

## SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1988 - 1989

Annexe au procès-verbal de la séance du 25 mai 1989

## AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations,*

Par M. Etienne DAILLY,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : MM. Jacques Larche, président ; Félix Guichard, Charles de Cuttoli, Paul Girod, Louis Virapouille, vice-présidents ; Germain Authie, René Georges Larrain, Charles Lederman, secrétaires ; MM. Guy Ahoéche, Alphonse Arzou, Gilbert Baumet, Jean-Benoît Mousset, X. Christian Bonnet, Raymond Bouvier, Auguste Cazalet, Henri Collette, Raymond Carrière, Etienne Dailly, Michel Darras, André Dagnac, Marcel Debarge, Luc Dejoue, Michel Dreyfus-Schmidt, Mire Jacqueline Fraysse-Cazats, MM. François Giacché, Jean-Marie Girault, Paul Graziani, Huguette Hanon, Dumel Houffle, Charles Jobibois, Bernard Laurent, Paul Masson, Jacques Messier, Huguette Puygla, Claude Pradille, Albert Ramassamy, Roger Romani, Marcel Radloff, Michel Rafin, Jacques Teyraud, Jean-Pierre Tizon, Georges Trettle.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (9<sup>e</sup> législ.) : 542, 556 et T.A. 79

Sénat : 254 et 328 (1988-1989)

# SOMMAIRE

	Pages
<b>EXPOSE GENERAL</b>	3
<b>I. LA RECHERCHE DES VERTIBLES INTENTIONS DU GOUVERNEMENT</b>	5
<b>A. Le pretexte de la protection des intérêts nationaux</b>	5
1 L'institution d'un régime provisoire de protection des intérêts nationaux - un objectif principal qui n'est qu'apparent	6
2 La dénonciation des restrictions à la liberté de cession des titres - un objectif subsidiaire qui, en fait, est le principal	10
a) Les cahiers des charges	10
b) Les pactes d'actionnaires	11
c) Les actionnaires salariés	12
<b>B. Le véritable objet du projet de loi : un prétexte pour exiger que les sociétés nationales siègent dans les conseils d'administration des sociétés privées qui furent privatisées</b>	13
<b>C. Des intentions cachées ?</b>	16
<b>II. LA NON-CONFORMITE À LA CONSTITUTION</b>	18
<b>A. Le principe d'égalité devant la loi</b>	18
1 Le principe d'égalité devant la loi est-il applicable aux personnes morales ?	13
2 Le principe d'égalité a-t-il valeur constitutionnelle ?	19
3 La portée du principe d'égalité devant la loi	19
<b>B. Le principe d'égalité devant la loi est reconnu par le projet de loi</b>	22
1 Le texte s'applique-t-il à une catégorie spécifique de sociétés ?	22
2 Son objet justifie-t-il l'application de traitements discriminatoires ?	24
<b>CONCLUSION</b>	26
<b>ANNEXE</b>	27

Mesdames, Messieurs,

**La commission des Lois s'est saisie pour avis du projet de loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, afin de s'assurer de sa conformité à la Constitution et de sa compatibilité avec la législation applicable aux sociétés commerciales.**

Si l'on s'en tient à la lettre de son article unique, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale a pour objet de compléter les dispositions de l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations afin d'y introduire, jusqu'au 31 décembre 1992, d'une part une obligation de déclaration au ministre chargé de l'économie de toute acquisition d'actions des sociétés figurant à l'annexe de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 ayant pour effet de porter la participation du déclarant, agissant seul ou de concert avec d'autres, à 10 % ou plus de leur capital, –ce pourcentage étant calculé en droits de vote–, et d'autre part pour ledit ministre, un droit de veto à exercer par *"arrêté motivé"* et *"dans un délai de dix jours"*, *"si la protection des intérêts nationaux l'exige"*

L'article unique ajoute toutefois, sinon incidemment du moins subsidiairement, que *"dans tous les autres cas les cessions sont libres nonobstant toute convention contraire antérieure"*.

C'est cette dernière disposition qui a pour effet de rendre immédiatement leur liberté de cession des titres qu'ils détiennent, aux actionnaires dont la liberté de cession est actuellement encadrée soit par les cahiers des charges auxquels ils ont souscrit lorsque ces actions leur ont été cédées de gré à gré, soit par les pactes d'actionnaires qu'ils ont conclus.

Le présent rapport s'attachera à démontrer que c'est le "subsidaire" qui constitue en fait le "principal" et que, puisque c'est bien là le véritable objet du projet de loi, il eut été facile de l'atteindre sans avoir recours à une procédure qui ne peut s'expliquer que par des intentions cachées et qui est d'autant plus inacceptable qu'en tentant d'accréditer l'idée qu'en dehors des sociétés du secteur public et celles du secteur privé, il existerait une autre catégorie de sociétés, "les-sociétés-du-secteur-privé-ayant-appartenu-au-secteur-public", elle est contraire au principe constitutionnel maintes fois reconnu de l'égalité devant la loi.

En revanche, votre commission des Lois n'entend pas se prononcer sur l'opportunité des mesures proposées et s'en remettra sur ce point à l'appréciation de la commission des Finances saisie au fond.

## **I. LA RECHERCHE DES VÉRITABLES INTENTIONS DU GOUVERNEMENT**

**Le projet de loi présenté au nom du Premier ministre par M. Pierre Bérégovoy, ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, ne dit pas son véritable objet, pas plus dans l'exposé des motifs que, bien entendu, dans le dispositif.**

**Cet objet est pourtant connu, dès lors que M. Bérégovoy s'en est lui-même expliqué publiquement et à plusieurs reprises, mais force est de constater que le projet de loi n'y fait aucune allusion et ne lui apporte pas une réponse adaptée.**

**Dès lors quelles sont donc les véritables intentions du Gouvernement ?**

### **A. LE PRÉTEXTE DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS NATIONAUX**

**Le projet de loi complète les dispositions de l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations en introduisant, jusqu'au 31 décembre 1992, un droit de veto du ministre chargé de l'économie sur toute acquisition de titres emportant le franchissement du seuil de 10 % ou plus du capital de l'une des sociétés privatisées en application de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986.**

**L'exposé des motifs justifie ce dispositif par la nécessité de protéger l'économie nationale : *"la situation résultant des conditions dans lesquelles le précédent Gouvernement a constitué les "noyaux durs" peut se révéler dangereuse pour l'économie nationale à l'aube du grand marché européen"*.**

**Selon l'exposé des motifs, le danger ainsi dénoncé est triple :**

**- il fige des structures financières qui sont issues de décisions politiques et qui ne résultent ni du libre jeu du**

marche, ni d'affinités véritables ni de choix stratégiques pour l'avenir des entreprises concernées :

il facilite les agressions externes en raison de l'excessif émiettement de certains des groupes d'actionnaires stables :

à l'exception de Matra et d'Havas où l'action spécifique a été instituée, il ne permet pas aux pouvoirs publics d'intervenir pour empêcher des opérations agressives contraires aux intérêts nationaux.

Le projet de loi propose en conséquence de rendre leur liberté de cession aux acquéreurs, afin que le capital des sociétés concernées puisse s'organiser et se préparer à affronter les échéances européennes, tout en donnant aux pouvoirs publics "*si l'intérêt national l'exige*" et pendant une période transitoire dont la durée est limitée au 31 décembre 1992, la faculté de s'opposer à toute prise de participation excédant 10 % du capital d'une société qui fut privatisée en application de la loi susmentionnée du 2 juillet 1986.

Ce serait donc l'intérêt national que le Gouvernement entendrait protéger en exerçant un contrôle sur les prises de participations supérieures à 10 %, se bornant à préciser qu'en dehors de ce cas toutes les cessions sont libres.

### **1. L'institution d'un régime provisoire de protection des intérêts nationaux : un objectif principal qui n'est qu'apparent**

À titre principal, le projet de loi dispose que jusqu'au 31 décembre 1992, veille de la date d'entrée en vigueur du grand marché européen, tout franchissement du seuil de 10 % ou plus du capital d'une entreprise qui fut privatisée en application de la loi du 2 juillet 1986 est soumis à l'agrément préalable du ministre chargé de l'économie.

• À cet effet, tout acquéreur, français ou étranger, qui porte sa participation à 10 % ou plus du capital de l'une des sociétés qui fut privatisées en application de la loi du 2 juillet 1986 est tenu d'en faire la déclaration auprès du ministre chargé de l'économie.

Afin d'éviter que cette obligation ne soit contournée, le projet de loi impose également cette déclaration aux personnes qui, agissant de concert, franchissent ensemble ce seuil de 10 %.

On observera à cet égard que l'action de concert n'est pas définie en droit français et que si le quatrième alinéa de l'article 10 de la loi du 6 août 1986 y recourt déjà à propos de l'action spécifique, c'est le projet de loi relatif à la sécurité et à la transparence du marché financier, actuellement en discussion devant le Parlement, qui en propose une définition sur laquelle le Sénat aura prochainement l'occasion de se pencher.

Enfin, il convient de préciser que l'Assemblée nationale, anticipant, là encore sur le projet de loi relatif à la sécurité et à la transparence du marché financier, a précisé que la participation s'apprécie en droits de vote.

• A compter du moment où la déclaration de franchissement de seuil lui est adressée, le ministre de l'économie a dix jours pour s'opposer à la prise de participation, "si la protection des intérêts nationaux l'exige".

**Or, ce souci d'assurer la protection des intérêts nationaux n'est pas nouveau. Il a été l'un des éléments centraux de la procédure de privatisation.**

C'est ainsi que l'article 4 de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social prévoyait que le Gouvernement préciserait, par voie d'ordonnances, les conditions de la protection des intérêts nationaux dans le processus de privatisation qu'il autorisait.

De même, dans sa décision n° 86-207 des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a précisé que les ordonnances prises en application de la loi du 2 juillet 1986 devaient veiller à préserver l'indépendance nationale. En conséquence, il a été prévu dans la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations plusieurs dispositions destinées à garantir la protection des intérêts nationaux :

1°) A l'article 9, il est prévu de façon très générale qu'au moment de la cession suivant les procédures du marché financier, un arrêté du ministre chargé de l'économie peut décider qu'aucune personne physique ou morale ne pourra acquérir, à l'occasion de cette opération, plus de 5 % des titres cédés.

2°) Au premier alinéa de l'article 10, il est prévu qu'au moment de la mise sur le marché des titres des sociétés à privatiser, 20 % au plus du capital de ces sociétés pourront être cédés à des personnes physiques ou morales étrangères. Ce dispositif peut en outre être aggravé par arrêté du ministre de l'économie qui dispose de la faculté d'abaisser ce plafond, "lorsque la protection des intérêts nationaux l'exige".

3°) Au deuxième alinéa de l'article 10, il est prévu que le ministre de l'économie peut disposer d'une action spécifique dans les sociétés privatisées, "si la protection des intérêts nationaux l'exige". Cette action spécifique, qui devait être instituée avant la saisine de la commission de privatisation, a effectivement été retenue pour deux sociétés : Matra et Havas. Elle permet au ministre de l'économie, qui l'estime opportun, de s'opposer à toute participation excédant 10 % du capital, que celle-ci soit détenue par une seule personne ou par plusieurs personnes agissant de concert. L'action spécifique peut, à tout moment, être définitivement transformée en action ordinaire par arrêté du ministre chargé de l'économie. Enfin, elle disparaît de plein droit au terme d'un délai de cinq ans.

4°) Au sixième alinéa de l'article 10, il est prévu, cette fois sans limitation de durée, que, par référence aux articles 55, 56 et 223 du traité de Rome, le ministre chargé de l'économie agréé les participations étrangères excédant 5 % dans les sociétés qui furent privatisées et qui participent, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique, qui ont un lien avec l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique ou qui participent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre.

**Il faut aussi rappeler que des dispositions relatives aux investissements étrangers s'appliquent à l'ensemble des sociétés privées françaises.**

Ainsi, en application de la loi n° 66-108 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, le décret n° 67-78 du 27 janvier 1967, précisé par une circulaire du 21 mai 1987, définit la notion d'investissement direct soumis à autorisation -20 % du capital- et dispose, dans son article 4 bis, que les investissements directs effectués par des personnes physiques ou morales n'appartenant pas à la Communauté européenne, sont subordonnés à une autorisation du ministre de l'économie tandis que

le principe de liberté (une simple déclaration préalable) régit les investissements communautaires, sous réserve que ceux-ci ne se situent pas dans les secteurs visés aux articles 55, 56 et 223 précités du traité de Rome.

Il existe enfin des dispositions particulières applicables aux établissements de crédit pour lesquels toute prise de participation supérieure à 10 %, qu'elle soit d'origine communautaire ou non, est subordonnée à l'agrément du Comité des établissements de crédit.

Le projet de loi vient donc se surajouter à toutes ces dispositions. Certes, il est plus restrictif dans son champ d'application, puisqu'il ne concerne que les sociétés qui furent privatisées en application de la loi du 2 juillet 1986. En revanche, il est plus large dans sa portée, puisqu'il s'applique aussi bien aux acquéreurs étrangers que nationaux et qu'il fixe le seuil d'agrément à 10 %.

Quant au ministre, il a, selon le projet de loi, dix jours pour manifester son opposition ; passé ce délai son approbation est réputée acquise. Encore faut-il souligner que ce refus du ministre ne peut être fondé que sur des considérations liées à la protection des intérêts nationaux, toute autre préoccupation étant susceptible de justifier une annulation du refus d'autorisation par la juridiction administrative saisie d'un recours pour excès de pouvoir. En pareil cas, le contrôle du juge administratif devrait toutefois demeurer un contrôle minimum, le juge ne pouvant substituer sa propre appréciation à celle du ministre, à moins que celui-ci n'ait commis une erreur manifeste d'appréciation.

• Le second alinéa du texte de l'article unique dispose que le défaut de déclaration de franchissement de seuil est passible des sanctions prévues à l'article 10 de la loi du 6 août 1986, savoir :

- la privation de l'exercice des droits de vote attachés aux titres acquis au-delà du seuil,
- la vente forcée de ces titres dans les trois mois selon les formes prescrites par le décret n° 86-1141 du 25 octobre 1986.

## **2. La suppression des restrictions à la liberté de cession des titres : un objectif subsidiaire qui, en fait, est le principal**

Pour les seules sociétés entrant dans le champ d'application du présent projet de loi, c'est-à-dire les sociétés figurant à l'annexe de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 et qui furent privatisées selon les modalités fixées par la loi n° 86-912 du 6 août 1986, ces restrictions résultent de deux catégories de conventions :

- les cahiers des charges régissant les conditions de vente de gré à gré d'une partie du capital lors de la privatisation ;
- les pactes d'actionnaires conclus dans certaines de ces mêmes sociétés et dont l'un des objets est de limiter la liberté de cession des titres de ceux qu'ils engagent.

### **a) les cahiers des charges**

Le second alinéa de l'article 4 de la loi du 6 août 1986 a prévu que, lors de la privatisation, le ministre chargé de l'économie pouvait choisir des acquéreurs hors marché.

Les modalités d'application de cette faculté ont été précisées par un décret n° 86-1140 du 24 octobre 1986 qui subordonne le recours à cette procédure à l'avis préalable de la commission de privatisation. Il impose en outre des formalités particulières de publicité, -insertion d'un avis au Journal officiel et dans deux journaux financiers à grand tirage-, et fixe à un mois le délai d'offre.

La vente ou l'échange ainsi organisé intervient après que la commission de privatisation a fixé la valeur des titres ou des droits cédés ou échangés et après que le ministre a choisi l'acquéreur en fonction des offres et garanties apportées.

La décision finale revient donc à l'appréciation du ministre de l'économie qui, avant l'ouverture de l'offre publique de vente, publie la liste des offres retenues, assorties du nombre de titres en cause et de la part de capital qu'ils représentent. Ainsi se trouve assurée l'information du public qui ne manque pas d'y trouver un motif d'encouragement à souscrire.

Cette procédure de dévolution de gré à gré d'une partie du capital a été retenue lors de la privatisation de huit sociétés, la proportion ainsi cédée ou échangée variant d'une société à l'autre (1). A titre d'exemple, 18 % du capital de Paribas, 28 % du capital de Suez et 51 % du capital de la B.I.M.P. (Banque industrielle et mobilière privée) ont été cédés ou échangés, tandis que deux opérations de privatisation s'effectuaient totalement hors marché pour la C.G.C.T. (Compagnie générale des constructions téléphoniques) et la M.G.F. (Mutuelle générale française).

Mises à part la B.T.P. (Banque du bâtiment et des travaux publics) et la B.I.M.P., les cahiers des charges régissant les conditions de ces ventes de gré à gré ont prévu la mise en oeuvre cumulative de deux restrictions à la liberté de cession des titres ainsi dévolus :

- pendant les deux années suivant la privatisation, 80 % de ces titres et des droits y afférents (90 % pour Matra et le C.C.F.) sont inaliénables ;

- au cours des trois années suivant ce premier délai, le droit de céder ces titres ou d'accomplir des actes de disposition les concernant, est soumis à l'approbation préalable du conseil d'administration de la société.

Ce dispositif est de nature purement contractuelle. Il a donc été librement accepté par les actionnaires concernés auxquels, de surcroît, a généralement été imposé un "surprix" par rapport au prix de l'offre publique de vente (O.P.V.). A titre d'exemple, cette "surcote" s'est élevée à 2,5 % du prix de l'O.P.V. pour Paribas et à 8 % pour Havas.

#### b) les pactes d'actionnaires

Certaines sociétés ont été privatisées sans qu'il fut recouru aux attributions de gré à gré. Ainsi en a-t-il été, par exemple, de la C.G.E. (Compagnie générale d'électricité) et de la Compagnie de Saint-Gobain.

Afin d'assurer une certaine stabilité à l'actionnariat de ces sociétés, les actionnaires les plus importants ont pu conclure entre

---

(1) Paribas (18,20 %), B.T.P. (51 %), B.I.M.P. (51 %), C.C.F. (30 %), Havas (20 %), Société générale (20 %), Suez (28 %) et Matra (20 %).

eux, comme dans toute société privée, des pactes comportant par exemple des clauses de préférence ou de préemption en cas de cession, par l'un des signataires, de tout ou partie de ses titres.

On rappellera qu'en l'état actuel du droit de tels pactes ne sont pas réglementés et qu'ils peuvent valablement contenir de telles clauses. Ils n'ont pas à être publiés même si certains le sont, tel le pacte conclu entre certains actionnaires de la C.G.E. publié par ses signataires en réponse à des indiscretions.

Il résulte toutefois de la décision générale prise par la C.O.B. le 25 juillet 1978, que les initiateurs d'offres publiques d'achat ou d'échange doivent indiquer, dans la note d'information qui accompagne obligatoirement l'offre, *"les accords existants à la connaissance des conseils d'administration respectifs sur les titres de la société visée, lorsqu'ils peuvent avoir une incidence sur l'issue de l'opération"*.

### c) les actionnaires salariés

Mentionnons enfin, pour mémoire, le cas particulier des actionnaires salariés auxquels 10 % du capital a en général été réservé lors de la privatisation. Ils ont en effet acquis des titres dans des conditions préférentielles –une décote de 20 % et un paiement étalé sur deux ans (trois ans pour la C.G.E.)–, mais, aux termes du deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 6 août 1986, les actions ainsi acquises ne peuvent être cédées avant que leur prix ait été totalement acquitté. Le projet de loi est sans effet sur les conditions de cessibilité de celles de ces actions qui n'ont pas été totalement libérées.

### Conclusion

Sous réserve du cas particulier de certains actionnaires salariés, le projet de loi rend donc leur liberté aux actionnaires et emporte, de plein droit, la caducité ou la résiliation des clauses contraires des cahiers des charges et des pactes d'actionnaires qu'il privera d'effets futurs à compter de son entrée en vigueur. A cette date, les stipulations visées ne seront donc plus opposables, ni aux actionnaires qui les ont souscrites, ni aux tiers.

**B. LE VÉRITABLE OBJET DU PROJET DE LOI : UN PRÉTEXTE POUR EXIGER QUE LES SOCIÉTÉS NATIONALES SIÈGENT DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS PRIVÉES QUI FURENT PRIVATISÉES**

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget a précisé, dans plusieurs circonstances, l'objet réel du projet de loi qu'il soumettait à l'approbation du Parlement.

• C'est ainsi qu'au cours de la discussion du présent projet de loi à l'Assemblée nationale, il a déclaré qu'il voulait que les entreprises publiques présentes dans le capital des sociétés privées se voient reconnaître leur pleine et entière capacité d'expression et qu'il était *"intolérable, inacceptable que les sociétés nationales soient de simples apporteurs de capitaux et restent les "muets du sérail""* (1).

La lecture attentive du projet de loi montre pourtant que le dispositif proposé ne constitue pas vraiment un moyen de mise en oeuvre de cet objet.

S'il ne concerne au demeurant que dix-huit participations publiques dans six sociétés privées, il a en revanche une portée beaucoup plus considérable et qui peut emporter des conséquences redoutables puisque, s'il était adopté, se trouverait instituée, en droit français, à côté des sociétés du secteur public et des sociétés du secteur privé, une troisième catégorie de sociétés, celle que le projet de loi qualifie improprement de "sociétés privatisées".

• M. Bérégovoy, tant à l'Assemblée nationale que devant la commission des Finances du Sénat, a défendu sa conception de l'économie mixte.

Après avoir affirmé qu'en France *"l'appui du secteur public est nécessaire"* pour des raisons *"que seule l'histoire explique"* et que *"les entreprises publiques jouent également un rôle*

---

(1) JO Débats AN 1ère séance du 13 avril 1989, p. 179.

*considérable dans de nombreux pays européens", le ministre d'Etat a en effet confirmé que le Gouvernement était favorable à l'économie mixte, c'est-à-dire à "la présence d'un secteur public fort aux côtés des entreprises privées", et ce pour trois raisons qu'il énonce comme suit :*

- contre la "tyrannie du court terme," la préférence pour une vision à long terme seule capable de financer de grandes aventures industrielles ;
- pour la protection des intérêts nationaux, l'existence d'un secteur public fort constituant un rempart efficace contre les offres publiques d'achat destructrices ;
- en cas de défaillance du secteur privé, le sauvetage en dernier ressort par "l'actionnaire ultime" qu'est l'Etat (1).

**• Tout en se défendant de porter un jugement sur la présence de sociétés du secteur public dans l'actionnariat stable de certaines des sociétés privées qui furent privatisées entre 1986 et 1988, le ministre d'Etat a ajouté qu'il considérait que la conception de l'économie mixte qu'il défend conduit à reconnaître à ces sociétés publiques le droit d'exercer dans la gestion de ces sociétés privées, un rôle qui soit à la mesure des participations qu'elles détiennent dans leur capital. (1)**

L'appréciation du bien fondé de cette approche ne relève pas de la compétence de votre commission des Lois, mais celle-ci tient toutefois à faire observer que les conclusions que le ministre d'Etat croit pouvoir tirer de cette volonté de reconnaître aux actionnaires publics les mêmes privilèges qu'aux actionnaires privés sont pour le moins surprenantes : la capacité d'expression des entreprises publiques aurait-elle vraiment besoin d'un texte législatif pour exister ? Ne suffirait-il pas, en la matière, de la volonté d'agir ? N'est-ce d'ailleurs pas déjà le cas dans les sociétés où cette volonté s'est manifestée ?

**• Le seul obstacle juridique que connaissent aujourd'hui les actionnaires publics des sociétés privées concerne les titres pour lesquels leur liberté de cession n'est pas totale, c'est-à-dire la part des titres qui leur a été cédée de gré à gré lors de la privatisation de ces sociétés et qui reste soumise à des règles particulières de cession.**

---

(1) JO Débats AN 1ère séance du 13 avril 1989, p. 179.

Le projet de loi supprime effectivement ces restrictions qui ne concernent au demeurant que six sociétés, Paribas, Suez, la Société Générale, le C.C.F., Matra, la B.T.P. et pour respectivement 80 % ou 90 % de 12,7 %, 4,04 %, 6 %, 3 %, 4 % et 1,4 % de leur capital au moment où elles furent privatisées (1).

• Tant à l'Assemblée nationale qu'au cours de son audition par la commission des Finances du Sénat et lors de l'entretien qu'il a eu avec le Président et le rapporteur de votre commission des Lois, M. Bérégofoy a présenté l'adoption du présent projet de loi comme le préalable aux entretiens qu'il entend avoir avec les treize présidents des sociétés privées qui furent privatisées entre 1986 et 1988.

Le ministre d'Etat a déclaré entendre leur dire que s'ils souhaitent le maintien de la présence de sociétés nationales dans leur capital, ils doivent reconnaître à ces sociétés une capacité d'expression dans les instances dirigeantes -un ou plusieurs sièges au conseil d'administration- pour pouvoir défendre "*leurs intérêts légitimes*".

Encore peut-on observer que ce préalable n'est indispensable que pour ceux d'entre eux qui président des sociétés dont le noyau stable comporte des participations publiques ou dans lesquelles des actionnaires publics sont engagés par des pactes d'actionnaires.

Le ministre d'Etat a indiqué qu'en cas de réponse négative, il en tirerait les conséquences, soit en autorisant les actionnaires publics à revendre leurs titres, soit en regroupant dans les mains d'un seul actionnaire public la totalité des actions détenues par le secteur public dans la société concernée, afin qu'il devienne un actionnaire de référence.

Là encore votre commission des Lois n'a pas compétence pour apprécier le bien fondé d'une telle politique. Elle fait toutefois observer que si tel est bien le véritable objet du projet de loi, le fait de "libérer" les quelques participations que le secteur public détient dans le capital de six sociétés privées est sans commune mesure avec les conséquences redoutables qu'il peut entraîner.

---

(1) Voir tableau en annexe

### **C. DES INTENTIONS CACHÉES ?**

Si le dispositif proposé par le projet de loi rend effectivement leur pleine et entière liberté aux actionnaires publics des sociétés privées qui furent privatisées entre 1986 et 1988, il emporte également d'autres effets dont certains démontrent le caractère à tout le moins mal adapté du dispositif et dont d'autres pourraient faire croire à l'existence d'intentions cachées, inavouables et bien entendu inavouées.

• Ses effets immédiats peuvent se résumer comme suit :

- les actionnaires privés des "noyaux stables" retrouvent immédiatement, eux aussi, la pleine liberté de cession de leurs titres ;

- les clauses préférentielles de cession ou d'acquisition de titres inscrites dans les pactes d'actionnaires conclus au sein de certaines sociétés privées sont désormais privées d'effets ;

- un contrôle est institué sur toute prise de participation supérieure à 10 % du capital de certaines sociétés privées ;

- enfin, l'interdiction, -qui figurait dans le texte initial-, de tout pacte d'actionnaires portant sur la cession ou l'acquisition de titres de ces sociétés mais que l'Assemblée nationale l'a fort heureusement supprimée.

• Pour atteindre son objectif, -la définition de relations nouvelles avec les présidents de treize sociétés privées françaises-, et alors qu'il aurait suffi, pour y parvenir, -sans modifier pour autant la loi du 6 août 1986-, de disposer qu'était privée d'effets futurs toute stipulation restreignant la liberté de cession des titres détenus par des entreprises publiques dans le capital de sociétés privées, voilà que le ministre d'Etat propose au Parlement d'adopter un dispositif qui va singulièrement plus loin que l'objectif qu'il a pourtant lui-même défini.

- N'est-il pas dès lors étrange de constater que le projet de loi ne répond pas véritablement aux intentions exprimées par le ministre d'Etat ?

- Faut-il en conclure que certaines intentions seraient cachées, inavouables, et bien entendu avouées, et que le Gouvernement poursuivrait des objectifs qu'il n'aurait pas dévoilés ?

- S'il ne s'agissait que de libérer les participations publiques soumises au respect de dispositions conventionnelles particulières, pourquoi alors s'en être tenu aux seules treize sociétés visées par le texte, alors que des pactes d'actionnaires de même nature ont pu être conclus dans d'autres sociétés privées, auxquels une ou plusieurs sociétés publiques seraient parties ?

- Ne s'agirait-il pas plutôt de redonner à l'Etat une partie des pouvoirs qu'il a perdus à l'égard de ces sociétés privées depuis qu'elles ont été privatisées, et sous prétexte de protection de l'intérêt national, de rétablir un certain contrôle de l'Etat sur ces sociétés ?

- Ne s'agirait-il pas surtout d'accréditer l'idée selon laquelle il existerait en droit français une catégorie de sociétés privées spécifiques, sous prétexte qu'elles furent nationalisées puis privatisées, avec l'espoir de pouvoir ensuite les soumettre à des interventions particulières de l'Etat ?

• L'identification de cette catégorie abusivement dite des "sociétés privatisées" ouvrirait la voie à des régimes particulièrement dérogatoires au droit commun des sociétés privées. Elle pourrait ainsi justifier qu'une loi décide, par exemple, que chacune des sociétés concernées sera dotée d'un président et d'un directeur général et que, comme pour le Crédit agricole, ce dernier devra être agréé par le ministre de l'économie.

Alors que rien, aux yeux de votre commission, ne justifie la création de cette catégorie particulière de sociétés privées, celle-ci pourrait servir de point de départ à des traitements de plus en plus exorbitants du droit commun.

Mais, comme bien souvent en pareille circonstance, la Constitution est là pour s'y opposer et votre commission des Lois va maintenant vous démontrer que le projet de loi ne lui est pas conforme car, ce faisant, il porte plusieurs fois atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

## II. LA NON CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION

**Votre commission des Lois va maintenant s'attacher à démontrer qu'en créant parmi les sociétés du secteur privé cette catégorie nouvelle des "sociétés-du-secteur-privé-ayant-appartenu-au-secteur-public", le projet de loi n'est pas conforme à la Constitution parce qu'il porte plusieurs fois atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.**

Il résulte en effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (DC 83-162 des 19-20 juillet 1983 sur la loi relative à la démocratisation du secteur public) que "*sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur*" qui doit, ce faisant, respecter les principes constitutionnels au rang desquels figure, notamment, le principe d'égalité devant la loi.

### A. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI

**Pour mieux faire comprendre en quoi ce principe est méconnu par le présent projet de loi, il convient d'en rappeler le champ d'application, la valeur juridique et la portée.**

#### **1. Le principe d'égalité devant la loi est-il applicable aux personnes morales ?**

Dans sa décision 81-132 du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, le Conseil constitutionnel a précisé : "*Le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci*".

**Il apparaît donc, sans ambiguïté, que le principe d'égalité devant la loi est pleinement applicable aux personnes morales.**

## 2. Le principe d'égalité a-t-il valeur constitutionnelle?

Evoqué pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans sa décision 73-51 du 27 décembre 1973 sur la loi de finances pour 1974, à propos du régime de la taxation d'office, *"le principe d'égalité devant la loi"* est *"contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789"* et a été *"solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution"*.

Formulée de manière générale et abstraite, notamment dans une décision 79-101 du 17 janvier 1979, le principe d'égalité devant la loi *"ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi"*.

Récemment encore, dans sa décision 87-232 du 7 janvier 1988 relative à la loi de mutualisation du Crédit agricole, le Conseil constitutionnel a réaffirmé la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant la loi en précisant toutefois que *"le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit"*.

**Le principe d'égalité devant la loi a donc bien valeur constitutionnelle.**

## 3. La portée du principe d'égalité devant la loi

**Si le principe d'égalité devant la loi présente, certes, un caractère quasi-absolu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en a précisé les modalités d'application.**

• Contrairement, par exemple, au droit de grève, lequel, aux termes du septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 repris par le Préambule de la Constitution de 1958, *"s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent"*, le principe d'égalité devant

la loi est un principe absolu qui ne devrait donc souffrir ni dérogation ni aménagement.

Sa portée doit toutefois être comprise dans le cadre qu'a fixé le Conseil constitutionnel et qui autorise qu'un traitement différent s'applique à une catégorie de personnes dès lors que leur situation est différente de celle des autres personnes.

C'est ainsi que le Conseil a constaté l'existence de plusieurs catégories d'usagers des ouvrages d'art et admis que des tarifs différenciés puissent leur être appliqués, soit à raison de leur situation particulière (en l'espèce le lieu de travail ou de résidence), soit pour tenir compte d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage d'art.

• Quant à l'identification de catégories distinctes, la jurisprudence du Conseil constitutionnel admet que, s'agissant de sociétés, elle peut être fondée sur plusieurs critères :

- sur le statut juridique, et c'est ainsi que les banques ayant le caractère de sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie ou de maisons de réescompte ont été considérées comme présentant certaines spécificités statutaires qui justifient qu'elles puissent ne pas être soumises aux mêmes règles, -en l'espèce à la nationalisation-, que les autres banques (DC 82-132 du 16 janvier 1982) ;

- sur la nature de leurs activités (DC 86-132 du 16 janvier 1982) ;

- sur leur situation étant précisé qu'une différence de traitement entre ces catégories ne sera toutefois admise que si la différence de situation la justifie et qu'elle n'est pas incompatible avec la finalité de la loi (DC 86-132 du 16 janvier 1982).

• Il résulte en outre de la jurisprudence constitutionnelle que *"l'intérêt général qui s'attache aux objectifs poursuivis par la loi"* peut justifier que des sociétés qui sont dans la même situation (même statut juridique, même activité) fassent pourtant l'objet de traitements différents.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a par exemple admis que les banques dont la majorité du capital social appartenait

directement ou indirectement à des personnes physiques ne résidant pas en France, ou à des personnes morales n'ayant pas leur siège social en France pouvaient échapper à la nationalisation en raison *"des risques de difficultés"* que leur nationalisation *"aurait pu entraîner sur le plan international et dont la réalisation aurait"*, aux yeux du Gouvernement, *"compromis l'intérêt général qui s'attache aux objectifs poursuivis par la loi de nationalisation"*.

Les catégories de sociétés résultent donc non seulement de critères objectifs, comme la nature de leurs activités ou leur statut juridique, mais qu'elles peuvent également découler de l'intérêt général défini en liaison avec l'objet même de la loi.

• Pour apprécier le respect du principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel est donc amené à examiner attentivement :

- s'il existe des différences objectives de situation ;
- si les différences de traitement sont justifiées par ces différences objectives de situation ;
- si les différences de traitement ainsi justifiées sont compatibles avec la finalité de la loi ;
- si, dans le cas où ces différences objectives de situation n'existent pas, les objectifs de la loi ne conduisent pas à identifier des différences de situation et à justifier, que des différences de traitement soient appliquées *"dans l'intérêt général qui s'attache à ces objectifs"*.

## **B. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI EST MÉCONNU PAR LE PROJET DE LOI**

### **1. Le texte s'applique-t-il à une catégorie spécifique de sociétés ?**

• Le fait qu'à un moment donné de leur histoire des sociétés du secteur privé furent nationalisées est sans incidence sur leur statut juridique actuel de sociétés du secteur public.

De même, la circonstance qu'à un moment donné de leur histoire des sociétés du secteur privé furent nationalisées puis privatisées est sans incidence sur leur statut juridique actuel de sociétés du secteur privé.

Une fois l'opération de privatisation achevée, ces dernières sociétés se retrouvent donc dans le droit commun des sociétés privées, par opposition aux sociétés publiques ou nationales.

• S'il est exact que les statuts juridiques des sociétés entrant dans le champ d'application du projet de loi diffèrent sur certains points, il convient de rappeler que ceci résulte soit de leurs statuts librement élaborés –ainsi l'obligation de déclarer tout franchissement de seuil à partir de 0,5 % du capital social introduite dans les statuts de Saint-Gobain–, soit de leur objet social –établissement de crédit, à l'image de la Société générale, par exemple.

• Le critère de la nature des activités admis par le Conseil constitutionnel à l'appui de la justification de l'identification de catégories de sociétés n'est pas non plus pertinent en l'espèce, puisque les entreprises prétendument spécifiques ont de toute évidence des objets très divers et qu'elles interviennent dans des secteurs d'activité très variés.

• Parmi les entreprises entrant dans le champ d'application du projet de loi, on relève que deux d'entre elles, Matra et Havas, sont dotées d'une action spécifique, alors que les dix autres en sont dépourvues. A contrario deux sociétés nationales,

Elf-Aquitaine et la Compagnie des machines Bull, sont également dotées d'une action spécifique mais n'entrent pas dans le champ d'application du projet de loi puisqu'elles sont encore des sociétés du secteur public.

• Certaines des sociétés qui entrent dans le champ d'application du présent projet de loi, parce qu'elles exercent leur activité principale dans des domaines mettant en cause l'ordre public, la sécurité ou la santé publique, la production ou le commerce d'armes, de munitions ou de matériels de guerre relèvent des dispositions du sixième alinéa de l'article 10 de la loi susmentionnée du 6 août 1986 qui soumettent à agrément toute prise de participation étrangère supérieure à 5 % du capital, alors que les autres sociétés suivent en la matière le droit commun applicable aux investissements étrangers directs, tel qu'il résulte des décrets n° 67-78 du 27 janvier 1967 et 68-1021 du 24 novembre 1968.

### Conclusions

La prétendue spécificité de la catégorie abusivement dite des "sociétés privatisées" n'existe donc pas. Si le Conseil constitutionnel, dans sa décision 86-207 des 25 et 26 juin 1986, a reconnu la spécificité d'entreprises nationales qui devaient être soumises à un processus de privatisation, il ne faut pas oublier que cette spécificité ne résultait alors précisément que du processus de privatisation envisagé, et après qu'aient été écartés, au sein des entreprises nationales, les services publics nationaux, dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution, de mêmes que les sociétés dont l'exploitation présentait le caractère d'un monopole de fait. Il ne s'agissait donc que d'une catégorie de société qui, alors identifiée de manière circonstancielle, n'a plus d'existence juridique et ne saurait par conséquent être justiciable d'un traitement particulier.

Le projet de loi ne s'applique donc pas à une catégorie spécifique de sociétés.

## 2. Son objet justifie-t-il l'application de traitements discriminatoires ?

• C'est dans le dessein d'assurer la protection des intérêts nationaux que le projet de loi institue un contrôle particulier sur les investissements, qu'ils soient étrangers ou nationaux, dans les sociétés auxquelles il s'applique. Ce faisant, il ne fonde ce contrôle ni sur une distinction entre les sociétés qu'il conviendrait de protéger contre de tels investissements et celles dans lesquelles les acquisitions visées pourraient être librement effectuées en fonction de critères objectifs, par exemple la nature de leurs activités, ni sur la qualité des investisseurs, par exemple, selon leur nationalité communautaire ou extracommunautaire.

Le projet de loi prive en outre d'effets certaines dispositions conventionnelles en vigueur qui ont pour objet de restreindre la liberté de cession des actions de certaines sociétés, afin, précise l'exposé des motifs, de garantir une meilleure transparence et de mettre un terme à une situation *"qui peut se révéler dangereuse pour l'économie nationale"*.

Si le caractère d'intérêt général de l'objectif qui consiste à protéger les intérêts nationaux n'est pas contestable dans son principe, la discrimination qui en résulte, dans le projet de loi, entre certaines sociétés privées et d'autres sociétés également privées n'est ni expliquée, ni explicable.

En effet, le texte proposé ne définit aucun critère susceptible, au regard de cet objectif, de caractériser la catégorie de société à laquelle le projet de loi entend l'appliquer. Dans ces conditions, on voit mal quelle spécificité pourrait s'attacher, en termes d'intérêt national, à ce que, par exemple, la Compagnie de Saint-Gobain soit protégée par un dispositif qui ne s'appliquerait pas, par exemple, B.S.N. (Boussois-Souchon-Neuvesel).

**Aucune vulnérabilité spécifique ne paraît en conséquence pouvoir justifier une telle mesure d'exception.**

• Les actionnaires, on l'a vu, ne sont pas entièrement libres de céder leurs actions dans un certain nombre de cas :

- lorsqu'ils ont souscrit des actions au titre de l'actionnariat des salariés avec paiement étalé dans le temps,

- lorsqu'ils ont conclu un pacte d'actionnaires comportant des clauses de préemption ou de conservation des titres,

- enfin lorsque le contrat de cession comportait des clauses d'interdiction ou d'agrément de cession des titres.

S'agissant des sociétés entrant dans le champ d'application du projet de loi, les restrictions à la liberté de cession, on l'a vu, résultent soit des cahiers des charges qui ont accompagné les contrats de vente de gré à gré d'une partie du capital social, soit de pactes conclus entre des actionnaires.

L'argument de transparence invoqué à l'encontre de cette situation par le rapporteur à l'Assemblée nationale ne saurait bien entendu justifier une différence de traitement, -au sein des sociétés privées dans lesquelles il y a des pactes d'actionnaires-, entre les actionnaires des sociétés privées qui entrent dans le champ d'application du présent projet de loi pour avoir été nationalisées puis privatisées et les actionnaires des autres sociétés privées.

Quant à l'argument tiré du défaut de transparence résultant de l'existence de groupes d'actionnaires stables, on observera que ces groupes n'existent que dans certaines des sociétés visées par le texte et que leur existence est toujours publique, le ministre chargé de l'économie ayant, conformément à la loi et aux décrets précisant les modalités d'application des privatisations, publié la liste de ces actionnaires avant l'ouverture de l'offre publique de vente.

\*

\* \*

## CONCLUSION

**En conclusion, le projet de loi, tel qu'il résulte des travaux de l'Assemblée nationale, porte plusieurs fois atteinte au principe d'égalité :**

- il identifie une catégorie de sociétés qui n'existe pas ;**
- il soumet ces sociétés à des règles discriminatoires par rapport à celles qui s'appliquent aux différentes catégories de sociétés auxquelles elles appartiennent ;**
- il inflige aux sociétés qu'il vise des différences de traitement en les fondant sur un intérêt général qu'il définit mais qui ne saurait pourtant justifier de telles différences.**

**Fort de cette analyse et convaincue de l'inconstitutionnalité manifeste du projet de loi qui vous est soumis, votre commission des Lois aurait dû proposer à la Haute Assemblée d'adopter une exception d'irrecevabilité constitutionnelle.**

**La commission des Finances lui a fait observer que l'adoption d'une telle motion conduirait le Sénat à ne se prononcer que sur l'inconstitutionnalité du projet de loi alors qu'en adoptant la question préalable qu'elle a décidé de déposer, notre Haute Assemblée se prononcera aussi sur le fond des dispositions qui lui sont proposées.**

**Pour répondre à l'appel de la commission saisie au fond, votre commission des Lois, saisie pour avis, a donc renoncé au dépôt de la motion d'irrecevabilité constitutionnelle préparée par son rapporteur et a décidé de vous demander de voter la question préalable présentée par la commission des Finances, tout autant pour les motifs d'ordre technique et politique que celle-ci vous exposera que parce que ce projet de loi n'est pas conforme à la Constitution et pour ce seul motif, ne peut donc qu'être rejeté par le Sénat.**

Le tableau récapitulatif suivant précise pour chaque société privatisée en application de la loi du 2 juillet 1986 les participations publiques dans le groupe d'actionnaires stables au moment de la privatisation (première ligne) ; le montant des participations publiques détenues au 31 décembre 1988 (seconde ligne).

### Participations du secteur public dans le capital des sociétés privatisées entre 1986 et 1988

Secteur public sociétés privatisées	BNP	Crédit Lyonnais	AGF	GAN	UAP	CNP (CDC)	Rhône Poulenc	Total CFP	Elf Aquitaine	Thomson	Banque Hervet	
Saint-Gobain	- 4,1	- -----	- -----	- 0,45	- 2,16	- 1,10	- -----	- -----	- -----	- -----	- -----	0 8,01
Paribas	- -----	- 0,28	2 2,27	0,6 0,90	3 3,70	0,6 2,62	- -----	3 2,80	3,5 -----	- -----	- -----	12,7 12,57
BTP (1)	- -----	- 4	- -----	- -----	- -----	- 4,10	- -----	- -----	- -----	- -----	1,4 0,50	1,4 8,6
CCF	- -----	- -----	- -----	- 0,45	- -----	- 0,88	- 2,50	- -----	- -----	3 2,38	- -----	3 6,21
CGE	- 0,6	- -----	- 0,43	- 0,37	- 2,63	- 1,82	- -----	- -----	- -----	- -----	- -----	0 5,85
Havas	- 0,9	- -----	- 4,6	- -----	- 3,82	- 5,64	- -----	- -----	- -----	- -----	- -----	0 14,96
Société Générale	- -----	- -----	- 3,40	2 4,99	1 1,48	1 4,15	2 2,58	- -----	- -----	- -----	- -----	6 15,60
Suez	- -----	- -----	1,02 0,76	1 0,97	1 4,78	1,02 4,70	- -----	- -----	- 3,70	- -----	- -----	4,04 14,91
Matra	2 2	2 2	- -----	- 0,14	- 0,50	- -----	- -----	- -----	- -----	- -----	- -----	4 4,64

Source : ministère des Finances

(1) la BTP a fusionné en novembre 1988 avec la Compagnie BT Finances pour devenir la Compagnie du BTP.