

Introduction

1. De l'esprit de la législation à venir

Les critiques à l'adresse de la législation congolaise en vigueur en matière des sociétés commerciales en particulier et en matière de droit des affaires, se regroupent autour des idées suivantes : multiplicité et éparpillement des textes, inadaptation de la législation à la réalité. Ainsi, l'unanimité s'est faite depuis longtemps sur la nécessité d'une réforme en vue d'une mise en ordre et d'une mise à jour.

En premier lieu, la complexité de législation congolaise sur les sociétés constitue, indéniablement, l'un de ses défauts majeurs. Il est superflu de se taire sur le caractère disparate cette législation issue de multiples sources, résultant des lois d'époques différentes, elles-mêmes remaniées à diverses reprises.

A ces défauts s'ajoute, en deuxième lieu, un besoin d'amélioration d'un droit vieilli de plus de deux siècles à peu près et qui n'avait certes qu'imparfaitement suivis l'évolution des idées et des faits. Les multiples dispositions prises depuis déjà deux siècles avaient obéi hélas, aux nécessités de l'heure et s'étaient succédé sans que l'on puisse dénicher le fil directeur qui les reliât les unes aux autres.

Il s'est ensuivi des contradictions, des incohérences et des lacunes que la jurisprudence n'a pu éliminer en dépit de ses œuvres remarquables. Le Décret royal du 27 février 1887 n'a pu tout prévoir : c'est ainsi que la société par actions à responsabilité limitée n'a jamais eu de réglementation par ce décret ; que les dispositions pénales relatives aux sociétés commerciales n'ont jamais été prévues. De même tant de règles sont ignorées ou insuffisantes quant à la protection des actions ou associés ; des tiers ou de la société elle-même.

Enfin la loi s'est avérée tellement anachronique au regard de l'évolution des affaires en République Démocratique du Congo, que les spécialistes du droit congolais des sociétés se sont prononcés pour la réforme. Le Professeur LUKOMBE NGHENDA avait déjà proposé des axes de méthodologie pour cette réforme, le Professeur MASAMBA MAKELA, alors Président de la Commission Nationale OHADA RDC, affirme sans ambages que l'adhésion de la République Démocratique du Congo, apportera une solution efficace à l'amélioration du cadre juridique congolais des affaires. Tant d'autres experts du droit congolais ont exprimé des vœux quant à la réforme, bien sûr des opinions divergent mais l'idée principale à laquelle adhèrent tous les éminents professeurs congolais ainsi que d'autres praticiens du droit demeure la réforme de notre Droit des affaires.

2. Uniformisation

L'impératif de l'ajustement aux structures nouvelles que l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique apporte à notre présent juridique et à son avenir, s'exprime par la fidélité à la contribution d'unification de l'Afrique.

Quel sera l'objectif du droit pénal congolais des sociétés ?

C'est d'adapter le droit congolais des sociétés dans son aspect purement pénal aux données nouvelles nées du Traité OHADA.

Deux questions retiennent l'attention : quels sont les fondements juridiques de cette obligation D'harmonisation ? Quelle en sera l'étendue ?

Le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement de l'espace juridique commun du Traité OHADA figure parmi les principes qui s'imposent aux signataires. Il s'agit dans l'hypothèse où la RDC serait déjà Etat-membre, d'une coordination de certaines garanties protectrices des intérêts des associés et des tiers : nous sommes encore loin de l'unification réelle de l'Afrique sur tous les niveaux, mais cela constitue une très grande étape.

En ce qui concerne l'étendue de l'obligation, celle-ci peut se comprendre dans un contexte de mondialisation et d'ouverture des économies nationales à la concurrence. Dès lors l'instauration d'un climat de confiance propice aux investissements étrangers est une des motivations du Traité.

3. Imitation ou inspiration ?

L'Afrique se concevant de plus en plus comme la conquête d'une unité sur des nationalités diverses dont chacune est respectable, il va de soi, qu'outre les bienfaits économiques prévus, un tel contact et une telle ouverture ont chance de faire bénéficier chaque culture et la civilisation commune d'apports très enrichissants, et ce dans tous les domaines : artistique, politique, littéraire, scientifique et juridique. En ce sens, la loi semble être à la fois au point de départ et au terme de ce processus d'échanges supranationaux, et ; d'enrichissement culturel mutuel.

Le législateur congolais se voit obligé de répondre à cet impératif d'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Au moment où l'Afrique a besoin d'une unification, nous ne pouvons nous permettre d'échapper à notre devoir de faire de l'Afrique un continent fortement concurrent de ses voisines Europe, l'Amérique et l'Asie.

Il nous a semblé donc opportun de tenter une esquisse de la théorie du droit pénal congolais des sociétés, œuvre qui sera exclusivement réservée au législateur congolais. Est-il permis dans cette hypothèse, de devancer une théorie qui devra être domaine exclusif de la loi ?

4. La loi : conscience publique

Une manière de crainte ou de pudeur habite quiconque entreprend d'ajouter son propre discours à celui, définitif et grave, d'une loi, que ce soit commentaire ou étude, exégèse ou description des modalités d'application, le propos d'un particulier semble toujours rapporté, superflu, puisque par définition la loi est un texte qui englobe d'avance dans généralité toutes les réactions personnelles, tous les comportements singuliers. Intemporelle, elle rassemble dans sa présence le passé et l'avenir d'une cité : définie par Rousseau comme « une déclaration publique et solennelle de la volonté générale sur un objet d'intérêt commun ».

La loi réside en ce lieu secret où s'articulent la volonté d'un peuple et celle des hommes à qui ce peuple confie la souveraineté. Le geste empirique du fondateur de la loi, l'événement par lequel elle fait irruption dans l'univers politique d'un Etat, se cristallisent aussitôt en institution qui fait oublier d'emblée les circonstances de sa naissance. Par la loi, nous accédons à l'histoire, le dire de la loi s'impose et les bavardages se taisent.

Par la loi, apparaît un visage sacré : « quelles soient les, écrit Montesquieu, il faut toujours les suivre et les regarder comme la conscience publique à laquelle celles des particuliers doit se conformer toujours ».

I. Le caractère de Tribunaux de commerce congolais

Les juridictions spécialisées, également appelées juridictions d'exception, désignent les tribunaux dont un texte spécial prévoit la répartition des compétences : à l'inverse des juridictions de droit commun, ils ne peuvent juger que des litiges qui leurs sont expressément attribués par un texte. Tel est le cas en République démocratique du Congo, des Tribunaux de commerce.

Le caractère de tribunaux de commerce congolais tient de la forme de sa composition. Si ailleurs, les tribunaux de commerce sont composés soit des magistrats essentiellement de carrière, en République Démocratique du Congo, le législateur a pensé autrement en adoptant l'échevinage en matière des tribunaux consulaires (tribunaux de commerce)/

1. L'échevinage des tribunaux de commerce en RDC

L'échevinage apparaît à l'article 2 de la loi du 03 juillet 2001 créant les dits tribunaux : le tribunal de commerce est composé de juges permanents (magistrats de carrière), et de juges consulaires (commerçants élus par leurs pairs n'ayant à vrai dire, pas de formation appropriée en droit). L'échevinage, c'est le fait qu'un juge de carrière préside une chambre spécialisée de commerce de la juridiction civile, assisté des assesseurs.

Tandis qu'une juridiction de commerce sous d'autres cieux est composée essentiellement soit des juges consulaires soit des juges professionnels. A la différence, en RDC, il s'agit de Tribunaux de commerce réunissant les deux aspects, la forme se justifie certes par la technicité des juges consulaires, de l'expertise comptable et des us et coutumes étrangers au juge professionnel. Il s'agit des juridictions spécialisées et non et non des chambres de commerce au sein des tribunaux civils. Ce qui fut le cas jadis.

Somme toute, cette caractéristique a des privilèges tout comme des défauts, car pour les uns l'avantage principal du système de l'échevinage : est la connaissance technique des pratiques ; coutumes commerciales et usages commerciaux (théorie de la technicité du juge consulaire) qui échappent au juge de carrière.

2. a. Le *parere*

A cette thèse, il existe une notion courante, le « **parere** » qui est une notion répondant aux tenants de l'échevinage : la partie qui attend apporter la preuve d'usage (non connu du juge de carrière), fournit un « **parere** » du latin : **parere** qui veut dire il paraît. Le « **parere** » est un avis donné par un syndicat ou un organisme professionnel de commerce sur une chambre de commerce sur l'existence et le contenu d'un usage.

Ce sera le cas de la fédération des Entreprises au Congo par exemple, qui donnera un avis sur telle ou telle autre coutume en matière de commerce en RDC. Mais la question est un peu délicate en ce sens que l'on se demande si la FEC dispose bien de toutes les coutumes ou usages commerciaux en pratique dans le milieu des affaires en RDC ?

En matière de **parere**, le problème se pose quand le juge a face à lui deux adversaires l'un commerçant et l'autre non-commerçant. Il est admis que le "**parere**" ne peut être opposé à l'adversaire non-commerçant qui est censé ignorer les usages commerciaux.

Dans cette hypothèse, ressort la notion de l'exception « res inter alios acta ». Le non-commerçant bénéficie donc de cette exception.

II. De la compétence des Tribunaux de commerce en matière pénale

La compétence du Tribunal de commerce est attribuée par la loi du 03 juillet 2001 portant création organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce. Le législateur a voulu être explicite pour éluder toute confusion entre un éventuel conflit de compétences entre les tribunaux de droit commun (les tribunaux de paix et les Tribunaux de Grande Instance qui se partagent la compétence pour toutes les infractions de droit commun) et les Tribunaux de commerce qui sont exclusivement compétents pour toutes les infractions en matière économique et commerciale.

Cependant, persiste dans l'esprit des praticiens de droit congolais, une espèce d'obscurité relative à la compétence en matière pénale lorsqu'il s'agit des infractions économiques, financières et commerciales. D'aucuns affirment et cela paraît juste, que les infractions relevant du code douanier, du code minier, du code forestier, de la loi du 2 février 2002 sur les établissement de crédit pour n'en citer que celles là, revêtent bel et bien le caractère économique ou commercial. Pourtant ce sont les Tribunaux de Grande Instance, qui sont généralement saisis.

Est-ce à dire que le législateur crée délibérément cette confusion ?

Sans prendre une position tranchée, nous pensons que si une quelconque confusion existerait, c'est parce que certaines lois en matière d'affaires se limitent à ériger des infractions sans déterminer la procédure ni le tribunal compétent. Pourtant, il est évident que les lois économiques, financières ou commerciales qui créent des infractions, déterminent clairement le tribunal compétent dans tous les cas d'espèce.

Mais souvent le législateur se limite à parler de l'action publique qui soit, est subordonné à la plainte préalable d'une administration ou d'une institution étatique, soit du pouvoir (ou allusion faite) du Procureur de la République sans préciser le tribunal compétent. Tel est le cas de la loi du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales)¹. De nombreux exemples peuvent être mentionnés (telles les infractions en matière bancaire, cambiaire, douanière, minière pour n'en citer que celles là.

Par contre, en ce qui concerne les Tribunaux de commerce, le législateur comme dit ci haut, a été clair, la compétence de ces tribunaux est déterminée au titre II de la loi du 3 juillet 2003 sur les tribunaux de commerce au travers de l'articles 17. Cet article dispose :

Le Tribunal de Commerce connaît en matière de droit privé:

¹ Don José MUANDA NKOLE wa YHAVE, *op.cit.*, p.56.

1. des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants ;
2. des contestations entre associés, pour raisons de société de commerce;
3. des contestations entre toutes personnes relatives aux actes de commerce, en ce compris les actes relatifs aux sociétés commerciales, aux fonds de commerce, à la concurrence commerciale et aux opérations de bourse ;
4. des actes mixtes si le défendeur est commerçant;
5. des litiges complexes comprenant plusieurs défendeurs dont l'un est soit caution, soit signataire d'un chèque bancaire, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ;
6. des litiges relatifs au contrat de société ;
7. des faillites et concordats judiciaires.

Il connaît, en matière de droit pénal, des infractions à la législation économique et commerciale, quel que soit le taux de la peine ou la hauteur de l'amende,

Il ressort explicitement au point 7 que les tribunaux de commerce sont exclusivement compétents de toutes les infractions que commettraient, les dirigeants sociaux en matières des sociétés puisque l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique relève de la législation commerciale, par conséquent, les infractions en matière des sociétés sont donc de la compétence matérielle des tribunaux de commerce.

Cependant, sous d'autres cieux, le droit pénal des sociétés attribuent ces infractions à la compétence de Tribunaux de droit commun. Tel est le cas de la France par exemple et des pays sous l'empire du droit anglo-saxon qui ne posent pas de différence entre le droit commercial et le droit privé.

Les matières énumérées à l'article 17, sont de la compétence d'attribution, c'est-à-dire la compétence que la loi attribue de manière impérative aux tribunaux de commerce. Mais la loi à travers cette disposition, donne la possibilité aux commerçants de dire le tribunal de commerce compétent pour autres faits non mentionnées qu'ils jugent recevables par le juge de commerce.¹

La détermination de la compétence répressive des Tribunaux de commerce et sans équivoque. Si la loi n'attribue pas la compétence à un tribunal spécialisé, celui-ci ne peut s'en arroger. Par exemple, les tribunaux de commerce marocains qui sont composés contrairement aux Tribunaux de commerce congolais, des magistrats professionnels (juges de carrière). Le législateur marocain a déterminé clairement les attributions en matière de la compétence, il est stipulé que :

Ces Tribunaux ont vocation à juger l'ensemble des litiges commerciaux.

¹ Il s'agit des matières relevant du droit privé : litiges non infractionnels, la possibilité de recourir aux modes alternatifs de résolution des conflits , c'est-à-dire à l'arbitrage, à la conciliation et à la médiation étant garantie.

Ils sont, notamment, compétents pour connaître :

- Des actions relatives aux contrats commerciaux ;
- Des actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales ;
- Des actions relatives aux effets de commerce ;
- Des litiges entre associés d'une société commerciale ;
- Des litiges relatifs aux fonds de commerce.

Ils sont en outre chargés de la surveillance des formalités effectuées au Registre du Commerce.

Dans une hypothèse comme celle-ci, l'on peut conclure que les infractions en matières commerciales sont du ressort des tribunaux communs. Puisque le législateur ne l'a pas dit expressément. Ce qui n'est pas le cas pour les tribunaux de commerce congolais. Cette comparaison est éloquente pour trancher sur le doute ou la confusion que pourraient nourrir certains praticiens du droit congolais.

Mais en matière des infractions, les modes alternatifs de résolution des conflits sont exclus puisqu'il s'agit de l'ordre public économique auquel ne peuvent déroger les parties.

Parlant de la compétence d'attribution de tribunaux de commerce, il est impératif de souligner l'importance de la doctrine qui vient en aide de la loi. Il sera donc important d'aborder la notion de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle. La doctrine abondante en droit commercial de l'espace OHADA étant en faveur de la théorie de la commercialité objective, cette notion mérite un examen attentif.

1. Compétence juridictionnelle

La compétence juridictionnelle ne veut qu'un justiciable non commerçant qui pose un acte de commerce qualifié comme tel par la loi à titre habituellement professionnel réponde devant le juge de commerce en vertu de la commercialité objective. Peu importe l'absence des éléments conférant légalement le statut de commerçant. Dans ce cas, la compétence du juge de commerce paraît plutôt comme une sanction pour les commerçants du secteur informel.

Par conséquent, le tribunal de commerce est compétent pour les actes de commerce ou mixtes qualifiés tels par la loi, et pour les litiges entre commerçants nés de l'exercice de leur fonction, mais un non commerçant ayant posé un acte qualifié commercial selon loi est par conséquent justiciable devant le juge de commerce, si l'acte avait pour but un intérêt pécuniaire et affichait une fréquence répétée. Cette position est largement reprise par la jurisprudence, mais aussi par la doctrine se basant sur la théorie de la commercialité objective.

Les tribunaux de commerce français ont par une jurisprudence courante débouté les défendeurs non commerçants ayant soulevée l'exception d'incompétence au motif qu'ils n'étaient pas commerçants.

Selon les juges, à l'appui des pièces et des preuves, les défendeurs dans cette hypothèse, accomplissaient des actes de commerce à titre habituellement professionnel et poursuivaient un gain.

Il appartiendra donc au juge de commerce congolais d'interpréter les intentions de la partie non-commerçante, pour ressortir le caractère occulte de l'exercice de la profession commerciale. Cette théorie est également favorable pour sanctionner dans la pratique, la commercialité frauduleuse ou l'exercice illégal du commerce.¹

Ainsi, sont réputées non écrites les clauses des contrats conclus entre commerçants, entre non commerçants, entre commerçants et non commerçants attribuant la compétence à un tribunal de commerce en dehors des matières énumérées ci-dessus. Il peut s'agir d'une transaction, d'une toute autre opération ou d'un contrat innomé respectant toutes les conditions de validité exigées à l'article 8 du code civil livre III. Dans ces conditions, si les parties s'accordent sur une clause attribuant pour toute affaire, la compétence au tribunal de commerce. Le statut de commerçant ou de civil, ne produit aucun effet, le non commerçant ayant souscrit à une telle clause, ne peut plus profiter de sa double option de juridiction, c'est-à-dire décliner la compétence du juge de commerce au profit du juge civil. L'article 30 code civil livre III lui est appliqué : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux personnes qui les ont faites ».

2. La compétence législative

La compétence législative n'est rien d'autre que la compétence d'attribution qui veut que le tribunal ne soit compétent matériellement pour les actes de commerce et les opérations entre commerçants. C'est donc l'appui de la théorie de la commercialité subjective. Excluant les civils du champ de compétence du juge de commerce. Cette théorie favorise souvent sans le vouloir l'exercice du commerce clandestin puisqu'il se fonde seulement sur l'irrecevabilité des actions intentées par les non commerçants devant le juge de commerce comme sanction. Ainsi un commerçant échappe à la sanction pénale assez infligeant.

Il est préférable que le juge retienne la théorie de la commercialité objective sans se soustraire à la commercialité subjective en vue d'une répression plus efficace des infractions en matière commerciale comme le démontre de nombreuses doctrines de l'espace OHADA.

a. Quid de l'exception d'incompétence soulevée par la partie non commerçante ?

i. Cas des actes de commerce mixtes

La question se pose est celle de savoir en cas d'un acte mixte, quel sera le tribunal compétent ? Puisqu'il s'agit d'une transaction entre un commerçant et un non commerçant. Il faut dans cette hypothèse, distinguer selon que le demandeur est le client ou le vendeur.

a. Le client est demandeur

Dans ce cas, l'acte est mixte pour le client demandeur. Il a une option : il peut à son gré assigner le vendeur soit devant le tribunal de commerce soit devant le tribunal civil (TGI). Le premier terme de l'option est justifié par ce que d'une part l'acheteur a toujours le droit d'être jugé les juges de droit commun (entendre les tribunaux de grande instance) et non par les juges commerçants et que d'autre part, le vendeur, bien que pour lui l'acte soit commercial, ne peut mettre en doute l'impartialité des juges officiels (magistrats de carrière). Quant au

¹ Voir Don José MUANDA NKOLE wa YAHVE, *La répression des fraudes commerciales*, Kinshasa, Cerda, 2009.

deuxième de l'option - le tribunal de commerce -, il se justifie par le fait que le défendeur serait le dernier à pouvoir se plaindre de comparaître devant ses juges habituels.

Cette règle étant écrite dans l'intérêt exclusif du défendeur, celui peut y renoncer (même d'avance dans le contrat, Com.20 juillet 1965, D.S. 1965 581 ; 2^{ème} Civ. 3 octobre 1958 Gaz. Pal. 1958. 2. 281, 1^{er} arrêt). C'est au non commerçant de choisir de soulever l'exception d'incompétence devant le juge de commerce.

Par conséquent, le non commerçant ne peut comparaître devant un juge de commerce.

Au regard des compétences d'attribution et matérielle (matières attribuées aux tribunaux de commerce par la loi ou la compétence législative) des tribunaux de commerce, le juge de commerce saisi d'un litige entre un commerçant et un non-commerçant, peut se voir sa compétence décliner par le non commerçant ; c'est l'*exception d'incompétence dite facultative, qui doit être soulevée in "limine litis"*.

C'est à dire avant toute chose sinon le fait pour le non-commerçant de comparaître devant le juge de commerce sans évoquer ladite exception donne (accepte) compétence au juge de commerce "ipso jure". Le non-commerçant ne saura être contraint à comparaître devant le juge de commerce, son juge naturel est celui du tribunal civil.

Mais un commerçant attiré devant le juge civil par un non-commerçant ne saura pas évoquer cette exception. Car le juge civil est un juge de carrière à qui l'on ne peut arracher la compétence de connaître un litige entre un commerçant et un non-commerçant. En cette matière, le débat reste ouvert et très alimenté par la doctrine.

III. Des infractions en matière de sociétés commerciales

Les infractions dont il est question sont prévues dans les actes uniformes OHADA relatifs :

- au droit commercial général ;
- au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- aux procédures collectives d'apurement du passif et à l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises.

Nous n'étudieront pas ces infractions dans le présent fascicule puisqu'elles ont déjà fait d'une étude détaillée dans le fascicule n°2 disponible sur www.ohada.com. Pour l'obtenir (fascicule n°1), vous pouvez contacter directement l'auteur à l'adresse électronique suivante : donmuanda@yahoo.fr; ou sur notre site cerdaohadardc.com.

IV. Le rôle du Ministère public dans la répression de la délinquance en matière des sociétés commerciales

1. L'interventionnisme pénal du législateur communautaire de l'OHADA

L'évolution des affaires favorisée par la politique économique libérale adoptée par les Etats soucieux de la croissance économique a entraîné inéluctablement la hausse de délinquance dans tout le niveau de la vie des affaires. Ainsi les législateurs de différents pays ont pénalisé en dépit du courant tendant à la dépénalisation des affaires, les actes relatifs à la constitution des sociétés, à l'administration et à la direction des sociétés, aux assemblées des actionnaires ou des associés, au contrôle des sociétés, et à la liquidation des sociétés. D'une manière générale, la pénalisation touche tous les actes de la société de sa naissance à sa mort.

Bien entendu, il ne s'agit pas de rendre pénalement responsable la société en tant que personne morale mais ceux qui sont à sa direction, autrement dit : les dirigeants sociaux. En droit congolais, le législateur avait accusé du retard dans cette politique criminelle en matière des sociétés. Les juges se basaient sur les infractions de droit commun tel que l'abus de confiance, l'escroquerie, le vol, le détournement des fonds ou des deniers publics, etc.

Il a fallu attendre l'avènement de l'OHADA pour voir la criminalisation des actes relatifs à la vie des sociétés. Le législateur communautaire de l'OHADA a osé, faut il le dire, à instituer des incriminations en matière commerciale et des sociétés chose que certains législateurs communautaire à l'instar de.....n'ont pas fait probablement en raison de l'intangible pensée de la souveraineté des Etats membres de la communauté économique.

Le législateur ohadien a donc bravé cette entrave certes justifiée mais bloquant ainsi l'émergence d'un droit pénal communautaire. La délinquance économique étant un phénomène extraterritorial, nous pensons que l'OHADA a bien réagi par rapport à certaines communautés régionales.

1. Quid de l'intervention en aval des législateurs nationaux ?

Certains expriment une espèce d'inquiétude à cette question, déduisant qu'elle est un facteur potentiel des conflits ou de divergence dans la politique générale de la répression de la délinquance au sein des sociétés commerciales entre les Etats parties au Traité OHADA. A notre humble avis, le problème est moins grave pour ne pas dire qu'il ne se pose nullement. La peur de paradis pénaux est certes fondée du fait que le législateur ohadien se satisfait de créer des incriminations et laisse l'opportunité aux Etats parties au Traité d'en élaborer les sanctions pénales à appliquer à chaque incrimination.

Comme nous le disons le problème est moins grave, il suffirait d'une dose de maturité de la part de chaque Etat membre de démontrer sa volonté de vivre en communauté économique enfin d'éradiquer la criminalité au sein de la dite communauté. Cette position paraît de toute évidence celle de ;.....Mais pour plus de d'unification des règles communautaires, il ne serait pas impossible de songer à l'harmonisation de la politique criminelle en la matière puisqu'au finish, le but poursuivi essentiellement demeure l'intégration juridique et économique. L'Etat congolais dans Constitution affirme être prête à renoncer partiellement à sa souveraineté pour les objectifs de l'union africaine.¹ Cette notion devrait à notre sens, inclure la volonté par le biais des élus du peuple, à adopter les mêmes sanctions pénales

¹ DE QUIRINI, P. & AZKELE ADAU, P., *Petit dictionnaire des infractions*, éd. CEPAS, Kinshasa, (R.D. Congo), 2001, P. 7.

appliquées par l'ensemble des Etats parties au Traité. Si les Etats parties ont pu dépasser les intérêts individuels dans les matières économiquement très sensibles (affectant même les finances publiques : expression des plus souveraines de chaque Etat) ils devront être également capable de trouver un consensus pénal pour éviter toute forme de paradis pénaux.

Si le législateur communautaire de l'OHADA s'est limité à définir les incriminations en matière des sociétés et a reconnu la souveraineté pour chaque Etat de prévoir les peines, il se pose en outre une question très fondamentale qui doit être répondue de manière la plus claire pour les législateurs nationaux qui devront aussi déterminer le Tribunal compétent en matière des infractions relatives aux sociétés commerciales et définir la procédure pénale à appliquer à la matière.

D'emblée, on est porté à déduire que c'est la procédure pénale de droit commun qui doit s'appliquer puisqu'il s'agit du droit pénal avant tout mais appliqué aux affaires. L'idée paraît juste si l'on ignore les caractéristiques du droit pénal des sociétés qui ne sont pas du tout les mêmes en droit pénal commun. C'est en fait à cette problématique que nous tentons de répondre avec une modestie scientifique sans une once de flatterie.

V. Le rôle du Ministère public dans la répression des infractions en droit pénal des sociétés

1. De la terminologie : répression ou sanction

Les termes répression et sanction sont souvent utilisés en matière pénale et semblent être compris dans le même sens, mais il y existe une petite nuance par le fait que la répression est utilisée en général tandis que, la sanction doit être précisé par un acte législatif et / ou réglementaire pour une matière et infraction déterminée.

La répression est une action d'arrêter la manifestation, le développement d'un sentiment, d'une parole, d'un geste ; c'est encore empêché par la contrainte le développement d'une action jugée dangereuse¹. Pour nous, la répression est le fait d'arrêter, de punir, de restreinte l'action, l'évolution d'un acte prohibé par un acte législatif ou un acte réglementaire.

La sanction est un acte par le quel le chef de l'exécutif donne à une loi l'approbation qui rend exécutoire ou encore, est une peine ou une récompense q'une loi porte pour assurer son exécution.² Pour Christophe ALIBERGS, la sanction est un comportement consistant en une action ou une abstention réprimée par un texte pénal qui lui donne les éléments constitutifs et les peines qui lui sont attachés.

Sur ce, nous sommes d'avis que la notion de peine n'est pas séparable de la conception de souffrance, ceci permet de faire une différence entre la peine et d'autres mesures coercitives de police qui interviennent. De même la réparation civile résultant d'une condamnation à des dommages et intérêts se distingue d'une peine qui peut être de servitude pénale principale ou soit d'amende transactionnelle.

¹ CUNIN, P., *Droit pénal général*, éd. Hachette, Paris, 2000, p. 8.

² DE QUIRINI, P. & AZKELE ADAU, P., *Petit dictionnaire des infractions*, éd. CEPAS, Kinshasa, (R.D. Congo), 2001, P. 10.

En matière économique, s'agissant de la répression, le législateur congolais prévoit aussi des sanctions administratives (fermeture d'un établissement, d'une société, publication et affichage de l'extrait du jugement etc.) pour essayer de palier à certains principes du droit pénal classique par exemple la responsabilité personnelle en matière répressive.

La répression des infractions en matière des sociétés, doit suivre la spécificité de droit des affaires¹

2. Du caractère spécifique de droit des sociétés

La spécificité des activités économiques, commerciales et des relations d'affaires conduit à la justification de l'émergence et la consécration d'un droit des affaires, d'exception certes, mais autonome et indépendant du droit civil. Cette spécificité s'illustre notamment par une exigence de rapidité et de simplicité, par une exigence de sécurité et l'importance du crédit dans la vie des affaires.

a. Une exigence de rapidité et de simplicité des opérations d'affaires

Comme nous l'avons énoncé dans la partie introductive de notre étude, les opérateurs économiques (d'affaires) demandent une certaine rapidité pour leur exécution. Ainsi, les opérateurs économiques ou hommes d'affaires sont amenés à prendre des décisions rapides lorsque des opportunités se présentent.

C'est ainsi que, le législateur congolais a créé les Tribunaux de commerce suite à la crise économique qui engendre une réticence dans le recours judiciaire qui est chargé, coûteux, lent et incertain. Le Tribunal de commerce répond à l'urgence comme mode de règlement des conflits économiques et commerciaux. C'est pourquoi le contentieux économique exige une connaissance approfondie de la matière économique et commerciale, du fait que c'est un domaine très sensible exigeant une certaine rapidité.

· b. Une exigence de sécurité

Les obligations doivent être exécutées ponctuellement, car un retard de livraison et de paiement produit des effets en cascade, tout au long de la chaîne de production ou de distribution. Ce n'est pas seulement l'intérêt du créancier qui est en jeu, mais la dynamique du secteur économique. D'où l'importance des règles d'exécutions (1(*)).

· Une exigence de confiance mutuelle

Dans le domaine économique et commercial, le crédit est d'importance ; au delà des rivalités et des égoïsmes, une certaine forme de solidarité entre professionnels existe. C'est cette confiance résultant de l'appartenance à un milieu d'affaires, plus ou moins clos, et de la connaissance des usagers qui le gouvernent. En effet, la confiance est un principe capital dans l'exercice des activités à caractère économique et commerciale.

¹ Voir Don José MUANDA NKOLE wa YHAVE, *Droit pénal des affaires, Kinshasa, Cerda ; 2011.*

3. Dérogation au principe de la plainte préalable de l'Administration

En matière de droit pénal économique, l'administration joue un rôle très important dans la procédure pénale. Les opérateurs économiques souvent recourent à l'administration qu'aux tribunaux pour trouver solution à leurs litiges. Le mode utilisé pour le règlement des litiges est celui de la transaction économique qui est le plus usité. Les hommes d'affaires préfèrent ce mode, pour sa rapidité dans le règlement des différends.

En effet, si on fait recours aux Tribunaux, ceux - ci requièrent l'avis de l'administration et ils suivent leur avis ; ce qui nous amène à la déjuridisation du procès, qui est la tendance à recourir plus à l'administration qu'aux tribunaux. Avec le droit économique, l'on se trouve devant une branche du droit pour l'étude de laquelle le juriste classique doit se départir des connaissances des principes généraux du droit classique.

Par contre, en droit pénal des sociétés, le Ministère public déroge à ce principe et garde la plénitude de l'Action publique. La plénitude de l'action publique reconnue au Ministère Public (M.P) n'aurait aucun sens si cette action publique devrait s'exercer uniquement à la suite d'une plainte ou d'une dénonciation. En effet, s'il en était ainsi, faute de plaignant ou de dénonciateur, le maintien de l'ordre public serait gravement compromis.

Pour éviter pareille situation, l'O.P.J. ou l'Officier du Ministère Public (O.M.P) doit avoir un rôle actif dans la recherche des infractions, de même qu'il doit dans ce domaine se montrer aussi que assidu que perspicace.

En matière répressive, le M.P recherche les infractions aux actes législatifs et actes réglementaires qui sont commises sur le territoire de la République Démocratique du Congo (article 7 Code d'organisation et compétence judiciaire). Mais, il est souvent rare que les O.M.P. constatent eux même les infractions. Généralement, ce sont les O.P.J. qui transmettent les procès - verbaux de constat et autres.

Le Ministère public, en droit pénal des sociétés, se comporte autrement que dans les autres cas d'infractions économiques ; c'est-à-dire contrairement à l'Arrêté Ministériel n° 006 / CAB / MIN - ECO / 2006 du 27 février 2006 portant réglementation du contrôle économique stipule en son article 1er que : sont qualifiés pour procéder à toute mission de contrôle économique (recherche et constat des infractions en matière économiques) les Agents et Fonctionnaires sous - statut du Ministère de l'Economie porteurs d'un ordre de mission délivré à cet effet par le Ministre ou son délégué.

Ces agents doivent être revêtus de la qualité d'O.P.J. à compétence restreinte en matière économique (article 2). Le Ministre ayant l'Economie dans ses attributions ou le Gouverneur de Province (par délégation) nomme par voie d'Arrêté les Agents et Fonctionnaires sous - statut du Ministère de l'Economie appelés à prêter le serment d'O.P.J. conformément aux dispositions légales en cette matière (article 3).

Le suivi et l'encadrement des travaux de contrôle économique sont assurés par le Directeur Chef de Service de l'Inspection Economique, Commercial, Industrielle, Inspecteur Général et Chef de Corps qui dresse un rapport synthétique à l'intention des Autorités hiérarchiques au niveau du cabinet, de l'Administration (Secrétaire Général) et du Parquet. (Article 12).

Les O.P.J. à compétence restreinte en matière économique travaillent sous la coordination technique du Directeur - Chef de Service de l'Inspection Economique, Commerciale et Industrielle et sous la supervision administrative du Secrétaire Général à l'Economie ; ils constituent un corps dirigé par le Directeur - Chef de Service de l'Inspection Economique, Commerciale et Industrielle, Inspecteur Général et Chef de Corps (article 13 et 14).

Sur présentation de leur ordre de mission les O.P.J. à compétence restreinte en matière économique peuvent :

- demander communication à toutes entreprises commerciales, industrielles, agricoles, artisanales ou des services des documents relatifs à leur activité qu'elles détiennent ;
- demander toutes justifications des prix et tarifs pratiqués ainsi que la décomposition de ceux - ci en leurs différents éléments constitutifs ;
- procéder à toutes visites d'établissements commerciaux ou des services ;
- exiger copie des documents qu'ils estiment nécessaires pour l'accomplissement de leur mission (article 15).

1. Assistance obligatoire du commissaire aux comptes à la poursuite judiciaire menée par le Ministère public

Contrairement à certaines infractions économiques, le Ministère public en droit pénal des sociétés, n'est pas soumis à la plainte préalable de la société dans laquelle est ou sont poursuivis, un ou des dirigeants sociaux. Mais dans son rôle d'accusateur public, il bénéficie d'un soutien obligatoire du commissaire (ou des commissaires) aux comptes.

Les fonctions et les champs d'intervention des commissaires aux comptes sont fixés par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique) aux articles 694 et suivants.

Le commissaire aux comptes est un professionnel chargé de contrôler la comptabilité de la société, de la certifier et plus généralement, de vérifier que la vie sociale se déroule dans des conditions régulières. Il intervient par conséquent dans la certification des comptes, dans la surveillance de la régularité financière et structurelle de l'entreprise, dans la protection des actifs affectés à l'exploitation au profit des différentes parties prenantes, et dans le contrôle de la légalité des opérations comptables de la société. Ce dernier aspect de ses missions implique notamment l'obligation mise à sa charge de révéler les faits délictueux au Procureur de la République.¹

le rôle du commissaire aux comptes, affirme monsieur Félix Onana Etoundi, docteur d'Etat en droit des affaires, expert de l'institut français d'experts juridiques internationaux de Paris et magistrat à la Cour Commune d'Arbitrage et de Justice (CCJA), *est de certifier que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des*

¹ L'obligation pour le commissaire aux comptes de dénoncer relève de ses missions, à défaut de le faire, il engage sa responsabilité pénale voire civile. Voir l'entretien de monsieur Félix Onana Etoundi avec Junior Binyam , INTERVIEW | 02 Mars 2007 pour le compte de Quotidien les mutations.

opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice.

Et d'ajouter : il me semble que, dans les affaires pendantes devant les juridictions camerounaises auxquelles vous faites tant allusion, il est globalement reproché aux commissaires aux comptes poursuivis la complicité de détournement de deniers publics consistant dans le fait de n'avoir pas dénoncé les malversations présumées dans le cadre de leur obligation de certification des comptes. Maintenant, il appartient aux seules juridictions saisies de dire si oui ou non leur responsabilité pénale est avérée.¹

Ces propos du haut magistrat de la CCJA, confirment le soutien obligatoire du commissaire aux comptes à l'action du Ministère public.

Est-ce l'assistance du commissaire aux comptes est l'unique soutien à la poursuite des infractions en matières de délinquance des sociétés commerciales ? Evidemment, la réponse est non.

Puisque les officiers de la police judiciaire à compétence générale (éléments de la police judiciaire (police des parquets, agents de police judiciaire, officiers de la police judiciaire et inspecteur de la police judiciaire, tous sous l'autorité du Procureur de la République, sont avant tout des auxiliaires de justice devant aidant le Procureur à la recherche et à la constatations des infractions.

Cette règle n'échappe pas à notre avis dans la procédure pénale en matière des sociétés. Si le commissaire aux comptes doit dénoncer les faits délictueux (Acte uniforme), les OPJ doivent de par leur nature, rechercher et constater les infractions à porter à la connaissance du Ministère en vue de la poursuite judiciaire (code congolais de procédure pénale). Seulement, il se pose une question : quid de la formation des OPJ de droit commun en matière des infractions relatives aux sociétés.

2. nécessité de former les OPJ e matière des infractions des sociétés

Il serait question de former une catégorie des OPJ dans le domaine des infractions des sociétés ou recourir aux OPJ de droit commun à ces fins.

Notre avis est plutôt porté sur la formation des OPJ en matière des infractions des sociétés, car, il s'agit d'un domaine très complexe. Il s'agirait des OPJ ayant une formation spécifique en droit pénal des sociétés comme c'est le cas sous d'autres cieux. (Etats-Unis, France, Grande Bretagne, etc.)

3. Le rôle du Ministère public dans la poursuite des dirigeants sociaux sur le plan civil

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique organise en outre de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux, la responsabilité civile de ces derniers dans une mesure plus large. Les dirigeants doivent répondre civilement aux manquements des lois, de la violation des statuts, et de leurs fautes de gestion.

¹ Entretien avec Félix Onana Etoundi, *op. cit.* Affaires : opération Epervier au Cameroun, 21 février 2006.

La mise en œuvre dépend selon qu'il s'agit d'une action intentée individuellement par un associé ou d'une action civile intentée collectivement par la civile société. L'action civile contre les dirigeants sociaux reste soumise aux normes de droit civil commun. Il s'agirait donc tout simplement les conditions de la faute, de la causalité et du dommage. En droit congolais on se basera sur les prescrit de l'article 258 du code civil Livre III. Il s'agit d'une responsabilité délictuelle. Le législateur¹ de l'OHADA a estimé que le délai de prescription en matière d'action civile est de trois peu importe qu'elle résulte d'un infraction ou d'un délit,² exception au délai plus long accordée par le code civil congolais. Sauf pour

Conclusion

Il n'est certes pas aisé de critiquer l'œuvre du législateur qui à priori dispose du pouvoir de définir les délits et les peines selon la politique criminelle qu'il juge convenable. Notre

¹ Voir LUZOLO BAMBI LESSA, *Cours de des obligations*, Faculté de Droit, UPC.

² Pour des crimes le délai est porté à 10. encore faut il préciser qu'en droit congolais il n'est pas fait de distinction entre contravention, délit et crime, d'autant plus les tribunaux de commerce sont compétence des toutes les infractions en matière commerciale quelque soit le taux de la peine.

réflexion n'est qu'un apport modeste pour alimenter la doctrine rare en droit congolais qui ignore du moins jusqu'à son adhésion effective au Traité OHADA. Nous avons émis des avis sur le rôle que doit jouer le Ministère public congolais dans cette branche du droit tout à fait nouvelle dans le droit positif congolais.

S'il nous résumerons nos propos, nous dirons que le ministère public congolais à la différence de la plus part d'infractions économiques où son action est subordonnée à la plainte préalable, en droit des sociétés commerciales, son pouvoir souffre aucune limitation ni de subordination. Et le commissaire aux comptes doit jouer un rôle qui ressemble à s'y méprendre de l'OPJ qui doit dénoncer les infractions commises au sein de la société. Cette disposition du législateur OHADA permet de déceler à temps toute infraction ou actes délictueux susceptible de troubler la paix économique au sein des sociétés. Le législateur congolais quand il se penchera à la question devra y réserver une importante place au ministère public et lui doter des moyens nécessaires et indispensables pour son efficacité. Dans l'espoir que la RD Congo adhère le plus vite possible au Traité OHADA, puisse le lecteur trouver ici notre encouragement à enrichir la question ainsi toute critique nous sera la bienvenue.

Table des matières

Introduction	1
1.De l'esprit de la législation à venir	1
2.Uniformisation.....	1
3.Imitation ou inspiration ?	2
4.La loi : conscience publique	2
I. Le caractère de Tribunaux de commerce congolais.....	3
1.L'échevinage des tribunaux de commerce en RDC.....	3
2.a. Le parere.....	3
II. De la compétence des Tribunaux de commerce en matière pénale.....	4
1.Compétence juridictionnelle.....	6

<u>2. La compétence législative.....</u>	<u>7</u>
<u>a. Quid de l'exception d'incompétence soulevée par la partie non</u> <u>commerçante ?.....</u>	<u>7</u>
<u>i. Cas des actes de commerce mixtes.....</u>	<u>7</u>
<u>III. Des infractions en matière de sociétés commerciales.....</u>	<u>8</u>
<u>IV. Le rôle du Ministère public dans la répression de la délinquance en matière</u> <u>des sociétés commerciales.....</u>	<u>8</u>
<u>V. Le rôle du Ministère public dans la répression des infractions en droit pénal des</u> <u>sociétés.....</u>	<u>10</u>
<u>1.De la terminologie : répression ou sanction.....</u>	<u>10</u>
<u>2.Du caractère spécifique de droit des sociétés.....</u>	<u>11</u>
<u>3.Dérogação au principe de la plainte préalable de l'Administration.....</u>	<u>12</u>
<u>1.Assistance obligatoire du commissaire aux comptes à la poursuite judiciaire</u> <u>menée par le Ministère public.....</u>	<u>13</u>
<u>2.nécessité de former les OPJ e matière des infractions des sociétés.....</u>	<u>14</u>
<u>3.Le rôle du Ministère public dans la poursuite des dirigeants sociaux sur le</u> <u>plan civil.....</u>	<u>14</u>
<u>Conclusion.....</u>	<u>15</u>
<u>Table des matières.....</u>	<u>16</u>