

s'effacer devant les délits d'affaires, que ne manqueront pas de commettre malheureusement de futures dirigeants de sociétés commerciales ou d'entreprises privatisées (abus de biens sociaux, établissement de faux bilans, distribution de dividendes fictifs, délits boursiers notamment).

Ainsi, les privatisations modifiant l'environnement économique imprègnent également le paysage juridique, avec l'essor d'un droit pénal des affaires.

aussi un instrument coercitif de collaboration avec le Parquet qui s'impose au nom de l'intérêt public.

L'information sera révélée d'une manière indirecte dans le cadre d'une procédure pénale classique. Le Procureur de la République pourra obtenir de précieux renseignements dans le cadre de sa mission de défense des intérêts de la société.

Dans le monde des affaires, l'opposition classique entre la procédure commerciale, où ne sont en cause que des intérêts privés, et la procédure pénale mettant en jeu des intérêts plus généraux, paraît connaître toutefois une exception: tous ces intérêts semblent intimement liés et le parquetier doit agir en conséquence car toute intervention partielle de sa part serait vouée à l'échec.

Cette adaptation du rôle des magistrats, aussi bien du Parquet que du siège ou de l'instruction, au monde des affaires devra être sérieusement encouragée par les Pouvoirs publics; la formation de spécialiste du droit des affaires s'avère nécessaire.

On devra admettre que parallèlement à l'augmentation de ses pouvoirs, la nature de l'intervention du Parquet devra évoluer: exclusivement lié à la répression des atteintes à l'ordre public et au respect des lois traditionnelles, le rôle du Ministère Public aura à revêtir de plus en plus un caractère économique et social, en particulier dans un éventuel sauvetage des entreprises en difficulté, celles-là même qui auront été totalement ou partiellement privatisées.

Avec le train des privatisations projetées, des bouleversements socio-économiques sont attendus, ce qui ne manquera pas de voir se développer une activité délinquantielle en rapport avec les affaires. Les infractions économiques d'hier, telles les atteintes à l'économie nationale ou les détournements de deniers publics, vont peu à peu

débiteur.

C'est dire que l'on devra accorder aux magistrats du Parquet tous les moyens nécessaires à la réussite de leur action; parmi ces moyens, l'information paraît-être un élément primordial en tant que préalable de l'action du représentant du Ministère Public. A cet effet, une double approche devra être effectuée:

1°/ par le biais de l'information communiquée: la communication d'information au Parquet est importante car elle permet une action plus efficace des magistrats tout en évitant que la procédure de redressement judiciaire d'une entreprise en difficulté se déroule en vase-clos. La présence active mais discrète du Procureur de la République évitera l'inconvénient découlant de l'absence de juges professionnels au sein du tribunal de commerce. Le Ministère Public se présentera ainsi à la fois comme un censeur et un conseiller technique.

2°/ par le biais de l'information révélée, de manière directe ou indirecte:

L'information sera révélée d'une manière directe au Parquet par les commissaires aux comptes qui devront informer le Procureur de la République des faits délictueux dont ils auront eu connaissance au cours de l'exercice de leur mission auprès des sociétés et entreprises, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation. Au contraire, les commissaires aux comptes endosseraient la responsabilité pénale pour n'avoir pas révélé de tels faits (délict de non révélation des faits délictueux au Procureur de la République qui poursuivra le commissaire aux comptes négligent en qualité d'auteur principal et non pas comme complice ordinaire). Si cette obligation est un instrument de dissuasion à l'égard des dirigeants sociaux, elle est

judicieux que le législateur, dans son train de réformes économiques et commerciales, institue une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise en difficulté, le maintien de l'activité et de l'emploi ainsi que l'apurement du passif.

Il est parfaitement concevable, si l'on se réfère à l'expérience bénéfique constatée ailleurs, que le redressement judiciaire soit assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Un tel plan pourra prévoir, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession.

Lorsqu' aucune de ces solutions ne sera possible, il sera alors procédé à la liquidation judiciaire classique.

Dans cette optique, le Ministère public devra tendre à être le porte-parole, devant le tribunal, de l'ensemble des administrations actives dans le traitement des entreprises en difficulté: il réalisera de la sorte l'unité officielle d'action des pouvoirs publics.

Par ailleurs, il se pourrait bien qu'à l'occasion de la mise en oeuvre de la procédure de redressement ou de liquidation, des fraudes soient commises par le débiteur qui engagera alors pleinement sa responsabilité pénale. Les agissements du débiteur sont qualifiés de banqueroute, délit correctionnel qui demande à être réformé pour pouvoir faire face aux situations engendrées par le nouveau régime juridique des entreprises. A côté de la banqueroute, d'autres délits particuliers en liaison directe ou indirecte avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire seront susceptibles d'être commis par plusieurs catégories de personnes impliquées dans la dite procédure, à savoir les dirigeants sociaux, les tiers, les créanciers et même les auxiliaires de justice; parmi toute une multitude de délits qu'il serait fastidieux d'énumérer, l'on peut retenir essentiellement le délit de malversation et le délit d'acquisition ou d'usage des biens du

évidemment au principe de la légalité des délits et peines et son corollaire, la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale. Il semble en effet que la faculté laissée au Président de la Commission de Surveillance des Opérations de Bourse de saisir le tribunal pour mettre fin aux irrégularités ne laisse à priori pas de place à l'action publique. Néanmoins, dans le dernier alinéa, on relève qu'une copie de la demande de saisine est adressée au Procureur de la République "à toute fin de droit". Faut-il comprendre par là que le Parquet se voit reconnaître de larges prérogatives pour qualifier pénalement des irrégularités, de nature commerciale à première vue.

Quoi qu'il en soit, le Ministère public est appelé à l'avenir à jouer un rôle plus étendu.

## **II - L'extension du rôle du Parquet**

Une telle extension sera l'une des caractéristiques du droit des faillites. Le renforcement du rôle du Parquet paraît tout à fait logique puisque l'intérêt général, dont il est le représentant privilégié et institutionnel, est pris en considération. Le Ministère Public devra être omniprésent dans le temple des affaires privées. En élargissant le domaine de ses attributions et en le confortant dans sa mission de sauvegarde de l'intérêt général, ou tentera ainsi de corriger autant que faire se peut l'opacité des mécanismes voire la perversion du futur système.

Les privatisations d'entreprises du secteur public ne signifient nullement que les entreprises ainsi privatisées soient désormais à l'abri de difficultés d'ordre économique et financier; tout dépendra bien entendu de la conjoncture économique. Néanmoins, il serait fort

utilisent avant qu'elles ne soient divulguées. Partant de là, il apparaît clairement qu'une Bourse des Valeurs saine ne fonctionne pas sans une certaine transparence de la vie des affaires. En ce sens, l'article 60 du décret législatif du 23 Mai 1993 réprime l'utilisation illicite d'informations privilégiées (délit d'initié). Il s'agit de l'utilisation en Bourse, par diverses personnes, d'informations confidentielles dont elles ont eu connaissance à titre professionnel.

L'initié n'est pas délinquant en ce qu'il sait, mais parcequ'il triche. Il triche, parce que sachant, il se garde bien de prévenir les autres afin de pouvoir prendre la course avant eux. En d'autres termes, l'initié détenteur d'une information privilégiée donne un ordre en bourse, à un moment où il est tenu précisément de s'abstenir. Et c'est dans cette absence de réserve, à laquelle il est astreint de par ses fonctions ou de par sa qualité, qu'il est fautif. En faisant de l'utilisation d'une information privilégiée un délit, le législateur ne s'adresse pas aux épargnants (que l'on souhaite au contraire protéger) mais aux praticiens qui vivent du secret du pouvoir et des affaires.

Dès lors, la qualité de délinquant s'avère être un élément constitutif pris en considération pour analyser l'infraction, ce au détriment de l'élément intentionnel. Le délit d'initié est caractérisé surtout par son élément matériel, lequel se décompose lui même en trois:

- une ou plusieurs opérations réalisées sur le marché boursier,
- une opération effectuée grâce à des informations privilégiées,
- des informations utilisées avant que le public en ait connaissance.

Par ailleurs, le législateur n'a pas cru devoir incriminer expressis verbis le fait de lancer de fausses informations sur la place boursière ou de manipuler les cours, se contentant de formules générales et vagues exprimées dans l'article 40 du même texte, ce qui est contraire

des associés, des créanciers sociaux et des investisseurs d'une part, assurer celle des dirigeants dans leurs saines initiatives d'autre part.

Quoi qu'il en soit, le droit pénal des sociétés apparaîtra comme un moyen sûr de protection de l'épargne, surtout dans les sociétés par actions. Il aidera au respect strict des prescriptions légales que les futurs actionnaires n'auront pas toujours la possibilité de connaître ou d'imposer eux-mêmes.

3°/ les délits boursiers enfin: les valeurs mobilières\*, marchandises en quelque sorte faisant l'objet des transactions du marché boursier, sont soumises à la loi de l'offre et de la demande propre aux échanges en économie libérale. Et chercher à fausser les règles du jeu à ce niveau doit être pénalement sanctionné. Il faut s'attendre à ce qu'une évolution se dessine peu à peu, marquant la séparation du droit boursier en gestation, du droit économique et aboutisse à l'autonomie d'un droit pénal boursier. En effet, l'analogie du marché boursier avec les autres marchés n'est pas totale; ainsi, le prix des échanges des valeurs mobilières ne dépend pas seulement de l'offre et de la demande. Il est, de surcroît, soumis aux vicissitudes de la vie des entreprises ayant émis des titres en Bourse. Et ceux qui sont, de par leur fonction, dans le secret des affaires, peuvent connaître, avant tout le monde, les fluctuations futures du marché boursier dues à la bonne marche ou au contraire, aux difficultés des grandes sociétés faisant appel public à l'épargne. Si l'on entend précisément maintenir le jeu boursier de manière loyale, il n'est pas permis de tolérer et d'accepter que les personnes qui ont le privilège de détenir de telles informations les

---

\*Décret législatif n° 93-10 du 23 Mai 1993 relatif à la Bourse des valeurs mobilières.

de solides raisons justifient que le droit des sociétés, dans sa future mouture façonnée sous l'emprise des privatisations, soit doté d'une robuste armature pénale; c'est que le droit pénal des sociétés, faut-il le souligner, est marqué plus par des fonctions utilitaires que par des inspirations doctrinales. Son évolution suit celle qui modèle les sociétés ou entreprises elles-mêmes. La transformation du régime juridique des sociétés paraît être le premier facteur de développement du droit pénal spécial les concernant; le principe d'un tel régime juridique sera de compenser les risques de la liberté économique par les garanties de la responsabilité, ce qui entraînera à coup sûr une double conséquence:

- la première conduira à dépasser le stade de la responsabilité délictuelle de droit commun en instituant, à la charge des mandataires sociaux, une obligation du passif étrangère au principe initial des sociétés de capitaux;

- la seconde consistera à tirer les enseignements au plan répressif de la renaissance de la responsabilité personnelle dans le droit des sociétés, en donnant aux sanctions civiles tenues pour insuffisantes le complément nécessaire des sanctions pénales.

Le phénomène économique de concentration des sociétés et le développement des groupes de sociétés ou de holdings que ne manqueront pas d'engendrer les privatisations vont créer un enchevêtrement de liens propices à toutes sortes de manoeuvres. Dès lors, il s'avèrera indispensable d'assurer la protection des créanciers sociaux (actionnaires, obligataires entre autres), mais aussi celle des associés privés en pratique de l'exercice des contrôles qu'ils devraient posséder en droit. D'un autre côté, il conviendra de préserver tout de même chez les dirigeants et managers l'esprit d'entreprise indispensable au bon fonctionnement des entreprises et au progrès économique.

C'est ainsi que la préoccupation majeure du législateur est de concilier deux soucis apparemment antinomiques: assurer la protection



Avec l'accroissement du volume des affaires vont inmanquablement se développer des pratiques abusives contre lesquelles il sera nécessaire de préserver le public et les commerçants eux-mêmes. Le droit pénal commun n'offre pas de ressources toujours utiles et suffisantes, en dépit de ce qu'on pourrait croire: ainsi, ni l'incrimination d'escroquerie de l'article 372 du code pénal d'un maniement trop lourd, ni celle d'abus de confiance de l'article 376 ne peuvent embrasser toutes les situations irrégulières.

De ces insuffisances naîtra précisément un droit pénal des affaires plus efficaces.

2°/ les infractions principales de la vie sociale, que l'on regroupe généralement dans le droit pénal des sociétés commerciales, lequel détermine et sanctionne les actes ou omissions constituant des infractions aux règles commerciales relatives à la constitution, au fonctionnement, au capital, à la dissolution et à la liquidation de la société.

Le droit pénal des sociétés ne se caractérise pas seulement par le fait qu'il s'intéresse à une catégorie précise de délits mais il traduit surtout l'existence d'un ensemble de règles spécifiques adoptées au particularisme des infractions relatives aux sociétés. Chaque type d'activité engendre ses propres infractions et explique dès lors l'utilité d'un droit pénal spécial propre aux sociétés commerciales. Le droit pénal classique est actuellement inadapté aux nécessités de la répression des infractions à l'ordre économique nouveau qui se dessine avec les mesures de privatisations. Il est vrai que les infractions en matière de sociétés tournent principalement autour de l'idée de mensonge ou de détournement et se rattachent plus ou moins aux manoeuvres d'abus de mandat, de pouvoir ou de crédit. D'ores et déjà,

d'un nouveau droit des sociétés commerciales d'un côté, la création d'un droit boursier nécessité par l'établissement d'un futur marché financier. D'un autre côté, il faudra s'attendre naturellement à une inflation de délits d'affaires. Leur commission sera facilitée par un perfectionnement de plus en plus poussé de la technique qu'utiliseront les délinquants potentiels et la criminalité dite "rusée" sera plus étendue. De tels délits d'affaires peuvent être regroupés en trois catégories:

1°/ ceux d'abord qui touchent de manière générale à l'ordre public économique et fiscal. Parmi eux, il y a lieu de citer la violation à la réglementation qui assure la protection du consommateur (droit pénal de la vente, publicité fausse ou de nature à induire en erreur, droit pénal des ententes, droit pénal de la concurrence\*, abus de position dominante, etc...).

Le législateur devra s'atteler à compléter l'arsenal juridique déjà existant ou à créer de nouvelles règles protectrices si l'on veut éviter que les citoyens soient prisonniers d'un système dominé par le capital privé qui se substituerait au monopole de l'Etat. Il serait inconcevable que les changements économiques se traduisent par la négation de la justice sociale, en passant d'un excès à un autre.

Doivent également être assurées, entre autres, la protection des intérêts fiscaux de l'Etat (droit pénal fiscal plus rigoureux, particulièrement à l'égard des auteurs de fraude fiscale qui méritent la peine d'emprisonnement et pas seulement l'amende bien souvent inefficace), la protection de la monnaie scripturale (droit pénal du chèque), la protection des emprunteurs (répression du délit d'usure).

---

\* cf. ordonnance n° 95-06 du 25 Janvier 1995 relative à la concurrence.

- en matière pénale, d'autre part, l'importance du développement des activités économiques et financières induite par les privatisations va faire apparaître sûrement de nouvelles branches du droit pénal spécial qui relèvent de l'ordre public économique.

En effet, phénomène normatif qu'on ne saurait isoler de son environnement scientifique en même temps que l'aboutissement d'une évolution historique, le droit pénal constitue la mise en oeuvre d'une politique donnée, notamment dans le domaine économique et social. Les privatisations projetées à l'heure actuelle vont précisément exercer une double influence au plan pénal:

- quant au fond, avec l'émergence d'un nouveau droit pénal économique plus étoffé et axé sur le monde des affaires;

- quant à la forme, avec un accroissement sensible du rôle du Parquet dans la procédure pour la défense de l'intérêt général, ce dans le cadre d'un appareil judiciaire qui aura à s'adapter à une situation économique et sociale nouvelle.

## **I - L'émergence d'un nouveau droit pénal économique**

Les privatisations auront pour effet principal de susciter le développement et la multiplicité des sociétés commerciales; les bouleversements socio-économiques, les relations contractuelles et les transactions commerciales vont revêtir une ampleur telle que le problème de l'adaptation de la codification pénale devra être posé.

Il est vrai que le contenu des règles du droit pénal est, à un moment donné, la résultante d'un certain nombre de choix, lesquels choix sont ordonnés à un but: lutter contre la criminalité sous toutes ses formes.

La persistance de l'accroissement de la criminalité d'affaires doit être placée au premier plan. L'économie de marché induisant l'apparition

C'est ainsi que, ne pouvant réformer efficacement les méthodes de gestion des entreprises du secteur public ni pallier surtout les insuffisances de leur financement, de nombreux gouvernements dont le notre confronté aux mêmes obstacles ont envisagé leur transfert au secteur privé.

Mais une telle décision politique ne peut être prise, sans bouleverser le cadre juridique, à un double point de vue:

- en matière commerciale, d'une part, le législateur a commencé par introduire d'importantes réformes du droit des sociétés commerciales, en prévoyant de nouvelles formes sociales (groupement, holding, société en participation, la commandite par actions, la société unipersonnelle à responsabilité limitée... )\* ainsi qu'un arsenal juridique pour les cessions de participations des entreprises du secteur public. Toutefois, les modalités des opérations de cession devront être soigneusement arrêtées, avec comme leitmotiv l'interdiction de la vente des entreprises privatisables à un prix inférieur à leur valeur et l'impérieuse protection de l'intérêt général.

En principe, de telles opérations entraînant le transfert de propriété du secteur public au secteur privé sont réalisées selon les techniques du droit des sociétés. Néanmoins, la présence des capitaux publics exige un contrôle étatique.

Quoi qu'il en soit, les mécanismes à mettre en place pour être adaptés aux nécessités du nouvel environnement économique sont particulièrement complexes.

---

\* cf. Décret législatif n° 93-08 du 25 Avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 Septembre 1975 portant Code de commerce (J.O n° 27 du 27 Avril 1993) et ordonnance n° 96-27 du 9 Septembre 1996.

pour autant alourdir le poids de la fiscalité ou sans être amenés à accroître le volume de leur endettement. Pour ce faire, ils encouragent le transfert au secteur privé d'un bon nombre de leurs entreprises publiques à l'effet:

- primo, de réduire leurs dépenses publiques en les allégeant des subventions d'équilibre qu'ils doivent verser aux entreprises publiques déficitaires, ou des dotations d'un capital dont ils doivent les pourvoir, afin de combler l'insuffisance de leurs fonds propres;

- secundo, d'obtenir pour leurs entreprises publiques des ressources complémentaires tirées de la vente des participations financières publiques détenues dans le capital des entreprises concernées, de la cession d'éléments d'actifs leur appartenant, de la participation d'intérêts privés à leur gestion ou à leur financement;

- tertio, de réaliser d'importantes économies, en organisant la gestion d'un service public ou d'une entreprise publique par une personne privée, suivant des méthodes de gestion privée autrement plus performantes, et en se déchargeant ainsi du poids de la gestion d'une entreprise économique, sans oublier les risques financiers qu'elle comporte.

Il convient également de tenir compte de facteurs d'ordre politique, parmi eux, l'inadaptation de la forme de l'entreprise publique, notamment en période de crise économique et la difficulté d'y apporter les correctifs convenables pour son fonctionnement normal. Il est, aujourd'hui, manifeste de constater que le secteur public industriel à l'exception d'un nombre restreint d'entreprises publiques économiques est inadapté aux exigences d'une gestion rigoureuse, dynamique voire concurrentielle, d'où l'impossibilité pour ses dirigeants de réaliser de manière efficiente les investissements de reconversion que nécessite pourtant l'évolution du marché et de la conjoncture.

# DE QUELQUES REFLEXIONS A PROPOS DE L'INFLUENCE DES PRIVATISATIONS SUR LA LEGISLATION PENALE.

Par A. Hamid BERCHICHE\*

Le terme privatisation peut, selon l'importance du phénomène envisagé, avoir une double signification.

Largo sensu, il peut s'agir de toute introduction de capital privé, donc, à l'inverse, de la cession de toute action à une personne privée.

Stricto sensu, le mot recouvre la transformation d'une entreprise publique en entreprise privée, ou de manière plus juridique, le transfert de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La privatisation traduit l'expression d'un choix politique en faveur d'une économie libérale, dégagée de l'emprise de la technocratie d'Etat. Le mouvement de privatisation s'explique le plus fréquemment par des facteurs d'ordre financier qui incitent de nombreux gouvernements à envisager des mesures de privatisation de leur secteur public (encouragés d'ailleurs en cela par la Banque mondiale). La plupart sont en effet désireux de contenir le déficit de leurs finances publiques, sans

---

\* Professeur de droit. Institut de Ben Aknoun.