "le peuple français... réaffirme solennellement les droits et libertés de l'Homme et du Citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789" ; le préambule de la Constitution de 1958, "proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale, tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789". Or, la Déclaration de 1789 affirme solennellement à l'article 1^o que "les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit".

Le texte de la Constitution de 1958 est encore plus ferme dans son article 2 qui dispose : "la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les Citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion...".

La valeur constitutionnelle du principe d'égalité ressort donc d'une manière éclatante des textes constitutionnels (cf. G. Vedel et P. Delvolvé, *Dr. Adm.*, 7^e éd. 1980 p. 383 et s.).

Ce point fondamental étant ainsi posé, la poursuite de l'examen des décisions du Conseil Constitutionnel impose de s'attacher particulièrement à la décision du 17 janvier 1979 relative aux Conseils de Prud'hommes.

Epousant fidèlement le mode de raisonnement du Juge Administratif, le Conseil déclare :

" Considérant que si le principe " d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi éta-
" blisse des règles non identiques à l'égard des ca-
" tégories de personnes se trouvant dans des situations
" différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non
" identité est justifiée par la différence de situation
" et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi "

Dans cette décision, l'élément résolument novateur est le principe selon lequel la non identité de la règle ne doit pas être "incompatible avec la finalité de la loi".

Dans une autre décision du 12 juillet 1979 relative aux Ponts à péage, la technique de contrôle recoupe celle utilisée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1979 relative aux Conseils de Prud'hommes.

Cette deuxième décision est importante à rappeler pour deux raisons :

D'une part, elle illustre à merveille le rapprochement, pour ne pas dire l'homothécie rigoureuse, des principes respectivement retenus par le Juge Administratif et par le Juge Constitutionnel. Ce dernier adopte à l'évidence les techniques de contrôle du Juge Administratif et les hisse au rang de principes constitutionnels sans pratiquement les édulcorer. Il en résulte que dans les hypothèses où le Juge Constitutionnel n'est pas encore intervenu de façon explicite, le recours aux solutions retenues par le Juge Administratif constitue une base fiable, même si le Conseil Constitutionnel conserve une marge appréciable d'autonomie.

D'autre part, la décision relative aux Ponts à péage est d'autant plus intéressante qu'elle est au fond la première que le Conseil Constitutionnel ait rendue à propos d'une mesure d'interventionnisme économique et que c'est précisément dans ce domaine que le Juge Administratif a développé des techniques de contrôle très spécifiques et que le principe d'égalité a été le plus sollicité.

L'affiliation du raisonnement du Juge Constitutionnel à celui du Juge Administratif est donc évidente en ce qui concerne la technique de contrôle et la référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat est donc parfaitement légitime.

La jurisprudence administrative confrontée à l'obligation de définir la notion de "situation similaire" ou de "catégorie", dans le domaine de l'interventionnisme économique, s'est toujours référée pour justifier les discriminations, aux objectifs poursuivis par l'Administration.

C'est bien en ce sens d'ailleurs que le Conseil d'Etat a toujours justifié la régularité des discriminations, que ce soit "au regard de la réglementation du marché" (CE., 13 juillet 1963 Sodec, Lebon p. 433), ou "au regard du service public" (CE., 13 juillet 1962 Conseil National de l'Ordre des Médecins) ou encore "au regard des prescriptions dont s'agit" (CE., 15 juillet 1969 : Chambre Syndicale des Bureaux d'Etudes Techniques Rec. p. 469). Dans toutes ces affaires, le principe d'égalité sert de fer de lance au contrôle du Juge mais les discriminations sont en réalité confrontées à une règle qui concerne la relation unissant le contenu de la mesure à l'objectif poursuivi par l'Administration.

On retrouve donc toujours tant de la part du Juge Administratif que du Juge Constitutionnel, l'affirmation que l'appréciation d'une mesure formellement discriminatoire au regard du principe de l'égalité doit se faire en fonction de "la finalité du texte réglementaire ou légal".

Le Président ODENT a remarquablement défini la portée du principe d'égalité dans son cours de "contentieux administratif" (Fasc. V, p. 1736 et s.).

" Le principe d'égalité exige que toutes les personnes placées dans des situations identiques soient soumises au même régime juridique, soient traitées de la même façon sans privilège et sans discrimination. Notamment, tous les usagers se trouvant dans la même situation doivent être soumis au même traitement, comme le rappelle une jurisprudence ancienne, constante et fournie...

Il n'y a pas, au contraire, méconnaissance du principe d'égalité lorsque des régimes différents sont appliqués à des personnes se trouvant dans des situations de fait ou juridiques elles-mêmes différentes..."

Le Président ODENT en précisant que le principe d'égalité peut être méconnu si les atteintes qui lui sont portées sont justifiées par des conditions d'intérêt général qui ne soient pas étrangères au fonctionnement même du service public en cause.

Après ce rappel de l'usage fait pas le Conseil Constitutionnel du principe d'égalité et de la technique de contrôle qui est la sienne pour l'application de ce principe, on peut aborder la critique proprement dite du texte de loi de nationalisation.

Or, à la lecture du texte, on relève trois sources d'inégalité :

- la première réside dans l'inégalité de traitement entre Banques étrangères et Banques françaises ; en effet, les premières sont exclues du champ de la loi de nationalisation au terme de l'alinéa 5 de l'article 13 ainsi rédigé "Les Banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des personnes morales n'ayant pas leur siège social en France".

- la seconde réside dans l'inégalité de traitement entre les Banques Françaises dans la mesure où sont exclues du champ d'application de la loi de nationalisations aux termes des alinéas 3 et 4 de l'article 13 "Les Banques ayant le statut de sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie fixé par l'Ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 ou le statut de maison de réescompte fixé par le décret n° 60-439 du 12 février 1960 ;

les Banques dont le capital appartient directement ou indirectement à des sociétés de caractère mutualiste ou coopératif".

- enfin une troisième source d'inégalité réside dans la différence de traitement entre les Banques par l'introduction du critère géographique du lieu des dépôts ; critère retenu à l'article 13 du projet de loi ; banques dont le siège social est situé en France et qui détiennent 1 milliard de francs dans leurs établissements situés sur le territoire européen de la France.

Trois moyens d'inconstitutionnalité seront donc articulés à partir de ces trois sources de rupture du principe de l'égalité.

1) LE PRINCIPE D'EGALITE ET LA DISCRIMINATION ENTRE

BANQUES FRANÇAISES ET ETRANGERES

MOYEN D'INCONSTITUTIONNALITE TIRE DE LA VIOLATION
DU PRINCIPE D'EGALITE PAR L'ALINEA 5 DE L'ARTICLE
13 DU PROJET DE LOI DANS LA MESURE OU CELUI-CI ETABLIT
UNE DIFFERENCE DE TRAITEMENT ENTRE DES BANQUES AYANT
LE MEME STATUT JURIDIQUE ET FINANCIER AU MOTIF QUE LA
MAJORITE DU CAPITAL SOCIAL DE CERTAINES D'ENTRE ELLES
EST DETENUE PAR DES PERSONNES MORALES ETRANGERES.

Des développements qui précèdent, il résulte qu'en présence d'un moyen tiré de la violation du principe d'égalité, le Juge doit en premier lieu rechercher si les situations des différents sujets de droit ou catégories de sujets de droit distinguées par le texte critiqué, présentent des similitudes suffisantes pour que l'application du principe d'égalité puisse être envisagée ; dans le cadre de cette recherche, il doit bien entendu et dès l'abord, rechercher et éliminer les différences secondaires comme non significatives.

En second lieu :

dans la mesure où cette première recherche aboutit à un résultat positif, le Juge doit rechercher si la différence de traitement établi par le texte peut se justifier au regard des objectifs poursuivis, de la finalité dudit texte.

a) LE STATUT DES BANQUES A MAJORITE DE CAPITAL
ETRANGER ET LE STATUT DES BANQUES A MAJORITE
DE CAPITAL FRANÇAIS

La réglementation bancaire française ne fait aucune distinction entre les banques françaises et les banques étrangères, ni du point de vue de leur création, ni de celui de leur fonctionnement.

La loi du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire dispose, dans son article 15, modifié par la loi du 10 juillet 1975 que "les dispositions du présent texte s'appliquent aux banques étrangères".

Le principe posé par la loi est clair et net : la même réglementation s'applique aux banques françaises et aux banques étrangères, qu'il s'agisse de leur création ou de leurs conditions de financement.

Toute banque qui se crée ou qui veut s'installer en France doit obtenir son inscription sur la liste établie par le Conseil National du Crédit qui examine si les conditions réglementaires (forme de la société, montant du capital...) sont remplies et si la demande présentée est justifiée par les besoins économiques généraux et locaux.

Les banques sont classées en trois catégories définies par l'article 5 de la loi du 2 décembre 1945, les banques de dépôts, les banques d'affaires et les banques de crédit à long et moyen terme. Bien que les différences qui séparent ces trois catégories de banques aient été atténuées en 1966 et 1967, la distinction subsiste : les banques de dépôts ne peuvent prendre de participations que dans certaines

limitées ; les banques d'affaires, dont l'activité principale est l'octroi de crédit et la prise et la gestion de participations dans des affaires existantes ou en formation, ne peuvent investir dans celles-ci des fonds à vue à moins de deux ans ; les banques de crédit à long et à moyen terme ne peuvent recevoir de dépôt à un terme inférieur à deux ans.

Les banques étrangères sont, comme les banques françaises, classées lors de leur inscription dans l'une de ces trois catégories.

Dès lors qu'elles sont inscrites, les banques étrangères sont soumises aux mêmes règles de fonctionnement que les banques françaises (règles d'encadrement, de comptabilité, de liquidité, de rémunération des dépôts, de déclaration des risques etc..). Il est vrai qu'en fait, un grand nombre de banques étrangères ont une activité principalement orientée vers les opérations financières et commerciales internationales et ont un nombre important de non résidents dans leur clientèle. Mais certaines d'entre-elles, telles la Barclay's, la Morgan Guaranty Truste, Neuflyze Schlumberger Mallet ou la banque Louis-Dreyfus) ont également développé leur activité en faveur des résidents, soit pour des opérations de commerce international, soit pour le financement d'opérations réalisées sur le territoire français.

En tout état de cause, rien dans la réglementation bancaire ne s'oppose à ce que les banques étrangères installées en France se livrent aux mêmes activités que les banques françaises.

A cet égard, contrairement à certaines déclarations faites à l'Assemblée Nationale, il y a lieu d'observer que les banques étrangères inscrites par le Conseil National du Crédit peuvent intervenir sur le marché hypothécaire dans les mêmes conditions que les banques françaises. Plus de quinze banques étrangères sont admises sur ce marché, parmi lesquelles Morgan et Cie, Morgan Guaranty Trust, Barclays Bank, Lloyds Bank, Banca Commerciale Italiana, Banco di Roma, Banque Franco-Allemande, Lazard Frères et Cie, Louis-Dreyfus et Cie.

L'absence de discrimination entre les banques selon leur nationalité est encore mise en évidence par le fait qu'au cours de ces dernières années plusieurs banques ont pu changer de contrôle sans avoir à modifier leur activité.

Pourtant, Monsieur BADINTER parlant au nom du Gouvernement, a cru pouvoir affirmer que les banques étrangères avaient un statut différent des banques françaises et cela à plusieurs points de vue.

Au cours de son intervention du 13 octobre à l'Assemblée Nationale, le Garde des Sceaux a déclaré que l'exclusion des banques étrangères du champ de la nationalisation ne constituait pas une violation du principe de l'égalité devant la loi. Pour essayer de justifier sa position, il a invoqué un certain nombre d'arguments, selon lesquels "la situation des banques placées sous contrôle étranger est, en dépit d'une certaine assimilation dans l'exercice de leurs activités sensiblement différente de celle des banques placées sous contrôle français". Or, l'examen de ces arguments montre qu'ils ne sauraient être pris en considération.

D'abord, le Garde des Sceaux indique que les banques en cause sont considérées comme banques étrangères quel que soit le lieu de leur siège social et que les banques étrangères "sont inscrites sur une liste spéciale" (v. compte rendu analytique).

Pour énoncer une telle affirmation, Monsieur BADINTER se réfère à l'ancienne rédaction de l'article 15 de la loi du 13 juin 1941 et néglige volontairement la nouvelle rédaction résultant de la loi n° 75-601 du 10 juillet 1975 qui a supprimé cette disposition et a précisé que toutes les dispositions de la loi de 1941 réglementant la profession bancaire s'appliquent aux banques étrangères. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'affirmation du Garde des Sceaux a disparu du Journal Officiel (1981 p. 1734).

Ensuite, le Garde des Sceaux affirme que les banques étrangères n'accèdent pas au marché hypothécaire dans les mêmes conditions que les banques françaises. Monsieur BADINTER semble ignorer que sur la liste des banques admises de plein droit à émettre des effets éligibles au marché hypothécaire, figurent un grand nombre de banques étrangères et, notamment, sept banques dont les dépôts de résidents sont supérieurs à un milliard.

Il s'est référé à l'organisation du marché hypothécaire qui résulte de l'article 16 de la loi n°69-1263 du 31 décembre 1969 portant notamment organisation du marché hypothécaire. En application de cette loi, un arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances en date du 23 mars 1970, publié au Journal Officiel du 2 avril 1970, confie au Crédit Foncier la mission de codifier l'organisation générale du marché hypothécaire.

C'est la codification du Crédit Foncier, en date du mois de janvier 1971, qui a fixé les conditions dans lesquelles les établissements peuvent opérer sur le marché.

Selon le titre 1 - article 2, pour mobiliser sur le marché hypothécaire les effets représentatifs de prêts par eux consentis, les banques et établissements financiers doivent avoir des fonds propres d'un montant jugé suffisant par le Crédit Foncier, ou bien doivent bénéficier d'un aval de banque ou établissement financier agréé par le Crédit Foncier. Nulle part il n'est prévu de distinction entre banques françaises et banques étrangères, et les listes d'établissements agréés par le Crédit Foncier mêlent, sans aucune distinction, les banques françaises et les banques sous contrôle étranger.

En ce qui concerne les établissements qui peuvent acquérir des effets représentatifs de crédit hypothécaire, la codification du Crédit Foncier précitée mentionne l'ensemble des banques et établissements financiers, là aussi sans distinction entre les banques françaises et les banques sous contrôle étranger. Il ne distingue les banques étrangères que dans le seul cas où il s'agit de banques qui "ne sont pas inscrites par le Conseil National du Crédit" (décision n° 68-11 du 28 novembre 1968).

Les seules banques étrangères qui, " n'accèdent pas au marché hypothécaire dans les mêmes conditions que les banques françaises" sont les banques étrangères n'ayant pas d'activité bancaire en France, puisque précisément elles ne sont pas inscrites par le Conseil National du Crédit.

Ainsi ce ne sont pas les banques étrangères qui n'accèdent pas au marché hypothécaire : ce sont les seules banques étrangères non inscrites sur la liste du Conseil National du Crédit ; les banques étrangères inscrites y accèdent exactement dans les mêmes conditions que les banques françaises. Ici encore l'assimilation est totale.

Enfin, le Garde des Sceaux a fait état de certaines obligations particulières concernant l'affectation de leur capital et la tenue de leur comptabilité. Mais, là encore, Monsieur BADINTER vise un texte qui remonte à 1946, sans tenir compte de ce que maintenant toutes les banques, quel que soit leur contrôle, sont tenues d'avoir la même comptabilité pour les opérations qu'elles traitent sur le territoire français.

Si le Garde des Sceaux a tenté de fournir des arguments techniques, dont l'examen révèle l'inexactitude, pour expliquer la différence de traitement juridique entre les banques sous contrôle français et les banques sous contrôle étranger, c'est qu'il avait pleinement conscience que les fonctions économiques remplies par les unes et par les autres étaient fondamentalement les mêmes. Cela est si vrai que plusieurs banques, dont les dépôts de résidents sont supérieurs à un milliard de francs ont, au cours de la dernière décennie, changé de contrôle sans modifier en rien leur activité.

Il n'est donc pas contestable que le statut juridique et financier des deux catégories de banques distinguées par le projet de loi est strictement identique.

b) PRINCIPE D'EGALITE ET DISCRIMINATION ENTRE
LES DEUX CATEGORIES DE BANQUES

Aucune différence, même secondaire, ne pouvant être dégagée au niveau du statut et de l'activité, il apparaît donc que la première démarche que le Juge Constitutionnel doit effectuer aboutit à un résultat positif : les situations respectives des deux catégories de sujets de droit apparaissent identiques.

Le critère de la discrimination effectuée réside donc uniquement dans la nationalité des personnes morales contrôlant la majorité du capital.

Cet élément est-il de nature à justifier la rupture du principe d'égalité ?

La réponse est certainement négative et ceci pour trois raisons au moins.

La première raison tient à l'indépendance absolue entre la finalité de la loi de nationalisation et l'élément d'hétérogénéité constitué par la nationalité étrangère du capital.

On rappellera ici que la finalité de la loi dans le domaine de la nationalisation des banques est de transférer à l'Etat la maîtrise totale du crédit au dessus d'un montant de dépôts de 1 milliard de Francs au 1° janvier 1981.

La poursuite de cet objectif a été maintes fois proclamée dans le programme électoral de la majorité actuelle et repris très longuement et d'une façon très motivée dans l'exposé des motifs de la loi.

Or, il est constant que non seulement l'exclusion des banques étrangères du champ d'application de la loi ne contribue pas à la réalisation du but pour - suivi par l'auteur du texte, mais bien au contraire met un obstacle décisif à la poursuite de ce but.

Dans ces conditions la seconde démarche que le Juge Constitutionnel effectue dans le cadre de son contrôle de l'application de son principe de l'égalité, et qui a été rappelée plus haut, aboutit à un résultat négatif : il n'est pas possible à l'examen de la portée de l'élément d'hétérogénéité de justifier la discrimination par la finalité de la loi.

Ainsi, en conformité avec les principes posés par les arrêts du Conseil Constitutionnel du 17 janvier 1979 (relatifs au Conseil de Prud'hommes) et du 12 juillet 1979 (relatifs aux ponts à péage), le Juge doit immanquablement ici censurer la discrimination établie entre Banques Françaises et Etrangères au motif de la rupture du principe constitutionnel de l'égalité.

Telle est la première raison absolument décisive et suffisante pour que soit accueilli le moyen d'inconstitutionnalité.

Il n'apparaît cependant pas inutile d'attirer l'attention du Conseil Constitutionnel sur la deuxième raison qui n'est en réalité que la même que celle qui vient d'être développée, mais envisagée sous un angle un peu différent.

Pour bien vérifier en effet l'absence de lien existant entre le critère de la distinction et la finalité du texte de loi, nous envisagerons maintenant le problème sous l'angle du maintien des nationalisations des banques françaises dans la tranche comprise entre 1 milliard de dépôts et le montant des dépôts de la plus importante des banques étrangères ; dans cette tranche, il est incontestable que la maîtrise du crédit objectif de la loi n'est pas assurée par la seule nationalisation des banques françaises.

Et l'exposé des motifs le développe lui-même avec une extrême précision sinon candeur...

Rappelant en effet l'historique des nationalisations en France, l'exposé des motifs s'exprime ainsi :

- " Le présent projet de loi manifeste la permanence de notre attachement à cette conception de l'organisation et de la politique du crédit.

Notre intention, aujourd'hui, est de franchir une nouvelle étape dans un processus engagé depuis près d'un demi-siècle par des gouvernements certes différents, mais dont la préoccupation commune était d'affronter dans les meilleurs conditions une situation de péril économique.

Pourquoi une étape nouvelle ? Si le gouvernement vous présente ce texte, c'est parce qu'en lui s'organisent les leçons de l'expérience : le dispositif établi en 1936 et 1945 comportait des lacunes qui sont devenues de plus en plus évidentes au fil des années.

" En ne nationalisant qu'une partie insuffisante du système bancaire, le législateur de l'immédiat après-guerre n'a pas tiré toutes les conséquences logiques de ses propres choix. En laissant coexister un secteur bancaire public et un important secteur bancaire entièrement privé disposant d'un poids suffisant pour peser sur les comportements de la profession, il a permis que les établissements nationalisés, faute d'orientations spécifiques et explicites de la part de leur actionnaire, se soient constamment appliqués à ne pas se différencier, dans leurs façons d'agir, de leurs concurrents privés. Ce système hybride n'a pas contribué, comme il eût fallu, à freiner les montées parallèles du chômage et de l'inflation ; il a maintenu trop d'entreprises dans un véritable étau, il n'a pas fait la part qui convenait aux petites et moyennes entreprises et aux régions les plus défavorisées : il a privilégié à l'excès la garantie du prêteur aux dépens des projets de l'emprunteur.

L'extension de la nationalisation rendra possible des changements d'habitude, d'attitude et de stratégies, afin que les établissements chargés de financer les projets des entreprises et des particuliers servent mieux les objectifs que notre pays s'est fixés!

Il est donc manifeste que dans l'esprit de l'auteur du texte lui-même, seule une nationalisation totale du crédit au-dessus d'un milliard de dépôts permet d'assurer la "maîtrise du crédit" recherchée.

L'on aperçoit immédiatement que dans ces conditions, "la nécessité publique" qui sert de fondement à l'opération de nationalisation n'existe pas de l'aveu même de l'auteur du texte.

Et dans la mesure même où il y a discrimination patente au niveau du statut des organismes considérés, dans la mesure également où l'opération de nationalisation est un acte exceptionnel, il est nécessaire et légitime que le Conseil Constitutionnel exerce son contrôle de façon stricte.

Par la force des choses, la notion de nécessité publique réapparaît avec toute sa force. Et il faut bien préciser qu'il n'est pas question ici, dans le cadre de la présente discussion, et quoiqu'il en soit de la question de fond traitée par ailleurs de remettre en cause la finalité de la loi et la nécessité de la maîtrise du crédit.

C'est dans la perspective même proclamée par l'auteur du texte qu'entendent se placer les auteurs du présent recours ; or, il n'est pas contestable qu'en considérant simplement la nationalisation des banques françaises dans la tranche considérée, et au-delà même de la discussion sur l'application ou la non-application du principe d'égalité, l'acte n'est pas adéquat à l'intérêt public que ses auteurs se sont eux-mêmes assignés en tant que but à atteindre.

Dans la tranche donnée de montant des dépôts, la maîtrise du crédit est totale ou elle n'est pas.

Et il apparaît difficile ici de ne pas établir un parallèle entre le cas de l'espèce et les hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat doit se prononcer sur l'adéquation d'un acte au but poursuivi pour en apprécier la légalité.

L'exemple classique est celui de la sanction disciplinaire.

Dans un arrêt Lebon du 9 juin 1978 (revue de droit public p. 227 et s. note Monsieur le Professeur AUBY) , le Conseil d'Etat suivant en cela les conclusions de son Commissaire du Gouvernement, Monsieur Bruno GENEVOIS, a exercé son contrôle sur l'adéquation de la sanction disciplinaire à la gravité de la faute. Mais les commentateurs ont souligné que l'exercice d'un tel contrôle ne constituait en aucune façon une intrusion du Juge dans le domaine de l'opportunité.

En effet, le Conseil d'Etat ne contrôle pas la légitimité du principe de la sanction au regard des faits matériellement établis.

Analysant le mécanisme de ce contrôle, le Professeur AUBY écrit :

- " Le juge dégage ce que doit être le double aspect du motif de la sanction, faute de nature à justifier une sanction et faute de nature à justifier telle sanction, et il détermine le contrôle qu'il exerce sur ce motif : ici il se bornera au contrôle minimum mais en y incluant l'erreur manifeste. "

Le juge contrôle donc l'erreur manifeste commise par l'auteur de l'acte au regard du but d'intérêt général qui entrerait dans la compétence et la mission de l'auteur de l'acte.

Ici en dehors même de tout recours à la notion de rupture du principe d'égalité, le Juge Constitutionnel se trouve en présence d'une erreur manifeste d'appréciation, d'une inadéquation absolue de la mesure prise par rapport au but que s'est assigné l'auteur du texte de loi lui-même.

Le parallèle ainsi établi, la référence de la technique de contrôle du Conseil d'Etat dans la jurisprudence LEBON est aux yeux des auteurs du présent recours de nature à renforcer et confirmer si besoin était dans l'esprit du Juge Constitutionnel la nécessité de sanctionner la discrimination établie entre Banques Françaises et Etrangères.

Que l'on considère en effet la discrimination entre les deux catégories ou que l'on se place plus directement dans l'optique de la nationalisation des seules Banques Françaises, il apparaît que les auteurs du texte

de l'article 13 notamment de la loi,
ont totalement méconnu la finalité et
le but qu'ils s'étaient eux-mêmes assignés.

Pourrait-on alors en dernière
analyse, tenter de justifier par un intérêt
général économique international, comme le
tente l'exposé des motifs lui-même dans les
termes suivants :

- "Tout d'abord il convenait, compte
tenu du degré d'internationalisation aujourd'hui
atteint par le système bancaire français d'ex-
clure du champ de la nationalisation les banques
dont le capital appartient pour la moitié au
moins à des entités étrangères.

En effet, c'est pour l'Etat français,
une considération impérieuse de maintenir la pré-
sence de banques françaises à l'étranger et réci-
proquement la présence de banques à capitaux étran-
gers en France".

La réponse est certainement négative.

L'observation essentielle à cet égard est la suivante :

"cet intérêt général, ainsi mis en avant, est sans lien aucun avec la finalité de la loi ; en effet, le risque de mesures de rétorsion à l'étranger n'est pas de nature à faire obstacle au transfert à l'Etat de la maîtrise totale du crédit.

La volonté d'éviter des mesures de rétorsion n'est pas une condition du transfert à l'Etat de la maîtrise du crédit ; elle n'est, par rapport à cette opération, qu'un élément contingent que le Juge Constitutionnel n'a pas à prendre en compte, qui est du seul ressort des pouvoirs exécutifs et législatifs ; ceux-ci ne peuvent s'y référer et en tirer les conséquences que dans le cadre des règles constitutionnelles qui s'imposent à eux.

Le Juge Constitutionnel, en présence d'une absence non contestée de lien entre "cet intérêt général" et la finalité de la loi de nationalisations ne peut le retenir comme justification d'une discrimination qui constitue selon les critères de sa jurisprudence, une rupture du principe de l'égalité.

Le Conseil Constitutionnel ne pourra donc que déclarer anticonstitutionnelles les dispositions du texte de loi établissant une inégalité de traitement entre banques françaises et banques à capital à majorité étrangères au regard de l'opération de nationalisation.

2. LE PRINCIPE D'EGALITE ET LA DISCRIMINATION ENTRE BANQUES FRANCAISES

PRINCIPE D'EGALITE A L'ARTICLE 13 DU PROJET DE LOI DANS LA MESURE OU CELUI-CI ETABLI UNE DIFFERENCE DE TRAITEMENT ENTRE DES CATEGORIES DE BANQUES FRANCAISES

- Une première discrimination peut être relevée dans la mesure où les banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des sociétés à caractère mutualiste ou coopératif échappent à la nationalisation.

Là encore, il apparaît que le statut et l'activité de ces banques sont identiques à ceux des autres banques françaises et "le caractère particulier" de ces banques (à cet égard voir rapport CHARZAT p. 129) ne paraît pas de nature à justifier la discrimination ; "le caractère particulier étant sans rapport avec la finalité de la loi de nationalisation".

Une seconde discrimination entre banques françaises apparaît comme une violation absolument manifeste du principe d'égalité. Il s'agit de la discrimination établie par l'alinéa 1 de l'article 13 qui fixe à un milliard de francs minimum le montant des dépôts de banques nationalisées en précisant que les dépôts doivent être détenus "dans les établissements situés sur le territoire européen de la France".

Tel serait le cas de la BANQUE FRANCAISE COMMERCIALE, dont le sière serait à PARIS, et qui atteindrait un volume de dépôts de 1,5 milliard de francs répartis sur 40 établissements dont 22 cependant seraient situés dans les départements et territoires d'Outre-Mer.

Etablir une discrimination à partir d'une localisation géographique dans des départements différents apparaît confondant dans une "République proclamée comme indivisible" par les textes constitutionnels.

Une telle discrimination a été fermement condamnée par le Conseil d'Etat dans son arrêt DENOYEZ et CHORQUES du 10 Mai 1974 (rec. p. 274 - A.D.J.A. 1974 298 etr. Franc et Boyon, RDP 1975. 467 note Waline, Rev. adm. 1974 440 note moderne).

Le Conseil d'Etat a toujours affirmé qu'une différence de localisation géographique ne permet de justifier une inégalité de traitement que dans la mesure où il existe un lien direct entre la localisation géographique à partir de laquelle la discrimination est établie et l'ensemble de la réglementation édictée.

Dans l'arrêt du 10 Mai 1974, le Conseil d'Etat a jugé par rapport au service de bacs reliant l'Ile de Ré au Continent, qu'il importe peu que les usagers habitent en CHARENTE-MARITIME ou sur une autre partie du Continent car l'utilisation du service se présente pour tous dans les mêmes conditions.

Rapprochés du cas de l'espèce, ces principes que le Conseil Constitutionnel ne peut manquer d'appliquer, font apparaître l'inconstitutionnalité de la discrimination.

En effet, au regard de la maîtrise du crédit, il n'y a aucun lien entre la finalité de la loi et la localisation d'un établissement d'une banque hors du territoire français.

Sur ce point, tout ce qui a été dit à l'appui du moyen tiré de la discrimination entre banques françaises et étrangères et pleinement valable.

Bien mieux, aucune apparence de justification, aucun intérêt général du type de celui invoqué à propos des dispositions concernant les banques étrangères (volonté d'éviter les mesures de rétorsion) n'est même avancée.

La rupture du principe d'égalité est ici flagrante.

S E C T I O N I I

LA LOI DE NATIONALISATION

ET LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL

L'ensemble de la loi, et notamment les dispositions des articles 1, 2, 4, 13, 14, 16, 27, 28 et 30, en ce qu'elles visent, par le transfert à l'Etat d'actions de Sociétés ayant leur siège en France, la nationalisation de biens et d'Entreprises situées à l'étranger méconnaît le principe de territorialité des nationalisations, consacré par le droit public international et le préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946.

7

Le projet de loi de nationalisation est contraire aux règles et aux principes du droit international.

On doit, à cet égard, distinguer deux corps de normes au regard desquelles l'inconstitutionnalité du projet déféré au Conseil Constitutionnel est manifeste, mais qui s'inscrivent malgré tout dans un cadre juridique spécifique qui empêche une assimilation pure et simple.

D'une part, en effet, l'article 55 de la Constitution du 4 Octobre 1958, dispose que :

"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

.../

Le Conseil Constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la portée de cette disposition dans sa décision du 15 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse mais il a refusé d'exercer tout contrôle de comptabilité entre la loi française et les normes conventionnelles internationales au motif que la supériorité des traités sur la loi présente un caractère à la fois relatif et contingent en raison du champ d'application du traité et surtout de la condition de réciprocité.

D'autre part, et en dehors du corps de normes conventionnelles stricto sensu, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel le Conseil reconnaît désormais valeur de norme constitutionnelle positive, dispose :

" La République Française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international " .

Or, certaines de ces normes, qui relèvent notamment de la coutume internationale et ont été sanctionnées par la jurisprudence internationale se placent sur un plan différent des normes conventionnelles traditionnelles. Ces normes, dont les plus parfaites sont les normes impératives du droit international (jus cogens) qui sont expressément reconnues par la Constitution française, doivent donc s'appliquer au cas de l'espèce. Parmi elles il en est une, établie de longue date au sein de la Communauté Internationale que la loi de nationalisation méconnaît et que le Conseil ne pourra que sanctionner : c'est l'absence d'extraterritorialité de la loi française de nationalisation.

1°) Il ne fait pas de doute que dans l'intention de ses auteurs, l'objectif de la loi de nationalisation n'est pas limité au territoire français.

L'ensemble des travaux préparatoires est à cet égard dénué de toute équivoque. Par la loi de nationalisation, on a voulu doter l'Etat Français de moyens d'action à l'échelle mondiale.

La nationalisation entend adapter le caractère international des relations économiques où est insérée la société française et le dogme socialiste selon lequel l'Etat doit s'assurer la maîtrise des instruments de production.

Le rapport de Monsieur CHARZAT au nom de la Commission Spéciale Chargée d'examiner le projet de la loi de nationalisation est clair sur ce point.

Pages 13 et 14, le rapporteur indique que la nationalisation vise à faire du secteur public élargi le "moteur de la bataille économique internationale et de la reconquête compétitive du marché international".

Selon M. CHARZAT, il s'agit de faire face à la stratégie des multinationales capitalistes par des multinationales contrôlées par l'Etat socialiste et qui, à ce titre, "pourront faire preuve "d'une audace nouvelle".

Le rapporteur poursuit : "nous ne "sortirons pas de la crise en nous repliant sur nos "positions, mais en essayant de faire valoir partout "dans le monde nos propres conceptions des relations "économiques internationales". Si la nationalisation vise la défense de l'emploi en France, elle vise également "la recherche d'une position mondiale "significative". Selon le rapporteur, "l'existence "des pôles de compétitivité au niveau mondial peut "permettre, sur le territoire national, le dévelop- "pement conjoint d'autres activités, créant ainsi "la possibilité d'enclencher un cercle vertueux "industriel" ... "prise de contrôle d'un réseau de "distribution étranger afin d'augmenter les exporta- "tions, investissements et recherches nécessaires "pour conserver une position mondiale forte peuvent "contribuer à protéger l'emploi".

Il n'est donc pas contestable que la loi de nationalisation a voulu inclure dans son champ d'application non seulement des entreprises françaises, mais également de très nombreuses et très importantes entreprises étrangères, situées sur tous les continents. Pour réaliser cet objectif, tout en se donnant les apparences d'un respect purement formel

.../...

du droit international, la loi a déguisé la nationalisation des entreprises étrangères par la technique suivante : selon les articles 2, 14 et 28, la nationalisation est assurée par le transfert à l'Etat en toute propriété des actions représentant le capital des sociétés visées. De quoi le rapporteur s'est cru fondé à écarter l'objection de l'extra-territorialité : "le projet de loi ne porte nationalisation que sur des entreprises ayant leur siège social central en France et ne dépendant à aucun titre de l'étranger." (rapport p. 218). Autant dire que si une entreprise française appartenait à une société ayant son siège social au Liechtenstein, l'Etat français n'aurait pas le pouvoir de décider sa nationalisation, qui relèverait de la seule compétence de cette principauté ! A suivre la doctrine du rapporteur, il aurait suffi aux sociétés visées par la loi de transférer leur siège social à l'étranger pour échapper ainsi à la nationalisation.

Quoi qu'il en soit de cette question, sur laquelle on reviendra (infra), il est clair que la loi tend à nationaliser des entreprises étrangères : en s'assurant le contrôle total des sociétés mères établies en France, l'Etat s'assure le contrôle des activités implantées à l'étranger par leurs filiales, il s'agit là d'un fait constant et les auteurs de la loi n'ont pas fait mystère de leurs intentions à ce sujet.

.../...

Le rapport de M. CHARZAT en fourni de nombreuses illustrations, dont on citera les principales. Ainsi, pour le groupe Saint-Gobain, M. CHARZAT rappelle que ses activités sont réparties en dix grandes branches :

"-le vitrage (7.213 millions de francs de chiffre d'affaires) 16,6% des ventes du groupe. - 3 principales sociétés : S.G.V. (France), V.V.G. (R.F.A.), Fabricana Pisana (Italie) ;

"-l'isolation (7.130 millions de francs de chiffre d'affaires) 16,4% des ventes du groupe. - 3 principales sociétés : I.S.G. (France), G.H.G. (R.F.A.), Fibriver (Suisse) ;

"- fibres de renforcement (913 millions de francs de chiffre d'affaires) 2% des ventes du groupe + verre textile, plastique armé notamment pour l'automobile. -3 principales sociétés : U.S.G. (France), Gevetex (R.F.A.), Balzaretti (Italie) . ;

"- le conditionnement (3.974 millions de francs de chiffre d'affaires) 9% des ventes du groupe + emballages de verre creux, flacons, fermetures pour bouteilles. - 3 principales sociétés ; S.G.E. (France), Virasa (Espagne), S.G.D. (France) ;

"- les fibres ciment (3.631 millions de francs de chiffre d'affaires) 8,3% des ventes du groupe + couvertures et canalisations en fibres ciment et plastique - 3 principales sociétés : Evertitube (France), Bresilit (Brésil), C.T.P. (Etats-Unis) ;

.../...

"- les canalisations et la mécanique (6.265 millions de francs de chiffre d'affaires) 14,4% des ventes du groupe. - 3 principales sociétés : Pont-à-Mousson (France), Hallbergerhutte (R.F.A.). Barbara (Brésil).

"- les produits réfractaires (816 millions de francs de chiffre d'affaires) 1,9% des ventes du groupe + produits pour fours à verre pour la métallurgie : produits pour industrie des semi-conducteurs, fibres céramiques, fibres réfractaires isolantes. - 1 principale société : S.E.P.R. (France). Une réorganisation de cette branche est en cours :

"- les papiers bois (4.654 millions de francs de chiffre d'affaires) 10,7% des ventes du groupe. - Principal producteur : le Groupe Cellulose du Pin (France) ;

"les entreprises (5.425 millions de francs de chiffre d'affaires) 12,5% des ventes du groupe + bâtiment ; travaux publics et services ; ingénierie. - Sociétés : Air Industrie, S.O.B.E.A., T.N.E.E., Wanner Isofi, Sauer Duval, toutes françaises ;

"- l'électronique et l'information (3.796 millions de francs de chiffre d'affaires) 8,7% des ventes du groupe. - Principales sociétés : Eurotechnique (France) Machines Bull (France), Olivetti (Italie).

(rapport p. 68 et 69).

.../...

En ce qui concerne la Compagnie Financière de Paris et des Pays Bas, le rapporteur souligne l'importance de ses activités bancaires à l'étranger.

"En 1980, sur un bénéfice net consolidé de 730 millions de francs, la part de l'activité bancaire de la Compagnie à l'étranger a atteint 297 millions de francs.

"Les filiales directes ou indirectes de la Compagnie exercent à l'étranger des activités semblables à celles de la Banque de Paris et des Pays-Bas. En Europe, les plus importantes implantations sont d'anciennes sociétés de droit local, filiales indirectes qui jouent un rôle très important sur leurs places financières respectives (Belgique, Pays-Bas, Luxembourg). Quant au réseau de succursales, il est très développé en Extrême-Orient, aux Etats-Unis et dans les pays du "golf Persique".

"Les principaux éléments de cet important réseau étranger sont les suivants :

- "- Banque de Paris et des Pays-Bas (Belgique) dont le total du bilan a atteint en 1980 : 103,3 milliards de francs belges ;
- "- Banque de Paris et des Pays-Bas N.V. dont le siège est à Amsterdam ; total du bilan de 3,7 milliards de florins ;

"Banque de Paris et des Pays-Bas (Suisse) S.A., total du bilan : 3,182 milliards de francs suisses ;

"-les succursales de la B.P.P.B. France à Londres, Frankfurt, Stuttgart, Madrid, Milan, Athènes, New-York, Los Angeles, Abu-Dhabi, Dubaï, Tokyo, Hong Kong, Singapour, etc."

(rapport p. 152)
.../...

L'inclusion des filiales et succursales étrangères dans le secteur public élargi est du reste confirmée par l'article 4 de la loi : ce texte prévoit que l'administrateur général ou le Conseil d'Administration des sociétés nationalisées pourra décider, lorsque les législations ou les pratiques propres à certains pays le rendent nécessaire, l'aliénation partielle ou totale des filiales directes ou indirectes de ces sociétés et de certaines de leurs succursales exerçant leurs activités en dehors du territoire national. Ce texte exprime que les auteurs de la loi sont parfaitement conscients de son extra territorialité. Le palliatif prévu pour atténuer les difficultés que cette extra-territorialité entraînera inévitablement ne peut, bien sûr, constituer une justification (v.infra,3^o,d).

2°) On ne saurait, certes, contester dans son principe le droit d'un Etat de procéder à des nationalisations.

On donne généralement comme fondement à ce droit des Etats de procéder à des nationalisations le droit des peuples sur leurs richesses et ressources naturelles (voir (Abd el Kader Boye, L'acte de nationalisation, Nouvelles éditions africaines, série "tiers monde en marche", tome III, p. 14 et suivantes). On peut en conclure que les nationalisations opérées par la loi, dès lors qu'elles ont pour objet des activités

.../...

industrielles et financières, et ne visent pas à assurer l'exploitation par le peuple français de ses ressources et richesses naturelles relève du seul droit interne et ne peut prétendre s'appuyer sur une norme du droit international.

Mais surtout, on peut opposer que si l'Etat entend procéder à des nationalisations en vertu de sa souveraineté, il doit respecter la souveraineté des autres Etats. Il ne peut donc pas nationaliser des biens et des entreprises qui se trouvent sous la souveraineté d'Etats étrangers. En d'autres termes, la loi de nationalisation doit respecter le principe de territorialité : l'Etat français n'a de compétence souveraine que pour nationaliser les biens situés ou localisés sur le territoire français, non les biens situés ou localisés sur le territoire d'Etats étrangers.

3°) "Une mesure de nationalisation ne peut avoir effet que sur le territoire de l'Etat qui la prend" : c'est en ces termes très nets que la jurisprudence française a encore tout récemment rappelé le principe de la territorialité des nationalisations, en le fondant "sur le principe de la souveraineté des Etats" (Cass. 1ère civ. 20 Février 1979 Bull. civ. I, n° 65 p. 53, J.C.P. 1979 II, n° 19147 conclusions GULPHE, Rev. trim. dr. comm. 1979 p. 576, obs. LOUSSOUARN et BOUREL, Rev. soc. 1979, p. 856 note BISMUTH, Rev. crit. dr. int. pr. 1979 p. 803 note BATTIFOL)

.../...

La solution est classique même si sa portée est parfois obscurcie par les justifications contradictoires trop souvent invoquées cumulativement pour refuser l'application des lois étrangères de nationalisation. Ce refus est fondé tantôt sur le principe de la territorialité, qui circonscrit le domaine de la loi normalement applicable, tantôt sur l'exception d'ordre public, qui a pour effet d'évincer la loi normalement applicable (P. LAGARDE, Recherches. sur l'ordre public en dr. int. privé Paris, 1959 ; BATIFFOL et LAGARDE, Dr. int. privé tome 1, 7^e éd. n° 355 ; A. CHAPELLE, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse Paris II, 1979).

En réalité, le problème des effets dans un Etat d'une nationalisation décidée par un autre Etat peut se poser dans deux catégories de situations : parfois il s'agit de reconnaître dans un Etat les effets réalisés à l'étranger d'une nationalisation décidée par l'Etat étranger sur des biens situés ou localisés sur son territoire et dans sa sphère de souveraineté ; parfois, il s'agit, non plus simplement de reconnaître, mais d'exécuter dans un Etat une mesure de nationalisation prise par un Etat étranger et concernant des biens qui ne sont pas situés ni localisés sur son territoire. Le principe de territorialité signifie que l'Etat est compétent pour nationaliser les biens situés ou localisés sur son territoire et que par voie de conséquence, les autres Etats devront reconnaître chez eux les effets ainsi produits à l'étranger conformément à la loi applicable, sous réserve de l'exception d'ordre public

.../...

au cas où la loi étrangère ne prévoirait pas une indemnité juste et préalable. Mais le principe de territorialité a une autre conséquence, qui est le corollaire nécessaire de la première : la loi de nationalisation ne produit pas d'effet sur les biens situés ou localisés dans un territoire échappant à sa souveraineté.

a) En France, il est unanimement admis que la dévolution opérée par la loi applicable sur les biens se trouvant sur son territoire et les obligations qui y sont localisées doit être reconnue et respectée (E. SCHAEFFER, Rép. Dalloz, dr. intern. , V° Nationalisation n° 44 ; BATTIFOL et LAGARDE, Dr. intern. privé, 6è éd. tome II, n° 523). Sans doute l'application de la loi territoriale peut elle être écartée par l'exception de l'ordre public, et il faut connaître que la jurisprudence a plus souvent fait jouer l'exception que le principe (Cass. 1ère civ. 23 Avril 1969, D. 1969, p. 361, J.C.P. 1969 II, n° 15897, Rev. crit. dr. intern. privé 1969 p. 517 note SCHAEFFER , Journal du dr. intern. 1969 p. 912 note CHARDENON ; Cass. 1ère civ. 3 janvier 1979 Bull. Civ. I n° 27 p. 22, J.C.P. 1979 II n° 19086 concl. GULPHE ; Cass. Com. 19 mars 1979 Bull. Civ. IV n° 104 p. 181 Rev. Crit. de Dr. Intern. Priv. 1981 p. 524 Note Paul LAGARDE)

Mais dès lors que la loi étrangère applicable a prévu une indemnisation, la nationalisation est reconnue en France. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt de la Première Chambre Civile en date du 1° juillet 1981 (Société TOTAL AFRIQUE pourvoi n° 80-11934, inédit).

La Société TOTAL MADAGASCAR, qui avait son siège à Tanarive, et avait été nationalisée, ses biens étant dévolus à une société d'Etat, revendiquait le paiement d'une créance contre un débiteur français ayant des biens en France. La Cour de cassation a décidé que cette créance, qui était localisée à Madagascar et donc régie par la loi malgache, se trouvait atteinte par la décision de nationalisation, laquelle n'était pas contraire à l'ordre public puisqu'elle avait prévu une indemnisation consécutive au transfert de propriété des biens, droits et actions de la société qui était nationalisée.

b) Mais pour ce qui concerne les biens situés ou localisés hors du territoire où l'Etat nationalisateur exerce sa souveraineté, la loi de nationalisation ne peut pas les atteindre.

C'est ce qu'a décidé l'arrêt déjà cité du 20 février 1979 : " Vu le principe de la souveraineté des Etats ; - attendu qu'une mesure de nationalisation ne peut avoir d'effet que sur le territoire de l'Etat qui la prend".

Il en a été décidé ainsi en matière de marques. Dès lors qu'une marque étrangère est déposée en France, cette localisation rend inopérantes en France toutes les mesures d'appropriation intervenues à l'Etranger (Cass. Com. 15 mars 1966 Zeiss, Bull. Civ. III n° 147 p. 126 ; Rev. Crit. Dr. Intern. priv. 1967 p. 147 et Chron. de M. Treves p. 23, Journal du droit international 1966 p. 622 Note Le Tarnec ; même solution pour la marque Olympia, Cass. 1^è Civ. 15 mars 1961 Bull. Civ. I n° 168 p. 134).

Fondée sur la limitation territoriale des pouvoirs de l'Etat, l'absence d'effet de la nationalisation sur les biens situés ou localisés hors de cet Etat est indépendant du problème de l'indemnisation. Même s'il offre une indemnité, l'Etat ne peut s'approprier des biens se trouvant hors de sa sphère de souveraineté. Comme l'écrivent MM. Batiffolet Lagarde, "la compétence de la *lex rei sitae* s'accorde avec l'observation de bon sens qu'il n'est pas raisonnable qu'un Etat puisse acquérir des biens, notamment immobiliers, en territoire étranger par le seul exercice de son pouvoir législatif" (Dr. Intern. priv. 6è éd. T. II n° 523).

En outre, la pratique des Etats procédant à des nationalisations, confirme, malgré de compréhensibles hésitations, le refus de l'effet extraterritorial de leur champ d'application. En France, l'article 7 de la loi du 8 avril 1946 nationalisant le gaz et l'électricité, et l'article 8 de la loi du 17 mai 1946 nationalisant les houillères excluent de leur champ d'application les filiales étrangères (v. Vedel, La technique des nationalisations, Dr. Soc. 1946 p. 52 et s.).

Si la loi égyptienne du 26 juillet 1956 relative au Canal de SUEZ a prétendu se donner un effet extra-territorial, les accords de ROME du 29 avril 1958, de GENEVE du 13 juillet 1958 et de ZURICH du 22 août 1958 ont finalement laissé tous les avoirs étrangers aux anciens actionnaires. L'U.R.S.S. elle-même, après les premiers décrets soviétiques de nationalisation qui prétendaient à un effet extra territorial, a finalement admis à partir de 1922 le principe de l'effet territorial des nationalisations. (Schaeffer, Rép. Dalloz dr. intern. V° Nationalisation, n° 49).

c) La jurisprudence des tribunaux étrangers va également dans le sens d'un refus de l'extra-territorialité. Ainsi en est-il en Belgique (Bruxelles 25 juin 1947 Journal du Dr. Intern. 1950 p. 882), en Italie (Cass. It. 18 février 1960 Journal du Dr. Intern. 1962 p. 234), au Brésil (Tribunal Fédéral 26 mai 1953 Rev. Crit. Dr. Intern. priv. 1955 p. 517, note Mezger), au Danemark (Trib. du Danemark Oriental 22 Septembre 1955 Journ. dr. int. 1960, p. 496), en Autriche (Cour Suprême d'Autriche, 19 avril 1961 Journ. Dr. Intern. 1962 p. 74 ; Cour Suprême d'Autriche 3 février 1954 et 14 janvier 1953, Cour Suprême Adm. d'Autriche, 14 septembre 1955, Rev. Crit. Dr. Intern. Priv. 1956 p. 258 Note Seidl-Hohenveldern), en Suisse (Trib. Féd. Suisse, 1^è Sect. 25 septembre 1956, A.T.F., 82. I.196).

En Allemagne Fédérale, le refus de l'extra territorialité est assuré par la théorie dite de la scission (Spaltungstheorie), appliquée par les tribunaux allemands aux sociétés qui avaient leur siège dans la partie orientale de l'Allemagne et dont les dirigeants, après la nationalisation des parts sociales par les autorités soviétiques d'occupation, ont transféré le siège en Allemagne Occidentale. Selon cette théorie, la personne morale dont les parts ont été nationalisées à l'Est continuent d'exister à l'Ouest avec les biens qui s'y trouvent et avec les anciens associés. Dans le même temps, la société qui se trouve à l'Est n'en continue pas moins, elle aussi, d'exister avec les biens qui s'y trouvent et les nouveaux associés auxquels ils ont été dévolus. L'ancienne société se trouve donc scindée en deux personnes morales distinctes (sur cette théorie, v. RAAPE, Internationales Privatrecht, 5^è éd. 1961, p. 669 et s.).

La jurisprudence française a reconnu cette scission dans l'affaire Zeiss (Cass. Com. 15 mars 1966 précité). On peut même considérer qu'elle en a fait une application directe à propos des nationalisations algériennes (Cass. 1^è Civ. 30 mars 1971 Rev. Crit. Dr. Intern. Priv. 1971 p. 451 note Lagarde, J.C.P. 1972, II, 17101 note Oppetit, Journ. dr. int. 1972, p.834, note LOUSSOUARN).

Aux Etats-Unis, la jurisprudence refuse également l'effet extraterritorial des nationalisations étrangères et, contrairement à ce qui a pu être dit pour justifier la présente loi, la théorie dite de l' "Act of State" ne permet nullement à un Etat étranger de s'approprier des biens situés aux Etats-Unis. Cette théorie pose en principe général que les tribunaux américains doivent s'abstenir d'examiner la validité d'un acte d'un Etat étranger par lequel cet Etat a exercé sa juridiction pour donner effet à ses intérêts publics ("a court in the United States... will refrain from examining the validity of an act of a foreign state by which that state has exercised its jurisdiction to give effect to its public interests", American Law Institute, Restatement 2nd, Foreign Relations Law Ch. 3, § 41). Mais cette règle n'interdit pas aux tribunaux américains d'examiner la validité d'un acte d'un Etat étranger qui se rapporte à un bien situé ou à un intérêt localisé en dehors de son territoire, si cet acte n'a pas été entièrement exécuté en conformité avec la loi applicable (" The rule stated in § 41 does not prevent examination of the validity of an act of a foreign state with respect to a thing located, or an interest localized, outside of its territory if the act has not been fully executed in accordance with applicable law " ibid. § 43). Et le Restatement donne l'illustration suivante : si l'Etat étranger nationalise les biens d'un de ses nationaux qui comprennent un immeuble aux Etats-Unis, la doctrine de l'Act of State ne trouve pas application.

d) Il reste à écarter les objections qui pourraient être faites au grief d'extraterritorialité de la loi.

On peut tout d'abord éliminer la thèse selon laquelle, la nationalisation s'opérant par le transfert à l'Etat des actions des sociétés nationalisées, la personnalité morale de celles-ci subsistera, de sorte que les sociétés conserveraient sans changement tous leurs biens et droits situés à l'étranger, sans qu'il soit besoin de donner à la loi un effet extraterritorial. C'est là la thèse plusieurs fois exprimée par le gouvernement et rappelée par le Rapporteur de la Commission Spéciale de l'Assemblée Nationale (p. 218 du rapport). Mais on a peine à croire que ses auteurs soient convaincus que les tribunaux étrangers puissent être dupes d'un pareil artifice. Admettre que par le truchement d'un transfert forcé d'actions, un Etat puisse s'approprier des biens situés hors de son territoire, c'est accepter que cet Etat, par le choix d'une technique qui relève de sa compétence, puisse contourner le principe de la territorialité et porter ainsi atteinte à la souveraineté d'autres Etats (SCHAEFFER, op. cit. n° 58). Cette thèse a été implicitement mais certainement rejetée par la Cour de cassation française dans l'affaire Zeiss (Cass. Com. 15 mars 1966 précité), et les arrêts Royal Dutch ne sauraient être invoqués en sa faveur, car dans cette affaire, le transfert des actions à l'Etat néerlandais ne résultait pas d'une décision de nationalisation mais n'était que la déchéance encourue par les actionnaires qui n'avaient pas respecté des obligations prescrites par *lex societatis* (Cass. 1^{ère} Civ. 25 janvier 1966 Rev. Crit. de Dr. Intern. priv. 1966 p. 238 note Francenkakis, Journ. Dr. Intern. 1966 p. 632 Note Bredin, D.1966 p. 390 Note Loussouarn). Comme l'a dit M. BATIFFOL "il n'est guère tolérable d'admettre qu'on arrive indirectement à ce qui n'est pas admis directement" ("problèmes actuels des nationalisations", Travaux du Comité français de droit international privé, 1962-64, p. 185).

La thèse de M. CHARZAT n'aurait pas la moindre chance de succès dans les pays qui, comme l'Allemagne Fédérale, décident qu'à la suite de la loi de nationalisation, il y a scission de la société (sur la théorie de la scission, v. supra). Elle a été formellement rejetée par la jurisprudence autrichienne (Cour Sup. d'Autriche, 3 février 1954 et 14 janvier 1953, Rev. Crit. Dr. Intern. Privé 1956 p. 258 Note Seidl-Hohenveldern ; Cour Sup. d'Autriche 19 avril 1961 Journ. Dr. Inter, . 1962 p. 74). Aux Etats-Unis la jurisprudence refuse également les effets des nationalisations dites "indirectes" (Zwack c/ Kraus Br. & Co (1956) 237 F 2d 255, cité par Batiffol et Lagarde, op. cit. n° 552, note 46).

Cette thèse conduit du reste à des résultats inadmissibles. Retenir le siège social de la société comme critère de la compétence de l'Etat permettrait, comme on l'a dit, au Liechtenstein de nationaliser des entreprises implantées aux quatre coins du monde sous le seul prétexte qu'elles appartiendraient à des sociétés ayant leur siège social dans cette principauté. Réciproquement, l'Etat français ne pourrait pas nationaliser de telles entreprises. Aussi bien la doctrine est-elle à peu près unanime pour décider que, du point de vue de ses effets territoriaux, la nationalisation opérée par le transfert à l'Etat des actions doit être assimilée à celle opérée par le transfert du patrimoine social (Schaeffer, Rép. Dal. dr. intern. n° 58 ; Abd el Kader Boye, L'acte de nationalisation, précité, p. 194 et s. ; Batiffol et Lagarde, Droit international privé, t. II, n°552).

Une objection plus sérieuse pourrait être tirée des critiques adressées à l'application rigide et stricte du principe de territorialité. La nationalisation a pour objet de viser l'unité économique constituée par l'entreprise. Et on a fait valoir que si, par exemple, l'entreprise a livré des marchandises à des clients divers, répartis de par le monde, en exécution de contrats de vente soumis à des lois diverses, l'Etat

nationalisateur peut, aux yeux des juges français, inclure dans la nationalisation les créances du prix de vente soumises à sa loi, mais non les autres, solution qui ne serait pas raisonnable.

pareillement, on a soutenu qu'il n'était pas opportun d'empêcher l'Etat nationalisateur, dès lors qu'il verse une juste indemnité, de devenir titulaire des marques déposées à l'étranger, solution qui prive l'entreprise nationalisée de ses marchés extérieurs (P. Mayer, Dr. Intern. priv. n° 643). Dans le même sens, Monsieur Abd el Kader Boye, dans sa thèse précitée sur "L'Acte de nationalisation", soutient que, puisqu'on reconnaît à l'Etat le droit de nationaliser les entreprises situées sur son territoire, il faut également lui reconnaître le droit d'inclure dans le champ de la nationalisation tous les biens qui en permettent l'exploitation normale, notamment les marques, même si ces biens se trouvent situés ou localisés à l'Etranger ; la nationalisation devrait donc englober tous les éléments de cette universalité que constitue l'entreprise (p. 180 et s.).

Mais on peut répondre à cela que l'intérêt évident de l'Etat nationalisateur à assurer l'unité de l'entreprise trouve sa limite nécessaire dans la souveraineté des autres Etats. En développant ses activités dans plusieurs pays, l'entreprise s'est placée sous la souveraineté et la protection de plusieurs Etats ; aucun d'eux ne peut prétendre utiliser le réseau économique constitué par l'entreprise pour exercer son pouvoir de coercition au-delà de ses frontières. Du reste, Monsieur Boye, s'il souhaite un assouplissement du principe de territorialité, reconnaît que cet assouplissement ne peut être imposé aux autres Etats concernés, toute atteinte portée à leur souveraineté devant être consentie par eux.

D'autre part, l'assouplissement du principe de territorialité souhaité par ces auteurs ne saurait en aucun cas justifier la loi adoptée par l'Assemblée Nationale. En effet, si l'on peut souhaiter une certaine extraterritorialité de la nationalisation, c'est pour assurer l'unité de l'entreprise, en évitant la dissociation de ses différents éléments qui forment un tout.

Ainsi, on pourrait à la rigueur admettre que la loi produise effet sur des biens situés à l'Etranger mais se rattachant par un lien d'accessoire à principal, aux entreprises nationalisées établies en France. Mais la loi en l'espèce va beaucoup plus loin. Comme on l'a vu, elle inclut dans son champ d'application des entreprises constituant des unités économiques autonomes, entièrement implantées à l'Etranger. C'est là une prétention sans précédent : jamais un Etat n'a revendiqué le droit de contrôler, pour les soumettre à ses options politiques et économiques, un réseau d'entreprises industrielles et financières réparties sur tous les continents. La loi ne se contente pas d'assurer l'unité des entreprises françaises nationalisées et d'éviter leur dislocation ; elle nationalise des entreprises entièrement implantées à l'étranger et n'ayant pas nécessairement des liens étroits avec l'économie française. Jamais personne n'avait osé jusque là reconnaître un effet extraterritorial aussi étendu à une loi de nationalisation.

Les auteurs de la loi sont du reste si conscients de la faiblesse de leur position sur ce point qu'ils ont prévu une position de repli. Les articles 4, 16 et 30 prévoient en effet que les dirigeants des sociétés nationalisées pourront décider, lorsque les législations ou les pratiques propres à certains pays le rendent nécessaire, l'aliénation partielle ou totale des filiales directes ou indirectes de ces sociétés et de certaines de leurs succursales exerçant leurs activités en dehors du territoire national. En d'autres termes, le législateur français, après avoir violé le principe de territorialité et méconnu la souveraineté des Etats étrangers, a délégué aux dirigeants des sociétés nationalisées le soin de régler les incidents que ces atteintes pourront causer à l'étranger. Une telle solution est contraire à tous les principes.

Tout d'abord c'est à la loi seule qu'il appartient de déterminer le domaine des nationalisations ; après leur avoir donné une étendue exorbitante, la loi donne aux dirigeants un pouvoir discrétionnaire pour faire sortir du secteur public des entreprises qui, pourtant, n'avaient pu y être comprises que parce que la nécessité publique l'imposait.

Enfin, loin d'écarter le grief d'extra territorialité, ces dispositions sont un aveu éclatant de son bien fondé. Si la loi ne portait pas atteinte au droit international et à la souveraineté des Etats, pourquoi aurait-elle prévu la possibilité d'un retour, a posteriori et à la seule discrétion des dirigeants des entreprises nationalisées, au principe de la territorialité ?

.../...

Il est clair que la loi s'est donnée des effets extra territoriaux. Elle méconnaît donc les règles du droit public international dont le préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946 impose le respect au législateur français.

S E C T I O N : I I IL'INDEMNISATION DES ACTIONNAIRESMoyen d'inconstitutionnalité :

En prévoyant pour les actionnaires une indemnité qui n'est ni juste ni préalable, les articles 5 et 6, 17 et 18, 31 et 32 violent l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, dont la valeur constitutionnelle est affirmée par le Préambule de la Constitution.

En dehors des autres conditions qui ont été déjà examinées, la nationalisation n'est possible que "sous la condition d'une juste et préalable indemnité" (article 17 de la Déclaration des droits de 1789). Le caractère juste et préalable de l'indemnité est donc une condition de la constitutionnalité de la nationalisation. Outre l'article 17 précité, cette condition trouve un second fondement dans le préambule de la Constitution de 46 qui impose au législateur français de respecter les règles du droit public international. Or, parmi ces règles figure le caractère équitable et adéquate de la nationalisation (Abd El Kader Boye, l'acte de nationalisation, p. 100).

Le caractère préalable de l'indemnité signifie-t-il qu'elle doit être préalablement versée ou qu'elle doit seulement être préalablement fixée ? Si l'on se réfère à l'intention des auteurs de la Déclaration de 1789, la réponse ne peut faire aucun doute. La nationalisation est une forme d'expropriation pour cause d'utilité publique, et il a toujours été admis sans discussion dans cette matière que l'indemnité devait être payée avant la prise de possession (article L. 15-1 du Code de l'Expropriation). Si les lois de nationalisation postérieures à la Libération ont au contraire entendu cette condition comme l'exigence d'une fixation préalable de l'indemnité, on ne peut leur donner la valeur de précédents car d'une part elles étaient antérieures à la Constitution du 27 Octobre 1946 qui a expressément reconnu valeur constitutionnelle à la Déclaration des droits de 1789, et d'autre part, il n'existait à l'époque aucun contrôle de constitutionnalité. S'agissant des nationalisations intervenues à l'étranger, la Cour de Cassation a toujours refusé de les reconnaître, comme contraire à l'ordre public, lorsqu'il n'y avait pas "une juste et préalable indemnité" (Cas. req. 5 Mars 1928 La Ropit DP 1928 1 p. 81 ; Cas. Civ. 14 Mars 1939 Potassas Ibéricas, Rev. crit. Dr. Int. Pr. 1939 p. 280). Encore récemment, le 19 Mars 1979, la Cour de Cassation a refusé de reconnaître une dépossession opérée par un Etat étranger "sans qu'une indemnité équitable ait été préalablement versée" (Cas. Com. 19 Mars 1979 Bull. Civ. IV n° 104 p. 81, Rev. crit. dr. Int. Pr. 1981 p. 525 note Paul Lagarde).

Certes, dans ses arrêts du 23 Avril 1969, la Cour de Cassation s'était contentée d'exiger une indemnité préalablement fixée ; mais il s'agissait des nationalisations algériennes, et les accords d'Evian (déclaration gouvernementale du 19 Mars 1962), se contentait de cette condition ("nul ne peut être privé de ses droits sans une indemnité équitable et préalablement fixée"). Il est vrai que dans son arrêt du 1er Juillet 1981 (TOTAL-AFRIQUE, pourvoi n° 80/11934, inédit) la Cour de Cassation a reconnu une nationalisation malgache, intervenue en vertu d'une ordonnance qui prévoyait bien une indemnisation, mais non un paiement préalable à la dépossession ; mais la portée de l'arrêt est limitée par le fait que le demandeur au pourvoi n'avait pas placé de la discussion sur ce point.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain que le Droit International exige une indemnisation dans un délai raisonnable (" sous une forme effectivement réalisable et sans retard inutile" précise l'article IV 3 de la Convention d'Etablissement entre la France et les Etats Unis du 25 Novembre 1959 J.O. 15 Décembre 1960 p. 11220). Et en toute hypothèse, on doit considérer que si l'indemnité n'est pas-préalablement versée, le paiement fait à terme doit être équivalent à un paiement comptant. Autrement dit, le terme imposé par la loi de nationalisation au propriétaire dépossédé doit comporter pour

lui une compensation le rétablissant dans une situation équivalente à un paiement comptant. Puisqu'il est privé de son bien que l'Etat s'est approprié, la plus élémentaire justice commande qu'il soit indemnisé de cette privation temporaire de son capital. On doit donc conclure qu'à défaut de paiement préalable, l'indemnisation n'est juste que si elle remplit deux conditions : tout d'abord, elle doit prévoir le versement d'un revenu compensant la privation de la jouissance du capital, et à cet égard la loi n'appelle pas de critique particulière ; mais les modalités de l'indemnisation doivent également comporter une garantie contre la dépréciation du capital. Or, sur ce dernier point, la loi est muette : elle permet à l'Etat de s'approprier des biens dont la valeur augmentera avec le temps, et de ne les payer qu'en monnaie dépréciée.

En effet, en ce qui concerne l'indemnisation des Sociétés cotées en bourse, la loi prévoit que les détenteurs d'actions transférées à l'Etat recevront, dans les trois mois de sa publication, en échange de leurs actions, des obligations émises par deux organismes nouveaux, la Caisse Nationale de l'Industrie, pour les sociétés industrielles (article 5) et la Caisse Nationale des Banques, pour les banques et les compagnies financières (articles 17 et 31). Pour fixer la valeur nominale des obligations ainsi émises en échange des actions, la loi se réfère pour les sociétés cotées en bourse,

à trois critères : la valeur d'échange des anciennes actions est déterminée pour 50 % par la moyenne de la capitalisation boursière du 1er Janvier 1978 au 31 Décembre 1980, pour 25 % par la situation nette comptable telle qu'elle résulte des comptes sociaux arrêtés au 31 Décembre 1980, et pour 25 % par le produit multiplié par 10 du bénéfice net moyen, celui-ci étant égal au tiers des bénéfices après impôts, provisions et dotations aux amortissements dégagés au cours des trois exercices 1978, 1979 et 1980 (articles 6, 18 et 32). La loi prévoit également que les obligations émises porteront jouissance au 1er Janvier 1982 et produiront un intérêt égal au taux de rendement des emprunts d'Etat dont le capital ou les intérêts ne sont pas indexés, émises à taux fixe et d'échéance finale supérieure à 7 ans, constatée au marché secondaire de Paris par la Caisse des Dépôts et Consignations durant les 25 premières semaines du semestre précédent sa fixation, et pour la première fois, du 1er Juillet au 21 Décembre 1981.

L'indemnisation ainsi prévue par la loi n'est pas conforme aux exigences constitutionnelles : en ce qu'elle prive les actionnaires du dividende acquis sur l'exercice 1981, la loi réalise ce qu'on ne peut appeler autrement qu'une confiscation pure et simple (1) ; en ce qu'elle ne prévoit aucune garantie contre la dépréciation monétaire, la loi laisse dans l'incertitude le caractère juste et équitable de l'indemnité (2) ; indépendamment de la dépréciation monétaire,

la valeur nominale de l'indemnité ne correspond pas, dès à présent, à la valeur réelle des biens nationalisés (3) .

1 - La confiscation du dividende 1981

Comme on l'a vu, les obligations remises en échange des actions transférées à l'Etat porteront jouissance au 1^o janvier 1982. Elles produiront un intérêt semestriel payable à terme échu et pour la première fois le 1^o juillet 1982. Autrement dit, les actionnaires ne recevront aucun revenu de leur capital pour l'année 1981.

Ce n'est pas là un simple oubli du législateur. Après l'annonce faite par des dirigeants de sociétés nationalisables, menacés de ne pouvoir faire approuver par leurs actionnaires les comptes de l'exercice 1981, de distribuer un acompte sur le dividende de cet exercice, le législateur a ajouté au projet de loi un amendement qui précise : " de la valeur d'échange ainsi définie, est soustrait le cas échéant, le montant des sommes versées et à valoir sur les dividendes au titre de l'exercice 1981 " (Articles 6, 18 et 32).

Aucun motif, juridique, économique ou autre n'a été avancé pour justifier une telle solution.

.../

Etant admis que les obligations qui seront émises auront pour objet de remplacer les actions, c'est-à-dire d'indemniser les actionnaires du capital représenté par ces titres, on ne voit strictement aucune justification à cette appropriation par l'Etat des revenus acquis au titre de l'exercice 1981.

C'est du reste ce que Monsieur Bernard TRICOT, Président de la Commission des opérations de Bourse, n'a pas manqué de relever lors de son audition par la Commission Spéciale de l'Assemblée Nationale chargée d'examiner le projet de loi de nationalisation : "Il paraît injuste que les actionnaires des sociétés nationalisées ne touchent pas le dividende afférent à l'exercice 1981, alors que les obligations remises en échange de leurs actions ne porteront jouissance qu'à compter du 1^o janvier 1982 " (annexe au rapport Charzat, p. 282).

De ce chef, ce serait trop peu dire que de relever le caractère injuste de l'indemnité. En réalité, c'est une dépossession sans indemnité, une confiscation pure et simple que réalise la Loi.

2 - L'absence de garantie contre la dépréciation monétaire

On a vu que si le caractère préalable de l'indemnité peut s'entendre d'une indemnité qui serait seulement fixée préalablement, encore faut-il que le terme accordé à l'Etat pour s'acquitter de sa dette, et imposé aux actionnaires pour reprendre la disposition de leur capital, comporte pour ces derniers une compensation. L'indemnité n'est plus juste si l'Etat qui en est débiteur peut s'en acquitter dans une monnaie dépréciée. Il ne servirait à rien de fixer le nominal de l'indemnité de façon équitable à la date de la loi de nationalisation (ce qui n'est pas le cas en l'espèce, voir infra) si, par suite de la dépréciation monétaire, l'actionnaire ne doit toucher à l'échéance qu'une indemnité dérisoire par rapport à la valeur des biens dont il a été

dépossédé. La dépréciation de la monnaie, allant de pair avec l'augmentation de la valeur des biens, aura pour effet de causer injustement un enrichissement pour l'Etat et un appauvrissement pour les actionnaires. Une indemnisation payable à long terme, et non indexée réalise donc une confiscation partielle déguisée. C'est là une évidence : la monnaie n'aura pas la même valeur le 1° janvier 1997, date finale du règlement de l'indemnité, et au 18 Décembre 1981 date à laquelle elle a été évaluée.

Ainsi, pour savoir si la somme qui sera versée le 1° janvier 1997 constitue une indemnisation juste, il faudrait savoir ce que sera jusqu'à cette date la dépréciation monétaire. Comme c'est évidemment impossible, la seule garantie que la loi puisse donner, consiste dans une indexation, qui garantit la stabilité de valeur du capital contre le risque de dépréciation monétaire.

Or, la Loi ne contient rien de tel. Les articles 5, 17 et 31 prévoient le remboursement des obligations au pair par voie de tirage au sort en quinze tranches annuelles à compter du 1° janvier 1983. Toutes les obligations seront remboursées pour la même valeur nominale. Ainsi, la loi recèle une nouvelle inégalité : le porteur d'une obligation qui en touchera le nominal au 1° janvier 1983 sera avantagé par rapport à celui qui ne recevra son paiement que le 1° janvier 1997. En supposant que l'indemnisation soit juste pour le premier, elle ne le sera certainement pas pour le second.

Cette injustice est aggravée par le fait que le législateur s'est placé au 31 décembre 1980 pour fixer la valeur des actions nationalisées. En effet, les trois critères combinés dans les articles 6, 18 et 32 de la loi, s'arrêtent au 31 décembre 1980, date à laquelle la Société s'est trouvée "gelée" , pour l'estimation de l'indemnité.

En d'autres termes, le nominal des obligations qui seront remises en échange des actions, représentera la valeur (prétendue) des actions au 31 décembre 1980. Si l'on retient une inflation moyenne annuelle de 14 %, il apparaît que l'Etat, lorsqu'il procèdera au remboursement des premières tranches le 1^o janvier 1983, aura déjà réalisé une économie de 28% au détriment des actionnaires. On peut donc affirmer d'ores et déjà que le caractère équitable de l'indemnité ne doit pas être apprécié en fonction de la valeur actuelle de son montant nominal, mais en fonction de sa valeur à la date où elle sera payée.

Il apparaît donc à l'évidence que les actionnaires qui seront indemnisés en 1997 ne recevront qu'une valeur dérisoire, et qu'ainsi, en supposant même que le montant nominal de l'indemnité soit juste, ce qui n'est pas, les effets combinés de la loi et de la dépréciation monétaire permettent à l'Etat de spolier les actionnaires et de s'approprier, pour un prix dérisoire des biens d'une valeur considérable.

On ne saurait objecter que les actionnaires voulant éviter le risque de dépréciation pourront négocier leurs obligations et qu'en toute hypothèse, les intérêts élevés compenseront la dépréciation monétaire. Il va de soi que le marché des obligations tiendra compte des aléas inhérents aux titres. Quant aux intérêts, ils représentent les revenus légitimes des titres, mais non le capital que ces titres représentent. Au surplus, les intérêts calculés sur un capital dévalué seront eux-mêmes dévalués par voie de conséquence.

.../

3 - Les trois critères retenus ne permettent pas de déterminer la valeur réelle des actions nationalisées

La loi prévoit que le nominal des obligations remises en échange des actions sera fixé par la combinaison de trois critères : l'actif net comptable, le bénéfice net moyen des trois dernières années, et le cours de Bourse.

En ce qui concerne les actifs, la loi ne les retient que pour 25 % de l'indemnisation et seulement à la valeur comptable. En se référant à la situation nette comptable, la Loi écarte la valeur réelle, puisque les bilans au 30 décembre 1980 ne tiennent compte ni de la réévaluation des actifs à leur valeur exacte à cette date, ni de certains actifs incorporels qui ne sont pas inscrits au bilan, ni de la consolidation qui, seule, peut faire apparaître la valeur réelle des groupes de sociétés. Les inconvénients de cette méthode n'ont pas ébranlé la détermination des auteurs de la loi.

Lors de son audition par la Commission Spéciale, Monsieur Bernard TRICOT a beaucoup insisté sur cette méthode d'évaluation :

- " le principal inconvénient réside dans l'absence de réévaluation des actifs des sociétés ; la législation en vigueur n'autorise pas la réévaluation des bilans, ce qui aboutit à donner au critère de la situation nette une valeur insuffisante; au surplus, le souci de rapidité dont témoigne le Gouvernement empêche qu'il soit procédé à une telle réévaluation dans l'immédiat. Il est impossible de remédier à cet inconvénient dans un délai compatible avec le calendrier prévu ". (Annexe au Rapport CHARZAT, page 282).

Monsieur TRICOT poursuit en soulignant l'inconvénient qui "résulte de l'absence de prise en considération des comptes consolidés, alors que les cinq sociétés industrielles, les deux compagnies financières ainsi que plusieurs banques nationalisables ont des filiales ; or, les comptes sociaux ne tiennent nullement compte du fait que les sociétés-mères sont propriétaires d'une partie du capital et ont un droit sur une partie des bénéfices de leurs filiales, alors que la consolidation consiste précisément à faire apparaître la proportion du capital et des revenus qui revient à la société-mère. Il rappelle que la COB, depuis plusieurs années, ainsi que les sociétés ont publié des comptes consolidés, à défaut desquels la notion d'actif net ne peut être considérée comme significative. Rappelant que, dans un texte voté par elle l'an dernier, l'Assemblée Nationale avait introduit une disposition rendant obligatoire la publication des comptes consolidés par les sociétés dotées de filiales, il souligne les risques de litiges et de contentieux auxquels s'exposerait une indemnisation évaluée sur la base des comptes sociaux." Et si Monsieur TRICOT reconnaît que leur prise en considération causerait des difficultés de mise en oeuvre, il n'en qualifie pas moins d' "aberant" le fait d'exclure les comptes consolidés dans le calcul de l'indemnisation.

Quant au critère du bénéfice net moyen, la loi prévoit qu'il sera calculé sur la moyenne des exercices 1978, 1979 et 1980. Une telle référence pénalise évidemment les actionnaires des sociétés en expansion, dont le bénéfice était en progression constante. Là non plus, la loi ne tient pas compte des bénéfices consolidés.

Enfin, la Loi privilégie le critère du cours de Bourse moyen, qui est retenu pour 50 % et calculé sur la période allant du 1° janvier 1978 au 31 décembre 1980.

-- Cette référence aux trois dernières années pénalise également les sociétés en expansion. Pour prendre l'exemple du Crédit Commercial de France, le cours de l'action était en moyenne de 121,90 F. en 1978, 153,68 F. en 1979, 178,52 F. en 1980, et 207,12 F. en 1981 avant l'élection présidentielle. Pour de telles sociétés qui sont en progression régulière, la référence aux trois dernières années inflige à leurs actionnaires une perte importante et un traitement injuste par rapport aux actionnaires des sociétés en déclin qui se trouvent, eux, favorisés.

Certes, les auteurs de la Loi ont abondamment insisté, au cours des travaux préparatoires, sur le fait que l'actionnaire isolé ne pouvait pas espérer de son action d'autre avantage que celui de le vendre au cours de Bourse. Pour justifier le refus d'une indemnisation sur la base de la valeur réelle des biens nationalisés, on a affirmé que les actionnaires tireraient un enrichissement sans cause, s'ils recevaient une indemnité supérieure aux cours boursiers.

Particulièrement significatifs sont à cet égard les propos de Monsieur BADINTER (J.O. Déb. A.N. p. 1734) : "ces droits et valeurs doivent être déterminés dans le cadre de la continuité d'exploitation. Par conséquent, vous devez exclure toute possibilité de calculer l'indemnisation en prenant en considération les valeurs de liquidation des actifs puisque nous n'avons pas à apprécier la valeur de l'entreprise en tant que telle dans la mesure où elle poursuit son activité, la situation de l'actionnaire est très exactement celle d'un porteur qui, par nécessité, se trouverait dans l'obligation de céder ses actions".

.../

La démonstration serait parfaite si elle n'avait pas pour base l'hypothèse exactement inverse de celle qui se présente actuellement. Les actionnaires des sociétés nationalisables n'ont éprouvé, de leur côté, aucune nécessité de céder leurs actions à l'Etat. C'est au contraire ce dernier qui, invoquant une prétendue nécessité publique, se croit dans l'obligation d'acquérir les actions. Il est bien certain que lorsqu'un actionnaire isolé et minoritaire veut vendre ses actions, son isolement entraîne une dépréciation de son titre, lequel ne peut être négocié à la valeur réelle de la part qu'il représente dans l'actif de la société. Le cours boursier reflète cette dépréciation ; ce cours peut d'autant moins être retenu comme base d'une juste indemnité que, pour une faible minorité d'actionnaires qui acceptent de vendre aux cours boursiers, une grande majorité refuse. Le cours boursier ne représente donc pas la valeur objective des actions, mais seulement une valeur marginale que certains actionnaires, voulant se défaire de leurs titres, ont dû accepter.

Cela est si vrai que lorsque des actions sont vendues dans le cadre de transactions collectives, et non plus isolées, le prix de cession est nettement supérieur au cours de Bourse. Ainsi en est-il en cas d'offre publique d'achat ou de cession de blocs de contrôle ; ces opérations sont soumises à des procédures édictées par le règlement général de la Compagnie des Agents de Change, qui a fait l'objet d'une homologation ministérielle. (Arrêté du 6 mars 1973, J.O. 15 mars 1973, Arrêté du 7 août 1978 J.O. 13 août 1978). Ces opérations permettent aux actionnaires de céder leurs actions à un prix nettement supérieur au cours de Bourse, puisqu'ils peuvent sortir de leur isolement et se regrouper face à un acheteur qui désire acquérir un paquet important d'actions.

De même, lorsqu'une société veut acquérir le contrôle total d'une autre société par voie de fusion - absorption, la valeur d'échange des actions de la Société absorbée est fixée en tenant compte de la valeur réelle des actifs des deux sociétés (Commission des Opérations de Bourse, Recommandations concernant l'information des actionnaires et la rémunération des apports en nature dans les opérations de fusion, scission ou apports partiels d'actifs, septembre 1977). Enfin, lorsqu'en dehors d'une fusion, il s'agit pour un particulier, personne morale ou personne physique, d'acquérir la propriété de la totalité d'une entreprise, on tient compte de la valeur réelle de l'actif, des résultats prévisibles et non des cours boursiers ni de la situation nette comptable. Il est donc tout-à-fait artificiel de se référer au cours boursier, qui ne constitue qu'une indication marginale et qui subit la dépréciation tenant à l'isolement de l'actionnaire-vendeur. Dans la réalité, le prix de cession se détache du cours boursier en fonction de l'avantage que l'acheteur tire de l'opération. Ce prix est nettement supérieur au cours boursier en cas d'offre publique d'achat ou de cession de bloc de contrôle. Le prix atteint la valeur réelle lorsque l'acheteur acquiert la totalité de l'entreprise. Personne n'a songé à dire que, dans ce dernier cas, il y a un enrichissement pour les actionnaires, qui évitent seulement la dépréciation due à leur isolement.

On peut du reste faire une comparaison avec l'indivision, et le rapprochement n'est pas exagéré puisqu'à l'égard des associés, la nationalisation équivaut à une dissolution anticipée et forcée de la société, ainsi que l'a souligné Monsieur Bernard TRICOT, lors de son audition précitée en réponse à une question de Monsieur Planchou (page 284). En cas d'indivision, la quote-part de chaque indivisaire, prise isolément, subit une dépréciation par rapport à la valeur d'ensemble de la chose indivise.

Mais nul n'a jamais prétendu que lorsque les propriétaires indivis se réunissent pour vendre ensemble la totalité de la chose, chacun d'eux retirerait de l'opération un enrichissement injuste. En se réunissant, ils ne font qu'en tirer la valeur réelle, en évitant la dépréciation qu'entraînerait la vente séparée de chaque quote-part. On est ici dans une situation semblable : la nationalisation équivaut pour les associés à une dissolution de la société ; et en cas de dissolution, ils ont droit à une part du patrimoine de la société.

Injustifiée du côté de l'actionnaire contraint de céder ses actions, la référence au cours de Bourse ne repose strictement sur rien si l'on se place du côté de l'Etat nationalisateur. En procédant à la nationalisation, il s'approprie la totalité des biens des sociétés, dont il peut disposer librement. Aucun motif d'équité ne peut lui permettre de s'approprier ces biens sans en payer la valeur réelle.