



HAL
open science

Droit pénal des sociétés issu de l'OHADA Fascicule n°1 par
Don José Muanda, Nkole Wa Yahvé, Don José Muanda Muanda Nkole Wa Yahve,
Don José Muanda Nkole wa Yahve, Meschack Muanda

► **To cite this version:**

Don José Muanda, Nkole Wa Yahvé, Don José Muanda Muanda Nkole Wa Yahve, Don José Muanda Nkole wa Yahve, Meschack Muanda. Droit pénal des sociétés issu de l'OHADA Fascicule n°1 par. 2015. ⟨hal-04348711⟩

HAL Id: hal-04348711

<https://hal.science/hal-04348711v1>

Submitted on 16 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC0 1.0 - Universal - International License

Droit pénal des sociétés issu de l'OHADA

Fascicule n°1

par

Don José Muanda Nkole wa Yahvé
Docteur en droit des affaires

Avant-propos¹

L'OHADA. Créée en 1993, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) compte actuellement 16 Etats membres (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Conakry, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo), organise l'unification du droit des affaires et le règlement des litiges par une juridiction supranationale ainsi que la promotion de l'arbitrage. Les matières ci-après font l'objet d'actes uniformes : droit commercial général, sociétés et GIE, sûretés, procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, procédures collectives (faillite), arbitrage, comptabilité, transport de marchandises par route. D'autres projets sont en cours, notamment le droit des contrats, avec le concours d'une expertise tant africaine qu'internationale. Outre l'amélioration du climat des affaires, l'adhésion de la RDC à l'Ohada renforcera l'attractivité et satisfera l'objectif d'intégration régionale, clé du développement et de la paix en Afrique.

1.1. Considérations internes.

Sur le plan juridique, le droit congolais des affaires est lacunaire (l'équivalent de la société anonyme y est régi par trois articles), archaïque (incapacité juridique de la femme mariée, autorisation présidentielle pour la création de la SARL), désuet et obsolète (règles relatives à l'exercice du commerce par les étrangers, ignorance du bail commercial, inefficacité du registre du commerce, survivance d'un droit de la faillite répressif), en dépit de quelques efforts de modernisation (droit minier, code des investissements). Sur le plan judiciaire, la possibilité qu'offre l'Ohada de faire trancher un litige définitivement par une juridiction supranationale se substituant aux cours suprêmes nationales apparaît comme l'élément le plus attractif pour les opérateurs économiques nationaux ou étrangers.

1.2. Considérations externes.

La vocation africaine bien affichée de l'Ohada est une motivation essentielle de l'annonce de l'adhésion de la RDC à l'Ohada. L'intégration juridique régionale est en effet nécessaire pour accompagner, encadrer et rationaliser l'intégration économique tant espérée.

2. Modalités d'adhésion de la RDC à l'Ohada

Qualité de membre de l'Union Africaine. La RDC, qui s'est engagée à accélérer son adhésion à l'Ohada (lettres d'intention au FMI : juillet et décembre 2003), en remplit la condition essentielle : être membre de l'Union africaine. Il reste la concrétisation du projet par une lettre d'intention du Chef de l'Etat aux dirigeants de l'Ohada et l'accompagnement de la démarche par le Parlement ainsi que le dépôt de l'instrument d'approbation auprès du Gouvernement dépositaire du Traité de

¹ ROGER MASAMBA MAKELA, *Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'ohada, Volume 1, rapport Final*, Kinshasa, 4 février 2005, p. 8.

Port Louis. Cette dernière formalité est lourde de conséquences, car elle enclenchera le décompte du délai de soixante jours à l'expiration duquel le droit uniforme issu de l'Ohada entrera en application dans l'Etat adhérent. Il n'est donc pas exclu qu'une période plus ou moins longue sépare l'acte d'adhésion du dépôt de l'instrument d'approbation afin de garantir la réceptivité et l'assimilation du nouveau droit des affaires.

I. Contexte et état des lieux²

I.1. Diagnostic

La dégradation du climat d'investissement, notamment en raison d'une insécurité juridique et judiciaire décriée depuis deux décennies au moins, a conduit les autorités congolaises à envisager la réforme du droit des affaires et la réhabilitation de la justice. D'une part, les règles applicables aux affaires sont éparses, peu accessibles, parfois fragmentaires, voire lacunaires, souvent archaïques, comme peuvent en témoigner le droit des sociétés par actions à responsabilité limitée (embryonnaire et obsolète) ou encore le droit de la faillite (largement dépassé par la pensée juridique moderne qui privilégie autant que possible le sauvetage des entreprises en difficulté), sans oublier le droit des contrats commerciaux (qui se réfugie souvent hasardeusement derrière le droit civil des contrats usuels et des contrats spéciaux) et le droit commercial général (bail commercial non réglementé, registre du commerce insuffisamment organisé).

D'autre part, notre droit ignore encore diverses techniques juridiques répandues à travers le monde : la société unipersonnelle (qui contribuerait à structurer le secteur informel), le groupement d'intérêt économique, le droit pénal des sociétés (apte à réprimer les abus de biens sociaux, par exemple), les procédures d'alerte (pour renforcer la prévention des risques dans les sociétés), l'optimisation du rôle et de l'autonomie des commissaires aux comptes, le mécanisme de la lettre de garantie en droit des sûretés, entre autres. En outre, le droit processuel des affaires s'illustre par la pratique de jugements iniques, à cause de divers maux dont souffre l'appareil judiciaire (démotivation des magistrats, absence de formation permanente et de spécialisation, corruption) ainsi que de l'ignorance des procédures de recouvrement accéléré des créances et de la stagnation des règles organisant les voies d'exécution (dont certains procédés, comme la saisie-attribution, par exemple, sont encore ignorés par notre droit).

Enfin, le souci de réformer notre droit des affaires a suscité moult tentatives depuis une vingtaine d'années. En vain. Certes, quelques succès ont été enregistrés dans des matières que l'ordre juridique congolais pourra jalousement conserver et expérimenter personnellement, ce qui pourrait hisser notre pays au rang de modèle à cet égard : Code des investissements, Code minier, Code forestier, Code fiscal en projet, Code douanier en projet, Code de l'énergie en projet. Hormis ces performances, le tableau du droit substantiel et processuel des affaires est largement sombre en ce vingt-et-unième siècle. Et dans le contexte de mondialisation, la réforme doit autant que possible se dessiner dans un cadre régional en termes d'harmonisation des règles juridiques, voire d'uniformisation.

I.2. Profil de l'Ohada

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (Ohada) apporte une réponse appropriée, pratique, harmonieuse et africaine à la problématique ci-dessus. Dotée de la personnalité juridique internationale, cette organisation comprend quatre institutions : le Conseil des ministres (législatif votant les actes uniformes à l'unanimité), la Cour commune de justice et d'arbitrage (judiciaire veillant à l'interprétation et réglant le contentieux de l'application du traité) qui intervient comme cour suprême supranationale autant que comme structure d'appui à l'arbitrage, le Secrétariat permanent (exécutif, qui assiste le Conseil des ministres et gère le

² MASAMBA MKELA Roger, *op.cit.*, pp.10-12.

quotidien) et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature. l'Ohada vise à promouvoir l'émergence d'une Communauté économique africaine, à renforcer la sécurité juridique et judiciaire pour favoriser le développement de l'Afrique et contribuer à la consolidation de l'Unité africaine. Elle instaure à cet effet un espace juridique commun (des règles unifiées) et un espace judiciaire commun (une juridiction supranationale exerçant la fonction de cour suprême). Elle regroupe des pays culturellement et juridiquement proches de la RDC (bien que majoritairement anciennes colonies françaises) : c'est l'Afrique des codes napoléoniens, dominée par le système romanogermanique en matière juridique. Le droit en vigueur dans l'espace Ohada est très semblable au droit congolais, mais nettement plus complet, plus moderne. Son introduction dans notre ordre juridique se réaliserait sans heurt. En vertu de l'article 2 du traité du 17 octobre 1993, par droit des affaires, l'Ohada entend ? l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports ?, mais aussi ? toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure ?, conformément à l'objet du traité de l'Ohada. Cette conception extensive du droit des affaires s'illustre déjà par des normes juridiques uniques appelées actes uniformes. En vue d'améliorer le climat d'investissement mais aussi de s'inscrire dans une perspective africaine de création d'un espace juridique et judiciaire commun devant aller de pair avec, au plan politique, la consolidation de l'unité africaine et, au plan économique, l'émergence d'un marché commun africain, la RDC a tout intérêt à adhérer à l'Ohada.

Introduction

I. La nécessité d'un droit pénal congolais des sociétés

Concernant les infractions en droit pénal des sociétés, le législateur congolais a longtemps au détriment des intérêts des associés, des actionnaires, des tiers et du fisc, maintenu un vide juridique. Le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales n'a pas prévu d'infractions propres aux sociétés commerciales. L'on retrouve en matière de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux en droit congolais, quelques infractions éparses pratiquement inappropriées. Il est déplorable que l'on se contente à appliquer des sanctions civiles en lieu et place des sanctions pénales en cas de violation de la législation sur les sociétés commerciales. L'inexistence d'un droit pénal congolais des sociétés a favorisé un accroissement des comportements abusifs dans le chef des dirigeants sociaux en RDC. Les dirigeants insoucieux des masses monétaires qui leur appartiennent pas, en abusent et vont jusqu'à confondre le patrimoine social en patrimoine personnel. Combien de fois, a-t-on vu, des responsables des sociétés commerciales détourner, voler, utiliser les sommes importantes d'argent ou les biens appartenant à la société à des fins personnelles et familiales ?

Un ADG qui utilise un véhicule de fonction pour une promenade familiale au delà des frontières de la capitale, qui le camion de l'entreprise pour transporter ses effets personnels, un directeur qui puise dans la caisse pour donner à ses concubines. Un mandataire public qui emploie fictivement ses parents ou qui abuse du crédit de la société. Tous ces comportements sont infractionnels sous d'autres cieux de manière précise, alors que le législateur congolais a brillé par son mutisme juridique. Ainsi, l'insécurité juridique couplée à celle judiciaire, a plongé l'économie nationale dans un gouffre inimaginable. Les opérateurs économiques mal protégés et les investisseurs mal sécurisés, ont toujours crié à l'aide sans une réaction de la part de celui habilité à légiférer en la matière. Pourtant la troisième République s'est efforcé de sécuriser et d'améliorer le secteur des affaires, ses efforts nous paraissent louables. Mais la protection pénale des épargnants qui se muent en actionnaires ou en investisseurs n'a malheureusement pas fait l'objet d'une réflexion satisfaisante. Il demeure la nécessité d'instaurer un droit pénal congolais des sociétés. Seul ce système répressif particulier aux sociétés commerciales, devra sécuriser ceux qui investissement

dans les affaires sous forme d'une société commerciale. Ce droit devra concerner même les sociétés commerciales créées par l'Etat ou les sociétés publiques transformées en sociétés commerciales ou celles d'économie mixte.³.

III. L'objet de notre étude

Nous allons examiner *les infractions propres* instituées par le droit pénal des sociétés issues de l'OHADA, rappelons que la présente étude sera comparée puisque le législateur congolais n'a nullement instauré des infractions spécifiques aux sociétés. Nous faisons donc une incursion dans le droit OHADA dans la perspective d'une adhésion inévitable de notre pays à ce droit communautaire. Le processus d'adhésion étant très avancé, l'étudiant doit dépasser le stade des polémiques pour se verser dans l'étude pratique de ce droit. Le droit français nous servira de cadre effectif dans l'étude de différents éléments constitutifs des incriminations en matière de sociétés.

Titre 1. Les infractions relatives à la constitution des sociétés.

La loi française du 24 juillet 1966 regroupe un certain nombre d'infractions, les quelles infractions sont reprises par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et de d'intérêt économie. Ces infractions éditées par l'Acte uniforme susmentionnées seront sous peu applicables au droit des sociétés issu de l'OHADA. Nous allons examiner les unes après les autre :Il s'agira des infractions de :

- 1 le délit d'émission ;
- 2 le délit de déclaration notariée mensongère ;
- 3 Le délit de simulation de souscription ou de versement et délit de publication de faux ;
- 4 Le délit de majoration de la majoration des apports ;
- 5 Le délit de négociation et enfin le délit d'exercice irrégulier de commissaire aux apports.

λ Chapitre I. Le délit d'émission

Article 886 de l'AUSC :

? Est constitutif d'une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme d'émettre des actions avant l'immatriculation ou à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée ?.

Le délit d'émission précédemment par l'article du 24 juillet 1867 consiste dans le fait d'émettre des actions d'une société irrégulièrement.

Ce délit suppose deux éléments nécessaires à sa constitution. Le délit consiste dans le fait d'émettre des actions d'une société avant l'immatriculation ou d'une société irrégulièrement constituée. Il permet ainsi de sanctionner pénalement l'inobservance des règles de constitution de souscriptions ou des versements ayant trait à l'émission par les fondateurs, les administrateurs, les gérants ou toute personne par mandat de ces derniers qui procéderait à l'opération incriminée.

³ Voir MUANDA NKOLE wa YAHVE Don José, *La problématique de la pénalisation des actes relatifs à l'administration et à la direction des sociétés par actions à responsabilité limitée en droits congolais et français*, thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg III, 2005.

II I. la violation des règles de constitution et l'émission irrégulières des actions.

λ

λ A. Violation des règles de constitution

Les irrégularités s'expriment ainsi :

- 1) avant l'immatriculation au Registre de commerce et de crédit mobilier (RCCM) ;
- 2) à une époque quelconque si cette immatriculation a été obtenue par fraude.

a. mission des actions

C'est l'élément par lequel se consomme l'infraction. ?mettre n'est pas ici la souscription publique faite au public à apporter les capitaux, au sens de la loi, l'émission c'est créer matériellement et délivrer aux apporteurs de titres d'actions. L'émission pénalement réprimée suppose que les titres remis au souscripteur lui permettent d'exercer les droits attachés à la qualité d'actionnaire : droit sur l'actif social ; sur le bénéfice d'exploitation ; droit à la gestion de la société et de négocier les titres par voies commerciales. L'émission punissable est celle antérieure à la formation régulière de la société.⁴ Les irrégularités entachant la constitution de la société ou s'y rapportant plus ou moins directement, ne sont assorties des sanctions que s'il y a en outre émission d'actions ou de coupures d'actions. La loi ne punit pas en elle-même les irrégularités dans la constitution de la société ; elle ne le fait que le jour où les titres sont émis, donc susceptibles de transaction. Le délit d'émission est une infraction purement matérielle, elle n'exige l'élément moral, l'intention frauduleuse. Une simple faute suffit même si la faute n'est que présumée. C'est un délit de fonction. Pour que l'on puisse considérer la souscription comme intégrale, il faut

- que le capital soit souscrit en totalité ;
- que les souscriptions soient sincères ;
- qu'elle soit ferme et irrévocable et que et que les fonds soient tenu à la disposition de la société jusqu'à sa constitution définitive.

I **Le capital doit être souscrit en totalité** : il faut entendre par là que toutes les actions doivent trouver un preneur et que le montant des actions souscrites et le montant des actions souscrites doit bien représenter la totalité du capital annoncée.

3 **Les souscriptions doivent être sincère** : il s peut, en effet, que, dans l'impossibilité de placer la totalité des actions, les fondateurs recourent des combinaisons artificielles destinées à faire croire aux tiers l'intégralité de la souscription.

Le procédé le plus couramment employé consiste à faire croire à l'intégralité des actions par des hommes de paille des fondateurs : employés, domestique, acolytes quelconque, dénuées des ressources personnelles et n'ayant en aucune façon l'*affection societatis*. En ce qui concerne les sociétés à prête nom, de toute façon, il aboutit au fait que sont réputées fictives les souscriptions au nom des personnes imaginaires ou des personnes qui n'ont pas réellement souscrit, ou de qui manifestement incapables d'acquitter le premier quart exigible sur leurs titres.

Enfin ; n'est pas fictive une souscription libérée au nom de fonds empruntés ; elle ne saurait résulter non plus de l'insolvabilité du souscripteur survenu après la constitution.

λ **Les souscriptions doivent être fermes et irrévocables** : sont par conséquent prohibées les souscriptions à terme ou sous condition. Celles-ci se présentent, en pratique ; sous forme de réserves insérées dans le but dans le bulletin de souscription.

Somme toute, il appartient au juge d'examiner le fond.

⁴ Léon Constantin, *Droit pénal des sociétés*, PUF, 1968, p.543.

Bien que ce principe apparaisse très net, il subsiste néanmoins cas qui méritent quelques commentaires ; c'est celui dans lequel l'usage de prête nom n'a eu pour but de remédier à l'insuffisance du nombre des actionnaires. Par exemple, un souscripteur déclare subordonner son engagement à la condition qu'un rendement minimum soit obtenu par la société pendant les deux premières années ; ou encore, une personne souscrit qu'à la condition qu'une fonction déterminée lui soit réservée dans la société. De telles conditions sont prohibées. En effet, la règle de la souscription intégrale ne souffre aucune condition suspensive ou résolutoire. Ces conditions sont réputées non écrites la souscription reste donc pure et simple.

λ B. La réparation des vices de constitution et ses incidences sur l'action pénale

L'Acte uniforme susmentionné s'est évertué à réduire les causes de nullités, et particulièrement les cas de nullité pour vice de forme. L'AUSC subordonne la création de la société à l'immatriculation de registre de commerce et de crédit mobilier, ainsi que les modifications statutaires, au dépôt de greffe du tribunal de commerce, par les fondateurs, les membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance, d'une déclaration dans laquelle ils relatent toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement la société ou de la modifier et par laquelle ils affirment que les opérations ont été réalisées en conformité de l'AUSC. Cet Acte a prévu que si, une formalité prescrite⁵ pour la constitution ou la modification de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, toute personne intéressée ou le ministère public sont recevables à demander en justice la régularisation dans un délai qui varie selon qu'il s'agit de nullité qui entache soit les actes de constitution soit des actes autres de la société soumis légalement à la publicité. Ainsi,

- λ toutes les nullités peuvent être couvertes, à l'exception de celles qui sont fondées sur la violation de l'ordre public ou de bonnes man?uvres ;
- λ qu'une nullité peut être couverte jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur le fond en première instance ;
- λ que le Tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut d'office fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité et prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance⁶ ;
- λ que si pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision accompagnés des documents qui doivent leur être communiqués le Tribunal de commerce peut accorder par un jugement le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision.

1 Quid de la régularisation des vices en matière de la constitution et ses incidences sur l'action pénale ?

Le droit OHADA préconise plus l'action judiciaire en régularisation plutôt que de sanctions, dans cette hypothèse si l'un des fondateurs initie l'action en régularisation enfin de doter la société d'une construction légale, quel serait le sort de l'action publique ? Dans ce cas, le principe est que l'action publique reste valable si l'émission des titres a été antérieure, mais si la régularisation intervient postérieurement à l'émission des titres, l'action pénale reste valable. Nous pouvons ramener aux quatre hypothèses dans le cadre de l'infraction d'émission des actions :

- première hypothèse : la société a été constituée dans des conditions

⁵ Article 248 de l'AUSC.

⁶ Article 247 de l'AUSC.

irrégulières, mais aucun titre d'actions n'a été émis ; dans cette hypothèse, il n'est pas possible d'exercer de poursuites judiciaires sur le fondement de l'article 886 de l'AUSC ;

- deuxième hypothèse : la société a été constituée dans des conditions irrégulières et des actions ont été créées matériellement et délivrées aux actionnaires ; le délit se trouve consommé ;
- troisième hypothèse : la société a été constituée dans des conditions irrégulières mais les irrégularités de constitution sont réparées suivant les articles 248 et suivants de l'AUSC, dans ce cas il n'y a ni nullité de la société ni infraction.

λ

λ b. L'élément moral

La lecture de l'article 886 de l'AUSC précité n'indique pas clairement la nature de l'infraction d'émission, il appert de soutenir que cette infraction fondée sur la faute des administrateurs, car ils ont l'obligation de vérifier toutes les formalités de constitution de la société, une simple négligence ou omission, l'infraction est consommée, mais certains auteurs arguent que c'est une infraction purement matérielle, ce que nous ne partageons pas. En effet, la faute imputée aux dirigeants sociaux repose sur le fait de leur méconnaissance de l'obligation de procéder aux vérifications liées aux formalités de la constitution de la société. Elle se déroule conformément à la procédure pénale de droit commun. L'action civile peut se faire accessoirement à l'action publique et obéit la procédure pénale de droit commun.

I

II Les personnes punissables et L'action publique et les peines applicables

Les personnes punissables sont les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint.

1 Complicité

Toute personne qui aura aidé ou facilité ou donné les moyens aux auteurs de l'infraction pour la réalisation de l'infraction sera poursuivi pour complicité. Pratiquement sont poursuivis à titre de complice un administrateur qui aura démissionné au moment de l'émission des actions selon la doctrine. De même le démarcheur qui s'est entremis pour faciliter la constitution frauduleuse de la société, le banquier qui a mis ses guichets à la disposition de la société en vue de la réalisation d'une émission dont il connaissait le caractère frauduleux, le directeur d'une agence jouissant d'une large autonomie qui était chargé de recueillir les fonds et de faire parvenir les titres aux souscripteurs, le commissaire aux apports qui a présenté le rapport contenant de graves erreurs volontaires destinées à tromper les actionnaires. Il reste qu'à l'égard des complices, et sauf le cas où il s'agit des personnes chargées expressément de vérifier les opérations constitutives de la société, leur condamnation n'interviendra généralement qu'après constatation de leur intention délictueuse.

1 La tentative

La tentative n'est pas punissable puisqu'elle n'est pas spécialement incriminée par l'Acte susmentionné. Quant aux peines, il appartiendra au législateur congolais d'en définir le taux et la politique.

Chapitre II. Le délit de déclaration notariée mensongère, le délit de simulation de souscription ou de versement et le délit de publication des faits faux

Article 887 de l'AUSC :

Encourent une sanction pénale :

1?) ceux qui, sciemment, par l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement ou du certificat du dépositaire, auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que les fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés ; 2?) ceux qui auront remis au notaire ou au dépositaire, une liste des actionnaires ou des bulletins de souscription et de versement mentionnant des souscriptions fictives ou des versements de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ; 3?) ceux qui sciemment, par simulation de souscription ou de versement ou par publication de souscription ou de versement qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 4?) ceux qui, sciemment, pour provoquer des souscriptions ou des versements auront publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ; ceux qui, frauduleusement, auront fait attribuer à un apport en nature, une évaluation supérieure à sa valeur réelle. L'article institue de 886 AUSC institué l'infraction quatre infractions que nous allons examiner successivement : il s'agira

- 1 de l'infraction de déclaration notariée mensongère ;
- 2 de l'infraction de simulation ou de versements ;
- 3 de l'infraction de publication des faits faux ;
- 4 de l'infraction de majoration frauduleuse des apports en nature ;
- 5 de l'infraction de négociation;
- 6 enfin l'infraction d'exercice irrégulier des fonctions de commissaires aux apports.

I 1. Eléments constitutifs de délit de déclaration notarié mensongère

Comme les souscriptions et versements sont constatés par une déclaration faite dans un acte notarié en ce qui concerne les sociétés faisant publiquement appel, que sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant l'épargne, certificat du dépositaire constatant le versements déclarés par les fondateurs de fonds, le notaire affirme, dans l'acte qu'il dresse, que le montant des versements versés par les fondateurs est conforme à celui des sommes déposées dans son étude et figurant au certificat précité. Pour les sociétés ne faisant pas publiquement appel l'épargne l'AUSC dispose que les versements sont constatés par une déclaration d'un ou de plusieurs actionnaires dans un acte notarié et que sur présentation de la liste des actionnaires mentionnant les sommes versées par chacun d'eux, le notaire procède. L'importance de la déclaration n'a pas besoin d'être soulignée : outre qu'elle attire l'attention des fondateurs sur l'intérêt que la loi attache à ce que le capital social soit intégralement souscrit et effectivement libéré ; elle permet de renseigner efficacement les tiers sur la nature et l'importance des ressources dont dispose la société ; sur la nature et ; ainsi que sur la personnalité de ses fondateurs et sur celles des premier souscripteur.

L'infraction suppose deux éléments à sa réalisation

- Elément matériel : la déclaration doit contenir des allégations fausses ou inexactes ;
- Elément moral : la fausse déclaration doit avoir été faite sciemment et en toute connaissance de cause.

I A. Le caractère mensonger

L'élément matériel consiste dans le fait soit, d'affirmer sincères et véritables des souscriptions fictives ou au nom des personnes qui n'existent pas, soit dans le fait de déclarer effectivement versés les fonds non encore mis à la disposition de la société, soit encore remettre au notaire la liste des actionnaires fictifs. Ainsi doivent être considérés comme fictifs des versements non effectués en réalité. Tel sera le cas, par exemple, lorsque le banquier aura délivré un reçu de complaisance constatant un versement inexistant en fait. Peu importe d'ailleurs que les fonds aient été ultérieurement à la disposition de la société car, pour être effectif le versement doit être opéré avant la constitution de la société. Aussi le caractère fictif du versement peut résulter du fait, pour le fondateur, de retirer ses fonds dès que la société a été constituée. Le caractère fictif des versements pouvait dans cette hypothèse d'une compensation opérée dans des conditions irrégulières en espèces au moyen d'une créance inexistante. L'élément intellectuel est requis : il faut que le délinquant ait agi avec science et avec l'intention de tromper. C'est en cela que l'infraction de déclaration notariée mensongère se distingue de la simulation de souscription ou des versements

a. L'élément intentionnel

L'infraction exige un élément intellectuel, la connaissance du caractère fictif et la volonté de tromper. Il faut que l'auteur agisse en connaissance de cause. La tentative n'est pas punissable n'étant pas incriminée.

I

II b. Les personnes à incriminer et l'action civile

Peuvent être punissables le fondateur lors de la constitution et les administrateurs lors de l'augmentation du capital. Si ceux-ci ont donné mandat à une personne leur responsabilité reste engagée s'ils avaient connaissance de la fictivité. Quant au notaire qui reçoit la déclaration, il ne peut être responsable pénalement qu'il a agi avec science de la fictivité de la dite déclaration. Les fondateurs et les administrateurs peuvent être complices selon les principes de droit commun

λ c. Les personnes punissables

Les auteurs de l'infraction sont ceux qui ont pour mission de faire la déclaration notariée : les fondateurs lors de la constitution de la société, les administrateurs en cas d'augmentation du capital. Si les mandataires ou les administrateurs avaient donné mandat à l'un d'eux, soit à un tiers, leur responsabilité n'en est pas moindre s'ils avaient connaissance du caractère infractionnel. Quant au mandataire, il tombera sous le coup si sa mauvaise foi est établie. D'autre part, seront poursuivis commerce complice, le banquier, le démarcheur ou les comparses qui auront aidé chacun par ses moyens. Quant au notaire qui a reçu la déclaration de souscription et de versement, il n'engagerait sa responsabilité qu'il participait personnellement aux fraudes commises dans la déclaration et l'état qui y est annexé ; ou s'il omettait de se faire représenter les bulletins de souscription ou le certificat de dépôt des fonds. Son rôle se borne, en fait ; au pointage de la liste des souscripteurs, à la liste des souscripteurs, à la vérification de la capacité des apports et à la constatation du montant souscrit.

λ d. La tentative et peines

Elle n'est pas punissable et le délit est instantané. La poursuite obéit aux principes généraux de droit pénal général. Les peines principales et complémentaires seront définies par le législateur congolais tel : interdiction d'exercer les fonctions de dirigeants sociaux, la déchéance du statut de commerçant ou privation de quelques droits civiques.

I 2. Le délit de simulation de souscription ou de versement et le délit de publication des faits faux

Le premier délit suppose la réunion de trois conditions suivantes :

- I une simulation de souscription ou de versements, c'est-à-dire l'affirmation mensongère de la souscription intégrale du capital social ou du versement, le fait de passer pour réels les souscriptions ou les versements inexistant. Le fond n'étant pas définitivement mis à la disposition de la société ;
- II obtention ou tentative d'obtention d'autres souscriptions ou versements ;
- III mauvaise foi, la simulation implique nécessairement l'intention frauduleuse.

3. L'infraction de simulation de souscriptions ou de versements

Par simulation des souscriptions ou des versements, il faut entendre le fait de faire passer pour réels des souscriptions ou des versements qui, en réalité sont fictifs ou même inexistant. Sont réputées fictives les souscriptions non accompagnées du versement effectif de fonds mis définitivement à la disposition de la société. L'appréciation du caractère fictif de la souscription est essentiellement une question de fait qui ne peut être tranchée par les tribunaux qu'en tenant compte le plus souvent, la non sincérité résultera du fait que le pseudo souscripteur s'est trouvé dans l'impossibilité d'effectuer le versement du premier quart. Mais la jurisprudence considère comme valables les versements effectués à l'aide de fonds empruntés. Rappelons qu'une souscription par prête nom n'est pas en soi une souscription fictive ; elle ne le serait que si elle était inspirée par une pensée de fraude à l'AUSC et aux tiers, l'affectio societatis devant être limitée, selon, en matière de capitaux, à l'engagement de souscrire et à la libération de la souscription. Quant aux versements, la jurisprudence déclarée fictifs lorsqu'ils n'ont pas eu pour effet de mettre effectivement des espèces à la disposition de la société, et, notamment, lorsqu'ils ont été par un simple jeu d'écritures et spécialement par le débit d'un compte déjà débiteur ou suffisamment créditeur.⁷ Dans les deux cas, la tentative est punissable, elle doit être manifestée par un commencement d'exécution et caractérisé par des actes non équivoques impliquant la recherche de souscriptions ou de versements.⁸ La souscription de versements peut se produire également en matière d'actions d'apport, dans le cas où les apports effectués par les souscripteurs sont pratiquement inexistant ou sans valeur. La simulation résultera, le plus souvent, de ce que les fondateurs ou administrateurs auront frauduleusement donné, ou tenté de donner à des souscriptions et versements fictifs ou même inexistant l'apparence de la réalité, dans le but de provoquer d'autres souscriptions et d'autres versements. On notera, comme étant également constitutifs de l'infraction de simulation :

- I le fait pour un banquier, de délivrer un reçu de complaisance constatant un versement inexistant en fait, et ce dans le but de tromper les actionnaires ;
- II le fait d'avoir mensongèrement inscrit sur les actions émises qu'elles étaient entièrement libérées, dans le but de faire croire à la régularité d'une augmentation de capital ;
- III le fait d'avoir déclaré définitivement constituée avant le versement du premier quart en espèces, enfin de provoquer de nouvelles souscriptions ou de nouveaux versements ;
- IV le fait, pour les administrateurs, d'avoir libéré leur souscription par compensation grâce à

⁷ Léon CONSTANTIN, *op.cit.*, p. 542.

⁸ ROSSELET et PATIN, *Délits et sanctions*, n° 302, droit leg. Pén. Aff., PUF, p. 256.

- l'inscription, au crédit de leur compte, de sommes dont la société était supposé débitrice à l'égard pour redevances sur exploitation de brevets ;
- V le fait de vendre des actions faussement présentées comme libérées et d'utiliser le produit de cette vente à la libération du capital social.

A quelle époque la simulation peut avoir lieu ? Dès lors que l'infraction de simulation n'est constituée que si la simulation de souscription ou de versements a tendu à provoquer d'autres souscriptions ou d'autres versements, la simulation est nécessaire antérieure aux souscriptions et versements présumés viciés par cette fraude. Cependant il est bien évident qu'elle peut être postérieure à la constitution de la société ; si elle a eu pour objet de déterminer des actionnaires ou versements des deuxièmes, troisième et quatrième quarts ou encore en cas d'augmentation de capital.⁹

I 4. Le délit de publication des faits faux

Cette infraction est d'une portée plus pratique que l'infraction de simulation de souscriptions ou de versements. Elle vise le cas où les dirigeants de la société ont mensongèrement publier des faits faux destinés à inspirer confiance au public et ce, dans le but de provoquer des souscriptions ou de versements.¹⁰ Le délit suppose la réunion de quatre éléments suivants :

- A la publication de faits faux, la publication s'entend par tous les modes : affichage, circulaires, tracts, journaux télévisés ou écrits, etc. Ces manœuvres doivent viser à inspirer la confiance du public ;
- B la fausseté des faits allégués ;
- C la poursuite d'obtention des souscriptions ou de versements, le but précis est d'attirer des souscriptions ou de versements supplémentaires ;
- D la mauvaise foi, l'infacteur doit agir avec dol : supercherie.

La publication n'est pas seulement celle d'un avis imprimé mis à la disposition du public, ce qui restreindrait le champ de l'infraction aux prospectus, articles de journaux, affiches, réclames, circulaires, etc., il faut prendre le mot publier dans son sens étymologique : porter à la connaissance du public quelque soit le mode ou les moyens utilisés. Actuellement l'Internet peut être compris comme mode publication, les vues cinématographique, les déclarations verbales dans des assemblées, de même des indications fausses de les publicités légales sont répréhensibles.

Quant à la notion de faux, elle doit être également interprétée d'une manière extrêmement large, il faut y englober les mensonges de toute espèce que peuvent faire les lanceurs d'affaires ou des dirigeants de sociétés à l'effet, en attirant la confiance du public, de provoquer des souscriptions ou des versements. C'est l'ensemble des faits qui sont présentés comme ayant une existence certaine. Il ne serait pas possible de passer en revue tous les moyens faux. La loi française donne des exemples concrets : la publication des souscriptions et des versements qui n'existent pas et la publication des noms de personnes désignées contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachés à la société à un titre quelconque. La publication de fausses souscriptions ou des versements faux consistera généralement dans la publication d'une liste de souscripteurs en tout ou en partie imaginaires, dans l'établissement d'un état de versements mensongers. Peut-on déduire que tous les mensonges rentrent dans le cadre de la répression ?

La réponse est les mensonges visés par l'AUSC doivent avoir pour but de provoquer des

⁹ Léon CONSTANTIN, *op.cit.* p. 543.

¹⁰ Article 886

souscriptions ou des versements, il arrive que l'on recourt à des noms des personnalités importantes pour inspirer le plus de confiance. Toutefois, le dol peut être évoqué par la victime partie civile. Mais il faut faire attention car l'AUSC punit l'obtention des souscriptions par publication des faits faux, mais encore la tentative d'obtention. La relation de cause à effet en droit civil, cesse d'être aussi rigoureux en droit pénal des sociétés en tant donné que l'action pénale peut subsister alors que l'action civile doit être écartée dans certains cas de l'infraction. A cet effet, la publication ou même la simple présentation d'un bilan sciemment inexact tombe sous le coup de la répression pénale, quel que soit, par ailleurs, le but poursuivi par les auteurs de l'infraction. Mais elle continue d'être retenue comme une composante de l'infraction de publication de faits faux s'il est établi que cette publication avait pour but d'attirer la confiance du public et de provoquer des souscriptions ou des versements. Ont été relevés par la jurisprudence comme éléments constitutifs de l'infraction de publication de faits faux¹¹ :

- 1 l'affirmation inexacte de la régularité de la société ;
- 2 la liste des souscripteurs imaginaires ou d'état de versements falsifiés ;
- 3 l'annonce d'une prochaine distribution de dividendes qui, compte tenu de la situation, ne sauraient être réguliers ;
- 4 la publication des cotes fictives destinées à faire croire au public que les actions ; en réalité délaissées, font l'objet d'un marché régulier ;
- 5 la publication des noms de personnes indiquées, contrairement à la vérité, comme faisant partie du conseil d'administration ;
- 6 les indications mensongères sur les origines de l'affaire, sur sa prospérité, la consistance des apports, les bénéfices déjà réalisés dans une entreprise individuelle qu'il s'agit de transformer en société par actions ;
- 7 l'annonce de prétendues garanties de remboursement accordées par la société aux souscripteurs.

L'expression faits faux doit être prise au sens large et l'on peut dire qu'il s'agit tous les procédés utilisés par les fondateurs de sociétés, les administrateurs et leurs acolytes susceptibles d'attirer frauduleusement la confiance des épargnants. L'expression ? faits faux ? ne doit s'entendre que des faits antérieurs à l'obtention ou à la tentative d'obtention de souscriptions ou de versements. Un fait futur, même s'il est irréalisable, ne peut, à priori, être qualifié de faux. Il reste que la promesse d'un fait futur si elle ne peut être considéré comme élément de l'infraction de publication de faits faux ; peut être retenue comme constitutive de l'escroquerie si elle est accompagnée des man?uvres.

1 L'élément intentionnel

L'infraction de simulation de souscriptions ou des versements et l'infraction de publication de faits faux requièrent, pour leur commission, la constatation de l'intention frauduleuse de leurs auteurs. Ceci résulte suffisamment de l'emploi : ? sciemment ?. L'intention délictueuse revêt, ici, selon nous, un double caractère. Les auteurs ne seront poursuivis que s'ils ont agi sciemment, en toute connaissance du caractère fictif des souscriptions ou versements qu'ils déclareraient réels et sincère et de la fausseté des faits qu'ils publiaient comme vrais et, en second lieu, qu'ils ont agi dans une intention frauduleuse, dans le but précis d'obtenir grâce à leur mensonge, de nouvelles souscriptions ou de nouveaux versements. Il en résulte qu'aucune poursuite pénale ne pourra être dirigée contre l'auteur de la publication incriminée, si celui-ci parvient à établir contre l'auteur qu'il ignorait l'inexactitude des déclarations qu'il produisait. Ainsi l'infraction ne sera consommée si elle n'avait pas pour but de provoquer des souscriptions et des versements.

1 Personnes punissables

Seront poursuivis comme auteurs principaux ceux qui sciemment auront obtenu ou tenté d'obtenir

¹¹ Trib. corr.Senne 16 avril 2009, Rev. Soc. 1900

des souscriptions ou des versements, soit au moyen de souscriptions ou des versements simulés, soit en publiant des faits dont ils savaient faux. Seront ainsi poursuivis les fondateurs, administrateurs ou gérants. Le fondateur occulte qui cache sa véritable qualité derrière un homme de paille, sera poursuivi comme auteur principal. En principe, toutes les personnes qui auront participé à la commission de l'infraction seront impliquées dans l'action pénale à condition qu'elles aient été au courant du caractère mensonger ou du faux de faits publiés ; rappelons que l'organe de direction ou d'administration a l'obligation de vérifier la réalité et la véracité de tous les actes de la société, ainsi il a été jugé qu'un président du conseil d'administration qui n'a pas participé à une assemblée qui rédigé d'une notice mensongère en vue faciliter l'émission d'obligation mais qui connaissant la fausseté des indications mensongères de la notice, ne s'est pas opposé à ce que fût continuée la distribution des exemplaires de cette notice devait être considéré comme ayant participé à l'infraction.

3) Complicité

Seront pris pour complices ceux qui ont participé à l'acte de souscription ou de publication incriminé et ont pu en retirer un gain pécuniaire, un individu qui a prêté son nom pour permettre l'établissement des fausses liste des souscriptions, des individus qui mis leurs fonds à la disposition de la société pour permettre d'affirmer, devant le notaire, la libération intégrale du premier quart et les ont retirés par la suite, les banquiers ayant frauduleusement délivré des reçus de complaisance ou ayant participé en connaissance, à l'émission d'actions ou d'obligations incriminées ; auteurs des prospectus ou publications mensongères ; démarcheurs qui, connaissant les vices constitutifs dont est entachée la société ou la fausseté des faits publiés, s'emploient à solliciter des souscriptions ; notaires, dépositaires des fonds, s'ils ont connus l'origine délictueuse de ces fonds, enfin commissaires aux comptes qui de mauvaise foi auront approuvé le bilan destiné la publicité ou fait à l'assemblée générale des déclarations mensongères sur la situation sociale, alors qu'ils savaient que ces déclarations étaient destinés à la publicité.

D. Tentative

Elle est punissable, et doit se manifester par un commencement d'exécution et caractérisée par des actes non équivoques impliquant la recherche des souscriptions ou des versements. Les peines seront définies par le législateur congolais en application de l'AUSC.

E. L'action civile

Les souscripteurs peuvent intenter une action en réparation de préjudices subis en se constituant partie civile accessoirement à l'action publique devant le tribunal répressif soit à titre principal devant le tribunal civil. Mais seuls les souscripteurs de bonne foi seront recevables devant le juge, quant aux souscripteurs informés du caractère mensonger mais qui ont fournis leurs fonds devront être déboutés de leur demande car nul ne peut se prévaloir de propre turpitude. L'action civile de souscripteurs devra être individuelle.

I 5. Le délit de majoration frauduleuse des apports en nature

Le délit suppose d'une part l'évaluation exagérée de l'apport en nature, c'est-à-dire une surévaluation- évaluation supérieure sa valeur réelle, et d'autre part, l'emploi de man?uvres frauduleuses. Qui apprécie la valeur réelle de l'apport en nature ? Cette qualité est conférée aux commissaires aux apports. L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers, dans l'hypothèse d'une société sans appel à l'épargne publique, les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. Pour notre, nous estimons que l'évaluation faite par les commissaires aux apports est basée sur les critères objectifs tandis que l'évaluation décidée par l'assemblée générale risque d'être subjective d'autant plus que la société

évalue les apports selon les avantages qu'ils apportent à la société. Retenons que l'AUSC érige en infraction le fait de surévaluer un apport en nature au-delà de sa valeur réelle. Par exemple un ensemble des ordinateurs apporté par un associé ou un actionnaire vaut réellement 20.000 dollars alors l'apporteur l'estime sciemment avec l'intention frauduleuse à 30.000 dollars.¹²

a. Personnes punissables

Sont considérés comme auteurs principaux ceux qui auront déterminé, par leurs manœuvres, l'évaluation excessive et comme complices ceux qui auront prêté concours à celles-ci. Suivant les circonstances de cause, l'apporteur, les fondateurs, les administrateurs, les commissaires et tous ceux qui auront favorisé ou participé à la préparation de l'infraction.

b. Tentative

Elle n'est pas punissable ; si les démarches étaient entreprises par l'apporteur ou les fondateurs pour provoquer une surévaluation de l'apport, celles-ci ne pourraient donner lieu à des poursuites judiciaires.

c. Action civile

L'action civile peut être exercée par les victimes du délit. Ce sera la société elle-même puisque par des manœuvres frauduleuses, elle a été amenée à donner un apport qui lui est fait une valeur supérieure à la réalité, et les tiers qui auront adhéré ou traité avec la société en raison précisément de la présence des apports majorés.

Chapitre 3. Le délit de négociation des titres

Article 888 de l'AUSC : *Encourent une sanction pénale, ceux qui auront sciemment négocié :*

1?) des actions nominatives qui ne sont pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération ; 2?) des actions d'apport avant l'expiration du délai pendant lequel elles ne sont pas négociables ; 3?) des actions de numéraire pour lesquelles le versement du quart du nominal n'a pas été effectué.

I A. Eléments constitutifs

Ce délit sanctionne pénalement la négociation d'actions ou de promesses d'actions lorsque les titres faisant partie de l'objet de cette négociation sont irréguliers ou lorsque la loi interdit formellement cette opération. La négociation s'entend par transmettre une propriété à une personne par les voies commerciales suivantes :

- λ transfert : mode ordinaire de cession des titres nominatifs qui se réalise par l'inscription sur le registre de la société par laquelle l'aliénateur reconnaît avoir transposé la propriété de ses titres à un tiers ;
- λ endossement : ne s'applique qu'à titres à ordre ;
- λ tradition : remise du titre de la main à la main possible pour les titres au porteur¹³.

La mauvaise foi est requise. La tentative n'est pas punissable n'étant pas incriminée. L'action civile se déroule selon le droit commun.

¹² CONSTANTIN et GAUTRAT, *Traité de droit pénal des sociétés*, PUF, n° 319.

¹³ GASTON LA GARDE, *Droit commercial*, 3^{ème} année de licence droit, Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1968, mis à jour par ROLLAR BRIGETTE, Strasbourg III, 2002, pp. 645-650.

λ Titre 2. Les infractions relatives à l'administration et à la direction des sociétés

Ces infractions sont relatives au fonctionnement des sociétés. Les personnes poursuivies sont les dirigeants sociaux : les administrateurs, les gérants, les directeurs et leurs complices.

λ Chapitre I. L'infraction de distribution des dividendes fictifs

L'article 889 de l'AUSC est ainsi conçu : ? *Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs ?.*

A. Eléments constitutifs

Le délit suppose la réunion de quatre éléments : l'absence d'inventaire ou l'utilisation d'inventaire frauduleux, la répartition effective des dividendes, la fictivité des dividendes, et un élément intentionnel.

1 Absence d'inventaire ou utilisation d'inventaire frauduleux

S'agissant de l'interprétation d'un texte de droit pénal qui doit être restrictive, il importe de définir exactement la portée des notions de l'absence d'inventaire ou de l'inventaire frauduleux car, à défaut de la réalisation de l'une ou de l'autre de ces conditions, l'infraction ne sera pas perpétrée en raison du défaut de l'un de ses éléments constitutifs. Par absence d'inventaire, le législateur OHADA vise tout d'abord le cas, qui peut être considéré comme présentant qu'un intérêt théorique, où il est procédé à la distribution d'un dividende sans qu'une situation comptable de la société afférente au dernier exercice fût préalablement établie.

Plus pratique est le cas où il est procédé la distribution d'un dividende après l'établissement d'un bilan qui n'a pas été précédé de la confection d'un inventaire. La Cour de Cassation française a juste titre décidé que le bilan devait être assimilé à l'inventaire¹⁴. Il en résultait que l'absence d'un inventaire proprement dit ne suffisait pas pour constituer l'élément requis par la loi dès lors que le bilan a été dressé. Disons aujourd'hui que, malgré la seule mention de l'inventaire, il faut sous-entendre celle du bilan, du compte d'exploitation générale et du compte des pertes et profits. Nous pensons que l'on ne peut séparer arbitrairement l'inventaire du bilan et des comptes de résultats.

L'hypothèse de l'utilisation d'un inventaire ou bilan frauduleux est évidemment plus fréquente. On doit entendre, par là, non seulement l'inventaire ou bilan inexact, c'est à dire non conforme aux données de la comptabilité, mais également celui dont l'inexactitude ne réside que dans le défaut ou l'insuffisance des amortissements et des provisions. En réalité, il est impossible de parler d'un inventaire frauduleux, la fraude étant par définition un élément intellectuel, caractérisé par l'intention d'un individu. Elle ne peut résider dans les caractéristiques propres d'un document. Celui-ci peut être exact ou inexact seule l'intention des rédacteurs de l'Acte uniforme peut consister dans le désir de commettre une fraude. Pour le comprendre aisément rappelons que le terme ? *frauduleux* ? n'avait été inséré dans le texte de l'article 15, al.4, de la loi de 1867 (loi française originelle instituant les incriminations en matière des sociétés) que pour déduire que l'infraction supposait la mauvaise foi, celle-ci n'étant pas mentionnée séparément ; mais aujourd'hui cette raison n'est plus à démontrer puisque l'Acte uniforme fait état explicitement de l'intention délictueuse. Il aurait été mieux de parler d'inventaires inexacts puisque ce que l'Acte uniforme incrimine, c'est de se servir sciemment de bilans inexacts. L'inventaire ou le bilan frauduleux dont on parle n'est donc qu'un inventaire ou un bilan inexact, étant entendu que l'utilisation de cet inventaire doit être faite de mauvaise foi comme le confirme le mot ? *sciemment* ?.

¹⁴ Crim., 11 juin 1925, Gaz, Pal., 25.2.322.)

En matières de distribution des dividendes fictifs, les inexactitudes du bilan présentent ce caractère particulier qu'elles doivent se traduire nécessairement par une majoration des postes de l'actif ou par une minoration des postes du passif, de manière à faire apparaître un bénéfice qui, en fait, n'existe pas, ou de manière à grossir artificiellement le montant du bénéfice¹⁵.

Que dire alors des principes d'établissement des bilans ? Sans entrer dans les stricts détails, rappelons brièvement ces principes. Un bilan doit d'abord respecter la règle de l'indépendance des exercices, en vertu de laquelle il doit être procédé chaque année à une liquidation permettant d'apprécier s'il y a ou non des bénéfices. Elle se traduit, au point de vue de l'établissement des inventaires et des bilans, par l'obligation de faire supporter à l'exercice qui en profite les dépenses effectuées et seules celles qui concernent plusieurs exercices peuvent figurer à l'actif pour s'amortir en plusieurs années.

Il obéit en second lieu à la règle essentielle de la fixité du capital qui établit une solidarité entre les exercices et qui interdit de procéder à toute distribution, quel qu'en soit le montant, en l'absence des bénéfices, à laquelle s'ajoute l'obligation de constituer des réserves statutaires ou facultatives qui tendent à assurer une solidarité des exercices basés sur l'avenir tandis que la règle de la fixité du capital établit une solidarité quant au passé. Le troisième principe est celui de l'exactitude et de la sincérité suivant lequel il doit être procédé aux amortissements et à des provisions, même en l'absence de bénéfices, pour que l'évaluation des valeurs d'actif soit conforme à leur valeur effective. Le bilan obéit, enfin, à la règle de l'actualité qui s'entend de la nécessité de se placer, pour déterminer la consistance des éléments actifs et passifs du patrimoine social, au jour de la clôture de l'exercice annuel. Il est évident que les fraudes, destinées à falsifier les bilans et à faire apparaître des bénéfices à la place des pertes, ou à majorer les bénéfices, sont nombreuses et variés. La jurisprudence fournit des exemples suivants :

- λ surévaluation des immobilisations ;
- λ inscription, dans les immobilisations, des frais généraux considérés comme frais de premier établissement lorsque ces frais généraux n'étaient que dans dépenses courantes de l'année qui devaient s'inclure dans les charges d'exploitation ;
- λ actif artificiel par la majoration de la valeur dans titres en portefeuille ;
- λ actif artificiel par la surévaluation des stocks ou par la simulation des stocks inexistants ;
- λ absence de provision pour des pertes certaines ;
- λ maintien à l'actif des effets de commerce douteux ;
- λ maintien des créances sur les tiers alors qu'elles sont devenues irrécouvrables ;

λ omission d'amortissements.

L'absence d'inventaire ou son inexactitude ainsi que celle des autres comptes sociaux constituent une des conditions nécessaires de l'application de l'article 889 de l'AUSC.

1 La fictivité des dividendes

¹⁵ Crim., 4 mai 1954, JCP., 1954, éd. C.I., 54087.

Beaucoup d'auteurs à juste titre, ont fait remarquer l'inexactitude de cette formule. Un dividende, c'est la fraction des bénéfices nets attribuée annuellement aux actionnaires, ne peut en réalité être fictif en lui-même ; ce qui peut être fictif, c'est le bénéfice net ainsi distribué.¹⁶

La fictivité des dividendes distribués implique que les dividendes ont été repartis en l'absence des bénéfices. Mis quel sens convient-il d'attribuer aux termes ? dividendes fictifs? employé par le législateur OHADA ? Avant la loi française de 1966, et depuis 1937, deux thèses s'opposaient. Selon nous, sont considérés comme ? dividendes fictifs ?, les dividendes prélevés sur le capital social, c'est à dire les distributions de sommes qui n'étaient pas représentés par un excédent de l'actif sur le passif. Mais certains doctrinaires affirment qu'il ya dividendes fictifs toutes les fois que le dividende est distribué sur les bases d'un bilan inexact faisant ressortir un bénéfice supérieur à celui effectivement réalisé au cours de l'exercice.

Nous pensons que le dividende, qui par définition ne doit et ne peut représenter qu'une fraction ou la totalité des bénéfices nets est fictif lorsque le bénéfice net annuel ou accumulé est inexistant, de sorte qu'en fait le dividende se trouve prélevé sur le capital social. Fictivité et inexactitude sont deux mots que nous refusons de confondre. Le dividende n'est pas fictif toutes les fois que les redressements nécessaires laissent subsister un bénéfice net suffisant pour permettre la distribution d ce dividende. Il doit en être ainsi non seulement dans le cas où les inexactitudes ne portent que sur la répartition des éléments de l'actif t du passif (qualification inexacte de certains postes) mais également dans le cas où la majoration de certains postes de l'actif est compensée par la majoration de certains postes. Seule la réserve légale doit être considérée comme assimilée au capital et comme non susceptible de distribution puisqu'elle constitue un véritable prolongement de celui-ci et qu'elle ne pouvait être touchée qu'en vue de compenser des pertes.

Les réserves statutaires, extraordinaires ou facultaires, pensions-nous, ne font pas partie du capital et doivent pas lui-même assimilées, car il s'agit là de sommes prélevées sur des bénéfices antérieurs que la société a conservées à sa disposition et dont l'assemblée générale peut librement faire emploi à son gré si elles ne sont pas grevées d'une affectation spéciale. Supposons que qu'un bilan fasse apparaître un bénéfice net résultant des opérations de l'exercice et que les redressements opérés en vue d'établir la fictivité du bilan fassent constater que ce bénéfice net est en réalité inexistant, il subsiste, néanmoins une réserve légale, d'une part, et une réserve facultative à affectation spéciale, d'autre. Si on l'impute sur la réserve légale, le dividende est fictif, le sera-t-il aussi si la réserve spéciale est suffisante pour le distribuer. Nous pensons que la réponse sera négative.

1 Quid des réserves occultes

On s'était longtemps demandé si le dividende distribué devait être réputé fictif lorsqu'il existe des réserves occultes. Certaines sociétés en effet constituent parfois de réserves occultes qui n'apparaissent pas à l'inventaire et au bilan et entraînent nécessairement l'inexactitude de divers comptes (évaluation défectueuse des stocks exagération du taux d'amortissement...). Cette pratique qui dans certain cas pouvait n'être pas considérée comme malsaine, se heurtait déjà aux dispositions de l'art. 15-5 de la loi française du 24 juillet 1867 visant la présentation du bilan inexact qui ont été reprises en droit ohada dans l'article 890 de l'AUSC. Quoi qu'il en soit, nous nous exprimons ainsi dans notre étude sur l'imputation des dividendes sur les réserves et la notion de dividende fictif.

La tendance de la jurisprudence et celle de la doctrine étaient, tout au moins avant l'arrêt Léonard, d'admettre que, même à défaut de bénéfices nets, le dividende distribué n'était pas fictif s'il pouvait être prélevé sur des réserve occultes, résultant du fait que certains postes actifs du bilan ont été minorés ou qu'au contraire certains postes du passif ont été majorés, par exemple par suite d'amortissements exagérés.

Mais on était généralement d'accord pour estimer au contraire que le dividende est fictif toutes les

¹⁶ L. Constantin, *op.cit.*

fois que les réserves occultes sont constituées par de simple différences de cours sur marchandises en magasin ou sur titres en portefeuille ou par de simples plus-values sur la valeur des immobilisations. Le dividende distribué doit être réputé fictif s'il n'y a pas de bénéfices nonobstant l'existence de réserves suffisantes ; une distribution de réserves ne pourrait être considérée comme régulière qu'à la condition d'être opérée en pleine connaissance de cause, c'est à dire qu'elle est expressément autorisée par les statuts ou par l'assemblée générale des actionnaires. Ne pourront être repartis entre les actionnaires, sous forme de dividende, que le bénéfice distribuable afférent à l'exercice considéré et les sommes que l'assemblée générale aura décidé de prélever sur les réserves dont elle a disposé. Tout dividende distribué en violation de ces règles est réputé fictif.

1 La distribution effective de dividendes

Le troisième élément de l'infraction est un acte de distribution. Cette condition est essentielle, il importe de préciser ce qu'il faut entendre par distribution ou répartition effective, la tentative de l'infraction n'étant pas punissable. La jurisprudence tend à s'affirmer que par répartition de dividende, il faut entendre l'acte qui met le dividende à la disposition des actionnaires, de telle sorte que la perception ne dépend plus que de leur volonté, la perception individuelle, par chaque actionnaire du dividende afférent à ses actions, n'ajoute rien à l'acte de la mise du dividende à la disposition des actionnaires qui a pour effet de créer à leur profit un droit privatif sur le dividende.

A L'élément intentionnel

La doctrine était unanime, dans l'état antérieur du droit, à reconnaître dans l'infraction de distribution des dividendes fictifs, une infraction intentionnelle, comportant nécessairement l'élément de mauvaise foi bien que celle-ci ne soit pas expressément exprimée dans l'esprit de la loi. Nous avons démontré que la mauvaise foi se déduit des termes "inventaire frauduleux", "dividendes frauduleux" et de l'assimilation de l'infraction de distribution de dividendes fictifs à l'infraction d'escroquerie, au moins en ce qui concerne la répression.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a bien sanctionné cette doctrine en insérant le terme : "sciemment". Cette précision tend à marquer à l'évidence le caractère intentionnel de cette infraction qui nécessite la preuve d'une intention délictueuse. La nécessité de rapporter la preuve de l'intention frauduleuse exclut l'existence d'une présomption de mauvaise foi, du moins n'en est-il pas moins vrai que la tâche du ministère public sera facilitée dans le cas de la distribution de dividendes en l'absence d'inventaire, car les administrateurs ne peuvent alléguer qu'ils connaissaient avec certitude la réalité du bénéfice. Cela n'est pas sans doute la même chose que la connaissance de son inexistence, mais il sera particulièrement facile d'établir que les dirigeants sociaux, à moins qu'il s'agisse de personnes d'une incompétence totale, n'ignoraient pas le caractère, sinon fictif, du moins aléatoire et incertain des bénéfices mis en distribution. L'intention délictueuse, en matière de répartition de dividendes fictifs, consiste dans la connaissance de l'inexactitude du bilan et de la fictivité du dividende mis en distribution. Comme il a été jugé par le tribunal correctionnel de la Seine du 25 juin 1951, le mobile n'entre pas en considération, ni l'absence de clandestinité. Le seul problème à résoudre est celui de savoir si le président d'une société, en s'écartant délibérément des règles d'une saine administration des intérêts qui lui sont confiés, a consciemment enfreint les dispositions protectrices de la loi ; celle-ci tendent essentiellement à sauvegarder le gage des créanciers et à assurer la sécurité de l'appel au crédit en même temps qu'à garantir une exacte information des actionnaires. Les prévenus peuvent toujours prouver leur bonne foi.

A La répression de l'infraction de distribution de dividendes fictifs

Signalons que cette étude est réalisée alors que la RDC n'a pas encore pris une loi portant répression des infractions instituées par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales

et du groupement d'intérêt économique. Mais somme toute, il appartiendra au législateur d'en prévoir une fois l'application des Actes uniformes sera effective.

λ Chapitre II. Le délit Le Délit de présentation ou publication de comptes sociaux ne donnant pas une image fidèle de la société

Article 890 de l'AUSC :

? Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui auront sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période ?

La présentation ou la publication de comptes inexacts, c'est-à-dire qui ne donnent pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine de la société à l'expiration de cette période, est réprimée. Par comptes, il faut entendre le bilan, le compte de résultat et l'annexe ou tous les documents comptables. Cette notion d'image fidèle n'a jamais été expressément définie. Cette notion s'apprécie essentiellement en vérifiant l'application des règles qui encadrent la présentation et le contenu des comptes (le principe de régularité et de sincérité, de prudence, de continuité de l'exploitation, de la permanence des méthodes comptables, de l'annualité et de l'indépendance des exercices). On peut recenser trois grandes catégories d'inexactitudes :

- A les inexactitudes dans la composition du bilan, du compte de résultat ou de l'annexe ;
- B les inexactitudes dans l'évaluation de leurs éléments (exemples : majoration de l'actif social et/ou diminution du passif, ou minoration de l'actif et/ou majoration du passif social) ;
- C et les inexactitudes dans la présentation de leurs postes.

Exemples :

La comptabilisation à l'actif du bilan de plus-values non acquises ou fictives : comme des plus-values de cession imaginaires ou non encore réalisées au cours de l'exercice social concerné ; défaut de provision ou insuffisance des provisions, ce qui conduit à majorer les résultats de la société. Le défaut d'amortissement des immobilisations : ce qui entraîne une évaluation inexacte des éléments d'actifs et donc l'inexactitude des comptes sociaux. La diminution ou surévaluation de stocks, factures fictives. En résumé, l'infraction est caractérisée par le caractère erroné des informations, leur insuffisance ou leur omission. Par présentation, il faut entendre la simple soumission des documents aux associés, la décision de ces derniers étant indifférente. Ainsi, il importe peu que l'assemblée générale ait rejeté les comptes présentés.

La communication des comptes à un seul actionnaire ne suffit pas à caractériser leur présentation. L'auteur de l'infraction doit avoir agi sciemment et connaître l'inexactitude qui vicie les comptes litigieux. Par contre les mobiles ayant guidé l'auteur du délit sont sans incidence sur la constitution de l'infraction. Le dirigeant ayant présenté ou publié des comptes non sincères pour préserver la continuité de l'activité sociale n'en serait pas moins coupable. La répression du délit est assez large, puisqu'elle concerne les dirigeants de droit et de fait auteurs des faits, mais également leurs complices. A titre d'auteur principal, l'AUSC, vise les gérants de sociétés à responsabilité limitée, les présidents, administrateurs ou directeurs généraux des sociétés anonymes, des sociétés européennes ou sociétés par actions simplifiées, les membres du directoire, les gérants des sociétés en commandite par actions. A titre de complice, peuvent notamment être poursuivis :

- les membres du conseil de surveillance dans les sociétés à forme de directoire qui ont présentés les observations prévues par la loi ;
- les administrateurs en fonction à l'époque de la préparation ou de l'établissement des comptes sans l'être au moment de la présentation ou de la publication ;
- les directeurs ayant participé en connaissance de cause à la confection du faux bilan ;
- l'expert comptable qui utilise divers artifices pour faire apparaître des situations ne correspondant pas à la réalité.

En outre, en se constituant partie civile, la victime peut demander la réparation du préjudice que lui a directement et personnellement causé cette infraction.

λ **Chapitre III. Le délit d'abus des biens sociaux, des crédits ou des pouvoirs sociaux**

Article 891 de l'AUSC :

?Encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, 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 savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement ?. L'abus des biens sociaux (l'ABS) n'est incriminé que dans certaines sociétés. Ce sont nécessairement des sociétés de capitaux : SA, SARL...il faut toujours avoir en tête la théorie de la séparation des patrimoines. La société est une personne morale autonome qui a son patrimoine propre ; les dirigeants doivent gérer le patrimoine de la société en leur qualité mais ils ne sauraient confondre leur patrimoine social avec leur patrimoine personnel. C'est un délit formel : on n'a pas besoin de préjudice (contrairement à l'abus de confiance).

λ **Les conditions préalables**

I Les sociétés cadres du délit

A Délit incriminé que dans les sociétés de capitaux

Dans les sociétés de personnes les sociétés sont solidairement, personnellement et indéfiniment responsables des dettes sociales. Mais dans les sociétés de capitaux, les dirigeants ne sont pas personnellement responsables des dettes sociales. Cela ne lie pas que les dirigeants de sociétés de capitaux qui détournent sont à l'abri de poursuites pénales : il y a l'abus de confiance car sont des mandataires.

I La qualité de l'agent

C'est le dirigeant auteur de l'acte contraire qui sera seul responsable en qualité d'auteur responsable du délit. La complicité suppose un acte positif de complicité. On ne peut pas se rendre complice par abstention (pas de commission par omission). Mais en DPA, il y a des dérogations jurisprudentielles : un président de société qui sait qu'un administrateur se livre à un ABS et qui ne dit rien pourra être accusé de complicité d'ABS (abus de confiance) au motif que les pouvoirs de président lui permettent d'empêcher le développement du délit.

I B. Élément intentionnel

Il faut qu'il ait connu l'infraction qu'il n'a pas empêché, il faut qu'il ait eu le pouvoir d'empêcher.

λ

λ A. **Éléments constitutifs du délit**

I **I. Élément matériel**

λ

L'élément matériel est l'un des plus complexes : le délit pose un acte d'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci. A. L'acte d'usage des biens ou du crédit de la société

1 l'acte d'usage

L'acte d'usage lui-même est un acte d'usage peut être un acte de disposition (le dirigeant utilise les fonds sociaux comme ses propres fonds) ou un acte d'administration (une société donne en location un appartement qui lui appartient et ne fait pas payer le loyer car locataires sont des personnes proches du dirigeant). Comme le texte vise un acte d'usage, la méthode pénale d'interprétation pose qu'il faut un acte positif d'usage, ainsi en principe, le délit ne peut se commettre par une omission ou une abstention (pas de commission par omission). Cette solution semble ne pas être respectée par la jurisprudence : certains arrêts retiennent la qualification à l'encontre de dirigeant qui en recouvre pas des créances qu'ils ont dans d'autres sociétés car ils ont des intérêts dans ces sociétés (ne pas recouvrer une créance équivaut à une abstention). La jurisprudence retient ici la qualification d'abus de pouvoir sociaux. On peut mal user de ses pouvoirs négativement ou positivement.

Il faut que l'acte d'usage soit un acte consommé car le texte n'incrimine pas la tentative de l'abus de biens sociaux. L'acte tenté n'est pas pris en compte. Toutefois, cette restriction subit des atténuations de deux genres : dans certains cas la jurisprudence a recours à l'abus de pouvoir sociaux (par ex, un dirigeant de société a une dette personnelle à payer, il émet un chèque de règlement sur le compte social. Or le compte de la société est insuffisant. Le délit est donc manqué.

Pour toute la qualification d'abus de pouvoir sociaux est retenue car il ne devait pas émettre ce chèque). De plus, jurisprudence selon laquelle il peut suffire pour que le délit soit constitué que l'actif social ait été exposé à un risque de perte auquel il n'aurait pas du être exposé (par ex, un dirigeant de société fait un emprunt personnel. La banque demande une caution, la société se porte caution. Le dirigeant rembourse normalement son emprunt, la société n'a donc pas besoin de garantir. Toutefois, le dirigeant peut être poursuivi au seul motif que l'actif social a été exposé à un risque de perte puisque la caution d'un dirigeant par sa société est interdit). Même si la société n'a souffert aucun préjudice patrimonial.

I **B. Les biens ou crédit de la société**

Par biens de la société il faut entendre : bien meuble ou immeuble. Depuis longtemps, admet le délit à l'égard de biens incorporels (détournement de clientèle...) mais dans ce cas elle retient l'abus de pouvoir sociaux. Le crédit de la société est la confiance qui est faite à la société à raison de ses affaires et à sa puissance financière (par ex, dans le cautionnement, quand la caution ne paie pas, il n'y a pas d'abus de biens, mais un abus de crédit sociaux).

I **C. Le caractère contraire à l'intérêt de la société à l'acte d'usage**

Le caractère contraire. Comment apprécier ce caractère contraire ? On pourrait se dire qu'il n'y a qu'à prendre l'acte d'usage et voir s'il est contraire à l'acte de la société. Mais c'est impossible en

pratique car il existe un principe de spécialité des pers morales commerciales tant et si bien que l'intérêt des sociétés varie de sociétés à sociétés. Ainsi, alors qu'au départ on exposait l'acte contraire avec une liste d'exemples, aujourd'hui les axes directeurs sont les suivants : puisqu'on ne peut se caller sur une notion constante de l'acte contraire, on va se caller sur des notions moins variables : l'objet de la société + le patrimoine social de la société. En pratique, la construction jurisprudentielle conduit à distinguer selon que l'on se trouve dans une société simple ou unique ou dans le cadre d'un groupe de sociétés.

1 société simple ou unique

Dans ce cas, pour qualifier le caractère contraire on va se référer à l'objet social, au patrimoine social. En pratique cela fait que la qualification peut jouer dans trois séries de cas complémentaires :

- a cas dans lequel la dépense sociale est étrangère à l'objet social ;
- b cas dans lequel la dépense sociale entre, a priori dans l'objet de social (paiement de salaires), mais où il apparaît à l'examen qu'elle est sans contrepartie ou ne sert que les intérêts personnels des dirigeants ;
- c cas dans lequel l'actif social a été exposé à risque de perte auquel il n'aurait pas du être exposé.

• Dépense étrangère à l'objet social

La dépense qui n'entre pas dans l'objet social tel que fixé dans les statuts. Par exemple, une société fabrique des vêtements de sports. Elle achète des parts de jeu de hasard. Cette dépense est étrangère à l'objet social. Il faut cependant poser une distinction : si l'acquisition des parts de loterie a été faite pour satisfaire la passion personnelle du dirigeant pour le gain, cette dépense est un acte contraire à l'intérêt de la société (théorie de la séparation des patrimoines) car l'argent social sert à une dépense personnelle / si les parts de loterie ont permis à la société d'inviter à la chasse les gros acheteurs de la société qui sont des fans de chasse et si au cours de ce jeu de hasard des commandes ont été passées à la société, dans ce cas, cette dépense a une contrepartie pour la société : les commandes qui lui sont passées. Ces deux solutions de principe demandent à être nuancées.

Le 1^{er} principe de solution dégagé : on pourrait croire que la dépense est nécessairement contraire à l'intérêt de la société. En réalité, une dépense n'entrant pas dans l'objet social et servant les intérêts personnels du dirigeant n'est pas forcément contraire à l'intérêt de la société : Une SARL fabriquant des dentelles achète sur fonds sociaux des parts de SCI qui n'entrent pas a priori dans l'objet social. Mais il s'agit d'achat de deux immeubles : l'un pour loger le dirigeant lui-même, l'autre pour loger sa mère du dirigeant.

Les premiers juges ont retenu la qualification d'abus de biens sociaux, décision cassée au motif qu'il ne s'était pas assez expliqué sur le caractère contraire. Il peut être ds l'intérêt d'une société de dentelles d'investir dans la pierre. Dès lors la qualification n'est possible que s'il est établi qu'il n'y avait aucune contrepartie pour la société dans l'investissement. Le 2nd principe de solution : hypothèse dans laquelle une société utilise les fonds sociaux pour procéder à des corruptions

d'agents publics afin d'obtention de marché. La corruption est un acte nécessairement étranger à l'objet social. Une société ne peut avoir pour objet la corruption !

Dans cette hypothèse, jusque dans les 80 ème siècle, le système jurisprudentiel prônait la solution suivante : il y a corruption, mais à raison de la contrepartie (obtenir le marché pour la société), il n'y a pas abus de biens sociaux. On ne peut donc poursuivre que pour corruption. La prescription de l'abus de biens sociaux est retardée dans les poursuites par rapport au moment de commission du délit. D'où évolution jurisprudentielle : Chambre criminelle 22 avril 1992 ? l'usage des biens sociaux est nécessairement abusif si il est fait dans un but illicite : la corruption ?. Cet arrêt a suscité un émoi général dans le monde des affaires car on en pouvait avoir de marchés sans corrompre. Les critiques ont été les suivantes : la qualification d'acte contraire n'est pas admissible car il y a contrepartie. De plus, dans cette hypothèse, le dirigeant sert l'intérêt de la société en essayent d'emporter le marché. Car elle sert le fonctionnement de la société (paiement de salaires, de matériels, d'avocats...), mais il apparaît à l'instruction que cette dépense est en réalité une dépense soit sans contrepartie pour la société, soit qui ne sert que l'intérêt personnel des dirigeants. Par exemple, une société achète du matériel, des ordinateurs, sur fonds sociaux, mais les ordinateurs finiront au domicile personnel du dirigeant. Des hypothèses plus sophistiquées : des sociétés acceptent d'acheter des biens, des prestations de services pour des sommes très importantes.

Ces biens sont surfacturés. Il n'est pas de l'intérêt de la société de surpayer ce qu'elle achète. Dans ce cas on a le système des rétro commissions : celui qui, aura été payé, rétrocède sur un comptes, dans un paradis fiscal, les sommes que les dirigeants ont accepté de payer.

De même, salaires fictifs : la société rémunère, à titre de salarié, une pers qui en réalité ne travaille pas pou la société. Encore, problème des rémunérations excessives des dirigeants (rémunération partiellement sans compte et donc sans contrepartie). Enfin, les dirigeants sociaux peuvent être pénalement responsables. Pour de multiples infractions. En DPA, les instructions sont souvent longues et complexes. C'est à ce stade que la défense est la plus importante. Le dirigeant qui est mis en cause pour la responsabilité pénale à raison de son activité dirigeant a besoin d'être défendu. Quand un dirigeant est pénalement défendu peut-il faire rémunérer ses avocats par la société ou doit-il payer les honoraires sur ses deniers personnels ? la solution de principe est la suivante : la responsabilité pénale est une responsabilité éminemment personnelle, le dirigeant doit donc payer avec ses propres deniers. Mais les avocats peuvent, au bout de la durée de l'infraction, obtenir un non lieu. Dans ce cas, il n'y a donc pas lieu à poursuite pénale et donc les poursuites pénales à l'encontre du dirigeant n'ont pas été faites pour son fait personnel. Dans ce cas il pourrait y avoir remboursement du montant des honoraires payés aux avocats par la société.

- Actif social a été exposé à un risque de perte auquel il n'aurait pas du être exposé.

Par exemple, caution qui n'a pas eu à jouer. Mais il faut savoir que cette motivation de principe de la Chambre criminelle a été très critiquée car elle permet au juge pénal de se faire juge de la gestion, or cette compétence revient normalement au juge commercial.

1 le groupe de sociétés

Dans ce cas, il faut se demander pourquoi on adopte un mode qualification particulier ? Pourquoi est-il particulier ? Le groupe de société correspond à une réalité économique et fiscale indéniable. Il n'existe pas de notion juridique du groupe de société. Il n'a pas la personnalité morale ce qui a pour conséquence qu'en présence d'un groupe on a une juxtaposition de sociétés reliées entre elles par l'idée de groupe, mais pas de reconnaissance juridique. Or il arrive souvent qu'une société du groupe prête un concours financier à une autre société du groupe qui est dans une situation financière moins bonne. Si face à cette situation on raisonne dans le cadre des sociétés simples on constate qu'il n'est pas de l'intérêt d'une société qui a de la trésorerie de la prêter à une autre société en difficulté. Ainsi, si on applique le critère commun de qualification en cas de concours financiers dans un groupe de sociétés on aurait un abus de biens sociaux et le concours financier

serait interdit.

2? Il faut que le concours financier ne soit pas démuné de contrepartie. Si c'est un prêt d'argent, mieux vaut qu'il soit avec intérêt. Si c'est une caution, mieux vaut que son octroi soit compensé par d'autres avantages.

3? Il ne faut pas que le concours financier dépasse les moyens financiers de la société du groupe qui consent le concours. Si elle doit emprunter pour lui prêter c que ça dépasse ses moyens financiers.

A Elément intentionnel

L'élément intentionnel est doublement requis, c'est à dire, un acte contraire à l'intérêt de la société doit avoir été fait de mauvaise foi, à des fins personnelles directes ou indirectes (pour favoriser une société dans laquelle le dirigeant a des intérêts personnels directs ou indirects). La nature de l'intérêt personnel : il peut être patrimonial, mais il peut être aussi moral selon une jurisprudence constante. Par exemple, le fait de verser à des dirigeants sortants des indemnités qui n'avaient pas de contreparties, de causes dans le seul souci de garder de bonnes relations avec eux. De même, l'intérêt personnel peut être le souci d'entretenir de bonnes relations avec un homme politique influent. Dès que l'acte contraire peut servir l'ego du dirigeant. Ainsi, l'intérêt personnel a un rôle souvent très réduit dans la qualification. Dès lors qu'on aura pu qualifier l'acte contraire, la plupart du temps, cette qualification une fois faite, on considèrera que toutes les exigences de la qualification sont satisfaites.

Titre 3. Les infractions relatives aux assemblées générales

Chapitre I. Le délit d'empêchement d'un associé à une assemblée

Article 892 de l'AUSC :

? Encourent une sanction pénale, ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale ?. La détention d'une part sociale ou d'une action confère à son titulaire le droit de participer à toute assemblée ordinaire ou extraordinaire de la société dans les conditions fixées par la loi et les statuts. Empêcher un associé ou un actionnaire est incriminé par l'AUSC. C'est un délit nouveau qui auparavant n'existait pas. Le délit comporte pour sa réalisation un élément moral.

A. La mauvaise foi

Il faut que le dirigeant social ait agi avec connaissance et avec dol. L'intention d'empêcher doit être manifeste. L'acte consiste donc une violation du droit de l'associé. Le fait pour un administrateur, un gérant de ne pas informer un associé de la tenue d'une assemblée prochaine par les voies légalement prévues alors que tous les autres associés en informés, constitue l'infraction. L'information se fait par convocation, celle -ci est se réalise par l'envoi d'une lettre contre récépissé. Le pouvoir de convoquer une assemblée est dévolu au gérant pour la SARL (OHADA) ou par un commissaire aux comptes s'il en existe un. Ou par un mandataire nommé par le juge dans l'hypothèse d'un litige qui paralyse la vie de la société. Un associé peut dans les limites de la loi demander la convocation d'une assemblée. Pour la SA (OHADA= SARL congolaise), ce pouvoir est reconnu au Conseil d'administration, ou par l'administrateur général ou à défaut par un mandataire désigné par le juge compétent. La répression du délit tient compte du fait que les associés ou les actionnaires ont le droit de s'exprimer au cours d'une assemblée sur les états de synthèse ou les états financiers, voire la gestion de la société.

Titre 4. Les infractions relatives aux modifications du capital social des sociétés anonymes

De nombreuses opérations ayant une incidence sur le montant du capital social sont susceptibles d'intervenir au cours de la vie sociale. La loi détermine les conditions dans lesquelles des modifications du capital social peuvent être décidées et mises en oeuvre et sanctionne pénalement leur transgression. Le capital social est également en cause lorsqu'il existe des participations réciproques.

Chapitre I. Les modifications du capital

De nombreuses opérations ayant une incidence sur le montant du capital social sont susceptibles d'intervenir au cours de la vie sociale. La loi détermine les conditions dans lesquelles des modifications du capital social peuvent être décidées et mises en oeuvre et sanctionne pénalement leur transgression. Le capital social est également en cause lorsqu'il existe des participations réciproques.

1. Les infractions relatives aux modifications du capital

a) Infraction relative à l'augmentation du capital

L'augmentation constitue la modification du capital la plus fréquente. Elle est pour l'essentiel soumise aux mêmes conditions que la constitution du capital et leur transgression expose les dirigeants sociaux aux mêmes sanctions pénales. L'augmentation de capital suppose l'émission d'actions et le législateur est intervenu pour déterminer les conditions dans lesquelles une telle émission peut intervenir. Ainsi, Loi camerounaise n°2003-008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA nous donne encore les peines prévues pour les infractions relatives aux modifications du capital des sociétés anonymes. L'article 11.-1 de la loi camerounaise stipule : en application de l'article 893 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, sont punis : punis d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 100.000 à

1.000.000 FCFA ou de l'une de ces deux peines, les administrateurs, le président du conseil d'administration, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme qui lors d'une augmentation de capital, ont émis des actions ou des coupures d'actions :

- λ avant que le certificat du dépositaire ait été établi ;
- λ sans que les formalités préalables à l'augmentation de capital aient été régulièrement accomplies ;
- λ sans que le capital antérieurement souscrit de la société ait été intégralement libéré ;
- λ sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- λ sans que les actions nouvelles aient été libérées d'un quart au moins de leur valeur nominale au moment de la souscription ;

λ le cas échéant, sans que l'intégralité de la prime d'émission ait été libérée au moment de la souscription.

Sont punis des mêmes peines, les personnes visées au présent article qui n'ont pas maintenu les actions de numéraire sous forme nominative jusqu'à leur entière libération. Par conséquent, l'émission d'actions ou des coupures d'actions, soit avant que le certificat du dépositaire ait été établi, soit sans que les formalités préalables à l'augmentation de capital aient été régulièrement accomplies, constitue une infraction en droit pénal des sociétés françaises. En second lieu, si les actions ou coupures d'actions ont été émises sans que le capital antérieurement souscrit de la

société ait été intégralement libéré, antérieurement à l'inscription modificative au Registre de commerce et de sociétés ou sans que les actions de numéraire nouvelles aient été libérées, lors de la souscription, d'un quart au moins de la valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission.

1). La sauvegarde du droit préférentiel de souscription

Une augmentation de capital peut se traduire par l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société, où ils viendront concurrencer les anciens actionnaires. Pour protéger leurs droits acquis sur les réserves et sur les bénéfices, la loi leur accorde un droit préférentiel de souscription.

2). L'amortissement du capital

On appelle amortissement l'opération qui consiste à rembourser aux actionnaires un montant égal sur chaque action d'une même catégorie sans entraîner de réduction du capital. Décidée en vertu des statuts par l'assemblée générale extraordinaire, elle ne peut s'effectuer que par versement de sommes prélevées sur les bénéfices distribuables.

b). Infraction relative à la réduction du capital

L'article 896 de l'AUSC incrimine la réduction du capital social qui transgresse l'égalité des actionnaires et l'obligation par les dirigeants sociaux de communiquer le projet de réduction du capital qui doit être faite aux commissaires aux comptes quarante cinq jours avant la tenue de l'assemblée générale, laquelle assemblée aura pour but de statuer sur la réduction du capital. La lecture de cet article ne laisse pas apparaître une incrimination en cas d'augmentation du capital, alors que le législateur français le fait et pour l'augmentation et pour la réduction. Les conditions et la procédure de réduction du capital sont définies par le code de commerce. Le législateur a pris certaines dispositions pénalement sanctionnées pour protéger les actionnaires et certains obligataires. La réduction du capital est susceptible de se présenter dans un contexte fort différent d'une entreprise à l'autre. Souvent annonciatrice de difficultés financières, elle peut apparaître dans d'autres cas comme une mesure d'assainissement de la situation.

A. Protection des actionnaires

Il existe deux types d'infraction :

L'article suscité expose à une sanction pénale, les dirigeants de la SA qui auront procédé à une réduction de capital sans respecter l'égalité des actionnaires et/ou qui n'auront pas assuré la publicité de la décision de réduction du capital. En droit pénal des sociétés françaises, le code de commerce sanctionne également d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 6000 euros, les dirigeants dont la société, en cas de réduction du capital non motivée par des pertes, n'aura pas racheté en vue de leur annulation, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote avant les actions ordinaires.

a. Les participations réciproques

Le code de commerce français édicte de strictes limites aux possibilités de participations réciproques entre sociétés en distinguant deux cas de figures : les participations entre sociétés par actions et les participations entre sociétés par actions et autres sociétés.

λ Participations entre sociétés par actions

Une société par actions ne peut pas posséder d'actions d'une autre société si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10%.

- Participations entre sociétés par actions et autres sociétés

Si une autre société qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10%, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière. Le code de commerce punit d'une amende de 18000 euros les dirigeants de société

qui n'auront pas, sciemment, respecté ces dispositions. Pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les poursuites seront engagées après que l'avis de l'AMF aura été demandé.

Titre 5. Les infractions relatives au contrôle des sociétés

Le commissaire aux comptes est une personne exerçant à titre libéral une profession réglementée dont le rôle est de contrôler la régularité et la sincérité des comptes des sociétés à travers une mission légale ou contractuelle d'audit comptable et financier.

Elle est exercée au niveau de chaque pays dans le respect de la législation en vigueur et obéit à des standards internationaux d'exercice. Elle se distingue des interventions de la profession d'expert-comptable, car elle n'a pas pour objet à s'immiscer dans la gestion des entreprises (notion de contrôle légal). Afin de garantir l'indépendance du professionnel, le législateur a prévu des cas d'incompatibilité, définis aux articles 697 à 700 de l'AUSCGIE. De manière générale, les fonctions du CAC sont incompatibles :

- avec toute activité ou acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;
- avec tout emploi salarié ;
- avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée (Art.697).

a. Désignation obligatoire

Les entités soumises au contrôle des comptes par le CAC le sont soit en raison de leur forme, soit en raison de leur importance. Ainsi, les CAC sont obligatoires :

- λ Dans les SA - sociétés anonymes (Art. 702 et suivant.) ;
- λ Dans les SARL dont le capital social est supérieur à FCFA 10 millions ou bien qui dépassent l'un des deux seuils suivants: chiffre d'affaires FCFA 250 millions, effectif salarié de 50 personnes (Art. 376).

b. Désignation dans les entités publiques (quelques exemples)

Il est donc indispensable que la loi impose la désignation d'un ou plusieurs commissaire(s) aux comptes dans les entreprises publiques congolaises. Le Commissaire aux comptes a un rôle à l'égard de l'entreprise contrôlée, mais également un rôle indirect à l'égard des tiers de l'entreprise contrôlée. Il ne peut à lui seul garantir la transparence financière, s'il n'est pas appuyé par la loi, qui lui confère une légitimité dans l'action, et la déontologie professionnelle, qui lui impose une droiture désintéressée.

Il fait partie d'un ensemble d'acteurs, inter-connectés au sein d'une dynamique économique, qui ne peut croître que si chacun exerce ses prérogatives avec légitimité et conscience. Le commissaire aux comptes a longtemps été considéré comme un mandataire des actionnaires seulement chargé de permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause sur les comptes sociaux. Progressivement, le professionnel a été investi d'une mission d'intérêt général de contrôle et de surveillance au profit non seulement des actionnaires mais aussi de toutes les personnes qui ont à apprécier la situation financière de la société (créanciers, fournisseurs, banquiers, investisseurs éventuels...). A la suite de la crise de confiance qui a touché le secteur financier et les entreprises (2003), les législateurs des pays occidentaux ont renforcé le contrôle du fonctionnement du commissaire aux comptes en créant par exemple en France le Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C) majoritairement composé de hauts magistrats et chargé de superviser les activités de la Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes. Le rôle du commissaire aux comptes, à l'égard de l'entreprise et de ses actionnaires, est de contrôler la sincérité et la régularité des comptes annuels établis par elle-même et, par extension, l'ensemble de l'information financière

qu'elle peut être amenée à communiquer. Le contrôle légal des comptes à ainsi pour finalité première de contrôler l'information financière d'une entreprise afin de garantir les intérêts des actionnaires de l'entreprise. Ce rôle est assuré par sa mission principale de contrôle légal aboutissant à la certification des comptes annuels de l'entité contrôlée, c'est-à-dire à l'émission d'une opinion, que nous aborderons au point suivant.

La profession de commissaire aux comptes, en tant que contrôleur légal externe des entreprises contribue à entretenir un climat sécurisé des affaires, en raison du caractère réglementée et indépendant de sa mission et des obligations qui lui ont été conférées par la loi, notamment à travers la procédure de révélation des faits délictueux auprès du Procureur de la République, que nous aborderons plus loin. Avant d'évoquer les responsabilités auxquelles est soumis le CAC, il importe de préciser la nature de l'obligation qui lui incombe.

- La jurisprudence retient de façon constante que le CAC est tenu à une obligation de moyens et non de résultat ;
- Ceci signifie qu'on ne peut pas lui reprocher une faute dès l'instant où il a mis en œuvre les procédures et règles applicables en terme d'audit comptable (diligences estimées nécessaires) ;
- (Cf Arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 27 mai 1975, Arrêt de la Cour de Cassation de Paris du 9 février 1988).

Il existe tout de même des missions de CAC qui ne laissent place à aucun aléa et génèrent de ce fait une obligation de résultat. Exemples :

- Certification de l'exactitude du montant global des rémunérations versées aux dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés de la société ;
- Convocation de l'AG des actionnaires à la suite de la mise en œuvre de la procédure d'alerte, dans le cas d'une défaillance des dirigeants qui n'ont pas procédé à une telle convocation.

c. Les conditions de la mise en cause de la responsabilité civile du CAC

- 1 Existence d'une faute commise par le CAC dans l'exercice de sa mission. La charge de la preuve d'une telle faute est supportée par le demandeur) ;
- 1 Préjudice subi par la société ou le tiers intéressé. Il doit être invoqué par le demandeur et être juridiquement réparable ;
- 1 Lien de cause à effet entre la faute du CAC et le préjudice allégué. Le demandeur doit justifier que son préjudice est en relation de causalité avec la faute.

Le CAC est, comme tout justiciable assujetti au droit pénal. S'il commet une infraction, il encourt une sanction pénale (peine d'emprisonnement et/ou amende). Trois niveaux de responsabilité peuvent être distingués :

- Responsabilité pénale pour des infractions propres à la mission de CAC ;
- Responsabilité du fait des infractions commises dans la gestion du cabinet ;
- Responsabilité pénale du fait de la complicité relative aux infractions commises par des dirigeants et/ou salariés des entreprises contrôlées.

Selon l'article R.822-32 du Code de commerce en France, la faute disciplinaire est constituée par toute infraction aux lois, règlements et normes d'exercice professionnel homologuées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice ainsi qu'au Code de déontologie de la profession et aux bonnes pratiques identifiées par le Haut Conseil du Commissariat aux Comptes, toute négligence grave, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à l'indépendance commis par un commissaire aux comptes, personne physique ou société même ne se rattachant pas à l'exercice de la profession.

Les dirigeants sociaux ont également des obligations à l'égard du commissaire traduite essentiellement par la communication de l'ensemble des informations dont le professionnel peut avoir besoin afin d'accomplir sa mission. L'inobservation de cette obligation se traduit par un délit, prévu à l'article 900 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, il s'agit du délit d'entrave.

Chapitre I. Les infractions susceptibles d'être commises contre et par des commissaire aux comptes

L' article 897 stipule : *Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'auront pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société ou ne les auront pas convoqués aux assemblées générales ?*. Cet article institue l'infraction du défaut de désignation des commissaires aux comptes. L'une ou l'autre infraction consiste en une abstention. Il faut préciser, dans les deux cas, ces notions toutes négatives qui les constituent matériellement.

A) Défaut de désignation des commissaires aux comptes

Ce texte entend réprimer le fait de ne pas avoir provoqué la ? désignation ?. Cette abstention est indépendante du fait que des commissaires aux comptes sont ou non désignés. La carence de l'assemblée ne signifie pas obligatoirement que ce n'aura pas été faute d'avoir provoqué sa décision. Malgré la désignation des commissaires aux comptes, l'élément matériel de l'infraction peut être réalisé dès lors que cette nomination aura été faite en dépit de la résistance des organes de direction de la société. A l'évidence, il peut en être ainsi notamment lorsqu'un actionnaire aura dû s'adresser à la justice pour l'obtenir.¹⁷

En conclusion, il ressort que les personnes qui pourraient se rendre coupable de cette infraction, sont les présidents , les administrateurs, c'est à dire les dirigeants sociaux qui n'auront pas observé l'obligation leur incombant de désigner un ou des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes ou toute société où le législateur OHADA impose la désignation d'au moins un commissaire aux comptes.

B) Défaut de convocation

Matériellement, l'infraction de défaut de convocation des commissaires aux comptes aux assemblées d'actionnaires suppose toujours une attitude passive à l'égard de l'institution de contrôle. Les commissaires aux comptes doivent être convoqués à toutes les assemblées d'actionnaires ainsi qu'à la réunion du conseil d'administration ou du directoire au cours desquelles sont arrêtés les comptes de l'exercice écoulé conformément à l'Acte uniforme relatif au droit comptable. Le texte vise en effet que les assemblées d'actionnaires et l'interprétation de la loi s'oppose à toute extension. Quel sera alors le mode de convocation à employer ?

Sans doute, lorsque la convocation des actionnaires a lieu par voie de publicité dans les journaux ne saurait-t-on à l'égard des commissaires aux comptes, tous nominativement connus des dirigeants, se contenter de cette formule. Les convocations devront avoir lieu individuellement et la formule de la lettre recommandée avec accusé de réception paraît tout à fait convenir à la matière.

L'article 722 de l'AUSC le dit clairement : *le commissaire aux compte est obligatoirement convoqué à la réunion, selon le le cas, du conseil d'administration ou de l'administrateur général qui arrête les comptes de l'exercice, ainsi que, le cas échéant, à toute autre réunion du conseil d'administration ou de l'administrateur général.*

¹⁷ Rolland Martin, *Droits et obligations d'un commissaire aux comptes*, cerda, Kinshasa, 2009.

La convocation est faite, au plus tard, lors de la convocation des membres du conseil d'administration ou, lorsque la société est dirigée par un administrateur général, trois jours avant que celui-ci ne délibère, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ?. Le mode de convocation est donc tout à fait évidente, les dirigeants sociaux qui n'en respecteront pas volontairement voire par négligence, seront coupable de l'infraction du défaut de convocation. Le législateur OHADA, impose la diligence dans le chef des dirigeants sociaux en matière de convocation des commissaires aux comptes, car, ces derniers doivent être présents à toute sorte de réunion des organes délibérants de la société. Il sera ainsi même en cas du décès d'un membre du conseil d'administration lorsque le conseil d'administration siègera pour désigner un remplaçant.

C) La tentative

S'agissant d'une infraction par abstention, on ne peut véritablement parler de la tentative punissable. L'infraction est consommée par la tenue de l'assemblée sans que le commissaire au comptes soit présent du fait de sa non convocation. Le juge devra apprécier si les dirigeants sociaux n'ont pas fait preuve de diligences. S'il n'ya pas tenue d'assemblée, il n'y aura donc pas infraction. Quant aux peines, elles seront celles instituées par la loi congolaise prise en application de cet Acte uniforme.

Chapitre II. Exercice illégal de la profession et de la fonction de commissaire aux comptes

L'article 898 de l'AUSC :

? Encourt une sanction pénale, toute personne qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, aura sciemment accepté, exercé ou conservé des fonctions de commissaires aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales ?. Cet article réprime l'exercice illégal de la profession et le fait d'être commissaire aux comptes en violation des incompatibilités prévues par la loi.

1. Eléments constitutifs

Trois éléments doivent être réunis :

- 1? le fait d'accepter , d'exercer ou de conserver les fonctions de commissaires aux comptes;
- 2? l'existence d'une incompatibilité légale à l'exercice de cette fonction;
- 3? la mauvaise fois.

Les incompatibilités celles définies par l'article 697 de l'AUSC qui stipule que : *? les fonctionnaires de commissaire aux comptes est incompatible avec :*

? 1? toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance;

2? avec tout emploi salarié. Toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert- comptable;

3? avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée ?.

les premières restrictions garantissent l'indépendance du commissaire aux comptes vis à vis des dirigeants sociaux ?. A ces incompatibilités, il faut ajouter les interdictions faites aux commissaire aux comptes, incompatibilités énumérées à l'article 698 aux articles 699 et 700 de l'AUSC.

2 La tentative

N'étant pas expressément prévue par le texte pénal, elle ne saura être punie, seule l'acceptation, la conservation et l'exercice de fonction de commissaire aux comptes en violation des incompatibilités prévues par l'AUSC, constitue l'infraction.

Chapitre III. L'infraction de non-dénonciation

Article 899 de l'AUSC :

? Encourt une sanction pénale, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il aura eu connaissance ?

Le législateur OHADA donne un pouvoir très important au delà du contrôle de la société, mais lui exige de dénoncer tout fait informationnel dans la gestion de la société par les dirigeants. Il a été jugé qu'un commissaire aux comptes qui n'avait pas dénoncé l'abus de biens sociaux dans le chef d'un directeur général alors qu'il en avait eu la connaissance, était coupable de la non-dénonciation en plus du fait qu'il était complice d'abus de biens sociaux puisqu'il a ainsi aidé ou facilité la réalisation de la dite infraction.¹⁸

1 Les éléments constitutifs

ils sont au nombre de trois :

- a) l'existence d'une infraction;
- b) la connaissance des faits, par le commissaire aux comptes
- c) l'abstention de les déclarer au procureur de la République

L'obligation concerne que les les infractions en matière des sociétés, par l'Acte uniforme ou qu'ils soient de droit commun. En plus, le commissaire aux comptes doit dénoncer l'infraction une fois qu'elle est perpétrée car, l'on ne saurait admettre que la dénonciation porte sur la tentative ou sur une infraction qui ne rentre pas dans le cadre de ses fonctions. L'infraction est une infraction d'abstention. Dès lors on peut se poser la question de savoir quels doit intervenir la dénonciation n'est pas donnés par l'Acte uniforme. Il appartiendra aux juges de fond d'apprécier souverainement si le délai écoulé peut être considéré comme normal.

Il en résulte que le commissaire aux comptes des circonstances de la cause, ne peut pas être condamné sil était sur le point d'adresser la dénonciation et et que son projet a été interrompu par les poursuites pénales ou empêché par un obstacle quelconque telle la maladie. Il semble également que le fait de dénoncer l'infraction ait pour effet de couvrir l'abstention antérieure et que, dans ce cas, on ne saurait pénalement lui reprocher le fait de dénoncer l'infraction ait pour le retard apporté. On ne saurait trop exiger aux commissaires aux comptes de faire une dénonciation immédiate de tous les faits infractionnels qui leur paraîtraient des infractions. Quid d'une éventuelle violation de secret professionnel?

L'article 717 de l'AUSC dit : *? Sous réserve des dispositions de l'article 716 du présent Acte uniforme, le commissaire aux comptes, ainsi que ses collaborateurs sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions ?*. Les dirigeants sociaux pourrait-il recourir à cet article pour poursuivre un commissaire aux comptes qui dénoncerait un fait infractionnel dans le chef d'un dirigeant social ? Certes, le droit pénal commun réprime la violation du secret professionnel par certaines personnes comme : les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens, les avocats, etc. Pour le commissaire aux comptes, il lui est aussi imposé l'obligation du secret professionnel au travers de l'article 717, mais la question posée ci-dessus, appelle une explication claire et nette quant à l'obligation du commissaire aux comptes de dénoncer les faits délictueux qu'il aura constatés. Rappelons que pour qu'il soit établi l'infraction de violation du secret professionnel, il faut la réunion des éléments ci-

¹⁸ Ch. crim., 12 janvier 2007, 120- 33, la Seine.

après :

- 1 une révélation;
- 2 la révélation doit être intentionnelle;
- 3 elle doit porter sur un secret, ce qui ne suppose pas nécessairement une confiance expresse mais la considération de ce qu'il est coutume de ne pas divulguer.¹⁹

? notre avis, le secret professionnel du commissaires aux comptes porte essentiellement sur le ? secret de commerce ?. C'est à dire sur les informations dont la divulgation aux concurrents est de nature à nuire à l'entreprise et notamment la divulgation de la liste des clients, des traités passés avec la société, de détails de son organisation interne, des prix de revient détaillés, etc. Cela n'implique pas que le commissaire aux comptes ne doit pas dénoncer les faits infractionnels au procureur de la République ni ne le dispense de dénoncer ou de révéler à l'assemblée, les irrégularités constatées dans les états de synthèses.

Chapitre III. L'infraction d'informations mensongères

Article 899 de l'AUSC :

C'est ? Encourt une sanction pénale, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il aura eu connaissance ?.

1. Eléments constitutifs

Cette infraction réunit les éléments suivants :

il faut que le commissaire aux comptes aie donné ou confirmé des informations sur la société; que ces informations aient un caractère mensonger; que le ou les commissaires aux comptes aient agi avec mauvaise foi. Peu importe que le mensonger qu'il soit écrit ou verbal. L'importance est qu'il 'y ait le caractère mensonger soit établi avec mauvaise foi. Très souvent, cette infraction est réalisée avec l'accomplissement de certains dirigeants sociaux qui en connivence avec le commissaire aux comptes livre des informations mensongères enfin de cacher la véritable situation financière de la société envers les actionnaires ou envers les tiers. Le fisc par exemple, peut saisir le juge dans l'hypothèse où il a été victime de telle information qui aurait permis la soustraction ou la dissimulation des matières sujettes à l'impôt.

Ici on sera en face de deux infractions, car en droit fiscal congolais dissimuler les matières sujettes à l'impôt constitue déjà une infraction au sens de l'article 102 de la loi n°003/2003 du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales. Le juge pourra donc procéder au cumul des peines. Les personnes visées sont les commissaires aux comptes ainsi que toute personne complice qui participerait à l'infraction selon le mode de la corréité ou de la participation criminelle en droit pénal.

2. L'intention frauduleuse

L'intention de nuire ou la mauvaise foi est exigée car le commissaire aux comptes doit agir en connaissance de cause soit à son propre intérêt soit à l'intérêt d'un tiers associé. L'action posée par lui engendre bien entendu, les conséquences fâcheuses répréhensibles connues de lui.

¹⁹ Voir Droit pénal spécial du professeur LIKULIA.

Article 900 de l'AUSC :

? Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux ou toute personne au service de la société qui, sciemment, auront mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou qui auront refusé la communication, sur place, de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et notamment de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux?. Contrairement à l'article précédent, ce sont donc les entraves positives à l'exercice des vérifications et contrôles des commissaires aux comptes qui sont ici sanctionnés.

1. Eléments constitutifs

il convient de distinguer l'infraction d'entrave aux vérifications et contrôles et le refus de communiquer les livres et documents. ? notre avis, les éléments constitutifs sont différents. ? bien voir, les premières infractions supposent la mauvaise foi alors les secondes n'en supposent pas.

A) infraction d'obstacles aux vérifications et contrôles

cette infraction suppose :

- 1 l'obstacle apporté à l'exercice de la fonction du commissaire;
- 2 l'obstacle doit concerner les vérifications et contrôles;
- 3 il doit être mis sciemment.

L'obstacle est fait positif. C'est une entrave de nature quelconque apportée par l'agent de l'infraction au contrôle et vérifications des commissaires aux comptes. Il peut résulter du refus de l'accès des locaux. Le fait de ne pas mettre à la disposition du commissaire aux comptes les moyens matériels, ne serait-ce qu'une table et une chaise, pour procéder à ses travaux de vérifications peut être retenu comme infraction d'obstacle. On peut également considérer comme tel le refus de fournir des explications. La destruction des livres, le refus de les communiquer, encore qu'il s'agisse là d'une infraction distincte, pourrait être retenu. D'une façon générale, on retiendra tout fait positif ou négatif, sans qu'il soit nécessaire de déceler des fraudes ou machinations véritables, qui aura eu pour effet, soit d'empêcher, soit de rendre sinon plus difficile du moins plus aléatoire le contrôle des commissaires et leurs vérifications. Nous croyons somme toute, que le fait mettre obstacle aux vérifications et contrôles, doit être sérieusement et suffisamment important et effectif de manière à empêcher réellement toute vérification ou tout contrôle. Si l'entrave apportée aux vérifications et contrôles du commissaire aux comptes, n'avait nullement d'efficacité ni un caractère privatif de tous moyens, l'on ne saura retenir l'infraction. Mais il appartiendra aux juges d'apprécier les difficultés engendrées par l'entrave pour établir l'infraction.

B) infraction de vérifications et contrôles

Il ne s'agit pas d'une entrave apportée à l'exercice d'une des missions quelconques des commissaires. L'obstacle doit être mis aux vérifications et contrôles. Ne serait-ce pas constitutif de l'infraction, l'obstacle apporté à la rédaction du rapport, à sa transmission, à la dénonciation des faits délictueux, etc.²⁰ En revanche, serait constitutif de l'infraction, toute obstacle mis aux vérifications et contrôles des commissaires aux comptes même aux collaborateurs et assistants désignés par les commissaires aux comptes conformément à l'AUSC. Cette infraction exige la mauvaise foi de la part de l'auteur de l'infraction; même par inadvertance, ou négligence. Il en sera ainsi si le commissaire aux comptes trouve les ports fermés alors que le rendez-vous ayant été fixé à l'avance.²¹ Ayant étudié toutes les infractions relatives au contrôle des sociétés, examinons celles relatives à la dissolution des sociétés.

²⁰ Ne sont pas visés non plus, les obstacles mis à la convocation de l'assemblée par les commissaires.

²¹ Trib seime, 321, Octobre 1987.

Titre 6. Les infractions relatives à la dissolution des sociétés

Chapitre I. Incrimination en matière de la dissolution des sociétés.

L'article 901 de l'AUSC incrimine les dirigeants sociaux qui, sciemment, lorsque les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, n'ont pas :

- λ fait convoquer, dans les quatre mois;
- λ qui suivent l'approbation des états financiers ayant fait paraître ces pertes, l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, de la dissolution anticipée de la société ;
- λ déposé au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales, fait inscrire au registre du commerce et du crédit mobilier et fait publier, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, la dissolution anticipée de la société.

1) Le principe

Lorsque du fait de pertes constatées dans des documents comptables, les capitaux propres d'une société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le code de commerce fait peser sur les dirigeants de la société la double obligation de consulter les associés sur la dissolution anticipée de la société et de faire connaître leur décision. L'omission de l'une ou l'autre de ces obligations constitue un infraction.

2) Le défaut de consultation des associés

Le code de commerce impose aux dirigeants d'une SA de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société, dans les quatre mois qui suivront l'approbation des comptes ayant fait apparaître la perte de la moitié du capital. Il existe la même disposition du code pour la SARL.

3) Le défaut de dépôt et de publication de la décision

Les associés consultés peuvent décider de prononcer la dissolution de la société à la majorité exigée pour la modification des statuts, mais ils peuvent aussi décider de poursuivre l'activité sociale. Quelle que soit la décision adoptée par les associés, celle-ci doit être déposée au greffe du tribunal de commerce, inscrite au Registre de commerce et du Crédit Mobilier et publiée dans un journal d'annonces légales. Le législateur OHADA n'a pas fixé de délai pour accomplir cette formalité. Pour la jurisprudence, le délit est constitué lorsqu'elle n'a pas été effectuée dans un délai normal. Donc le juge se prononcera selon le bon sens et l'équité car, c'est à lui qu'incombe cette responsabilité.

Chapitre II. Infractions relatives à la désignation du liquidateur, ainsi que les opérations de liquidation.

L'AUSC 902 incrimine le liquidateur d'une société qui sciemment, n'a pas :

- λ dans le délai d'un mois à compter de sa nomination publié dans un journal habilité recevoir les annonces légales du lieu du siège social, l'acte le nommant liquidateur ;
- λ convoqué les 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;

- λ dans le cas prévu de l'article 219 de l'acte uniforme, déposé ses comptes définitifs au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social, ni demandé en justice l'approbation de ceux-ci.

1) La désignation du liquidateur

A. Incapacités

Ne peuvent être nommées liquidateurs, les personnes auxquelles l'exercice des fonctions de directeur général, d'administrateur, de gérant de société, de membre du directoire ou du conseil de surveillance est interdit ou qui sont déchues du droit d'exercer ces fonctions.

Le non respect de cette disposition constitue une infraction.

B. Publicité de la désignation

Pour informer les tiers, une double publicité est imposée. En premier lieu, le fait, pour le liquidateur d'une société de ne pas publier dans le délai d'un mois de sa nomination dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social, l'acte le nommant liquidateur et dépose au RCCM les décisions prononçant la liquidation. En second lieu, l'AUSC impose la mention ? société en liquidation ? ainsi que le nom du ou des liquidateurs sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers.

C. Dépassement de la durée du mandat

La durée du mandat du liquidateur ne peut excéder trois ans. Cependant, ce mandat peut être renouvelé par les associés ou par le président du tribunal de commerce, selon que le liquidateur a été nommé par les associés ou par une décision de justice.

D. Les opérations de liquidation

Le liquidateur doit, sous peine de sanctions pénales, accomplir certaines formalités, s'abstenir de commettre des abus, et faire statuer sur sa gestion.

1) Les abstentions punissables

Le législateur OHADA impose au liquidateur l'obligation d'accomplir de nombreuses formalités. Cependant, elles peuvent être écartées par des clauses statutaires ou de convention expresse entre associés. Ces obligations peuvent être, par exemple, de présenter un rapport sur la situation active et passive, sur la poursuite des opérations de liquidation dans les six mois de sa nomination. Il doit également établir dans les trois mois de la clôture de chaque exercice les comptes annuels.

2) Les abus d'usage de biens sociaux et de cession d'actif social

Le code de commerce punit d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9000 euros, le liquidateur qui aura, de mauvaise foi, accompli certains actes relatifs à l'usage ou à la dévolution du patrimoine social.

- **L'usage abusif des biens ou du crédit de la société**

C'est la même infraction que celle des dirigeants sociaux pendant le cours normal de la vie sociale.

Ce texte figure parmi les infractions communes aux diverses formes de sociétés commerciales. Il est donc possible de l'appliquer au liquidateur. Est donc puni le liquidateur qui aura fait usage des biens ou du crédit de la société en liquidation, un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle il a été intéressé directement ou indirectement.

- **Les cessions d'actifs interdites**

est sanctionné pénalement le liquidateur qui aura cédé tout ou partie de l'actif de la société en liquidation. Le législateur a interdit la cession de tout ou partie de l'actif au liquidateur ou à ses

employés ou à leurs conjoints, ascendants ou descendants. La confusion d'intérêts pourrait conduire à des fraudes et à des minorations de la valeur des éléments d'actif cédés au liquidateur ou à ses préposés.

λ **La clôture de la liquidation**

Le liquidateur qui n'aura pas convoqué les associés, en fin de liquidation pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat, et pour constater la clôture de l'instruction sera puni pénalement. Avant d'aborder les infractions assimilées à celles relatives dont la banqueroute, voyons l'infraction en cas d'appel public à l'épargne.

Chapitre III. Infraction en cas d'appel public à l'épargne

Le législateur OHADA a songé à protéger les épargnants face à des dirigeants sociaux véreux. Nous n'allons pas entrer en profondeur des éléments constitutifs de ces infractions puisque en elles-mêmes, ces infractions sont éloquentes. L'article 905 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, sanctionne pénalement les présidents, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés qui ont émis des valeurs mobilières offertes au public :

- λ sans qu'une notice soit insérée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, préalablement à toute mesure de publicité ;
- λ sans que les prospectus et circulaires reproduisent les énonciations de la notice susmentionnée et contiennent la mention de l'insertion de cette notice au journal habilité à recevoir les annonces légales avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée ;
- λ sans que les affiches et les annonces dans les journaux reproduisent les mêmes énonciations ou tout au moins, un extrait de ces énonciations avec référence à ladite notice, indications du numéro du journal habilité à recevoir les annonces légales dans lequel elle a été publiée ;
- λ sans que les affiches, les prospectus et les circulaires mentionnent la signature de la personne ou du représentant de la société dont l'offre émane et précisent si les valeurs offertes sont cotées ou non et, dans l'affirmative, à quelle bourse.

Sans pour autant, examiner la profondeur de cette infraction, on comprend que l'infraction existe dès lors que les valeurs mobilières, c'est à dire les actions et les obligations sont offertes (vendues) au public (les potentiels acheteurs de ces actions ou obligations) par une voie autre que le journal officiel ou un journal que le législateur congolais en application de cet article, aura jugé bon de créer. La protection des épargnants est garantie puisque que les dirigeants sociaux ne peuvent vendre des actions ou obligations que par la voie autorisée, ainsi toute forme de fraude ou de tromperie sera écartée car, les épargnants sont bien informés de la situation réelle de la société qui offre ces valeurs mobilières. En sus, la publicité, jugée obligatoire par le législateur commun, protège l'acheteur des valeurs mobilières régulièrement offertes, contre toute incertitude ou contre toute forme des sûretés qui pourraient grever ces valeurs mobilières. Mais la problématique en droit positif congolais, c'est que l'on ignore la bourse. Faut-il que créer une bourse congolaise ou adhérer à une bourse déjà existante comme la bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM) où sont cotées la plupart des sociétés des Etats-Parties au Traité OHADA?

La question de cotation au marché boursier a toujours ignorée des sociétés congolaises, l'avènement de l'OHADA oblige forcément la RDC à disposer d'un marché boursier où seront cotées ces sociétés tant publiques que privées. Cette obligation a aussi comme avantage la compétitivité des entreprises dont la valeur économique et financière sera désormais connue du public. Ainsi la santé financière d'une entreprise permettra au public de juger de sa performance.²² Il est intéressant de noter que les complices plutôt les personnes qui auront servi d'intermédiaires à l'occasion de la cession de

²² Voir notre article à paraître dans la revue de la Faculté de Droit de l'Université protestante au Congo sur la compétitivité des entreprises congolaises face aux impératifs de la mondialisation.

valeurs mobilières seront pénalement sanctionnées au même titre que les dirigeants sociaux.

Chapitre IV. La Banqueroute et infractions assimilées

L'article 227 de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, les dispositions de la présente section s'appliqueront aux commerçants, personnes physiques et aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçant.

Il est important de remarquer que le législateur OHADA reproche les infractions que nous analysons ci-dessus qu'aux personnes ayant la qualité de commerçant.

1 Banqueroutes

L'application de l'article 228 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, est déclaré coupable de banqueroute simple et sanctionné pénalement, tout commerçant, personnes physique, en état de cessation de paiements, qui :

- λ a contracté sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés dans l'intention de retarder la constatation de la cessation de ses paiements, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou si, dans la même intention, emploie des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- λ sans excuse légitime, ne fait pas au greffe de la juridiction compétente, la déclaration de son état de cessation des paiements dans le délai de trente jours ;
- λ a tenu une comptabilité incomplète ou irrégulière ou ne l'a pas tenue conformément aux règles comptables et aux usages reconnus dans la profession eu égard à l'importance de l'entreprise.

Le commerçant personne physique est également déclaré coupable de banqueroute et est sanctionné pénalement lorsque, après avoir été déclaré deux fois en état de cessation des paiements dans un délai de cinq ans, ces procédures ont été clôturées pour insuffisance d'actif. L'article 229 de de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif déclare coupable de banqueroute frauduleuse personne physique qui, en cas de cessation des paiements :

- λ a soustrait sa comptabilité ;
- λ a détourné ou dissipé tout ou partie de son actif ;
- λ s'est frauduleusement reconnue débitrice de sommes qu'elle ne devait pas soit dans ses écritures, soit par des actes publiés ou des engagements sous seing privé, soit dans son bilan ;
- λ a exercé la profession commerciale contrairement à une interdiction prévue par les actes uniformes ou par la loi ;
- λ a, après la cessation des paiements, payé un créancier au préjudice de la masse ;
- λ a stipulé avec un créancier des avantages particuliers à raisons de son vote dans les délibérations de la masse, ou aura fait avec un créancier un traité particulier duquel il résulterait pour ce dernier, un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture

Est également au sens de ce même article déclaré coupable de banqueroute frauduleuse est puni pénalement, tout commerçant personne physique qui, à l'occasion d'une procédure de règlement judiciaire, a ;

- λ de mauvaise foi, présenté ou fait présenter

- λ un compte de résultats, un bilan,
- λ un état de créances ou de dettes ou un
- λ état actif et passif des privilèges et sûretés,
- λ inexact ou incomplet ;

λ sans autorisation du président de la juridiction compétente, accompli un des actes interdits par l'article 11 de l'acte uniforme susvisé réorganisant les procédures collectives d'apurement du passif.

A. Eléments constitutifs de la banqueroute

La banqueroute est caractérisée par des faits de gestion frauduleuse dont les poursuites pénales sont conditionnées à l'ouverture préalable d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Le législateur OHADA pose en effet l'exigence d'ouverture de l'une de ces procédures collectives pour caractériser l'infraction. L'état de cessation des paiements doit donc être établi avant de pouvoir engager des poursuites. Cette condition permet notamment de distinguer la banqueroute de [l'abus de biens sociaux](#). En l'absence de redressement ou de liquidation judiciaire, le procureur doit donc préalablement envoyer une requête au tribunal compétent aux fins d'ouverture de la procédure lorsqu'il envisage de poursuivre une personne suspectée d'avoir commis le délit de banqueroute. La juridiction répressive peut ainsi être saisie sur la poursuite du ministère public mais également sur constitution de partie civile du représentant des salariés, du mandataire judiciaire (ou, lorsque celui-ci n'agit pas, de la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers), de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan.

I 1. Les personnes visées

Sont passibles du délit de banqueroute :

- les commerçants, artisans, agriculteurs et toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale ;
- les gérants de société et plus généralement toute personne qui, directement ou indirectement, en droit ou en fait, était le dirigeant ou le liquidateur d'une personne morale de droit privé ;
- les personnes physiques représentants permanents de personnes morales qui dirigeraient elles-mêmes les personnes morales mentionnées ci-dessus.

I 2. Les faits constitutifs de la banqueroute

Les faits suivants constituent un délit de banqueroute lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a été préalablement ouverte :

- les achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ;
- le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur ;
- l'augmentation frauduleuse du passif du débiteur ;
- la tenue d'une comptabilité fictive ou la disparition des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou l'absence de toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ;
- la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des

dispositions légales.

Des peines complémentaires peuvent également être prononcées par le juge. Parmi ces sanctions peuvent notamment être citées l'interdiction d'exercer d'une profession commerciale ou industrielle ou celle de gérer une entreprise commerciale.

B. La tentative

N'étant expressément dit dans l'Acte uniforme, elle ne pourra pas être punissable d'autant plus qu'il paraît incompréhensible de simuler la faillite car ce sera s'exposer une procédure qui risque de sanctionner *in fine*.

Sous chapitre V. Infractions assimilées aux banqueroutes

L'article 230 de de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, les dispositions des articles 28, 29 et 30 suivants sont applicables aux personnes physiques dirigeantes des personnes morales assujetties aux procédures collectives et à leurs représentants permanents. Les dirigeants visés sont s'entendent de tous les dirigeants de droit ou de fait et d'une manière générale, de toute personnes ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou en lieu et place de ses représentants légaux. L'article 231 de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, punissent également les dirigeants visés à l'article 27 ci-dessus qui, en cette qualité et de mauvaise foi ont :

- λ consommé des sommes appartenant à la personne morale en faisant des opérations de pur hasard ou des opérations fictives ;
- λ fait des achats en vue d'une revente au dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention de retarder la constatations de cessation des paiements de la personne morale ;
- λ payé ou fait payé un créancier au préjudice de la masse après la cessation des paiements de la personne morale ;
- λ fait contracter par la personne morale pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsque ceux-ci ont été contractés ;
- λ tenu, fait tenir ou laisser tenir une comptabilité irrégulière ou incomplète de la personne morale dans les conditions prévues à l'article 25 ci-dessus ;
- λ omis de faire au greffe de la juridiction compétente, dans le délai de trente jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la personne morale;
- λ détourné ou dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens ou se sont frauduleusement reconnus débiteurs de sommes qu'ils ne devaient pas en vue de soustraire tout ou partie de leur patrimoine aux poursuites de la personnes morale en état de cessation des paiements ou à celles des associés ou des créanciers de la personne morale en état de cessation des paiements.

L'article 232 de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, déclare aussi coupables de banqueroute simple les représentants légaux ou de fait des personnes morales comportant des associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes de liste des associés solidaires avec celles-ci qui, sans excuse légitime, n'ont pas fait au greffe de la juridiction compétente, la déclaration de l'état de cessation de paiements dans le délai de trente jours ou si cette déclaration ne comporte pas la liste des associés solidaires avec l'indication de leurs noms et domiciles. L'article 233 de l'Acte susmentionné sanctionne pénalement les dirigeants

visés à l'article 27 ci-dessus qui ont frauduleusement :

- λ soustrait les livres de la personne morale;
- λ détourné ou dissimulé une partie de son actif ;
- λ reconnu la personne morale débitrice de sommes qu'elle ne devait pas, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans le bilan ;
- λ exercé la profession de dirigeant contrairement à une interdiction prévue par les actes uniformes ou par la loi ;
- λ stipulé avec un créancier, au nom de la personne morale, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou qui ont conclu avec un créancier, une convention particulière de laquelle il résulterait pour ce dernier, un avantage à la charge de l'actif de la personne du jour de la décision déclarant la cessation des paiements. A cette liste, il faut ajouter les dirigeants visés à l'article 27 ci-dessus, à l'occasion d'une procédure de règlement préventif, ont :
 - λ de mauvaise foi, présenté ou fait présenter un compte de résultat, un bilan, un état de créances ou de dettes ou un état actif et passif des privilèges et sûretés, inexact ou incomplet;
- λ sans autorisation du président de la juridiction compétente, accompli un des actes interdits par l'article 11 de l'acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif.

Chapitre VI. Autres infractions

ces autres infractions sont assimilées à celles commises lors des procédures collectives d'apurement du passif.

L'article 240 sanctionne pénalement les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie des biens meubles ou immeubles, sans préjudice

- λ de l'application des dispositions pénales relatives à la complicité ;
- λ les personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit dans la procédure collective, soit en leur nom, soit par personne interposée
En application de l'article 233
- λ de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant
- λ les procédures collectives
- λ d'apurement du passif, sont punis d'un
- λ emprisonnement de cinq à dix ans, les dirigeants
- λ visés à l'article 27 ci-dessus qui ont
- λ frauduleusement :
 - λ soustrait les livres de la personne morale;
 - λ détourné ou dissimulé une partie de son actif ;
 - λ reconnu la personne morale débitrice de sommes qu'elle ne devait pas, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans le bilan ;ou supposition de personnes. des créances supposées ;
- λ les personnes qui, faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, ont de mauvaise foi, détourné, dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens.

1. Protection du débiteur failli contre ses biens

il paraît intéressant de voir que le législateur OHADA a songé à protéger le débiteur en état de cessation des paiements, contre ses propres parents capables de détourner, voler vendre même à

l'insu du débiteur, profitant ainsi de la situation irréversible de leur parent débiteur. Cette logique est évidente, étant donné que ces pratiques sont courantes surtout quand le débiteur travaillait avec ses parents comme collaborateurs. Dans la pratique des affaires, seul compte le profit, celui peut être recherché par tous moyens illicites même au détriment de son propre parent ou son conjoint. C'est pourquoi, l'article 241 du même Acte uniforme susmentionné, sanctionne pénalement, le conjoint, les descendants, les ascendants ou les collatéraux du débiteur ou ses alliés qui, à l'insu du débiteur ont détourné, diverti ou décelé des effets dépendant de l'actif du débiteur en état de cessation des paiements. En application de l'article 242 de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, alors même qu'il y aurait relaxe dans les cas prévus aux articles 31 et 32 ci-dessus,

- λ la juridiction saisie statue sur les
- λ dommages-intérêts et sur la réintégration,
- λ dans la patrimoine du débiteur, des biens,
- λ droits ou actions soustraits.

Chapitre VII. L'infraction susceptible d'être commis par le syndic

L'article 243 de l'acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, punit, tout syndic d'une procédure collective qui a :

- λ exercé une activité personnelle sous le couvert d'une entreprise du débiteur masquant ses agissements ;
- λ disposé du crédit ou des biens du débiteur comme ses biens propres ;
- λ dissipé les biens du débiteur ;
- λ poursuivi abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur ;
- λ acquis pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur en violation de l'article 51 de l'acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif.

Sous chapitre VIII. Autres infractions en des procédures collectives d'apurement du passif concernant le créancier failli

L'article 244 punit le créanciers qui a stipulé avec le débiteur ou avec toute personne, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ; conclu une convention particulière de laquelle il résulterait en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective. Les conventions prévues à ci-dessus sont, en outre déclarées nulles par la juridiction répressive, à l'égard de toutes personnes, même du débiteur. Le jugement ordonnera en outre au créancier de rapporter, à qui de droit, les sommes ou les valeurs qu'il a reçues en vertu des conventions annulées. L'article 246 du même Acte uniforme sans préjudice des dispositions relatives au casier judiciaire, toutes les décisions de condamnation rendues en vertu des dispositions du présent ainsi stipulées sont aux frais des condamnés, affichées et publiées dans un journal d'annonces légales ainsi que par extrait sommaire, au Journal Officiel mentionnant le numéro du journal.

Conclusion

C'est une démarche plutôt périlleuse que de chercher à former au moyen de ce fascicule, les Magistrats, Avocats et étudiants juristes voire économistes car, il nous paraît pas facile de résumer le droit pénal des affaires issu de l'ohada en quelques pages. Mais notre inquiétude peut être atténuée quant on veut compléter sa connaissance en cette matière en lisant notre ouvrage sur le

droit pénal des affaires paru très récemment.

A propos, notre véritable souci consiste dans le fait que les juristes professionnels congolais prennent conscience des contraintes qui les attendent dès l'adhésion définitive de notre pays à l'OHADA. Alors le besoin de se former pour éviter l'ignorance d'un droit que l'on est appelé à dire ou à défendre est plus qu'urgent aujourd'hui. Puisse ce fascicule contribuer modestement à la vulgarisation du droit pénal des affaires OHADA!

Au nom de la Fédération Nationale des Associations et Clubs OHADA de la RDC (FENACO) et du Centre d'Etudes et de Recherches en Droit des Affaires(CERDA), l'auteur remercie toutes celles et ceux qui s'impliquent dans la vulgarisation du DROIT OHADA et réitère ses sentiments les plus respectueux et de gratitude, au Président de la Commission Nationale OHADA RDC, nommé l'éminent Professeur, MASAMBA MAKELA Roger pour sa lutte et ses efforts combien louables qui acheminent enfin notre pays à l'adhésion d'un droit moderne et plus adapté au climat des affaires en RDC.