



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Organization for the Harmonization of Business Law in Africa
Organización para la Armonización en Africa de la Legislación Empresarial
Organização para a Harmonização em Africa do Direiton dos Negocios

ECOLE REGIONALE SUPERIEURE
DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA)

FORMATION DES MAGISTRATS ET AUXILIAIRES DE JUSTICE

Thème : « L'état de l'application du Droit pénal des affaires OHADA dans les Etats-Parties ».

du 24 au 27 juillet 2012

LES SANCTIONS DES INCRIMINATIONS PENALES DEFINIES DANS LES ACTES UNIFORMES

Dr. DIARRAH Boubacar Sidiki,

*Magistrat, Chargé de cours à l'Université
de Bamako, Président de la Commission*

Nationale OHADA

(Mali)

**COMMUNICATION A LA SESSION
DE FORMATION DE L'ECOLE
REGIONALE SUPERIEURE DE LA
MAGISTRATURE (ERSUMA) PORTO
NOVO (BENIN)**

**LES SANCTIONS DES INCRIMINATIONS
PENALES DEFINIES DANS LES ACTES
UNIFORMES PAR LE DROIT PENAL INTERNE
DES ETATS**

25/07/2012

**Dr BOUBACAR S DIARRAH MAGISTRAT
CHARGE DE COURS A L'UNIVERSITE DE BAMAKO
PRESIDENT DE LA COMMISSION OHADA DU MALI**

La globalisation s'empare du droit et provoque en lui des phénomènes de brassage, d'interconnexion, de transversalité qui transforment sa morphologie. Dans la globalisation juridique, les hiérarchies normatives deviennent plus complexes. La répartition des rôles entre droit international et droit interne devient moins claire. L'Etat partage avec d'autres acteurs, publics ou privés, la fonction de production des normes, sa maîtrise sur le droit décline de manière générale. La globalisation juridique est un défi à la centralité juridique de l'Etat, à la territorialité du droit, voire à la différenciation des systèmes juridiques nationaux. Elle perturbe les catégories dans lesquelles les réalités juridiques sont habituellement classées et transforme les pratiques du droit.

« L'intégration juridique est souhaitable voire nécessaire, pour plusieurs raisons :

l'unité du droit a pour première conséquence de réaliser un environnement juridique commun en atténuant, voire en éliminant les distorsions entre les systèmes juridiques qui créent des conditions de concurrence commerciale et industrielle inégales et peuvent provoquer des déséquilibres économiques et sociaux importants d'un pays à un autre (...) »¹.

L'émergence de l'espace communautaire a eu pour effet la cohabitation de la législation communautaire et de la législation nationale. Cette situation s'est traduite par l'avènement d'un droit communautaire aux contours quelque peu ténébreux opérant quelquefois des renvois au droit national pour son effectivité, ce qui souvent a évolué vers une impasse caractérisée par la coexistence de textes ambigus.

La cohabitation se complique d'autant plus que la législation communautaire procède le plus souvent à des renvois à la législation nationale et les sanctions pénales sont restées hors du champ d'application de l'OHADA. A ce propos l'article 5 du traité OHADA dispose : « (...) *Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ».

Aux termes de cet article l'OHADA ne détermine que les incriminations et les sanctions sont laissées à l'appréciation souveraine des Etats. Cette attitude ne facilite pas la recherche des règles de fond applicables en matière de délinquance d'affaires dans les Etats parties.

¹ / Joseph Issa Sayegh, Jacqueline Lohoues Oble, **Harmonisation du droit des affaires**, collection **droit Uniforme africain**, Ed. Bruylant 2000. P. 42.

I/ L'INDETERMINATION ET L'IMPRECISION DES SANCTIONS PENALES FILLES DE L'INSECURITE JURIDIQUE

L'assertion de Keba M'Baye² à la veille de l'harmonisation du droit des affaires OHADA selon laquelle « *le droit des affaires se présente dans les pays africains de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièce et de morceau. Entre cette diversité de textes, l'on note également leur inadaptation au contexte économique actuel* », convient à la situation présente du droit pénal des affaires dans l'espace OHADA.

L'insécurité juridique se traduit par l'hétérogénéité des sources du droit applicable. Les premières interrogations des pères fondateurs de l'OHADA demeurent malgré l'harmonisation en demi-teinte³, à savoir comment sécuriser le monde des affaires si les sanctions infligées aux délinquants d'affaires diffèrent d'un pays à un autre.

L'article 5 du traité OHADA dispose que les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénales, les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues.

Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties en dépit de toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure⁴.

La délinquance d'affaires est donc sanctionnée par deux textes dans les Etats, l'un communautaire fixant les incriminations, l'autre national déterminant les sanctions.

Le texte d'incrimination peut être incompatible avec le droit interne ou entraîner la modification des composantes de l'infraction. Le texte communautaire dont la violation est pénalement sanctionnée renvoie lui-même à un autre texte national, au point que de renvois en renvois, il devient pratiquement impossible de déterminer avec précision les éléments constitutifs de l'infraction.

Cette situation entraîne une difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires

^{2/} Keba M'Baye Acte du séminaire international du droit des affaires dans la zone franc, Abidjan 19 et 20 octobre 1993.

^{3/} Terme empruntée à OKEMBA NGABONDO Gérard Jérôme, OHADA : Pourquoi l'application en demi-teinte ? Bulletin OHADA, n°4 février – mars 2001, p 10, Club OHADA Brazzaville.

^{4/} Article 10 du traité.

dans l'espace OHADA⁵. Traditionnellement, en droit pénal l'incrimination et la sanction encourue sont contenues dans le même texte⁶.

« L'éclatement de l'élément légal de l'infraction qui résulte de la distinction des normes de sanction conduit tantôt à un affaiblissement du principe de légalité tantôt à une disparité des sanctions applicables. Il s'y ajoute que les termes utilisés sont parfois tellement imprécis que la recherche de la loi nationale édictant la sanction relève d'un parcours du combattant. C'est ce qui explique que cette rencontre se révèle aussi source de difficultés »⁷.

Il s'opère ainsi un partage de compétence entre la communauté qui peut définir les éléments matériels et moraux de l'infraction et les Etats parties qui déterminent les sanctions pénales que les auteurs encourent. Ainsi le droit pénal des affaires se trouve éclaté en deux compétences. Cette dualité de compétences n'est pas sans présenter des inconvénients.

D'abord elle oblige les Etats parties à prévoir des sanctions pour des incriminations adoptées par la communauté, à défaut les incriminations risquent de demeurer lettre morte. Ensuite elle risque d'entraver l'œuvre d'harmonisation dans la mesure où les infractions sont sanctionnées différemment par les Etats parties.

Cette situation introduit des disparités dans la classification des infractions selon que les Etats adoptent pour une même infraction des sanctions criminelles, délictuelles ou contraventionnelles⁸.

Cette disparité rejaillit sur le traitement de la délinquance d'affaire dans l'espace OHADA. La délinquance d'affaires est régie par le droit pénal des affaires, dont un pan entier notamment les sanctions pénales sont restées hors du champ d'application de l'O.H.A.D.A pour des raisons de « souveraineté ».

⁵/ N°Diaw DIOUF, Actes Uniformes et droit pénal des Etats signataires du traité OHADA la difficile émergence d'un droit communautaire des affaires dans l'espace OHADA, Revue Burkinabé de droit n°spécial 2001.

⁶/ J. Pradel, Droit Pénal Général, Cujas 2^{ème} édition 1999, n°138 et s P. 37.

⁷/ N°Diaw Diouf, op. cit.

⁸/ Joseph Issa Sayegh, Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA : Revue de droit Uniforme, 1999, 1, P5.

Cette situation est un obstacle pour un bon traitement de la délinquance d'affaire. Il arrive que certains dirigeants se cachent derrière les rideaux des sociétés commerciales pour enfreindre la loi, parce que convaincus de l'impunité.

Les règles pénales sont de plus en plus instables et d'une qualité technique souvent discutable. Il arrive qu'elles se superposent ou se contredisent notamment sous l'influence du droit communautaire.

Elles sont de plus en plus d'interprétation et d'appropriation difficiles. Une incertitude qui ne favorise pas les affaires comme l'a constaté Montesquieu : « *les lois inutiles affaiblissent celles qui sont nécessaires* »⁹.

« *Le droit pénal des affaires est un signe des temps. Le monde a rapidement connu une transformation exponentielle liée à l'apparition des progrès de la technologie, des interdépendances des systèmes économiques. A son échelle l'étude du droit* »¹⁰.

En vue de donner corps à un droit pénal OHADA les législateurs sénégalais et camerounais ont adopté les textes ci-après :

- loi n°98-22 du 26 mars 1998 (Sénégal) portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif au droit de sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique ;
- loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 (Cameroun) portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes (OHADA).

L'état des lieux de la législation pénale des affaires fait ressort le constat qu'il existe des infractions dans les codes nationaux qui n'existent pas et n'ont même pas d'équivalent dans les actes uniformes. L'étude de ces infractions nous révèle qu'elles ne contredisent pas le droit unifié. Dès lors ces infractions doivent être maintenues comme telles dans le droit national et s'ajoutent aux infractions retenues par l'acte uniforme.

Ainsi un Etat partie peut avoir une législation répressive beaucoup plus importante que celle contenue dans les actes uniformes. Cela pourrait être source de disparités regrettables.

⁹/ Montesquieu cité par Yves Guyon, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires : pouvoirs, bilan critique ; Droit pénal*, n°55, 1990, P. 41.

¹⁰ /Wilfrid Jeandidier, *Droit Pénal des affaires*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1996, P.44.V/ Wilfrid J., *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} édit., Dalloz, 2005, 680 p.

Certaines infractions prévues par les dispositions de droit interne sont identiques à des infractions prévues par l'acte uniforme. Cette catégorie ne présente aucune difficulté, les infractions étant identiques elles reçoivent application en droit interne.

Les incriminations établies par les actes uniformes présentent des nuances parfois même des différences avec celles retenues par le droit interne. Dans ce cas, seules doivent être retenues les infractions contenues dans les actes uniformes. Il existe certaines infractions dans le droit national qui ne constituent pas des incriminations au regard du droit uniforme de l'OHADA. Il s'agit donc d'infractions propres au droit domestique.

Au regard de l'article 10 du traité OHADA, ces infractions dès lors qu'elles ne sont pas contraires au contenu des actes uniformes doivent être maintenues et trouver application en plus des infractions prévues et réglementées par les dispositions de l'OHADA.

Les infractions retenues par les actes uniformes OHADA qui n'existent pas dans le droit interne doivent être intégrées dans les dispositions internes répressives.

« Si dans certains cas l'intervention du législateur national est nécessaire dans d'autres elle ne l'est pas puisque les textes qui existent déjà permettent de sanctionner le comportement considéré »¹¹.

D'où l'impérieuse nécessité de mettre en harmonie la législation pénale interne avec les incriminations communautaires.

¹¹/ N'Diaw DIOUF, Actes Uniformes et Droit pénal des Etats Signataires du Traité de l'OHADA : La difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA : Revue Burkinabé de droit n° spécial 2001, P. 63-73.

II/ L'INELUCTABLE REGLEMENTATION DES SANCTIONS PENALES DOMESTIQUES

Dans l'élaboration des mesures d'application, la formule appropriée doit être celle par laquelle les textes nationaux font référence par un renvoi aux dispositions communautaires originaire ou dérivée. Cette technique permet de rappeler la règle appliquée et respecte la nature et l'autonomie et se révèle être une technique de la reproduction de la mesure communautaire dans un texte national et conduit à une « nationalisation » susceptible d'entraver le jeu de la primauté et du renvoi préjudiciel¹².

Cependant « *la multiplication des références aux dispositions communautaires pouvant rendre le texte national incompréhensible, la méthode de la reproduction doit être acceptée dès lors qu'elle ne crée pas de confusion quant à l'effet direct du règlement(...)* »¹³.

Les Etats parties sont contraints de mettre à la disposition des normes communautaires l'ensemble du dispositif législatif, réglementaire et institutionnel en vue d'assurer le respect et l'application de l'ordre juridique. Il revient sans aucun doute à chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de déterminer les règles de procédure susceptibles d'assurer la sauvegarde des droits résultant de l'applicabilité et de l'effet direct du droit communautaire.

Le renvoi au droit national engendre comme conséquence immédiate que l'efficacité de la norme communautaire est tributaire de la typologie des solutions juridiques dégagées dans l'ordre national. Il est constant que le concept de l'autonomie procédurale et institutionnelle entraînera une diversité de traitement du droit communautaire selon l'Etat membre dans lequel les droits conférés sont examinés.

Le principe du traitement national signifie que les voies de droit national doivent être mises sans discrimination à la disposition du droit communautaire c'est-à-dire que l'exercice d'un droit communautaire à travers l'environnement national ne doit pas être soumis à des conditions plus rigoureuses que l'exercice du droit correspondant purement national. Il s'ensuit bien sûr que « *tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé* »

^{12/} C.J.C.E. 10.11973, Variola, aff.34/73, Rec, 990.

^{13/} BERGEL (J.L., sous la direction de), *Méthode d'intégration du droit communautaire au droit français, Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, 194.4.

pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national »¹⁴.

Cette situation interroge la place du droit pénal dans le droit communautaire¹⁵. Il est constant que le droit pénal a pour objet de définir les règles qui président à la commission de l'infraction et à la répression. Le but du droit pénal est la défense de la société contre des comportements interdits. Il permet à l'Etat d'organiser une réponse aux phénomènes criminels.

Le droit pénal est un droit régalien qui révèle l'expression de la souveraineté étatique.

Cependant on ne peut exclure, en droit pénal, l'intervention des conventions internationales, mais elles portent en général sur les points de procédure tels que l'extradition, l'entraide judiciaire, ou de droit pénal spécial tels définitions uniformes de l'infraction. Le droit pénal n'est que peu touché par les normes internationales.

En principe les institutions communautaires n'ont pas d'influence en droit pénal, qui reste un domaine réservé des Etats membres. On constate cependant des limites à ce principe c'est le cas de l'incrimination par renvoi qui fait dépendre une norme pénale interne du contenu d'une norme communautaire.

La Cour de justice des Communautés Européennes¹⁶ a décidé que la communauté Européenne *« avait compétence pour prendre les mesures en relation avec le droit pénal nécessaires pour assurer l'effectivité du droit communautaire »*. Il s'agit de définir des sanctions pénales pour la lutte contre la fausse monnaie, la corruption, le transit entre autres domaines sur lesquels l'Union Européenne a compétence, et donc, sur lesquels le droit communautaire prime sur les droits nationaux.

« Le droit communautaire peut –il se construire dans le droit pénal ? Une réponse négative s'impose, si l'on en juge par l'expérience vécue en Europe. Les auteurs qui se sont intéressés à la place du droit pénal dans la construction européenne ont toujours mis l'accent sur la rencontre du droit pénal avec le droit communautaire, pour relever que cette rencontre qui

¹⁴/ C.J.C.E., 7 juillet 1981, Aff. Rewe, 158/80, Rec.1805.

¹⁵/ Terminologie empruntée à N'Diaw Diouf : **la place du droit pénal dans le droit communautaire RSDA** numéros 4, 5, 6 et 7, 2007 .

¹⁶/ Arrêt en date du 09 décembre 2005, communiqué de presse MEMO/05/437.

est inévitable, se révèle souvent difficile. Cela s'explique aisément : il faut parfois sanctionner pénalement les atteintes aux intérêts protégés par le droit communautaire ; or les Etats qui s'engagent dans l'œuvre de construction de la Communauté acceptent difficilement d'abdiquer leur souveraineté en matière de détermination des comportements constitutifs d'infraction et de fixation des peines à les appliquer »¹⁷.

Ramu de Bellescize commentant l'arrêt CJCE du 13 septembre 2005¹⁸ déclarait : « *la souveraineté des Etats en matière pénale vient d'être écornée par les magistrats européens. Jusqu'au 13 septembre 2005 le droit pénal relevait de la compétence des Etats membres. Par un phénomène de communautarisation rampante, la Cour de justice des communautés européenne (CJCE) dans l'arrêt commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne a fait partiellement rentrer ce droit dans l'escarcelle de l'Union européenne. Elle a jugé que la Communauté avait le droit de proposer des sanctions pénales lorsque ces dernières lui permettaient de faire respecter sa législation* ».

En l'espèce le 27 janvier 2003, le Conseil adoptait à l'unanimité de ses quinze membres une décision – cadre par laquelle il obligeait les Etats à adopter de façon concertée des sanctions pénales à l'encontre des auteurs d'atteintes à l'environnement. L'union européenne entendait réagir à l'augmentation préoccupante des infractions commises au détriment de l'environnement.

Mireille DELMAS MARTY¹⁹ affirmait : « *le droit pénal est le symbole le plus éclatant de la souveraineté nationale, or c'est peut être en droit pénal que l'internalisation du droit se manifeste avec le plus de vigueur. Bien au-delà d'une simple coopération interétatique, la construction européenne dessine pour l'avenir les traits d'une harmonisation, ou même d'une unification, autour de l'institution d'un ministère public européen, dans des secteurs où les intérêts à protéger sont européens par nature (protection des intérêts financiers de l'Union européenne contre diverses fraudes, protection de l'euro ou de la marque communautaire contre les contrefaçons) (...)* »

¹⁷/ N'Diaw Diouf op. cit. p. 1

¹⁸/ Ramu de Bellescize, Arrêt du 13 septembre 2005, Droit pénal n°12, Décembre 2005.

¹⁹/ Les contradictions du droit pénal in la place du droit pénal dans la société contemporaine Rev. Sc. Crim (1), janv – mars 2000, p.3.

La communautarisation du droit a entraîné un transfert de compétence de l'Etat dans plusieurs domaines : législatif, judiciaire et exécutif.

Le droit pénal classique s'est métamorphosé surtout au niveau de l'élément légal de l'infraction. *« Cette dilatation de la légalité criminelle se manifeste d'abord au niveau des sources. D'un point de vue externe, le développement du droit international et du droit européen entame progressivement l'autonomie et la souveraineté des parlements nationaux en matière pénale, que ce soit sous la forme d'incriminations et de sanctions nouvelles dont l'introduction a été rendue obligatoire par l'effet d'engagements internationaux, ou sous la forme d'une neutralisation de certaines dispositions internes par des normes internationales auxquelles elles n'apparaissent plus conformes »*²⁰.

Le principe de légalité suppose que la loi pénale est d'interprétation stricte et restrictive. *« Tout acte contraire à l'ordre social, aussi grave soit-il n'expose pas nécessairement son auteur à une sanction pénale. Pour donner lieu à répression, il faut qu'il ait été incriminé par la loi. Seuls constituent des infractions punissables les actes prévus et punis par la loi (crime et délit) ou par un règlement (contravention). Dès lors, le juge ne saurait être autorisé à interpréter largement une disposition pénalement sanctionnée, car cela reviendrait à lui permettre de créer une norme »*²¹. La loi pénale est une manifestation de la prérogative de la puissance publique. L'emprise de la justice pénale s'étend sur le territoire national.

Il revient au législateur d'ériger un comportement, une action ou une omission en infraction. En l'absence de texte ou d'autre instrument juridique la relaxe s'impose de droit. L'infraction ne se présume point. Elle trouve son fondement dans un support textuel.

*« Il arrive que, par suite d'un oubli du législateur ou par suite de l'emploi d'une peine par référence à un texte postérieurement abrogé, des faits incriminés par la loi ne se trouvent frappés d'aucune peine. Le juge ne peut pas se substituer au législateur défaillant. On est en présence d'une loi imparfaite et aucune sanction ne peut être prononcée par analogie ou tout autre raisonnement. »*²².

Le principe de légalité concerne aussi bien la définition des infractions que les peines applicables. Le choix est laissé au juge national en ce qui concerne le type de sanction à

²⁰/ Michel Van de Kerchove, *une légalité dilatée in la place du droit pénal dans la société contemporaine*, Rev. Sc. Crim (1), janv. – mars 2000, p. 8.

²¹/ Gaston Stéfani, George Levasseur, Bernard Bouloc *Droit pénal général*, Dalloz 1997, P. 119. V/ Bernard Bouloc, Georges Levasseur, Gaston Stéfani 19^{ème} éd, Dalloz 2005, 702 P ;

²²/ Georges Levasseur, Albert Chavanne, Jean Montreuil, *Droit Pénal Général et Procédure Pénale*, 11^{ème} Edition, Sirey 1994, P41.

infliger ainsi que le quantum de la peine. Mais il arrive que le législateur communautaire donne des injonctions et cible la peine applicable. C'est le cas de l'article 236 de l'acte uniforme organisant les procédures collectives qui renvoie aux peines de la banqueroute simple ou de la banqueroute frauduleuse.

L'intervention timide du droit pénal entraîne l'affaiblissement du principe de légalité.

La pénalisation par référence entraîne un affaiblissement²³ considérable de la légalité pénale. Le droit communautaire renvoie aux législations nationales pour la fixation des sanctions. Il s'arroge le droit de déterminer les incriminations. Cette situation n'est pas sans poser problèmes, car il arrive que certains renvois ne correspondent pas avec la situation existante dans le droit national, les dénominations changeant d'un pays à un autre. Ce qui est contraire au principe de la légalité pénale, condition d'existence du droit criminel. Le principe de légalité prescrit l'adoption de normes de droit pénal claires, précises et sans équivoque pour éviter l'injustice et l'arbitraire.

En ce qui concerne les peines, le législateur doit les fixer de manière limpide et déterminer la fourchette minimum et maximum pour permettre aux citoyens d'être informés sur les conséquences éventuelles de leurs actes. L'incrimination doit être fixée de façon rationnelle et précise et non de façon imprécise ou ambiguë. Les articles 243 et 244 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives²⁴ illustrent ce propos. L'article 243 énonce : « *est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie pour les infractions commises par une personne faisant appel au public au préjudice d'un loueur, dépositaire, mandataire, constituant de nantissement, d'un prêteur à usage ou maître d'ouvrage, tout syndic d'une procédure collective qui :*

- exerce une activité personnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements ;

- dispose du crédit ou des biens du débiteur comme ses siens propres ;

- dissipe les biens du débiteur ;

poursuit abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur ; en violation des dispositions de l'article 51 ci-dessus, se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur. ».

^{23/} Terminologie empruntée à N'Diaw Diouf op. cit.

^{24/} Cet acte uniforme a été adopté le 10 avril 1998 J.O. OHADA n° 7, 01/07/98, P.1 et s.

L'examen de cet article montre à suffisance qu'il s'agit de l'abus de confiance. Or à regarder de très près ces incriminations n'ont presque pas d'équivalent dans le droit national. Pour illustration l'article 282 du code pénal malien dispose : *« est qualifié abus de confiance le détournement frauduleux commis au préjudice du propriétaire ou du détenteur d'une somme d'argent, d'un document ou d'un objet mobilier quelconque, qui aurait été confié à quelque titre que ce soit par ledit propriétaire ou détenteur à l'auteur du détournement, à charge, par celui-ci, de le rendre ou de le représenter.*

Quant à l'article 244 du même instrument juridique il dispose que *« est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable, le créancier qui a :*

- *stipulé avec le débiteur ou avec toutes personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ;*
- *fait un traité particulier duquel il résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective ».*

Cet article constitue la parfaite illustration de l'imprécision et de l'affaiblissement du principe de la légalité pénale. Pour preuve aussi bien au Mali que dans les autres pays de l'espace OHADA il existe une panoplie d'infractions commises au préjudice d'un incapable. Le questionnement serait quelle infraction choisir au détriment de quelle autre et pour quelles raisons. Surtout que ces infractions sont délictuelles et même criminelles.

Au Mali, on retrouve l'abandon d'incapable qui est puni aux termes de l'article 220 du CPM de un à cinq ans, de cinq à dix ans, et même de mort selon les cas.

On retrouve aussi l'attentat à la pudeur prévu par l'article 226 du même code qui dit que tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou l'autre sexe, âgé de moins de quinze ans, sera puni de cinq à dix ans de réclusion, et facultativement de un à vingt ans d'interdiction de séjour. Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de quinze ans accompli, le coupable sera condamné à la réclusion de cinq à vingt ans et facultativement à l'interdiction de séjour de un à vingt ans. Il y a aussi le viol qui rentre dans les infractions prévues par l'article 244 de l'AUPC, l'article 227 du CPM énonce que si le viol a été commis à l'aide de plusieurs personnes ou sur la personne

d'un enfant de moins de quinze ans, le coupable sera condamné à vingt ans de réclusion, à l'interdiction de séjour de cinq à vingt ans.

On retrouve aussi l'infraction de pédophilie prévue par l'article 229 du CPM qui dit que *« constitue le crime de pédophilie et puni de cinq à vingt ans de réclusion et de vingt mille à un million de francs d'amende, tout acte de pénétration sexuelle ou d'attouchement sexuel de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'un mineur de moins de treize ans, ou toute exposition ou exploitation aux fins commerciales ou touristiques de photographies, films ou dessins à caractère pornographique mettant en scène une ou plusieurs personnes mineurs âgées de moins de treize ans »*.

Il y a enfin l'enlèvement d'enfant prévu par l'article 241 et le trafic d'enfants prévus par l'article 245 tous punis de cinq à vingt ans de réclusion.

Les actes uniformes renvoient pour la plupart au droit national. Il est donc très difficile de déterminer dans cette hypothèse avec clarté et précision la peine applicable. Il arrive que du fait du caractère équivoque de la terminologie usitée le choix des normes répressives devienne un « parcours de combattant ». Dès lors *« on mesure l'ampleur de la tâche du juge national appelé à rechercher la norme de répression. La recherche du texte applicable est d'autant plus compliquée que si le juge national estime que compte tenu de l'autonomie du droit pénal le mot incapable utilisé par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives n'a pas le même sens qu'en droit civil la liste des textes en concours va s'allonger.*

En effet auront vocation à s'appliquer non seulement les textes réprimant les infractions portant atteinte aux intérêts de ceux à qui la loi interdit de participer aux commerces juridiques en raison de leur inexpérience ou de la défaillance de leurs facultés mentales ou corporelles c'est – à – dire les incapables au sens du droit civil mais aussi les textes applicables aux infractions portant atteinte aux intérêts des personnes qui sans être considérées comme incapables en droit civil sont dans une situation de particulière vulnérabilité en raison de leur âge, de leur maladie, de leur infirmité ou même de leur situation économique »²⁵.

²⁵/ N'Diaw Diouf op.cit.

L'indétermination du texte de sanction va obliger le juge à faire un choix entre les incriminations : « *Il serait tout de même difficile en effet de concevoir l'application d'un texte destiné à protéger l'intégrité physique d'une personne à un délinquant qui par son comportement, a porté atteinte à la propriété ou a violé la norme morale des affaires d'ailleurs cette solution consistant à comparer les valeurs sociales se révèle parfois inappropriée. En effet dans certains cas le problème ne résulte pas du concours de textes applicables mais plutôt de l'absence de textes* »²⁶.

Il est constant que le renvoi à un texte préexistant qui introduit une imprécision et une incertitude dans la détermination exacte et sans équivoque de la sanction entraîne un effritement certain du principe de la légalité. Il donne aussi une marge de manœuvre trop étendue au juge, par le mécanisme de l'interprétation exponentielle et finit à conduire à l'arbitraire et à l'injustice.

Certains auteurs²⁷ s'accordent à reconnaître que le principe de légalité ne se limite pas seulement à l'exigence d'une loi pour l'établissement des incriminations et la détermination des sanctions. Il impose aussi la promulgation de lois suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leurs conséquences

Or il arrive que par l'usage de concepts équivoques, imprécis et vagues le droit communautaire n'indique pas de façon sûre et nette les incriminations et les sanctions. Cette situation entraîne inexorablement l'arbitraire du juge qui au besoin crée des lois circonstanciées. « *Une loi inintelligible exprime l'arbitraire du pouvoir en ce sens que, ne fournissant pas au destinataire l'information sur ce qu'elle vise, elle ne peut fournir l'information sur ce qu'elle ne vise pas, ce qui fait que la personne ne pouvant connaître ce qui est interdit est dans une situation analogue à celle où tout serait interdit* »²⁸.

Cette situation n'est pas commune à tous les actes uniformes qui ne présentent pas ces incohérences. Certains ont pris le soin d'indiquer de manière transparente le texte

²⁶ / N'Diaw Diouf, *Ibidem*.

²⁷ / Delmas Marty et P Truche, *Uniformité ou compatibilité des systèmes nationaux : des règles identiques aux principes directeurs, in quelle politique pénale pour l'Europe*, *Economica*, 1993, P. 321 ; Favoreu, *La constitutionnalité du droit pénal contemporain*, *Mélanges Vitu*, 1989, P. 169. V/ Delmas Marty, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, Dalloz Sirey 1986, *Chronique IV*, p. 27-34.

²⁸ / Frison-Roche et W. Baranés, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intangibilité de la loi*, *D.2000*, *chron.* 301.

d'incrimination tout en laissant la latitude aux Etats la faculté de fixer les sanctions. Ce procédé aussi présente des conséquences en ce sens qu'il donne la possibilité de sanctionner d'une manière différente le même comportement. On assiste ainsi à un traitement deux poids deux mesures qui est susceptible d'annihiler tout effort d'harmonisation ou d'unification.

La tâche du juge paraît simple si la loi est claire, précise et complète. La fonction devient rude lorsque la loi est ambiguë. La loi pénale est réfractaire à l'interprétation large, elle n'admet que l'interprétation stricte. Les lacunes de la loi ne sauraient en matière pénale être comblées par un recours à la technique de l'analogie.

Ce principe de droit se comprend aisément dans la mesure où le juge pénal a entre ses mains la vie, l'honneur et la dignité des citoyens. On ne saurait réfléchir en droit pénal par présomption et analogie. Plusieurs autres raisons militent en faveur du principe décrit. Il ne faut pas aussi laisser le juge créer, à la limite inventer de toute pièce des remèdes circonstanciés qui conduiraient à la condamnation injustifiée des présumés coupables. Le juge n'est pas un législateur, il n'est donc pas habilité à créer la loi. Son rôle est d'interpréter et non de faire la loi.

« Mais on ne peut pas perdre de vue que dans beaucoup d'autres cas l'identification de la norme de référence suscite les plus grandes difficultés les termes utilisés par l'acte uniforme étant tellement vagues qu'il est pratiquement impossible de choisir entre les différentes dispositions qui ont vocation à recevoir application »²⁹.

En définitive, quelle que soit la technique ou la méthode employée la rencontre des actes uniformes avec les législations internes semble inévitable. *« Cette rencontre révélatrice de la perméabilité du droit pénal aux sources du droit international peut parfois être à l'origine des plus grandes difficultés »³⁰.*

Aux termes de l'article 5, alinéa 2 du traité OHADA, il s'opère un partage de compétence entre l'OHADA qui peut définir les éléments matériels et moraux de l'infraction et les Etats parties qui déterminent les sanctions pénales encourues.

²⁹/ N'Diaw Diouf op. cit.

³⁰ / DIOUF op. cit.

Cette dualité présente des effets car il oblige les Etats parties à prévoir des sanctions pour des infractions adoptées par l'OHADA faute de quoi celles-ci sont inopérantes. Quelques cas de figures sont susceptibles de se reproduire tenant à la compatibilité ou à l'incompatibilité entre la norme nationale et communautaire. Si le premier cas a l'avantage de ne pas poser de problème majeur, le second au contraire peut être source de conflit, d'où un effort d'adaptation et de conformité au support communautaire.

CONCLUSION

Le dépassement du morcellement des systèmes pénaux est indispensable si l'on souhaite ouvrir le champ de compétence du droit communautaire en matière pénale. Il convient alors de se mettre d'accord sur les infractions susceptibles de donner lieu à des poursuites mais aussi d'harmoniser les sanctions.

Il faut tendre à aller vers un modèle communautaire de textes pénaux, socle des droits fondamentaux.

Il est une nécessité absolue de parachever l'harmonisation des dispositions pénales dans l'espace OHADA. Les disparités de législations favorisent l'émergence de pays "paradis pénaux" car l'opérateur économique comparera les différentes législations et choisira les pays où il existe une impunité pour certaines infractions ou bien là où la loi pénale est plus douce.

La mise en place d'un dispositif équilibré de réflexion, de décision et d'interprétation, de nature à surmonter les obstacles sans pour autant heurter les sensibilités nationales a été un objectif atteint dans le droit des affaires, pourquoi pas le droit pénal des affaires, qui donne force et vie au premier.

L'objectif d'unité de marché et d'égalité des opérateurs économiques, implique une harmonisation aussi bien dans la définition de l'infraction que dans la détermination des sanctions. Cette réponse pénale ne devrait pas appeler de développement spécifique, mais relever de l'application des principes généraux du droit pénal et de la procédure applicable aux affaires.

Il faut une nouvelle politique pénale dans l'espace communautaire OHADA.

Il est constant que les circonstances sont favorables au parachèvement de l'harmonisation des législations pénales qui est une réponse à une nécessité généralement perçue et reconnue tant par les acteurs du droit des affaires que par les juges.