

Pièce n° 4

## « Ni lu, ni compris » ?

par Jean RIVERO

professeur émérite à l'Université de droit,  
Économie et de sciences sociales de Paris

L'accueil fait à la décision rendue par le Conseil Constitutionnel le 16 janvier 1982 a de quoi surprendre : elle a soulevé l'enthousiasme de ceux dont elle condamnait, pour l'essentiel, l'argumentation, et la hargne de ceux auxquels elle donnait très largement raison. Les uns et les autres paraissent n'avoir été sensibles qu'aux conséquences pratiques immédiates de la décision : le retard apporté à la promulgation de la loi par la nécessité de reconsidérer les articles non conformes à la Constitution, trois d'entre eux ayant été déclarés non séparables de l'ensemble, la révision, en hausse, du montant des indemnités. Quant à l'argumentation serrée qui soutenait le dispositif, elle semble avoir échappé à la plupart tant des contempteurs que des thuriféraires. Les premiers ont trouvé plus simple d'expliquer ce qui les heurtait dans la décision par le péché originel qui entache, sans rédemption possible, des hommes nommés par les précédents détenteurs du pouvoir ; leur ire a servi de mesure à la jubilation de leurs adversaires, apparemment insensibles à la réfutation de leurs thèses principales ; au point qu'on en vient à se demander si les uns comme les autres ont pris le temps de lire, et en tout cas de comprendre, un texte dont la qualité juridique se situe peut-être un peu trop haut pour un lecteur profane et pressé.

Tant pis pour ceux qui se sont refusés à cet effort ! A ceux qui l'entreprennent il apporte, outre le plaisir inhérent à la lecture, même critique, d'une décision à la fois subtile et ferme, riche en substance juridique jusque dans ses incidences, des éléments d'un exceptionnel intérêt tant sur le principe même des nationalisations (I) que sur leurs modalités les plus importantes (II).

① Trois textes étaient au cœur du débat : la disposition de l'article 34 qui, réservant à la loi la fixation des règles concernant les nationalisations d'entreprise et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, consacre la possibilité constitutionnelle tant de la nationalisation que de la dénationalisation, la formule du Préambule de 1946 selon laquelle « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité », et enfin l'article 17 de la Déclaration de 1789 qui déduit, du caractère « inviolable et sacré » du droit de propriété, que « nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

A partir de ces textes, deux thèses s'affrontaient.

Selon la première, la « nécessité publique » requise pour toute dépossession par l'article 17 se trouve, en matière

de nationalisation, définie limitativement par le Préambule : elle ne justifie l'opération qu'à l'égard des entreprises présentant l'un ou l'autre des caractères retenus par les constituants de 1946. Ni « monopoles de fait », ni « services publics », les entreprises visées par la loi pouvaient d'autant moins entrer dans le champ de la nationalisation que, au-delà même des termes du Préambule, aucune « nécessité publique » ne justifiait leur passage dans le secteur public. }

Les tenants de la thèse opposée s'accordaient pour voir dans la formule du Préambule une obligation imposée au législateur — celle de transférer à la collectivité la propriété des entreprises visées — non une limitation à son pouvoir d'en nationaliser d'autres lorsque l'intérêt général, qu'il apprécie souverainement, lui semble l'exiger. Allant plus loin, certains contestaient l'applicabilité de l'article 17 de la Déclaration à la nationalisation, distincte, selon eux, de l'expropriation, seule envisagée par les constituants de 1789. A la limite, la question était soulevée de la valeur constitutionnelle d'une disposition jamais visée encore par le Conseil et qui, élevant au niveau du sacré le droit de propriété, pouvait paraître infirmée par les atteintes répétées que le législateur a apportées à ce droit.

La Constitution confère-t-elle au Parlement, en matière de nationalisation, un pouvoir qui ne connaît ni limite ni contrôle, ou enferme-t-elle ce pouvoir dans le champ étroit défini par le Préambule de 1946 ? Le problème dépasse les seules nationalisations décidées par la loi déferée au Conseil Constitutionnel. C'est la structure même de l'économie, et, à travers elle, de la société qu'il met en jeu.

La décision du 16 janvier 1982 est à la mesure de la gravité du débat. C'est une théorie générale de la nationalisation dans le cadre constitutionnel qu'elle élabore, avant d'en faire application à la loi qui lui était déferée.

La théorie générale exigeait d'abord une analyse approfondie des textes mis en avant de part et d'autre, et une clarification de leurs rapports. De cette analyse, l'élément majeur est sans doute la démonstration, rigoureusement conduite, de l'impossibilité de passer au crible la Déclaration de 1789 pour en éliminer ce qui gêne, en l'espèce l'affirmation du droit de propriété par l'article 17. Mais l'article 17 n'est pas le seul à traiter de la propriété : l'article 2, on l'avait oublié, et le moindre intérêt de la décision n'est pas de le rappeler, en fait, avec la liberté, la sûreté, et la résistance à l'oppression, un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » dont la conservation est « le but de toute association politique ». Le texte forme un tout, un tout auquel le peuple français a, à trois reprises, confirmé son adhésion, de façon négative, en rejetant, lors du référendum du 5 mai 1946, le projet de Constitution qui s'ouvrait par une nouvelle Déclaration où la propriété faisait l'objet de formules restrictives, de façon positive en approuvant, avec la Constitution de 1946, la réaffirmation « des droits et des libertés consacrés par la Déclaration de 1789 », avec la Constitution de 1958, les droits de l'homme « tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 ». Le simple rappel des textes n'autorise aucune équivoque : comme la Révolution d'après Clemenceau, la Déclaration est un bloc, et les dispositions qu'elle consacre à la propriété ne peuvent en être disjointes sans arbitraire.

Est-ce à dire que, depuis 1789, rien n'a changé en ce qui concerne le droit de propriété ? La décision ne manque pas de relever, au passage, « l'extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux » — et comment ne pas voir là, en filigrane, une référence à la propriété des actions ? —, et, en contrepartie, les limitations que lui a imposées l'intérêt général. Mais ni les unes ni les autres n'ont remis en cause « les principes mêmes énoncés par la Déclaration » en ce qui concerne « le caractère fondamental du droit de propriété ».

(\*) « Ni lu, ni compris.  
Aux meilleurs esprits  
Que d'erreurs promises ! »

Paul Valéry.

La référence à l'article 2 de la Déclaration, et à la « liberté », amène le Conseil à pousser plus loin l'analyse et à évoquer, à côté de la propriété, la liberté d'entreprendre, mise en question, elle aussi, par la nationalisation. Mais, là encore, le souci de s'appuyer sur les textes est patent : si la liberté exclut « les restrictions abusives ou arbitraires » qui pourraient être apportées à la liberté d'entreprendre, c'est qu'elle consiste, selon l'article 4, « à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », et qu'entreprendre n'est pas nuire.

C'est dans ce cadre général que s'insère la formule du Préambule et celle de l'article 34. Ni l'une ni l'autre, dès lors que le Préambule n'a pas entendu corriger la Déclaration, mais la « confirmer » et la « compléter », n'ont pu rendre « inapplicables aux opérations de nationalisation » les principes de 1789.

Mais la référence à ces principes, qui place dans le cadre de l'article 17 la nationalisation, a une conséquence inattendue : elle coupe court à l'interprétation limitative proposée par certains de la formule du Préambule. Si la décision ne la réfute pas explicitement, c'est sans doute que la réfutation n'a pas paru nécessaire ; le texte parle de lui-même, et on ne voit pas comment l'obligation de nationaliser certaines entreprises pourrait exclure la possibilité d'en nationaliser d'autres (1).

La valeur des textes de base, et leurs relations, ainsi précisées, les conséquences s'en déduisent logiquement. C'est « la nécessité publique légalement constatée » qui est la condition de toute dépossession. En l'espèce, le législateur affirme que les nationalisations qu'il a décidées répondent à cette nécessité. Son « appréciation » ne saurait être récusée par le Conseil. On retrouve ici, bien que la formule ne soit pas reprise, sa doctrine constante, affirmée dans les décisions du 15 janvier 1975 et du 20 janvier 1981 (2), qui le garde du grief de gouvernement des juges : il ne possède pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

La libre appréciation qui appartient au législateur ne s'applique pas seulement à la désignation des cinq groupes industriels et des deux compagnies financières. Elle s'étend, en ce qui concerne les banques, à l'étendue de la nationalisation, et notamment au montant des dépôts au-dessous duquel les moins importantes restent dans le secteur privé.

Ainsi, le gouvernement et la majorité parlementaire obtiennent, pour l'essentiel, satisfaction ; et le pouvoir reconnu au législateur n'est même pas arrêté, comme on l'avait soutenu, par le principe de droit international qui interdirait d'attacher à la nationalisation un effet extraterritorial, donc d'y inclure les éléments du patrimoine des sociétés situées hors du territoire national. Sur l'existence d'un tel principe, le Conseil, juge constitutionnel et non juridiction internationale, se garde de prendre position. Il constate, simplement, que les sociétés nationalisées, ayant leur siège en France, relèvent du droit interne. Si l'exercice des pouvoirs reconnus aux organes sociaux se heurte, en ce qui concerne les éléments de leur patrimoine situés hors de France — filiales ou succursales — à certaines difficultés tenant aux législations étrangères, il s'agit là d'un fait, qui relève de la souveraineté des pays intéressés, et demeure sans effet sur le bien-fondé de la loi française.

A ce stade de l'analyse, une interrogation surgit. A quoi sert le rappel, au seuil de la décision, des principes de 1789 si le Parlement, maître d'apprécier la nécessité publique, peut, demain, juger souverainement qu'elle exige la nationalisation du commerce de détail, de l'agriculture, de toute l'activité économique ? La décision,

certes, lui reconnaît des pouvoirs étendus. Mais elle leur assigne des limites, dans trois directions.

La première est empruntée à la jurisprudence administrative : l'appréciation du Parlement est souveraine, sauf *erreur manifeste*. Le Conseil confirme de façon explicite le pouvoir, qu'il s'était déjà reconnu dans sa décision du 20 janvier 1981 sur la loi « sécurité et liberté », de constater l'erreur, et d'en tirer les conséquences. L'affirmation est audacieuse. Sur sa portée réelle, on ne peut que s'interroger, et l'usage que le juge administratif a fait du concept laisse la réponse en suspens. L'erreur manifeste est celle qui ne peut échapper à un homme de bon sens. Plus d'une fois, pourtant, on a vu les tribunaux administratifs déclarer « manifeste » une erreur à laquelle le Conseil d'Etat, en appel, déniait ce caractère. Et comment penser que le bon sens soit si totalement étranger à une majorité parlementaire qu'une erreur manifeste puisse échapper à tous ses membres ? La formule peut valoir dans des cas limites, mais elle paraît plus théorique que susceptible d'applications concrètes.

La seconde limite est d'une tout autre portée. Le rappel des principes de la Déclaration prend ici toute sa valeur : ils n'autorisent pas une restriction du champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre qui leur ôterait toute portée pratique. Les textes constitutionnels qui définissent les assises de la société et de l'économie — et l'on eût pu citer encore, pour renforcer l'argumentation, l'article 34 qui envisage tant le transfert au secteur public que le retour au secteur privé, donc le maintien des deux secteurs — consacrent la coexistence de la propriété publique et de la propriété privée, de l'entreprise nationale et de l'entreprise privée. Cette dualité implique un équilibre entre les deux domaines. L'équilibre peut varier avec les nécessités de l'économie. Il ne saurait être totalement rompu tant que demeurent en vigueur les héritages de 1789 et de 1946.

Une socialisation intégrale de l'économie est, certes, possible. Mais elle suppose une révision constitutionnelle. Tant que les textes sont ce qu'ils sont, elle échappe à la compétence du législateur. Là réside, peut-être, l'élément central de la théorie constitutionnelle de la nationalisation élaborée par le Conseil, et l'on s'étonne qu'il n'ait pas davantage retenu l'attention.

La troisième limite découle du principe de l'égalité devant la loi. Peut-on l'invoquer en matière de nationalisation d'entreprises, c'est-à-dire de personnes morales ? Certains l'avaient nié. La décision répond, de façon convaincante, que les personnes morales ne sont jamais que des groupements de personnes physiques, de telle sorte que celles-ci, en définitive, seraient les victimes du traitement inégalitaire infligé à celles-là.

Du principe lui-même, la décision reprend la formulation qu'en donnent classiquement les deux jurisprudences constitutionnelle et administrative : il ne s'impose qu'à l'égard des situations identiques ; la différence des situations justifie la différence des règles applicables.

Encore faut-il préciser les éléments qui caractérisent les situations différentes. La décision en discerne trois.

Le premier — le moins clairement défini — résulte des « caractères spécifiques » propres à chacun des cinq groupes industriels et des deux compagnies financières. Sans doute faut-il comprendre que chacun d'eux, compte tenu de son rôle dans l'économie, constitue un cas d'espèce qui ne se résorbe dans aucune catégorie.

La seconde différence est d'ordre juridique : les particularités des statuts propres aux sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie et aux maisons de réescompte permettent de les soustraire à la nationalisation sans atteinte à l'égalité.

Enfin, la différence de situations peut découler de données de fait. Ce sont ces données que la décision retient pour valider la discrimination qui fait échapper les banques étrangères à la nationalisation : les « risques

(1) et, en ce sens : G. Vedel et J. Rivero, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution de 1946*, coll. Droit social, XXXI, 1947, p. 20.

(2) Décision du 15 janvier 1975, A.J.D.A. 1975, p. 134 ; décision du 20 janvier 1981, J.O. 22 janvier 1981, p. 308, et les commentaires, A.J.D.A. 1981, p. 275 et ss.

de difficultés » qu'elle aurait pu entraîner sur le plan international constituent une « différence de situations » qui tient en échec le principe d'égalité. On peut, sur ce point, discuter. Les termes retenus par la loi pour caractériser les banques « étrangères » sont, en effet, si certains qu'ils ouvrent la porte à l'arbitraire : la « détention « directe ou indirecte » du capital social par « les personnes physiques ne résidant pas en France » se met, à la limite, de considérer comme nationalisables des banques contrôlées par des étrangers dès lors qu'ils « résident » à Paris ou sur la Côte d'Azur, et de soustraire à la nationalisation celles dont la majorité appartient à des Français installés au-delà de nos frontières. Qui plus est, il y a quelque paradoxe à déclarer nationalisables des banques qui ont réussi, non sans effort parfois, à demeurer « nationales » en éludant les tentatives de prise de contrôle par les capitaux étrangers dont elles ont été l'objet, et à récompenser en les maintenant dans le secteur privé celles qui se sont prêtées à ces prises de contrôle. Mais c'est là une donnée qui relève davantage de l'éthique que du droit.

En définitive, la seule atteinte à l'égalité retenue par la décision est la discrimination dont bénéficient les banques contrôlées par les sociétés mutualistes ou coopératives : ni « caractères spécifiques » propres à chacune d'elles, ni statut juridique particulier, ni « difficultés éventuelles dans l'application de la loi » n'ont paru justifier la dérogation : l'identité de situation avec les banques nationalisées appelle, dès lors, l'application d'une règle identique.

Au total, le principe de la nationalisation et ses applications par le législateur échappent, mis à part le cas secondaire des banques mutualistes, à la censure du Conseil. Les limites qu'il assigne au pouvoir de nationaliser sont des directives pour le futur, elles n'ont pas été transgressées dans le présent. Est-ce pour cette raison que ni la majorité, ni l'opposition ne paraissent guère leur avoir prêté d'attention, alors que là réside pourtant, aux yeux du juriste, l'apport essentiel de la décision ? Les politiques, quant à eux, semblent avoir été plus sensibles aux solutions données aux problèmes posés, non par le principe, mais par les modalités de l'opération et, au premier chef, par l'indemnisation des actionnaires dépossédés.

II - On peut passer rapidement sur les apports de la décision relatifs au régime des entreprises après nationalisation. Aussi bien, sur ce point, la loi est d'une grande pauvreté. De ce point de vue, elle souffre de la comparaison avec les lois de nationalisation de 1946, qui dessinaient avec précision les structures des entreprises devenues publiques.

Pourtant, quelques règles se dégagent de la décision. La plus importante, sans doute, est celle qui écarte l'argument, avancé par les sénateurs, selon lequel la nationalisation exclurait la participation au capital des sociétés nationalisées, envisagée aux articles 2, 14 et 28, de personnes publiques autres que l'Etat. Cet argument, de façon paradoxale, procède de la confusion maintes fois dénoncée pourtant entre nationalisation et étatisation. En lui déniait tout fondement constitutionnel, la décision affirme, de façon implicite, que, si l'Etat est la personification juridique de la nation, celle-ci ne se résorbe pas tout entière dans la structure étatique.

Le recours des sénateurs dénonçait encore le caractère insuffisamment précis des articles soumettant les entreprises nationalisées aux règles du droit commercial, « pour autant qu'elles sont compatibles avec les dispositions de la loi ». Le Conseil répond, avec un bon sens peu contestable, qu'il n'est pas de loi, si précise qu'elle se veuille, dont l'application ne puisse soulever des difficultés d'interprétation et que le juge a précisément pour mission de les régler.

Enfin, le Conseil condamne les articles 4, 16 et 30 qui donnaient aux organes dirigeants des sociétés le pouvoir

d'aliéner les participations détenues par celles-ci dans des filiales étrangères, c'est-à-dire de procéder à des transferts du secteur public au secteur privé, « lorsque les législations ou les pratiques propres à certains pays le rendront nécessaire » ; pouvoir qui va à l'encontre de la compétence reconnue par l'article 34 au législateur en matière de transferts du secteur public au secteur privé, car c'est bien de cela qu'il s'agit, puisque les participations, éléments du patrimoine des sociétés, sont, par l'effet de la nationalisation, entrées dans le secteur public. Pourtant, l'exégèse de l'article 34 dont la solution découle est, tout à la fois, littérale et réaliste. La loi « fixe les règles » : cela « n'impose pas » que les transferts eux-mêmes soient décidés par le Parlement, mais seulement qu'il édicte des normes assez strictes pour que les organes auxquels il confie l'exécution des transferts voient leur compétence limitée par des dispositions précises ou par des contrôles. L'absence de semblables dispositions dans la loi aboutit à conférer aux responsables des sociétés un pouvoir discrétionnaire incompatible avec la lettre de l'article 34. L'inconstitutionnalité, ici, réside dans la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa propre compétence.

Sur le problème des transferts, la réfutation d'un dernier argument présenté par les recours mérite de retenir l'attention. Dans sa version initiale, le projet de loi prévoyait la cession au secteur privé des éléments d'actif, et notamment des filiales, ne correspondant pas aux objectifs de la nationalisation. La disposition a disparu du texte définitif. On demandait au Conseil de censurer cette lacune. Il s'y refuse : rien n'obligeait le législateur à régler dans l'immédiat une question qui pourra faire l'objet de dispositions ultérieures. Ce refus pose un problème : celui de la possibilité, pour le Conseil, de fonder une déclaration d'inconstitutionnalité sur les silences de la loi. Il paraît difficile, a priori, de statuer sur un silence. Pourtant, la règle ne saurait être absolue : il peut y avoir, dans un domaine donné, des questions si inhérentes à la matière que leur omission entacherait l'ensemble du texte. Peut-être la distinction est-elle entre les silences qui peuvent être comblés dans le futur, et ceux qui laissent dans l'ombre une des composantes nécessaires, selon les textes constitutionnels, de la matière traitée par le législateur. Une loi de nationalisation qui omettrait de statuer sur l'indemnisation des propriétaires dépossédés serait de ce seul fait déclarée inconstitutionnelle : la non-séparabilité des dispositions relatives à l'indemnisation, affirmée à l'article 2 du dispositif de la décision, vient le confirmer.

C'est que l'indemnisation, en pratique, constitue, aux yeux des propriétaires dépossédés, la modalité essentielle de la nationalisation. Aussi les développements que le Conseil lui a consacrés, et la solution qui en découle, sont-ils ceux qui ont suscité de part et d'autre, pour l'éloge ou le blâme, les réactions les plus vives.

« Juste et préalable » les deux exigences de l'article 17 de la Déclaration, dès lors que le principe de l'application de ce texte à la nationalisation était acquis, posaient un premier problème : la conformité de la loi à cette double exigence relevait-elle de la seule appréciation du Parlement, ou du contrôle du Conseil ?

S'agissant du caractère préalable de l'indemnisation, la réponse n'était guère douteuse : le caractère préalable ne relève pas de l'appréciation, mais de la constatation. Le Conseil constate que les obligations attribuées aux actionnaires dépossédés en échange de leurs actions leur sont remises à la date de la dépossession, portent jouissance à cette date, sont immédiatement négociables, et que la durée moyenne de l'échéance prévue pour leur remboursement n'est « ni anormale ni excessive ». La solution se déduit de ces données objectives.

Le caractère « juste » posait un problème plus délicat. Ne relevait-il pas, comme la « nécessité publique », de la seule autorité du Parlement ? En statuant sur ce point,

le Conseil, contrairement à sa propre doctrine, ne substituait-il pas son « appréciation » à celle du législateur ?

Les raisons pour lesquelles la décision n'a pas retenu ce scrupule se comprennent d'elles-mêmes. Il n'y a pas de mesure objective de la nécessité publique. L'appréciation, sur ce point, est purement subjective, et largement conjoncturelle : l'avenir peut démontrer la totale inutilité de ce qui, aujourd'hui, semble nécessaire à de bons esprits. L'intervention du juge, dans quelque domaine qu'elle s'exerce, suppose une norme de référence : il n'en est aucune qui permette de déterminer *hic et nunc* les exigences de la nécessité publique.

Il n'en va pas de même s'agissant d'apprécier si une indemnité est juste. Ici, le critère objectif existe, et le régime de l'expropriation n'a cessé de le développer : une indemnité n'est juste qu'autant qu'elle correspond à la valeur du bien ôté à son propriétaire. Le Code de l'Expropriation est d'une parfaite clarté : l'indemnité doit « couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain » (art. L. 13-13). La détermination du caractère juste de l'indemnité relève donc, non de l'appréciation subjective, mais du constat : y a-t-il équivalence entre la valeur du bien et la somme qui le remplace dans le patrimoine du propriétaire dépossédé ? En se déniaient le pouvoir de statuer sur ce point, le Conseil serait resté en deçà de sa compétence. Il se serait refusé à vérifier, par une constatation objective, la conformité d'une loi à une norme constitutionnelle.

Ce refus, pourtant, aurait eu quelques excuses. Il est relativement facile d'évaluer « l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain » en matière d'expropriation. L'évaluation du préjudice causé aux actionnaires par une nationalisation est autrement complexe, et cette complexité aurait pu dissuader le Conseil de s'engager dans cette voie. Il eût été plus simple pour lui d'appliquer ici la notion d'« erreur manifeste », et de s'en remettre, dès lors que les modalités de l'indemnisation n'équivalaient pas à une spoliation, à l'« appréciation » faite par le législateur. Mais il s'est refusé à ce qui, de sa part, eût constitué une sorte de démission.

Un premier point, cependant, ne faisait guère difficulté, et l'erreur manifeste d'appréciation, ici, aurait pu trouver place. Priver les anciens actionnaires des dividendes qu'ils auraient perçus au titre de l'exercice 1981 était une décision si peu justifiée en droit que le gouvernement avait hésité à l'inscrire dans son projet. L'injustice relevait ici de l'évidence, et le Conseil ne pouvait pas ne pas la relever.

Sur un second point encore, la solution s'imposait. En demandant l'indemnisation du soi-disant préjudice causé aux actionnaires privés des filiales des entreprises nationalisées au motif que la majorité du capital passait désormais à l'Etat, le recours des sénateurs perdait de vue que les préjudices allégués — baisse des actions, réduction des bénéfices — étaient purement éventuels, donc insusceptibles d'indemnisation selon le droit commun.

Pour l'essentiel, c'est-à-dire le montant des obligations remises en échange des actions, la décision fait leur juste place aux « nécessités de simplicité et de rapidité » qui autorisent « une approximation inévitable » dans le calcul de la valeur d'échange. Mais ces nécessités ne pouvaient mettre en échec le principe d'égalité, qui sous-tend toute l'analyse.

S'agissant des sociétés cotées en bourse, l'inégalité était double. La solution adoptée par la loi, c'est-à-dire la prise en compte de la moyenne des cours de bourse entre le 1<sup>er</sup> janvier 1978 et le 31 décembre 1980, aboutissait à ce résultat que les actionnaires des sociétés dont les titres ont connu une courbe ascendante auraient reçu moins que la valeur actuelle de leurs actions, alors que ceux des sociétés dont les titres ont suivi la courbe inverse auraient bénéficié d'une indemnisation supérieure à ce que leur eût rapporté la vente de leurs actions au cours

actuel. Cette inégalité, aggravée encore par l'absence de compensation de la dépréciation monétaire qui faussait les cotations les plus anciennes, n'avait pas échappé au Conseil d'Etat. D'où l'appel, proposé par lui, et retenu par le législateur, à deux autres critères destinés à corriger ce qu'avait d'approximatif la prise en compte de la moyenne des cours de bourse, limitée dans la loi à 50 % de la valeur d'échange : la situation comptable nette, et le bénéfice moyen multiplié par dix, chacun de ces éléments intervenant dans le calcul pour 25 %. Mais c'était introduire de nouveaux éléments d'inégalité, liés à la diversité des méthodes comptables choisies par les sociétés, selon qu'elles prennent ou non en compte les actifs et les bénéfices de leurs filiales dans leurs calculs. Et ces derniers facteurs d'inégalité jouaient à plein s'agissant des sociétés non cotées, où la situation comptable et le bénéfice moyen multiplié par dix, en l'absence de cours de bourse, intervenaient seuls pour déterminer la valeur d'échange des actions.

L'inégalité, la sous-estimation dont elle s'accompagnait dans nombre de cas imposaient la conclusion : le mode d'indemnisation retenu ne répondait pas à l'exigence de justice formulée par la Déclaration. Et la déclaration d'inconstitutionnalité qui frappait les trois articles relatifs à l'indemnisation, manifestement inséparables de l'ensemble de la loi, interdisait la promulgation immédiate des articles déclarés conformes.

III - Ce n'est pas ici le lieu d'évoquer les passions politiques qu'a déchaînées, de part et d'autre, au seul vu de ses conséquences immédiates, une décision dont la portée plus lointaine et la substance juridique semblent avoir échappé à beaucoup. Tout au plus faut-il noter, à l'honneur du gouvernement, que celui-ci se conformant, comme ses prédécesseurs, à l'article 62 de la Constitution, en a tiré les conséquences, et s'est hâté de remettre sur le chantier les dispositions déclarées inconstitutionnelles. Au-delà de l'épisode, la décision du 16 janvier apporte, à la conception française du contrôle de constitutionnalité, des éléments essentiels. Est-ce en forcer les termes que d'y voir le couronnement, préparé par la jurisprudence antérieure, d'une théorie du pouvoir discrétionnaire du législateur, parallèle à celle du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif élaborée par le Conseil d'Etat ? Il n'y a pas de place, dans l'Etat de droit, pour un pouvoir souverain, c'est-à-dire pour un pouvoir soustrait à toute règle. La souveraineté nationale appartient au peuple. Mais c'est la Constitution qui la fonde. Le peuple peut certes modifier celle-ci. Tant qu'elle reste en vigueur, elle s'impose aux représentants élus comme à l'ensemble des autorités publiques.

Dès lors, le pouvoir du Parlement trouve sa limite dans la règle dont il procède. Là où la règle fait défaut, ce pouvoir peut s'exercer sans entrave : le silence du droit ouvre la porte à l'appréciation de l'opportunité. Il n'en va pas autrement du pouvoir de l'exécutif, discrétionnaire, et soustrait au contrôle du juge, en l'absence de norme contraignante. La similitude s'accroît avec l'apparition, dans la présente décision, du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui transpose du juge administratif au juge constitutionnel la technique contentieuse du « contrôle minimum ».

La similitude s'arrête là. Alors que le juge administratif n'hésite pas à ajouter à la règle écrite dont il impose le respect à l'exécutif les principes généraux qu'il élabore au fil de sa jurisprudence, le Conseil Constitutionnel, qui a paru un moment tenté de le suivre dans cette voie, semble, dans la présente décision, justement soucieux de s'en tenir aux textes, et à eux seuls. L'effort qu'on a relevé tout au long des analyses précédentes pour fonder le raisonnement sur une exégèse rigoureuse, des dispositions constitutionnelles est frappant. Prudence, nécessaire dans une matière particulièrement brûlante ? Peut-être.

(3) cf. *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, colloque de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, février 1981.

Mais rares sont, dans l'action du législateur, les questions qui n'échauffent pas la passion politique. En calquant sa méthode, comme il le fait ici, plutôt sur celle du juge civil que sur celle du juge administratif, toujours soucieux de rattacher ses solutions, mêmes hardies, à une disposition du Code, le Conseil assure à ses décisions le fondement le plus propre à écarter d'elles, et de lui, le grief d'instaurer un gouvernement des juges.

Par un singulier paradoxe, ceux-là même qui ont, avec le plus de virulence, soulevé ce grief contre la décision du 16 janvier, qu'ils ont déclarée « politique » faute d'en saisir la portée juridique, se sont hâtés de suggérer la substitution, aux neuf « sages » de la rue de Montpensier, d'une « véritable Cour Constitutionnelle ». La suggestion s'accordait mal avec la dénonciation, qui l'accompagnait, d'une limitation intolérable à la souveraineté des élus du peuple, « contraire à la tradition nationale ». Contraire à la tradition nationale, le contrôle de constitutionnalité ? Ce n'est que trop vrai, et il n'y a pas lieu d'en être fier. Il a fallu attendre 1958 pour que s'achève en France la construction de l'Etat de droit, et pour qu'une autorité indépendante puisse défendre contre les emportements des majorités successives les droits et les libertés constitutionnellement garantis aux citoyens.

Veut-on revenir sur ce progrès ? Qu'on ne parle pas alors de la création d'une Cour Constitutionnelle ! L'exemple de celles dont se sont dotées les démocraties libérales d'Europe suffit à prouver qu'elles ont, vis-à-vis du législateur, des audaces très supérieures à celles de notre Conseil (3). A moins de sous-entendre qu'une Cour Constitutionnelle n'a d'autre rôle que de refléter servilement l'opinion qui prévaut au sein du Parlement, ce qui serait une conception quelque peu surprenante de l'indépendance du juge.

L'indépendance — la vraie, celle qui ignore les pressions du pouvoir et des intérêts — serait-elle mieux assurée par une cour composée de magistrats professionnels que par un conseil dont les membres peuvent avoir derrière eux une carrière politique ? Mais l'expérience politique n'est pas moins nécessaire à l'exercice de la justice constitutionnelle que la science et la pratique du droit. Sur ce point encore, l'exemple des cours étrangères est convaincant. L'essentiel est que la carrière, qu'elle soit juridique ou politique, se situe en amont, non en aval. « Toutes les passions s'éloignent avec l'âge »... Passé un certain seuil dans la vie humaine, les ambitions, et les tentations de docilité qu'elles entraînent, s'éteignent d'elles-mêmes, faute d'objet. L'indépendance n'est pas, heureusement, le monopole de l'âge, mais elle en est peut-être le suprême privilège...

De son indépendance, le Conseil, en censurant des lois votées par des majorités dont les chefs avaient choisi la plupart de ses membres, n'a cessé de fournir des preuves. Sa décision du 16 janvier en apporte une autre. Sans se laisser impressionner par les menaces et par les sollicitations, il a fait, aux arguments de la majorité comme à ceux de l'opposition, le sort que le droit lui semblait appeler. On doute qu'aucune cour constitutionnelle eût réussi mieux que lui, face à un problème dont les passions s'étaient emparées, à garder cette sérénité qui fait l'honneur du juge.

#### Addendum

Le vote du texte de la loi de nationalisation amendée en fonction de la décision du Conseil Constitutionnel, la nouvelle saisine du Conseil par les députés de l'opposition, et la décision rendue par lui à la suite de cette saisine, le 11 février 1982, ont suivi de peu l'achèvement de l'étude qu'on vient de lire.

La seconde décision, qui conclut, comme c'était prévisible, à la constitutionnalité du nouveau texte, n'a pas eu le retentissement de la première. Les parlementaires qui l'avaient provoquée, et dont elle rejette l'argumentation, ne l'ont guère critiquée, peut-être parce que eux-mêmes, au départ, n'avaient que peu de confiance dans le succès

de leur démarche, plus proche du baroud d'honneur que du combat pour la victoire. La majorité n'a pas cru devoir, au vu d'une décision qui lui donne raison en totalité, faire amende honorable pour les critiques virulentes et menaçantes par lesquelles elle avait accueilli la décision qui ne lui donnait raison qu'en partie. Du moins y a-t-elle mis un terme ; de telle sorte que, si on voulait donner une épigraphe à ce commentaire, on choisirait, abandonnant Valéry,

« La tempête s'apaise et les vents sont calmés »...

Cette relative indifférence s'explique d'elle-même : la nouvelle prise de position du Conseil ne pouvait avoir la richesse doctrinale de la précédente. La théorie générale des nationalisations avait été élaborée par celle-ci. Elle n'appelait qu'une confirmation et des applications sur des points de détail. On se bornera donc à présenter quelques remarques, moins sur cette théorie que sur l'apport de la décision à la progressive élaboration des principes et des méthodes du contrôle de constitutionnalité.

I - Le recours n'avait pas craint de reprendre l'argument tiré de la non-conformité au droit international — et partant du Préambule de 1946 — des effets extra-territoriaux de la nationalisation, argument déjà présenté dans les précédents recours, et rejeté par la première décision. Il y avait peu d'espoir de voir le Conseil se déjuger à trois semaines d'intervalle. Mais on pouvait se demander s'il allait fonder ce second rejet sur le premier. Il ne l'a pas fait, écartant ainsi toute référence à la notion de chose jugée qui, en l'espèce — et abstraction faite du débat plus large sur le caractère juridictionnel ou non des décisions du Conseil —, ne pouvait en toute hypothèse s'appliquer, puisque la question était soulevée par d'autres requérants à propos d'une loi distincte de la précédente. Mais, en reprenant presque mot pour mot son argumentation de la première décision, il confirme sa volonté, au-delà de la chose jugée, de construire une jurisprudence et d'en imposer le respect.

II - Le législateur, dès lors qu'il avait, en ce qui concerne les banques, choisi, selon l'avis du Conseil d'Etat, de définir les critères entraînant la nationalisation, pouvait-il aussi dresser lui-même la liste des banques répondant à ces critères ? Le recours le niait. La juxtaposition des critères et de la liste lui paraissait inacceptable, soit que la liste s'écarte des critères, soit qu'elle en fasse une exacte application. Au premier cas, la non-conformité de la liste aux critères révélerait une discrimination contraire à l'égalité, au second, le législateur empiéterait sur la compétence du pouvoir réglementaire, normalement appelé à assurer l'application des lois. Il est regrettable que le recours n'ait pu, à l'appui de la première branche du dilemme, invoquer le cas précis de banques figurant sur la liste alors qu'elles n'auraient pas réuni les critères légaux, ou, à l'inverse, de banques les réunissant, et pourtant oubliées. Le Conseil n'a pu que constater que le moyen manquait en fait. Il eût été extrêmement intéressant, au cas contraire, de voir comment la question, et notamment celle de l'omission, aurait pu être résolue.

Quant à l'incompétence prétendue du législateur pour dresser la liste à partir des critères, elle est écartée par un raisonnement qui complète celui par lequel la première décision avait, au contraire, conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions relatives aux pouvoirs conférés aux organes directeurs des sociétés en matière de cessions de certains éléments d'actif au secteur privé. La loi « fixe les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé » : la formule de l'article 34, si elle exige que le législateur pose des règles pour ces opérations, « n'impose » pas que toute opération impliquant transfert soit décidée par lui — c'est la première décision — mais — c'est la seconde — « ne lui interdit pas » de tirer lui-même les conséquences des règles posées. Du rapprochement des deux formules résultent

done pour le législateur, tout à la fois, une obligation et une faculté : l'obligation de définir avec précision les règles du transfert, la faculté de décider lui-même des opérations à effectuer en application de ces règles, ou d'abandonner cette tâche à une autre autorité. Par là s'affirme le souci de ne pas enfermer la compétence du Parlement dans des limites trop rigides et de lui laisser une certaine marge d'appréciation pour la mise en œuvre de l'article 34.

III - A propos de la compétence du législateur encore, peut-être peut-on déceler, à travers certaines formules de la décision, l'idée, non pas explicitée, mais sous-jacente, selon laquelle la loi, règle générale, ne saurait, fût-ce au nom du principe d'égalité, s'attacher à la multiplicité des situations d'espèce. N'est-ce pas cette idée qui transparaît sous le rejet du grief tiré de la non-prise en considération par la loi, pour le calcul de l'indemnisation forfaitaire du dividende de 1981, du cas des sociétés qui auraient, en cours d'année, procédé à une augmentation de capital ? N'en est-il pas de même à propos de l'indemnisation des actionnaires de deux des trois banques nationalisées depuis 1946 dans lesquelles l'actionnariat du personnel avait réintroduit du capital privé ? La politique générale de ces deux sociétés aurait, d'après le recours, abouti à ce que la cotation boursière de leurs actions ne corresponde pas à leur valeur réelle. Là encore, selon la décision, la loi, qui a appliqué à ces sociétés le régime d'indemnisation organisé pour la catégorie à laquelle elles appartiennent, n'était pas tenue de prendre en compte les particularités inhérentes aux méthodes de gestion propres aux entreprises considérées. Peut-être n'est-il pas téméraire de voir, à travers les deux solutions qu'on vient de rappeler, une référence à la vieille définition qui fait, de la loi, une règle générale, appelée à régir des catégories et non des cas d'espèce.

IV - Mais l'apport essentiel de la décision du 11 février à la théorie générale du contrôle de constitutionnalité réside, pense-t-on, dans l'importance qu'elle donne au procédé de la directive.

La loi, dans sa rédaction finale, confie à une commission administrative, pour les banques nationalisées non cotées en bourse, la détermination de la valeur d'échange de leurs actions, à partir de l'actif net et du bénéfice net. Actif et bénéfice nets comptables, ou actif et bénéfice nets consolidés ?

L'article 18 ne le précise pas. De même, s'il indique que, pour déterminer à partir de ces deux éléments la valeur d'échange, la commission devra chercher un terrain de comparaison dans le rapport qui apparaît, pour les banques cotées en bourse, entre actif net et bénéfice net, d'une part, et valeur boursière moyenne, d'autre part, il ne précise pas les modalités de cette comparaison. Enfin, il ne mentionne pas expressément le droit des actionnaires de ces banques à un dividende pour l'exercice 1981 et les premiers mois de 1982, alors que l'article 17, à la suite de la décision du Conseil du 16 janvier, reconnaît ce droit à ceux des banques cotées. Ces trois éléments d'incertitude, selon les auteurs de la saisine, portent en eux un risque d'injustice qui entraîne l'inconstitutionnalité de l'article 17.

Le Conseil Constitutionnel ne nie pas l'existence de ce risque. Mais on retrouve ici l'idée, dégagée ci-dessus, III, selon laquelle la mission du législateur se situe au niveau de la fixation des règles générales, et ne saurait descendre jusqu'à la prise en considération des situations d'espèce, qui incombe aux organes chargés de l'application des règles. Encore faut-il que, dans cette prise en considération, ils ne perdent pas de vue les principes dont la loi s'inspire. C'est pour les y aider que le Conseil, suivant en cela l'exemple des cours constitutionnelles étrangères, formule les directives qui devront présider à

l'exécution pour en assurer, à travers la loi, la conformité à la Constitution.

Dans le cas présent, c'est à la Commission administrative nationale d'évaluation que les directives s'adressent. Sur les trois problèmes soulevés par les auteurs de la saisine, elles indiquent à la commission la marche qu'elle devra suivre pour que les évaluations auxquelles elle procédera aboutissent à la « juste indemnité » requise par la Déclaration de 1789.

On avait cru pouvoir distinguer, dans la décision du 20 janvier 1981 sur la loi sécurité et liberté (4), les directives d'interprétation qui, à propos d'une formule législative ambiguë, en dégagent le seul sens compatible avec les principes constitutionnels, et les directives d'application, indiquant aux organes chargés de la mise en œuvre du texte les comportements qu'ils doivent adopter. La présente décision n'infirmé pas cette distinction, mais elle la nuance. Elle ne l'infirmé pas : on y retrouve des directives dans lesquelles le Conseil ne se fonde pas sur les termes de la loi pour indiquer à la commission la conduite qu'elle doit tenir ; ainsi en est-il, à propos du calcul de l'actif net et du bénéfice net des banques non cotées, de l'invitation à elle adressée d'avoir à « écarter l'influence que la diversité des techniques de gestion et des méthodes de présentation comptables propres à chaque société n'aurait pas manqué d'exercer sur l'évaluation ». Mais, le plus souvent, la directive d'application repose sur l'interprétation de la loi : l'actualisation, prévue à l'article 18, de la valeur de négociation pour tenir compte des événements qui l'auront affectée pendant les six premiers mois de 1982 » doit s'entendre comme impliquant la prise en compte des résultats de la gestion de la société pendant cette période — c'est l'interprétation —, et habilite la commission à « attribuer aux actionnaires un avantage équivalent aux dividendes correspondant à ces résultats » : c'est la directive d'application, qui découle de la précédente.

Mais, quelle que soit l'analyse qu'on en donne, les directives posent le même problème : celui de leur autorité, qu'on évoquait déjà à propos de la loi sécurité et liberté, et dont l'importance s'accroît à mesure que le procédé se développe. La présente décision confie expressément au juge la mission de veiller à leur respect par l'autorité chargée de l'exécution : « Il appartiendra à la commission, sous le contrôle du juge, de choisir, dans chaque cas... » S'agissant des décisions de la commission, le juge administratif, compétent pour en apprécier la légalité, considérera-t-il la non-conformité de ces décisions à une directive du Conseil comme un motif d'annulation ? Consentira-t-il à accorder, à la règle jurisprudentielle élaborée par celui-ci, la même autorité qu'à celle dont il est l'auteur ? Le problème est grave. Les deux Juridictions Suprêmes de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ont le moyen de faire respecter leur jurisprudence en censurant les décisions qui la méconnaissent. Le juge constitutionnel dispose de ce même moyen à l'égard du législateur : la loi qui s'écarte de la directive formulée dans une décision antérieure tombera sous le coup d'une déclaration de non-conformité. Mais, lorsque les directives s'adressent à l'exécutif ou aux tribunaux, le Conseil est désarmé : ils ne relèvent pas de sa compétence. Celles de leurs décisions qui transgressent les directives ne peuvent être invalidées que si les juridictions compétentes pour statuer, et principalement celles qui se situent au sommet des deux ordres, Conseil d'Etat et Cour de Cassation, acceptent de se considérer comme les garantes de la constitutionnalité telle qu'elle résulte des directives du Conseil. Etendront-elles à celles-ci, moyennant une interprétation très large, la formule de l'article 61 de la Constitution, selon laquelle les décisions du Conseil « s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » ? De la réponse qu'elles donneront à cette question dépend, en définitive, la cohérence de notre ordre juridique à son plus haut niveau. Ce n'est pas un enjeu négligeable. ■

(4) cf. J. Rivero, *Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ?* A.J.D.A. 1981, p. 277, VIII.