



Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada

Rabani Adamou

DANS **REVUE DE L'ERSUMA 2013/1 N° 2**, PAGES 43 À 60

ÉDITIONS **ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (OHADA)**

ISSN 1840-8621

DOI 10.3917/ersu.002.0043

Date de mise en ligne : 06/11/2025

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-de-lersuma-2013-1-page-43?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada

ADAMOU Rabani

Assistant à l'Université de Tahoua, Niger

Sommaire :

- I. Prise en compte des objectifs de la communautarisation du droit en Afrique
 - A. la prévention de nouvelles formes de criminalité
 - B. La protection des intérêts des acteurs
- II. Prise en compte des modes de participation des personnes morales à l'infraction
 - A. La participation par représentation des personnes morales à l'infraction
 - B. La participation sans représentation des personnes morales à l'infraction

Introduction

Les charmes des prétoires ne sont pas réservés aux seules personnes physiques¹⁴⁶. L'histoire de l'humanité recèle quelques exemples, en retraçant par là même, les époques avec leurs caractéristiques. Un sujet sur la responsabilité pénale des personnes morales ne doit pas laisser perplexe un être imbu d'histoire, car la question de la responsabilité doit remonter aux âges les plus sacrés de l'humanité. Si déjà en Janvier 897, le pape Etienne VI jugea le cadavre du Pape Formose en le condamnant et le dépouillant de ses ornements sacrés, ; ou encore des procès intentés à des animaux accusés d'avoir dévoré des enfants¹⁴⁷, il paraît légitime de considérer que « la responsabilité pénale est aussi fille de son époque »¹⁴⁸. Autres temps, autres mœurs, la responsabilité pénale de l'être moral est de nos jours devenue l'auberge espagnole¹⁴⁹. La mise en harmonie des droits en Europe a servi de base pour la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales dans les Etats membres, notamment en France¹⁵⁰. La communautarisation des droits débouche sur une harmonisation quelque fois conflictuelle car ce processus se réalise toujours sur les cendres des droits nationaux des Etats. Or, il faut concilier deux impératifs difficilement conciliables : d'une part l'impératif d'harmonisation des législations pénales, et d'autre part le respect de la souveraineté des Etats¹⁵¹. A cette fin, la matière pénale semble donner plus de fil à retordre au législateur communautaire qui se nourrit de l'ambition d'aboutir à une unification efficace des droits. La difficulté d'harmonisation du droit pénal est en partie liée à l'existence de politique criminelle diverse¹⁵² et la détention par les Etats, des pouvoirs de police et du droit de punir comme expression de leur souveraineté. Le droit Ohada s'inscrit dans cette logique harmonisation-

¹⁴⁶ David père, « le point sur la responsabilité pénales des personnes morales : les précisions apportées par la circulaire du 1^{er} février 2006, Les Petites Affiches, n°116, p.20.

¹⁴⁷ Sentence rendue par le juge de Savigny le 10 Janvier 1457 : Archives.

¹⁴⁸ En référence au philosophe allemand Hegel qui indiquait que « toute philosophie est fille de son époque ».

¹⁴⁹ Le Deuxième Congrès International de droit pénal tenu à Bucarest du 6 au 12 Octobre 1929 a déjà traité de la question de l'émergence des personnes morales dans les sociétés. Après avoir constaté l'accroissement continu et l'importance des personnes morales, et reconnaissant qu'elles représentent des forces sociales dans la vie moderne, et que l'ordre légal de toute société peut être gravement atteint quand l'activité des personnes morales constitue une violation de la loi, a émis le vœu « qu'il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales, lorsqu'il s'agit d'infractions perpétrées dans le but de satisfaire l'intérêt collectif des dites personnes ou avec des moyens fournis par elles et qui entraînent ainsi leur responsabilité ».

¹⁵⁰ Le nouveau code pénal de 1992 en France et entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 a consacré la responsabilité pénale des personnes morales en son article 121-2 en ces termes : « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.... ».

¹⁵¹ La solution adoptée par le législateur Ohada a consisté à des incriminations par renvoi en déterminant la sanction et à renvoyer la définition de l'infraction à d'autres textes réglementaires ou même conventionnels : Ndiaw DIOUF, « Actes Uniformes et Droit pénal des Etats signataires du traité de l'Ohada : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace Ohada », Ohadata D-05-41.

¹⁵² Jacques Bore conclut déjà en relevant, dans le cadre de l'harmonisation des droits européens, qu'il ya une difficile rencontre du droit pénal français avec le droit communautaire : In Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Editions Cujas, 1989, p.25 svts.

unification des droits, y compris le droit pénal. Dans cette perspective, le législateur Ohada indique dès au départ que « les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales... »¹⁵³. Cette incrimination annoncée par le législateur n'est cependant pas complète. En effet, la politique criminelle de l'Ohada devrait s'accoutumer avec l'évolution actuelle du droit pénal notamment dans la détermination des acteurs et sujets. Plusieurs lacunes ont été constatées ça et là par les auteurs¹⁵⁴ dans le choix de la responsabilisation des sujets du droit pénal. Ainsi, la personne physique est au cœur de la réforme pénale communautaire et reste seule responsable pénalement des agissements visés par le législateur communautaire. Il est aisément perceptible que le législateur a reconduit la vieille maxime « *societas delinquere non potest* », faisant fi de la prédominance incontestable des personnes morales parmi les facteurs criminogènes. Tout comme la personne physique, la personne morale, par ses agissements¹⁵⁵, peut être à l'origine d'une infraction pénale. L'option jusque là choisie par le législateur Ohada consiste à retenir la responsabilité pénale de la personne physique, mettant ainsi le chef d'entreprise dans les entrailles de la répression. Il se trouve cependant, que le traité du 17 octobre 1993 a eu pour ambition d'améliorer l'environnement juridique des entreprises en mettant fin à l'insécurité juridique et judiciaire des acteurs et des affaires. L'inégalité créée par cette option ne serait aplanie que quand le législateur Ohada aurait organisé une responsabilisation sur le plan pénal de l'être moral¹⁵⁶ en prenant en compte les objectifs qui sous-tendent la communautarisation du droit en Afrique (I) et les modes possibles de participation de la personne morale à l'infraction (II).

¹⁵³ Art. 5 du traité Ohada.

¹⁵⁴ Le Professeur Boubacar DIARRA a indiqué au cours d'une conférence organisée par le Réseau Judiciaire Africain en collaboration avec le centre Djoliba sur « l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : la problématique de l'harmonisation du droit pénal des affaires », que les incriminations constituent des renvois maladroits, et soutient que l'harmonisation se doit d'être achevée ; Voy. Dans le même sens, E.L. Kangambega, in : Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada, Penant, 2000, p.321.

¹⁵⁵ Il s'agit d'un anthropomorphisme cependant car la personne morale n'est pas un être de chair, elle fonctionne par l'intermédiaire de ses organes ou représentants qui sont des personnes physiques. Pour sa première application : CA Rouen, 12 avril 2007 : Jurisdata n°2007-373544 ; CA Paris, ch. Corr.11, sect. A, 17 nov. 2008 : Juridata n°2008-004120.

¹⁵⁶ Le législateur Ohada aurait pu se référer à certaines législations existantes soit au niveau communautaire, soit au niveau national. Ainsi, dans le cadre de l'UEMOA, la responsabilité pénale des personnes morales étaient consacrées en matière de concurrence notamment le règlement n°03/2002/CM/UEMOA, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire ouest-Africaine. Le règlement prévoit à son titre VII, des sanctions pécuniaires après constatation des infractions aux dispositions de l'article 88 paragraphes (a) ou (b) du traité, à l'égard des entreprises et associations d'entreprises. Aux termes de l'article 22 de ce règlement, « la commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant maximum de 500.000frs lorsque de manière délibérée ou par négligence : elles donnent des indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 3 ou d'une notification en application de l'article 7 ; elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 18 ou 19, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 18 ; elles présentent de façon incomplète, lors de vérification effectuées au titre de l'article 20 ou de l'article 21, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 21, paragraphe 3 ».

I. Prise en compte des objectifs de la communautarisation du droit en Afrique.

Les signataires du traité portant création d'un espace juridique sécurisé en Afrique étaient animés de l'ambition de faire de cet espace un lieu d'échange sur le plan économique et juridique. La sécurité juridique était au centre des préoccupations des Etats parties qui manifestaient le besoin d'une réglementation non seulement globale, mais également rigoureuse, attirante qui créerait un ordre public communautaire de protection. L'option du législateur OHADA pour créer un espace juridique consiste à prévenir non seulement le développement d'une nouvelle forme de délinquance (A), mais également de protéger les intérêts divergents des acteurs de la vie des affaires (B).

A. La prévention de nouvelles formes de délinquances

Le principe de la liberté de commerce et d'industrie posé par le décret d'allarde¹⁵⁷ a favorisé la naissance de l'initiative privée et par conséquent la création de plusieurs formes de groupements dans le monde des affaires. L'irruption de ces acteurs sur la scène des affaires n'est pas sans changer la politique criminelle des Etats africains qui jadis, prenaient la personne physique pour seule responsable des infractions commises, en reléguant la personne morale au seul rang de justiciable en matière civile. L'immensité du nombre croissant des groupements créés dans l'espace Ohada appelle en principe la mise en œuvre de ce qu'il est convenu de nos jours d'appeler la défense sociale nouvelle¹⁵⁸, c'est-à-dire cette politique criminelle qui permettrait de faire face aux agissements des acteurs du monde des affaires. Les agissements en cause peuvent avoir plusieurs variantes, liées à la diversité des acteurs et à leur nature. De son caractère traditionnellement connu, l'infraction prendrait une forme inhabituelle dans sa commission et dans ses éléments constitutifs. Le rôle du législateur communautaire doit consister à procéder à une réactualisation des phénomènes dits criminogènes dans la mesure où il a réservé les incriminations au domaine communautaire et les sanctions aux Etats-parties. Il est à noter cependant, que le législateur a quand même marqué une avancée notable en droit des sociétés notamment en termes d'incrimination. Ainsi, certaines incriminations n'étaient pas prises en charge par les législations nationales de certains pays. C'est en tout cas l'exemple de la législation nigérienne qui n'a consacré le fameux abus des biens sociaux (ABS) qu'après l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique¹⁵⁹. D'autres catégories

¹⁵⁷ Il s'agit du décret des 2-17 mars 1791. Ce principe a servi de base pour beaucoup de pays africains pour l'ouverture au commerce. Au Niger, le principe avait été affirmé par l'article 13 de la constitution du 24 septembre 1989. C'est surtout la constitution du 26 Décembre 1992 qui l'a évoqué avec clarté à l'article 14 en ces termes : « chacun a droit au libre développement de sa personnalité dans ses dimensions matérielles, temporelles, intellectuelles, spirituelles.... ».

¹⁵⁸ « La défense sociale suppose une conception générale du système anticriminel qui ne vise pas seulement à faire expier une faute par un châtiment, mais chercher à protéger la société contre les entreprises criminelles » : Marc ANCEL, in : la défense sociale nouvelle, éd. CUJAS, 1971, p.37. Le VI Congrès International de droit pénal tenu à Rome, du 27 septembre au 3 Octobre 1953, a indiqué d'ailleurs que la répression des infractions économiques demande une certaine extension de la notion d'auteur et des formes de participation, ainsi que la faculté d'appliquer des sanctions pénales aux personnes morales.

¹⁵⁹ Cet acte uniforme est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 et aura donné deux ans pour les sociétés n'ayant pas adopté l'une des formes prévues par le droit Ohada pour se conformer. Conséquemment, certains Etats parties

d'infractions ont été prévues par le droit Ohada, allant de la constitution des sociétés jusqu'au fonctionnement et à la dissolution¹⁶⁰ de celles-ci. Si le législateur n'a pas omis les incriminations au droit des sociétés, il a cependant maladroitement ignoré la question d'imputation des infractions¹⁶¹, seul indice permettant de remonter aux auteurs, coauteurs ou complices des infractions.

En effet, l'entreprise est une entité hiérarchiquement gérée de la base au sommet. Il en résulte plusieurs modes de commission ou de participation¹⁶² à la commission de l'infraction. Il serait donc raisonnable de déterminer la ou les personnes devant répondre de ces agissements. La question est en général tranchée lorsque l'infraction est attribuée à une personne nommément désignée dans la chaîne de la hiérarchie. La difficulté vient du fait que certaines infractions peuvent être commises sans laisser la possibilité de déterminer le véritable auteur. En effet, certains agissements sont si frauduleux qu'ils ne laissent aucune possibilité de retrouver « le bras armé » qui a exécuté le forfait. Or, la recherche de la responsabilité pénale nécessite que soit imputée une infraction à une personne. La doctrine s'est efforcée de trouver une théorie à même de résoudre ces difficultés, celle de la « *faute diffuse* »¹⁶³ à laquelle le droit Ohada aurait pu fonder le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. L'application de la théorie de la faute diffuse peut être un gage d'insécurité et d'impunité recherchée par le législateur communautaire. En effet, les mécanismes de fonctionnement de certaines entreprises peuvent constituer de véritables sources d'insécurité en raison des interactions des rôles joués par les acteurs. Il s'ensuit que l'objectif recherché par le législateur communautaire est d'attirer les investisseurs qui en grande partie seraient des entreprises de droit étranger. Ainsi, une entreprise de droit européen trouverait un territoire plus accueillant, dénué de toute menace pénale en raison du fait que certaines infractions qui seraient commises ne peuvent relever que des personnes morales. A l'inverse, l'entreprise étrangère s'invitera à son tour à respecter le droit du territoire d'accueil. Les atteintes à l'environnement semblent être la manifestation la plus concrète. Le droit communautaire européen a déjà prévu des incriminations en matière de l'environnement¹⁶⁴, notamment dans le domaine de la

ont profité pour adopter les mesures de conformité au droit communautaire en prévoyant les sanctions correspondantes aux nouvelles incriminations. C'est le cas notamment des législations sénégalaise et Guinéenne.

¹⁶⁰ Il faut noter là aussi que beaucoup d'infractions ne sont pas connues auparavant par les législations nationales des Etats parties, ou même si elles sont connues, les sanctions correspondantes ne sont pas évidentes.

¹⁶¹ Sur cette notion, voy. Adamou Rabani, « l'imputation des infractions d'affaires », Université Montesquieu de Bordeaux, nov. 2009 ; Editions Universitaires Européennes, Avril 2010, ISBN : 978-613-1-50114-2.

¹⁶² Le 7^e congrès international du droit pénal avait d'ailleurs choisi pour thème, « l'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction » pour signaler l'existence de plusieurs modes de commission d'infraction. Le congrès a observé que les personnes morales ne peuvent être rendues responsables d'une infraction que dans les cas prévus par les systèmes juridiques ; qu'en pareils cas la sanction ordinaire est l'amende, indépendamment des mesures telles que la dissolution, la suspension ou la nomination d'un curateur.

¹⁶³ Pour cette théorie, voy., Les écrits du Professeur Jean-Christophe SAINT-PAU notamment : La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction : in le risque pénal dans 'l'entreprise, l'itec, coll. « carré droit » 2003, pp71 à 113.

¹⁶⁴ Directive n°2008/99 du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal : le considérant n°4 de la directive indique qu' au surplus, « l'existence de règles communes relatives aux infractions pénales permet la mise en œuvre de méthode d'instruction et d'assistance efficace au niveau national et entre

pollution ou du déversement des déchets¹⁶⁵. D'autres catégories d'infractions sont plus fréquemment commises par les personnes morales notamment en ce qui concerne les matières qui forment le droit des affaires Ohada. Il en est ainsi des atteintes à l'ordre financier, économique et social, des atteintes à l'environnement, la fraude et contrefaçon etc....

Certains événements ayant marqué l'opinion sont en effet révélateurs du caractère criminogène des personnes morales. Ainsi, le 12 décembre 1999, Erika faisait naufrage aux larges des cotes bretonnes en provoquant l'une des plus désastreuses marées noires. Le navire qui appartenait à une société privée, a été affrété par le groupe pétrolier total Fina Elf pour le transport de fioul lourd. Le groupe essaya de s'exonérer de sa responsabilité en arguant qu'il n'est pas propriétaire du navire. De nombreuses personnes physiques ont été poursuivies notamment le capitaine, l'armateur et le gestionnaire du bateau. La mise en cause de la responsabilité du groupe pétrolier n'a été possible par la suite que grâce à l'introduction de l'article 121-2 du code pénal français qui consacrait la responsabilité pénale des personnes morales.

De plus en plus, une nouvelle forme de menace plane sur le monde de l'entreprise notamment les velléités terroristes manifestées soit à l'égard de l'entreprise elle-même, soit à l'égard des agents qui l'animent. L'attentat de Karachi sur des ouvriers de la direction des constructions navales expose bien les risques auxquels sont exposés les personnels des entreprises ; exposition qui nécessite la prise de précautions particulières. De tout temps, ces risques interviennent alors que les entreprises concernées ne prennent pas les mesures idoines, ou les prennent trop tard¹⁶⁶. La question de la responsabilité civile dans ces conditions ne nécessite pas de commentaire pour la simple raison que le caractère accidentel de l'événement est palpable. La décision rendue par le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Manche¹⁶⁷ très motivée, retenait que « l'accident n'a été rendu possible que par la faute inexcusable commise par l'employeur qui n'avait pas pris les mesures propres à assurer la sécurité de ses salariés ». La pertinence de la décision a poussé le ministère public à renoncer à l'appel contre ce jugement. Cette option n'est que civile, la pratique actuelle en droit Ohada n'offre que cette éventualité. Reste à préciser que des événements de ce type appellent une responsabilité pénale non seulement des dirigeants de l'entreprise, mais également de l'entreprise elle-même en tant que personne morale sous la direction de laquelle l'accident est arrivé. Si le législateur

Etats membres » ; Cette directive en son article 8 impose aux Etats membres de transposer ses dispositions au niveau national avant le 26 décembre 2010 ; Voy. Aussi, Dominique GUIHAL et Patrick THIERRY, « L'incrimination pénale, instrument ultime de mise en œuvre du droit européen de l'environnement », Gazette du palais, janvier 2009, Doctrine, p.11.

¹⁶⁵ V. l'affaire Probo koala qui a attiré l'attention en Afrique alors que plusieurs cas peuvent être révélés des indépendances à nos jours mais qui sont restés impunis en raison de la collaboration qui a toujours prévalu entre dirigeants africains et occidentaux.

¹⁶⁶ Napoléon 1^{er} disait à ce propos que « les trois quarts des hommes ne s'occupent des choses nécessaires que lorsqu'ils en sentent le besoin mais, justement, alors il n'est plus temps ».

¹⁶⁷ V. décision du 15 janvier 2004, Saint-Lô ; V. également, « Terrorisme et Responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants », par Christophe Collard, in : revue « Défense nationale », supplément n°3, mars 2005.

Ohada a organisé la traque des dirigeants, celle des personnes morales est souhaitable¹⁶⁸. Il suffit que les législations pénales nationales introduisent certaines infractions à l'égard des personnes morales notamment les homicides par imprudence, les blessures involontaires, la mise en danger de la personne etc. Un espace juridique n'ayant pas prévu une telle responsabilité dans son arsenal juridique à l'image de l'Ohada végéterait dans l'impunité sous le poids du pouvoir économique des entreprises. Engagé donc sur un marché international par son ouverture économique, et exposé au « chaos mondial »¹⁶⁹, les menaces criminelles qui pèsent sur l'espace Ohada se traduisent par un risque juridique qui se doit d'être pris en considération par le législateur communautaire. Il faut dès lors répondre à l'appel de Napoléon 1^{er} lorsqu'il indiquait que « les trois quarts des hommes ne s'occupent des choses nécessaires que lorsqu'ils en sentent le besoin mais, justement, alors il n'est plus temps ». La prévention permettra dès lors de protéger les intérêts des acteurs, aussi antagonistes soient-ils.

B. La protection des intérêts des acteurs

L'organisation d'une responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace Ohada participe de la protection de plusieurs catégories d'intérêts. Ces intérêts peuvent être aussi bien ceux des tiers en raison de leur vulnérabilité que de la personne morale elle-même. Il est incontestable que les dégâts causés par l'activité de fraude ou simplement de négligences coupables des entreprises sont du niveau de ceux d'un géant. En effet, « la puissance de la grande entreprise, démultipliée par une organisation sociale tentaculaire, s'appuyant sur des moyens financiers considérables, transcende la pauvre échelle humaine »¹⁷⁰.

L'objet du droit doit consister à aplanir les différences notamment en ce qui concerne les forces qui coexistent dans le monde des affaires. Tel doit être le rôle que le droit Ohada serait amené à jouer face au gigantisme qui caractérise le monde de l'entreprise. En effet, le poids de l'entreprise se remarque de nos jours sur l'ensemble des secteurs d'activités. Dans ces conditions, la nécessité d'instituer un système efficace de répression s'impose. Certaines législations étrangères ont tiré les conclusions à partir d'événements successifs qui ont marqué leur opinion publique. Le 20 janvier 1992, un airbus de la compagnie Air Inter s'écrasait sur le mont Sainte Odile, provoquant ainsi un émoi dans l'opinion publique française devant la mise en cause de trois personnes physiques en raison de leur fonction dans la compagnie¹⁷¹ ; La condamnation du seul conducteur du train suite à un accident ferroviaire survenu à la gare de Lyon sans la mise en cause de la SNCF ne peut passer inaperçu ; l'affaire

¹⁶⁸ L'argument peut être fondé sur le fait que l'évolution jurisprudentielle innovante en droit étranger est entrain de remettre en cause la conception initiale du législateur notamment français qui fonde la responsabilité sur la commission de l'infraction par un organe ou un représentant qui est toujours une personne physique. La proposition permet une modification de l'option initiale et donne à la responsabilité pénale une véritable autonomie susceptible de faciliter la mise en œuvre à l'égard de toutes les personnes : Jean-Yves Maréchal, Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales : JCP, 14 sept.2009, hebdo, n°38.

¹⁶⁹ A. Bauer, « Sécurité, crimes et entreprises : le nouveau chaos mondial », Défense nationale, supplément au n°3, mars 2005, p.9 et s.

¹⁷⁰ CRISTINA DE MAGALIE, « Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales », Les petites affiches, 11 décembre 1996, n°149, p.36.

¹⁷¹ J.-PLANQUE, la détermination de la personne morale pénalement responsable, l'Harmattan, 2003, p.32.

du sang contaminé, sont autant d'événements ayant interpellé le législateur français à retenir la responsabilité pénale des personnes morales à travers le code pénal de 1992¹⁷². A l'appui des arguments avancés, les promoteurs de la réforme indiquaient que « l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la législation sociale... »¹⁷³.

Dans le contexte africain, on a encore à l'esprit la collusion de deux trains de la compagnie CAMRAIL qui s'est soldée par une responsabilité seulement civile de la compagnie. L'affaire la plus récente et non encore soldée est celle de la **Probo koala**, où une société de droit néerlandais a déversé des déchets toxiques aux abords d'Abidjan, entraînant ainsi une pollution environnementale et plusieurs victimes enregistrées. Au vu de ces menaces, les législations étrangères¹⁷⁴ qui ont consacré la responsabilité pénale des personnes morales n'ont pas omis d'assurer une protection efficace aux tiers. La protection des tiers peut être assurée sur le plan des incriminations et sur le plan procédural.

En termes d'incrimination, le législateur Ohada portera un regard attentif sur certaines catégories d'infractions qui impliqueraient directement les intérêts des tiers. C'est le cas de certaines infractions au droit du travail¹⁷⁵. Il peut s'agir du travail illégal¹⁷⁶, constitué par le recours aux personnes exerçant un travail dissimulé. D'autres catégories d'infractions portant atteinte aux intérêts des tiers sont prévues dans le code pénal et elles sont relatives aux homicides involontaires¹⁷⁷, à la mise en danger de la vie d'autrui¹⁷⁸, ainsi que les atteintes aux biens caractérisées par la traditionnelle trilogie vol, escroquerie et abus de confiance¹⁷⁹ qui

¹⁷² Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 instituant le nouveau code pénal français ;

¹⁷³ V. projet de loi n°300, session extraordinaire 1985/1986, p.6.

¹⁷⁴ C'est le cas du code pénal français de 1994 ayant consacré la responsabilité pénale des personnes morales en son article 121-2.

¹⁷⁵ *La plus caractéristique des infractions au droit du travail peut être la discrimination dans l'embauche à la veille de la communautarisation du droit du travail dans l'espace Ohada, à l'image du droit européen : La Cour européenne a répondu, avec vigueur, que le fait, pour un employeur, de déclarer publiquement qu'il ne recrutera aucune personne d'une certaine origine ou nationalité constitue un acte de discrimination directe, peu importe donc qu'aucune victime ne puisse être identifiée. La Cour estime, à juste titre, que de tels propos dissuadent une catégorie de la population de se présenter à l'embauche, ce qui suffit à caractériser l'acte de discrimination directe. La Cour fait remarquer de surcroît que l'ensemble des dispositions de lutte contre la discrimination a pour objectif de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale : CJCE, 2^e ch., 10 juillet 2008 (Aff. n° C-54/07) ;*

31Le délit de travail illégal concerne aussi bien l'exercice d'un travail dissimulé (dissimulation d'activité), le recours sciemment, directement ou par personne interposées, aux services de l'auteur d'un travail dissimulé, ainsi que la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à le favoriser, en toute connaissance de cause (article L 8221-7 CT Français).

¹⁷⁷ Art. 272 et 273 C.P nigérien.

¹⁷⁸ Prévu par le code pénal français en son article 121-3 : « toutefois, lorsque la loi le prévoit, il ya délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ».

¹⁷⁹ Ces infractions sont prévues aux articles 306 et svts, 333 et svts, et 338 et svts du code pénal nigérien.

portent directement atteinte à la propriété d'autrui, qu'elles soient commises par les personnes physiques que par les personnes morales.

Au plan procédural, la mise en cause pénale des personnes morales permettra d'ouvrir la possibilité de mettre en mouvement l'action publique en cas d'atteinte aux intérêts des tiers. En effet, le plus souvent, les victimes sont des tiers étrangers à la personne morale. A titre d'exemple, dans l'espace Ohada, les populations contractent très souvent, des maladies qui ont pour origine le fonctionnement des entreprises. Seule la responsabilité civile est en général invoquée au cas où la procédure venait à être déclenchée. Le plus grand souhait consiste à élaborer une procédure facilitant la saisine du juge pénal par les victimes, encore que l'action publique restant toujours aux mains du procureur de la république. L'action du parquet doit simplement être rendue obligatoire, non facultative et cela sans tenir compte du consentement des victimes¹⁸⁰.

Le gigantisme qui caractérise la personne morale ne doit néanmoins pas occulter sa relative fragilité face à ses dirigeants. En effet, la personne morale n'existe que par ses représentants, ses « *substratums humains* ». Dès lors, ses intérêts peuvent être mis en péril. Il peut être de bonne politique criminelle, de prévoir une responsabilité cumulative entre la personne morale et ses représentants et de viser tous les intervenants dans l'activité de celle-ci. Le législateur français a bien cerné la difficulté et a consacré un article 121-2 dans le code pénal où il est indiqué que « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les dispositions des articles 121-4 à 121-7, et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour le compte, par les organes ou représentants... ; la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Il s'ensuit dès lors une nécessité de se conformer aux grands principes qui fondent le droit pénal général contenus dans les codes pénaux des Etats membres de l'Ohada, en considération des modes de participation à la commission des infractions par les personnes morales.

II. Prise en compte des modes de participation des personnes morales à l'infraction

Dans une politique criminelle qui prône un ordre public de protection se pose la nécessité de déterminer la personne pénalement responsable. La responsabilité pénale actuelle du droit OHADA ne cadre plus avec le nouvel environnement des affaires car s'agissant des infractions, «... *les auteurs sont totalement dépersonnalisés, leur responsabilité se dilue et souvent même la question de leur existence n'est pas posée. Soit on ne peut connaître les responsables, soit les faits sont à ce point, incertains, que la question des responsables ne peut encore être posée. S'ils sont connus et désignés, c'est leur responsabilité civile et non*

¹⁸⁰ Une population se trouvant dans une nécessité absolue voudra plutôt d'un arrangement que d'une procédure dont beaucoup ne voient pas l'issue. A cela, s'ajoute la politique économique de certains Etats qui mettent l'accent sur l'attractivité des investisseurs étrangers. L'exemple est que le droit Ohada s'est dotée dès le départ d'une véritable philosophie économique nationale, celle « du développement par la promotion de la libre entreprise » : FOCHÉ (R), le droit de l'OHADA, un capital vital pour le redressement de l'économie africaine, in l'effectivité du droit OHADA, ouvrage collectif précité, p.49 et sv ; mais également une économie plus attrayante des Etats membres en facilitant les investissements dans la région.

pénale qui paraît engagée »¹⁸¹. Or, les personnes morales sont aujourd'hui les premiers facteurs criminogènes en raison de leur nombre¹⁸² et de leur poids dans l'économie africaine. Cependant leur nature purement abstraite nécessite une détermination des mécanismes de leur participation. Elles participent dès lors par représentation (A) ou même sans représentation (B)

A. La participation par représentation des personnes morales à l'infraction

Retenir la responsabilité pénale de la personne morale par représentation suppose déjà que l'infraction n'est pas le fait de celle-ci. Elle a dû être commise par une personne physique agissant en lieu et place de la personne morale. Cette particularité de la criminalité a reçu l'appellation de responsabilité du fait personnel par représentation, adoptée par suite dans la jurisprudence¹⁸³. L'expression a été employée par M. F. Desportes dans son rapport à la Cour de cassation en vue du premier arrêt de la Cour, rendu en matière de responsabilité pénale des personnes morales¹⁸⁴. L'originalité de cette responsabilité est que, celle-ci est le résultat d'une imputation de l'infraction d'un être autre que la personne morale, mais qu'on refuse de qualifier de responsabilité du fait d'autrui dans la doctrine française. Les actes purement matériels ne peuvent être accomplis par la personne morale elle-même. Le « *substratum humain* »¹⁸⁵ est seul à même de commettre l'acte matériel. Le législateur désignerait les organes ou représentants pour atteindre la personne morale. En outre, la nature de la faute engageant la personne morale doit être connue. Objectivement, une faute doit être commise pour engager la responsabilité de la personne morale. Positivement, il ya une nécessité que l'infraction soit caractérisée dans tous ses éléments matériel et intellectuel à l'encontre d'un organe ou représentant de la personne morale. La déclaration de culpabilité n'est pas une condition pour que l'infraction commise par l'organe ou représentant soit imputée à la personne morale. Cette position est confirmée par des considérations non seulement jurisprudentielles, mais aussi par des raisons pratiques. Sur le plan jurisprudentiel, plusieurs

¹⁸¹ V. L. PIERRE, « Elites Irrégulières », Gallimard 1997, p.17

¹⁸² Pour mémoire, les statistiques au Niger démontrent la progression suivante : En 1997 il a été dénombré 471 entreprises dans le secteur privé moderne contre 418 en 1995. Les entreprises individuelles représentent 60% du total en 1997 contre 15% pour les SARL. Le secteur privé moderne est dominé par les activités de commerce et des services. Ce secteur a distribué une masse salariale de 15,3 milliards en 1997 dont 29% par la branche « Banques assurances et services » aux entreprises ; or, le chiffre d'affaires de cette branche ne représentait que 7,05% de celui de l'ensemble du secteur privé moderne : sources : Table ronde sur le secteur privé au Niger organisé par le PNUD. A ces statistiques, il faut ajouter ce constat : En 1995 selon les données de la Direction de la Statistique et des Comptes Nationaux (DSCN), il a été dénombré 667 935 établissements informels, répartis en 277 442 dans la production, 235 149 dans le commerce et 155 344 dans les services. Plus de 57% de ces unités de production sont localisées à domicile, 15,9% au marché et 13,61% sans emplacement fixe ou ambulants. Elles appartiennent à 57,81% aux hommes et à 42,19% aux femmes.

¹⁸³ Lyon, 3 juin 1998 : Dr. pén. 1998, comm.118 ; JCP, éd.E, 1998, p.1760, infirmant T.corr. Lyon, 9 oct.1997 : JCP, 1998, éd.G, I, 105, note J.-H. Robert ; Dr.pén., 1997, comm.154.

¹⁸⁴ Il s'agit de la première décision portant sur la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales par la cour de Cassation : Cass.crim., 2 déc. 1997, J.C.P. 18 fév. 1998.II.10023, Bull. Joly, mai 1998, p.152.

¹⁸⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, RID pén. 1950, p.339.

décisions ont donné lieu à la poursuite de la seule personne morale¹⁸⁶. En effet, « la culpabilité de l'organe ou représentant ne se confond pas avec celle d'une personne physique »¹⁸⁷. Il ya une « neutralisation » des volontés individuelles à travers les organes collégiaux, et cela ne doit pas être une raison d'impunité de la personne morale. La Cour de cassation a eu à s'exprimer en ces termes dans une décision concernant une délibération municipale : « *la délibération incriminée, prise par un organe collégial de la commune, ne peut être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable* »¹⁸⁸.

Pour des considérations pratiques, on ne saurait conditionner l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale à la culpabilité du *substratum humain* en ce sens que, celui-ci n'est pas toujours à « visage découvert ». En effet, un crash d'avion ne laisse en général aucune possibilité pour les autorités de poursuite de dégager une culpabilité de l'équipage afin de l'étendre à la compagnie, personne morale ; Il en est de même pour le conducteur automobile d'une entreprise qui commet une infraction à la circulation routière à laquelle il n'aurait pas survécu. Ce défaut de déclaration de culpabilité de l'organe ou représentant ne peut être appréhendé comme une cause d'exonération de la personne morale. La solution adoptée n'est pas originale en considération des principes généraux de droit. En effet, une telle solution est déjà connue en matière de complicité. Celle-ci suppose l'existence d'un fait principal punissable. Elle n'est pas cependant subordonnée à la « répression effective de l'auteur de ce fait »¹⁸⁹, car la complicité demeure punissable même si l'auteur principal est pénalement irresponsable pour raison de trouble mental ou de minorité, ou encore en cas d'amnistie personnelle¹⁹⁰. Il faut indiquer que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas une responsabilité de substitution. Dès lors, l'opportunité des poursuites dont dispose le ministère public peut être orientée vers la personne morale tout en épargnant les personnes physiques en l'absence de fautes personnelles. Il n'est pas indispensable que la personne physique, organe ou représentant soit identifiée. Toutefois, la responsabilité de la personne morale peut être engagée même en l'absence d'identification de la personne physique dans le cas où l'élément intentionnel du délit résulte de la nature des agissements poursuivis, ou en cas de certitude sur la commission de l'infraction par un organe ou

¹⁸⁶ Crim. 2 déc. 1997, précité ; - crim. 1^{er} déc. 1998, B.,n°325, JCP, 1998,éd. E, Actualités, p.194, RSC, 1999, p.337, obs. GIUDICELLI-DELAGE ; -J,-C. SAINT-PAU, notes sous. Cass.crim., 18 janv. 2000 ;

¹⁸⁷ J,-C. SAINT-PAU, La responsabilité des personnes morales : Réalité et Fiction : in le risque pénal dans l'entreprise, actes de la journée d'étude des éditions du juris-classeur, Litec, 2003, précité ; Dans le même ordre d'idée, un tribunal correctionnel a écarté l'assimilation des organes et représentants au complice de la personne morale en ces termes : « Attendu plus généralement que les agissements qui ont rendu la personne morale punissable sont ceux créateurs de l'infraction, qu'entrer en voie de condamnation sur ces bases conduirait à condamner systématiquement les personnes physiques représentant les personnes morales pour la simple raison qu'elles sont l'agent de ces dernières, que ce serait aller à l'encontre des intentions du législateur qui a clairement entendu dégager les organes représentatifs des personnes morales de la présomption de responsabilité qui pesait sur eux jusqu'alors » : T. corr. Béthune, 12 nov. 1996, n° 9362761.

¹⁸⁸ Cass.crim., 11 mai 1999 : Bull.crim., n°39.

¹⁸⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, Droit pénal général, Economica, 11^e édition, 2008, n°604.

¹⁹⁰ Art. 122-1, 122-8 du code pénal français.

représentant¹⁹¹. C'est l'exemple d'une stratégie commerciale adoptée par une société, fondée sur des pratiques illicites comme en matière de contrefaçon ou la production de document pour le compte d'une société en cours d'instance judiciaire.

En effet, un rapport annuel de la Cour de Cassation¹⁹² soulignait que « *lorsque, est reprochée à la personne morale une faute d'imprudence ou de négligence consistant en la violation d'une disposition législative ou réglementaire s'imposant à elle, il est possible de lui imputer un tel manquement sans que soit identifiée la personne physique fautive* ». La doctrine reste partagée sur la question. Certains auteurs sont favorables à la répression pour « *ne pas créer une immunité regrettable au profit des personnes morales dont les dirigeants de droit ne sont que des prête-noms* »¹⁹³. D'autres auteurs au contraire, estiment qu'en ces circonstances, la personne morale s'est « *trouvée placée en état de contrainte et fait plutôt figure de victime que de coupable* »¹⁹⁴. La personne morale étant incarnée par ses organes ou représentants, tout fait de ceux-ci constitue le fait personnel de la personne morale. Dans cette hypothèse, le fait des organes et représentants est le critère d'appréciation de l'infraction. Selon le Professeur J.-C SAINT-PAU, le fait de l'organe et du représentant est nécessaire et suffisant pour deux raisons¹⁹⁵ : d'une part, ce fait permet la qualification du mode de participation de la personne morale à l'infraction ; d'autre part, il est nécessaire à la qualification de la constitution de l'infraction. Ce qui signifie que l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction doivent être constitués conformément à ce fait. La conséquence de la représentation est que la personne morale peut être auteur ou complice par représentation.

La personne morale emprunte toujours le fait de son organe ou représentant dans la mesure où elle devient auteur principal, parce que son organe ou représentant est auteur principal. Les notions d'auteur direct ou indirect trouvent leur signification dans les rapports de lien de causalité¹⁹⁶. L'auteur direct est celui qui « *heurte ou qui frappe lui-même sa victime, ou qui projette contre celle-ci l'objet qui la heurtera* »¹⁹⁷. L'auteur indirect quant à lui, intervient en amont dans la chaîne de causalité ayant abouti au dommage. Il s'agit tantôt de celui qui laisse commettre l'infraction, tantôt de celui qui commet l'infraction parce que l'organe ou le représentant a commis la faute. Peut être qu'on peut s'en tenir à la notion de représentation pour justifier le choix de l'imputation et de ne voir qu'une participation classique car des hypothèses montrent en effet, que parfois l'existence de l'auteur indirect n'est pas conditionnée par celle de l'auteur direct. C'est dans ces conditions aussi que la personne morale peut être considérée comme coauteur avec une autre personne. Un exemple

¹⁹¹ Voy notre thèse portant sur : l'imputation des infractions d'affaires, th. Bordeaux, 2009, p.230 ; Recommandation R 88-18 du Conseil de l'Europe du 20 Octobre 1988 suggérait que la responsabilité pénale de l'entreprise puisse être établie même en l'absence d'identification « d'une personne physique ayant commis les faits ».

¹⁹² V. Rapp. C.Cass. 1998, p.303 où il est indiqué que : « lorsque, est reprochée à la personne morale une faute d'imprudence ou de négligence consistant en la violation d'une disposition législative ou réglementaire s'imposant à elle, il est possible de lui imputer un tel manquement sans que soit identifiée la personne physique fautive ».

¹⁹³ M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, p. 119.

¹⁹⁴ MERLE et VITU, Droit pénal général, 6e éd., n°605.

¹⁹⁵ J.-C. SAINT-PAU, préc, p. 84, n°128.

¹⁹⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, 11e éd., 2008, p.407.

¹⁹⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc. p. 489.

est fourni par le tribunal correctionnel de Paris¹⁹⁸ en matière de sous-traitance. En l'espèce, une société était chargée d'un ravalement de façade. Elle sous-traite le montage de l'échafaudage nécessaire au chantier à une autre société qui n'est pas spécialisée en la matière. Une rupture des attaches de l'échafaudage provoque la chute de l'ouvrier de la première société qui est gravement blessé. L'inspecteur du travail relève dans son rapport, qu'outre le non respect d'un certain nombre de dispositions réglementaires, les goudons de fixation de l'échafaudage montrent des traces visibles de corrosion et ajoute qu'aucun contrôle minutieux n'a été opéré avant le début des travaux. La société employeur s'est vue condamnée pour avoir commis une négligence grave en envoyant son employé travailler sur cet échafaudage sans un contrôle préalable sur la sécurité. La société sous-traitante s'est vue reprochée une négligence grave en raison du défaut de spécialisation et le manque de contrôle des traces d'oxydation visuelles. Les deux sociétés sont condamnées « compte tenu de la participation de chacune d'elles à la commission de cette infraction [...] »¹⁹⁹.

La détermination de la qualité de complice de la personne morale est une opération juridique complexe. En effet, comment peut-on mettre en évidence l'existence de l'intention chez l'être moral. Ou encore, comment l'être moral manifeste-il sa volonté d'être complice d'une autre personne ?

Pour parvenir à une identification de l'intention de la personne morale, Jean-Claude Planque propose de distinguer d'une part les infractions volontaires et d'autre part les infractions dites « d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui »²⁰⁰. En partant de l'infraction de blanchiment d'argent incriminée par l'article 324-1 du Code pénal français, une société qui commet l'infraction de blanchiment en tant qu'auteur principal en bénéficiant des facilités accordées par une banque, la complicité de la banque ne peut être retenue s'il est prouvé qu'en plus des éléments légaux, les facilités aient été accordées par un organe ou représentant de celle-ci avec la conscience que cela conduirait à la commission de l'infraction de blanchiment. Il en découle que la personne morale, au même titre que la personne physique, peut être complice d'une infraction. La particularité de cette complicité est évidente car il s'agit d'une complicité indirecte. Toutes ces interrogations permettent de se demander si les faits matériels seuls peuvent suffire pour imputer une infraction à une personne morale en tant que complice. L'infraction principale exprime pourtant la notion d'« *emprunt de criminalité* » qui caractérise la complicité. Cet emprunt de criminalité n'est cependant pas identique quand il s'agit des personnes morales. En effet, les personnes morales empruntent toujours la criminalité de leurs organes ou représentants, et non celle de l'auteur de l'infraction principale. Même la complicité entre personne morale est envisagée en doctrine même si on en parle peu. On ne trouve ses traces qu'avec le Professeur COEURET qui évoquait la complicité entre personnes morales en prenant l'exemple de l'infraction de marchandage par prêt de main d'œuvre illicite et évoque l'intérêt de ce type de complicité à l'intérieur des groupes de sociétés²⁰¹. En droit français, toutes les infractions sont susceptibles

¹⁹⁸ T. corr. Paris, 31^{ème} Ch., 3 novembre 1995, Droit social 1996, p.157, note A. COEURET.

¹⁹⁹ T. corr. Paris, 31^{ème} Ch., 3 nov. 1995, précité.

²⁰⁰ Art.121-3al.2 du code pénal français..

²⁰¹ A. COEURET, La nouvelle donne en matière de responsabilité, Droit Social 1994, p.627 et spéc. P.636 et 637 ; - Cass.crim. 23 mai 2000, Bull. n°200, p.584.

d'être imputées à la personne morale. Cela amoindrit la condition relative à l'infraction principale punissable. C'est peut être la raison pour laquelle F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC²⁰² ont opté pour une modification de l'étude classique de la complicité.

B. La participation sans représentation des personnes morales à l'infraction

En l'absence d'un corps sensible, l'incapacité des personnes morales s'affirme avec netteté sauf en cas d'admission de l'incarnation, ou d'altérité²⁰³ entre la personne morale et ses organes et représentants. Admettre la seule responsabilité pénale de la personne morale par représentation reviendrait à instituer une impunité légale et une incrimination incomplète des activités de l'entreprise. Il ne s'agit pas de prôner une participation personnelle de la personne morale qui remettrait en cause la possibilité d'une participation personnelle par ses organes ou représentants. Il s'agit dans cette étude, de contribuer à la prise en compte de toutes les interventions possibles de la personne morale afin de ne pas créer une zone «*d'impunité paradisiaque*» pour la personne morale. Dans cette perspective, certains agissements se détachent des organes ou représentants, faute de pouvoir être rattachés à ceux-ci. D'autres agissements, abstraitement rattachés aux organes ou représentants, doivent être mis au compte de la personne morale. Pour ce faire, deux théories peuvent permettre d'atteindre ce but : celle de la faute diffuse et celle de l'imputation par présomption.

Longtemps refusée par la Cour de cassation, la faute diffuse telle que présentée²⁰⁴ constitue une théorie contributive dans l'organisation de la répression des personnes morales voulue par le législateur. Une proposition de l'admission de cette théorie dans la responsabilité pénale des groupements se comprendrait à travers ses fondements. L'imputation se définit comme l'opération juridique qui permet de mettre une infraction au compte d'une personne. Cette opération est plus ou moins délicate selon que l'auteur de l'infraction est connu ou non connu. La connaissance de l'auteur des agissements est un indice sûr pour l'imputation de l'infraction à une personne. Plus difficile est le cas où l'auteur des agissements n'est pas connu, ou ne peut être connu, en raison des largesses du réseau de commission de l'infraction. Dans ce cas, un choix doit s'opérer entre l'impunité d'une infraction dont le véritable auteur matériel fait défaut d'une part, et la satisfaction de la victime d'une infraction dont le véritable auteur matériel n'est pas connu d'autre part. La fonction de prévention et de dissuasion recommanderait certainement une moralisation de la sanction pénale et contribuerait à opter pour une imputation de la faute diffuse à la personne morale. Cette proposition se fonde non seulement sur le principe de la responsabilité pénale personnelle mais aussi sur la thèse de la réalité de la personne morale. Le principe « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » qui a dominé la matière pénale des siècles durant, apparaît comme une évidence immuable aux yeux de certains²⁰⁵, semble défier celui d'une responsabilité pénale des personnes morales. La généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale a contribué à faire de cette dernière un véritable agent pénal au même titre que la personne physique en droit pénal français. Par cette théorie, il est possible,

²⁰² F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, précité.

²⁰³ A. TEANI, La responsabilité pénale du fait d'autrui, Th. Bdx, 2007, p.252.

²⁰⁴ J.-C Saint-pau, préc,

²⁰⁵ A. TEANI, « La responsabilité pénale du fait d'autrui, th. 2007, p.14.

en vertu de ce principe, que la personne morale commette une infraction en raison du défaut d'identification de l'auteur matériel ou par son action, aussi simulée soit-elle. La « faute diffuse » est concevable en cas de non identification de l'auteur de la faute. Le rôle du droit pénal est à ce niveau double. Il doit non seulement permettre d'identifier le ou les auteurs de la faute, mais aussi attribuer cette faute à, le ou les auteurs par la technique de l'imputation, seule possibilité d'engager la responsabilité.

Cette identification de l'auteur est un gage de sécurité juridique car aussi bien que ceux qui sont au service de l'entreprise, les tiers à l'entreprise ont besoin de protection quant aux conséquences de leur fonctionnement. La théorie de la faute diffuse semble apporter une solution à cette insécurité juridique. La théorie ne peut s'appliquer qu'à une certaine catégorie d'infractions. Il en est ainsi des infractions intrinsèquement liées à l'entreprise en raison des risques résultant de son fonctionnement. C'est l'hypothèse où un produit a été déversé dans une rivière par un ouvrier et aucune responsabilité individuelle ne peut être retenue en raison du défaut d'identification de l'ouvrier et de l'opacité des structures de décision de l'entreprise. En effet, c'est le manque d'organisation qui est à l'origine non pas de l'infraction, mais de l'absence d'identification de l'auteur matériel de l'infraction. On peut certes considérer que l'entreprise peut être directement punissable si on lui reproche de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction. Cependant cette « faute d'organisation » n'est entrée dans les législations que par « *une porte dérobée* ». En principe, toute faute pénale dommageable, dont l'auteur matériel n'a pas été identifié, dans le cadre de l'exécution d'une mission de la personne morale, doit être considérée comme une faute personnelle de la personne morale. La théorie a toutefois des implications. Ainsi, une indépendance subjective de la personne morale dans la commission de l'infraction signifie qu'elle « est à même de produire l'élément psychologique de celle-ci »²⁰⁶.

Cette indépendance est la conséquence de l'existence d'une volonté propre de la personne morale. La démarcation peut se confirmer entre la personne morale et ses organes ou représentants notamment dans certaines hypothèses. Il en est ainsi, de la continuité de la personne morale après le décès d'une personne physique en tant qu'organe ou représentant²⁰⁷. En plus, l'hypothèse peut concerner aussi l'organe de la personne morale en cas de cession d'entreprise. Dans ce cas, l'organe peut changer pour de nouvelles personnes dans la prise de décision, mais c'est la même personne morale qui reste. En définitive, la capacité criminelle ne saurait dépendre des personnes physiques et cela a été exprimé autrement par BADINTER lors de la présentation du projet de code pénal en insistant sur le fait que les « personnes morales, en raison de l'ampleur des moyens dont elles disposent, peuvent être à la base d'infractions à l'environnement »²⁰⁸.

La réalité de la personne morale renvoie en premier lieu à l'existence ou non d'une volonté propre de la personne morale. On peut se demander en effet, si un être moral peut être doté d'une volonté propre lui permettant de ne pas se confondre à ses organes ou

²⁰⁶ F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Bordeaux 2007, p.473, n°372.

²⁰⁷ Cass.civ2ème, 7 déc. 1994, JCP 1995, II, 22517.

²⁰⁸ V. ROBERT BADINTER, *Présentation du projet de nouveau code pénal*, Dalloz, 1986 (*exposé des motifs*)

représentants. Pierre Faivre disait à ce propos, que « *l'immunité des personnes morales repose principalement sur l'élément moral* » et que « *l'absence de volonté criminelle apparaît comme le seul obstacle sérieux à l'incrimination des personnes morales* »²⁰⁹. La tendance est à l'acceptation implicite de la thèse dans la mesure où on soutient que « le juge n'a pas à rechercher ce que pouvait être la volonté de la personne morale »²¹⁰. Le tribunal correctionnel de Lyon en a fait application. Dans des faits de publicité en faveur d'une opération commerciale soumise à autorisations, le tribunal précisait que la responsabilité pénale d'une personne morale suppose que soit « établi à son encontre l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction poursuivie, l'élément intentionnel d'une part, l'élément moral d'autre part [...] »²¹¹. Les rédacteurs de l'avant-projet de code pénal de 1978 ont décrit la situation en déclarant que « la vie du groupement se caractérise par une volonté et une activité qui dominant la volonté et l'activité des membres, souvent interchangeables »²¹².

La théorie de HAURIUO explique le passage des volontés individuelles à une volonté du groupement. Selon l'auteur, « *les différentes volitions sont exprimées et certaines d'entre elles s'opposent, mais une majorité se dégage et la minorité doit s'effacer. Le résultat de cet affrontement constitue la volonté du groupement puisque les membres qui avaient exprimé une volition différente restent dans le groupement* »²¹³. La description de l'auteur n'est autre que, le système de la gouvernance telle qu'elle est pratiquée dans les entreprises. En effet, elle reflète beaucoup l'exercice du pouvoir décisionnel dans les sociétés anonymes où la majorité des actionnaires détient ce pouvoir. Le raisonnement conduit à dire qu'il existe bien une volonté collective émanant de la personne morale, elle est donc capable de commettre une infraction autant qu'une personne physique. Au-delà des démonstrations doctrinales, la réalité de la volonté propre de la personne morale se trouve renforcée par la jurisprudence. Elle insiste sur l'existence de la volonté propre de la personne morale qui, même si elle nécessite une « impulsion humaine », est distincte de celle de ses organes ou représentants. Ainsi, dans un cas d'espèce, un administrateur avait donné mandat à un avocat, au nom de la personne morale dont il assurait la direction. Au décès de l'administrateur, on soutient que le mandat a pris fin avec sa mort. La Cour de cassation²¹⁴ a décidé que le mandat est toujours valable car ayant été donné par la personne morale. La coactivité implique qu'il ne s'agit plus d'un rapport de représentation, mais d'une participation autonome de chacun et se caractérise par

²⁰⁹ P. FAIVRE, La responsabilité pénale des personnes morales, Rev.sc. crim. 1958, 547

²¹⁰ BOCCON-GIBID, La responsabilité pénale des personnes morales (présentation théorique et pratique), Editions ESKA.

²¹¹ T. corr. Lyon 9 Octobre 1997, Dr. Pén. 1997, comm. n°154.

²¹² Avant-projet définitif de Code pénal de 1978, Documentation française, p.41.

²¹³ A. MESTRE, Thèse préc. p.143.

²¹⁴ Cass. Civ.2^{ème}, 7déc. 1994, JCP 1995, II, 22517.

son élément intentionnel. Même la coaction entre deux personnes morales est admise²¹⁵ lorsqu'elles accomplissent les éléments matériel et moral ensemble²¹⁶.

Conclusion

A terme, il apparait que l'absence de consécration de la responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada soulevée par les esprits vigilants²¹⁷, ne peut se justifier dans la mesure où cette responsabilité ne déroge pas aux grands principes qui gouvernent le droit pénal commun. En effet, ces principes inspirés des « traditions juridiques communes »²¹⁸ sont les mêmes ayant participé à la création de l'espace juridique et judiciaire de l'union européenne²¹⁹. Ainsi, outre les objectifs qui sous-tendent tout regroupement communautaire notamment la mise en harmonie des règles communes, les mécanismes de commission des infractions peuvent suivre le même sort dans l'espace Ohada. Par ailleurs, les pays membres de l'Ohada sont de plus en plus exposés à une montée en puissance du nombre des entreprises multinationales de droit étranger et dont leur installation ne peut se faire sans atteindre les intérêts soit des populations à l'image de l'affaire Trafigura, soit ceux de la communauté par la violation de la réglementation communautaire des Etats membres. Au plan intérieur, l'ouverture des frontières entre certains Etats parties au traité Ohada²²⁰ favoriserait à coup sûr l'implantation des entreprises nationales et le développement de la criminalité à grande échelle. Il est impérieux de prendre les dispositions nécessaires pour la création d'un espace juridiquement protégé qui permettra un bon épanouissement des affaires. Les objectifs de communautarisation ne seraient atteints que quand la règle de droit devient la même pour tous, qu'on soit personne physique ou morale, de droit national ou étranger. Le législateur Ohada qui est actuellement dans ses chantiers de réforme des actes uniformes relancera probablement le débat qui, inéluctablement conduira à la répression des personnes morales.

Bibliographies :

Abdoullah Cissé, « *Observations sur le droit pénal des affaires de l'Ohada* », Coll. Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2002, pp.239-

²¹⁵J-C PLANQUE, La détermination de la personne morale pénalement responsable, L'harmattan, 2003, p.350, n°515.

²¹⁶J.-C. PLANQUE, précité.

²¹⁷ V. Pr. Abdoullah Cissé, in : « observations sur le droit pénal des affaires de l'Ohada », collection droit uniforme africain, Bruylant, 2002, p.239 ; E.L. Kangambega, in : « Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada », Penant, 2000, p.321.

²¹⁸ Appellation donnée par les concepteurs du droit Ohada pour désigner les traditions juridiques françaises et Belges inspirées ou imposées aux Etats africains.

²¹⁹ C'est sur la base des mêmes principes que la responsabilité pénale des personnes morales, longtemps chantée par le législateur français, a finalement été adoptée à travers le code pénal de 1994. Plusieurs législations européennes ont déjà consacré cette responsabilité.

²²⁰ C'est le cas des Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) à travers la directive communautaire relative aux tarifs extérieurs communs, notamment l'Union douanière entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Cette Union a permis à l'Uemoa de franchir l'une des étapes les plus importantes vers la construction d'un marché commun où les entreprises pourront produire à grande échelle, mettre en œuvre des moyens modernes de production et réduire ainsi les coûts au bénéfice des consommateurs.

Adamou Rabani, « *Le dualisme du droit pénal des affaires de l'espace Ohada* », Ohadata D-05-

Cristina de Maglie, « *Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales* », Petites Affiches, 11 décembre 1996, n°149, p.36

E.L Kangambega, « *Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada* », Pénant, 2000, p.321.

Jean-Christophe Saint-Pau « *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise* », Gazette du palais, 10 février 2005, n°41, p.7

Jean-Yves Maréchal, « *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales* », JCP, 14 septembre 2009, hebdo, n°38.

Ndiaw DIOUF, « *Actes Uniformes et Droit Pénal des Etats signataires du traité de l'Ohada : La difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace Ohada* », Ohadata D-05-41.

Olivier Sautel, « *la responsabilité pénale des personnes morales* », les petites affiches, 18 Juin 2008, n°122, p.7

Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU, « *L'internationalisation des échanges et le droit Ohada* », Ohadata D-10-17

Claude DUCOULOUX-FAVARD, « *Défense et Illustration de la responsabilité pénale des personnes morales* », Les Petites Affiches, 1996, n°149, p.36

Marie-Elisabeth CARTIER, « *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français* », Les Petites Affiches, 1996, n°149, p.18