



# OBSERVATIONS SUR LE DROIT PENAL DES AFFAIRES DE L'OHADA

publié le 11/07/2017, vu 21467 fois, Auteur : [gradi mongay](#)

**Le droit pénal des affaires de l'OHADA est marqué par une option qui, même si elle paraît assez originale, n'en recèle pas moins quelques incohérences du point de vue de la politique criminelle.**

## INTRODUCTION

Le besoin de protection des intérêts économique et individuel, la nécessité d'attirer les investisseurs et partenaires économiques dans la Sous-région ont amené le législateur Ohadien à encadrer un droit pénal des affaires à travers les différents actes uniformes qui y sont en vigueur tout en laissant le soins à chaque Etat-partie d'organiser la répression des différentes incriminations.

La responsabilité pénale n'échappe pas au droit des affaires, la faute demeurant le principal fondement de cette responsabilité.

Le droit pénal des affaires de l'OHADA est marqué par une option qui, même si elle paraît assez originale, n'en recèle pas moins quelques incohérences du point de vue de la politique criminelle. En effet, si la politique criminelle apparaît, selon Marc ANCEL comme « *une stratégie méthodique de réaction anticriminelle* », il est difficilement concevable de soumettre les deux éléments de sa structure que sont le phénomène criminel et la réponse de politique criminelle à une logique différente<sup>[1]</sup>.

Telle est cependant la stratégie qui a été adoptée par le législateur de l'OHADA pour venir à bout de la délinquance d'affaires. Celle-ci a consisté à harmoniser<sup>[2]</sup> les infractions d'affaires dans l'espace communautaire et à laisser le soin aux Etats parties de déterminer librement les sanctions qui leur sont applicables. De cette option pourrait résulter une certaine hétérogénéité des sanctions qui seront déterminées par les Etats.

La troisième partie de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économiques traite des infractions pénales spécifiques aux sociétés commerciales<sup>[3]</sup>, l'acte uniforme sur le droit commercial et l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurements de passif disposent chacun en ce qui le concerne des dispositions pénales. Le premier mérite du législateur OHADA est justement cet effort de systématisation donnant ainsi au droit pénal des affaires une idée directrice.

Mais il faut reconnaître que l'unité des textes d'incrimination n'est pas achevée. Le législateur africain n'a pas érigé en infractions un certain nombre de prescriptions parfois visées par les Actes uniformes eux-mêmes. Dès lors, il est permis de se demander si, à côté des incriminations prévues, les législateurs nationaux pourront en consacrer d'autres. La réponse affirmative semble ne pas faire de doute. En effet, l'alinéa 2 de l'article 5 du Traité OHADA dispose seulement que « *Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales* »<sup>[4]</sup>. Ce qui signifie qu'ils peuvent ne pas en inclure et chaque législateur national en aurait institué. Du moment où

l'Acte uniforme en contient, ces dispositions doivent être comprises comme le «*minimum commun*» aux Etats parties qu'aucun législateur national ne saurait entamer en dépénalisant sur son territoire des comportements saisis par l'Acte uniforme[5].

Il faut par ailleurs préciser que les Actes uniformes s'en tiennent aux règles pénales de fond. Tout au plus au détour de quelque article est-il fait allusion à certaines règles de procédure pénale. Il en est ainsi singulièrement de la prescription (articles 164,170, 727 et 743 de l'AUSC). Lorsque l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux est basée sur un fait qualifié de crime, elle se prescrit par dix ans. Il faut en déduire que lors que le fait dommageable ne constitue pas une infraction pénale, la prescription est de 3 ans. Dans le cas où il s'agit d'une infraction pénale, il faut distinguer deux hypothèses : si le fait dommageable constitue un délit ou une contravention, la prescription est de trois ans. (8) Dans les autres cas, elle se prescrit par trois ans(9). Cela dit, toute procédure pénale demeure donc régie par la législation propre à chaque pays.

Enfin, à la différence de certaines législations pénales(10) l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales.

Dans le cadre ainsi délimité, le législateur africain, avec une méthodologie particulière pour répondre au souci de l'intégration, s'est servi, de manière assez classique, d'un critère temporel pour fixer les comportements répréhensibles. Ainsi, le législateur a prévu des infractions relatives à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution des sociétés commerciales, au défaut d'immatriculation, ou de fraude et à la faillite.

Ce travail présente un intérêt majeur pour tous les praticiens du droit (juges, avocats, conseillers juridiques, etc.) et pour tous les étudiants en droit et même les enseignants du droit car il s'agit d'une recherche sur une matière jusque-là ignorée de notre droit positif. Il revêt encore un intérêt indéniable dans la mesure où il est de nature à dissuader certains auteurs de la commission d'actes malveillant favorisant ainsi dans le monde des affaires notamment dans espace Ohada, un climat social non favorable et, une insécurité certaine.

## Chapitre I. LE DROIT PENAL DES AFFAIRES DE L'OHADA

Le droit pénal des affaires de l'OHADA est marqué par une option qui, même si elle paraît assez originale, n'en recèle pas moins quelques incohérences du point de vue de la politique criminelle. En effet, si la politique criminelle apparaît, selon Marc ANCEL comme « *une stratégie méthodique de réaction anticriminelle* », il est difficilement concevable de soumettre les deux éléments de sa structure que sont le phénomène criminel et la réponse de politique criminelle à une logique différente(21) .Telle est cependant la stratégie qui a été adoptée par le législateur de l'OHADA pour venir à bout de la délinquance d'affaire. Celle-ci a consisté à harmoniser (22)les infractions d'affaires dans l'espace communautaire et à laisser le soin aux Etats parties de déterminer librement les sanctions qui leur sont applicables. De cette option pourrait résulter une certaine hétérogénéité des sanctions qui seront déterminées par les Etats dont découle la responsabilité pénale.

### Section I : LA RESPONSABILITE PENALE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES OHADA.

De manière liminaire mais fondamentale, le droit pénal ou droit criminel est l'ensemble de règles juridiques de fond et de forme organisant la réaction de l'Etat à l'encontre des délinquant et des infractions.

A côté de ce droit commun se situe un autre plus spécial, en raison des caractères spécifiques qui le composent, à savoir les relations complexes qui

s'établissent entre personnes morales et personnes physiques, homme d'affaires et simple particuliers, employeur et employé : c'est le droit pénal des affaires. Pour sa part le professeur MUANDA, le droit pénal des affaires est un droit spécial aux affaires..., c'est le droit pénal spécial applicable aux principales opérations d'affaires.<sup>(23)</sup>

Aussi bien, le besoin de protection des intérêts économiques et individuels, la nécessité d'attirer les investisseurs et partenaires économiques dans la sous-région a amené le législateur Ohadien à encadrer un droit pénal des affaires, à travers les différents Actes Uniformes qui y sont en vigueur et en laissant le soin à chaque pays membre d'organiser la répression des différentes infractions.

La responsabilité pénale n'échappe pas au droit des affaires, la faute demeurant le fondement principal de cette responsabilité ; c'est ainsi que nous examinerons ce droit commun de la responsabilité pénale en droit des affaires et le particularisme de la responsabilité pénale en droit des affaires OHADA.

### **§.1. Le Droit Commun de la Responsabilité Pénale dans le Droit Pénal des Affaires.**

Sous cette rubrique nous gloserons de manière successive des éléments constitutifs de la responsabilité pénale (A), ainsi que les éléments affectant la responsabilité pénale(B).

#### **1. ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA RESPONSABILITE PENALE.**

Pour parler aisément de la responsabilité pénale, il faut que ses éléments constitutifs soient réunis, c'est ainsi, pour qu'une infraction soit constituée, il faut en principe un élément légal (1) et un élément matériel (2) Lesquels forment c'est ce qu'on appelle « élément objectif » ; et un élément moral (3). Doctrinalement appelé « élément subjectif ».

##### **1. Elément légal**

L'élément légal suppose la définition ou la détermination des incriminations par la loi. Il découle du principe de la légalité des délits et des peines que la première condition d'existence de reprendre est la loi violée.

Sans reprendre ici les nombreuses discussions terminologies auxquelles cette matière a donné lieu, nous considérons que l'élément légal de l'infraction comprend d'une part, comme le démontre L.JIMENEZ DE ASUA « l'anti juridicité » <sup>(24)</sup> et d'autre part, le fait qu'il soit passible d'une peine prévue par la loi, qui sont les deux pôles de droit pénal.

Une fois cette double condition remplie, l'exigence de l'élément légal se révèle encore négatif lorsque surgit une cause de justification qui rend l'acte conforme à la loi.

##### **2. Elément matériel**

Pour éviter les procès de tendance et d'opinion et donc arbitraire, toute infraction pour être objective et faire l'objet des poursuites doit être révélée à l'extérieure par un fait matériel objectivement constatable, la simple pensée infractionnelle ne suffit guère, il faut la déduction de l'incrimination par un élément ; c'est élément est matériel.

Dans une perspective extensive, l'élément matériel de l'infraction comprend tout ce qui se rattache à la réalisation de l'infraction à l'exception de l'élément

moral (25) car dit le Professeur NYABIRUNGU la loi ne secrète ni les reins ni le cœur. Elle attend pour intervenir, que la résolution criminelle se manifeste par des actes extérieurs. L'élément matériel, c'est le fait extérieur par lequel l'infraction se révèle et, pour ainsi dire prend corps.(26) Le droit pénal requiert l'accomplissement d'un acte, c'est -à-dire une réalisation, une manifestation, je dirais mieux un événement dans le monde extérieur, car sont donc en principe exclues les pensées et les opinions car la criminalité dite intellectuelle reste non punissable.

Pour nous en effet, l'élément matériel doit consister à un fait ou un amas de faits générateurs d'habitudes ; aussi variable que les infractions sont multiples en droit des affaires. En fait lorsqu'on parle de l'élément matériel, l'on fait allusion au mode d'exécution, aussi l'élément matériel d'une infraction peut être une action (Commission ou infraction de commission) ou une abstention (infraction d'omission).(27)

L'élément matériel d'une infraction peut être un acte positif accomplis dans un but contraire à l'intérêt de celle-ci et dans un intérêt personnel (comme abus de biens sociaux ou de crédit de la société par les dirigeants.)

L'élément matériel peut être aussi un comportement négatif (comme le défaut d'immatriculation ou défaut d'inscription qui consiste à ne accomplir les formalités requises). Mais les éléments objectifs seuls ne sont pas suffisant à l'accomplissement de l'infraction s'ils ne sont pas adjoint de l'élément moral ou intentionnel mieux intellectuel.

### 3. Élément moral

Bien qu'aucun texte légal n'en ait expressément consacré l'exigence, il est traditionnellement admis en droit Congolais qu'il ne saurait y avoir d'infraction purement matérielles, c'est-à-dire d'infractions qui existeraient par le seul fait qu'ait été matériellement accompli un acte interdit par la loi. Aux éléments légal et matériel (élément objectif), il convient dès lors d'ajouter un troisième élément »Objectif « : élément moral à l'absence du quel toute forme de condamnation pénale peut apparaitre radicalement injuste, voir inutile.(28)

Pour que l'agent réponde de l'infraction dit le professeur NYABIRUNGU, il ne suffit pas d'établir l'élément légal et matériel , ni même établir son imputabilité , il faut encore prouver l'élément moral, c'est -à-dire la faute , l'état d'âme, la tournure d'esprit, socialement répréhensible même moralement qui aura accompagné et caractérisé son activité délictueuse.(29)

En droit pénal des affaires pour qu'une infraction soit constituée, il ne suffit pas que l'agent en soit l'auteur matériel. L'acte n'est constitutif d'une infraction punissable que s'il émane d'un commerçant, personne physique ou morale ayant toutes ses facultés mentales. (30); Les peines seront prononcées donc qu'à l'encontre des personnes pénalement responsables.

Pour qu'il ait responsabilité pénale , il faut donc qu'il y ait à la fois imputabilité et culpabilité, l'infraction ici peut être intentionnelle ou non intentionnelle.

Elle est intentionnelle lorsqu'elle requiert chez l'agent l'intention de commettre l'acte. Cette infraction suppose que l'auteur ait voulu un résultat et qu'il agisse en vue de ce résultat, c'est le cas notamment de la distribution des dividendes fictifs, l'infraction de simulation de souscription ou de versements, le délit de publication de faits faux,...

Elle est par contre non intentionnelle lorsqu'elle est indépendante de l'intention de l'auteur et est réprimée en raison de la seule violation des dispositions légales ; c'est le cas notamment des infractions relatives à l'augmentation du capital, le délit de négociations des titres, le délit d'émission,...

En conséquence, dès que les éléments matériels d'une infraction sont établis, il ne reste qu'à prouver que l'auteur a volontairement commis les faits caractérisant les éléments constitutifs de l'infraction. Et qu'ils les a commis avec l'intention que ces faits auront pour conséquence la réalisation de l'infraction.[\(31\)](#)

## **2. Les Eléments Affectant la Responsabilité Pénale**

A côté des éléments matériels, intentionnel et légal de l'infraction, le droit pénal a aussi prévu l'élément injuste de l'infraction. [\(32\)](#) rentrent dans la catégorie d'élément injuste de l'infraction toutes les causes qui altèrent partiellement ou totalement l'infraction (1). Mais désormais, il existe aussi des faits prévus mais qui ne rentrent pas dans la catégorie d'élément injuste ; il s'agit des causes d'aggravations de la responsabilité pénale. (2).

### **1. Les Causes de l'Altération de la Responsabilité Pénale.**

En fonction de l'intensité de ces causes sur la responsabilité pénale, celle-ci peut disparaître ou tout simplement atténuée. Notons avant de continuer que dans ce dernier cas, du fait des contraintes du droit des affaires, dans le souci de préserver les intérêts des créanciers. Les cas d'altération partielle sont difficilement admissibles en l'espèce, c'est pourquoi seules les premières causes évoquées seront présentées ici.

Ainsi, l'infraction qui résulte de l'exécution d'un ordre de la loi ne peut donner lieu à aucune répression, car la responsabilité pénale ici est absente. Cependant, pour qu'il ait absence de cette infraction, deux conditions doivent au préalable être remplies, à savoir :

- L'existence d'un ordre de la loi et exécution de cet ordre conformément à la loi.
- L'ordre soit légitime.
- 

### **2. Les Causes d'Aggravation de la Responsabilité pénale**

Les causes d'aggravation sont comme leur nom l'indique, celle qui visent à augmenter la peine applicable à l'infraction. Etant donné qu'il n'existe pas la loi sur la répression des infractions contenues dans les Actes Uniformes au Congo, à ce sujet nous trouverons lumière au code pénal seul que nous pouvons résoudre ce problème, nous n'examinerons que le cas de la récidive.

## **5. La Récidive**

La matière de récidive est une matière complexes qui réunit, tant sur le plan pratique que théorique certaines questions parmi les plus significatives du droit pénal.

Bien que la récidive ne soit pas définie par la loi, la doctrine enseigne qu'il s'agit selon TROUSSE de la rechute dans l'infraction.[\(33\)](#), mais cette définition a été complétée par la doctrine moderne, la récidive est une rechute dans l'infraction dans les conditions

légalement déterminées, et après une ou plusieurs condamnations coulées en force de chose jugée .[\(34\)](#)

Ainsi dans le domaine des affaires un récidiviste se verra retenu les sanctions comme la déchéance et la fermeture de l'établissement. De ce qui précède force est d'admettre que bien comportant des éléments du droit pénal général, la responsabilité applicable en droit des affaires se veut dans une certaine mesure spécifique, voir particulière.

## §.2. Le Particularisme De La Responsabilité Pénale En Droit Ohada.

Le particularisme s'apprécie aussi bien au niveau personnel (A) que matériel (B).

### 1. *Au niveau personnel*

Il est question ici de présenter les personnes qui peuvent être poursuivies dans le monde des affaires. C'est ainsi qu'on distingue ceux qui le sont à titre principal (1) et ceux qui le sont à titre accessoire (2).

#### 1. *Les personnes poursuivies à titre principal.*

Leur culpabilité résulte d'un fait personnel, on distingue l'auteur principal du complice.

##### 1. *l'Auteur*

Il est en principe admis que seules les personnes physiques peuvent être délinquants, toute fois même la responsabilité des personnes morales est discutée , et même , de plus en plus retenues en droit positif d'autres pays (c'est le cas de la France).

Pour les personnes physiques, le principe est que seules les personnes physiques sont capables de délinquer car ils sont dotées de volonté et intelligence et de ce fait il encourt des peines.[\(35\)](#)

Pour les personnes morales , jusqu'à une période récente, le principe « societas delinquere non potest » n'était pas discuté, et dans beaucoup des pays, dont le nôtre et voire dans l'espace Ohada, il est en vigueur.il convient de noter qu'en droit Ohada la responsabilité des personnes morales n'est pas de mise et s'il y a un fait infractionnel qui font penser aux personnes morales seuls les dirigeants, personnes physiques pourront pénalement répondre.

Le droit Ohada préconise comme auteur principal :

- le Commerçant personne physique ;
- le Commissaire aux comptes ;
- les dirigeants de la société.

### 2. *La Complicité*

La complicité est la modalité atténuée de la participation criminelle ; les complices d'une infraction sont ceux qui apportent à sa réalisation une aide utile, mais non indispensable. [\(36\)](#) faute de la loi portant répression des incriminations prévues aux Actes Uniformes , seul le code pénal peut nous éclairer quant à ce.

L'article 22 du Code Pénal livre I détermine de manière limitative, les modes de complicité, dont :

- Les instructions données pour commettre l'infraction
- Laide accessoire apportée à la commission de l'infraction
- Les moyens fournis et qui ont servis à la commission de l'infraction
- Le fait de loger habituellement certaines catégories des malfaiteurs.

Le droit Ohada préconise comme complice , principalement il s'agit des prête-nom, considéré très souvent comme le complice, le banquier ; les commerçant personnes physiques, le commissaire aux comptes et les et les dirigeants sociaux sont selon les cas chacun en ce qui le concerne de complicité.

## **2. Les Personnes poursuivies à titre accessoire**

On retiendra celles répondant d'actes posés par des personnes dont elle sont civilement responsable , et le cas du dirigeant de la personne morale.

### **1. Les personnes répondant d'actes, la solidarité en matière d'amendes pénales.**

Faute de la loi pénale portant répression en RDC des infractions prévues dans les Actes Uniformes, nous recourons à la loi Camerounaise n°2003/008 du 10 Juillet 2003 portant répression des infractions contenues des actes Uniformes Ohada.

Si le prononcé de la sanction comporte des peines pécuniaires (exemples : le commettant et son préposé qui est condamné) celui qui répond sur le plan civil des actes posés par d'autres sera considéré comme la garantie civile du paiement des amendes pénales prononcées contre celui dont il répond<sup>(37)</sup> (sous réserve que le commettant intente contre lui une action récursoire). On voit là une <sup>(38)</sup>atteinte au principe de la responsabilité de la peine.

### **2. Le cas du dirigeant de la personne morale**

S'agissant du dirigeant de la personne morale, il sera poursuivi des actes posés dans l'intérêt de celui-ci , car la personne morale est considérée comme «fiction ». Ainsi, il sera d'abord responsable de la violation des règlement propres à son entreprise , comme l'établissement de la communication d'états financiers ne représentant pas une image fidèle du patrimoine de la société.<sup>(39)</sup>

Ensuite, il est responsable de tout manquement d'ordre général commis dans son entreprise. Il convient de relever que les ascendants, descendants et collatéraux du commerçant ou de la société verront leur responsabilité pénale engagée lorsque l'intérêts des créanciers sera menacé suite à leurs engagement frauduleux.<sup>(40)</sup>

Particulière au niveau personnel, la responsabilité pénale en droit pénal des affaires OHADA l'est sur le plan matériel.

## **B. Au domaine matériel**

Le domaine se rapporte ici aux différentes infractions que l'on retrouve en droit pénal des affaires ; celui-ci sont réparties en trois groupes. Nous verrons d'abord les incriminations liées à l'entrée à la vie des affaires (1), ensuite celles relatives à la vie des affaires (2), et enfin les incriminations de la sortie de la vie des affaires(3).

### **1. Les incriminations liées à l'entrée à la vie des affaires**

Premièrement nous abordons ici les incriminations que peut commettre une personne qui envisage d'ouvrir le commerce, elle a des obligations à remplir pour que son commerce soit exercé de façon légale notamment en ce qui concerne les obligations se trouvant au défaut d'immatriculation , ou de fraude titre II de l'AUDCG, pour l'immatriculation.

Tout commerçant qui ne remplit pas régulièrement ses obligations de publicité légale sera donc poursuivi pour les Chefs d'inculpation de défaut d'inscription,.

En second lieu, le droit pénal OHADA recense les infractions en matière des sociétés notamment lors de leur constitution.

Nous citerons par exemple la simulation de souscription ou de versement prévue à l'article 887 alinéa 3 de l'AUSGIE, la publication des faits faux (art 887 al. 3et 4) et nous citerons encore le délit d'émission. (41) telles sont donc les infractions fondant le particularisme du droit pénal des affaires OHADA en matière de l'entrée à la vie des affaires.

### **2. Les incriminations relatives à la vie des affaires**

Concernant premièrement le commerçant, l'art. 68 de l'AUDCG prévoit de retenir la responsabilité pour l'infraction d'inscription frauduleuse d'une sûreté mobilière ou portant sur des indications inexactes données de mauvaise foi., l'Art 108 du même texte prévoit l'infraction d'omission d'indication en tête de ses bon de commande, factures et autre documents à caractères financier ou commercial, de son numéro d'immatriculation au RCCM ou de sa qualité de Locataire , Gérant pour celui-ci.

Quant aux sociétés commerciales en second lieu, la responsabilité des responsables sera retenue pour des infractions liées au fonctionnement de la société, que sont la distribution des dividendes des fictifs , abus de biens sociaux et le délit de publication des comptes sociaux ne donnant pas image fidèle de la société. (Art. 889, 890, 891 et de l'AUSCGIE).

Les infractions relatives au contrôle de la société, que sont l'obstacle au contrôle ou refus de communication des documents, obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes, faits délicieux (Art. 897, 898, 899, 800 de l'AUSCGIE) en matière de modification du capital , et celles relatives aux assembles générales , celles relatives en cas d'appel public à l'épargne.

Après cette monographie d'infraction liées à la vie des affaires qui fonde le particularisme de responsabilité en droit Ohada, il sera aisé, de terminer par l'étude des infractions liées à la sortie de la vie des affaires.

### **3. Les incriminations liées à la sortie de la vie des affaires.**

La responsabilité pénale en ce qui concerne les infractions liées à la sortie de la vie des affaires s'observe à deux niveaux.

Premièrement, la perte de la qualité commerciale d'une personne physique, nous pouvons citer parmi les infractions la **banqueroute simple** (Art 230 de l'AU portant organisation des



procédures collectives d'apurement du passif) et la banqueroute frauduleuse (Article 240) du même texte.

Deuxièmement en ce qui concerne particulièrement la société, dans sa dissolution nous avons les infractions relatives à la liquidation de la société.

Tel est le domaine matériel en matière de responsabilité pénale en droit OHADA. Notons tout de suite que comme dans le droit pénal général, le législateur OHADA n'a pas distingué les infractions en les catégorisant, on ne retrouve ici que des délits, et dans une mesure d'aggravation les crimes. Il n'existe pas de contravention en droit pénal OHADA. Analysons à présent l'harmonisation des infractions en droit OHADA.

## Chapitre 2. L'HARMONISATION DES INFRACTIONS

En son article 1<sup>er</sup>, le Traité pour l'Harmonisation du droit des affaires rappelle qu'il a pour objet «*l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies...*» (42).

C'est sur les règles juridiques applicables que l'OHADA va agir pour harmoniser le droit des affaires dans l'espace qu'elle couvre. Cette technique d'harmonisation (§1) qui ne porte que sur un certain nombre d'infractions dites d'affaires (§2) pose des problèmes de légalité auxquels la jurisprudence et la doctrine tentent encore d'apporter des réponses, sous l'égide de la CCJA, organe juridictionnel de l'harmonisation.

### §1. La technique d'harmonisation : les Actes uniformes

Pour procéder à l'harmonisation des législations d'affaires des Etats membres, l'OHADA a préféré utiliser la technique des règles matérielles (et non celle des conflits). En effet, les Actes uniformes réglementent directement les matières concernées par l'harmonisation et s'appliquent directement aux contentieux. L'article 5 du Traité précise que «*les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale*» mais que les sanctions encourues sont déterminées par les Etats, il s'agit d'un partage de compétence entre l'Ohada qui énonce les éléments matériels et moraux que les Etats qui s'obligent à déterminer les sanctions pénales. Ceci permet de ménager les susceptibilités souverainistes des Etats en préservant leur domaine résiduel et de fixation de sanction par le biais de leur code et législation en matière pénale. (43) Il s'agit là d'une décomposition de l'élément légal de ses principales composantes. Ainsi, l'incrimination sera fondée sur un texte communautaire, supranational, alors que la sanction, quant à elle, des législations nationales.

L'application directe du droit communautaire issu des Actes uniformes de l'OHADA dans le droit pénal national est susceptible de soulever quelques interrogations relatives à leur conformité par rapport à certains principes de cohérence et de fonctionnement du système juridique. En effet, outre la crainte de voir s'effriter la souveraineté nationale, il existe surtout un risque de voir s'imposer un droit supranational ne garantissant pas le respect des principes fondamentaux du droit pénal dont le principe de la légalité. En effet, le processus d'adoption des Actes uniformes repose sur la compétence du Conseil des ministres (A) composé de représentants du pouvoir exécutif. De même, concernant la légalité interne des infractions, l'interprétation (B) et l'application dans le temps et dans l'espace des normes communautaires (C) soulèvent d'importantes questions auxquelles il faudrait s'intéresser.

#### A. L'élaboration des Actes uniformes par le Conseil des ministres

Les Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent de l'Organisation africaine en concertation avec les gouvernements des Etats parties (44). Ils sont examinés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Créées

dans chacun des Etats parties, les commissions nationales OHADA sont chargées d'examiner les projets d'Actes uniformes. Ces actes sont « *directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure* » (45). Il résulte de ces dispositions de l'article 6 que les Actes uniformes ont un double effet abrogeant et neutralisant pour les dispositions nationales antérieures et postérieures impliquant ainsi des retraits du système pénal national qui se manifestent par la décriminalisation de certaines infractions comme l'abus des pouvoirs et des voix dans la société commerciale, ou d'appel au système pénal par des incriminations nouvelles.

## 1. Elaboration des Actes Uniformes

La procédure d'élaboration des AU fait intervenir pratiquement tous les organes : Secrétariat permanent, Conseil des Ministres et la Cour Commune de Justice et l'Arbitrage. Lors de son élaboration, on observe à deux phases.

La phase initiale qui constitue la préparation des projets d'AU, est du ressort de l'organe administratif le Secrétariat permanent exerce ses fonctions en secondant tous les autres organes de l'OHADA.

Il joue ici, sous l'impulsion de son Chef (le secrétaire permanent), un rôle normatif en concertation avec le gouvernement des Etats parties. (46)

Dans la plupart des organisations internationales, il revient à l'organe administratif, de faire des études et de préparer les décisions des organes intergouvernementaux. L'OHADA ne déroge pas à la règle et impose même à cet organe de recueillir les points de vue des gouvernements, à l'exclusion des parlements nationaux. (47)

La seconde phase consiste en la délibération et l'adoption des projets d'AU par le seul conseil des Ministres orange international, dont le pouvoir normatif s'affirme dans l'émission de ces règles.

Toutes fois, l'intervention du Conseil des Ministres est subordonnée à l'avis préalable de la cour commune de justice et d'arbitrage. Mais en l'absence de toute indication du traité de Port-Louis ou du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Sur les effets de l'Avis, on ne peut que lui prêter un caractère consultatif.

Ce premier aspect de la fonction consultative de la cour commune de justice et d'arbitrage reprise à l'article 14 du traité, ne lie ni les Etats, ni la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

## 2. Adoption et entrée en vigueur des Actes Uniformes.

Il convient de souligner que : « l'adoption des actes uniformes par le conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats présents et votants... ». L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes. (48)

L'autorité conférée aux actes uniformes justifie l'existence de l'unanimité des représentants des Etats parties présents et votant pour leur adoption par le conseil des Ministres. Cette condition ne sera valable qu'à condition que les deux tiers au moins des Etats parties soient représentés. Comme de coutume dans certaines organisations internationales, la possibilité d'abstention n'est pas un obstacle à l'adoption, pourvu que le mode de prise de décision soit respecté. (49)

S'agissant de l'entrée en vigueur l'article 98 du traité de **Port-Louis** dispose que « les actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'acte uniforme lui-même. Ils sont

opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel des Etats parties ou par tout autre moyen approprié.

Comme condition de son inclusion dans le droit positif et de son intégration dans l'ordonnancement juridique, un acte juridique doit au préalable être entré en vigueur, en principe, les normes juridiques secrétées par l'organisation internationale ne connaissent au début d'application qu'à partir de la date prévue pour leur entrée en vigueur.

Ce principe souffre quelques exceptions car les modalités particulières d'entrée en vigueur peuvent être prévues par chaque acte uniforme. Ainsi en est-il des actes uniformes sur le droit commercial général, sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique et sur les sûretés adoptés le 17 Avril 1997, mais hélas entra en vigueur neuf mois après leur adoption et trois mois après leur publication au journal officiel de l'OHADA.

En tout état de cause, ces actes uniformes ne sont opposables que trente jours après leur publication au journal officiel de l'OHADA. Cette opposabilité implique une fois les conditions de publication et de délai respectées, le droit pour toute partie à un contrat ou à un procès, d'invoquer ces actes uniformes devant les juridictions nationales des Etats parties, une exigence complémentaire des journaux officiels des Etats parties de publication uniformes à la connaissance des populations des états parties, une exigence complémentaire de publication dans les journaux officiels des états parties ou « par tout autre moyen approprié » a été prévu.

### **3. De l'Immédiate et la Primauté des Actes Uniformes.**

L'article 10 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est claire en la matière tout en disposant que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure ».

L'article tranche clairement en faveur de la primauté et de l'effet direct (immédiateté) des actes uniformes.

Il convient de rappeler que selon la jurisprudence, la primauté bénéficie à toute les normes communautaires primaires comme dérivées, immédiatement applicable ou non et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles ou même constitutionnelles, par ce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux... ainsi le juge national, en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle de droit interne, devra faire prévaloir le premier sur la seconde, en appliquant l'un et en écartant l'autre [\(50\)](#)

De même ; « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire... ». [\(51\)](#)

Pour sa part sa part la Cour Commune de Justice et d'arbitrage a eu l'occasion de préciser la portée de l'article 10 dans avis du 30 Avril 2001 sur la demande de la République du Côte d'Ivoire concernant l'effet abrogatoire des actes uniformes sur le droit interne, elle a admis que « l'art. 10 contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats parties des actes uniformes et institue par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieure et postérieure.

En vertu du principe de la supranationalité qu'il consacre l'article 10 du traité prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieur ou postérieur, contient une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes. L'article 10 apparaît alors comme la seule disposition susceptible de consacrer la supranationalité des actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque acte uniforme (52)

Les actes uniformes posent le problème de la supranationalité qui consiste en l'existence d'un système institutionnel autonome permettant de privilégier le bien commun par rapport aux intérêts nationaux et d'édicter des normes qui, non seulement s'imposent aux Etats, mais aussi régissent directement la situation juridique des particuliers. (53)

Il va de soi que l'article 10 énonce une règle d'application directe invocable par les ressortissants communautaires et les étrangers à l'encontre de tout Etat membre qui en violerait les dispositions.

En toute hypothèse, le droit OHADA l'emporte sur le droit national. Il entraîne l'obligation pour les autorités nationales d'interpréter tout le droit national en conformité avec les actes uniformes et, le cas échéant, de réparer les conséquences dommageables de leur non-respect.

## **B. L'interprétation des normes communautaires**

Pour passer de la règle abstraite à l'espèce pratique, le juge procède nécessairement à l'interprétation de la loi pénale en utilisant cependant des méthodes différentes de celles qui ont cours dans les autres branches du droit. En effet, tandis qu'au civil ou au commercial par exemple, l'interprétation peut être extensive, voire analogique, au pénal, elle est nécessairement littérale ou dans certains cas, téléologique mais jamais analogique. Ainsi, pour appliquer les dispositions pénales contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA, le juge devra se limiter à lire le texte de l'article concerné en se fondant toutefois sur l'intention du législateur. Pour cela, il faudra aux juges non seulement une conscience aiguë et un sens affiné de leurs responsabilités, mais aussi une formation technique solide (54)

Lorsque, dans l'interprétation de la loi pénale, le juge constate qu'il y a « *contradiction entre ce qu'a voulu le législateur et ce qu'il a dit, le texte de la loi fait foi* » (55) La conséquence de cette forme d'interprétation est que la mention d'une chose exclut nécessairement toute autre chose (56) et le juge se bornera à vérifier simplement si le fait incriminé tombe effectivement sous le coup de la loi pénale invoquée par l'accusation. Il ne s'agira pas pour lui d'étendre le sens de la loi sous prétexte qu'il y aurait eu oubli du législateur ou que le fait reproché, par exemple l'abus de pouvoir, est tellement lié à l'abus des biens qu'il n'a pas paru nécessaire de la mentionner dans les dispositions de l'article 891 AUSC. C'est d'ailleurs en application de ce principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale qu'on a pu parler de retrait du système pénal à propos de l'abus des pouvoirs et des voix, une incrimination qui était contenue dans le Code sénégalais des sociétés, mais que le droit pénal harmonisé n'a pas repris (57)

Il faut cependant souligner que l'application de ce principe risque de soulever des difficultés liées notamment à la nécessité de procéder à des vérifications constantes de la conformité entre les

dispositions pénales communautaires et celles nationales. Une telle vérification est nécessaire afin de constater les appels aux systèmes pénaux nationaux dans le cas de création d'une incrimination nouvelle par l'OHADA. Elle permet également de lire les mouvements de retrait du système pénal comme en matière d'abus de biens qui a été défini d'une manière restrictive par l'OHADA. Il en a résulté sa décriminalisation partielle qui provoque l'arrêt des poursuites fondées sur les dispositions abrogées du fait de la rétroactivité des lois pénales plus douces.

## **C. Le principe de légalité et l'application des normes pénales communautaires**

L'OHADA a procédé d'une part à l'élargissement du champ spatial des infractions d'affaires qui ont quitté l'espace national pour l'espace communautaire et d'autre part au rétrécissement du champ infractionnel en décriminalisant certaines ou en abrogeant d'autres. Cela pose des problèmes d'application dans le temps (1) et dans l'espace (2) des normes communautaires.

### **1. L'application des normes communautaires dans le temps**

A chaque fois qu'une loi criminelle modifie, abroge ou remplace une autre, il se pose la question de son application à des situations juridiques prenant naissance antérieurement à son entrée en vigueur mais déroulant leurs effets sous son empire. C'est le problème des conflits de lois pénales dans le temps. Il s'agit de voir s'il faut ou non faire rétroagir la nouvelle loi. La solution actuellement adoptée résulte d'un compromis dans le sens de la protection des droits et des libertés individuelles. C'est ainsi que la nouvelle loi jugée plus douce s'appliquera immédiatement aux faits, même ceux antérieurs à sa promulgation. Mais quand est-ce qu'une loi pénale est plus douce qu'une autre ? A quelle autre mesure-t-on la sévérité d'une loi pénale ?

En présence de deux lois d'incrimination, la rigueur respective des deux lois est facile à comparer : la plus sévère est « *celle qui soumet à la répression la plus rigoureuse le fait actuellement poursuivi* » (58). Cependant, l'OHADA n'ayant pas fixé de sanction, cette solution nécessitera la combinaison de la norme communautaire et de la nationale d'application pour déterminer la rigueur de deux incriminations.

A l'inverse, la loi pénale la plus douce est celle par exemple qui définit plus restrictivement ou abroge les éléments d'une incrimination déjà punissable. Ainsi, dans le cas de l'incrimination d'abus de biens sociaux, la définition plus restrictive de l'objet de l'abus par l'article 891 de l'AUSC apparaît comme un adoucissement et la loi nouvelle devrait, par conséquent, s'appliquer au Sénégal (59)

Outre la localisation des infractions d'affaires dans le temps qui pose parfois quelques difficultés, on peut s'intéresser aux effets de la loi pénale plus douce sur le procès en cours. A ce niveau, le prononcé d'une décision définitive sera le critère d'application ou non de la loi pénale. En effet, tant qu'il n'y aura pas de décision définitive, la loi plus douce pourra être appliquée. Mais si le juge a déjà rendu une décision définitive, la loi nouvelle, quelle que soit sa douceur ne sera pas appliquée aux faits considérés s'il s'avère qu'elle leur est postérieure.

### **2. L'application des normes communautaires dans l'espace**

Depuis l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes en janvier 1998, les infractions d'affaires font l'objet d'une harmonisation du point de vue de leur incrimination dans toute la zone géographique constituée par les Etats parties au Traité OHADA. Elles devraient donc y être réprimées, sous réserve des sanctions édictées individuellement par les Etats, sur la base des mêmes textes d'incriminations. D'ailleurs, c'est la CCJA qui est compétente en dernière instance pour contrôler l'application des incriminations par les juridictions nationales des Etats parties. Ces dernières sont compétentes pour connaître d'une infraction lorsqu'elle est commise sur leur territoire. Ainsi, les juridictions congolaises seront compétentes quand l'infraction a été commise en RDC. Selon l'article 97 du Code judiciaire militaire, «*est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en République Démocratique du Congo* ».

Les juridictions congolaises sont aussi compétentes lorsqu'un citoyen congolais commet une infraction dans un autre Etat membre de l'OHADA en vertu des dispositions de l'article 100 du Code judiciaire militaire qui soumet dans cette hypothèse la compétence des juges congolais à la condition que les faits commis soient aussi réprimés par leur pays de commission. Dans l'espace OHADA, cette exigence devient sans intérêt du fait de l'unification des infractions d'affaires. Dès lors, en application du droit pénal communautaire, les juridictions deviennent compétentes en raison de la qualité de l'auteur du délit ou du lieu de commission de l'infraction.

Mais ces critères de compétence dans un espace harmonisé ne risquent-ils pas d'engendrer des conflits de compétence du fait de la mobilité des agents économiques et de la complexité des infractions ?

Il est de principe général en RDC *qu'aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu grâce*. Pourtant, ces difficultés éventuelles auraient pu être tournées par les Etats de l'espace OHADA à leur avantage par la création d'une structure chargée de centraliser la répression des infractions d'affaires. Ce serait un grand pas dans la lutte contre la criminalité transnationale et permettrait d'atténuer les conséquences de l'hétérogénéité découlant de la détermination de la sanction des infractions d'affaires par renvoi aux législateurs nationaux.

Mais, même si la technique de l'harmonisation par des Actes uniformes est considérée par certains auteurs comme «*séduisante et parfaitement adaptée à la situation actuelle pour de nombreuses matières juridiques où il s'agit plus de réduire les divergences existantes et d'éviter de futures que de faire une synthèse uniquement destinée à ménager les susceptibilités nationales*»<sup>(60)</sup> il n'en demeure pas moins qu'elle pose des problèmes liés notamment à la nécessité de procéder à une vérification générale et permanente de la conformité entre la législation communautaire et les législations nationales dans les matières qui font l'objet de l'harmonisation<sup>(61)</sup>.

## **§2. L'objet de l'harmonisation : les infractions d'affaires**

L'objet de l'OHADA, c'est l'harmonisation du droit des affaires, mais elle n'a pas procédé à la définition du droit des affaires. Est-ce parce que le droit des affaires est un droit «*qui ne se laisse pas aisément définir*»<sup>(62)</sup> ou parce que tout simplement, l'OHADA ne voulait pas avoir à regretter le choix d'un critère, ou d'une définition trop vague qui risquerait d'englober tout le droit privé ou trop restrictive pour prendre en compte tout le droit des affaires ? Toujours est-il que face à la difficulté, elle a choisi la prudence en procédant à une énumération non limitative des règles juridiques considérées comme entrant dans le domaine du droit des affaires pour l'application du Traité OHADA<sup>(63)</sup>. Ainsi, aux termes de l'article 2 du Traité OHADA, en vue de l'application du Traité, les matières retenues comme relevant du droit des affaires sont toutes celles qui sont 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*

[\(64\)](#).

On constate, cependant, que cette énumération est restrictive de la notion de droit des affaires. Il faut remarquer que d'autres matières qui relèvent du droit des affaires au sens étroit n'ont pas été prises en compte dans cette entreprise d'harmonisation. Il en est ainsi du droit de la consommation, du droit bancaire et cambiaire ... Si l'omission de certaines matières peut, dans une certaine mesure, s'expliquer par l'existence d'une réglementation communautaire antérieure (code CIMA en matière d'assurance, loi uniforme de l'UEMOA sur les instruments de paiement ...), il n'en est pas de même pour la majorité des autres matières occultées. L'OHADA aurait pu également s'intéresser aux matières relevant du droit économique comme la réglementation des prix, le droit fiscal, le droit minier, le droit douanier, le droit pétrolier, le droit des changes, le droit des investissements, le droit de l'environnement, etc.

De même façon, elle aurait pu faire référence aux infractions pénales de droit commun qui, lorsque certaines conditions sont réunies, deviennent des infractions d'affaires. C'est le cas du vol qui a eu pour cadre la société commerciale et pour protagonistes des agents de ladite structure commerciale.

Cependant, consciente de l'importance des matières occultées, l'OHADA a prévu, pour le Conseil des ministres, la faculté d'élargir la liste de l'article 2 en y ajoutant d'autres matières conformément à l'objet du Traité OHADA [\(65\)](#). Malgré cette brèche, il semble impérieux, sinon d'opter pour une conception claire et précise du droit des affaires, du moins d'adopter des critères explicites de choix des matières concernées par l'harmonisation. Ceci aurait le mérite d'éviter certains problèmes de légalité posés par l'adoption des normes communautaires issues des Actes uniformes.

## **Chapitre 3. L'HETEROGENEITE DES SANCTIONS**

En application de l'article 5 du Traité OHADA par lequel ils s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues par les contrevenants à la norme communautaire, les Etats membres de l'OHADA fixent le quantum des peines applicables. Chaque Etat y procède en fonction de paramètres qu'il lui revient de déterminer. Le choix de ne pas harmoniser les sanctions traduit à la fois l'option libérale qui sous-tend la législation de l'OHADA et les disparités économiques et parfois idéologiques en Afrique noire francophone. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater aujourd'hui une certaine hétérogénéité des sanctions pénales édictées par les Etats. Cette hétérogénéité s'accroît davantage du fait de l'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux (§2) tenus de déterminer les sanctions pénales (§1<sup>er</sup>). Il devient dès lors impératif de poser des principes directeurs communautaires pour orienter l'harmonisation des réponses pénales (§3).

### **§1. La détermination des sanctions par les Etats**

Par la méthode du renvoi législatif, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. C'est ce que Jacques BORE appelle «*une mobilisation du droit national au service du droit communautaire*»<sup>(66)</sup>. Ainsi, les législateurs nationaux, puisqu'ils ont compétence à cet effet, déterminent les sanctions de leur choix. Chaque pays de l'espace OHADA est compétent pour prendre les lois pénales sanctionnant les incriminations contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA. Cela signifie que chaque pays de l'espace déterminera les sanctions en fonction de ses propres valeurs de référence. Cette option originale a fait l'objet des vives critiques par une partie de la doctrine qui en conteste la pertinence. Il importe d'étudier les justifications de l'attribution des compétences aux Etats (A) qui emporte d'importantes conséquences (B).

## **A. Les justifications de l'attribution de compétence aux Etats**

Le rattachement des peines aux législations nationales est une option contestable mais qui semble reposer sur des considérations ou raisons diverses et d'importance inégale qu'il est possible de présenter en distinguant entre elles selon qu'elles sont juridiques (1) ou économiques (2).

### **1. Les raisons juridiques**

La principale raison invoquée par l'exposé des motifs de la loi sénégalaise n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSC, c'est la différence de système pénal des Etats signataires du Traité OHADA<sup>(67)</sup>. C'est à cet effet, toujours selon l'exposé des motifs, que la République Démocratique du Congo a la préoccupation de prévoir des peines conformes à son système pénal, par conséquent adaptées à ses valeurs et ses réalités. L'affirmation de Portalis selon laquelle «*la lecture des lois pénales d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées*» trouverait ici sa pleine signification<sup>(68)</sup>.

L'OHADA a opté pour le système libéral et c'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'elle accorde une certaine liberté aux Etats dans le choix de leurs systèmes pénaux et, par ricochet, des sanctions encourues par les contrevenants à la norme communautaire.

Cependant, cette argumentation ne résiste guère à l'analyse car rien ne s'opposait à ce que les Etats mettent en harmonie leur conception philosophico-juridique en vue de mettre en place un dispositif répressif commun en laissant aux juges une marge d'appréciation permettant de moduler les peines prévues au moment de leur application en fonction des particularités de chaque espèce. C'est ce qui serait le plus conforme au mouvement d'harmonisation qu'ils ont enclenché.

D'autres arguments relatifs notamment à la rupture de l'égalité des justifications de l'OHADA devant les sujétions résultant des peines appliquées peuvent être invoqués. En effet, les Etats membres de l'OHADA ne sont pas à un même niveau de développement<sup>(69)</sup>. Cette disparité économique des Etats se répercute sur le pouvoir d'achat des justiciables. Ainsi, le PNB/h du Gabon était de 4480 en 1992 alors que celui de la Guinée Bissau était de 210 à cette même date<sup>(70)</sup>. Dès lors, soumettre le citoyen gabonais et le citoyen Bissau-guinéen à une même amende, par exemple, pour la violation de l'article 886 AUSC relatif à l'émission d'actions avant l'immatriculation de la société, heurterait le principe de l'égalité de ces deux justiciables devant la norme communautaire. D'un autre côté, la recherche d'une plus grande efficacité de la répression pénale justifierait que les normes soient rapprochées au maximum du citoyen. Il faut que les destinataires de la loi pénale sentent que celle-ci constitue l'expression de leurs profondes aspirations mais surtout de leur volonté propre.



Ainsi, sur le plan juridique, l'option du législateur de l'OHADA pourrait être soutenue mais en est-il de même sur le plan économique ?

## **2. Les raisons économiques**

Selon l'article 1<sup>er</sup> du Traité OHADA, l'objectif poursuivi par cette institution est «*l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies*» (71). Cela signifie que les Etats parties au Traité OHADA, ont conscience qu'ils ne sont pas à un même niveau de développement. D'où des disparités économiques dont il faudrait qu'ils tiennent compte dans leur projet communautaire.

La justice a un coût, un prix qu'il faut payer chaque fois qu'on la réclame. La justice pénale étant le monopole de l'Etat, c'est à lui de la prendre en charge. Mais nos Etats ne sont pas riches. Et c'est pourquoi on pourrait interpréter la nationalisation de la sanction pénale comme une manière de faire respecter le droit issu de l'OHADA en fonction de leur capacité financière et économique à prendre en charge le phénomène criminel. La disparité flagrante des niveaux de développement des pays africains membres de l'OHADA semble être à la base du rattachement des sanctions aux législateurs nationaux. En pratique, cela signifierait, dans un Etat comme la Guinée Bissau, que les sanctions privatives de liberté qui seront consacrées seront fonction de capacité d'accueil des prisons de ce pays, que la décision d'emprisonner un dirigeant d'entreprise «*en délicatesse*» avec la loi pénale dépendra de la capacité de cet Etat de se passer des finances de ce «*White Colar criminal*» (72). Mais nos Etats ne risquent-ils pas de privilégier les sanctions pécuniaires (pour s'enrichir) au détriment des sanctions privatives de liberté ? En d'autres termes, la délinquance ne risque-t-elle pas de devenir un fonds de commerce à la disposition des Etats ? Ainsi, par la multiplication des amendes, la délinquance financera elle-même les politiques qui seront mises en œuvre par les Etats pour endiguer la criminalité. De ce fait, à défaut de neutraliser le phénomène criminel, les Etats tâcheront d'en minorer le coût économique. Cependant, il leur faudrait également maîtriser toutes les conséquences d'une telle option.

## **B. Les conséquences de l'attribution de compétence aux Etats**

L'OHADA n'a pas voulu ou n'a pas pu harmoniser les sanctions pénales pour des raisons que nous venons d'évoquer. Chaque Etat prendra donc les sanctions qu'il jugera opportunes selon les objectifs de répression qu'il se sera fixé et les moyens à sa disposition. Les Etats pourront mettre en place des législations pénales très tolérantes pour ne pas dire permissives ou, au contraire, d'une grande sévérité. Ceci risque de déboucher, du fait des disparités possibles entre les sanctions qui seront édictées dans les différents Etats parties (1) sur l'apparition de paradis pénaux (2).

### **1. Le risque de disparité des sanctions nationales**

Il semble peu probable que les dix-sept Etats membres de l'OHADA choisissent une gamme identique de sanctions en application de l'article 5 du Traité OHADA. En tout cas les difficultés rencontrées dans l'adoption et la ratification des Actes uniformes ne le laissent pas supposer. Dès lors, à moins que certains Etats procèdent à une harmonisation de fait en s'inspirant fortement du droit français, il y aura autant de régimes de sanction que d'Etats. Ainsi, pour appréhender le droit pénal communautaire, le juriste devrait se référer à environ seize sanctions différentes pour chaque incrimination qu'il voudra étudier. L'investisseur devra également procéder de la sorte car il sait que, même si le droit de l'OHADA est taillé sur mesure pour la protection de ses capitaux, il pourrait toujours arriver qu'il transgresse la loi et s'expose à des sanctions pénales qu'il voudra certainement aussi légères que possible. Cet état de fait pourrait l'amener à choisir de s'implanter dans un pays où la réponse étatique face au phénomène criminel est la moins ferme. Il faut seulement espérer que la course aux investissements n'amènera pas certains Etats à vider leur droit pénal de toute son essence, à savoir son aspect sanctionnateur, pour être plus «*compétitifs*»

[\(73\)](#).

Mais il se pourrait que les Etats aillent non pas dans le sens de l'assouplissement mais dans celui de la rigueur car, faut-il le rappeler, le droit de l'OHADA cherche aussi et surtout à mettre un terme à l'insécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA.

Toujours est-il que selon leur propension à la rigueur ou à la flexibilité, les Etats choisiront les sanctions devant assurer le respect de la norme communautaire et il en découlera, certainement, une disparité des sanctions pénales. Dès lors, l'instinct de survie aidant, les délinquants potentiels pourraient s'installer dans le pays réputé plus clément, moins répressif. Ainsi, risquerait-on d'assister à l'exportation de la criminalité vers des pays qui apparaîtraient comme des «*paradis pénaux*»[\(74\)](#).

## 2. Le risque d'apparition de «paradis pénaux»

Les «*paradis pénaux*», encore appelés «*pays refuge*»[\(75\)](#) ou «*forum shopping*», seront constitués par ceux d'entre les pays de l'espace OHADA qui, pour diverses raisons adopteront les sanctions les moins lourdes et attireront par la même occasion les investisseurs peu enclins à se conformer aux prescriptions de la loi communautaire[\(76\)](#). Ce risque est grave puisque à terme pourrait se mettre en place de vraies multinationales du crime avec des pays exportateurs de la criminalité.

De la même manière que certaines sociétés procèdent pour s'en tirer à bon compte au plan interne, à la budgétisation des infractions qu'elles commettent en ouvrant des comptes destinés exclusivement à la prise en charge de leurs dépenses actuelles ou éventuelles nées de leurs activités délictueuses, les multinationales pourraient choisir le territoire de commission de leur forfait pour échapper à la rigueur de telle législation ou bénéficier de la douceur de telle autre. C'est d'ailleurs ce qui explique le développement de la criminalité transnationale avec notamment la complexité liée à la décentralisation du pouvoir de décision et la dispersion des acteurs (acteurs, complices, commanditaires ...) dans un espace interconnecté.

De ces considérations, il résulte que la dévolution de compétence aux législateurs nationaux pour la détermination des sanctions attachées aux infractions contenues dans les Actes uniformes, même si elle peut être défendue au fond, pose des problèmes de politique criminelle dont l'acuité pourrait encore longtemps alimenter la réflexion et la recherche. L'apparition des paradis pénaux, faute d'unification des sanctions pourrait conduire à ce résultat absurde qu'en cas de pourvoi en cassation portant sur une infraction pénale, celui-ci soit partagé entre la CCJA compétente pour apprécier si le délit est constitué, et la cour de cassation nationale compétente pour apprécier la légalité de la sanction[\(77\)](#)

En tout état de cause, le juge dispose, dans la fixation de la peine, du fait de la richesse de la gamme des sanctions qui peuvent être édictées, d'un important pouvoir d'appréciation. Mais cet accroissement de ses pouvoirs l'expose à certaines pressions et exige de lui une claire conscience de sa mission, un sens aigu de la justice et une technique affinée du droit. Ce qui est d'autant plus nécessaire que les textes législatifs sont souvent imprécis et lacunaires du fait notamment de l'encadrement insuffisant des parlements nationaux.

## §2. L'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux

Absents de tout le processus d'élaboration des normes communautaires, les parlements nationaux sont pourtant chargés de voter les règles destinées à faire respecter les Actes uniformes. Pour y procéder efficacement, il leur faut une certaine maîtrise des tenants et des aboutissants de chacune des dispositions communautaires. Mais ce qu'on remarque, c'est qu'ils ne sont même pas représentés dans les comités nationaux OHADA. Ce qui laisse entrevoir une certaine exclusion des parlements nationaux de l'œuvre d'harmonisation. Détenteurs d'une compétence résiduelle de fixation du quantum des peines encourues, les représentants des

nations se retrouvent obligés, du fait de leur inaptitude à appréhender le droit de l'OHADA sous ses différents aspects, de voter sans vraiment les discuter ou, encore moins, les amender, les projets de lois qui sont préparés par les directions des affaires criminelles ou les services des Ministères de la justice. Il en résulte un dessaisissement *de facto* des parlements nationaux de leurs compétences législatives en droit des affaires au profit des pouvoirs exécutifs. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les inquiétudes de M<sup>e</sup> DOUDOU NDOYE qui s'interroge sur la nécessité d'une institution qui «*dénie aux peuples africains un minimum de contrôle sur les choix relatifs à leur destin ...*»<sup>(78)</sup>

Dans les cas où la loi nationale est le résultat d'une proposition de loi, donc d'une initiative parlementaire, il risque de se poser des problèmes d'adéquation entre les buts visés par l'OHADA, les moyens à sa disposition et les dispositions nationales d'application. L'exemple le plus patent est donné par le déphasage entre les objectifs d'harmonisation et la disparité des sanctions édictées par les Etats au risque de créer des paradis pénaux. Et lorsqu'elle résulte d'un projet de loi, c'est le contrôle parlementaire qui risque de ne pas être correctement exercé. C'est pourquoi, il est impératif de poser des principes directeurs <sup>(79)</sup>communautaires pour orienter les politiques législatives nationales.

### **§3. La nécessité de poser des principes directeurs communautaires**

L'harmonisation est un processus qui consiste à consacrer les convergences et à rapprocher les divergences. A cet effet, il faut des règles juridiques et des valeurs communes qui servent de référence. Ce sont des principes directeurs. Ces derniers sont d'autant plus nécessaires que du fait de l'option communautaire, l'ordre juridique nouveau a créé des bouleversements ou, tout au moins, des changements dans les ordres juridiques internes posant ainsi des problèmes d'articulation entre le premier et les derniers. Ces principes directeurs peuvent être, selon la distinction qui a été opérée par le Pr. DELMAS-MARTY<sup>(80)</sup> :

- Des «*principes directeurs de confluences*» lorsqu'ils tendent à consacrer des confluences<sup>(81)</sup> Par exemple, la reprise par l'OHADA des dispositions qui ont été consacrées par l'ensemble des Etats parties au Traité OHADA. D'ailleurs, ces principes pourraient être fondés sur ce que les concepteurs de l'OHADA appellent «*les traditions juridiques communes*» inspirées ou imposées par la France et la Belgique principalement<sup>(82)</sup>;
- Des principes directeurs de synthèse «*qui tendent à concilier des divergences de conception*»<sup>(83)</sup>. Ces derniers sont plus en adéquation avec l'option libérale qui caractérise l'OHADA. Ces divergences de conception sont aplanies lorsque l'on aboutit à une définition commune des institutions qui font l'objet de divergences ;
- Des règles supplétives lorsqu'il s'agit de combler des lacunes constatées. Ces lacunes pouvant découler de l'évolution économique et juridique ou tout simplement sociale. La consécration par l'OHADA de la société anonyme unipersonnelle semble bien procéder de cette volonté de combler les lacunes constatées dans certains domaines du droit des affaires comme c'est le cas en matière de responsabilité où on attend encore la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales.

[1] P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., *Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA*, Bruxelles, édition Bruylant, p. 227.

[2] Voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, édition du Seuil, 1994, p.240, selon qui

«l'harmonisation ne veut pas dire unification. Elle admet les différences et les ordonne».

[3] Voir P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., *op. cit.*, pp. 119 à 144 ; M. KOM KAMSU, *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999, 135 p.

6 .Art 2 du traité du 17 octobre 1993 relatif a l,harmonisation des Droit des affaires en Afrique

[5].P.G.POUGOUE,F. ANOUKAHA,J. NGUEBO et ali., *op. cit.*, p.225.

[8] P.G. POUOUE, F. ANOUKAHA, et J. NGUEBOU, *L'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique annoté et commenté*, juriscope, paris, p. 378.

[9] Il faut se souvenir que les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle encore applicable dans certains Etats membres de l'OHADA tels que le Cameroun, avaient institué la règle de la solidarité de prescription des actions civile et publique. Ainsi, contrairement à sa prescription normalement trentenaire, l'action civile se prescrivait en même temps que l'action publique par un an, trois ou dix ans selon qu'il s'agissait d'un fait qualifié de contravention, de délit ou de crime.

L'innovation de l'Acte uniforme quant à la prescription ne pourra donc concerner que les comportements répréhensibles qui seront qualifiés de contraventionnels par les législateurs nationaux. A l'avenir, l'action y relative se prescrira non plus par un an, mais par trois ans.

[21] P.G.POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et Al, *op.cit*, p.227.

[22] Voir M.DELMAS-MARTY, *op.cit*, p.240, selon qui « l'harmonisation ne veut pas dire unification. Elle admet les différences et les organes ».

[23] D.J. MUANDA NKOLE WA YAHVE, *L'Escroquerie et la distribution des dividendes fictifs en droit pénal des sociétés issu de l'Ohada : esquisse d'une théorie de droit pénal Congolais des Sociétés*, FENACO, Kinshasa, p.9.

[24] L. JIMENEZ DE ASUA Cité par Fr. TULKENS et M.V DE KERCHOVE, *Introduction au Droit Pénal : aspects juridiques et criminologiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Story Scientia , Bruxelles, 1999, p.278.

[25] *Idem* , p.298.

[26] NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Droit Pénal Général Zaïrois*, 1<sup>ère</sup> éd.,DES, Kinshasa, 1989, p.145.

(27) *Idem*, p.146.

(28) Fr. TULKENS et M. V. DE KERCHOVE, *op.cit* p.324.

(29) NYABIRUNGU MWENE SONGA, *op.cit*, p.255.

(30) KALATA, *La responsabilité pénale dans le droit des affaires ohada*, in [www.google.com](http://www.google.com), p.5.

(31) KALATA, *op.cit*, p.6.

(32) *Idem*.

(33) TROUSSE Cité par Fr. TULKENS et M.V. DE KERCHOVE, *op.cit*, p.387.

(34) NYABIRUNGU MWENE SONGA, *op.cit*.p 331.

(35) NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Droit pénal général Zaïrois*, 2<sup>ème</sup> éd., DES, Kinshasa, 1995, p. 180.

(36) *Idem*, p.206.

(37) KALATA, *op.cit*, p.10.

(38) *Idem*.

(39) Lire à ce sujet le Professeur MUANDA, *Comprendre le Droit Pénal des Sociétés issu de l'ohada*, Cerda, Kinshasa, 2011.

(40) Article 241 de l'Acte Uniforme relatif à la procédure collective d'apurement de passif, in. J.o.ohada, n° 3, 1998.

(41) Lire à ce sujet MUANDA NKOLE, *Comprendre le droit pénal des sociétés issu de l'Ohada*, Cerda, Kinshasa, 2011.

(42) Article 1<sup>er</sup> du traité de l'Ohada.

(43) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, « *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », in *juriscope*, 3<sup>ème</sup> éd, paris, 2008, p.28.

[\(44\)](#). Article 6 du traité ohada.

[\(45\)](#) Article 10 du traité ohada.

[\(46\)](#) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit, p.29.

[\(47\)](#) Idem.

[\(48\)](#) Article 8 du traité ohada.

[\(49\)](#) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit, p.30.

[\(50\)](#) Avis n°001/2003 de la Cour de justice de l'UEMOA Cité par B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit, p.32.

[\(51\)](#) Arrêt Factortame, Affaires C-213/89 de la Cour de Justice de la Commission Européenne cité par B. GUEYE et S. NOUROU TALL, Idem.

[\(52\)](#) Avis consultatif de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage 001/2001 du 30 Avril, in [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org).

[\(53\)](#) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit.p.34.

[\(54\)](#) Ce que l'Institution de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature devrait permettre d'assurer.

[\(55\)](#) MERLE et VITU, *Traité de droit criminel : les principes généraux de la science criminelle*, Tome 1, 6<sup>ème</sup> éd, Cujas, 1984.

[\(56\)](#) Brocard latin : inclusio inuis, exclusio alterius.

[\(57\)](#) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al, Op.cit., p.229.

[\(58\)](#) MERLE et VITU, op.cit., p.245.

[\(59\)](#) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al.,op.cit.,p.230.

[\(60\)](#) J.ISSA-SAYEGH, « *Aspect techniques de l'intégration juridique des Etats Africains de Zone franc* », in Communication à la session de formation du CFJ de Dakar du 27 au 30 Avril 1998, sur le thème : Ohada, un droit régional en gestation

(61) P.G. POUGOUE , F. ANOUKAHA, J. NGOUEBOU et al. , po. Cit. , p. 232.

(62) Y. REINHARD, *Droit commercial*, paris, Litec, 3<sup>e</sup> éd. , 1993, p. 4.

(63) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit., p.232.

(64) Article 2 du traité de l'Ohada.

(65) C'est par exemple actuellement, deux projets d'Actes Uniformes sont en Cours d'élaboration ; il s'agit des projets d'Actes Uniformes sur des contrats et sur le droit du travail.

(66) J.BORE, « *la difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire* », in mélange à l'honneur d'André Vitu, droit pénal contemporain, Cujas, 1989, pp. 25.49.

(67) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGOUEBOU et al., op.cit., p.234.

(68) Idem.

(69) Voir à ce propos S.E. je juge Mohamed BEDJAOUI , « *Remarques conclusives* », in Acte du 8<sup>ème</sup> Congrès Annuelle de la SADIC sur le thème : l'Intégration régionale est-elle une solution aux problèmes économiques de l'Afrique ?, le Caire, du 2 au 4 Septembre 1996.

(70) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGOUEBOU et al., op.cit p.235.

(71) Article 1<sup>er</sup> du traité Ohada.

(72) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.236.

(73) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.236.

(74) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.237.

(75) DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires, partie générale : responsabilité, procédure, sanction*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 1990.

(76) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.237.

[\(77\)](#) D.J. MUANDA NKOLE WA YAHVE, op.cit., p.69.

[\(78\)](#) DOUDOU NDOYE, “ *le traité relatif à l’Ohada, la constitution Sénégalaise et les principes des droits processuel* », in revue EDJA, n°22, Juillet Septembre 1994, p.15.

[\(79\)](#) Sur la question, voir M. DELMAS-MARTY, op.cit., p.130.

[\(80\)](#) M.DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit : chances et risques*, 1999,p. 43 et s.

[\(81\)](#) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.239.

[\(82\)](#) Idem.

[\(83\)](#) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.239.

## **INTRODUCTION**

Le besoin de protection des intérêts économique et individuel, la nécessité d’attirer les investisseurs et partenaires économiques dans la Sous-région ont amené le législateur Ohadien à encadrer un droit pénal des affaires à travers les différents actes uniformes qui y sont en vigueur tout en laissant le soins à chaque Etat-partie d’organiser la répression des différentes incriminations.

La responsabilité pénale n’échappe pas au droit des affaires, la faute demeurant le principal fondement de cette responsabilité.

Le droit pénal des affaires de l’OHADA est marqué par une option qui, même si elle paraît assez originale, n’en recèle pas moins quelques incohérences du point de vue de la politique criminelle. En effet, si la politique criminelle apparaît, selon Marc ANCEL comme « *une stratégie méthodique de réaction anticriminelle* », il est difficilement concevable de soumettre les deux éléments de sa structure que sont le phénomène criminel et la réponse de politique criminelle à une logique différente<sup>[1]</sup>.

Telle est cependant la stratégie qui a été adoptée par le législateur de l’OHADA pour venir à bout de la délinquance d’affaires. Celle-ci a consisté à harmoniser<sup>[2]</sup> les infractions d’affaires dans l’espace communautaire et à laisser le soin aux Etats parties de déterminer librement les sanctions qui leur sont applicables. De cette option pourrait résulter une certaine hétérogénéité des sanctions qui seront déterminées par les Etats.

La troisième partie de l’Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d’intérêt économiques traite des infractions pénales spécifiques aux sociétés commerciales<sup>[3]</sup>, l’acte uniforme sur le droit commercial et l’acte uniforme sur les procédures collectives d’apurements de passif disposent chacun en ce qui le concerne des dispositions pénales. Le premier mérite du législateur OHADA est justement cet effort de systématisation donnant ainsi au droit pénal des affaires une idée directrice.

Mais il faut reconnaître que l’unité des textes d’incrimination n’est pas achevée. Le législateur africain n’a pas érigé en infractions un certain nombre de prescriptions parfois visées par les Actes uniformes eux-mêmes. Dès lors, il est permis de se demander si, à côté des incriminations



prévues, les législateurs nationaux pourront en consacrer d'autres. La réponse affirmative semble ne pas faire de doute. En effet, l'alinéa 2 de l'article 5 du Traité OHADA dispose seulement que «*Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales*»<sup>[4]</sup>. Ce qui signifie qu'ils peuvent ne pas en inclure et chaque législateur national en aurait institué. Du moment où l'Acte uniforme en contient, ces dispositions doivent être comprises comme le «*minimum commun*» aux Etats parties qu'aucun législateur national ne saurait entamer en dépénalisant sur son territoire des comportements saisis par l'Acte uniforme<sup>[5]</sup>.

Il faut par ailleurs préciser que les Actes uniformes s'en tiennent aux règles pénales de fond. Tout au plus au détour de quelque article est-il fait allusion à certaines règles de procédure pénale. Il en est ainsi singulièrement de la prescription (articles 164, 170, 727 et 743 de l'AUSC). Lorsque l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux est basée sur un fait qualifié de crime, elle se prescrit par dix ans. Il faut en déduire que lors que le fait dommageable ne constitue pas une infraction pénale, la prescription est de 3 ans. Dans le cas où il s'agit d'une infraction pénale, il faut distinguer deux hypothèses : si le fait dommageable constitue un délit ou une contravention, la prescription est de trois ans. <sup>(8)</sup> Dans les autres cas, elle se prescrit par trois ans<sup>(9)</sup>. Cela dit, toute procédure pénale demeure donc régie par la législation propre à chaque pays.

Enfin, à la différence de certaines législations pénales<sup>(10)</sup> l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales.

Dans le cadre ainsi délimité, le législateur africain, avec une méthodologie particulière pour répondre au souci de l'intégration, s'est servi, de manière assez classique, d'un critère temporel pour fixer les comportements répréhensibles. Ainsi, le législateur a prévu des infractions relatives à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution des sociétés commerciales, au défaut d'immatriculation, ou de fraude et à la faillite.

Ce travail présente un intérêt majeur pour tous les praticiens du droit (juges, avocats, conseillers juridiques, etc.) et pour tous les étudiants en droit et même les enseignants du droit car il s'agit d'une recherche sur une matière jusque-là ignorée de notre droit positif. Il revêt encore un intérêt indéniable dans la mesure où il est de nature à dissuader certains auteurs de la commission d'actes malveillant favorisant ainsi dans le monde des affaires notamment dans espace Ohada, un climat social non favorable et, une insécurité certaine.

## Chapitre I. LE DROIT PENAL DES AFFAIRES DE L'OHADA

Le droit pénal des affaires de l'OHADA est marqué par une option qui, même si elle paraît assez originale, n'en recèle pas moins quelques incohérences du point de vue de la politique criminelle. En effet, si la politique criminelle apparaît, selon Marc ANCEL comme «*une stratégie méthodique de réaction anticriminelle*», il est difficilement concevable de soumettre les deux éléments de sa structure que sont le phénomène criminel et la réponse de politique criminelle à une logique différente<sup>(21)</sup>. Telle est cependant la stratégie qui a été adoptée par le législateur de l'OHADA pour venir à bout de la délinquance d'affaire. Celle-ci a consisté à harmoniser <sup>(22)</sup>les infractions d'affaires dans l'espace communautaire et à laisser le soin aux Etats parties de déterminer librement les sanctions qui leur sont applicables. De cette option pourrait résulter une certaine hétérogénéité des sanctions qui seront déterminées par les Etats dont découle la responsabilité pénale.

## Section I : **LA RESPONSABILITE PENALE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES OHADA.**

De manière liminaire mais fondamentale, le droit pénal ou droit criminel est l'ensemble de règles juridiques de fond et de forme organisant la réaction de l'Etat à l'encontre des délinquant et des infractions.

A côté de ce droit commun se situe un autre plus spécial, en raison des caractères spécifiques qui le composent, à savoir les relations complexes qui s'établissent entre personnes morales et personnes physiques, homme d'affaires et simple particuliers, employeur et employé : c'est le droit pénal des affaires. Pour sa part le professeur MUANDA, le droit pénal des affaires est un droit spécial aux affaires..., c'est le droit pénal spécial applicable aux principales opérations d'affaires.[\(23\)](#)

Aussi bien, le besoin de protection des intérêts économiques et individuels, la nécessité d'attirer les investisseurs et partenaires économiques dans la sous-région a amené le législateur Ohadien à encadrer un droit pénal des affaires, à travers les différents Actes Uniformes qui y sont en vigueur et en laissant le soin à chaque pays membre d'organiser la répression des différentes infractions.

La responsabilité pénale n'échappe pas au droit des affaires, la faute demeurant le fondement principal de cette responsabilité ; c'est ainsi que nous examinerons ce droit commun de la responsabilité pénal en droit des affaires et le particularisme de la responsabilité pénale en droit des affaires OHADA.

### §.1. **Le Droit Commun de la Responsabilité Pénale dans le Droit Pénal des Affaires.**

Sous cette rubrique nous gloserons de manière successive des éléments constitutifs de la responsabilité pénale (A), ainsi que les éléments affectant la responsabilité pénale(B).

#### **1. ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA RESPONSABILITE PENALE.**

Pour parler aisément de la responsabilité pénale, il faut que ses éléments constitutifs soient réunis, c'est ainsi, pour qu'une infraction soit constituée, il faut en principe un élément légal (1) et un élément matériel (2) Lesquels forment c'est ce qu'on appelle « élément objectif » ; et un élément moral (3). Doctrinalement appelé « élément subjectif ».

##### **1. Elément légal**

L'élément légal suppose la définition ou la détermination des incriminations par la loi. Il découle du principe de la légalité des délits et des peines que la première condition d'existence de reprendre est la loi violée.

Sans reprendre ici les nombreuses discussions terminologies auxquelles cette matière a donné lieu, nous considérons que l'élément légal de l'infraction comprend d'une part, comme le démontre L.JIMENEZ DE ASUA « l'anti juridicité » [\(24\)](#) et d'autre part, le fait qu'il soit passible d'une peine prévue par la loi, qui sont les deux pôles de droit pénal.

Une fois cette double condition remplie, l'exigence de l'élément légal se révèle encore négatif lorsque surgit une cause de justification qui rend l'acte conforme à la loi.

## 2. Élément matériel

Pour éviter les procès de tendance et d'opinion et donc arbitraire, toute infraction pour être objective et faire l'objet des poursuites doit être révélée à l'extérieur par un fait matériel objectivement constatable, la simple pensée infractionnelle ne suffit guère, il faut la déduction de l'incrimination par un élément ; c'est élément est matériel.

Dans une perspective extensive, l'élément matériel de l'infraction comprend tout ce qui se rattache à la réalisation de l'infraction à l'exception de l'élément moral (25) car dit le Professeur NYABIRUNGU la loi ne secrète ni les reins ni le cœur. Elle attend pour intervenir, que la résolution criminelle se manifeste par des actes extérieurs. L'élément matériel, c'est le fait extérieur par lequel l'infraction se révèle et, pour ainsi dire prend corps.(26) Le droit pénal requiert l'accomplissement d'un acte, c'est-à-dire une réalisation, une manifestation, je dirais mieux un événement dans le monde extérieur, car sont donc en principe exclues les pensées et les opinions car la criminalité dite intellectuelle reste non punissable.

Pour nous en effet, l'élément matériel doit consister à un fait ou un amas de faits générateurs d'habitudes ; aussi variable que les infractions sont multiples en droit des affaires. En fait lorsqu'on parle de l'élément matériel, l'on fait allusion au mode d'exécution, aussi l'élément matériel d'une infraction peut être une action (Commission ou infraction de commission) ou une abstention (infraction d'omission).(27)

L'élément matériel d'une infraction peut être un acte positif accomplis dans un but contraire à l'intérêt de celle-ci et dans un intérêt personnel (comme abus de biens sociaux ou de crédit de la société par les dirigeants.)

L'élément matériel peut être aussi un comportement négatif (comme le défaut d'immatriculation ou défaut d'inscription qui consiste à ne accomplir les formalités requises). Mais les éléments objectifs seuls ne sont pas suffisant à l'accomplissement de l'infraction s'ils ne sont pas adjoint de l'élément moral ou intentionnel mieux intellectuel.

## 3. Élément moral

Bien qu'aucun texte légal n'en ait expressément consacré l'exigence, il est traditionnellement admis en droit Congolais qu'il ne saurait y avoir d'infraction purement matérielles, c'est-à-dire d'infractions qui existeraient par le seul fait qu'ait été matériellement accompli un acte interdit par la loi. Aux éléments légal et matériel (élément objectif), il convient dès lors d'ajouter un troisième élément »Objectif » : élément moral à l'absence du quel toute forme de condamnation pénale peut apparaitre radicalement injuste, voir inutile.(28)

Pour que l'agent réponde de l'infraction dit le professeur NYABIRUNGU, il ne suffit pas d'établir l'élément légal et matériel, ni même établir son imputabilité, il faut encore prouver l'élément moral, c'est-à-dire la faute, l'état d'âme, la tournure d'esprit, socialement répréhensible même moralement qui aura accompagné et caractérisé son activité délictueuse.(29)

En droit pénal des affaires pour qu'une infraction soit constituée, il ne suffit pas que l'agent en soit l'auteur matériel. L'acte n'est constitutif d'une infraction punissable que s'il émane d'un commerçant, personne physique ou morale ayant toutes ses facultés mentales. (30); Les peines seront prononcées donc qu'à l'encontre des personnes pénalement responsables.

Pour qu'il ait responsabilité pénale, il faut donc qu'il y ait à la fois imputabilité et culpabilité, l'infraction ici peut être intentionnelle ou non intentionnelle.

Elle est intentionnelle lorsqu'elle requiert chez l'agent l'intention de commettre l'acte. Cette infraction suppose que l'auteur ait voulu un résultat et qu'il agisse en vue de ce résultat, c'est le cas notamment de la distribution des dividendes fictifs, l'infraction de simulation de souscription ou de versements, le délit de publication de faits faux,...

Elle est par contre non intentionnelle lorsqu'elle est indépendante de l'intention de l'auteur et est réprimée en raison de la seule violation des dispositions légales; c'est le cas notamment des infractions relatives à l'augmentation du capital, le délit de négociations des titres, le délit d'émission,...

En conséquence, dès que les éléments matériels d'une infraction sont établis, il ne reste qu'à prouver que l'auteur a volontairement commis les faits caractérisant les éléments constitutifs de l'infraction. Et qu'ils les a commis avec l'intention que ces faits auront pour conséquence la réalisation de l'infraction.(31)

## **2. Les Eléments Affectant la Responsabilité Pénale**

A côté des éléments matériels, intentionnel et légal de l'infraction, le droit pénal a aussi prévu l'élément injuste de l'infraction. (32) rentrent dans la catégorie d'élément injuste de l'infraction toutes les causes qui altèrent partiellement ou totalement l'infraction (1). Mais désormais, il existe aussi des faits prévus mais qui ne rentrent pas dans la catégorie d'élément injuste; il s'agit des causes d'aggravations de la responsabilité pénale. (2).

### **1. Les Causes de l'Altération de la Responsabilité Pénale.**

En fonction de l'intensité de ces causes sur la responsabilité pénale, celle-ci peut disparaître ou tout simplement atténuée. Notons avant de continuer que dans ce dernier cas, du fait des contraintes du droit des affaires, dans le souci de préserver les intérêts des créanciers. Les cas d'altération partielle sont difficilement admissibles en l'espèce, c'est pourquoi seules les premières causes évoquées seront présentées ici.

Ainsi, l'infraction qui résulte de l'exécution d'un ordre de la loi ne peut donner lieu à aucune répression, car la responsabilité pénale ici est absente. Cependant, pour qu'il ait absence de cette infraction, deux conditions doivent au préalable être remplies, à savoir :

- L'existence d'un ordre de la loi et exécution de cet ordre conformément à la loi.
- L'ordre soit légitime.

## 2° Les Causes d'Aggravation de la Responsabilité pénale

Les causes d'aggravation sont comme leur nom l'indique, celle qui visent à augmenter la peine applicable à l'infraction. Etant donné qu'il n'existe pas la loi sur la répression des infractions contenues dans les Actes Uniformes au Congo, à ce sujet nous trouverons lumière au code pénal seul que nous pouvons résoudre ce problème, nous n'examinerons que le cas de la récidive.

### 5. La Récidive

La matière de récidive est une matière complexes qui réunit, tant sur le plan pratique que théorique certaines questions parmi les plus significatives du droit pénal.

Bien que la récidive ne soit pas définie par la loi, la doctrine enseigne qu'il s'agit selon TROUSSE de la rechute dans l'infraction.<sup>(33)</sup>, mais cette définition a été complétée par la doctrine moderne, la récidive est une rechute dans l'infraction dans les conditions légalement déterminées, et après une ou plusieurs condamnations coulées en force de chose jugée.<sup>(34)</sup>

Ainsi dans le domaine des affaires un récidiviste se verra retenu les sanctions comme la déchéance et la fermeture de l'établissement. De ce qui précède force est d'admettre que bien comportant des éléments du droit pénal général, la responsabilité applicable en droit des affaires se veut dans une certaine mesure spécifique, voir particulière.

### §.2. Le Particularisme De La Responsabilité Pénale En Droit Ohada.

Le particularisme s'apprécie aussi bien au niveau personnel (A) que matériel (B).

#### 1. Au niveau personnel

Il est question ici de présenter les personnes qui peuvent être poursuivies dans le monde des affaires. C'est ainsi qu'on distingue ceux qui le sont à titre principal (1) et ceux qui le sont à titre accessoire (2).

##### 1. Les personnes poursuivies à titre principal.

Leur culpabilité résulte d'un fait personnel, on distingue l'auteur principal du complice.

##### 1. l'Auteur

Il est en principe admis que seules les personnes physiques peuvent être délinquants, toute fois même la responsabilité des personnes morales est discutée, et même, de plus en plus retenues en droit positif d'autres pays (c'est le cas de la France).

Pour les personnes physiques, le principe est que seules les personnes physiques sont capables de délinquer car ils sont dotées de volonté et intelligence et de ce fait il encourt des peines.<sup>(35)</sup>

Pour les personnes morales, jusqu'à une période récente, le principe « *societas delinquere non potest* » n'était pas discuté, et dans beaucoup des pays, dont le nôtre et voire dans l'espace Ohada, il est en vigueur. Il convient de noter qu'en droit Ohada la responsabilité des personnes morales n'est pas de mise et s'il y a un fait infractionnel qui font penser aux personnes morales seuls les dirigeants, personnes physiques pourront pénalement répondre.

Le droit Ohada préconise comme auteur principal :

- le Commerçant personne physique ;
- le Commissaire aux comptes ;
- les dirigeants de la société.

## 2. **La Complicité**

La complicité est la modalité atténuée de la participation criminelle ; les complices d'une infraction sont ceux qui apportent à sa réalisation une aide utile, mais non indispensable. (36) faute de la loi portant répression des incriminations prévues aux Actes Uniformes, seul le code pénal peut nous éclairer quant à ce.

L'article 22 du Code Pénal livre I détermine de manière limitative, les modes de complicité, dont :

- Les instructions données pour commettre l'infraction
- Laide accessoire apportée à la commission de l'infraction
- Les moyens fournis et qui ont servis à la commission de l'infraction
- Le fait de loger habituellement certaines catégories des malfaiteurs.

Le droit Ohada préconise comme complice, principalement il s'agit des prête-nom, considéré très souvent comme le complice, le banquier ; les commerçant personnes physiques, le commissaire aux comptes et les et les dirigeants sociaux sont selon les cas chacun en ce qui le concerne de complicité.

## 2. **Les Personnes poursuivies à titre accessoire**

On retiendra celles répondant d'actes posés par des personnes dont elle sont civilement responsable, et le cas du dirigeant de la personne morale.

### 1. **Les personnes répondant d'actes, la solidarité en matière d'amendes pénales.**

Faute de la loi pénale portant répression en RDC des infractions prévues dans les Actes Uniformes, nous recourons à la loi Camerounaise n°2003/008 du 10 Juillet 2003 portant répression des infractions contenues des actes Uniformes Ohada.

Si le prononcé de la sanction comporte des peines pécuniaires (exemples : le commettant et son préposé qui est condamné) celui qui répond sur le plan civil des actes posés par d'autres sera considéré comme la garantie civile du paiement des amendes pénales prononcées contre celui dont il répond (37) (sous réserve que le commettant intente contre lui une action récursoire). On voit là une (38) atteinte au principe de la responsabilité de la peine.

## 2. **Le cas du dirigeant de la personne morale**

S'agissant du dirigeant de la personne morale, il sera poursuivi des actes posés dans l'intérêt de celui-ci, car la personne morale est considérée comme «fiction». Ainsi, il

sera d'abord responsable de la violation des règlements propres à son entreprise, comme l'établissement de la communication d'états financiers ne représentant pas une image fidèle du patrimoine de la société.(39)

Ensuite, il est responsable de tout manquement d'ordre général commis dans son entreprise. Il convient de relever que les ascendants, descendants et collatéraux du commerçant ou de la société verront leur responsabilité pénale engagée lorsque l'intérêt des créanciers sera menacé suite à leurs engagements frauduleux.(40)

Particulière au niveau personnel, la responsabilité pénale en droit pénal des affaires OHADA l'est sur le plan matériel.

## **B. Au domaine matériel**

Le domaine se rapporte ici aux différentes infractions que l'on retrouve en droit pénal des affaires ; celui-ci sont réparties en trois groupes. Nous verrons d'abord les incriminations liées à l'entrée à la vie des affaires (i), ensuite celles relatives à la vie des affaires (2), et enfin les incriminations de la sortie de la vie des affaires(3).

### **1. Les incriminations liées à l'entrée à la vie des affaires**

Premièrement nous abordons ici les incriminations que peut commettre une personne qui envisage d'ouvrir le commerce, elle a des obligations à remplir pour que son commerce soit exercé de façon légale notamment en ce qui concerne les obligations se trouvant au défaut d'immatriculation, ou de fraude titre II de l'AUDCG, pour l'immatriculation.

Tout commerçant qui ne remplit pas régulièrement ses obligations de publicité légale sera donc poursuivi pour les chefs d'inculpation de défaut d'inscription,.

En second lieu, le droit pénal OHADA recense les infractions en matière des sociétés notamment lors de leur constitution.

Nous citerons par exemple la simulation de souscription ou de versement prévue à l'article 887 alinéa 3 de l'AUSGIE, la publication des faits faux (art 887 al. 3 et 4) et nous citerons encore le délit d'émission. (41) telles sont donc les infractions fondant le particularisme du droit pénal des affaires OHADA en matière de l'entrée à la vie des affaires.

### **2. Les incriminations relatives à la vie des affaires**

Concernant premièrement le commerçant, l'art. 68 de l'AUDCG prévoit de retenir la responsabilité pour l'infraction d'inscription frauduleuse d'une sûreté mobilière ou portant sur des indications inexactes données de mauvaise foi., l'Art 108 du même texte prévoit l'infraction d'omission d'indication en tête de ses bons de commande, factures et autres documents à caractères financiers ou commerciaux, de son numéro d'immatriculation au RCCM ou de sa qualité de Locataire, Gérant pour celui-ci.

Quant aux sociétés commerciales en second lieu, la responsabilité des responsables sera retenue pour des infractions liées au fonctionnement de la société, que sont la distribution des dividendes fictifs, abus de biens sociaux et le délit de publication des comptes sociaux ne donnant pas image fidèle de la société. (Art. 889, 890, 891 et de l'AUSGIE).

Les infractions relatives au contrôle de la société, que sont l'obstacle au contrôle ou refus de communication des documents, obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes, faits délictueux (Art. 897, 898, 899, 800 de l'AUSGIE) en matière de modification du capital, et celles relatives aux assemblées générales, celles

relatives en cas d'appel public à l'épargne.

Après cette monographie d'infraction liées à la vie des affaires qui fonde le particularisme de responsabilité en droit Ohada, il sera aisé, de terminer par l'étude des infractions liées à la sortie de la vie des affaires.

### 3. **Les incriminations liées à la sortie de la vie des affaires.**

La responsabilité pénale en ce qui concerne les infractions liées à la sortie de la vie des affaires s'observe à deux niveaux.

Premièrement, la perte de la qualité commerciale d'une personne physique, nous pouvons citer parmi les infractions la banqueroute simple (Art.230 de l'AU portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif) et la banqueroute frauduleuse (Article 240) du même texte.

Deuxièmement en ce qui concerne particulièrement la société, dans sa dissolution nous avons les infractions relatives à la liquidation de la société.

Tel est le domaine matériel en matière de responsabilité pénale en droit OHADA. Notons tout de suite que comme dans le droit pénal général, le législateur OHADA n'a pas distingué les infractions en les catégorisant, on ne retrouve ici que des délits, et dans une mesure d'aggravation les crimes. Il n'existe pas de contravention en droit pénal OHADA. Analysons à présent l'harmonisation des infractions en droit OHADA.

## **Chapitre 2. L'HARMONISATION DES INFRACTIONS**

En son article 1<sup>er</sup>, le Traité pour l'Harmonisation du droit des affaires rappelle qu'il a pour objet «*l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies...*» (42).

C'est sur les règles juridiques applicables que l'OHADA va agir pour harmoniser le droit des affaires dans l'espace qu'elle couvre. Cette technique d'harmonisation (§1) qui ne porte que sur un certain nombre d'infractions dites d'affaires (§2) pose des problèmes de légalité auxquels la jurisprudence et la doctrine tentent encore d'apporter des réponses, sous l'égide de la CCJA, organe juridictionnel de l'harmonisation.

### **§1. La technique d'harmonisation : les Actes uniformes**

Pour procéder à l'harmonisation des législations d'affaires des Etats membres, l'OHADA a préféré utiliser la technique des règles matérielles (et non celle des conflits). En effet, les Actes uniformes réglementent directement les matières concernées par l'harmonisation et s'appliquent directement aux contentieux. L'article 5 du Traité précise que «*les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale*» mais que les sanctions encourues sont déterminées par les Etats, il s'agit d'un partage de compétence entre l'Ohada qui énonce les éléments matériels et moraux que les Etats qui s'obligent à déterminer les sanctions pénales. Ceci permet de ménager les susceptibilités souverainistes des Etats en préservent leur domaine résiduel et de fixation de sanction par le biais de leur code et législation en matière pénale. (43) Il s'agit là d'une décomposition de l'élément légal de ses principales composantes. Ainsi, l'incrimination sera fondée sur un texte communautaire, supranational, alors que la sanction, quant à elle, des législations nationales.

L'application directe du droit communautaire issu des Actes uniformes de l'OHADA dans le droit pénal national est susceptible de soulever quelques interrogations relatives à leur conformité par rapport à certains principes de cohérence et de fonctionnement du système juridique. En effet,



outre la crainte de voir s'effriter la souveraineté nationale, il existe surtout un risque de voir s'imposer un droit supranational ne garantissant pas le respect des principes fondamentaux du droit pénal dont le principe de la légalité. En effet, le processus d'adoption des Actes uniformes repose sur la compétence du Conseil des ministres (A) composé de représentants du pouvoir exécutif. De même, concernant la légalité interne des infractions, l'interprétation (B) et l'application dans le temps et dans l'espace des normes communautaires (C) soulèvent d'importantes questions auxquelles il faudrait s'intéresser.

## **A. L'élaboration des Actes uniformes par le Conseil des ministres**

Les Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent de l'Organisation africaine en concertation avec les gouvernements des Etats parties (44). Ils sont examinés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Créées dans chacun des Etats parties, les commissions nationales OHADA sont chargées d'examiner les projets d'Actes uniformes. Ces actes sont « *directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure* » (45). Il résulte de ces dispositions de l'article 6 que les Actes uniformes ont un double effet abrogeant et neutralisant pour les dispositions nationales antérieures et postérieures impliquant ainsi des retraits du système pénal national qui se manifestent par la décriminalisation de certaines infractions comme l'abus des pouvoirs et des voix dans la société commerciale, ou d'appel au système pénal par des incriminations nouvelles.

### 1. Elaboration des Actes Uniformes

La procédure d'élaboration des AU fait intervenir pratiquement tous les organes : Secrétariat permanent, Conseil des Ministres et la Cour Commune de Justice et l'Arbitrage. Lors de son élaboration, on observe à deux phases.

La phase initiale qui constitue la préparation des projets d'AU, est du ressort de l'organe administratif le Secrétariat permanent exerce ses fonctions en secondant tous les autres organes de l'OHADA.

Il joue ici, sous l'impulsion de son Chef (le secrétaire permanent), un rôle normatif en concertation avec les gouvernements des Etats parties. (46)

Dans la plupart des organisations internationales, il revient à l'organe administratif, de faire des études et de préparer les décisions des organes intergouvernementaux. L'OHADA ne déroge pas à la règle et impose même à cet organe de recueillir les points de vue des gouvernements, à l'exclusion des parlements nationaux. (47)

La seconde phase consiste en la délibération et l'adoption des projets d'AU par le seul conseil des Ministres orange international, dont le pouvoir normatif s'affirme dans l'émission de ces règles.

Toutes fois, l'intervention du Conseil des Ministres est subordonnée à l'avis préalable de la cour commune de justice et d'arbitrage. Mais en l'absence de toute indication du traité de Port-Louis ou du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Sur les effets de l'Avis, on ne peut que lui prêter un caractère consultatif.

Ce premier aspect de la fonction consultative de la cour commune de justice et d'arbitrage reprise à l'article 14 du traité, ne lie ni les Etats, ni la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

## **2. Adoption et entrée en vigueur des Actes Uniformes.**

Il convient de souligner que : « l'adoption des actes uniformes par le conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats présents et volants... ». L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes. (48)

L'autorité conférée aux actes uniformes justifie l'existence de l'unanimité des représentants des Etats parties présents et votant pour leur adoption par le conseil des Ministres. Cette condition ne sera valable qu'à condition que les deux tiers au moins des Etats parties soient représentés. Comme de coutume dans certaines organisations internationales, la possibilité d'abstention n'est pas un obstacle à l'adoption, pourvu que le mode de prise de décision soit respecté. (49)

S'agissant de l'entrée en vigueur l'article 98 du traité de **Port-Louis** dispose que « les actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel des Etats parties ou par tout autre moyen approprié.

Comme condition de son inclusion dans le droit positif et de son intégration dans l'ordonnement juridique, un acte juridique doit au préalable être entré en vigueur, en principe, les normes juridiques secrétées par l'organisation internationale ne connaissent au début d'application qu'à partir de la date prévue pour leur entrée en vigueur.

Ce principe souffre quelques exceptions car les modalités particulières d'entrée en vigueur peuvent être prévues par chaque acte uniforme. Ainsi en est-il des actes uniformes sur le droit commercial général, sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique et sur les sûretés adoptés le 17 Avril 1997, mais hélas entra en vigueur neuf mois après leur adoption et trois mois après leur publication au journal officiel de l'OHADA.

En tout état de cause, ces actes uniformes ne sont opposables que trente jours après leur publication au journal officiel de l'OHADA. Cette opposabilité implique une fois les conditions de publication et de délai respectées, le droit pour toute partie à un contrat ou à un procès, d'invoquer ces actes uniformes devant les juridictions nationales des Etats parties, une exigence complémentaire les journaux officiels des Etats parties de publication uniformes à la connaissance des populations des Etats parties, une exigence complémentaire de publication dans les journaux officiels des Etats parties ou « par tout autre moyen approprié » a été prévu.

## **3. De l'Immédiate et la Primauté des Actes Uniformes.**

L'article 10 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est claire en la matière tout en disposant que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure ».

L'article tranche clairement en faveur de la primauté et de l'effet direct (immédiateté) des actes uniformes.

Il convient de rappeler que selon la jurisprudence, la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires primaires comme dérivées, immédiatement applicable ou non et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles ou même constitutionnelles, par ce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son

intégralité sur les ordres juridiques nationaux ... ainsi le juge national, en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle de droit interne, devra faire prévaloir le premier sur la seconde, en appliquant l'un et en écartant l'autre (50)

De même ; « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire... ». (51)

Pour sa part sa part la Cour Commune de Justice et d'arbitrage a eu l'occasion de préciser la portée de l'article 10 dans avis du 30 Avril 2001 sur la demande de la République du Côte d'Ivoire concernant l'effet abrogatoire des actes uniformes sur le droit interne, elle a admis que « l'art. 10 contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats parties des actes uniformes et institue par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieure et postérieure.

En vertu du principe de la supranationalité qu'il consacre l'article 10 du traité prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieur ou postérieur, contient une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes. L'article 10 apparaît alors comme la seule disposition susceptible de consacrer la supranationalité des actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque acte uniforme (52)

Les actes uniformes posent le problème de la supranationalité qui consiste en l'existence d'un système institutionnel autonome permettant de privilégier le bien commun par rapport aux intérêts nationaux et d'édicter des normes qui, non seulement s'imposent aux Etats, mais aussi régissent directement la situation juridique des particuliers. (53)

Il va de soi que l'article 10 énonce une règle d'application directe invocable par les ressortissants communautaires et les étrangers à l'encontre de tout Etat membre qui en violerait les dispositions.

En toute hypothèse, le droit OHADA l'emporte sur le droit national. Il entraîne l'obligation pour les autorités nationales d'interpréter tout le droit national en conformité avec les actes uniformes et, le cas échéant, de réparer les conséquences dommageables de leur non-respect.

## **B. L'interprétation des normes communautaires**

Pour passer de la règle abstraite à l'espèce pratique, le juge procède nécessairement à l'interprétation de la loi pénale en utilisant cependant des méthodes différentes de celles qui ont cours dans les autres branches du droit. En effet, tandis qu'au civil ou au commercial par exemple, l'interprétation peut être extensive, voire analogique, au pénal, elle est nécessairement littérale ou dans certains cas, téléologique mais jamais analogique. Ainsi, pour appliquer les dispositions pénales contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA, le juge devra se limiter à lire le texte de l'article concerné en se fondant toutefois sur l'intention du législateur. Pour cela, il faudra aux juges non seulement une conscience aiguë et un sens affiné de leurs responsabilités, mais aussi une formation technique solide (54)

Lorsque, dans l'interprétation de la loi pénale, le juge constate qu'il y a « *contradiction entre ce qu'a voulu le législateur et ce qu'il a dit, le texte de la loi fait foi* » (55) La conséquence de cette forme d'interprétation est que la mention d'une chose exclut nécessairement toute autre chose (56) et le juge se bornera à vérifier simplement si le fait incriminé tombe effectivement sous le coup de la loi pénale invoquée par l'accusation. Il ne s'agira pas pour lui d'étendre le sens de la loi sous prétexte qu'il y aurait eu oubli du législateur ou que le fait reproché, par exemple l'abus de pouvoir,

est tellement lié à l'abus des biens qu'il n'a pas paru nécessaire de la mentionner dans les dispositions de l'article 891 AUSC. C'est d'ailleurs en application de ce principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale qu'on a pu parler de retrait du système pénal à propos de l'abus des pouvoirs et des voix, une incrimination qui était contenue dans le Code sénégalais des sociétés, mais que le droit pénal harmonisé n'a pas repris [\(57\)](#)

Il faut cependant souligner que l'application de ce principe risque de soulever des difficultés liées notamment à la nécessité de procéder à des vérifications constantes de la conformité entre les dispositions pénales communautaires et celles nationales. Une telle vérification est nécessaire afin de constater les appels aux systèmes pénaux nationaux dans le cas de création d'une incrimination nouvelle par l'OHADA. Elle permet également de lire les mouvements de retrait du système pénal comme en matière d'abus de biens qui a été défini d'une manière restrictive par l'OHADA. Il en a résulté sa décriminalisation partielle qui provoque l'arrêt des poursuites fondées sur les dispositions abrogées du fait de la rétroactivité des lois pénales plus douces.

### **C. Le principe de légalité et l'application des normes pénales communautaires**

L'OHADA a procédé d'une part à l'élargissement du champ spatial des infractions d'affaires qui ont quitté l'espace national pour l'espace communautaire et d'autre part au rétrécissement du champ infractionnel en décriminalisant certaines ou en abrogeant d'autres. Cela pose des problèmes d'application dans le temps (1) et dans l'espace (2) des normes communautaires.

#### **1. L'application des normes communautaires dans le temps**

A chaque fois qu'une loi criminelle modifie, abroge ou remplace une autre, il se pose la question de son application à des situations juridiques prenant naissance antérieurement à son entrée en vigueur mais déroulant leurs effets sous son empire. C'est le problème des conflits de lois pénales dans le temps. Il s'agit de voir s'il faut ou non faire rétroagir la nouvelle loi. La solution actuellement adoptée résulte d'un compromis dans le sens de la protection des droits et des libertés individuelles. C'est ainsi que la nouvelle loi jugée plus douce s'appliquera immédiatement aux faits, même ceux antérieurs à sa promulgation. Mais quand est-ce qu'une loi pénale est plus douce qu'une autre ? A quelle autre mesure-t-on la sévérité d'une loi pénale ?

En présence de deux lois d'incrimination, la rigueur respective des deux lois est facile à comparer : la plus sévère est « celle qui soumet à la répression la plus rigoureuse le fait actuellement poursuivi » [\(58\)](#). Cependant, l'OHADA n'ayant pas fixé de sanction, cette solution nécessitera la combinaison de la norme communautaire et de la nationale d'application pour déterminer la rigueur de deux incriminations.

A l'inverse, la loi pénale la plus douce est celle par exemple qui définit plus restrictivement ou abroge les éléments d'une incrimination déjà punissable. Ainsi, dans le cas de l'incrimination d'abus de biens sociaux, la définition plus restrictive de l'objet de l'abus par l'article 891 de l'AUSC apparaît comme un adoucissement et la loi nouvelle devrait, par conséquent, s'appliquer au Sénégal [\(59\)](#)

Outre la localisation des infractions d'affaires dans le temps qui pose parfois quelques difficultés, on peut s'intéresser aux effets de la loi pénale plus douce sur le procès en cours. A ce niveau, le prononcé d'une décision définitive sera le critère d'application ou non de la loi pénale. En effet, tant qu'il n'y aura pas de décision définitive, la loi plus douce pourra être appliquée. Mais si le juge a déjà rendu une décision définitive, la loi nouvelle, quelle que soit sa douceur ne sera pas appliquée aux faits considérés s'il s'avère qu'elle leur est postérieure.

## 2. L'application des normes communautaires dans l'espace

Depuis l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes en janvier 1998, les infractions d'affaires font l'objet d'une harmonisation du point de vue de leur incrimination dans toute la zone géographique constituée par les Etats parties au Traité OHADA. Elles devraient donc y être réprimées, sous réserve des sanctions édictées individuellement par les Etats, sur la base des mêmes textes d'incriminations. D'ailleurs, c'est la CCJA qui est compétente en dernière instance pour contrôler l'application des incriminations par les juridictions nationales des Etats parties. Ces dernières sont compétentes pour connaître d'une infraction lorsqu'elle est commise sur leur territoire. Ainsi, les juridictions congolaises seront compétentes quand l'infraction a été commise en RDC. Selon l'article 97 du Code judiciaire militaire, «*est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en République Démocratique du Congo* ».

Les juridictions congolaises sont aussi compétentes lorsqu'un citoyen congolais commet une infraction dans un autre Etat membre de l'OHADA en vertu des dispositions de l'article 100 du Code judiciaire militaire qui soumet dans cette hypothèse la compétence des juges congolais à la condition que les faits commis soient aussi réprimés par leur pays de commission. Dans l'espace OHADA, cette exigence devient sans intérêt du fait de l'unification des infractions d'affaires. Dès lors, en application du droit pénal communautaire, les juridictions deviennent compétentes en raison de la qualité de l'auteur du délit ou du lieu de commission de l'infraction.

Mais ces critères de compétence dans un espace harmonisé ne risquent-ils pas d'engendrer des conflits de compétence du fait de la mobilité des agents économiques et de la complexité des infractions ?

Il est de principe général en RDC *qu'aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu grâce*. Pourtant, ces difficultés éventuelles auraient pu être tournées par les Etats de l'espace OHADA à leur avantage par la création d'une structure chargée de centraliser la répression des infractions d'affaires. Ce serait un grand pas dans la lutte contre la criminalité transnationale et permettrait d'atténuer les conséquences de l'hétérogénéité découlant de la détermination de la sanction des infractions d'affaires par renvoi aux législateurs nationaux.

Mais, même si la technique de l'harmonisation par des Actes uniformes est considérée par certains auteurs comme «*séduisante et parfaitement adaptée à la situation actuelle pour de nombreuses matières juridiques où il s'agit plus de réduire les divergences existantes et d'éviter de futures que de faire une synthèse uniquement destinée à ménager les susceptibilités nationales*»<sup>(60)</sup> il n'en demeure pas moins qu'elle pose des problèmes liés notamment à la nécessité de procéder à une vérification générale et permanente de la conformité entre la législation communautaire et les législations nationales dans les matières qui font l'objet de l'harmonisation<sup>(61)</sup>.

### **§2. L'objet de l'harmonisation : les infractions d'affaires**

L'objet de l'OHADA, c'est l'harmonisation du droit des affaires, mais elle n'a pas procédé à la définition du droit des affaires. Est-ce parce que le droit des affaires est un droit «*qui ne se laisse pas aisément définir*»<sup>(62)</sup> ou parce que tout simplement, l'OHADA ne voulait pas avoir à regretter le choix d'un critère, ou d'une définition trop vague qui risquerait d'englober tout le droit privé ou trop restrictive pour prendre en compte tout le droit des affaires ? Toujours est-il que face à la difficulté, elle a choisi la prudence en procédant à une énumération non limitative des règles juridiques considérées comme entrant dans le domaine du droit des affaires pour l'application du Traité OHADA<sup>(63)</sup>. Ainsi, aux termes de l'article 2 du Traité OHADA, en vue de l'application du Traité, les matières retenues comme relevant du droit des affaires sont toutes celles qui sont 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*

[\(64\)](#).

On constate, cependant, que cette énumération est restrictive de la notion de droit des affaires. Il faut remarquer que d'autres matières qui relèvent du droit des affaires au sens étroit n'ont pas été prises en compte dans cette entreprise d'harmonisation. Il en est ainsi du droit de la consommation, du droit bancaire et cambiaire ... Si l'omission de certaines matières peut, dans une certaine mesure, s'expliquer par l'existence d'une réglementation communautaire antérieure (code CIMA en matière d'assurance, loi uniforme de l'UEMOA sur les instruments de paiement ...), il n'en est pas de même pour la majorité des autres matières occultées. L'OHADA aurait pu également s'intéresser aux matières relevant du droit économique comme la réglementation des prix, le droit fiscal, le droit minier, le droit douanier, le droit pétrolier, le droit des changes, le droit des investissements, le droit de l'environnement, etc.

De même façon, elle aurait pu faire référence aux infractions pénales de droit commun qui, lorsque certaines conditions sont réunies, deviennent des infractions d'affaires. C'est le cas du vol qui a eu pour cadre la société commerciale et pour protagonistes des agents de ladite structure commerciale.

Cependant, consciente de l'importance des matières occultées, l'OHADA a prévu, pour le Conseil des ministres, la faculté d'élargir la liste de l'article 2 en y ajoutant d'autres matières conformément à l'objet du Traité OHADA [\(65\)](#). Malgré cette brèche, il semble impérieux, sinon d'opter pour une conception claire et précise du droit des affaires, du moins d'adopter des critères explicites de choix des matières concernées par l'harmonisation. Ceci aurait le mérite d'éviter certains problèmes de légalité posés par l'adoption des normes communautaires issues des Actes uniformes.

## **Chapitre 3. L'HETEROGENEITE DES SANCTIONS**

En application de l'article 5 du Traité OHADA par lequel ils s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues par les contrevenants à la norme communautaire, les Etats membres de l'OHADA fixent le quantum des peines applicables. Chaque Etat y procède en fonction de paramètres qu'il lui revient de déterminer. Le choix de ne pas harmoniser les sanctions traduit à la fois l'option libérale qui sous-tend la législation de l'OHADA et les disparités économiques et parfois idéologiques en Afrique noire francophone. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater aujourd'hui une certaine hétérogénéité des sanctions pénales édictées par les Etats. Cette hétérogénéité s'accroît davantage du fait de l'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux (§2) tenus de déterminer les sanctions pénales (§1<sup>er</sup>). Il devient dès lors impératif de poser des principes directeurs communautaires pour orienter l'harmonisation des réponses pénales (§3).

### **§1. La détermination des sanctions par les Etats**

Par la méthode du renvoi législatif, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. C'est ce que Jacques BORE appelle «*une mobilisation du droit national au service du droit communautaire*»[\(66\)](#). Ainsi, les législateurs nationaux, puisqu'ils ont compétence à cet effet, déterminent les sanctions de leur choix. Chaque pays de l'espace OHADA est compétent pour prendre les lois pénales sanctionnant les incriminations contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA. Cela signifie que chaque pays de l'espace déterminera les sanctions en fonction de ses propres valeurs de référence. Cette option originale a fait l'objet des vives critiques par une partie de la doctrine qui en conteste la pertinence. Il importe d'étudier les justifications de l'attribution des compétences aux Etats (A) qui emporte d'importantes conséquences (B).

## **A. Les justifications de l'attribution de compétence aux Etats**

Le rattachement des peines aux législations nationales est une option contestable mais qui semble reposer sur des considérations ou raisons diverses et d'importance inégale qu'il est possible de présenter en distinguant entre elles selon qu'elles sont juridiques (1) ou économiques (2).

### **1. Les raisons juridiques**

La principale raison invoquée par l'exposé des motifs de la loi sénégalaise n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSC, c'est la différence de système pénal des Etats signataires du Traité OHADA[\(67\)](#). C'est à cet effet, toujours selon l'exposé des motifs, que la République Démocratique du Congo a la préoccupation de prévoir des peines conformes à son système pénal, par conséquent adaptées à ses valeurs et ses réalités. L'affirmation de Portalis selon laquelle «*la lecture des lois pénales d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées*» trouverait ici sa pleine signification[\(68\)](#).

L'OHADA a opté pour le système libéral et c'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'elle accorde une certaine liberté aux Etats dans le choix de leurs systèmes pénaux et, par ricochet, des sanctions encourues par les contrevenants à la norme communautaire.

Cependant, cette argumentation ne résiste guère à l'analyse car rien ne s'opposait à ce que les Etats mettent en harmonie leur conception philosophico-juridique en vue de mettre en place un dispositif répressif commun en laissant aux juges une marge d'appréciation permettant de moduler les peines prévues au moment de leur application en fonction des particularités de chaque espèce. C'est ce qui serait le plus conforme au mouvement d'harmonisation qu'ils ont enclenché.

D'autres arguments relatifs notamment à la rupture de l'égalité des justifications de l'OHADA devant les sujétions résultant des peines appliquées peuvent être invoqués. En effet, les Etats membres de l'OHADA ne sont pas à un même niveau de développement[\(69\)](#). Cette disparité économique des Etats se répercute sur le pouvoir d'achat des justiciables. Ainsi, le PNB/h du Gabon était de 4480 en 1992 alors que celui de la Guinée Bissau était de 210 à cette même date [\(70\)](#) Dès lors, soumettre le citoyen gabonais et le citoyen Bissau-guinéen à une même amende, par exemple, pour la violation de l'article 886 AUSC relatif à l'émission d'actions avant l'immatriculation de la société, heurterait le principe de l'égalité de ces deux justiciables devant la norme communautaire. D'un autre côté, la recherche d'une plus grande efficacité de la répression pénale justifierait que les normes soient rapprochées au maximum du citoyen. Il faut que les destinataires de la loi pénale sentent que celle-ci constitue l'expression de leurs profondes aspirations mais surtout de leur volonté propre.

Ainsi, sur le plan juridique, l'option du législateur de l'OHADA pourrait être soutenue mais en est-il de même sur le plan économique ?

## 2. Les raisons économiques

Selon l'article 1<sup>er</sup> du Traité OHADA, l'objectif poursuivi par cette institution est «*l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies*» (71). Cela signifie que les Etats parties au Traité OHADA, ont conscience qu'ils ne sont pas à un même niveau de développement. D'où des disparités économiques dont il faudrait qu'ils tiennent compte dans leur projet communautaire.

La justice a un coût, un prix qu'il faut payer chaque fois qu'on la réclame. La justice pénale étant le monopole de l'Etat, c'est à lui de la prendre en charge. Mais nos Etats ne sont pas riches. Et c'est pourquoi on pourrait interpréter la nationalisation de la sanction pénale comme une manière de faire respecter le droit issu de l'OHADA en fonction de leur capacité financière et économique à prendre en charge le phénomène criminel. La disparité flagrante des niveaux de développement des pays africains membres de l'OHADA semble être à la base du rattachement des sanctions aux législateurs nationaux. En pratique, cela signifierait, dans un Etat comme la Guinée Bissau, que les sanctions privatives de liberté qui seront consacrées seront fonction de capacité d'accueil des prisons de ce pays, que la décision d'emprisonner un dirigeant d'entreprise «*en délicatesse*» avec la loi pénale dépendra de la capacité de cet Etat de se passer des finances de ce «*White Colar criminal*» (72). Mais nos Etats ne risquent-ils pas de privilégier les sanctions pécuniaires (pour s'enrichir) au détriment des sanctions privatives de liberté ? En d'autres termes, la délinquance ne risque-t-elle pas de devenir un fonds de commerce à la disposition des Etats ? Ainsi, par la multiplication des amendes, la délinquance financera elle-même les politiques qui seront mises en œuvres par les Etats pour endiguer la criminalité. De ce fait, à défaut de neutraliser le phénomène criminel, les Etats tâcheront d'en minorer le coût économique. Cependant, il leur faudrait également maîtriser toutes les conséquences d'une telle option.

## B. Les conséquences de l'attribution de compétence aux Etats

L'OHADA n'a pas voulu ou n'a pas pu harmoniser les sanctions pénales pour des raisons que nous venons d'évoquer. Chaque Etat prendra donc les sanctions qu'il jugera opportunes selon les objectifs de répression qu'il se sera fixé et les moyens à sa disposition. Les Etats pourront mettre en place des législations pénales très tolérantes pour ne pas dire permissives ou, au contraire, d'une grande sévérité. Ceci risque de déboucher, du fait des disparités possibles entre les sanctions qui seront édictées dans les différents Etats parties (1) sur l'apparition de paradis pénaux (2).

### 1. Le risque de disparité des sanctions nationales

Il semble peu probable que les dix-sept Etats membres de l'OHADA choisissent une gamme identique de sanctions en application de l'article 5 du Traité OHADA. En tout cas les difficultés rencontrées dans l'adoption et la ratification des Actes uniformes ne le laissent pas supposer. Dès lors, à moins que certains Etats procèdent à une harmonisation de fait en s'inspirant fortement du droit français, il y aura autant de régimes de sanction que d'Etats. Ainsi, pour appréhender le droit pénal communautaire, le juriste devrait se référer à environ seize sanctions différentes pour chaque incrimination qu'il voudra étudier. L'investisseur devra également procéder de la sorte car il sait que, même si le droit de l'OHADA est taillé sur mesure pour la protection de ses capitaux, il pourrait toujours arriver qu'il transgresse la loi et s'expose à des sanctions pénales qu'il voudra certainement aussi légères que possible. Cet état de fait pourrait l'amener à choisir de s'implanter dans un pays où la réponse étatique face au phénomène criminel est la moins ferme. Il faut seulement espérer que la course aux investissements n'amènera pas certains Etats à vider leur droit pénal de toute son essence, à savoir son aspect sanctionnateur, pour être plus «*compétitifs*»



[\(73\)](#).

Mais il se pourrait que les Etats aillent non pas dans le sens de l'assouplissement mais dans celui de la rigueur car, faut-il le rappeler, le droit de l'OHADA cherche aussi et surtout à mettre un terme à l'insécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA.

Toujours est-il que selon leur propension à la rigueur ou à la flexibilité, les Etats choisiront les sanctions devant assurer le respect de la norme communautaire et il en découlera, certainement, une disparité des sanctions pénales. Dès lors, l'instinct de survie aidant, les délinquants potentiels pourraient s'installer dans le pays réputé plus clément, moins répressif. Ainsi, risquerait-on d'assister à l'exportation de la criminalité vers des pays qui apparaîtraient comme des «*paradis pénaux*»[\(74\)](#).

## 2. Le risque d'apparition de «paradis pénaux»

Les «*paradis pénaux*», encore appelés «*pays refuge*»[\(75\)](#) ou «*forum shopping*», seront constitués par ceux d'entre les pays de l'espace OHADA qui, pour diverses raisons adopteront les sanctions les moins lourdes et attireront par la même occasion les investisseurs peu enclins à se conformer aux prescriptions de la loi communautaire[\(76\)](#). Ce risque est grave puisque à terme pourrait se mettre en place de vraies multinationales du crime avec des pays exportateurs de la criminalité.

De la même manière que certaines sociétés procède pour s'en tirer à bon compte au plan interne, à la budgétisation des infractions qu'elles commettent en ouvrant des comptes destinés exclusivement à la prise en charge de leurs dépenses actuelles ou éventuelles nées de leurs activités délictuelles, les multinationales pourraient choisir le territoire de commission de leur forfait pour échapper à la rigueur de telle législation ou bénéficier de la douceur de telle autre. C'est d'ailleurs ce qui explique le développement de la criminalité transnationale avec notamment la complexité liée à la décentralisation du pouvoir de décision et la dispersion des acteurs (acteurs, complices, commanditaires ...) dans un espace interconnecté.

De ces considérations, il résulte que la dévolution de compétence aux législateurs nationaux pour la détermination des sanctions attachées aux infractions contenues dans les Actes uniformes, même si elle peut être défendue au fond, pose des problèmes de politique criminelle dont l'acuité pourrait encore longtemps alimenter la réflexion et la recherche. L'apparition des paradis pénaux, faute d'unification des sanctions pourrait conduire à ce résultat absurde qu'en cas de pourvoi en cassation portant sur une infraction pénale, celui-ci soit partagé entre la CCJA compétente pour apprécier si le délit est constitué, et la cour de cassation nationale compétente pour apprécier la légalité de la sanction[\(77\)](#)

En tout état de cause, le juge dispose, dans la fixation de la peine, du fait de la richesse de la gamme des sanctions qui peuvent être édictées, d'un important pouvoir d'appréciation. Mais cet accroissement de ses pouvoirs l'expose à certaines pressions et exige de lui une claire conscience de sa mission, un sens aigu de la justice et une technique affinée du droit. Ce qui est d'autant plus nécessaire que les textes législatifs sont souvent imprécis et lacunaires du fait notamment de l'encadrement insuffisant des parlements nationaux.

## §2. L'insuffisance de l'encadrement des parlements nationaux

Absents de tout le processus d'élaboration des normes communautaires, les parlements nationaux sont pourtant chargés de voter les règles destinées à faire respecter les Actes uniformes. Pour y procéder efficacement, il leur faut une certaine maîtrise des tenants et des aboutissants de chacune des dispositions communautaires. Mais ce qu'on remarque, c'est qu'ils ne sont même pas représentés dans les comités nationaux OHADA. Ce qui laisse entrevoir une certaine exclusion des parlements nationaux de l'œuvre d'harmonisation. Détenteurs d'une compétence résiduelle de fixation du quantum des peines encourues, les représentants des

nations se retrouvent obligés, du fait de leur inaptitude à appréhender le droit de l'OHADA sous ses différents aspects, de voter sans vraiment les discuter ou, encore moins, les amender, les projets de lois qui sont préparés par les directions des affaires criminelles ou les services des Ministères de la justice. Il en résulte un dessaisissement *de facto* des parlements nationaux de leurs compétences législatives en droit des affaires au profit des pouvoirs exécutifs. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les inquiétudes de M<sup>e</sup> DOUDOU NDOYE qui s'interroge sur la nécessité d'une institution qui «*dénie aux peuples africains un minimum de contrôle sur les choix relatifs à leur destin ...*»<sup>(78)</sup>

Dans les cas où la loi nationale est le résultat d'une proposition de loi, donc d'une initiative parlementaire, il risque de se poser des problèmes d'adéquation entre les buts visés par l'OHADA, les moyens à sa disposition et les dispositions nationales d'application. L'exemple le plus patent est donné par le déphasage entre les objectifs d'harmonisation et la disparité des sanctions édictées par les Etats au risque de créer des paradis pénaux. Et lorsqu'elle résulte d'un projet de loi, c'est le contrôle parlementaire qui risque de ne pas être correctement exercé. C'est pourquoi, il est impératif de poser des principes directeurs <sup>(79)</sup>communautaires pour orienter les politiques législatives nationales.

### **§3. La nécessité de poser des principes directeurs communautaires**

L'harmonisation est un processus qui consiste à consacrer les convergences et à rapprocher les divergences. A cet effet, il faut des règles juridiques et des valeurs communes qui servent de référence. Ce sont des principes directeurs. Ces derniers sont d'autant plus nécessaires que du fait de l'option communautaire, l'ordre juridique nouveau a créé des bouleversements ou, tout au moins, des changements dans les ordres juridiques internes posant ainsi des problèmes d'articulation entre le premier et les derniers. Ces principes directeurs peuvent être, selon la distinction qui a été opérée par le Pr. DELMAS-MARTY<sup>(80)</sup> :

- Des «*principes directeurs de confluences*» lorsqu'ils tendent à consacrer des confluences<sup>(81)</sup> Par exemple, la reprise par l'OHADA des dispositions qui ont été consacrées par l'ensemble des Etats parties au Traité OHADA. D'ailleurs, ces principes pourraient être fondés sur ce que les concepteurs de l'OHADA appellent «*les traditions juridiques communes*» inspirées ou imposées par la France et la Belgique principalement<sup>(82)</sup>;
- Des principes directeurs de synthèse «*qui tendent à concilier des divergences de conception*»<sup>(83)</sup>. Ces derniers sont plus en adéquation avec l'option libérale qui caractérise l'OHADA. Ces divergences de conception sont aplanies lorsque l'on aboutit à une définition commune des institutions qui font l'objet de divergences ;
- Des règles supplétives lorsqu'il s'agit de combler des lacunes constatées. Ces lacunes pouvant découler de l'évolution économique et juridique ou tout simplement sociale. La consécration par l'OHADA de la société anonyme unipersonnelle semble bien procéder de cette volonté de combler les lacunes constatées dans certains domaines du droit des affaires comme c'est le cas en matière de responsabilité où on attend encore la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales.

[1] P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., *Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA*, Bruxelles, édition Bruylant, p. 227.

[2] Voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, édition du Seuil, 1994, p.240, selon qui

«l'harmonisation ne veut pas dire unification. Elle admet les différences et les ordonne».

[3] Voir P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., *op. cit.*, pp. 119 à 144 ; M. KOM KAMSU, *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999, 135 p.

6 .Art 2 du traité du 17 octobre 1993 relatif a l,harmonisation des Droit des affaires en Afrique

[5].P.G.POUGOUE,F. ANOUKAHA,J. NGUEBO et ali., *op. cit.*, p.225.

[8] P.G. POUOUE, F. ANOUKAHA, et J. NGUEBOU, *L'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique annoté et commenté*, jurisclope, paris, p. 378.

[9] Il faut se souvenir que les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle encore applicable dans certains Etats membres de l'OHADA tels que le Cameroun, avaient institué la règle de la solidarité de prescription des actions civile et publique. Ainsi, contrairement à sa prescription normalement trentenaire, l'action civile se prescrivait en même temps que l'action publique par un an, trois ou dix ans selon qu'il s'agissait d'un fait qualifié de contravention, de délit ou de crime.

L'innovation de l'Acte uniforme quant à la prescription ne pourra donc concerner que les comportements répréhensibles qui seront qualifiés de contraventionnels par les législateurs nationaux. A l'avenir, l'action y relative se prescrira non plus par un an, mais par trois ans.

[21] P.G.POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et Al, *op.cit*, p.227.

[22] Voir M.DELMAS-MARTY, *op.cit*, p.240, selon qui « l'harmonisation ne veut pas dire unification. Elle admet les différences et les organes ».

[23] D.J. MUANDA NKOLE WA YAHVE, *L'Escroquerie et la distribution des dividendes fictifs en droit pénal des sociétés issu de l'Ohada : esquisse d'une théorie de droit pénal Congolais des Sociétés*, FENACO, Kinshasa, p.9.

[24] L. JIMENEZ DE ASUA Cité par Fr. TULKENS et M.V DE KERCHOVE, *Introduction au Droit Pénal : aspects juridiques et criminologiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Story Scientia , Bruxelles, 1999, p.278.

[25] Idem , p.298.

[26] NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Droit Pénal Général Zaïrois*, 1<sup>ère</sup> éd.,DES, Kinshasa, 1989, p.145.

(27) *Idem*, p.146.

(28) Fr. TULKENS et M. V. DE KERCHOVE, *op.cit* p.324.

(29) NYABIRUNGU MWENE SONGA, *op.cit*, p.255.

(30) KALATA, *La responsabilité pénale dans le droit des affaires ohada*, in [www.google.com](http://www.google.com), p.5.

(31) KALATA, *op.cit*, p.6.

(32) *Idem*.

(33) TROUSSE Cité par Fr. TULKENS et M.V. DE KERCHOVE, *op.cit*, p.387.

(34) NYABIRUNGU MWENE SONGA, *op.cit*.p 331.

(35) NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Droit pénal général Zaïrois*, 2<sup>ème</sup> éd., DES, Kinshasa, 1995, p. 180.

(36) *Idem*, p.206.

(37) KALATA, *op.cit*, p.10.

(38) *Idem*.

(39) Lire à ce sujet le Professeur MUANDA, *Comprendre le Droit Pénal des Sociétés issu de l'ohada*, Cerda, Kinshasa, 2011.

(40) Article 241 de l'Acte Uniforme relatif à la procédure collective d'apurement de passif, in. J.o.ohada, n° 3, 1998.

(41) Lire à ce sujet MUANDA NKOLE, *Comprendre le droit pénal des sociétés issu de l'Ohada*, Cerda, Kinshasa, 2011.

(42) Article 1<sup>er</sup> du traité de l'Ohada.

(43) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, « *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », in *juriscope*, 3<sup>ème</sup> éd, paris, 2008, p.28.

(44). Article 6 du traité ohada.

(45) Article 10 du traité ohada.

(46) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit, p.29.

(47) Idem.

(48) Article 8 du traité ohada.

(49) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit, p.30.

(50) Avis n°001/2003 de la Cour de justice de l'UEMOA Cité par B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit, p.32.

(51) Arrêt Factortame, Affaires C-213/89 de la Cour de Justice de la Commission Européenne cité par B. GUEYE et S. NOUROU TALL, Idem.

(52) Avis consultatif de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage 001/2001 du 30 Avril, in [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org).

(53) B.GUEYE et S. NOUROU TALL, op.cit.p.34.

(54) Ce que l'Institution de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature devrait permettre d'assurer.

(55) MERLE et VITU, *Traité de droit criminel : les principes généraux de la science criminelle*, Tome 1, 6<sup>ème</sup> éd, Cujas, 1984.

(56) Brocard latin : *inclusio inuis, exclusio alterius*.

(57) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al, Op.cit., p.229.

(58) MERLE et VITU, op.cit., p.245.

(59) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al.,op.cit.,p.230.

(60) J.ISSA-SAYEGH, « *Aspect techniques de l'intégration juridique des Etats Africains de Zone franc* », in Communication à la session de formation du CFJ de Dakar du 27 au 30 Avril 1998, sur le thème : Ohada, un droit régional en gestation

(61) P.G. POUGOUE , F. ANOUKAHA, J. NGOUEBOU et al. , po. Cit. , p. 232.

(62) Y. REINHARD, *Droit commercial*, paris, Litec, 3<sup>e</sup> éd. , 1993, p. 4.

(63) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit., p.232.

(64) Article 2 du traité de l'Ohada.

(65) C'est par exemple actuellement, deux projets d'Actes Uniformes sont en Cours d'élaboration ; il s'agit des projets d'Actes Uniformes sur des contrats et sur le droit du travail.

(66) J.BORE, « *la difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire* », in mélange à l'honneur d'André Vitu, droit pénal contemporain, Cujas, 1989, pp. 25.49.

(67) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGOUEBOU et al., op.cit., p.234.

(68) Idem.

(69) Voir à ce propos S.E. je juge Mohamed BEDJAOUI , « *Remarques conclusives* », in Acte du 8<sup>ème</sup> Congrès Annuelle de la SADIC sur le thème : l'Intégration régionale est-elle une solution aux problèmes économiques de l'Afrique ?, le Caire, du 2 au 4 Septembre 1996.

(70) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGOUEBOU et al., op.cit p.235.

(71) Article 1<sup>er</sup> du traité Ohada.

(72) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.236.

(73) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.236.

(74) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.237.

(75) DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires, partie générale : responsabilité, procédure, sanction*, Tome 1, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 1990.

(76) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.237.

[\(77\)](#) D.J. MUANDA NKOLE WA YAHVE, op.cit., p.69.

[\(78\)](#) DOUDOU NDOYE, “ *le traité relatif à l’Ohada, la constitution Sénégalaise et les principes des droits processuel* », in revue EDJA, n°22, Juillet Septembre 1994, p.15.

[\(79\)](#) Sur la question, voir M. DELMAS-MARTY, op.cit., p.130.

[\(80\)](#) M.DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit : chances et risques*, 1999,p. 43 et s.

[\(81\)](#) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.239.

[\(82\)](#) Idem.

[\(83\)](#) P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU et al., op.cit.p.239.