

L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE SAISIE PAR LE DROIT PENAL

Par

Dieunedort NZOUABETH*

*Agrégé de Droit privé et des Sciences criminelles
Université Cheikh Anta Diop de Dakar*

Il est fréquent de dire que le droit commercial, communément appelé droit des affaires a aujourd'hui pour noyau dur cet agent économique qu'est l'entreprise. Mais quand on emploie le terme « entreprise », on n'est jamais sûr que l'interlocuteur ou le public auquel on s'adresse l'entend de la même manière. Les aspects de l'entreprise sont tellement nombreux, variés, complexes et importants que chacun tend à privilégier l'angle de son observation au détriment de la perception d'ensemble. Il suffit de changer d'interlocuteur pour mesurer l'ampleur des différences de perception et de vision. Cette diversité rend difficile la possibilité d'avoir une perception unique de l'entreprise. En effet, l'entreprise c'est aussi bien le petit garage de mécanique générale qui n'emploie que les apprentis que la grosse société de télécommunication qui emploie des centaines de personnes.

L'entreprise est une notion générique qui désigne tantôt l'entreprise individuelle, tantôt l'entreprise sociétaire ; elle peut être civile ou commerciale et représente donc l'ensemble des formes juridiques d'exploitation d'une activité économique. L'entreprise est une notion difficilement admise en droit¹, si ce n'est dans le cadre

des procédures collectives d'apurement du passif où elle fait timidement son entrée². Le droit s'intéresse à l'entrepreneur individuel et au fonds de commerce³ ainsi qu'aux sociétés et GIE et le droit commercial a toujours été défini par rapport aux actes de commerce et/ou au commerçant.

On sait aussi que lorsque le système juridique reconnaît l'entreprise, c'est en tant que concept fonctionnel dont le contenu varie selon la matière et la règle de droit à appliquer⁴ : droit du travail, droit des entreprises en difficulté, droit des sociétés, droit fiscal. L'entreprise peut, donc, être le fait d'un entrepreneur individuel, tels que les commerçants, les agriculteurs ou les artisans, mais il peut aussi s'agir d'une entreprise exploitée sous la forme d'une société, c'est-à-dire une entreprise ayant une forme sociale, une personne morale. Selon J. PAILLUSSEAU, entreprise et société sont deux choses fondamentalement distinctes. Seulement, sans un minimum

des biens, comme le fonds de commerce ? Ou dans le droit des personnes, à côté des sociétés ? Que pourrait-elle être : un objet ou un sujet de droit ? M. Paillusseau répond à ces différentes questions qu'il s'est posées en estimant que l'entreprise transcende le droit et les classifications juridiques et qu'elle est d'essence économique et sociale.

² V° AUPC, Art. 1-3 qui considère l'entreprise comme « toute personne physique ou morale soumise aux dispositions » de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

³ Cependant, il n'établit pas de lien entre les deux.

⁴ V° L. BOY, « Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises », *Revue de l'ERSUMA* n° 1, juin 2012, pp. 128-137 ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ Paris, 1957.

* Mode de citation : Dieunedort NZOUABETH «L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal», *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 187-217

¹ V° T. MASSART, *Droit commercial*, Gualino, 2007, p. 83 ; J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et note du droit des affaires) », *JCP*, 1988, I, 3330, n°30. Selon l'auteur, si l'entreprise devait être une notion juridique, où faudrait-il la classer ? Dans le droit

d'organisation juridique l'entreprise ne peut exister et se développer, aussi, la société est-elle, pour elle, la structure d'accueil qui lui permet d'accéder à la vie juridique. Dans cette perspective, la société est une organisation juridique de l'entreprise⁵.

A ce propos, il est nécessaire de considérer l'entreprise comme le point focal du droit des affaires, car au sein de la société industrielle et urbaine organisée sur le modèle de l'économie de marché, l'entreprise joue le rôle de cellule socio-économique⁶. C'est elle qui permet la création et la circulation des richesses dans nos sociétés contemporaines. C'est donc le vecteur, le lien et la technique de production, de circulation et de distribution des richesses.

Il est incontestable que l'activité de l'entreprise génère des risques juridiques en général et pénaux en particulier. Le risque pénal omniprésent en entreprise et entendu comme tout risque susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise et/ou de ses dirigeants revêt une particularité, car il est celui qui impacte le plus les hommes et comporte pour l'entreprise un coût non négligeable qui explique que sa gestion fasse, désormais, partie de la gestion saine d'une entreprise⁷.

La liberté de commerce et de l'industrie étant la règle, le droit pénal se doit de jouer le rôle de gendarme pour que les intérêts des individus et de la collectivité soient

sauvegardés⁸ et que les impératifs de loyauté soient observés⁹.

Le droit pénal apporte très souvent l'appui de ses sanctions aux autres disciplines du droit surtout lorsque les sanctions de ces disciplines se révèlent insuffisantes pour prévenir et réparer convenablement la violation des règles prévues¹⁰. Il incrimine et sanctionne les comportements qui portent atteinte à l'organisation de la vie sociale et aux valeurs essentielles de la société, étant entendu que ces « *valeurs ne sont pas des essences éternelles. Elles sont liées aux préférences, aux évaluations des personnes individuelles et finalement à une histoire de mœurs* »¹¹. Aussi, l'ordre juridique est en perpétuel mouvement pour tenir compte des changements sociaux ; il n'est donc pas statique¹². Ainsi oppose-t-on parfois au principe de pérennité de la norme pénale, le processus de déflation pénale.

Il existe, cependant, une discipline qui a toujours accueilli avec peu d'enthousiasme le droit pénal : c'est le droit des affaires, cet ensemble de règles applicables aux acteurs du monde des affaires, en l'occurrence les entreprises qui, à tort, sont perçues comme des sanctuaires échappant au respect des valeurs dont le droit pénal est le gardien.

Cette imperméabilité s'explique aisément : la violation des règles applicables au monde des affaires ne suscite pas toujours la même réprobation que la violation des règles régissant

⁵ V° J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne », *JCP*, I, 1984, p. 3148.

⁶ V° Th. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTDcom*, 2006, p. 709.

⁷ V° A. MINKOA SHE, « Le risque pénal dans l'entreprise : les actes fautifs du dirigeant entre pénalisation et dépenalisation », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA, Actes du colloque international organisé par l'ERSUMA*, Douala du 19 au 20 mars 2015, pp. 62 à 69.

⁸ V° B. de LAMY, « La liberté d'entreprendre et le droit pénal », *Droit pénal*, n° 9 sept. 2009, p. 1.

⁹ V° J.-B. BOUSQUET-DENIS, « Le droit pénal et l'entreprise commerciale au Niger », *Penant*, n° 820, janv-avril 1996, pp. 84-102.

¹⁰ V° Nd. DIOUF, « Le dirigeant social : entre risque pénal et sanctions civiles », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA, Actes du colloque international organisé par l'ERSUMA*, Douala du 19 au 20 mars 2015, pp. 29 à 39.

¹¹ V° P. RICOEUR, « Fondements de l'éthique », *Autre temps, Les cahiers du christianisme social*, 1984, vol. 3, n° 1, pp. 61-71.

¹² V° G. ROCHER, in préface P. NOREAU, *Droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Thémis, 1993.

d'autres secteurs de la vie sociale. Par ailleurs, l'entreprise soucieuse de flexibilité et de rapidité pour épouser la réalité ondoyante¹³ de la vie des affaires a toujours été hostile au droit pénal, discipline qui n'énonce que des interdits dont la violation s'apprécie sans égard pour les considérations économiques. C'est ce qui explique que le domaine du droit des affaires soit resté relativement modeste pendant de longues années.

Si le besoin de règles pénales pour l'entreprise est reconnu comme essentiel, force est d'insister sur la nécessité d'avoir des normes claires, stables et cohérentes, dans un souci de lisibilité, ce qui, malheureusement, n'est pas le cas aujourd'hui, par exemple, dans l'espace OHADA¹⁴. Or cette nécessité étant la clé de voûte du droit criminel, le bouclier des libertés individuelles, elle exige de la loi pénale qu'elle soit accessible et prévisible¹⁵. Ainsi le législateur se doit-il de publier le texte pénal qu'il aura rédigé de façon aussi précise que possible afin de permettre au citoyen de régler sa conduite et échapper à l'arbitraire du juge¹⁶. En effet, l'effectivité et même l'efficacité de la loi pénale passent non seulement par une connaissance de la loi largement partagée, mais encore et surtout par son application non liée au hasard ou à l'arbitraire.

¹³ V° B. de LAMY, « La liberté d'entreprendre et le droit pénal », *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ C'est le lieu où sont élaborées l'essentiel des règles régissant les activités des entreprises pour les 17 Etats membres que sont : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

¹⁵ V° J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^{ème} éd. Paris, 2014, n^{os} 155 et s. ; Ch. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. Pénal*, 2011, Etude, 16 ; S. PELLE, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », *Rev. Pénit.* 2013, p. 265 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général 2016*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2015, pp. 45 et s.

¹⁶ V° en ce sens, Cons. const. français, 4 mai 2012, *Rev. sc. crim.*, 2012, 371, obs. Mayaud.

Combiner le besoin légitime de confiance des entreprises dans la norme et les acteurs de la norme en respectant l'intérêt général, la protection des investissements et l'égalité devant la loi, constitue sans doute l'enjeu majeur du droit pénal dans la vie des affaires et pose ainsi en filigrane la question de la place du droit pénal dans la vie de l'entreprise quelle que soit la forme choisie.

En effet, l'émergence d'un droit pénal dédié à la vie des affaires est contemporaine de la création, au XIX^{ème} siècle des premières formes modernes de sociétés¹⁷. La nécessité de disposer d'incriminations spéciales, pour protéger notamment les intérêts des créanciers et des associés, justifie la création des infractions adaptées aux situations pour lesquelles le droit commun ne trouvait pas à s'appliquer¹⁸. En d'autres termes, la pénalisation de la vie des affaires recherchait une bonne exécution des prescriptions du droit des affaires. La sanction pénale ayant été utilisée pour que des obligations essentielles du droit des affaires soient respectées.

Cet accroissement de l'utilisation du droit pénal a fortement participé à l'encadrement de la vie des affaires, même si depuis un certain temps, on assiste à une phase de reflux dans lequel certains législateurs, notamment celui de l'OHADA semblent hésiter à s'inscrire véritablement.

La réaction du législateur pénal OHADA illustre parfaitement ce phénomène. Il adopte une approche plurale¹⁹ en laissant hors de son champ, au

¹⁷ Il faut remonter à une loi française du 17 juillet 1857 portant sur les sociétés en commandite par actions, pour découvrir des infractions spécifiques au droit des affaires, notamment l'incrimination de distribution de dividendes fictifs.

¹⁸ Nous pensons à la création en 1935, de l'incrimination d'abus de biens sociaux pour faire face aux difficultés d'appliquer la législation relative à l'abus de confiance.

¹⁹ V° A. CISSE, « Pour une approche plurale du droit africain », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, pp. 1-23.

nom du respect de la souveraineté des Etats membres mais aussi de celui de la pluralité des normes et pratiques dans ce domaine, les sanctions pénales. En effet, s'il appartient à chaque communauté d'édicter ses infractions pour protéger son ordre social, sanctionner ceux qui y portent atteinte et dissuader ceux qui seraient tentés de le faire, le droit pénal confère à l'Etat le privilège de punir de façon égalitaire les individus²⁰. Par nature, c'est la discipline juridique punitive représentative de la prédominance de l'Etat dans le traitement des actes contraires à l'ordre social préétabli. Cependant, le paradoxe du droit pénal est qu'il est à l'avant-garde de la mondialisation alors que traditionnellement, il a toujours été perçu comme la fine fleur, le porte étendard de la souveraineté nationale²¹.

A cela s'ajoute donc la volonté de pénaliser certains comportements et de dépenaliser d'autres. Cette double préoccupation contribue ainsi à rendre davantage illisible le rôle du droit pénal dans la sphère des affaires. En effet, il faut éviter une pénalisation excessive du monde des affaires, ce qui pourrait ressembler à une « *erreur de politique criminelle* », puisqu'une pénalisation excessive, figée et incohérente est un inconvénient majeur pour la vie économique²².

Dans le même temps, il faut faire attention à une trop grande dépenalisation, ce qui rendrait le monde des affaires incontrôlable et dangereux pour des

honnêtes personnes^{23/24} et même pour la stabilité économique du pays. C'est pourquoi, certaines contraintes éthiques secrétées par les exigences du gouvernement d'entreprise²⁵ et juridiques²⁶ participent à la limitation de la dépenalisation du droit des affaires.

Mais dans le même temps, les investisseurs et autres praticiens du droit poussent à la dépenalisation en avançant l'inefficacité de la sanction pénale pour certains comportements ou l'inutilité formelle d'autres infractions. La dépenalisation du droit de la vie des affaires apparaît comme une attente forte des acteurs économiques, car la procédure pénale est, quoi qu'on puisse dire, assez déstabilisante pour l'entreprise et ses dirigeants. Ceux-ci souhaitent une réduction de l'espace pénal par la suppression des infractions, par la délimitation du périmètre des incriminations ou par la réduction des pénalités encourues. En un mot, les opérateurs économiques souhaitent la diminution de l'emprise du droit pénal sur la vie des entreprises²⁷.

²⁰ V° à ce propos le juge BEDJAOU, « Remarques conclusives in Actes du huitième congrès annuel de la SADIC sur le thème: L'intégration régionale est-elle une solution aux problèmes économiques de l'Afrique ? », Le Caire, 02 au 04 septembre 1996.

²⁰ V° A. CISSE, op. cit., p. 3.

²¹ V° K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », Les *Petites Affiches*, n° 205, octobre 2004, p. 5.

²² V° Y. CHAPUT, « La pénalisation du droit des affaires, vrai constat et fausses rumeurs », *Revue pouvoirs*, n° 128, La pénalisation, 2008, p. 90 ; A. MINKOA SHE, op.cit., p. 64.

²³ V° H. MATSOPOULOU, « Un premier regard sur la "dépenalisation de la vie des affaires" », *D.* 2008, n° 13, chron. P. 864.

²⁴ V° P. NOREAU, « Judiciarisation et déjudiciarisation : la part de la poursuite et de la défense. Contribution à la sociologie du droit », *Criminologie*, vol. 33, n° 2, 2000, p. 55.

²⁵ V° D. NORGUET, « Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires : contribution de la CCIP aux réflexions sur la "pénalisation excessive" de l'environnement juridique des entreprises », Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté par l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008, p. 15 ; P. S. A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, pp. 209-226.

²⁶ V° La Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption et les infractions assimilées, Art. 5 ; La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, Art. 22.

²⁷ V° O. SAUTEL, *Le double mouvement de dépenalisation et de pénalisation dans le nouveau Code pénal*, Thèse, Montpellier 1, 1998.

Il se pose alors, dans le cadre de ce mouvement de politique criminelle, le problème de l'identification des modèles de désincrimination, car la dépénalisation est plurielle²⁸. Ainsi par exemple, l'existence des Codes de conduites²⁹ dans le monde des affaires montre une certaine régulation interne qui limite l'intervention du législateur pénal, permettant de ce fait « *d'éviter une mobilisation trop fréquente des incriminations pénales, donc de limiter les effets de la pénalisation en amont de toute action contentieuse* »³⁰.

En matière de politique criminelle, la pénalisation de la vie des affaires peut se substituer à une expérience de dépénalisation et inversement. Cette substitution est parfois due au résultat en demi-teinte obtenu au cours de l'un des processus ou à une protection de la société contre les formes modernes de la délinquance d'affaires, en l'occurrence la cybercriminalité en rapport avec la vie des entreprises³¹. Selon M. DELMAS-

MARTY, à cette politique criminelle de modernisation on peut opposer une politique criminelle de sauvegarde qui est le fait pour le législateur de « *reconnaître de nouveaux droits et d'en assurer la protection par le jeu d'une criminalisation* »³².

Dans ce contexte, la question de l'articulation du droit pénal et du droit des affaires dans l'espace OHADA demeure pour tout juriste, privatiste comme publiciste, spécialiste ou non du droit criminel, un sujet d'une intéressante curiosité³³, car comme le dit le professeur LARGUIER « *l'apparente froideur du monde de la finance cache-plus ou moins bien- la passion qui agite certains "hommes d'affaires" (...). Il est des crimes passionnels d'argent qui peuvent parfaitement s'accompagner de la préméditation calculatrice* »³⁴. Ces crimes constituent des atteintes à l'ordre public économique, à l'ordre social, bref à l'ensemble de la société qui en pâtit³⁵. Et du coup l'insécurité que les uns trouvent dans le droit pénal appliqué à la vie des affaires permet en réalité la sécurité du corps social³⁶.

Force est donc de reconnaître que le droit des affaires ne doit pas être désarmé face aux comportements frauduleux des

²⁸ V° Ch. LAZERGES, « La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail », *Rev. sc. crim.*, n° 3, juillet-septembre 1992, p. 493.

²⁹ V° C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *R.T.D.civ* 2003, pp. 600 et s ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *R.T.D.civ.*, 1995, p. 510 ; M. BRAC, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », in E. CLAUDEL et B. THULLIER (sous la direction de), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi ?*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004, <http://www.glose.org/cedcace.htm> (consulté le 15/09/2016).

³⁰ V° P. RAIMBAULT, « La responsabilité pénale des décideurs et des personnes morales », *Nouvelle Revue Internationale de criminologie*, en ligne, <http://champpenal.revues.org/385>, p. 15.

³¹ V° M. QUEMENER et Y. CHARPENEL, *Cybercriminalité. Droit pénal appliqué*, Economica, Paris, 2010, p. 7, n° 27 ; P. A. TOURE, *Le traitement de la cybercriminalité devant le juge : l'exemple du Sénégal*, Thèse Doctorat, Saint-Louis (Sénégal), 2010 ; Ch. CORNEVIN, « L'arnaque à la nigériane », in la délinquance électronique, *Problèmes politiques et sociaux*, n° 953, octobre 2008, p. 59 ; J. DEVEZE, « A propos de l'évolution

des délits contre les biens », in « Libre droit », *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2006, p. 359 ; Nd. DIOUF, « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », *RSDA*, n° 2,3,4, 2003-2004, p. 63.

³² V° M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1992, p. 306.

³³ V° A. BERNARDI, « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 967.

³⁴ V° J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, Amand Colin, 2001.

³⁵ V° W. FEUGERE, « Pourquoi un droit pénal de l'entreprise ? », *Gaz. Pal.*, janv.-fév. 2005, pp. 129-133.

³⁶ V° J.-C. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *Gaz. Pal.* Janv.-fév. 2005, pp. 134 et s.

acteurs économiques, bien au contraire, la justice pénale doit y jouer un rôle efficace et rapide. La peine placée à côté de l'obligation donne à celle-ci une autorité renouvelée et en garantit l'application ; la pénalisation est appliquée dans ce cas moins pour punir que pour obliger l'acteur économique à faire. C'est pour cette raison que le droit pénal traverse toute la vie de l'entreprise qu'elle soit individuelle ou sociétaire ; il intervient lors de l'établissement ou de la constitution de l'entreprise au cours de son activité ou lorsque les difficultés se produisent et menacent de mener à sa perte.

Dès lors il se pose pour nous la question de la manifestation et des conséquences de cette emprise du droit pénal sur l'activité de l'entreprise. Autrement dit, s'il ne fait aucun doute que le droit pénal a une emprise sur l'activité de l'entreprise, comment se manifeste cette emprise et quelles en sont les conséquences ?

En cours de vie sociale, le risque de fraude est plus grand et le droit pénal se doit d'être présent pour une meilleure sécurisation de l'activité de l'entreprise. Mais on peut constater que les différents impératifs sus-évoqués conditionnent l'emprise du droit pénal sur l'activité de l'entreprise ; emprise qui apparaît parfois irrationnelle et même parfois inutile.

A ces impératifs, s'ajoute une question plus cruciale née de l'éclatement du préalable légal dans le droit OHADA³⁷. En effet, aux termes de l'article 5, al. 2 du Traité OHADA, « *les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Qu'elle soit heureuse ou malheureuse, cette répartition de compétence entre l'OHADA et les Etats parties ne manque pas de poser de sérieux

³⁷ V° S. YAWAGA, « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan 2009, p. 85.

problèmes sur le plan du contentieux³⁸ puisqu'en consacrant la méthode du renvoi législatif, le législateur laisse aux Etats-parties la possibilité de déterminer les peines en matière pénale par l'entremise des Parlements nationaux.

Force est cependant, de constater non sans regret, que ce concours de compétence normative qui, fondamentalement, fait fi du sacro-saint principe de la légalité criminelle³⁹ contrarie l'assainissement de l'environnement juridique des entreprises⁴⁰ qui est l'un des objectifs de l'OHADA et fragilise le droit pénal des affaires qui devient quasi inexistant et pourtant indispensable pour éradiquer l'insécurité juridique constatée à travers la vétusté et la disparité des textes, mais également l'insécurité judiciaire résultant de la faiblesse des systèmes de justice des différents Etats parties.

Au demeurant, il convient de signaler aussi que le droit OHADA ne définit nullement les juridictions compétentes pour juger les infractions prévues dans les Actes uniformes. Ceci étant, il faut considérer la peine applicable pour déterminer la nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle de l'infraction dont s'agit, et conséquemment, la juridiction compétente. Autrement dit, lorsque le droit pénal saisit une activité malveillante de/ ou à l'égard de l'entreprise, à travers les incriminations prévues dans les différents Actes

³⁸ V° Nd. DIOUF, « La place du droit pénal dans le droit communautaire », *Rev. Nouvelles Annales Africaines*, FSJP-UCAD, n° 1, 2007, p. 169 ; E. KITIO, « Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, pp. 317 et s.

³⁹ V° D. J. LEKEBE OMOUALI, *Essai d'analyse du système de répression de la violation des actes uniformes de l'OHADA*, Thèse, UCAD, 2013, pp. 228 et s. ; R. SOCKENG, *Droit pénal des affaires OHADA*, Coll. LEBORD, Presses MINSI Le COMPETING, UNIDA, 1^{ère} éd., 2007, p. 38 et s.

⁴⁰ V° E. KOUAKOU YAO, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Penant* n° 876, juillet-septembre 2011, p. 292.

uniformes, il n'est pas aisé de dire s'il s'agit d'un crime, d'un délit ou d'une contravention⁴¹.

En appréciant la place du droit pénal dans la vie des entreprises de l'espace OHADA telle qu'elle se présente, un double constat s'impose à nous : la coexistence de plusieurs sources d'incriminations et de répression de comportements répréhensibles, d'une part et une appréhension maladroite et peu satisfaisante de l'activité de l'entreprise par le droit pénal OHADA, d'autre part. Un droit pénal éclaté et inachevé, laissant apparaître une diffraction dans le discours pénal. Cette situation s'explique par le fait que dans l'espace OHADA, il n'y a pas que le droit pénal OHADA qui puisse s'appliquer à l'activité de l'entreprise ; d'autres législations pénales sont, à cet effet, aussi mobilisées. On peut ainsi constater que les droits communautaires OAPI, CIMA, CEMAC et UEMOA, par exemple, cohabitent avec le droit pénal de chaque Etat-membre et qu'en même temps, on retrouve dans les différents Actes uniformes des incriminations pour lesquelles la sanction devra être prise par le législateur pénal dans chaque Etat-partie à l'OHADA.

Au contact de l'activité de l'entreprise, le droit pénal saisit aussi bien les comportements répréhensibles de l'entreprise que ceux commis dans l'entreprise à la suite de son activité, ce qui explique la différence observée en fonction de la forme de l'exploitation : il est beaucoup plus présent dans les entreprises sociétaires que dans les entreprises individuelles.

Il ne fait donc aucun doute que le droit pénal exerce une emprise certaine et même une certaine emprise sur l'activité de l'entreprise. Mais cette emprise du droit pénal sur son activité s'exerce de façon inégale (I), provoquant une pluralité de

conséquences sur les acteurs économiques (II).

I. UNE INEGALE EMPRISE DU DROIT PENAL SUR L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE

Certains comportements incriminés par le Code pénal ne s'imposent pas d'emblée au sein de la vie des affaires. Ces infractions peuvent, en effet, être commises par des personnes en dehors de la sphère professionnelle. Cependant, elles peuvent aussi être perpétrées dans un contexte qui les rattache à la vie des affaires, en raison de l'objet sur lequel elles portent⁴².

Au sein des entreprises, on note souvent une disparité des besoins pénaux. Si le droit pénal trouve sa place dans la vie de l'entreprise, c'est lorsqu'une menace plane sur les intérêts des tiers qu'il s'agisse d'un associé de l'infracteur ou d'un de ses créanciers.

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise sociétaire, son dirigeant peut tromper la confiance des associés ou compromettre les intérêts de la société elle-même. Ces malversations justifient alors l'intervention du droit pénal. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, il y a une confusion de patrimoine⁴³ ; il n'y a pas, en principe, de tiers partenaires à protéger. Le commerçant ou l'entrepreneur qui viendrait à se tromper de patrimoine ne pourrait être poursuivi⁴⁴.

La forme de l'entreprise favorise alors l'intervention modulée du droit pénal lorsque l'activité de l'entreprise est florissante (A). Mais nous constatons

⁴² V° M.-C. SORDINO, *Droit pénal des affaires*, éd. Bréal, Paris, 2012, p. 245.

⁴³ V° C. d'HOIR-LAUPETRE, « Patrimoine de l'entrepreneur individuel : outil de crédit...ou de discrédit ? », *Dr et Patr.* Avril 2006, p. 30.

⁴⁴ V° D. DUPUIS, « L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur n'a pas affecté à un usage professionnel : un miroir aux alouettes », *Cah. Dr entr.* 2009, p. 35 ; P. M. REVERDY, « Bilan et perspective de l'insaisissabilité », *J.C.P. E.* 2011, 208.

⁴¹ Le législateur Sénégalais, en se fondant sur la gravité des peines procède à cette classification des infractions. V° C.P. Art. 1^{er}. Il en est de même de son homologue gabonais. V° Art. 1^{er}, 2 et 3 C.P.

qu'en cas de difficultés financières ayant entraîné la cessation des paiements, les droits des créanciers doivent alors être protégés et cet échec de l'activité de l'entreprise légitime la généralisation de l'intervention du droit pénal (B).

A. Une emprise modulée du droit pénal sur l'activité de l'entreprise in bonis

Le droit pénal intervient dans l'activité de l'entreprise pour protéger le tiers créanciers quelle que soit la forme de l'entreprise, individuelle ou sociétaire. L'entrepreneur individuel tout comme le dirigeant social peuvent, par leurs comportements malveillants, compromettre la santé financière de l'entreprise provoquant ainsi la cessation de paiements⁴⁵. C'est pourquoi on assiste à une saisie graduée de l'activité de l'entreprise par le droit pénal ; c'est la forme de l'entreprise qui justifie cette graduation puisque lorsque l'entreprise est individuelle et surtout si elle va bien, le droit pénal n'intervient que de façon marginale, mais lorsqu'il s'agit d'une société commerciale ou coopérative, le droit pénal, au nom des intérêts des associés et de l'entité, retrouve la plénitude de sa force.

Le monde des affaires étant loin d'être composé uniquement des sociétés commerciales ou coopératives, on y retrouve aussi des entrepreneurs⁴⁶, commerçants, artisans ou agriculteurs n'exploitant pas leur activité sous forme sociale⁴⁷, c'est-à-dire des entrepreneurs individuels qui répondent de leurs dettes

⁴⁵ V° AUPC/AP, Art. 25.

⁴⁶ V° AUDCG, Art. 30, al. 1 qui définit l'entrepreneur comme « un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole ».

⁴⁷ V° C. AMBROISE-CASTEROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, Gualino, Lextenso éditions, 3^{ème} éd., Paris, 2012, p. 345.

professionnelles sur leur propre patrimoine⁴⁸.

Dès lors que la capacité juridique appartient à l'entrepreneur personne physique et que l'entreprise n'a pas la capacité décisionnelle, le centre autonome de décision se situe chez l'entrepreneur personne physique⁴⁹ puisqu'il n'y a pas de personnalité morale⁵⁰. Dans ces circonstances, le droit pénal ne trouve qu'une place assez résiduelle⁵¹ dans l'activité de l'entrepreneur individuel (1).

En revanche, l'entreprise sociétaire connaît, dans le cadre de son activité, un ensemble législatif pénal important ; le droit pénal y est presque invasif et parfois inutile^{52/53}. On y retrouve les infractions de droit commun contre les biens ainsi que les infractions de faux. Mais à tous les stades temporels de l'entreprise sociétaire^{54/55}, on peut répertorier des incriminations

⁴⁸ V° J. Le CALVEZ, « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », *D.* 2000, chron., p. 151.

⁴⁹ V° M. GRIMALDI « La réalité de la personnalité morale : les actifs sociaux ne sont pas les actifs successoraux de l'associé décédé », *R.T.D.civ.* 2011, pp. 572 et s.; B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préface H. Le Nabasque, 2 tomes, PUAM, 2006, 699 pages.

⁵⁰ Cette absence de personnalité morale de l'entreprise individuelle entraîne alors une confusion de patrimoine.

⁵¹ V° B. BOULOC, « Le droit pénal dans la vie commerciale », in *Quel Code de commerce pour demain ?*, Litec 2007, p. 28.

⁵² V° B. BOULOC, « La dépenalisation dans le droit pénal des affaires », *D.* 2003, chron., p. 2492 ; J.-H. ROBERT, « Tableau récapitulatif des dépenalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions », *Dr. Pénal* 2005, Etudes n° 3 ; W. JEANDIDIER, « L'art de dépenaliser : l'exemple des sociétés commerciales », *Mélanges Aubert*, Dalloz 2005, p. 469 et s.

⁵³ C'est d'ailleurs pourquoi nous pouvons nous interroger sur la pertinence de certaines nouvelles incriminations dans le droit des sociétés commerciales. En effet, à la lecture de certaines dispositions, on se demande quelles sont les valeurs sociales protégées (V° AUDSC-GIE, Art. 891-1, 891-2).

⁵⁴ V° AUDSC-GIE, Art. 886 à 905.

⁵⁵ V° AUSCOOP, Art. 386 et 387.

pénales : de la constitution de la société à sa disparition en passant par son fonctionnement. Le droit pénal a donc un très large spectre lorsqu'il s'agit d'une personne morale (2).

1. *Les entreprises individuelles*

Dans la vie des affaires, on a coutume de dire que l'argent est inodore et incolore. Cependant, il semble bien que le droit pénal tente de plus en plus à lui en donner une en combattant à travers certaines dispositions nationales et communautaires la présence, dans l'activité des entreprises, des capitaux illicites. Il en est ainsi, par exemple, de la loi sénégalaise n° 2004-09 du 6 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux⁵⁶ ainsi que de la directive n° 02/ 2015/CM/UEMOA du 2 juillet 2015, relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'UEMOA⁵⁷. Ce refus de capitaux illicites constitue, pour certains, un frein à la liberté d'investir⁵⁸, tandis que pour d'autres il participe de la moralisation du monde des affaires.

Ainsi dans le vaste ensemble des atteintes aux biens, une incrimination récente complète la nomenclature, il s'agit du blanchiment⁵⁹ qui est le fait soit de

faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect, soit le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit⁶⁰.

Le blanchiment suppose la réalisation antérieure d'une autre infraction. La directive UEMOA évoque « *un crime ou un délit* », cela signifie qu'il ne peut s'agir d'une contravention. C'est la seule restriction, toutes les autres infractions, toutes les autres formes de criminalité organisée peuvent être poursuivies sur le fondement de ce texte, le proxénétisme, la corruption, la fraude fiscale, le trafic d'œuvres d'art pour ne citer que ceux-là. De manière générale, ce sont les faits qui sont déterminants et il importe peu que celui qui procède au blanchiment connaisse la qualification de l'infraction de référence.

Le blanchiment présente donc des liens avec le recel puisqu'il s'agit aussi là d'une infraction de conséquence⁶¹ qui semble ne connaître ni législation, ni frontière, ni morale du fait que les « *esprits sont ainsi faits qu'au-delà d'un certain seuil, l'acte frauduleux a tendance à perdre son aspect odieux pour devenir un jeu d'écritures abstrait, beaucoup moins suggestif qu'un acte violent* »⁶².

Toutefois, les rapports entre le délit d'origine et le blanchiment sont nettement différents de ceux qui existent entre le recel et le délit d'origine ; il est admis de longue date que le voleur ne peut pas être le receleur du bien qu'il a volé, alors qu'en matière de blanchiment de capitaux,

⁵⁶ V° J.O.R.S. n° 6154 du 27 mars 2004.

⁵⁷ Dans la zone CEMAC, c'est le Règlement CEMAC n° 01/031 du 4 avril 2003 portant prévention et répression du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme en Afrique Centrale.

⁵⁸ V° M.-C. GUERIN, « La liberté d'entreprendre limitée par la rigueur du blanchiment : l'indispensable garantie de capitaux licites », *Dr. Pénal* 2009, n° 9, Etudes 21, pp. 33-37.

⁵⁹ V° Nd. DIOUF, « Le traitement du blanchiment des capitaux », *R.S.D.A.*, n° 5, 2007, pp. 174 à 225 ; J.-H. ROBERT, « Réflexion sur la nature de l'infraction de blanchiment d'argent », *J.C.P.* 2008, I, 146 ; Ph. CONTE, « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », *J.C.P.* 2005, I, 126 ; P. NERAC, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *AJ pénal* 2006, p. 440 ; C. MASCALA, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment de capitaux », *Dr. et patr.* Juin 2006, n° 149, p. 75 ;

J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La lutte contre le blanchiment d'argent : l'évolution des obligations du banquier », *AJ pénal* 2006, p. 429.

⁶⁰ V° Directive n° 02/ 2015/CM/UEMOA du 2 juillet 2015, Art 7.

⁶¹ V° en ce sens, Com. 2 janv. 2003, *Rev.sc.crim.* 2004, p. 351, obs. Ottenhof.

⁶² V° Préface de l'ouvrage de Jean-François HERAIL, P. RAMAEL, *Blanchiment d'argent et crime organisé*, PUF, 1996.

l'auteur de l'infraction d'origine peut aussi être poursuivi pour blanchiment.

Lorsque l'entrepreneur est tenu d'une obligation de somme d'argent, il se doit d'exécuter son obligation et pour l'effectuer, il faudra utiliser la monnaie, c'est-à-dire l'instrument légal des paiements. Il peut s'agir de la monnaie fiduciaire⁶³ et dans ce cas, le paiement ne pose pas de difficultés majeures puisqu'il est généralement instantané. En revanche, des difficultés peuvent naître si le paiement doit être fait par la deuxième forme de monnaie qu'est la monnaie scripturale⁶⁴. La difficulté vient de ce que la réception des fonds par le créancier n'est pas concomitante à la création du titre qui porte paiement. Il est alors à redouter que le titre émis ne puisse pas finalement permettre le désintéressement du créancier pour quelle que cause que ce soit.

De ce fait, pour sécuriser les transactions, il est donc important de rassurer le créancier qui sera payé par ce moyen qu'à défaut de l'être, il dispose d'importants moyens de pression contre le débiteur indélicat. Le moyen le plus redoutable demeure l'institution des sanctions pénales devant réprimer les mauvais comportements en la matière érigés alors en infractions. Surtout, on a vu prospérer à côté du chèque une autre forme de paiement instantané qui recueille ces dernières années les faveurs des clients des établissements bancaires : c'est la carte de paiement⁶⁵.

Ainsi convaincue de son rôle de régulation de l'économie de la sous-région, l'UEMOA, à travers deux textes⁶⁶, a

soumis aux Etats membres un projet de loi uniforme que chaque Etat membre a fait adopter, sans possibilité de modification, par ses institutions compétentes en la matière.

Sur ces fondements, les interventions du législateur sénégalais en matière de droit pénal du chèque ont abouti à la dépénalisation de l'émission de chèque sans provision⁶⁷ à travers la loi uniforme n° 2008-48 du 3 septembre 2008 relative à la répression des infractions en matière de chèque, de carte bancaire et d'autres instruments et procédés électroniques de paiement⁶⁸. Mais cette dépénalisation n'a pas réduit à néant le droit pénal du chèque, elle n'a pas asséché le droit pénal du chèque, car de nombreuses infractions subsistent en matière de chèque et des délits assimilés ou encore l'émission d'un chèque en violation d'une interdiction bancaire ou judiciaire. La loi uniforme a maintenu certaines infractions jadis assimilés, à l'émission de chèque sans provision et en a créée d'autres.

Un constat s'impose cependant : la répression des infractions liées à l'utilisation du chèque sont devenues plus sévères⁶⁹. Cette sévérité se traduit par l'instauration de la fixité des peines d'emprisonnement et des amendes, ce qui contribue à une répression uniforme de ces infractions dans l'espace UEMOA.

Les clients et les fournisseurs désirant se renseigner sur la solvabilité de leur cocontractant commerçant exigent de lui les informations nécessaires, ce qui n'est pas toujours facile à obtenir, le chef

⁶³ C'est le moyen de paiement constitué par des billets de banque ou des pièces métalliques.

⁶⁴ Il s'agit d'un moyen de paiement constitué par les dépôts à vue dans les banques ou aux chèques postaux.

⁶⁵ Il s'agit de la carte de retrait ou de la carte de crédit.

⁶⁶ V° Le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et la Directive n° 08/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002

portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux.

⁶⁷ V° J. A. NDIAYE, « Feu le délit d'émission de chèque sans provision : essai de réflexion sur la dépénalisation passée presque inaperçue », *Bull. des arrêts de la C.S. du Sénégal*, n° 1-2, décembre 2010, pp. 121 à 132.

⁶⁸ V° JORS n° 6453 du 7 fév. 2009.

⁶⁹ Contrairement à la loi sénégalaise de 1996 qui réprimait de façon modulée les infractions en matière de chèque, en prévoyant pour chaque infraction des peines plancher et plafond.

d'entreprise estimant alors qu'il est seul responsable de la gestion de ses affaires et qu'il n'est par conséquent tenu de donner des informations ou des explications à personne, tant qu'il est en mesure d'exécuter ses engagements⁷⁰.

C'est fort de cela que le législateur OHADA a, dans l'article 69 AUDCG, clairement défini les infractions relatives au non-respect des formalités prescrites pour une bonne et juste information des tiers. Cet article dispose que :

« *Toute personne tenue d'accomplir une des formalités prescrites au présent Acte uniforme, et qui s'en est abstenue, ou encore qui a effectué une formalité par fraude, est punie des peines prévues par la loi pénale nationale, ou le cas échéant par la loi pénale spéciale prise par l'Etat partie en application du présent Acte Uniforme.*

S'il y a lieu, la juridiction qui prononce la condamnation ordonne la rectification des mentions et transcriptions inexactes ».

Il s'agit, en ce qui concerne les formalités relatives au RCCM, de l'obligation d'immatriculation pour les commerçants, et de celle de la déclaration d'activité pour les entrepreneurs. Les infractions susceptibles d'être relevées à la charge de l'assujetti délinquant⁷¹ peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les infractions d'omission et celles de commission.

En effet, l'assujetti peut commettre des fraudes lors de l'opération d'inscription ou de déclaration d'activité, par exemple, des inexactitudes ou des incomplétudes dans la déclaration ou l'inscription ou encore la fourniture de fausses pièces⁷².

⁷⁰ V° Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, tome 1, 8^{ème} éd. Economica, Paris, 1994, p. 967.

⁷¹ V° P.-G. POUGOUE et A. FOKO, *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, Yaoundé, 2005, n° 167-1, p. 214 ; P. A. SANTOS, OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés* (Acte uniforme relatif au droit commercial général), Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 228.

⁷² V° AUS, Art. 65.

Quant aux infractions d'omission, elles consistent au fait, pour les personnes physiques assujetties à l'obligation d'immatriculation ou de déclaration d'activité au RCCM, de s'en être abstenues aussi bien en ce qui concerne l'obligation d'inscription ou de déclaration d'activité initiale⁷³ que celle des inscriptions ou de déclarations ultérieures⁷⁴.

On peut assimiler au défaut d'inscription ou de déclaration d'activité initiale le fait pour une personne inscrite ou déclarée au RCCM, de ne pas indiquer sur ses factures, bons de commande, tarifs, documents commerciaux ainsi que toutes ses correspondances, son numéro et son lieu d'immatriculation⁷⁵. Ces manquements sont pénalement sanctionnés.

Concernant les artisans, l'article 16, al. 2 du Règlement N° 01/ 2014/ CM/ UEMOA, portant Code communautaire de l'artisanat de l'UEMOA incrimine l'emploi illicite du titre de maître artisan quand la personne n'a pas cette qualification professionnelle.

Ces incriminations spécifiques aux personnes physiques sont caractérisées par leur incohérent éparpillement. Aussi, il est à noter l'inexistence du droit pénal comptable pour les commerçants et les artisans ; les exigences comptables de l'AUDCG ne sont assorties d'aucune sanction pénale en cas de violation, au contraire du droit pénal des entreprises sociétaires pour lequel le législateur renvoie quand même à la législation nationale pour une réponse pénale.

2. Les entreprises sociétaires

Au contraire du droit pénal applicable aux entrepreneurs individuels, le droit pénal des sociétés connaît un champ d'incrimination plus vaste ; le droit pénal y est plus présent et plus riche en incriminations dans le souci de protéger tant la richesse de la société contre les

⁷³ V° AUDCG, Art. 44, 46, 62 et s et 108.

⁷⁴ V° AUDCG, Art. 55.

⁷⁵ V° AUDCG, Art. 59, al. 3.

malversations de ses dirigeants que la comptabilité de l'entreprise.

En effet, la société commerciale est créée pour gagner de l'argent et non pour en perdre. Cette prospérité recherchée par les associés est instrumentalisée par les dirigeants sociaux. Au départ, porteurs de cette espérance des associés, les dirigeants sociaux peuvent décevoir à l'arrivée. Cet échec, généralement accidentel, peut-être la résultante des facteurs de divers ordres externes et internes. Les facteurs externes sont difficilement maîtrisables par les dirigeants. La ruine de l'entreprise peut provenir d'un simple changement de paramètres dans l'environnement local, national ou international. En revanche, il est possible d'encadrer les facteurs internes et de contenir les comportements qui peuvent conduire à la dérive de la société commerciale. Cela passe par l'exécution par chaque protagoniste de ses obligations qui sont également des droits pour les autres protagonistes.

La société met aux prises en son sein de nombreux intérêts, puisque sont concernés, non seulement les associés, mais également les droits des obligataires, des créanciers. Il est alors « *essentiel d'assurer son fonctionnement normal; et les règles pénales vont avoir pour objet de protéger tous ceux qu'une gestion frauduleuse, voire simplement trop imprudente, mettrait en péril* »⁷⁶.

Au centre de cette chaîne d'intervenants dans la vie sociale pour encadrer son fonctionnement et contribuer à sa réussite, se trouvent les dirigeants sociaux⁷⁷ qui ont tout pouvoir pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat⁷⁸ spécial. Ils sont investis d'importants pouvoirs dont ils peuvent, parfois, être tentés d'abuser soit par action, soit même par omission.

⁷⁶ J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Paris, Armand Colin, 11^{ème} éd., 2004, n° 369, p. 336.

⁷⁷ V° J. AYANGMA AYANGMA, *Le dirigeant des sociétés commerciales*, t. 1 et 2, L'Harmattan, 2014.

⁷⁸ V° AUDSC-GIE, Art. 121 et s.

Les tiers qui contractent avec le groupement doivent pouvoir également établir des relations de confiance, fondées sur une juste vision et appréciation de sa situation financière et comptable. Alors qu'ils sont censés être les conseillers des dirigeants sociaux, les Commissaires aux comptes, au lieu de défendre les intérêts des associés, peuvent se poser parfois comme des « *complices* » de l'action prédatrice de certains dirigeants sociaux. C'est pour cela que le législateur OHADA a tenu à réprimer certains de leurs comportements répréhensibles.

Dans cette phase de fonctionnement et à la différence de l'étape de constitution, le droit pénal occupe, en premier plan, une place de protection et de défense de biens juridiques divers, méritant l'intervention pénale. Il ne pouvait en être autrement, car cette phase est celle pendant laquelle la personne morale déploie son activité.

D'abord, dans le cadre de la gestion de la personne morale, les dirigeants peuvent porter atteinte au droit des porteurs de titres de participer à la vie sociale tout comme ils peuvent abuser des biens et du crédit de la société.

Généralement, les associés ne peuvent intervenir dans la vie sociale qu'en leur qualité de membre de l'assemblée générale. Ce sont alors leurs droits au sein de celle-ci qui doivent être pénalement garantis. Ces droits sont nombreux et divers, allant de la convocation de l'assemblée à la tenue de celle-ci, en passant par l'exercice du droit de vote et l'accès à l'assemblée.

Toutefois, il apparaît que le législateur OHADA ne réprime pas la réunion de l'assemblée. Ainsi, la non-convocation à l'assemblée et la non-convocation de l'assemblée ne sont pas pénalement sanctionnées en droit OHADA, ce qui nous paraît incohérent et à la limite curieux. Cette exclusion du champ pénal nous paraît d'autant plus curieuse que le liquidateur⁷⁹ qui ne convoque pas « *les*

⁷⁹ En cas de dissolution de la société, les fonctions des dirigeants prennent fin et c'est le liquidateur qui

associés, en fin de liquidation, pour statuer sur le compte définitif de la liquidation, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation»⁸⁰ ou qui « n'a pas convoqué les associés, au moins une fois par an, pour leur rendre compte des états financiers de synthèse en cas de continuation de de l'exploitation sociale »⁸¹, encourt une sanction pénale.

En revanche, le déroulement de l'assemblée fait l'objet de protection, puisque sont pénalement protégés l'accès à l'assemblée et la constatation de la tenue et du déroulement de ladite assemblée. En effet, l'article 891-3 AUDSC vise l'entrave à la participation d'un associé à une assemblée lorsqu'il dispose qu'« encourt une sanction pénale, ceux qui, sciemment, ont empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale ». Il en est de même de l'article 892 qui prévoit qu'« encourt une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, sciemment, n'établissent pas les procès-verbaux d'assemblées générales dans les formes requises par le présent Acte uniforme ». Est ainsi incriminée la non constatation des décisions de toute assemblée d'associés par un procès-verbal signé des membres du bureau mentionnant: la date et le lieu de la réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'actions participant au vote et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes et en cas d'assemblée tenue par visioconférence ou par tout autre moyen de télécommunication, tout incident technique survenu au cours de ladite assemblée⁸².

Ensuite, le droit pénal sanctionne les dirigeants et le liquidateur qui détourneraient les biens de la société à leur

profit, grâce à l'incrimination de l'abus de biens sociaux⁸³. Les abus incriminés portent sur des valeurs patrimoniales que représentent les biens sociaux ou le crédit de la société⁸⁴.

Les abus incriminés sont tous caractérisés par un usage contraire à l'intérêt social. Les biens sociaux correspondent à l'ensemble de l'actif mobilier et immobilier de la société destiné à l'intérêt social. En revanche, le crédit social, c'est « la confiance » qui s'attache à la société en raison de son capital, de la nature des affaires et de sa bonne marche⁸⁵.

Mais quel qu'en soit l'objet, l'abus nécessite un double élément matériel : il suppose d'abord, un usage⁸⁶ qui doit être ensuite, contraire à l'intérêt social. L'abus de biens sociaux est donc destiné à punir les détournements faits au préjudice de la société, et trahissant la confiance des associés.

Pour éviter que les dirigeants sociaux se livrent facilement à des actes d'aliénation du patrimoine social, le législateur a prévu tout un système de contrôle de sa gestion⁸⁷. Le législateur aborde la question du contrôle sous un double aspect : d'une part la répression des infractions au contrôle, commises par les dirigeants de la société et qui constituent alors un obstacle à ce contrôle⁸⁸, d'autre part les infractions commises par les commissaires aux comptes eux-mêmes, dans l'exercice de

représente la société qu'il engage (V° AUDSC-GIE, Art. 230).

⁸⁰ V° AUDSC-GIE, Art. 902, 2°).

⁸¹ V° AUDSC-GIE, Art. 903, 4°).

⁸² V° AUDSC-GIE, Art 535.

⁸³ V° en ce sens, Cass. Crim., 19 oct. 1971, *Bull. crim.* n° 272.

⁸⁴ V° AUDSC-GIE, Art. 891 et 904, 1°).

⁸⁵ V° M.DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, tome 2, Paris, PUF 1990, p. 286.

⁸⁶ Cet usage peut être une action ou même une abstention. V° H. BONNARD, « Infractions relatives aux sociétés à responsabilité limitée », *JCP* 1987, p. 6. n° 29; également, Cass. Crim. 15 mars 1972, *Revue des Sociétés* 1973, p. 357 : le gérant s'était abstenu de réclamer à une S.A dont il est par ailleurs un administrateur le paiement de livraisons faites à celle-ci.

⁸⁷ V° AUDSC-GIE, Art. 289-1 pour les SNC, 376 pour les SARL, 694 pour les SA et 853-13 pour les SAS.

⁸⁸ V° AUDSC-GIE, Art. 897 et 900.

leur fonction et qui se présentent sous forme d'un refus de contrôle^{89/90}.

Le déploiement du droit pénal qui se fait de façon suffisamment modulée lorsque l'activité de l'entreprise est positive apparaît, en revanche, très uniforme et généralisée lorsque celle-ci connaît une méforme financière. Ainsi, personne physique et personne morale sont soumises au même régime pénal en cas de cessation des paiements, preuve de l'échec de l'activité de l'entreprise.

B. Une emprise généralisée en cas d'échec de l'activité de l'entreprise

Malgré la tristesse de son sort lorsque la ruine la guette, l'entreprise en difficulté reste exposée aux foudres de la répression pénale et son dirigeant court un risque pénal. En effet, l'échec de l'entreprise peut constituer un contexte propice à la commission d'actes illicites constituant un danger pour l'activité mais aussi pour les intérêts de ceux qui y participent⁹¹. C'est la raison pour laquelle, en plus de la faillite, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC/AP) a consacré des incriminations pénales qui apparaissent encore plus nécessaires. Ce texte qui organise la réglementation des entreprises en difficulté, incrimine pénalement la banqueroute et les délits assimilés⁹². Pour les sanctions, il renvoie aux peines prévues par les lois en vigueur dans les Etats-parties.

Les infractions sont très nombreuses. On peut, cependant, les classer en tenant compte de la qualité de leur auteur. On se rend compte alors qu'il y a les infractions commises par le débiteur et les dirigeants

sociaux : ce sont les banqueroutes et délits assimilés. Il y a aussi les infractions commises par d'autres personnes, notamment les parents, alliés et mandataires judiciaires.

Dans cette perspective, la qualité de l'auteur de l'échec devient indifférente dans l'application du droit pénal (1) et au-delà le droit pénal, dans son œuvre de généralisation, produit des effets collatéraux sur certaines personnes (2).

1. L'indifférence de l'auteur de l'échec de l'activité : la banqueroute

Dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif, le droit pénal ne se préoccupe pas de la forme de l'entreprise en cessation des paiements ; il englobe l'entrepreneur individuel, le dirigeant de l'entreprise sociétaire, l'artisan, l'agriculteur, les tiers et le représentant de la personne morale, dirigeante d'une personne morale dans une seule et même infraction ayant pour socle la banqueroute.

En effet, peuvent être déclarés en banqueroute toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole et tous les associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants⁹³. On assiste à une extension du champ d'application de la banqueroute même aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire⁹⁴.

En revanche, la banqueroute ne peut être retenue lorsque la personne qui exerce l'activité se trouve dans un cas d'incapacité de protection, par exemple un mineur non émancipé, un majeur en tutelle ou en curatelle.

Bien évidemment, sont concernés les personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux

⁸⁹ V° AUDSC-GIE, Art. 716 et 899.

⁹⁰ V° B. BOULOC, « La liberté et le droit pénal », *Revue des Sociétés* 1989, pp. 377-396 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, T.1, Paris, Economica, 7^e éd., 1992, p.393.

⁹¹ V° C. MASCALA, « La banqueroute : préserver l'entreprise contre l'entrepreneur ? », *Dr. Pénal* n° 9, sept. 2009, p. 28.

⁹² V° AUPC/AP, Art. 226 à 246.

⁹³ V° AUPC/ AP, Art. 227.

⁹⁴ Cette extension est le fait du nouvel Acte uniforme adopté à Grand Bassam le 10 septembre 2015 et entré en vigueur le 24 décembre 2015.

procédures collectives et les personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes de personnes morales⁹⁵ ; ils sont passibles de délits assimilés à la banqueroute.

Dès lors, il n'est pas nécessaire que la personne morale soit elle-même commerçante ; le seul exercice d'une activité économique suffit. En outre, la personne morale peut ne pas être une société car le texte s'applique également aux GIE et aux associations.

Ainsi, le délinquant dirigeant d'une personne morale de droit privé risque en plus de tout le panel des incriminations du droit des sociétés commerciales ou coopératives, celles du droit pénal des procédures collectives d'apurement du passif.

Il peut s'agir de dirigeants de droit ou de fait⁹⁶ ou plus généralement « *de toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou aux lieux et places de ses représentants légaux* »⁹⁷. En application de la loi française de 1966, la jurisprudence avait retenu le délit de banqueroute à l'encontre d'une associée d'une SARL qui « *est intervenue directement dans la gestion de l'entreprise, s'intitulant elle-même dans les effets commerciaux comme l'un des gérants, et qui se trouvait, en raison de sa position prépondérante "cogérante de fait"* »⁹⁸.

Illustration en négatif du principe de non-ingérence qui tout à la fois s'impose

⁹⁵ V° AUPC/ AP, Art. 230.

⁹⁶ V° L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J. 1990 ; J.-F. BARBIERI, « Immixtion dans la gestion d'une filiale et responsabilité de la société mère », *Rev. sociétés* 2004, p. 418 ; G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », *J.C.P. CI.* 1980, 8560 ; J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens) », *D.* 1975, *Chron.* p. 41, n° 5.

⁹⁷ V° AUPC/AP, Art. 230.

⁹⁸ V° Crim. 23 janvier 1978, *Bull. crim.* 24 ; 16 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1976. 2. 640.

au tiers et le préserve, l'immixtion dans l'activité du débiteur est la situation dans laquelle le tiers acquiert la qualité de dirigeant de fait⁹⁹. En participant activement à la gestion du débiteur, en prenant seul des décisions importantes sans avoir été régulièrement investi du pouvoir de le représenter, le dirigeant de fait exerce, parfois, son activité entrepreneuriale au mépris de dispositions légales. C'est aussi celui-là qui, par son comportement, a été mis en mesure de peser sur le sort commercial et financier de l'entreprise¹⁰⁰. À cet égard, un certain nombre de partenaires privilégiés de l'entreprise, comme les établissements bancaires, les notaires, les commissaires aux comptes ou encore les associés peuvent être qualifiés de dirigeants de fait¹⁰¹ ou même l'Etat¹⁰².

Ayant pour objectif la protection des intérêts des tiers, en l'occurrence ceux des créanciers, mis en mal par la gestion malhonnête ou les comportements frauduleux de l'entrepreneur individuel ou du dirigeant social, le législateur incrimine de tels comportements sous le vocable de

⁹⁹ V° D. NZOUABETH, « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. des procédures collectives* n° 4, décembre 2007, pp. 192 et s.

¹⁰⁰ V° en ce sens, Cass. com., 16 avr. 1996, *D.* 1996, inf. rap. p. 138. - Cass. com., 2 nov. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. Poracchia.

¹⁰¹ V° Y. COLIN, « La responsabilité pécuniaire du dirigeant d'entreprise en cas de faillite : l'action en comblement de passif », *Dr. sociétés* 1998, *chron.* n° 5.

¹⁰² V° en ce sens, T. conflits, 23 janv. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 706 note Y. Guyon ; *D.* 1989, *jurispr.* p. 367, note P. Amsleck et F. Derrida ; *Gaz. Pal.* 1989, II, 579, note D. Plantamp ; J. MESTRE, « Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficulté », *RJ com.* 1983, numéro spécial 1983 ; C. CHAMPAUD, « La responsabilité des organes publics et para publics », *RJ com.* sept.-oct. 1976 ; S. REZGUI, « La responsabilité de l'administration fiscale dans le prolongement ou la cessation de l'activité de l'entreprise », *Les Petites Affiches*, 15 mai 1989.

banqueroute¹⁰³. En réalité la loi ne cherche pas à punir l'échec commercial ou la cessation des paiements due aux circonstances économiques ou conjoncturelles, mais de dissuader et réprimer pénalement la personne physique qui a adopté un comportement volontairement délictuel en dépouillant, par exemple à son profit direct ou indirect, l'entreprise.

A cette liste de personnes susceptibles de subir les foudres du droit pénal en cas de difficultés financières, s'ajoutent les mandataires judiciaires^{104/105}, les créanciers¹⁰⁶ ainsi que les parents¹⁰⁷ et alliés. Aux termes des dispositions des articles 228 et 229 AUPC/AP, le délit de banqueroute suppose un état de cessation des paiements.

Même si le juge des procédures collectives s'est déjà prononcé, l'autonomie du droit pénal subsiste, car le juge pénal peut retenir une date de cessation des paiements autre que celle qui a été retenue par le juge des procédures collectives¹⁰⁸. Mais toujours est-il qu'avec l'AUPC/AP, c'est la cessation des paiements qui constitue une condition de la banqueroute et non absolument le jugement constatant cette cessation.

Derrière une étrange singularité dans la qualification du délit de banqueroute, se

cache une pluralité puisqu'il s'agit d'une infraction protéiforme ; il existe de multiples cas de banqueroutes.

Ainsi, tous les comportements qui, pour un dirigeant social, pourraient être appréhendés sous le prisme des infractions liées à la gestion, telles que les infractions comptables ou l'abus de biens sociaux¹⁰⁹ sont, du fait de la cessation des paiements, qualifiés de banqueroute simple ou frauduleuse selon les cas.

En effet, la banqueroute simple est réalisée si la personne en état de cessation des paiements a employé de moyens ruineux¹¹⁰ ou une comptabilité incomplète ou irrégulière, a contracté sans recevoir des valeurs en échange, des engagements trop importants eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractées, ou si sans excuse légitime, elle ne fait pas déclaration à la juridiction compétente de son état de cessation des paiements dans les trente jours, ou enfin si, ayant été, déclarée deux fois en état de cessation des paiements en cinq ans, ces procédures ont été clôturées pour insuffisance d'actif.

Tandis que pour la banqueroute frauduleuse, le législateur OHADA incrimine la soustraction de la comptabilité, l'exercice des fonctions de commerçant contrairement aux interdictions, le paiement à un créancier au préjudice de la masse, après la cessation des paiements, la stipulation avec un créancier des avantages particuliers en raison de son vote dans les délibérations de la masse.

De même, il sanctionne des peines de banqueroute frauduleuse, toute personne assujettie à une procédure de redressement judiciaire qui, de mauvaise foi, présente un état financier inexact ou incomplet ou qui

¹⁰³ V° J.-H. ROBERT, « Banqueroute et autres infractions : reprises à petits points. Commentaire des dispositions pénales de l'ord. N°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Dr. Pénal* 2009, comm. 34 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Les apports en droit pénal de l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *AJ pénal* 2009, p. 351.

¹⁰⁴ V° AUPC/AP, Art. 1-3 selon lequel le mandataire judiciaire est « l'expert au règlement préventif et le syndic de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ».

¹⁰⁵ V° AUPC/AP, Art. 243.

¹⁰⁶ V° AUPC/AP, Art. 244.

¹⁰⁷ V° AUPC/AP, Art. 241.

¹⁰⁸ V° en ce sens, Cass. crim., 18 nov. 1991, *B.* 415, *J.C.P* 1993, II, 22102, note Sordine ; *J.C.P* 1992, I, 3634, n° 17 et *J.C.P. E* 1992, 195, n°17 obs. Carbrillac ; *Rev. Proc. Coll.* 1992, p.319, obs. Devèze ; 21 juin 1993, *B.* 217.

¹⁰⁹ V° en ce sens, Cass. crim. 24 sept. 2008, *AJ pénal* 2008, p. 506, obs. Royer ; *Dr. Pénal* 2009, comm. 10, obs. Robert ; *Dr. Sociétés* 2009, p. 174, obs. Matsopoulou.

¹¹⁰ V° en ce sens, Cass. crim. 12 mars 1998, *RTDcom.* 1998, p. 960, obs. Bouloc ; *Crim.* 13 mai 1991, *J.C.P E* 1992, n° 1, I, 106, obs. Devèze et Dana.

accomplit des actes interdits sans autorisation judiciaire.

Pour s'assurer de l'effectivité de la gestion encadrée de l'entreprise soumise à la procédure collective, le législateur incrimine toute une série de comportements, c'est le cas notamment de l'interdiction de tout acte et de tout paiement, de la prohibition de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité, ou encore de la violation des interdictions et déchéances¹¹¹.

Dans ce processus de généralisation, il apparaît que l'entreprise n'a pas seulement à craindre de ses propres dirigeants, elle doit aussi être protégée de tiers qui mal pensant et mal agissant voudraient profiter de la méforme financière de l'entreprise. Ces personnes sont en quelque sorte victimes de la large palette pénale mise en place pour sanctionner l'entrepreneur malhonnête.

2. Les dégâts collatéraux de la généralisation : les délits assimilés et connexes

Cette généralisation de la répression vise non seulement les entrepreneurs individuels et les dirigeants de sociétés commerciales ou coopératives, mais aussi d'autres délinquants qui peuvent être des complices de l'entrepreneur ou des auteurs de comportements malveillants au préjudice de l'entreprise en difficulté.

L'AUPC/AP a prévu à côté de la banqueroute, d'autres séries d'infractions qui sont connexes à celle-ci. C'est ainsi que les articles 240 à 246 visent les autres infractions, c'est-à-dire des infractions commises par des tiers ou des parents du débiteur et qui sont punies des mêmes peines que la banqueroute frauduleuse. Ainsi la loi punit-elle les personnes qui interviennent dans la gestion de la société en difficulté à un titre indéterminé : les tiers. Il s'agit en fait de toute personne

accomplissant un des trois actes incriminés à l'article 240 AUPC/AP.

D'abord, il y a le recel des biens du débiteur. En fait, le législateur sanctionne « *les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles* ». Ce qui n'empêche toutefois pas d'autres sanctions pénales, car l'article précise : « *le tout sans préjudice des dispositions pénales relatives à la complicité* ».

Il y a ensuite la supposition de créances, incriminée par l'article 240 AUPC/AP. C'est le fait des personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit dans la procédure collective, des créances supposées ; qu'elle qu'en soit la manière : soit en leur nom, soit par l'interposition ou supposition de personne. Cette infraction ne constitue pas un cas de complicité. Il n'est pas nécessaire que le coupable ait agi dans l'intérêt du débiteur, encore moins qu'il ait agi en accord avec ce dernier.

Enfin, est prévue l'interposition de personne, car la loi incrimine le fait pour des personnes qui, de mauvaise foi, ont détourné ou dissimulé une partie de leurs biens, ou tenté de le faire, alors qu'elles exerçaient leur activité sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé.

L'article 241 AUPC/AP incrimine le fait du conjoint, ou des ascendants, descendants, collatéraux, alliés du débiteur qui auraient détourné, diverti ou recelé des effets dépendant de l'actif du celui-ci lorsqu'il est soumis à une procédure collective. Mais les auteurs de tels actes ne doivent pas être de connivence avec le débiteur, car l'article précise : « *à l'insu du débiteur* ». S'ils avaient agi de concert avec le débiteur, celui-ci serait coupable de banqueroute et eux, de complicité. Dans ce cas, comme dans celui des infractions des tiers, même s'il y a relaxe des prévenus, la juridiction statue sur les dommages-intérêts et sur la réintégration, dans le

¹¹¹ V° AUPC/AP, Art. 229.

patrimoine du débiteur, des biens, droits ou actions soustraits¹¹².

Quant aux créanciers de l'entreprise, l'article 244 AUPC/AP sanctionne d'abord le créancier qui, après la cessation des paiements de son débiteur, aura stipulé avec lui ou avec toute personne, des avantages particuliers, ensuite qui aura fait un prêt particulier qui met à la charge de l'actif du débiteur un avantage.

Le législateur semble en faire deux cas distincts d'infractions. Le premier est constitué par la simple stipulation en raison de son vote dans les délibérations de la masse ; le second est réalisé par la création d'un traité duquel résulte en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective.

Il n'y a pas que les entrepreneurs, leurs proches ou leurs créanciers comme seuls délinquants ; les mandataires judiciaires eux-mêmes peuvent être concernés. En effet, profitant de l'échec de l'activité de l'entreprise, ces personnes peuvent, dans le cadre de leur mission, afficher des comportements pénalement punissables. Parfois même ces mandataires se comportent en véritables délinquants d'affaires. C'est pourquoi, ils sont la cible du législateur pénal à travers l'article 243 l'AUPC/AP qui incrimine le fait pour tout mandataire judiciaire d'exercer une activité professionnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements, de disposer du crédit ou des biens du débiteur comme des siens propres¹¹³, de dissiper les biens de celui-ci.

En plus est sanctionné le mandataire judiciaire qui poursuit abusivement et de mauvaise foi, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur, ou qui se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur. Dans ce dernier cas, la juridiction doit prononcer

¹¹² V° AUPC/AP, Art. 242.

¹¹³ Ceci n'est pas sans rappeler la définition de l'abus de biens sociaux de l'article 891 AUDSCGIE.

la nullité de l'acquisition et statuer sur les dommages-intérêts.

Il ressort au terme de l'analyse du caractère inégalitaire de l'influence du droit pénal sur l'activité de l'entreprise que les entrepreneurs individuels subissent moins la pression pénale, contrairement aux personnes morales. Cette géométrie variable de l'action pénale sur l'activité de l'entreprise explique en grande partie la diversité de conséquences observées tant sur les pénalement responsables que sur l'articulation de la responsabilité.

II. UNE PLURALITE DE CONSEQUENCES DE L'EMPRISE DU DROIT PENAL SUR L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE

Sont pénalement responsables ceux qui ont l'obligation de répondre des infractions commises et de subir une peine correspondante fixée par le texte qui les réprime. Les dirigeants sociaux, qu'ils soient des dirigeants de droit, des dirigeants de fait¹¹⁴, ou des dirigeants apparents ou occultes¹¹⁵, n'échappent pas à la règle¹¹⁶. En effet, le dirigeant social peut être déclaré pénalement responsable

¹¹⁴ Le dirigeant de fait est une personne qui, en toute indépendance et liberté, exerce une activité positive de gestion et de direction de la société sous le couvert et aux lieux et places du dirigeant de droit.

¹¹⁵ Au sujet de ces dirigeants, il convient de préciser que l'AUDSCGIE ne vise expressément que les dirigeants de droit, contrairement à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui concerne tous les dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait, apparents ou occultes.

¹¹⁶ V° C. MASCALA, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », *JCP*, n°3, 2001, p. 22 ; B. NJOYA NKAMGA, *Les dirigeants sociaux*, thèse, Université de Dschang, 2007, p. 333 et s. ; J.-J. MILINGO ELLONG, « De la responsabilité pénale des dirigeants sociaux dans l'espace communautaire de l'OHADA », contribution rédigée lors de l'Université d'été 2009 du Club Horizon OHADA, tenue à l'Université d'Orléans, sur la bonne gouvernance, <http://www.ohada.com/content/newsletters/643/Dossier-Pedagogique>, pp. 63-66.

en sa qualité d'organe de la société mais il peut aussi, l'être en sa qualité de chef d'entreprise investi d'un pouvoir de commandement et d'instruction.

La responsabilité pénale d'une personne est engagée lorsqu'elle commet une infraction à la loi sanctionnée par une peine. Ainsi, il arrive que ce soit la responsabilité pénale de l'entrepreneur individuelle qui soit recherchée ou celle du dirigeant ou de son préposé. Mais de plus en plus et dans le cadre de certaines activités, la personne morale elle-même court un risque pénal, c'est-à-dire le risque d'engager sa propre responsabilité pénale.

Dans ce contexte, on compte dans le cadre de l'activité d'une entreprise, plusieurs personnes pénalement responsables (A), ce qui est de nature à rendre un peu délicate l'articulation des différentes responsabilités (B).

A. Une pluralité de pénalement responsables

La vie des affaires est conduite à la fois par des personnes physiques qui ont la qualité de commerçant ou d'entrepreneur et des personnes morales qualifiées de sociétés commerciales ou coopératives. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre catégorie, leurs activités sont menées par des personnes physiques, soit pour leur propre compte dans le premier cas, soit pour le compte d'autrui dans le second.

Pour améliorer leurs performances économiques, ces personnes seront parfois tentées de commettre des infractions quel que soit leur domaine d'activité. La commission d'une infraction au sein d'une entreprise peut engendrer, potentiellement, de nombreuses responsabilités pénales : subordonné, dirigeant ou encore personne morale. En certaines circonstances, la responsabilité du dirigeant s'ajoute à celle de son subordonné, tandis que celle de la personne morale s'ajoute à celle du dirigeant. Cela laisse penser à une logique de répartition par addition de responsabilités, mais il apparaît en d'autres

occasions une répartition par les mécanismes de substitution afin de désigner le responsable le plus approprié¹¹⁷.

Il ressort de ce constat que, pour l'essentiel, notre droit pénal établit une règle en matière de responsabilité : celle des personnes physiques (1) et ce n'est que de façon exceptionnelle que la personne morale peut pénalement être responsable des suites de ses activités (2).

1. La règle : la responsabilité des personnes physiques

Depuis toujours, le droit pénal dans le système germano-romanique a été conçu pour les individus. Le principe de la responsabilité pénale individuelle est affirmé, tout comme le principe de la personnalité de la peine¹¹⁸.

De même, si le pénalement responsable doit avoir eu l'intention d'agir, c'est-à-dire que si le fait incriminé doit lui être imputable encore faut-il que sa culpabilité soit établie. Or il arrive et de plus en plus que certaines infractions soient commises par des personnes physiques, organes ou représentants d'une personne morale mais pour le compte de cette dernière¹¹⁹.

Dans notre droit pénal, le principe essentiel et fondateur a toujours été celui de la responsabilité personnelle. Mais il ne saurait exister de règle sans tempérament ou exception et c'est la raison pour laquelle la doctrine pénale considère que « *ce principe n'est appliqué avec rigueur que si*

¹¹⁷ V° F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *Rev. sc.crim.* n° 4 oct-déc. 2010, pp. 15 et s.

¹¹⁸ V° S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 705.

¹¹⁹ V° G. ROUJOU de BOUBEE, « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai de bilan », *Mélanges André Decocq*, Litec 2004, pp. 535 et s. ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation », *Gaz. Pal.* 2011, n° 90, p. 8.

la personne qui l'invoque est moralement innocente de l'infraction d'autrui »¹²⁰.

Et il apparaît que les exceptions au principe de la responsabilité pénale personnelle sont nombreuses et concernent l'ensemble des secteurs d'activité de l'entreprise. Elles précisent clairement que le responsable pénal est le dirigeant, même si on peut en certaines circonstances rechercher la responsabilité du préposé.

Appliqués au droit pénal des affaires, ces principes ne posent pas de difficultés pour l'entreprise individuelle ; l'entrepreneur qui exerce individuellement ses activités doit, évidemment, répondre personnellement des infractions pénales commises par son entreprise, c'est-à-dire par lui-même. Ainsi, par exemple, encourra personnellement la sanction pénale, le commerçant qui s'installe en personne physique sans être inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier.

Quant aux dirigeants sociaux et au regard de l'extension de leurs pouvoirs, leur responsabilité a été, également, renforcée ; la responsabilité pénale des dirigeants sociaux est alors à la mesure de leurs pouvoirs et le régime juridique de cette responsabilité pénale est régi par une multitude de règles qui trouvent leur source dans des textes législatifs de portée nationale ou communautaire et dans une très moindre mesure la jurisprudence¹²¹. Ce régime forme un pan important du droit pénal des affaires. Et laisse apparaître une instrumentalisation du droit pénal qui pourra se révéler, si on n'y prend garde, contre-productive¹²².

Une fine observation par exemple, du droit OHADA permet d'aboutir au constat selon lequel si le législateur a procédé à une extension normative de l'acte fautif du

dirigeant de l'entreprise¹²³ et partant, a renforcé la responsabilité pénale des dirigeants sociaux et ce renforcement concerne aussi bien les comportements intentionnels que non intentionnels¹²⁴ qui se caractérise par un élargissement du champ matériel de l'acte fautif du dirigeant.

Au regard de l'actualité sur le débat relatif à l'emprise du droit pénal sur l'entreprise, il ne fait aucun mystère que, dans notre espace, la responsabilité pénale du chef d'entreprise est et sera, dans l'avenir, de plus en plus recherchée dans les différents domaines de son activité.

La responsabilité pénale dans l'entreprise s'apprécie de manière directe en poursuivant les collaborateurs ou le chef d'entreprise coupables par négligence ou par intention, même si d'autres collaborateurs sont mis en cause par délégation. Mais cette responsabilité pénale s'apprécie aussi, de manière indirecte, lorsque la délégation est le moyen d'identifier la personne poursuivie¹²⁵ ou lorsque la personne morale est poursuivie une fois l'infraction identifiée dans l'entreprise¹²⁶.

Au sein d'une entreprise, chacun est responsable de sa propre infraction. Ainsi le chef d'entreprise est auteur matériel d'une infraction lorsqu'il en commet physiquement les éléments constitutifs. Cet auteur matériel est parfois non qualifié, c'est-à-dire général, mais parfois qualifié.

Il est non qualifié lorsque l'élément matériel de l'infraction est défini de façon générale sans indication particulière de

¹²³ V° A. MINKOA SHE, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁴ V° A. M. EBELE DIKOR, « La responsabilité des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, 2016, p. 487.

¹²⁵ V° M. DIOUF, *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, Thèse, UCAD, 2007.

¹²⁶ V° M.-J. COFFY de BOISDEFFRE, « L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation quant à la détermination des personnes responsables dans l'entreprise », *Les Petites Affiches*, n° 223, nov. 1999, p. 8.

¹²⁰ V° R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t.1 ; *problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, ed. Cujas, 7^{ème} éd, 1997, n° 525.

¹²¹ V° T. A. NDIIOU, *La responsabilité pénale des dirigeants de sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, Thèse UCAD, 2016.

¹²² V° Nd. DIOUF, « Le dirigeant social : entre risque pénal et sanctions civiles », *op.cit.*, p. 33.

l'auteur. Il en est ainsi, par exemple de la violation du devoir de probité décrit aux articles 159 et s. C.P sénégalais qui parlent de « *quiconque* » ou « *toute personne* », laissant comprendre que le fait de corruption est imputable à tout particulier.

En revanche, d'autres infractions supposent une qualité particulière à titre d'élément constitutif ; par exemple la qualité professionnelle de l'auteur de l'infraction. Il s'agit là d'un auteur matériel particulier qu'on observe dans ce qu'il convient d'appeler les délits de fonction comme le délit d'abus de biens sociaux¹²⁷ où la qualité de dirigeant de l'auteur de l'acte est expressément exigée par le texte d'incrimination.

Pour imputer la responsabilité d'une infraction à titre d'auteur ou de complice à une personne, il faut déjà lui reconnaître cette qualité particulière. Le complice suppose une infraction principale, un acte matériel principal punissable en vertu de la théorie de l'emprunt de matérialité¹²⁸.

Dans le monde des affaires, on assiste au phénomène d'hommes de paille ; un entrepreneur ne s'entourant de personnes que soit pour rester dans l'ombre, soit pour bénéficier de la qualité de commerçant, par exemple. Cet entrepreneur est, en cas d'infraction consommée par l'homme de paille, l'auteur moral, l'instigateur que le Code pénal appréhende au titre de la complicité par provocation¹²⁹.

Cela revient à dire qu'il peut y avoir une pluralité de responsabilités et d'infractions

¹²⁷ V° AUDSC-GIE, Art. 891 « *Encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement* ».

¹²⁸ V° en ce sens, Cass. crim. 8 janvier 2003, *JCP* 2003, II, 10159, note Jeandidier.

¹²⁹ V° C.P du Sénégal, Art. 46.

dans le cadre de l'exercice de l'activité d'une entreprise, tout comme il peut y avoir une pluralité de responsabilités pour une infraction. Dans la première hypothèse, il n'y a pas de difficulté particulière puisque chaque auteur sera responsable de sa propre infraction. En revanche, dans la seconde hypothèse où la pluralité de responsabilités va résulter de l'imputation à plusieurs responsables d'une seule et même infraction, la situation se présentera différemment. C'est par exemple le cas du dirigeant d'une entreprise qui peut engager sa responsabilité pénale en raison d'une infraction commise par l'un de ses subordonnés. En effet, dans l'affaire WIDERKEHR, la Cour de cassation française avait retenu que « *Si en principe nul n'est passible des peines qu'en raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné ; que, notamment dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publique, la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprise, à qui sont personnellement imposés les conditions et les modes d'exportation de leur industrie* »¹³⁰. L'unicité du fait infractionnel n'empêche donc pas une pluralité de responsables¹³¹.

Il apparaît donc que le système législatif et réglementaire au sein duquel doit nécessairement se déployer l'activité d'une entreprise peut-être la source d'une mise en cause de la responsabilité pénale du chef d'entreprise sans pour autant que celui-ci ait eu une action positive et volontaire sur la commission de

¹³⁰ V° en ce sens, Cass. crim. 30 déc. 1892, *S.* 1894, 1, p. 201 ; 28 fév. 1956, *D.* 1956, p. 391.

¹³¹ Il est vrai que ce phénomène n'est pas propre à l'entreprise puisque lorsque le juge réprime la complicité, il greffe sur un fait infractionnel plusieurs responsabilités pénales.

l'infraction. Le chef d'entreprise sera considéré comme auteur médiateur dont la responsabilité est fondée sur une faute personnelle d'un fait commis par autrui, un auteur immédiat¹³². Cette faute se résume au fait de la violation par les préposés des obligations légales prescrites¹³³; le chef d'entreprise est alors présumé de façon simple avoir commis une faute¹³⁴, car « *dès lors que le ministère public a rapporté la preuve, dont il a la charge, de l'existence d'une infraction à la réglementation, il appartient au chef d'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité pénale, d'établir qu'il s'est acquitté de l'obligation prescrites par les textes* »¹³⁵.

Ainsi, par exemple, en matière d'hygiène et de sécurité dans les entreprises, les articles L. 167 et s. du Code du travail sénégalais mettent à la charge du chef d'entreprise de nombreuses obligations générales de prévention donnant lieu à l'application des peines de police prévues par l'article 13 du Décret d'application n° 2006-1256 du 15 novembre 2006 fixant les obligations des employeurs en matière de sécurité au travail¹³⁶.

Cet article dispose, en effet, qu'en présence d'une violation des dispositions des articles L. 167 et s. C.T, si la mise en demeure adressée au chef d'établissement par l'inspecteur du travail est restée sans effet et qu'il constate que la situation dangereuse n'a pas cessé, ce dernier peut dresser procès-verbal au chef d'établissement, qui est alors puni des peines de simple police dans la limite d'un

maximum de 18 000 francs d'amende et de 6 à 10 jours d'emprisonnement. L'amende sera appliquée autant de fois qu'il y aura d'infractions. Et en cas de récidive, l'amende sera obligatoirement prononcée au taux maximum de 18 000 francs et l'auteur de l'infraction doit, en outre, être puni d'un emprisonnement de 10 jours.

Pour que la loi pénale s'abatte donc sur le chef d'entreprise, il faut tout d'abord qu'il y ait inobservation d'une prescription obligatoire en matière de sécurité. Il faut ensuite qu'il existe une situation potentiellement dangereuse¹³⁷; l'infraction ne pouvant résulter de la seule constatation d'une situation dangereuse, quand bien même celle-ci procéderait d'une méconnaissance par l'employeur de son obligation générale de sécurité. Le manquement à une telle obligation n'est en effet sanctionné qu'au titre du délit d'imprudence de droit commun, en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'un salarié¹³⁸.

Le simple constat qu'une prescription obligatoire n'a pas été respectée suffit en principe à caractériser la faute, et partant l'infraction. En d'autres termes, aucune intention coupable n'est requise au titre de l'élément moral de l'infraction.

En principe, le chef d'entreprise est responsable des infractions au Code du travail qui ont été commises dans ses établissements. Mais dans certains cas, plusieurs entreprises juridiquement distinctes peuvent être concernées par une même situation délictueuse. Il convient alors de déterminer lequel des dirigeants de ces différentes entreprises sera désigné comme étant le responsable de l'infraction. Cette situation se rencontre en matière de sous-traitance, de travail intérimaire et d'intervention d'une entreprise extérieure.

¹³² V° J.-C. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *Gaz. Pal.* Jan-fév. 2005, pp. 134 et s.

¹³³ V° M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" ? », *JCP* 1985, I, 3218.

¹³⁴ V° J. GATSI, « La responsabilité du dirigeant/Chef d'entreprise », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA, Actes du colloque international organisé par l'ERSUMA*, Douala du 19 au 20 mars 2015, pp.128 à 138.

¹³⁵ V° Cass.crim. 3 nov. 1998, *Bull. crim.* N° 284.

¹³⁶ V° JORS, 19-5-2007, 6347, 2851-2853.

¹³⁷ V° Décret n° 2006-1255 du 15 novembre 2006, relatif aux moyens juridiques d'intervention de l'Inspection du Travail dans le domaine de la Santé et de la Sécurité au Travail, JORS, 19-5-2007, 6347, 2848-2851.

¹³⁸ V° en ce sens, Cass. crim., 23 oct. 1990, *Bull. crim.*, n° 354.

A cet effet, l'article 5 du décret sénégalais n° 2006-1256 du 15 novembre 2006 dispose que « *le recours à des compétences extérieures à l'établissement ne décharge pas l'employeur de ses responsabilités* ».

Toutefois, il est possible pour le chef d'entreprise d'échapper ou de limiter sa responsabilité pénale puisqu'il est évident qu'il lui est impossible d'exécuter personnellement l'obligation pesant sur lui et relative au respect de toutes les prescriptions légales et réglementaires organisant l'activité de l'entreprise. Ainsi peut-il sous certaines conditions déléguer certains pouvoirs¹³⁹.

La délégation de pouvoirs est un mécanisme issu du droit public que la jurisprudence reconnaît depuis 1892¹⁴⁰ et dont la mission est de favoriser une organisation interne de l'entreprise. Perçue sous l'angle pénal, la délégation de pouvoirs apparaît comme un outil flexible efficace de déconcentration du pouvoir qui a aussi pour conséquence de répartir la responsabilité pénale entre le chef d'entreprise et ses collaborateurs¹⁴¹. C'est un moyen de gestion dynamique des ressources humaines et de prévention des risques dont l'effet est non seulement d'exonérer le chef d'entreprise de sa responsabilité¹⁴², mais également d'imputer l'infraction à un préposé qui prend alors la place de son commettant ; il y a alors transfert de la responsabilité pénale sur le préposé¹⁴³.

¹³⁹ V° F. DOUCHEZ, B. de LAMY et M. SECONDS, « La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principe et actualité », *Dr. pénal* 2010, Etude n° 6 ; L. JEAN, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale », *Dr. pénal* 2010, Etude n° 8.

¹⁴⁰ V° C.E., 2 déc. 1892, Mogambury, S. 1894, 3, p. 97, concl. Romieu et note Hauriou.

¹⁴¹ V° P. CAZALBOU et E. LETOUZEY, « La délégation de pouvoirs : jusqu'où ira le juge pénal dans le contrôle de l'organisation interne de l'entreprise ? », *Dr. Pénal*, sept. 2009, pp. 9 et s.

¹⁴² V° E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer le chef d'entreprise », *D.* 2004, chron., p. 937.

¹⁴³ V° J.-H. ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises

Le dirigeant qui veut déléguer ses pouvoirs doit être à la tête d'une entreprise suffisamment vaste pour qu'il soit impossible d'exercer seul un contrôle suffisant. Ce qui voudrait dire que la délégation ne saurait en conséquence se concevoir dans les petites entreprises. Mais il faudra naturellement voir au cas par cas, car l'importance de l'entreprise et la complexité sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond.

La complexité peut être géographique, elle peut être également due au nombre de salariés, au degré technique de spécialisation du travail, à la structure de l'entreprise.

Il faut également un délégué ; celui-ci ne peut pas être un tiers étranger au personnel de l'entreprise. Il doit être pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur.

Le préposé doit justifier d'une connaissance technique suffisante et de la compréhension des textes à faire respecter, la compétence du délégué doit être appréciée en fonction de la ou des prescriptions qu'il s'agit d'appliquer ou de faire appliquer.

Le délégué doit être apte à la fonction qui lui est dévolue. Cette aptitude résulte de ses qualités personnelles, de sa formation, de son expérience dans l'entreprise, des stages qu'il a suivis et peut être présumée en fonction du rang hiérarchique et des attributions. Le délégué doit avoir une autorité qui consiste à donner des ordres et instructions au personnel et à les faire respecter, ce qui nécessite une certaine autonomie à l'égard du dirigeant.

Il ne saurait y avoir de délégation si le transfert des compétences doit être exhaustif, précis et accepté. Il faut que la délégation soit acceptée par le délégué.

Une bonne politique de prévention des infractions au sein de l'entreprise implique une répartition des

à l'occasion du fonctionnement des entreprises », *JCP CI* 1975, II, 11716.

responsabilités pénales à tous les niveaux de l'entreprise.

La responsabilité de fonction qu'assume le chef d'entreprise, particulièrement en matière d'hygiène et de sécurité, est, dans les faits, une responsabilité de substitution : elle s'est développée « *faute de mieux* » à une époque où il n'existait pas de responsabilité pénale des personnes morales. Bien entendu, le respect des obligations sociales incombe au groupement mais, faute de pouvoir le poursuivre, on a fait supporter sa responsabilité à son dirigeant¹⁴⁴.

Lorsque la délégation est faite dans le cadre d'une personne morale, le salarié d'une société titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, et comme tel investi dans ce domaine de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission, est un représentant de la personne morale, et engage la responsabilité de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation¹⁴⁵.

Pour servir de bouclier pour le chef d'entreprise et éviter sa responsabilité pénale, certaines législations permettent de façon exceptionnelle la mise en œuvre, sous certaines conditions, de la responsabilité pénale spéciale des personnes morales¹⁴⁶. Cette responsabilité pénale des personnes morales doit être considérée, pour l'essentiel, comme une responsabilité paravent, protectrice, c'est-à-dire une responsabilité qui empêchera de mettre en cause la responsabilité pénale de

l'exécutant parce que l'on aura trouvé le coupable véritable¹⁴⁷.

2. *L'exception : la responsabilité des personnes morales*

Pendant longtemps, la personne morale a été à l'abri des foudres du droit pénal, ceci en vertu de la maxime « *societas delinquere non potest* »¹⁴⁸ et non sans être aidée en cela par une jurisprudence hostile à cette responsabilité pénale qui affirmait déjà que « *l'amende est une peine et toute peine est personnelle, sauf les exceptions prévues par la loi ; elle ne peut donc être prononcée contre un être moral, lequel ne peut encourir qu'une responsabilité civile* »¹⁴⁹, en d'autres termes, seule une personne physique, à l'exclusion d'une société, peut commettre une infraction; en conséquence, ce sont les personnes physiques par l'intermédiaire desquelles la société a agi, qui sont, dans la réalité des choses, les auteurs des infractions commises et qui en sont pénalement responsables. Les charmes des prétoires ne devraient, en matière pénale, être réservés qu'aux seules personnes physiques¹⁵⁰.

En effet, le Code pénal français de 1810 applicable dans les anciennes colonies françaises d'Afrique n'avait pas retenu la responsabilité pénale des personnes morales. En conformité avec l'esprit du Code, la doctrine considérait que, faute de conscience et de volonté propres, aucune faute personnelle ne pouvait être imputée à une personne morale. Seul son représentant légal pouvait être responsable, ayant véritablement décidé et agi. La personne morale est avant tout une fiction légale dont l'objectif principal est d'ordre

¹⁴⁴ V° E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., Paris 2012, n° 1126.

¹⁴⁵ V° E. DREYER, « Le représentant du représentant est son représentant », *Gaz. Pal.* 2014, n° 133.

¹⁴⁶ V° O. SAUTEL, « La responsabilité des personnes morales : entre litanie et liturgie », *D.* 2002, 1147.

¹⁴⁷ V° C. RUELLAN, « La responsabilité des administrateurs provisoires et judiciaires du fait de leur administration », *Dr. pénal* 2000, chron., p. 25.

¹⁴⁸ Cette maxime signifie que la société n'a pas le pouvoir de commettre de délit.

¹⁴⁹ V° Cass.crim. 8 mars 1884, *D.P.* 1884, 1, p. 428.

¹⁵⁰ V° R. ADAMOU, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA* n° 2, mars 2013, pp. 43 et s.

économique. Elle ne doit pas permettre le contournement de la responsabilité civile¹⁵¹ ou pénale des personnes physiques. En outre, il est objecté que les sanctions pénales ne sont pas adaptées aux personnes morales. En particulier, si elles étaient appliquées à une personne morale, elles porteraient atteinte au principe de personnalité des peines en frappant indirectement et indistinctement des personnes physiques, membres de la personne morale, pourtant étrangères à l'infraction.

C'est cela qui explique qu'au lendemain des indépendances de la plupart des Etats autrefois placés sous l'autorité de la France, les législateurs post colonie n'avaient pas jugé nécessaire de consacrer le principe général de responsabilité pénale des personnes morales¹⁵².

Un tel état de fait ne pouvait plus perdurer dans la mesure où l'histoire nous enseigne que des animaux et mêmes des cadavres¹⁵³ ont été jugés *a fortiori* des personnes morales dont l'activité cause parfois des troubles sociaux. En effet, lors du Deuxième Congrès International de droit pénal tenu à Bucarest du 6 au 12 Octobre 1929 il avait déjà été question des conséquences de l'émergence des personnes morales. Après avoir constaté leur accroissement continu, leur importance comme forces sociales dans la vie moderne et leur capacité à remettre, gravement, en cause l'ordre légal de toute société quand leurs activités constituent une violation de la loi, le congrès avait émis le vœu « *qu'il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales, lorsqu'il s'agit d'infractions*

perpétrées dans le but de satisfaire l'intérêt collectif desdites personnes ou avec des moyens fournis par elles et qui entraînent ainsi leur responsabilité ».

Dans le contexte de globalisation et d'attractivité économique du droit, le droit de certains Etats africains connaît actuellement plusieurs phénomènes importants que sont la simplification, la déréglementation, la contractualisation, la « flexibilisation » des normes, la dépénalisation du droit des affaires¹⁵⁴. La plupart interagissent entre eux, se complètent et engendrent une véritable course aux réformes touchant l'ensemble des domaines du droit.

La parfaite illustration de ce phénomène est la consécration, certes parcellaire, de la responsabilité des personnes morales au Sénégal par exemple, l'article 42 de la Loi n° 2004-09 du 06 février 2004, relative à la lutte contre le blanchiment qui dispose, « *Les personnes morales autres que l'Etat, pour le compte ou au bénéfice desquelles une infraction de blanchiment de capitaux ou l'une des infractions prévues par la présente loi a été commise par l'un des organes ou représentants, sont punies d'une amende d'un taux égal au quintuple de celles encourues par les personnes physiques, sans préjudice de la condamnation de ces dernières comme auteurs ou complices des mêmes faits (...)* ».

Dans le même ordre d'idée, les articles 42 et s. de la loi ivoirienne n° 2013-451 du 19 juin 2013 portant sur la cybercriminalité¹⁵⁵ ainsi que les dispositions de la loi n° 2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel en Côte d'Ivoire¹⁵⁶ ont consacré le principe de la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions prévues par

¹⁵¹ Par la constitution d'un patrimoine d'affectation qui n'est pas vraiment reconnu dans notre droit.

¹⁵² Très peu d'Etats l'on envisagé ; c'est le cas, par exemple, du Togo (Art. 42 et 43 C.P) du Burkina Faso (Art. 64 C.P.).

¹⁵³ Dans l'histoire de l'Eglise catholique, on nous enseigne que le Pape Etienne VI avait jugé et condamné la dépouille du Pape Formose en ordonnant qu'il fut dépouillé de ses ornements sacrés.

¹⁵⁴ V° S. NERON, « La réforme manquée de la responsabilité pénale des personnes morales », *Les Petites Affiches* du 02 avril 2010, n° 66, p. 4.

¹⁵⁵ V° J.O.R.CI, du 12 août 2013, p. 450 et s.

¹⁵⁶ V° J.O.R.CI du 8 août 2013, p. 474 et s

ladite loi, commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. C'est donc l'acte fautif du dirigeant commis pour le compte de la personne morale qui explique cette pénalisation de la personne morale.

Car à travers la multiplication des infractions commises par le biais de la personne morale, la doctrine contemporaine s'est progressivement prononcée en faveur de la reconnaissance de sa responsabilité pénale considérant que la personne morale est une entité ayant sa propre volonté, que les sanctions pénales sont adaptées, qu'il existe déjà des lois pénales éparses sanctionnant des personnes morales et que leur responsabilité civile peut être engagée¹⁵⁷.

Le législateur OHADA aurait pu se référer à certaines législations existantes soit au niveau communautaire, soit au niveau national. Ainsi, dans le cadre de l'UEMOA, la responsabilité pénale des personnes morales a été consacrée en matière de concurrence notamment le règlement n°03/2002/CM/UEMOA, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine. Le règlement prévoit en son titre VII des sanctions pécuniaires après constatation des infractions aux dispositions de l'article 88 paragraphes (a) ou (b) du traité, à l'égard des entreprises et associations d'entreprises.

Aux termes de l'article 22 de ce règlement, « *la commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant maximum de 500.000frs lorsque de manière délibérée ou par négligence : elles donnent des indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de*

¹⁵⁷ V° J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », *J.C.P.* 2009, doct., 249 ; H. MATSOUPOULOU, « Responsabilité des personnes morales et infractions du droit pénal des affaires », in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, CEPRISCA, 2009, p. 81.

l'article 3 ou d'une notification en application de l'article 7 ; elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 18 ou 19, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 18 ; elles présentent de façon incomplète, lors de vérification effectuées au titre de l'article 20 ou de l'article 21, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 21, §. 3 ».

La responsabilité pénale des personnes morales qui a donc longtemps suscité de nombreux débats doctrinaux portant en particulier sur l'imputabilité¹⁵⁸ de l'infraction à une personne morale est progressivement instaurée, au plan national, par touches législatives ponctuelles avec le secret espoir qu'elle pourra être finalement consacrée de manière générale par la loi.

Ainsi en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le noircissement des fonds, les Etats membres de la zone UEMOA ont intégré dans leur dispositif répressif une directive qui permet d'engager la responsabilité des personnes morales¹⁵⁹. Cette personne morale ne commettant une infraction que par l'intermédiaire d'une personne physique¹⁶⁰, elle a une existence juridique et agit de manière fictive agi personnellement. Il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui ou une responsabilité par

¹⁵⁸ V° O. SAUTEL, « La responsabilité pénales des personnes morales », *Les Petites Affiches* du 18 juin 2008 n° 122, p. 7 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 264 et s.

¹⁵⁹ V° Directive n° 02/2015/CM/UEMOA relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), Art. 5, 7 et 8.

¹⁶⁰ V° Ch. BOERINGER et A. MILERAND, « La responsabilité pénale des personnes morales : une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente », *Dr. pénal* 2014, Etude n° 5.

ricochet^{161/162}. Il pèse sur la personne morale plusieurs obligations, notamment l'obligation de formation et d'information du personnel¹⁶³, de prévention de blanchiment de capitaux et de financement de terrorisme¹⁶⁴, d'identification¹⁶⁵ et de surveillance et de vérification électronique¹⁶⁶ et de déclaration de soupçon¹⁶⁷. C'est pour faire respecter toutes ces obligations que les mesures disciplinaires et surtout coercitives, contre les personnes assujetties à ces obligations, sont envisagées aux articles 113 à 115 de la Directive n° 02/2015/CM/UEMOA suscitée.

La responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité éphémère. En effet, elle n'existe qu'autant qu'existe la personne morale. Tant que cette dernière n'est pas apparue, il n'y a point de responsabilité. A l'opposé, lorsqu'elle disparaît, par le jeu d'une dissolution, il n'y a plus de responsabilité¹⁶⁸. Dans cette hypothèse, la disparition de la personne morale a une incidence pénale. C'est donc le début et la fin de la fin de la personnalité morale qui déterminent chronologiquement le domaine de responsabilité pénale. D'un côté, la responsabilité de la personne morale est inconcevable pour des actes délictueux antérieurs à sa naissance. De l'autre, la disparition de la personne morale, notamment par une fusion

absorption, empêche l'engagement de la responsabilité pénale de la société absorbée pour des faits antérieurs à la fusion.

En effet, si le législateur à travers l'article 6 du Code de procédure pénale sénégalais a fait le choix d'exclure la dissolution de la personne morale comme cause d'extinction de l'action publique, il n'empêche que la logique liée à la théorie applicable aux groupements dotés de la personnalité juridique conduit à cette extension lorsque ladite entité fait l'objet d'une dissolution.

Dès lors que les responsabilités pénales sont potentiellement nombreuses au sein de l'entreprise, il se pose le problème de partage et d'articulation de ces responsabilités pénales.

B. Une articulation délicate des responsabilités

L'activité pénale se déploie au sein d'une entreprise de façon irradiante pour affecter en même temps certains acteurs internes de l'entreprise par le mécanisme de la répartition par addition. D'emblée, reconnaissons que ce procédé engendre une pénalisation de la vie de l'entreprise qui peut paraître excessive¹⁶⁹. Mais en même temps, il est de bon ton qu'une telle approche soit adoptée, car l'addition de responsabilités pénales dans l'entreprise contribue à assurer une prévention efficace des infractions dans la vie de l'entreprise¹⁷⁰.

C'est pour cette raison qu'on assiste parfois, dans le monde de l'entreprise, à un cumul de responsabilité pénale de personnes physiques mais aussi à celui de personnes morales et de personnes physiques, car la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des

¹⁶¹ V° J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, coll. Carré droit, 2003, n° 124.

¹⁶² Certains auteurs pensent, au contraire qu'il s'agit d'une responsabilité pénale par ricochet ; en ce sens, V° F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », *CJEG* 2000, p. 426 ; F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 15^{ème} éd., Paris 2008, n° 600.

¹⁶³ V° Directive n° 02/2015/CM/UEMOA, Art. 23.

¹⁶⁴ V° Directive n° 02/2015/CM/UEMOA, Art. 24.

¹⁶⁵ V° Directive n° 02/2015/CM/UEMOA, Art. 25 à 31.

¹⁶⁶ V° Directive n° 02/2015/CM/UEMOA, Art. 32 et 33.

¹⁶⁷ V° Directive n° 02/2015/CM/UEMOA, Art. 79.

¹⁶⁸ V° en ce sens, pour une application, T. corr. Paris, 4 mai 1998, *D.*, 1999, 15.

¹⁶⁹ V° F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁰ V° M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations-Responsabilité civile et quasi-contrats*, t. 2, PUF, 2007, n° 17, qui développe l'analyse économique du droit de la responsabilité civile fondée sur la théorie du risque.

personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits¹⁷¹.

L'articulation de responsabilité pénale au sein de l'entreprise semble donc obéir au principe des responsabilités cumulatives (1) qui se traduit par : responsabilité du préposé plus celle du dirigeant et responsabilité préposé et/ou du dirigeant plus celle de l'organisation sociale¹⁷². Cependant, ce cumul ne devrait empêcher en certaines circonstances que la responsabilité pénale soit recherchée de façon exclusive (2).

1. Responsabilités cumulatives

Pour mieux se convaincre du caractère cumulatif de la responsabilité pénale dans le cadre de l'activité de l'entreprise, il nous paraît utile de faire un détour par le mécanisme de la responsabilité civile du fait d'autrui.

En matière de responsabilité civile, l'idée de pouvoir ou d'autorité qui innerve toute la responsabilité du fait d'autrui, avec emphase, s'observe dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Le législateur sénégalais ne prévoit aucune exonération possible pour le commettant¹⁷³. Implicitement le régime de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés repose sur la théorie de la garantie¹⁷⁴, en ce que, la victime est immunisée contre les éventuels manquements du préposé. La responsabilité du commettant des préjudices causés par son préposé se

justifie, en ce sens que, ce dernier est censé agir sous son autorité, sous ses ordres¹⁷⁵.

Le lien de préposition¹⁷⁶ entre commettant et préposé peut provenir aussi d'un rapport factuel. L'autorité du commettant dans sa recherche doit être incarnée par l'existence d'un pouvoir effectif permettant de donner des instructions ou autres ordres au préposé. Toutefois, à l'opposé d'une relation de fait, l'existence d'un contrat de travail, à travers le lien de subordination, permet de présumer, sans démonstration aucune, le rapport d'autorité entre le commettant et le préposé¹⁷⁷. Par le seul contrat de travail, le salarié se transforme en préposé de son employeur. Le rapport de travail *per se* crée la relation d'autorité.

L'établissement du fait dommageable, aux fins d'engager la responsabilité du commettant, doit être rattaché à l'exercice des fonctions du préposé. L'on ne saurait évidemment concevoir la responsabilité du commettant pour des dommages certes causés par le préposé mais sans rapport avec l'exercice des fonctions. C'est dans cette perspective que les articles 147 et 148 COCC^{178/179} encadrent le régime juridique de l'exercice des fonctions.

La victime bénéficie d'une véritable garantie d'indemnisation qu'illustre parfaitement l'article 149 COCC qui dispose que : « *La responsabilité du*

¹⁷¹ V° M. GIACOPELLI, « Les tribulations de la responsabilité pénale des personnes morales », *Les Petites Affiches* 15 nov.2001, n° 228, p. 16.

¹⁷² V° D. SERIO, *Droit pénal du travail*, éd. Ellipses, 2010.

¹⁷³ V° J.-P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, LGDJ, Nouvelles Editions Africaines, 1981, p. 261.

¹⁷⁴ En France, la doctrine reste divisée quant aux fondements de la responsabilité des commettants. V° en ce sens, Ph. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^{ème} éd., 2009, pp. 291-292.

¹⁷⁵ V° C.O.C.C., Art. 146.

¹⁷⁶ V° L. LEVENEUR, « Le lien de préposition », in *Responsabilité civile : le fait du préposé*, RCA, mars 2013, p. 8.

¹⁷⁷ V° Code du travail sénégalais, Art. L. 3, al. 2 qui illustre à suffisance la relation d'autorité entre l'employeur et son salarié, en disposant que : « Est considéré comme travailleur (...), toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée (...) ».

¹⁷⁸ L'article 147 COCC dispose que : « *Le commettant est encore responsable lorsque le préposé a agi, au moins apparemment, dans l'exercice de ses fonctions* ».

¹⁷⁹ L'article 148 COCC dispose que : « *En cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice des fonctions suffit à rendre le commettant responsable* ».

commettant n'exclut pas celle du préposé. Tous deux sont solidairement responsables du dommage causé, et le civilement responsable peut exercer un recours contre son préposé ». La victime d'un dommage causé par un préposé quant à son indemnisation dispose de plusieurs options. Elle peut, si elle le souhaite, poursuivre exclusivement le préposé sur le fondement de la responsabilité du fait personnel¹⁸⁰. A côté de la poursuite exclusive du préposé, la victime peut également, lorsqu'elle le souhaite, limiter son action contre le commettant. Les actions individuelles dirigées contre le préposé ou le commettant, quoique possibles, la victime gagnerait tout de même à poursuivre solidairement les personnes sus-visées¹⁸¹ en se fondant sur les dispositions de l'article 149 COCC qui consacre l'action *in solidum*¹⁸².

On se serait attendu à ce que l'approche du législateur civil soit différente de celle du droit pénal lorsqu'on sait que le droit de la responsabilité civile est tourné vers la réparation alors que le droit pénal est, lui, orienté vers la répression, mais il n'en est pas ainsi. En effet, en cas de pluralité d'éventuels ou potentiels responsables pour une même infraction, le principe directeur en matière pénale semble être celui du cumul ou de l'addition. Ainsi la responsabilité du complice par fourniture de moyen ou par provocation n'a jamais été de nature à exclure celle de l'auteur principal. Dès cet instant, si la provocation à l'infraction¹⁸³ n'efface pas la responsabilité de l'auteur, nous ne voyons pas pourquoi au sein d'une entreprise, la responsabilité pénale du dirigeant, dès

qu'elle est établie à la suite d'une infraction commise par l'un de ses préposés constituerait une immunité pour ce subordonné. Pour cela, une interprétation rigoureuse des dispositions des articles L. 167 et s. du Code du travail sénégalais ainsi que les dispositions des décrets d'application de ces articles nous autorise à affirmer que la responsabilité pénale des dirigeants s'ajoute à celle du subordonné.

Lorsqu'une infraction a été commise par un préposé non délégataire à titre d'auteur immédiat, sa responsabilité éventuelle peut être cumulée avec la responsabilité d'un auteur médiateur, c'est-à-dire le chef d'entreprise¹⁸⁴. De même, le chef d'entreprise ou le préposé délégataire sont responsables entant qu'auteurs médiateurs¹⁸⁵. Ainsi une faute personnelle est nécessaire à l'imputation de l'infraction.

Il peut aussi arriver que les responsabilités du chef d'entreprise et du préposé délégataire soient alternatives puisque la délégation opère un transfert de responsabilités. Mais ce transfert n'exclut pas la responsabilité du chef d'entreprise pour une négligence distincte de l'activité infractionnelle déléguée¹⁸⁶.

Le cumul de responsabilités du dirigeant et du préposé résulte de la possible participation du chef d'entreprise à l'infraction commise par l'un de ses préposés. Ce mécanisme d'imputation est prétorienne et la doctrine, de façon contestable, parle de la responsabilité pénale du fait d'autrui¹⁸⁷ en référence à la responsabilité civile du fait d'autrui. En réalité cette responsabilité pénale du chef

¹⁸⁰ V° C.O.C.C, Art. 118.

¹⁸¹ V° M.-T. RIVES-LANGE, « Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants », *JCP G*, 1970, I, 2309.

¹⁸² En droit français, la victime désormais ne peut agir exclusivement qu'à l'encontre du commettant. V° en ce sens, Cass. Ass. plénière, 25 fév. 2000, *D.*, 2000, p. 673, note Ph. Brun ; *RTD civ.*, 2000, p. 582, note P. Jourdain.

¹⁸³ A moins que cette provocation ne constitue une réelle contrainte exonératoire.

¹⁸⁴ V° J.-C. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *op. cit.*, P ; 137 et s.

¹⁸⁵ V° V. MALABAT, « La responsabilité pénale du subordonné », *Mélanges B. Bouloc, Dalloz*, 2007, p. 681 et s.

¹⁸⁶ V° B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2003, n° 359.

¹⁸⁷ V° X. PIN, *Droit pénal général 2016*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2015, n° 303 ; Ph. COMTE et P. MAISTRE De CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n° 435.

d'entreprise est une responsabilité fondée sur sa faute personnelle conformément à la règle selon laquelle on ne peut être pénalement responsable que de son propre fait. Plus concrètement, le chef d'entreprise en vertu de ses pouvoirs disciplinaires, de direction et d'organisation résultant du lien de subordination juridique sous lequel est placé le salarié, doit mettre en place une politique préventive des infractions au sein de son entreprise. En cas d'infraction consommée par l'un de ses préposés, on en déduit une négligence ou une défaillance de la part du chef d'entreprise¹⁸⁸ ou alors on le considère comme l'auteur moral de l'infraction matériellement réalisée par son préposé¹⁸⁹, c'est-à-dire que le chef d'entreprise emprunte l'élément matériel de l'infraction auquel s'ajoute sa faute personnelle afin de consommer juridiquement l'infraction. Nous dirons qu'il s'agit d'une responsabilité pénale du fait personnel, ce fait étant révélé par le fait du préposé.

Mais il ne nous paraît pas logique d'imputer au chef d'entreprise une infraction intentionnelle de son préposé puisque sa responsabilité repose sur une faute de négligence, c'est-à-dire non intentionnelle.

Quant aux personnes morales, par exemple, la Directive N° 02/2015/CM/UEMOA relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), en son article 114 qui incrimine certains actes liés au blanchiment de capitaux imputables aux personnes physiques et morales prévoit que « *chaque Etat membre est tenu de prendre les dispositions législatives afférentes aux sanctions pénales applicables, d'une part, aux personnes morales autres que l'Etat, pour le compte*

ou au bénéfice desquelles une infraction subséquente a été commise par l'un de ses organes ou représentants et, d'autre part, aux personnes et dirigeants ou préposés des personnes physiques ou morales visées aux articles 5 et 6 de la présente Directive, lorsque ces derniers auront,

- d'une part, intentionnellement :

1. fait au propriétaire des sommes ou à l'auteur des opérations visées à l'article 7 de la présente Directive des révélations sur la déclaration qu'ils sont tenus de faire ou sur les suites qui lui ont été réservées ;

2. détruit ou soustrait des pièces ou documents relatifs aux obligations d'identification visées aux articles 26 à 31 dont la conservation est prévue par l'article 35 de la présente Directive ;

3. réalisé ou tenté de réaliser sous une fausse identité l'une des opérations visées aux articles 32, 33 et 39 à 45 et 53 de la présente Directive ;

(...);

- d'autre part, non intentionnellement :

8. omis de faire la déclaration de soupçon, prévue à l'article 79 de la présente Directive ;

9. contrevenu aux dispositions des articles 16, 18 à 40 et 79 de la présente Directive ».

De même, le Code de l'environnement permet d'engager la responsabilité de la personne morale en cas de pollution ou de dommages environnementaux. Cette pénalisation trouve son fondement dans l'acte fautif du dirigeant commis pour le compte de la personne morale.

Ce cumul de responsabilité est consacré puisqu'il s'agit, en instituant la responsabilité pénale des personnes morales, non pas de supprimer les responsabilités individuelles, mais d'éviter que les conséquences d'une décision collective soient supportées par un seul individu¹⁹⁰.

Même s'il est vrai que la responsabilité du chef d'entreprise peut être engagée du fait de son préposé, par exemple à la suite

¹⁸⁸ V° Y. REINHARD, *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Thèse Lyon III, 1974, n° 143, 144 et 151.

¹⁸⁹ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2009, n° 365 et 366.

¹⁹⁰ V° Nd. DIOUF, « Le dirigeant social : entre risque pénal et sanctions civiles », *op. cit.*, p. 31.

d'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité du travail ou d'un délit de pollution, fut-il intentionnel, il ne saurait répondre pénalement des coups et blessures volontaires ou d'un viol commis par l'un de ses préposés pendant son travail. Dans de telles circonstances, la responsabilité est recherchée de façon exclusive.

2. *Responsabilité exclusive*

La responsabilité cumulative peut devenir, en certaines circonstances, exclusive, notamment lorsque la causalité est indirecte. Ainsi lorsqu'une infraction matérielle commise directement par un préposé n'est que indirectement imputable à un préposé délégataire ou au chef d'entreprise, l'absence de faute qualifiée exclut la responsabilité du dirigeant mais laisse subsister celle des préposés. Lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, cette responsabilité reste exclusive.

Il peut aussi arriver qu'entre plusieurs responsabilités potentielles, on choisit celle qui paraît la plus appropriée. C'est ce qui explique que dans le cadre de la délégation de pouvoirs il y a transfert de la responsabilité du dirigeant vers le préposé¹⁹¹. En ce sens, la délégation entraîne l'exonération du chef d'entreprise de sa responsabilité dès lors qu'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et doté de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission¹⁹². A partir de ce moment, le maintien de la responsabilité pénale du chef d'entreprise deviendrait excessif dans une logique de prévention des infractions au sein de l'entreprise.

Il arrive aussi des circonstances au cours desquelles, seule la responsabilité de

la personne morale est engagée puisque le cumul est parfois plutôt éventuel. Or le ministère public étant le seul juge de l'opportunité des poursuites, peut dans le cadre d'une entreprise, rechercher exclusivement la responsabilité de la personne morale en s'abstenant de s'attaquer à la personne physique, organe ou représentante.

Dans le même ordre d'idée, la personne physique, auteur de l'infraction peut être anonyme, c'est-à-dire qu'à la suite d'une infraction au sein d'une entreprise sociétaire, la personne physique, auteur de ladite infraction peut ne pas être identifiée ; c'est le cas par exemple d'une décision prise au cours d'un conseil d'administration. Dans ces cas, c'est la responsabilité exclusive de la personne morale qui sera recherchée. Il peut aussi arriver et c'est fort possible que la personne physique, organe ou représentant soit bien identifiée mais plaide l'erreur de droit pour écarter sa responsabilité pénale, ce sera la responsabilité exclusive de la personne morale qu'il faudra rechercher alors rechercher.

¹⁹¹ V° E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.* 2004, 937.

¹⁹² V° A. COEURET, « La nouvelle donne en matière de responsabilité », *Dr. Soc.* 1994, p. 627.