

DE LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES REPRESSIVES A L'INSTANCE PENALE : ANALYSE DE QUELQUES PARTICULARITES PROCEDURALES DU DROIT PENAL DES AFFAIRES

■ **Jean MASIALA MUANDA VIY.**
Professeur associé

INTRODUCTION

Lorsqu'une infraction au dispositif pénal a été commise, son auteur doit être identifié, jugé et sanctionné conformément à la loi. L'un des objectifs de la procédure pénale est justement de déterminer les règles et les formes à respecter pour la recherche, la constatation et la poursuite des infractions, l'établissement des preuves, des décisions judiciaires et leur exécution. La principale action qui naît de l'infraction est l'action pénale, à laquelle peut venir se greffer une action civile.

Si l'action civile exprime le droit dont dispose celui qui a été lésé par une infraction d'obtenir réparation du préjudice subi et constitue ainsi une action protectrice d'intérêts privés, l'action publique vise, quant à elle, la répression des atteintes à l'ordre public par l'application, aux auteurs desdites atteintes, des sanctions ou autres mesures prévues par la loi pénale. Son principal objet est donc la protection de l'intérêt général.

Bien que la saisine du juge en constitue le temps fort ou le moment culminant, l'exercice de l'action publique commence déjà avec la « mise en état » des affaires répressives lors de la phase préjuridictionnelle¹.

Dans le cadre du présent texte, nous tentons de procéder à une mise en perspective de la procédure pénale applicable en droit pénal des affaires et la procédure pénale de droit commun pour dégager les spécificités de celle-là par rapport à celle-ci. Car il paraît évident que, eu égard à la délicatesse que comporte l'application des sanctions pénales aux affaires², les règles de

¹ LUZOLO BAMBI LESSA, Emmanuel J., *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, Presses universitaires du Congo, 2011, pp. 161-162. L'expression « mise en état » employée ici en matière pénale a été empruntée, par le Professeur Luzolo Bambi Lessa, à la procédure civile où elle désigne la phase d'instruction de l'affaire par les parties opposées avant toute plaidoirie devant le juge. Il explique que si l'expression est employée en procédure pénale, c'est pour désigner le niveau de responsabilité du ministère public dans la conduite d'une affaire répressive. Il appartient en effet au ministère public de mettre une affaire en état de recevoir jugement du tribunal, en y élaguant tout déchet qui retarderait la procédure ou qui en affecterait l'évolution (p. 161, note 241).

² L'application des sanctions aux affaires est, il faut le souligner, d'une grande délicatesse. Une application intempestive de sanctions pourrait, en effet, perturber indûment le climat des affaires et se révéler dangereuse pour la survie de l'entreprise et pour le développement économique et social.

procédure appliquées en droit pénal des affaires comportent quelques spécificités que l'on peut déceler aux niveaux de la constatation de l'infraction (I), de la compétence juridictionnelle (II) et de l'instance pénale (III).

I. LA CONSTATATION DE L'INFRACTION

Avant que l'action publique ne soit effectivement mise en mouvement devant le juge, un travail de fond est fait en amont pour rassembler les éléments de preuve qui permettront de soutenir l'accusation et d'obtenir la condamnation du coupable. C'est cette phase préalable, qu'est la constatation de l'infraction, qui pourrait déboucher, le cas échéant, sur la saisine du tribunal répressif.

En principe, la constatation des infractions relève des magistrats du parquet et des officiers de police judiciaire. On remarquera cependant que les infractions qui se commettent dans la vie des affaires sont souvent très difficiles à appréhender et à prouver, et ne peuvent l'être, dans la plupart des cas, qu'avec des lunettes spéciales que ne possèdent que certaines catégories de personnes. Ceci peut être illustré par le cas de la fraude fiscale qui n'est pas aisée à détecter pour plusieurs raisons liées notamment à la difficulté de saisir avec précision les contours de la notion même de fraude fiscale et les nombreuses facettes qu'elle peut revêtir, au caractère dissimulé de cette infraction qui requiert un regard d'initié, à la complexité des montages financiers et à la tournure internationale pouvant marquer les agissements frauduleux dans la mesure où la fraude se développe parfois sur les territoires de plusieurs Etats³.

Etant donné cette complexité qui caractérise les infractions en droit pénal des affaires, leur constatation est parfois confiée à des agents spéciaux, dotés de la compétence et de la technicité nécessaires pour les détecter et comprendre les montages financiers auxquels recourent leurs auteurs. Pour accroître leur spécialisation et leur efficacité, ces agents n'ont de pouvoir que dans leur domaine d'intervention, dans un secteur d'activités économiques qu'ils sont appelés à réguler, et sont revêtus de la qualité d'officiers de police judiciaire à compétence restreinte. Ils disposent généralement, dans le cadre de leurs prérogatives, du droit de visite (A), du droit de saisie (B) et du droit de communication (C). Ils ont même parfois le pouvoir de prononcer des sanctions (D), ou encore le devoir de dénoncer les délits dont ils ont connaissance (E).

³ CABON, Sarah-Marie, « Le particularisme du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du "verrou de Bercy" », in *Droit fiscal*, n° 46, 23 novembre 2014, p. 1.

A. Le droit de visite

Le droit de visite est l'un des outils les plus puissants dont disposent certaines administrations pour repérer et combattre les crimes en matière économique et financière en cas de présomption d'agissements infractionnels. Il s'agit d'une procédure d'investigation instituant un mode particulier et exorbitant du droit commun de recherche de preuves qui permet à l'agent compétent d'effectuer des visites en tous lieux, même privés, où les éléments de preuve sont susceptibles d'être trouvés.

Ainsi, par exemple, il résulte de la combinaison des articles 25 et 26 du décret-loi du 20 mars 1961 sur les prix que les agents des affaires économiques commissionnés par le ministre ayant l'économie nationale dans ses attributions ou, sur sa délégation, par les autorités administratives territoriales, sont spécialement chargés de rechercher et de constater les infractions au décret-loi précité et à ses mesures d'exécution, et que, dans l'exercice de leur mission, ils peuvent « pénétrer, entre 9 heures et 21 heures, dans les dépôts, entrepôts privés, fabriques, usines, magasins, débits et, en général, en tous lieux où des produits sont détenus à des fins industrielles, commerciales ou spéculatives, exposés ou mis en vente ; si les lieux sont ouverts au public, ils peuvent y pénétrer même en dehors des heures fixées ci-dessus ».

B. Le droit de saisie

Les agents compétents ont le pouvoir de saisir tout ce qui a un lien avec une infraction commise. Il peut s'agir de tout bien ayant servi à la perpétration de l'infraction ou du produit de cette infraction. De même, la visite domiciliaire peut déboucher sur la saisie de tout ce qui peut être utile à la manifestation d'un comportement infractionnel.

Pour preuve, l'article 129 de la loi n° 011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier prévoit que les inspecteurs forestiers, fonctionnaires, agents assermentés et officiers de police judiciaire peuvent procéder à la saisie et à la mise sous séquestre des instruments, véhicules et objets ayant servi à commettre une infraction forestière ou qui en sont le produit.

L'article 356 de l'ordonnance-loi n° 10/002 du 20 août 2010 portant code des douanes donne compétence aux agents des douanes revêtus au moins du grade d'attaché de bureau de première classe, de constater les infractions à la législation douanière. Il enjoint, par ailleurs, aux officiers de police judiciaire à compétence générale qui constatent des infractions douanières, de les signaler immédiatement à la douane. Et l'article 358 confère aux agents habilités à constater les infractions douanières, le droit de saisir tous objets passibles de confiscation, de retenir tous documents relatifs aux objets saisis et de procéder à la retenue préventive des moyens de transport et des marchandises litigieuses

non passibles de confiscation pour garantir le paiement des droits et taxes dus ainsi que des amendes encourues.

C. Le droit de communication

Le droit de communication est le droit reconnu à certaines administrations d'obtenir des renseignements et documents détenus par des tiers et susceptibles de fournir un éclairage sur la situation d'une personne soupçonnée de comportement criminel. Généralement, l'obligation de secret professionnel, qui lie les titulaires de certaines professions, est inopérante face à une administration faisant usage du droit de communication lui reconnu par la loi. La communication doit se faire sans délai, et tout retard dans la transmission des pièces, documents ou renseignements demandés peut donner lieu à des astreintes. Cette procédure peut également être utilisée entre administrations ou encore dans le cadre d'une coopération judiciaire internationale prescrite par une convention internationale.

On peut citer, comme exemple, l'article 46 de la loi n° 004/2003 du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales, aux termes duquel les agents de l'Administration des impôts ont le droit général d'obtenir, des personnes physiques ou morales, publiques ou privées communication de toutes pièces ou documents nécessaires à l'établissement des impôts et autres droits dus par les redevables.

Selon l'article 12 de l'ordonnance-loi n° 67-272 du 23 juin 1967 relative aux pouvoirs réglementaires de la Banque nationale du Congo en matière de réglementation du change, « les fonctionnaires de la Banque nationale et des services de la douane sont chargés de constater les infractions à la réglementation du change. Ils sont revêtus de la qualité d'officiers de la police judiciaire et leur compétence s'étend sur tout le territoire de la République démocratique du Congo [...]. Les fonctionnaires de la Banque nationale qui ont ouvert une enquête peuvent exiger la communication de tous renseignements verbaux et écrits relatifs aux préventions qui donnent lieu aux recherches qu'ils effectuent. Ils peuvent exiger, notamment, sans déplacement, la production de toutes écritures et documents comptables susceptibles de permettre la vérification de ces préventions ».

D. Le pouvoir de sanctionner

Il arrive parfois qu'en plus de leur compétence en matière d'enquête, les agents chargés spécialement de la constatation des infractions en matière économique et financière se voient aussi attribuer une compétence répressive qui leur permet de prononcer des sanctions et qui leur donne ainsi un pouvoir quasi-judiciaire.

On peut trouver une illustration de ce pouvoir dans l'arrêté départemental DENI/CAB/06/013/87 du 26 mai 1987 portant création et fonctionnement de la Commission de la concurrence. Son article 2 indique que « la Commission de la concurrence est composée des agents et des fonctionnaires du département désignés et, le cas échéant, relevés de leurs fonctions par le commissaire d'État à l'Économie nationale et à l'Industrie » ; tandis que son article 4 définit la compétence de ladite commission en ces termes : « la Commission de la concurrence a pour mission de veiller au respect par les opérateurs économiques des règles de la libre concurrence. D'une manière particulière, la Commission de la concurrence est chargée de rechercher, d'examiner et, le cas échéant, de sanctionner les restrictions à la concurrence [...] ».

E. L'obligation de dénonciation

Certains agents peuvent avoir l'obligation d'informer immédiatement l'autorité judiciaire de tout délit dont ils auront eu connaissance dans le cadre de leur mission de contrôle et de vérification. Le fait pour eux de ne pas dénoncer tout fait susceptible de constituer une infraction dans le chef des personnes sur lesquelles ils exercent leur pouvoir de contrôle et dont ils ont connaissance, les expose à des sanctions pénales et/ou disciplinaires.

Une belle illustration est fournie par le cas des commissaires aux comptes, experts chargés de contrôler la comptabilité de la société et de vérifier que celle-ci fonctionne conformément à la loi, et que les dirigeants sociaux ne se livrent pas à des actes d'aliénation du patrimoine social. L'article 716 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose que le commissaire aux comptes signale, à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et les inexactitudes relevées par lui au cours de l'accomplissement de sa mission. En outre, il révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation. Et selon l'article 899 du même Acte, « encourt une sanction pénale, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'a pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance ».

II. LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

Les activités d'affaires sont caractérisées par un esprit particulier, des habitudes, des exigences propres qui justifient la soumission de tous ceux qui les exercent à un statut particulier. Le droit commercial a justement été conçu pour répondre à cet impératif. Il se présente comme un droit d'exception s'appliquant aux opérations commerciales et adapté aux nécessités créées par le commerce lui-même⁴.

C'est ce particularisme qui a justifié, dans certains pays, la création des tribunaux de commerce, juridictions spécialisées devant connaître de toutes les affaires commerciales. En effet, « la difficulté que peut présenter, pour un magistrat éloigné de la vie des affaires, l'interprétation des conventions commerciales ou l'analyse d'institutions de la pratique commerciale explique que, tout au moins en première instance, le règlement des litiges commerciaux soit confié à des juges commerçants »⁵.

En fait, bien qu'elles ne manquent pas de susciter régulièrement des controverses, les juridictions spécialement instituées en vue de juger les litiges nés dans le cadre des activités d'affaires existent depuis fort longtemps. Jean Bernard Blaise rapporte qu'en France, les tribunaux de commerce ont été créés officiellement à Paris par un édit royal de 1563, mais que leur existence était plus ancienne dans certaines villes (notamment Lyon en 1419 et Toulouse en 1549)⁶.

La législation congolaise a, pendant longtemps, ignoré ce genre de juridictions spéciales en raison de son attachement au principe de l'unité de juridiction. En vertu de ce principe, les litiges d'ordre commercial étaient portés devant les tribunaux civils.

Mais, depuis la promulgation de la loi portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce⁷, la République démocratique du Congo dispose de juridictions commerciales, même si celles-ci ne sont pas encore opérationnelles sur l'ensemble du territoire national. Ces juridictions, qui se particularisent notamment par leur composition (A) et leur compétence (B), comportent un intérêt certain pour la vie économique et sociale du pays (C).

⁴ CASTELAIN, L., *Éléments de droit commercial*, Bruxelles, A. De Boeck, 1964, p. 5.

⁵ DUPOUY, C., *Précis de droit commercial*, t. 1, Paris, 1976, pp. 18-19.

⁶ BLAISE, Jean-Bernard, *Droit des affaires*, 5^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2009, p. 157.

⁷ Loi n° 002/2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce, in *J.O.R.D.C.*, n° 14, 15 juillet 2001, p. 4.

A. La composition du tribunal de commerce

Le tribunal de commerce comprend un président, des juges permanents et des juges consulaires.

Le président du tribunal est un magistrat de carrière appartenant au corps judiciaire désigné et, le cas échéant, relevé de ses fonctions par le ministre de la justice. Les juges permanents sont aussi des magistrats de carrière, tandis que les juges consulaires sont élus, pour une durée de deux ans pour le premier mandat et quatre ans pour les mandats suivants, par un collège électoral, à la majorité relative des voix. Un arrêté du ministre de la justice entérine cette élection.

Il sied de noter que la présence, dans la composition du siège, de juges consulaires (juges élus par les commerçants parmi leurs pairs) avait constitué une innovation dans l'ordre judiciaire congolais ; car c'était la première fois que des organes professionnels venaient interférer dans l'administration de la justice pour la défense des intérêts de leur corporation.

Le principe de l'élection des juges consulaires est très important pour les juridictions commerciales où l'on a besoin de juges, non seulement rôlés dans les usages du commerce, mais aussi investis de la confiance des justiciables dont la préoccupation principale est la recherche d'une solution acceptée par tous.

Mais contrairement à ce qui se passe dans certains pays, en France par exemple, où les juridictions commerciales sont composées exclusivement de juges élus, le législateur congolais a opté pour le système d'échevinage ou de mixité, déjà en vigueur notamment en Belgique, en Allemagne, en Norvège, Ce système consiste à associer des magistrats professionnels et des juges élus dans une même juridiction afin d'assurer la qualité des jugements rendus, puisque se trouveront réunies la connaissance des règles de fond et de procédure par les magistrats de carrière, et la perception, pour chaque affaire, de sa dimension économique grâce à la présence de personnes pétries d'expérience commerciale (juges consulaires). De cette manière, la rectitude juridique est assurée par la présence des magistrats de carrière, et la technicité par la présence des assesseurs commerçants⁸.

B. La compétence des tribunaux de commerce

Les règles de compétence régissent la répartition des matières litigieuses entre les différentes juridictions. Pour savoir si, à l'égard d'un procès déterminé, tel tribunal est compétent, c'est-à-dire a reçu de la loi l'aptitude à instruire et à juger ce procès, on se place généralement à deux points de vue⁹ :

⁸ PERROT, Roger, *Institutions judiciaires*, 2^e éd., Paris, Ed. Montchrestien, 1986, p. 136.

⁹ VINCENT, Jean et GUINCHARD, Serge, *Procédure civile*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 247.

- au point de vue de la compétence d'attribution. Celle-ci se rapporte à la nature des affaires et traduit notamment la volonté du législateur de réserver la connaissance de certaines catégories d'affaires à des juridictions spécialisées. Les règles de compétence d'attribution indiquent la nature et le degré de la juridiction à saisir ;

- au point de vue de la compétence territoriale, en vertu de laquelle les affaires de même nature sont réparties entre tribunaux de même attribution, soit en raison du domicile des parties, soit pour toute autre raison.

Seule nous intéresse ici la compétence d'attribution des tribunaux de commerce, et principalement en matière de droit pénal. A ce sujet, il ressort de la loi que ces tribunaux sont compétents pour connaître des infractions à la législation économique et commerciale, quel que soit le taux de la peine ou la hauteur de la demande¹⁰.

C. Intérêt des tribunaux de commerce pour la République Démocratique du Congo

La question qui se pose ici est celle de savoir s'il était opportun de créer des tribunaux de commerce en République Démocratique du Congo. Ne fallait-il pas continuer à confier le jugement des affaires commerciales aux tribunaux de grande instance ?

A la suite de J. Van Damme, A. Marquet et beaucoup d'autres, le Professeur Lukombe Nghenda s'était déjà posé la même question¹¹.

Ce que nous aimerions d'abord noter, c'est que plusieurs vertus sont généralement attribuées aux tribunaux de commerce et ont justifié la création de ces derniers sous d'autres cieux. On soutient, entre autres :

a) que les tribunaux de commerce sont préférables quand il est question de traiter des matières commerciales, étant donné qu'ils disposent d'une procédure plus simple, moins formaliste, plus rapide, et donc plus adaptée aux exigences particulières du monde des affaires où la célérité dans le traitement de toutes les questions est une règle d'or ;

b) qu'ils sont les plus à même de rendre des jugements satisfaisants en matière commerciale, eu égard à la présence en leur sein de juges consulaires possédant une expérience commerciale avérée, des connaissances techniques que ne possèdent pas les magistrats de carrière, et la maîtrise des coutumes et usages propres au commerce. Ainsi, la justice commerciale présente des qualités de technicité parce qu'elle associe des juges commerçants, rompus à la

¹⁰ Art. 17 de la loi n° 002/2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce.

¹¹ LUKOMBE NGHENDA, *Droit Congolais des sociétés*, t. 1, Kinshasa, P.U.C., 1999, pp. 19-20.

vie des affaires, et qui connaissent mieux les usages du commerce que les magistrats de carrière¹².

Il est vrai que le juge commerçant ne peut maîtriser toutes les industries ou activités commerciales qui sont très variées, et qui continuent d'ailleurs à se diversifier. Mais le commerce a un esprit et des coutumes que tout commerçant sérieux maîtrise, quelle que soit l'activité exercée, et qui peuvent le guider pour trancher de manière juste les litiges qui lui sont soumis.

Le fait aussi que la compétence de ces tribunaux soit limitée à une catégorie précise de matières leur accorde plus de crédibilité et constitue un atout supplémentaire pour la protection des affaires commerciales, dans la mesure où même les magistrats de carrière qui y œuvrent se spécialisent dans un domaine précis au lieu d'être de simples « généralistes » comme c'est le cas dans d'autres juridictions.

c) qu'au lieu de faire une application plate des principes du droit civil, lesquels s'accommodent parfois mal avec les exigences de la vie pratique, les juges commerçants privilégient des solutions négociées entre litigants, conformément à la mentalité et aux habitudes propres aux commerçants. En effet, la justice commerciale est essentiellement conciliatrice, car l'esprit et le sens pratique des juges commerçants les incitent souvent à conseiller aux parties une conciliation ou une transaction, et même parfois à la susciter¹³.

Toutes ces raisons ont certainement milité aussi pour la création des tribunaux de commerce en République Démocratique du Congo. Mais, au-delà de ces avantages, les tribunaux de commerce en République Démocratique du Congo sont également et fondamentalement une réponse à la demande insistante des opérateurs économiques qui n'étaient pas satisfaits de la manière dont les litiges commerciaux étaient tranchés devant les juridictions ordinaires. Aux fléaux communs que sont la lenteur et le formalisme excessifs qui caractérisent généralement ces juridictions dans le déroulement des procès, s'ajoute la partialité trop criante des juges au détriment des investisseurs et des sociétés commerciales. Comme avait pu le constater Kabeya Tshikuku, le pourcentage de procès perdus par les entreprises était impressionnant avant la création des tribunaux de commerce ; les frais de justice ainsi que les dommages-intérêts mis à leur charge étaient, dans les meilleurs des cas, les maxima prévus par la loi et, dans les pires des cas, un multiple de l'avoir social.

De même, toutes les fois que deux entreprises recouraient aux tribunaux pour les départager, la possibilité était grande qu'une sentence inique soit prononcée contre celle qui présentait les assurances d'une surface financière plus large¹⁴.

¹² PERROT, Roger, *op. cit.*, p. 134.

¹³ *Idem.*

¹⁴ KABEYA TSHIKUKU, *Jugements iniques contre l'entreprise*. Intervention au séminaire sur la sécurité juridique, judiciaire et la protection des investissements, tenu à Kinshasa du 1^{er} au 2 juin 2000.

Ces maux qui caractérisent le système judiciaire congolais mettaient en péril les équilibres financiers des entreprises, diminuaient leur rentabilité, décourageaient les nouveaux investisseurs et annihilait le caractère incitatif du code des investissements¹⁵. La Fédération des Entreprises du Congo (FEC), saisie à ce sujet par plusieurs opérateurs économiques, avait estimé qu'il était temps qu'une justice spécialisée soit instituée pour juger les affaires commerciales et avait alors mené une action serrée auprès des pouvoirs publics pour obtenir l'organisation de cette justice.

Ainsi, contrairement à ce que d'aucuns ont pu soutenir, ce sont les réalités juridiques congolaises elles-mêmes qui ont nécessité la création des tribunaux de commerce au Congo. Elle a été jugée importante pour tenter de mettre fin à la fuite des capitaux et au pourrissement progressif de la situation économique et sociale. L'assainissement du climat des affaires et le rétablissement de la confiance des opérateurs économiques passe par un sentiment de sécurité judiciaire que l'existence des tribunaux de commerce peut contribuer à créer.

Certains ont fait remarquer que les tribunaux de commerce n'offrent pas toujours de garanties suffisantes d'objectivité, car les justiciables de ces juridictions sont jugés par des commerçants de la même profession qu'eux, et qui donc peuvent être soit des amis, soit des concurrents. La part de l'émotivité peut, dans ce cas, être importante et influencer le jugement rendu.

A cette objection, nous répondons que les systèmes de collégialité et d'échevinage sont justement des espèces de garde-fous contre de telles dérives émotionnelles. En outre, le justiciable non satisfait de l'issue d'un procès auquel il est partie devant le tribunal de commerce a toujours la possibilité d'interjeter appel contre ce jugement devant la Cour d'Appel, où le litige ne sera plus examiné par des juges commerçants. De même, il dispose de la récusation comme autre voie pour manifester son mécontentement et faire changer la composition du siège.

III. L'INSTANCE PENALE

Il s'agit ici de tout ce qui tourne autour de l'action publique, définie, on l'a vu, comme l'action d'intérêt général née d'un fait qualifié d'infraction et qui a pour objet la poursuite, devant les autorités compétentes, spécialement les cours et tribunaux, dans les formes prescrites par la loi, de la personne prévenue ou accusée de ladite infraction, aux fins d'examiner la culpabilité de cette personne et de lui appliquer, si elle est coupable, les sanctions ou mesures

¹⁵ KALONGO MBIKAYI, *La problématique des jugements iniques*. Intervention au séminaire sur la sécurité juridique, judiciaire et la protection des investissements, tenu à Kinshasa du 1^{er} au 2 juin 2000.

prévues par les lois pénales¹⁶. Destiné à rétablir l'ordre public qui a été troublé et non à réparer un préjudice personnel subi par un individu, cette action est normalement engagée au nom de la société qui seule a le droit de punir.

En dépit du fait que le droit pénal des affaires obéit, de manière générale, aux règles communes de procédure pénale du point de vue de l'instance pénale, il existe néanmoins en la matière quelques spécificités dans la mise en mouvement de l'action publique (A), son exercice (B) et son extinction (C).

A. La mise en mouvement de l'action publique

L'examen des spécificités liées au déclenchement de l'action publique (2°) nécessite d'ouvrir d'abord une parenthèse pour relever préalablement celles relatives aux sujets de l'action publique (1°).

1° Les sujets de l'action publique

L'action publique fait intervenir principalement deux sujets : le sujet actif (a) et le sujet passif (b).

a) Le sujet actif

Le sujet actif est celui qui est habilité à engager les poursuites judiciaires ou à mettre en mouvement l'action publique. Il s'agit essentiellement du ministère public, même si la loi reconnaît également à la victime de l'infraction le droit de mettre en mouvement cette action par la voie de la citation directe. L'article 54 du code de procédure pénale dispose, en effet, que la juridiction de jugement est saisie par la citation donnée au prévenu, et éventuellement à la personne civilement responsable, à la requête de l'officier du ministère public ou de la partie lésée. Toutefois, lorsqu'il y a lieu de poursuivre une personne jouissant d'un privilège de juridiction, cette citation ne sera donnée qu'à la requête d'un officier du ministère public.

Le ministère public est en fait le dépositaire de la plénitude de l'exercice de l'action publique qu'il exerce au nom de la société¹⁷. La spécificité à ce niveau est qu'en droit pénal des affaires, ce pouvoir du ministère public est confié dans certains cas à d'autres agents relevant d'organismes dont les normes ont été violées par l'infraction perpétrée. Il s'agit alors d'une compétence d'exception, dérogoratoire au droit commun, qui doit découler d'une disposition spéciale de la loi et qui ne vaut que pour des infractions déterminées. L'agent investi de cette compétence se substitue au ministère public pour déclencher l'action publique au nom de la société. Il ne faut cependant pas confondre cette situation avec l'hypothèse où le ministère

¹⁶ FRANCHIMONT, Michel, JACOBS, Ann, et MASSET, Adrien, *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 42.

¹⁷ KUTY, F., « Le devoir du ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de son honneur et l'assise de sa légitimité », *Obs. sous cass.*, 13 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1456-1470.

public, tout en gardant son pouvoir de déclencher l'action publique, voit ce pouvoir être subordonné à une autorisation, un avis ou une plainte préalable d'un organisme déterminé.

Prenons comme exemple l'article 103 de la loi portant réforme des procédures fiscales selon lequel les poursuites contre les auteurs d'infractions fiscales qui procèdent manifestement d'une infraction frauduleuse et qui sont énumérées à l'article 102¹⁸, sont exercées par le procureur de la République à la requête de l'agent de l'administration des impôts revêtu de la qualité d'officier de police judiciaire à compétence restreinte, du Directeur général ou du Directeur compétent, selon le cas. On voit par cette formulation qu'une fois que l'action publique a été mise en mouvement, elle va être exercée par le procureur de la République. Le ministère public n'est donc pas écarté du procès répressif.

b) Le sujet passif

Le sujet passif est celui contre qui l'action publique est dirigée, c'est-à-dire toute personne qui est auteur, coauteur ou complice supposé d'une infraction.

Le droit pénal des affaires comprend aussi à ce propos des particularités. En effet, dans un souci de moralisation de la vie économique, le droit pénal des affaires fait peser une responsabilité particulière sur les dirigeants d'entreprises¹⁹ qui peuvent répondre pénalement même des actes matériellement posés par d'autres, leurs préposés (b1). Certaines législations admettent également la responsabilité pénale des personnes morales (b2).

b1) La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise, du fait d'autrui

En droit pénal commun, on le sait, le principe selon lequel la responsabilité pénale est individuelle est sacro-saint : nul n'est responsable que de son propre fait. Ce principe exclut la possibilité de poursuites judiciaires contre une personne pour fait d'autrui. Une personne étrangère à l'infraction commise ne peut être que civilement responsable du préjudice causé par le fait infractionnel du tiers dont il répond. Mais en droit pénal des affaires, le dirigeant d'entreprise peut répondre pénalement des actes de ses préposés et devenir ainsi le sujet passif d'une action publique qui a son origine dans un fait d'autrui. En droit français par exemple, l'article 25 de la loi du 15 juillet 1975 sur l'élimination des déchets impute les infractions en matière d'élimination de déchets « à tous ceux qui, chargés à titre quelconque de la direction, de la gestion ou de l'administration de toute entreprise ou établissement ont laissé

¹⁸ Il s'agit des infractions suivantes : omission volontaire de déclaration, dissimulation volontaire des sommes sujettes à l'impôt, passation délibérée des écritures fictives ou inexactes dans les livres comptables, incitation du public à refuser ou retarder le paiement de l'impôt, émission de fausses factures, opposition à l'action de l'administration des impôts, agression ou outrage envers un agent de l'administration des impôts.

¹⁹ BLAISE, Jean-Bernard, *op. cit.*, pp. 224-225.

méconnaître par toute personne relevant de leur contrôle les dispositions » légales.

Le fondement de cette responsabilité réside principalement dans l'idée d'une faute personnelle du dirigeant qui n'a pas veillé personnellement au respect de la réglementation violée au sein de l'entreprise. Il appartient, en effet, au dirigeant d'entreprise d'exercer un contrôle permanent et rigoureux sur le respect, par ses subordonnés, de la réglementation relative à l'activité exploitée par l'entreprise. Il réside également dans le constat de la mauvaise organisation de l'entreprise qu'il dirige²⁰, ou encore dans une imprudence ou une négligence de sa part.

Mais cette responsabilité n'est pas automatique ; sa mise en œuvre est subordonnée à deux conditions majeures. Tout d'abord, le préposé doit avoir commis une faute qui soit une infraction pénale²¹. Il faut ensuite que le dirigeant concerné ait lui-même commis une faute qui devra être soit une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

En outre, le dirigeant d'entreprise peut s'exonérer de la responsabilité pénale soit par la preuve de l'absence de faute personnelle, soit par le recours au mécanisme de la délégation de pouvoirs. Ce mécanisme lui permet de s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. La responsabilité pénale sera, dans ce cas, reportée sur le préposé délégataire.

b2) La responsabilité pénale des personnes morales

Bien qu'elle continue dans une certaine mesure à être « un lieu de dissension »²² quant à son opportunité, la responsabilité pénale des personnes morales est désormais admise par un bon nombre de pays, notamment la quasi-totalité des pays européens²³. Par conséquent, les personnes morales

²⁰ Crim., 26 juin 2001, in RIAS, Nicolas, *La responsabilité pénale du fait personnel*, Fiche pédagogique virtuelle, Faculté de droit virtuelle, Université Lyon 3, Fiche à jour au 15 novembre 2011, p. 11. « [...] Attendu qu'après avoir caractérisé les éléments matériels des infractions, les juges d'appel énoncent, pour les imputer au prévenu, qu'en sa qualité de directeur du magasin, il a commis une faute personnelle en ne s'assurant pas de la présence d'un responsable habilité à suppléer les titulaires dans l'exécution de leurs obligations de contrôle ni des mesures prises pour éviter d'offrir à la vente des produits non conformes ; Attendu qu'en l'état de ces motifs procédant de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel a justifié sa décision ».

²¹ PRADEL, Jean, *La pénalisation du droit des affaires*, Fondation pour le droit continental, Colloque Le Caire, octobre 2009, p. 4.

²² SANDY, Basile, « La responsabilité pénale de la personne morale », in *Travail Sécurité*, Juillet-août 2009, p. 46.

²³ L'Europe affiche, en effet, presque unanimement une volonté de tenir les personnes morales responsables pénalement de leurs actes, à l'exception de l'Allemagne et de l'Italie qui privilégient les poursuites et les sanctions administratives et financières (Voir MARQUETTY, Hippolyte, « Réflexions autour de la responsabilité pénale des personnes

peuvent, comme les personnes physiques, être des sujets passifs et répondre pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Le droit pénal des affaires est un domaine de prédilection d'une telle responsabilité, avec les sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique.

Pour qu'une infraction soit retenue à l'encontre d'une personne morale, elle doit avoir été commise non seulement par une personne disposant des qualités alternatives d'organe ou de représentant de la personne morale, mais aussi pour le compte de celle-ci. Cependant, la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des faits. En d'autres termes, l'imputation de l'infraction à la personne morale n'a pas pour effet de décharger automatiquement les personnes physiques auteurs des faits répréhensibles ; le cumul de responsabilités est donc possible²⁴. En effet, la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales ne doit pas induire une déresponsabilisation totale des personnes physiques et constituer ainsi une échappatoire systématique pour les organes ou les représentants de la personne morale quelle que soit la gravité de leurs actes et les impératifs de la prévention²⁵.

Nous ferons observer que le droit congolais ne dispose pas d'un texte général qui prévoit la responsabilité pénale des personnes morales. Ainsi, en République démocratique du Congo, c'est la personne physique par laquelle la personne morale a agi qui répond pénalement de l'infraction commise. « Le juge recherche celui qui, concrètement, réellement, a agi sous le couvert de la personne morale »²⁶. Et comme le souligne, pour le déplorer, Nyabirungu mwene Songa, le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales est tellement ancré dans les esprits et la pratique qu'il n'existe, dans la doctrine congolaise, pratiquement aucun débat sur l'éventualité de la responsabilité

morales », in *Option Finances*, n° 1240, Lundi 14 octobre 2013, p. 30 ; WESTER-OUISSE, Véronique, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, 2009). A titre d'exemples, la Belgique a introduit la responsabilité pénale des personnes morales par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. La France l'a fait avec la réforme du code pénal de 1994 qui a introduit l'article 121-2 relative à la responsabilité pénale des personnes morales, mais surtout avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Loi Perben II, qui a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales à toutes les infractions. Au Luxembourg, il s'agit de la loi du 3 mars 2010 : 1. introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle ; 2. modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives.

²⁴ Ainsi, Pierre Kopp écrit : « La responsabilité des personnes morales ne se substitue pas à la responsabilité pénale des individus, elle s'y ajoute. Nous sommes donc en présence d'un dispositif de responsabilité à trois niveaux (individuelle, dirigeants, personne morale) qui tente de dissuader les individus regroupés au sein de l'entreprise d'utiliser cette dernière pour se livrer à des crimes et à des délits » (KOPP, P., *Analyse économique de la délinquance financière*, Septembre 2011, p. 10).

²⁵ COEURET, Alain, *Gouvernement des entreprises et responsabilité pénale*, p. 128.

²⁶ NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} édition, Kinshasa, Editions universitaires africaines, 2007, p. 250.

pénale des personnes morales²⁷. Toutefois, il existe des cas isolés où cette responsabilité est évoquée. Si dans certains textes particuliers le législateur se limite à déclarer les personnes morales civilement responsables des amendes prononcées contre leurs organes et préposés sans les rendre elles-mêmes pénalement responsables et sans les sanctionner directement²⁸, il y a aussi des textes qui prévoient des sanctions pénales directement applicables aux personnes morales.

A titre d'exemple, l'article 36 de la loi n° 04/016 du 19 juillet 2004 portant lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme dispose : « les personnes morales autres que l'Etat, pour le compte ou au bénéfice desquelles une infraction subséquente a été commise par l'un de leurs organes ou représentants, seront punies d'une amende d'un taux égal au quintuple des amendes spécifiées pour les personnes physiques, sans préjudice de la condamnation de ces dernières comme co-auteurs ou complices de l'infraction. Les personnes morales peuvent, en outre, être condamnées : 1°. à l'interdiction à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement certaines activités professionnelles ; 2°. à la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au maximum, de leurs établissements ayant servi à commettre l'infraction ; 3°. à la dissolution lorsqu'elles ont été créées pour commettre les faits incriminés ; 4°. au paiement des frais de publication de la décision par la presse écrite ou par tout autre moyen de communication audiovisuelle ».

On peut aussi citer les dispositions de l'article 11 de l'ordonnance-loi n° 67-272 du 23 juin 1967 relative aux pouvoirs réglementaires de la Banque nationale du Congo en matière de réglementation du change, aux termes duquel « l'infraction à la réglementation du change est réputée existante dans le chef de toutes les personnes physiques et morales intervenant directement ou indirectement dans le fait qui la caractérise ».

Il nous faut également signaler qu'en dépit de tous les avantages que comporte l'organisation de la responsabilité pénale des personnes morales²⁹ et du fait que la tendance actuelle, dans beaucoup de pays, est à la reconnaissance et la réglementation de cette responsabilité, le législateur de l'Ohada n'a pas admis cette solution. A ce sujet, nous joignons notre voix à celles de ceux qui

²⁷ NYABIRUNGU mwene SONGA, *op. cit.*, pp. 252-253.

²⁸ Tel est le cas de l'article 329 de la loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail, selon lequel les employeurs sont civilement responsables du paiement des amendes prononcées à charge de leurs préposés en vertu du titre XV consacré aux pénalités. Il en est également ainsi de l'article 81 de la loi n° 003-2002 du 2 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit qui dispose : « Les établissements de crédit sont civilement responsables des condamnations à l'amende prononcées en vertu des dispositions des articles 80 et 85 contre toute personne qui participe, directement ou indirectement, à leur administration, gestion ou contrôle ».

²⁹ Voir MASIALA MUANDA VI Y., Jean, « La détermination de l'auteur de l'infraction en droit pénal des affaires », in *Droit et progrès*, Vol. 1, n° 01/2018, janvier -juin 2018, pp. 90-91.

estiment que, quelle que soit la pertinence des arguments qui pourraient avoir déterminé son choix, l'Ohada devrait abandonner ce régime qui, non seulement procure aux commerçants personnes morales « une sorte d'immunité dans la mise en œuvre de leurs objectifs »³⁰, mais aussi entretient une discrimination entre les commerçants personnes morales et les commerçants personnes physiques. Parmi ces multiples voix, on peut citer celles de Rabani Adamou³¹, Athanase Foko³² et Roger Sockeng³³. De leur côté, Pougoué Paul-Gérard, Anoukaha François, et Nguebou Toukam Josette déplorent, pour deux raisons essentielles, le fait que le législateur de l'Ohada n'ait pas réglementé la responsabilité pénale des personnes morales à l'instar de certaines législations modernes. La première raison est que cette responsabilité de la personne morale, si elle avait été retenue, « aurait pu responsabiliser davantage les personnes qui répondent d'elle »³⁴. La seconde raison est qu'une telle responsabilité aurait permis « de sanctionner le vrai auteur de l'infraction, dans le cas où les dirigeants sociaux n'auront commis l'infraction que pour le compte de la personne morale »³⁵.

2°) *Le déclenchement de l'action publique*

On l'a vu, le déclenchement de l'action publique est principalement l'œuvre du ministère public. En droit commun, le déclenchement des poursuites par le ministère public n'est pas subordonné à une plainte, une autorisation ou un avis préalable. Il existe néanmoins des cas exceptionnels où les poursuites ne peuvent être valablement engagées que si la victime a déposé préalablement une plainte. Dans ces cas, les poursuites ne seront pas valablement engagées sans une telle plainte ou si celle-ci est retirée avant que l'action publique n'ait été mise en mouvement. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'engager des poursuites pour les infractions d'adultère³⁶, de grivèlerie³⁷, de

³⁰ FOKO, Athanase, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal Ohada », in *Penant*, 859, p. 210.

³¹ ADAMOU, Rabani, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, pp. 43-60.

³² FOKO, Athanase, *op. cit.*, p. 209. Ce dernier écrit, notamment : « [...] il est urgent de prendre déjà des dispositions idoines afin qu'une éventuelle réforme du droit Ohada offre l'occasion de consacrer l'option contraire, c'est-à-dire la reconnaissance de la responsabilité pénale de ces structures commerciales ».

³³ SOCKENG, M. Roger, *La délinquance économique et financière*, Module de formation de juristes Béninois en droit Ohada les 27 et 28 mars 2008, ERSUMA, 2008, p. 9.

³⁴ POUGOUE, Paul-Gérard, et alii, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique Ohada*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 1998, p. 5

³⁵ *Idem*, p. 121.

³⁶ Art. 468 de la loi n° 87-010 du 1er août 1987 portant code de la famille, telle que modifiée et complétée par la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016.

³⁷ Art. 102 bis du décret du 30 janvier 1940 portant code pénal, tel que modifié et complété par la loi n° 06/018 du 20 juillet 2006.

contrefaçon³⁸, de concurrence déloyale³⁹, de harcèlement sexuel⁴⁰, ou en cas de poursuite contre une personne qui, hors du territoire de la République démocratique du Congo, s'est rendue coupable d'une infraction pour laquelle la loi congolaise prévoit une peine de servitude pénale de plus de deux mois⁴¹.

En droit pénal des affaires, nombreux sont les cas où les poursuites par le ministère public sont subordonnées à une autorisation, un avis ou une plainte préalable d'un organisme précis dont le domaine d'intervention a été affecté par l'infraction donnant lieu à ces poursuites. Ces conditions préalables, qui constituent des filtres aux poursuites judiciaires, sont autant des techniques instituées pour dégager au maximum les juridictions répressives en réduisant les affaires portées devant elles, décharger les parquets pour leur permettre de concentrer leur action sur d'autres crimes. Mais surtout il est question, dans ce domaine, d'éviter une pression judiciaire trop grande sur les opérateurs économiques qui risquerait de causer inutilement du tort au dynamisme de la vie des affaires. Pour préserver ce dynamisme, la criminalité d'affaires ne devrait faire intervenir le juge que si le comportement qu'il s'agit de réprimer constitue une faute grave et est réprouvé par le monde des affaires⁴². Autrement, les sanctions administratives peuvent suffire à réprimer les comportements incriminés. Une autre justification de ces conditions préalables réside dans la technicité des matières visées et le haut degré d'expertise qu'elles requièrent.

Il est vrai que ces filtres ne mettent pas l'action publique en mouvement, mais ils affectent tout de même le pouvoir du ministère public, ici subordonné entièrement au pouvoir d'appréciation des organismes habilités à accorder les autorisations, à émettre les avis ou à déposer les plaintes préalables. Ce sont, en fait, ces organismes qui sont, dans ce cas, les véritables juges de l'opportunité des poursuites⁴³.

Constituent des exemples parfaits de ces filtres, l'article 15 de l'ordonnance-loi n° 67-272 du 23 juin 1967 relative aux pouvoirs réglementaires de la Banque nationale du Congo en matière de réglementation du change : « la poursuite des infractions à la réglementation du change est exercée à la demande de la Banque nationale », et l'article 103 de la loi n° 004/2003 du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales : « les poursuites [relatives aux infractions fiscales] sont exercées par le Procureur de la République à la

³⁸ Art. 102 de l'ordonnance-loi n° 86-033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteurs et des droits voisins.

³⁹ Art. 4 de l'ordonnance-loi n° 41-33 du 24 février 1950 relative à la répression de la concurrence déloyale.

⁴⁰ Art. 174d du décret du 30 janvier 1940 portant code pénal, tel que modifié et complété par la loi n° 06/018 du 20 juillet 2006.

⁴¹ Art. 3 du décret du 30 janvier 1940 portant code pénal, tel que modifié et complété par la loi n° 06/018 du 20 juillet 2006.

⁴² FAYE, Amadou, *Introduction au droit pénal des affaires*, FSJP - Licence III - Affaires, Mbengue, 2010/2011, p. 1.

⁴³ CABON, Sarah-Marie, *op. cit.*, p. 2.

requête de l'agent de l'administration des impôts revêtu de la qualité d'officier de police judiciaire à compétence restreinte, du Directeur général ou du Directeur compétent, selon le cas ».

En droit français, il se dégage des articles L. 228 et suivants du Livre des procédures fiscales, que la poursuite de la fraude fiscale par le ministère public est soumise à une plainte de l'administration fiscale, déposée après avis conforme de la Commission des infractions fiscales. Il existe donc deux filtres au déclenchement et à l'exercice des poursuites judiciaires par le ministère public en ce qui concerne le délit de fraude fiscale : à l'exigence d'une plainte préalable de l'administration fiscale, s'ajoute, en amont, la nécessité d'un contrôle effectué par la Commission des infractions fiscales (CIF). C'est ce qu'on appelle le « verrou de Bercy »⁴⁴.

Signalons toutefois que certains griefs sont faits à ce système de « tri sélectif » des faits pouvant faire l'objet de poursuites judiciaires⁴⁵.

L'une des critiques adressées à ce système est l'atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi. Les organismes concernés ont en effet un pouvoir discrétionnaire quant au choix des dossiers à porter devant le parquet, et ce pouvoir peut ouvrir la voie à une dose de subjectivité. En plus, la priorité est souvent donnée aux sanctions de nature administrative qui se traduisent par des majorations ou des amendes, modérées selon des critères flous et susceptibles d'enfreindre le principe d'égalité.

Une autre critique porte sur l'entorse au principe de séparation des pouvoirs dans la mesure où, avec ce système, le pouvoir de déclencher des poursuites judiciaires, qui revient à l'autorité judiciaire, se trouve en réalité entre les mains de l'administration. Le risque est grand de voir les autorités politico-administratives interférer systématiquement dans le processus pour empêcher les poursuites lorsque leurs intérêts ou ceux de leurs proches sont en jeu.

Hormis les conditions préalables dont on vient de parler, le déclenchement des poursuites judiciaires peut se heurter à un autre obstacle : il s'agit de la transaction sur l'action publique qui peut aboutir à la paralysie totale de telles poursuites. La transaction est une technique d'extinction de l'action publique au moyen du paiement d'une certaine somme d'argent au profit du Trésor public et en respectant certaines conditions légales. Le régime de la transaction prévue dans beaucoup de matières relevant du droit des affaires diffère de celui du droit commun.

⁴⁴ CABON, Sarah-Marie, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 4.

En droit commun, il résulte de l'article 9 du décret du 6 août 1959 portant code de procédure pénale que l'officier de police judiciaire ne peut transiger avec le délinquant pour une infraction de sa compétence que s'il estime qu'à raison des circonstances la juridiction de jugement se bornerait à prononcer une amende et éventuellement la confiscation. En d'autres termes, il n'a pas la compétence de transiger pour les infractions pouvant entraîner une peine autre qu'une amende ou la confiscation. En plus, il doit immédiatement porter l'offre de transaction faite au délinquant à la connaissance du ministère public. La transaction éteint l'action publique, à moins que l'officier du ministère public ne décide de la poursuivre. Ce qui revient à dire que même si la transaction a eu lieu, le ministère public peut encore déclencher et exercer l'action publique.

Le caractère dérogatoire du droit pénal des affaires est confirmé notamment par l'article 16 de l'ordonnance-loi n° 67-272 du 23 juin 1967 relative aux pouvoirs réglementaires de la Banque nationale du Congo en matière de réglementation du change qui dispose ce qui suit : « hormis le cas des infractions accompagnées de corruption, de concussion de fonctionnaires ou de détournement de fonds publics, la Banque nationale est habilitée à transiger avec le délinquant et à fixer elle-même les conditions de la transaction, aussi longtemps que la juridiction compétente en premier ressort n'aura pas été saisie par le ministère public [...]. La transaction éteint l'action publique, même en ce qui concerne les peines d'emprisonnement ». On voit que cette transaction est possible même pour des infractions pouvant entraîner une peine autre qu'une amende ou la confiscation, et qu'une fois qu'elle est acquise, le ministère public ne peut plus déclencher et exercer l'action publique.

B. L'exercice de l'action publique

Une distinction doit être faite entre le déclenchement de l'action publique, qui est la mise en mouvement ou l'engagement des poursuites judiciaires, et l'exercice de cette action. Il convient de s'attarder quelque peu sur l'organe de l'exercice de l'action publique (1°), tout en prévenant que l'exercice de l'action publique peut être empêché par un certain nombre d'obstacles (2°).

1°) L'organe de l'exercice de l'action publique

Alors que le déclenchement de l'action publique peut être le fait du ministère public ou de la victime, l'exercice de l'action publique est et reste le monopole du ministère public, même dans l'hypothèse où les poursuites ont été déclenchées par la victime. Chargé de la recherche et de la poursuite des infractions, le ministère public est seul habilité à exercer l'action publique ; le pouvoir de la victime en cette matière se limite à la mettre en mouvement. Une fois que l'action publique est mise en mouvement, le ministère public est obligé

de l'exercer immédiatement et de la poursuivre jusqu'à son extinction. A cet effet, il adresse ses réquisitions au juge en vue de l'application de la loi ; il exerce, seul, les voies de recours sur l'action publique, et est seul habilité à saisir les juridictions supérieures de l'action publique.

2°) Les obstacles à l'exercice de l'action publique

Plusieurs obstacles peuvent empêcher l'exercice de l'action publique soit de manière momentanée, soit de façon définitive. On peut citer notamment les immunités, la question préjudicielle, le décès du prévenu (personnalisation des peines), le retrait de la plainte si celle-ci était une condition préalable à la mise en mouvement de l'action publique, l'amnistie, l'autorité de la chose jugée, l'abrogation de la loi pénale, la transaction de l'action publique et la prescription de l'action publique. Deux types d'obstacles méritent une attention particulière en droit pénal des affaires : la transaction de l'action publique (a) et la prescription (b).

a) La transaction de l'action publique

La transaction peut porter sur l'action civile ou sur l'action publique, et se donne comme un mécanisme qui permet d'éteindre l'action. Alors qu'une personne lésée a le plein droit de transiger sur la réparation civile qu'elle peut exiger de la part du responsable de son dommage, la transaction sur l'action publique est, quant à elle, interdite en principe. La règle de l'indisponibilité de l'action publique n'admet pas que le ministère public puisse transiger sur cette action. D'ailleurs, une telle transaction comporte l'inconvénient majeur de laisser au public l'impression que ceux qui ont un matelas financier consistant peuvent échapper à toute condamnation moyennant le paiement d'une somme d'argent considérée comme le prix de la tranquillité.

Mais malgré cet inconvénient, il existe des cas exceptionnels où la transaction de l'action publique est admise dans le but, notamment, de pallier l'encombrement et la surcharge des tribunaux. L'idée qui soutient cette dérogation, et qui est inscrite en France dans l'arrêté du 14 fructidor an X, est que « s'il importe à l'intérêt public de réprimer sévèrement les fraudeurs, il est aussi de l'équité de ne pas appliquer rigoureusement les peines de la fraude à ceux auxquels on ne peut reprocher qu'une erreur ou l'ignorance des règlements ». En partant de cette idée, les pouvoirs publics ont, depuis longtemps, trouvé plus convenable de terminer par des transactions de nombreux procès que d'en fatiguer les tribunaux et d'en épuiser les lenteurs⁴⁶. Le mécanisme de la transaction apparaît ainsi comme une solution plus simple, plus rapide et, à certains égards, plus efficace que le procès pénal en raison de l'augmentation considérable des affaires, du développement de la vie

⁴⁶ HELIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., T. 2, Paris, 1866, n° 1098.

économique et des activités industrielles⁴⁷. Applicable hors instance en justice, la transaction peut aussi l'être dans une procédure pénale déjà engagée, pourvu qu'elle intervienne avant qu'il ne soit définitivement statué par un jugement ou un arrêt coulé en force de chose jugée. Dans ce cas, elle éteint l'action publique et fait obstacle à de nouvelles poursuites pour les mêmes faits.

En République démocratique du Congo, et dans le cadre du droit pénal des affaires, cette possibilité de transiger en pleine instance est reconnue à certaines administrations. Ainsi, l'article 368 de l'Ordonnance-loi n° 10/002 du 20 août 2010 portant Code des douanes, dispose que lorsque le tribunal compétent a été régulièrement saisi, la transaction, c'est-à-dire la convention par laquelle la douane, agissant dans la limite de sa compétence, renonce à poursuivre l'infraction douanière pour autant que la ou les personnes impliquées se conforment à des conditions bien déterminées, ne peut intervenir qu'avec l'accord du président dudit tribunal. Le même article précise cependant qu'après jugement définitif, les condamnations prononcées par le tribunal compétent ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction. Ce qui revient à dire que l'administration douanière peut transiger avec l'auteur d'une infraction douanière dans les conditions prévues par la loi et les règlements tant qu'un jugement définitif n'est pas encore intervenu. Ce pouvoir est aussi reconnu à l'administration des accises en vertu de l'article 94 de l'ordonnance-loi n° 007/2012 du 21 septembre 2012 portant code des accises.

b) La prescription de l'action publique

Nguyen C.T. présente la prescription comme une « institution juridique de portée générale, consistant en ce que l'exécution de l'obligation ne peut plus être exigée par la personne qui en avait le droit, après l'écoulement d'un certain laps de temps dont la loi fixe la durée et le point de départ, et par le seul fait de l'écoulement du temps fixé »⁴⁸. Pour Barraud et Mellet, c'est « un délai imposé par la loi et dont le terme a un effet péremptoire pour la naissance ou l'extinction d'un droit, comme aussi d'une obligation »⁴⁹.

Dans le système pénal, il faut faire la distinction entre la prescription de l'action publique et la prescription de la peine. La première est un mode d'extinction de l'action publique après l'écoulement d'un certain délai fixé par la loi. On considère que les poursuites ne sont plus opportunes lorsqu'un délai trop long s'est écoulé après les faits. Seuls quelques crimes, jugés trop odieux, sont déclarés imprescriptibles. La seconde éteint le droit d'exécuter une peine après le délai fixé par la loi⁵⁰. Selon l'article 30 du code pénal congolais, ce délai

⁴⁷ FRANCHIMONT, Michel, JACOBS, Ann, et MASSET, Adrien, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸ NGUYEN, C.T. et alii, *Lexique de droit des affaires zaïrois*, Kinshasa, Faculté de Droit, 1972, p. 202.

⁴⁹ BARRAUD, A. et MELLET, L., *Leçons de droit commercial*, Lausanne, Librairie Payot, 1976, p. 33.

⁵⁰ Les articles 27 à 33 du code pénal congolais traitent de la prescription des peines.

court de la date du jugement rendu en dernier ressort ou à compter du jour où le jugement rendu en première instance ne pourra plus être attaqué par la voie de l'appel.

La prescription de l'action publique a comme effet d'écartier la responsabilité pénale et d'éteindre le droit de poursuivre l'auteur du fait infractionnel qui peut alors se soustraire à l'action de la justice en raison du délai trop long entre la commission de l'infraction et l'engagement des poursuites.

Dans la mesure où elle s'attache aux faits et non aux individus, la prescription de l'action publique s'applique indépendamment des personnes en cause. C'est là le caractère réel de la prescription. En outre, elle constitue une exception péremptoire et d'ordre public. Dans ce sens, non seulement elle peut être relevée en tout état de cause, mais aussi le juge doit la relever d'office même si aucune partie ne l'a soulevée, et son bénéficiaire n'a pas le droit d'y renoncer.

La prescription a également un caractère général en ce qu'une fois acquise, elle joue à l'égard de tous ceux qui ont participé à l'infraction (auteurs ou coauteurs), et qu'elle concerne aussi bien les faits principaux que les faits connexes. Enfin, elle a un caractère définitif : elle éteint définitivement l'action.

La prescription commence à courir en principe à partir du moment où l'acte délictueux a été commis. Le code pénal congolais reprend ce principe en son article 25 : « les délais de la prescription commenceront à courir du jour où l'infraction a été commise ». L'alinéa 2 de l'article 26 complète cette disposition en précisant que « le jour où l'infraction a été commise est compris dans le délai de la prescription ». Mais ce principe est loin d'être absolu ; il est assorti de quelques exceptions, particulièrement en droit pénal des affaires où beaucoup d'infractions ont un caractère clandestin, occulte ou dissimulé. En raison de ce caractère, la jurisprudence a tendance à reporter le point de départ de l'action publique, pour de telles infractions, au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de cette action⁵¹, ou encore au jour où n'existe plus aucun obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites⁵². Ce point de vue est conforme au principe général qui veut qu'on ne prescrit pas contre celui qui ne peut agir⁵³. On ne saurait, en effet, reprocher

⁵¹ MATSOPOULOU, Haritini, « Prescription. Propositions de réforme et délinquance d'affaires », in *La semaine juridique - Edition générale*, n° 43, 19 octobre 2015, p. 1952.

⁵² Ainsi, la Chambre criminelle française a affirmé, dans un arrêt du 16 décembre 2014, que, « si le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites » (Crim. 16 déc. 2014, FS-P+B, n° 14-82.939, obs. FUCINI, Sébastien, Dalloz Actualité, 26 janvier 2015).

⁵³ DANET, Jean, Report de la prescription de l'action publique pour dissimulation d'assassinats, www.dalloz-actualite.fr/.../report-de-prescription-de-l-action-publique-pour-dissimulation-d-assassinats

aux organes compétents de ne pas avoir poursuivi des infractions dont ils n'ont pas pu avoir connaissance ou dont la poursuite était impossible à cause d'un obstacle insurmontable. Haritini Matsopoulou suggère d'entendre par infraction occulte, « l'infraction qui, en raison de ses composantes, ne peut être connue ni de l'autorité judiciaire, ni de la victime, selon les éléments dont celle-ci dispose »⁵⁴.

Quelle est la position du droit congolais à ce sujet ? La doctrine que nous avons consultée demeure presque muette sur cette question, à l'exception du professeur Luzolo Bambi qui martèle que « la loi congolaise fait courir la prescription du jour où l'infraction a été commise et non du jour où elle est constatée ou connue légalement »⁵⁵. La conséquence logique de cette thèse serait qu'aucune exception ne pourrait être faite, même pour les infractions occultes qui ne seraient constatées que bien après le jour de leur commission. Nous pensons qu'une telle solution ferait la part belle aux délinquants qui s'ingénieraient à dissimuler soigneusement leurs infractions pour en empêcher la connaissance et se garantir une impunité certaine même au cas où celles-ci seraient connues après le délai de prescription calculé à partir du jour de leur commission. Si l'idée sous-jacente à l'institution de la prescription de l'action publique est d'inciter à vite agir contre les auteurs d'infractions, il est juste qu'une telle exigence ne puisse s'appliquer de manière rigoureuse qu'à partir du moment où les victimes desdites infractions ou l'organe de poursuite ont pu en avoir connaissance et ont pu les constater dans des conditions permettant l'exercice des poursuites. Le législateur congolais devrait, de lege ferenda, consacrer cette dérogation par une disposition expresse. Ainsi, l'article 25 du code pénal pourrait être reformulé de la manière suivante : « Les délais de la prescription commenceront à courir du jour où l'infraction a été commise ou, si l'infraction a été dissimulée pour en empêcher la connaissance, du jour où elle est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites ».

Dans le cas des infractions continues, c'est-à-dire celles qui ne se commettent pas en une seule fois mais dont l'activité délictueuse se prolonge, la prescription ne court que du jour où prend fin l'activité délictueuse⁵⁶. Le code pénal suisse dispose, par exemple, en son article 71, que la prescription court : a. du jour où l'auteur a exercé son activité coupable ; b. du jour où le dernier acte a été commis, si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises ; c. du jour où leurs agissements coupables ont cessé, s'ils ont une certaine durée. Abondant dans le même sens, la Cour suprême de justice luxembourgeoise a décidé, dans une espèce, que « la prescription court, pour les infractions

⁵⁴ MATSOPOULOU, Haritini, *op. cit.*, p. 1952.

⁵⁵ LUZOLO BAMBI LESSA, Emmanuel J., *op. cit.*, p. 185.

⁵⁶ NYABIRUNGU mwene SONGA, *op. cit.*, p. 414 ; LUZOLO BAMBI LESSA, Emmanuel J., *op. cit.*, p. 185.

instantanées, à partir du jour où le fait incriminé par la loi a été commis, tandis que, pour les infractions continues, elle ne commence à courir que du jour où l'état de continuité a pris fin »⁵⁷. Quant à la Cour de cassation française, elle a eu à trancher que « la prescription du délit de concussion résultant d'opérations indivisibles ne commence à courir qu'à compter de la dernière des perceptions ou exonérations indûment accordées »⁵⁸.

S'agissant de la durée de la prescription, l'article 24 du code pénal congolais renseigne que « l'action publique résultant d'une infraction sera prescrite : 1° après un an révolu, si l'infraction n'est punie que d'une peine d'amende, ou si le maximum de la servitude pénale applicable ne dépasse pas une année ; 2° après trois ans révolus, si le maximum de la servitude pénale applicable ne dépasse pas cinq années; 3° après dix ans révolus, si l'infraction peut entraîner plus de cinq années de servitude pénale ou la peine de mort ».

Notons que le cours de la prescription peut être perturbé, notamment par des actes interruptifs de prescription. Selon l'article 26 du code pénal congolais qui traite de cette question, « la prescription sera interrompue par des actes d'instruction ou de poursuite faits dans les délais de un, ou trois, ou dix ans, à compter du jour où l'infraction a été commise. Le jour où l'infraction a été commise est compris dans le délai de la prescription ».

⁵⁷ Cour suprême de justice. Luxembourg, 17 janvier 1957, Pas. Lux., 1957-1959, p. 105.

⁵⁸ Cass. crim. 31 janvier 2007 (Bull. crim. n° 24, p. 79).

CONCLUSION

Le droit pénal des affaires n'est certes pas une discipline totalement autonome, complètement déconnectée du droit pénal commun. Il entretient de fortes accointances avec ce « fonds commun ». Il faut cependant reconnaître que compte tenu de la délicatesse du domaine qu'il régleme, le droit pénal des affaires obéit à certains principes particuliers, dérogoires au droit pénal commun, tant en ce qui concerne les règles de fond que les règles de procédure. C'est ce qui en fait un droit spécial et qui lui confère une relative autonomie.

Sur le plan précisément de la procédure, le particularisme qui caractérise le droit pénal des affaires opère, comme nous l'avons fait voir, dès la phase de la mise en état des affaires répressives, c'est-à-dire dès la phase de l'instruction préjuridictionnelle. La constatation des infractions est marquée par certaines spécificités qui trouvent leur fondement dans la complexité de la criminalité d'affaires. Lorsque la mise en état de l'affaire est achevée, il se pose la question de la juridiction susceptible de connaître de cette affaire. Ce qui constitue un autre lieu d'expression du particularisme du droit pénal des affaires. Une fois que la juridiction compétente a été identifiée, la mise en mouvement et l'exercice proprement dit de l'action publique sont, eux aussi, enserrés dans un faisceau de dispositions qui, d'une certaine manière, transgressent certains principes de la procédure pénale de droit commun. En effet, les règles relatives à la détermination des sujets actif et passif de l'action publique, au déclenchement et à l'exercice de cette action ne correspondent pas toujours à celles du droit commun. L'étude s'est employée à recenser ces dispositions dérogoires, à pénétrer leur fondement et à s'interroger sur leur opportunité.

Nous ne saurons clore cette réflexion sans regretter, une fois encore, l'option prise par le législateur de l'Ohada de ne pas retenir la responsabilité pénale des personnes morales. Nous pensons qu'il aurait intérêt à revenir sur ce choix malheureux et à s'inscrire « dans le droit contemporain, dont la tendance dominante est d'incriminer certains comportements spécifiques aux groupements et de les sanctionner en conséquence »⁵⁹. Le droit congolais qui n'a pas non plus une position claire à ce sujet devrait s'engager résolument sur cette même voie en se dotant d'un texte général consacrant la responsabilité pénale des personnes morales.

⁵⁹ NYABIRUNGU mwene SONGA, *op. cit.*, p. 254.

BIBLIOGRAPHIE

1. ADAMOU, Rabani, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, pp. 43-60.
2. BARRAUD, A. et MELLET, L., *Leçons de droit commercial*, Lausanne, Librairie Payot, 1976.
3. BLAISE, Jean-Bernard, *Droit des affaires*, 5^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2009.
2. CABON, Sarah-Marie, « Le particularisme du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du " verrou de Bercy " », in *Droit fiscal*, n° 46, 23 novembre 2014.
3. CASTELAIN, L., *Eléments de droit commercial*, Bruxelles, A. De Boeck, 1964.
4. COEURET, Alain, *Gouvernement des entreprises et responsabilité pénale*, pp. 115-128.
5. DANET, Jean, Report de la prescription de l'action publique pour dissimulation d'assassinats, www.dalloz-actualite.fr/.../report-de-prescription-de-l-action-publique-pour-dissimulation-d-assassinats
6. DUPOUY, C., *Précis de droit commercial*, t. 1, Paris, 1976.
7. FAYE, Amadou, *Introduction au droit pénal des affaires*, FSJP - Licence III - Affaires, Mbengue, 2010/2011.
8. FOKO, Athanase, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal Ohada », in *Penant* 859, pp. 195-239.
9. FRANCHIMONT, Michel, JACOBS, Ann, et MASSET, Adrien, *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012.
10. HELIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., T. 2, Paris, 1866.
11. KABEYA TSHIKUKU, *Jugements iniques contre l'entreprise*. Intervention au séminaire sur la sécurité juridique, judiciaire et la protection des investissements, tenu à Kinshasa du 1^{er} au 2 juin 2000.
12. KALONGO MBIKAYI, *La problématique des jugements iniques*. Intervention au séminaire sur la sécurité juridique, judiciaire et la protection des investissements, tenu à Kinshasa du 1^{er} au 2 juin 2000.
13. KOPP, P., *Analyse économique de la délinquance financière*, Septembre 2011.
14. KUTY, F., « Le devoir du ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de son honneur et l'assise de sa légitimité », *Obs. sous cass.*, 13 décembre 2012, J.L.M.B., 2013, pp. 1456-1470.
15. LUKOMBE NGHENDA, *Droit Congolais des sociétés*, t. 1, Kinshasa, P.U.C., 1999.

16. LUZOLO BAMBI LESSA, Emmanuel J., *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, Presses universitaires du Congo, 2011.
17. MARQUETTY, Hippolyte, « Réflexions autour de la responsabilité pénale des personnes morales », in *Option Finances*, n° 1240, Lundi 14 octobre 2013, pp. 30-31.
18. MASIALA MUANDA VI Y., Jean, « La détermination de l'auteur de l'infraction en droit pénal des affaires », in *Droit et progrès*, Vol. 1, n° 01/2018, janvier -juin 2018, pp. 79-107.
19. MATSOPOULOU, Haritini, « Prescription. Propositions de réforme et délinquance d'affaires », in *La semaine juridique - Edition générale*, n° 43, 19 octobre 2015.
20. NGUYEN, C.T. et alii, *Lexique de droit des affaires zairois*, Kinshasa, Faculté de Droit, 1972.
21. NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} édition, Kinshasa, Editions universitaires africaines, 2007.
22. PERROT, Roger, *Institutions judiciaires*, 2^e éd., Paris, Ed. Montchrestien, 1986.
23. POUGOUE, Paul-Gérard, et alii, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique Ohada*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 1998.
24. PRADEL, Jean, *La pénalisation du droit des affaires*, Fondation pour le droit continental, Colloque Le Caire, octobre 2009.
25. RIAS, Nicolas, *La responsabilité pénale du fait personnel*, Fiche pédagogique virtuelle, Faculté de droit virtuelle, Université Lyon 3, Fiche à jour au 15 novembre 2011.
26. SANDY, Basile, « La responsabilité pénale de la personne morale », in *Travail Sécurité*, Juillet-août 2009, pp. 46-48.
27. SOCKENG, M. Roger, *La délinquance économique et financière*, Module de formation de juristes Béninois en droit Ohada les 27 et 28 mars 2008, ERSUMA, 2008.
28. VINCENT, Jean et GUINCHARD, Serge, *Procédure civile*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 1999.
29. WESTER-OUISSE, Véronique, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, 2009, pp. 63-73.

