

# L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA (l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires): une solution-problème a l'intégration juridique

Assistant professor PhD **Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA**<sup>1</sup>

## **Abstract**

*The title of this contribution concerns the sovereignty of OHADA's States as a solution or a problem of juridical integration. In our analysis, we consider that the States of the OHADA's area are the main actors of this integration. In fact, the States express their sovereignty towards organs and tools of OHADA. In one hand, the way States express their sovereignty enable to have the same law amongst OHADA's States. In another hand, by allowing any State to have his own criminal law (as far as sanctions are concerned) the aim of integration (unification) has been jeopardized. The solution of this problem is to have the same penal approach.*

**Keywords:** OHADA, sovereignty, juridical integration, criminal law, business law.

**JEL Classification:** K23, K33

## **Introduction**

Si pour certains auteurs, on assiste à un abandon<sup>2</sup> de souveraineté des Etats dans le cadre de l'OHADA<sup>3</sup>, n'en déplaisent à ces derniers, car on estime qu'il

---

<sup>1</sup> Hervé Magloire Moneboulou Minkada – Faculty of Law and Political Science, University of Douala, Cameroon, moneboulou@yahoo.fr

<sup>2</sup> Abandon signifie action d'abandonner, de quitter, de cesser d'occuper. Abandonner consiste à confier un droit à quelqu'un. (V. Le Petit Larousse, Paris, 1999, p. 25). En droit civil, abandon désigne l'acte juridique par lequel une personne renonce à un droit. (V. R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, 17<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 1). Il ressort de ces définitions que la finalité de l'abandon est la renonciation à un droit au profit d'un nouveau titulaire, sur qui on n'a pas d'influence ; bref le nouveau titulaire est souverain et indépendant dans l'exercice de ce droit. Or les Etats, qui dit-on, abandonnent leur souveraineté au profit de l'OHADA, sont fortement représentés par des mandataires qui agissent en leurs noms et les engagent. Ce qui hypothétise l'abandon. En effet, l'abandon entraîne une perte de contrôle et d'influence dans le processus de prise de décision; ce qui n'est pas le cas avec le Traité OHADA où les Etats membres de l'OHADA sont au centre du processus décisionnel. Cette lecture évidente contraste avec celle d'une certaine doctrine, qui voit dans l'abandon: «la mise à l'écart du pouvoir législatif, et par voie de conséquence, les populations qu'il représente...» cf, P. Bourel, «A propos de l'OHADA: libres opinions sur l'harmonisation du droit des Affaires en Afrique», Recueil Dalloz, n° 14, 2007, p. 3.

<sup>3</sup> G. Kenfack Douajni, «L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA», Revue Penant n° 830 mai-août 1999, p. 125; J. Fometeu, «Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009, pp. 40-41; S. Yawaga, «Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique: le cas du droit pénal OHADA», in *Mutations juridiques dans le système OHADA*, op.cit, p. 75 ; J. Issa Sayegh, «L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc», Revue Penant, 2<sup>e</sup> partie, n 824, 1997, pp. 147-148; H. M. Noah, «L'espace dual du système OHADA», in *L'effectivité du droit OHADA*, PUF, Yaounde, 2006, pp. 37-38, p.77., A. M. Mdontsa Fone, «A propos de

s'agit plutôt d'une expression ou d'un exercice de la souveraineté. Ce constat impose une clarification des concepts pour éviter le syndrome de Babel<sup>4</sup> au sein de cette analyse. Ces concepts concernent les expressions suivantes : souveraineté des Etats, OHADA, intégration juridique.

La souveraineté des Etats est une expression qui comporte deux notions singulières. Concernant la souveraineté, elle désigne le caractère suprême d'une puissance (*summa potestas*) qui n'est soumise à aucune autre. C'est aussi le caractère d'un organe qui n'est soumis au contrôle d'aucun autre et se trouve investi des compétences les plus élevées (souveraineté dans l'Etat)<sup>5</sup>.

Pour ce qui est de l'Etat, Max Weber, sociologue, l'a entendu comme une entreprise politique de caractère institutionnel dont la direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la violence physique légitime<sup>6</sup>. Sous le prisme juridique, l'Etat désigne une personne morale titulaire de la souveraineté<sup>7</sup>. Dans un sens plus étroit et concret, l'Etat englobe l'ensemble des organes politiques, des gouvernants, par opposition aux gouvernés<sup>8</sup>. Selon la conception marxiste, l'Etat se définit comme un appareil d'oppression au service de la classe dominante ; en régime capitaliste, instrument de la bourgeoisie en vue de l'exploitation du prolétariat<sup>9</sup>. Dans une dynamique synthétique et opérationnelle propre au droit international, M. Kamto propose la définition suivante: «*L'Etat est une personne morale, c'est-à-dire un être juridique construit, mais reposant sur des éléments physiques constitutifs, apte à être titulaire de droits et d'obligations ou à se voir reconnaître ou attribuer des pouvoirs lui permettant de participer, en tant que sujet de droit, à la formulation et à l'application des règles de droit dans l'ordre juridique international*»<sup>10</sup>.

La souveraineté de l'Etat s'entend donc du caractère suprême du pouvoir étatique au sens initial. Au sens dérivé, le pouvoir étatique lui-même est un pouvoir de droit<sup>11</sup>, originaire<sup>12</sup> et suprême<sup>13</sup>. La doctrine classique fait de la souveraineté,

---

l'Extension de la Compétence Pénale OHADA», R.A.S.J., Vol. 5, n 1, Université de Yaounde II, 2008, 77.; R. Sockeng, *Droit pénal des affaires*, collection Lebord, Presses MINSI, 2007, pp. 14-17.; M. Akouete Akue, «Droit pénal OHADA... Mythe ou Réalité», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00/1<sup>er</sup> trimestre 2010, pp. 2-3. M. Tematio, «Droit ohada face à la souveraineté des Etats», <http://tematio.blogspot.com/2012/03/droit-ohada-face-la-souverainete-des.html>

<sup>4</sup> Le syndrome de Babel renvoie à la situation où chacun a sa propre compréhension des concepts. C'est ainsi que chacun ira de son entendement compromettant un débat scientifique cohérent parce que les postulats conceptuels sont faussés. Voir La sainte bible, Genèse, chapitre 11, «La tour de Babel».

<sup>5</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8e édition, Paris, 2007, p. 882.

<sup>6</sup> D. Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, Editions Sirey, Dalloz, Paris, 1999, p. 6.

<sup>7</sup> R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, 17<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 311.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> M. Kamto, *La volonté de l'Etat en droit international*, Académie de droit international de la Haye, Recueil de cours, tome 310, 2004, p. 27.

<sup>11</sup> En raison de son institutionnalisation

<sup>12</sup> C'est-à-dire ne dérivant d'aucun autre pouvoir.

le critère de l'Etat<sup>14</sup>. La souveraineté en tant que pouvoir ou puissance ne saurait s'auto-exprimer. C'est pourquoi les personnes physiques, compétentes pour représenter l'Etat, doivent l'exprimer ou l'exercer. En effet, si l'Etat n'est pas appréhendé comme un être juridique, il serait malaisé d'expliquer le mécanisme juridique qui permet à la volonté de s'exprimer ; c'est à dire la représentation<sup>15</sup>.

Quant à l'OHADA, ce sigle signifie l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. A défaut de tout exposer sur l'OHADA, il est opportun d'éclaircir les raisons de sa création. Outre l'environnement économique international qui l'impose, plusieurs raisons sont évoquées pour justifier la création de l'OHADA. En effet, la diversité qui caractérise les législations africaines<sup>16</sup> est un handicap pour la création d'un espace économique intégré d'une part, et, d'autre part, cette diversité est accompagnée d'une insécurité juridique et judiciaire<sup>17</sup> – conséquence de la vétusté et de la caducité des législations applicables- qui décourage les investisseurs privés. Enfin, l'intégration juridique<sup>18</sup> présente plusieurs avantages, car elle permet au continent africain de s'insérer dans les circuits des échanges internationaux<sup>19</sup>.

S'agissant de l'intégration juridique, il convient de remarquer que l'idée et la volonté d'intégration ne sont pas nouvelles en Afrique. Bien avant l'indépendance de la plupart des Etats africains, les tenants du panafricanisme<sup>20</sup> avaient plaidé pour une intégration politique et économique de l'Afrique. On comprend des lors pourquoi de nombreuses organisations panafricaines ou régionales furent créées; même si beaucoup disparaîtront avec l'avènement de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) en 1963. Celle-ci est devenue l'Union Africaine et regroupe aujourd'hui 53 pays membres. Dans l'optique des panafricanistes, l'ambition était de constituer un véritable Etat fédéral, devant prendre en charge l'avenir du continent noir. De nos jours, une telle entreprise s'avère fort illusoire, pour ne pas dire utopique. Force est de considérer que si l'objectif d'une intégration politique et économique a été mis en avant<sup>21</sup>, la

---

<sup>13</sup> En ce sens qu'il n'a pas d'égal dans l'ordre interne ni de supérieur dans l'ordre international, ou il n'est limité que par ses propres engagements et par le droit international.

<sup>14</sup> R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *op.cit.*, pp. 676-677.

<sup>15</sup> M. Kamto, *op. cit.*, p. 24.

<sup>16</sup> J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, *OHADA-Harmonisation du droit des affaires*, édition Bruylant-Juriscopie, 2002, n° 4, 5 et 7.

<sup>17</sup> M. Kirsch, «Historique de l'OHADA», *Revue Penant* n° spécial OHADA, n° 827-mai-août 1998, p. 129.

<sup>18</sup> Keba M'Baye, «L'histoire et les objectifs de l'OHADA», *Petites affiches*, n° 205 du 13 octobre 2004, pp. 4-7.

<sup>19</sup> Alhousseini Mouloul, *Comprendre L'OHADA*, 2e édition, 2008, p. 7.

<sup>20</sup> La figure de proue est sans doute N'Krumah.

<sup>21</sup> Sur cette intégration, V. par exemple A. Watteyne, «Une intégration économique africaine à l'image de l'intégration économique européenne: le cas de l'UEMOA», *Revue Burkinabé de droit*, n° spécial 2001 (39-40), p. 83; J. Djeukou, «La CEMAC, rétrospective et perspectives: réflexions sur l'évolution récente du droit communautaire de l'Afrique centrale», *Juridis-Périodique*, 2001, n° 47, p. 106.

nécessité d'une intégration juridique ne fut pas en reste et s'est progressivement imposée<sup>22</sup>.

L'intégration se justifie par le souci de réaliser un environnement juridique commun en atténuant, voire en éliminant les distorsions entre systèmes juridiques<sup>23</sup>. Au delà, l'intégration juridique qui peut se traduire par l'unification ou l'harmonisation des normes présente un double avantage au plan de la sécurité juridique. Le premier est la connaissance de la législation unifiée d'un pays donné, garantissant qu'il s'agit de la même dans les autres Etats faisant partie de l'espace juridique intégré. Le second est que toute modification de la loi unifiée se fait selon une procédure communautaire plus lente qu'une procédure nationale. Enfin, l'intégration juridique élimine ou atténue les conflits de lois dans les relations entre ressortissants des Etats membres d'une même organisation<sup>24</sup>.

Au terme de cette étude conceptuelle, on peut mieux cerner les composantes de la thématique intitulée : l'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA : une solution-problème à l'intégration juridique. Ce sujet comporte une question axiale : l'expression ou l'exercice de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA constitue-t-elle une solution ou un problème à l'effectivité de l'intégration juridique ? La réponse à cette question conduit à l'hypothèse suivante : L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA une solution problématique à une intégration juridique effective.

L'intérêt de la présente question n'a pas besoin d'une argumentation prolixe. En effet, si l'intégration juridique était exhaustive et effective, il serait superfétatoire d'accorder la plume et l'encre à ce thème. Toutefois, l'expression par délégation de la souveraineté normative des Etats favorise l'intégration juridique en raccourci d'une part (I), et l'exercice direct de la souveraineté répressive<sup>25</sup> des Etats fragilise l'uniformisation juridique d'autre part (II).

### **I. L'expression par délégation de la souveraineté normative des Etats membres de L'OHADA: une solution raccourcie d'intégration juridique**

Le Traité instituant l'OHADA a été signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993. Cette organisation regroupe les pays membres de la zone franc et

<sup>22</sup> V. Keba M'Baye, «L'unification du droit en Afrique», *Revue sénégalaise de droit*, n° 10, décembre 1971, p. 65; M. Alliot, «Problèmes de l'unification du droit africain», *Journal of african law*, vol. II, n° 2, 1967; J. Issa Sayegh et R. Degni-Segui, «Codification et uniformisation du droit», *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, sur l'impact de l'intégration juridique, V. E.Cerexhe, «L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale», *Revue Burkinabé de droit*, n° spécial 2001(39-40), p. 21.

<sup>23</sup> J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, *op.cit.*, p. 42.

<sup>24</sup> A. Akam Akam, «L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, *op.cit.*, pp. 21-22.

<sup>25</sup> Le choix opéré sur la souveraineté répressive se justifie par les efforts d'uniformisation accrue en matière commerciale. Les juridictions nationales voient leurs décisions incohérentes subir un réexamen auprès de la CCJA (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage). Ce qui devrait garantir une uniformisation normative J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, et jurisprudentielle. Les difficultés à ce niveau relèvent de l'application par les juges et non de l'inertie théorique des Etats à uniformiser les matières commerciales. Voir sur la question, J. Fometeu, *op.cit.*

les Comores. Les Etats membres de l'OHADA exercent leur souveraineté par le biais des organes et instruments visant l'intégration juridique (B). Toutefois, le mécanisme d'intégration juridique procède d'une solution raccourcie à l'aune des théories classiques sur l'expression de la souveraineté (A).

### **A-Le fondement théorique de l'intégration juridique raccourcie dans le cadre de l'OHADA**

Le processus d'intégration juridique dans le cadre de l'OHADA est qualifié de raccourci à raison de l'exclusion des théories lourdes de la souveraineté classique (1). Les Etats membres de l'OHADA ont aménagé une souveraineté représentative contemporaine (2).

#### **1-L'exclusion des théories lourdes de la souveraineté classique au sein de l'OHADA**

La souveraineté désignant la source du pouvoir dans l'Etat, il reste à déterminer quelle est cette source : c'est-à-dire qui est le souverain, titulaire légitime de la puissance d'Etat<sup>26</sup>. La source de ce pouvoir est Dieu et l'organe chargée d'exercer le pouvoir est le Roi. Le régime politique correspondant est la monarchie absolue de droit divin. On parle de souveraineté royale<sup>27</sup>. Or au XVIII<sup>e</sup> siècle, les philosophes libéraux réfléchissent au moyen de mettre fin à l'absolutisme monarchique. Ils se posent les questions suivantes: si le Roi n'est pas souverain, au nom de qui la puissance publique est-elle exercée? Quelle est la source naturelle du pouvoir? Qui donne aux gouvernants la légitimité pour exercer le pouvoir politique: le peuple ou la nation<sup>28</sup>? Il en ressort la distinction classique entre la souveraineté populaire (a) et la souveraineté nationale (b). Ces deux théories ne seront pas mises en œuvre dans la quête d'une solution à l'intégration juridique dans l'espace OHADA.

#### **a-Le refus de recourir à la souveraineté populaire<sup>29</sup>**

Si l'on en trouve les prémices dans l'antiquité grecque, la souveraineté populaire a été théorisée par Rousseau<sup>30</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle. Selon cette conception, le peuple est le seul titulaire de la souveraineté. Le peuple est constitué de l'ensemble des citoyens, chacun d'entre eux détenant, dans le cadre du pacte social, en propre et à égalité avec les autres, une fraction de la souveraineté lui permettant de participer à l'expression de la volonté générale (élaboration de la constitution et des lois de l'Etat)<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> P. Türk, *Theorie générale du droit constitutionnel*, Mémentos, LMD, 3<sup>e</sup> édition, Gualino, Paris, 2010, p. 39.

<sup>27</sup> J. Bodin, *Les six livres de la République 1576*, voir P. Türk, op.cit, p. 40.

<sup>28</sup> P. Türk, op.cit, p. 41.

<sup>29</sup> E. Oliva, *Droit constitutionnel*, Aide mémoire, 4<sup>e</sup> édition, Sirey, Paris, 2004, pp. 47-48; D. Chagnollaude, op.cit, pp. 103-105 ; P. Blacher, *Droit constitutionnel*, Hachette, Paris, 2005, pp. 40-42.

<sup>30</sup> J. J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762.

<sup>31</sup> P. Türk, op.cit, p. 41.

Selon la théorie de la souveraineté populaire, les organes chargés d'exercer le pouvoir doivent émaner du peuple souverain. En principe, c'est l'assemblée des citoyens qui gouvernent directement, sur le modèle de la cité antique athénienne. Mais pour des raisons pratiques, les citoyens peuvent être amenés à confier l'exercice du pouvoir à des délégués. Qu'il s'agisse d'une assemblée des citoyens ou de leurs déléguées, le pouvoir est remis à une assemblée populaire<sup>32</sup>.

Le régime politique correspondant à la souveraineté populaire est la démocratie directe ou tout au moins semi-directe, lorsque le peuple se choisit des délégués. Le suffrage est universel (égalité des citoyens<sup>33</sup>, théorie de l'électorat-droit<sup>34</sup>). Le mandat des délégués est particulier et impératif<sup>35</sup>. On en veut pour exemple de souveraineté populaire: la Cité athénienne antique, Cantons Suisses, Constitution française montagnarde de 1793 (non appliquée<sup>36</sup>).

Il convient d'admettre que la souveraineté populaire se singularise par sa lourdeur et sa rigueur. La lourdeur est tributaire de l'implication du peuple comme une masse de personnes physiques dans l'expression de la souveraineté de l'Etat. La rigueur, quant à elle, est appréciable dans l'hypothèse de la désignation des délégués. Il pèse sur eux le mandat impératif à l'instar d'une épée de Damoclès. Cette lourdeur et cette rigueur n'ont pas inspirée les géniteurs de l'OHADA; encore moins la souveraineté nationale *stricto sensu*.

#### **b-L'exclusion du recours à la souveraineté nationale *stricto sensu***

L'invention du concept de la souveraineté nationale au XVIII<sup>e</sup> siècle, notamment par l'Abbe Sieyès<sup>37</sup> à partir des écrits de Montesquieu, apparaît comme la réponse des révolutionnaires à la prétention des monarques de ramener l'Etat tout entier à la personne du Roi<sup>38</sup>. Cette théorie permet aux révolutionnaires modérés de justifier l'abolition de la monarchie absolue en dissociant la puissance d'Etat de la personne royale, sans pour autant remettre le pouvoir au peuple, dont les excès et l'inculture civique et politique de l'époque suscitent méfiance. Une entité abstraite et fictive est donc conçue spécifiquement, afin de donner une permanence au pouvoir et de soustraire la souveraineté étatique

<sup>32</sup> P. Türk, *op.cit*, p. 42.

<sup>33</sup> Le suffrage universel est une conséquence de l'égalité des citoyens, aucun d'entre eux n'ayant plus ou moins de légitimité à disposer du pouvoir de suffrage que les autres.

<sup>34</sup> Selon cette théorie, le vote est un droit de chaque citoyen. En effet, chacun disposant d'une parcelle de souveraineté, doit pouvoir l'exprimer en choisissant ses délégués à défaut de participer directement à l'élaboration des lois.

<sup>35</sup> Les délégués reçoivent des citoyens un mandat pour agir en leurs noms. Leur mandat est impératif, car ils sont soumis aux instructions des citoyens et leur rendent des comptes. Ils peuvent également être destitués par eux, en application du pouvoir de révocation populaire. Leur mandat est particulier, car ils ne sont que les commis de ceux des citoyens qui les ont élus pour participer en leur lieu et place, à l'expression de la volonté générale. Ainsi, comme l'écrit Rousseau: «*Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires*», V. P. Türk, *op. cit*, p. 43.

<sup>36</sup> P. Türk, *op. cit*, p.40.

<sup>37</sup> E. Sieyès, *Qu'est ce que le Tiers Etat?* 1789

<sup>38</sup> Carré de Malberg.

au Roi: la nation, source de la puissance publique au nom de laquelle le pouvoir pourra être exercé<sup>39</sup>.

En tant qu'entité abstraite, la nation s'exprime par le truchement des représentants, personnes physiques, qui parlent et prennent des décisions en son nom. La nation est représentée par des députés réunis en assemblée nationale, et par un organe chargé du pouvoir exécutif, qui pourra être un Président dans le cadre d'une République, ou un Roi; car la théorie de la souveraineté nationale s'accommode très bien de la monarchie. Le régime politique correspondant est un régime représentatif<sup>40</sup>. Le suffrage n'est pas forcément universel, d'où la théorie de l'électorat-fonction<sup>41</sup>. Le mandat des représentants est général et représentatif<sup>42</sup> et non impératif<sup>43</sup>.

Il ressort de la souveraineté nationale, une exigence d'élection des représentants de la nation et une immunité durant le mandat. Ce sont ces représentants qui expriment la souveraineté de l'Etat. Conformément à l'OHADA, ce mécanisme d'expression de la souveraineté n'est pas identique. Ce ne sont pas les élus de la nation qui expriment la souveraineté de l'Etat dans le cadre du système OHADA. On observe toutefois, un aménagement allégée d'une souveraineté représentative contemporaine.

## **2-L'aménagement allégé d'une souveraineté représentative contemporaine**

Entre la souveraineté populaire et la souveraineté nationale, il ressort que le Traité OHADA s'inscrit dans la logique d'un aménagement de la souveraineté nationale. Le fruit de cet aménagement est le recours à la souveraineté représentative contemporaine<sup>44</sup>. Il importe de s'appesantir sur le fondement de cette souveraineté représentative contemporaine (a) et le mécanisme de nomination des représentants de l'Etat (b).

---

<sup>39</sup> Dans la théorie de Sieyès, la nation est une personne morale dote de sa propre volonté, dont la souveraineté est unique, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle ne peut pas être retirée à la nation, ni être déléguée définitivement, son exercice ne pouvant être confié à des représentants que pour une durée limitée.

<sup>40</sup> Il peut être monarchique ou républicain, selon le type de représentants choisis pour la nation.

<sup>41</sup> Contrairement à la théorie de la souveraineté populaire, le vote n'est pas un droit. En effet, choisir les meilleurs représentants pour la nation est une mission délicate, qu'il convient de confier à des électeurs éclairés. Théoriquement, il n'est pas nécessaire que tous les nationaux participent au vote. Elire les représentants n'est donc pas un droit, mais une fonction, que l'on confiera soit à tous les nationaux (suffrage universel), soit à certains d'entre eux seulement (suffrage restreint). Les critères pour déterminer les citoyens actifs peuvent être la compétence ou l'aisance financière.

<sup>42</sup> P. Türk, *op. cit.*, p.40.

<sup>43</sup> Si dans le mandat impératif le peuple peut révoquer les délégués en cours de mandat, dans le mandat représentatif, les élus exercent la fonction sans risquer de révocation durant tout le mandat. Ils ne rendront compte qu'au terme de la durée du mandat.

<sup>44</sup> On entend par souveraineté représentative contemporaine, le fait pour l'état d'exprimer sa souveraineté non plus par le canal de ses représentants choisis par le peuple, mais par le représentant du peuple.

### **a-Le fondement de la souveraineté représentative contemporaine**

Les Etats membres de l'OHADA n'ont pas connu un développement marginal en comparaison aux autres Etats. Ils procèdent d'une évolution des sociétés traditionnelles, interrompue par l'arrivée des colons. Ces derniers ont imposée leur vision du modèle d'Etat. Des lors, après le départ des colons, la démocratie représentative a été imposée comme modèle du choix des gouvernants<sup>45</sup>. Ne voulant pas ouvrir la boîte de pandore sur le mécanisme d'accès au pouvoir des Présidents des Etats de l'OHADA, il convient de retenir qu'ils sont pour la plupart élus, avec un mandat représentatif. On est bien en présence de la souveraineté nationale. Celle-ci fait valoir le mécanisme de la représentation. Elle s'entend du procédé par lequel l'Etat fait valoir sa volonté par ses organes et c'est par cela seul qu'il devient un sujet de droit actif jouissant de son pouvoir juridique<sup>46</sup>.

En effet, les représentants de l'Etat ici sont : le Président et les députés (bientôt les sénateurs), qui ont reçu un mandant du peuple par le biais des élections. Toutefois, ce ne sont pas ces élus du peuple qui officient dans les cercles de décisions de l'OHADA. On observe plutôt un recours méthodique au mécanisme de nomination des représentants des Etats.

### **b-Un recours méthodique au mécanisme de nomination des représentants de l'Etat dans l'OHADA**

Il existe un dénominateur commun entre la souveraineté royale, la souveraineté populaire et nationale : c'est la nécessité d'avoir un représentant, qui agira au nom du peuple. Cela revient à admettre la difficulté à mobiliser le peuple souverain pour prendre certaines décisions, sans toutefois lui priver de l'opportunité de se prononcer sur des questions essentielles. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 2 de la constitution du 18 janvier 1996 au Cameroun. Il dispose en substance: «(1) *La souveraineté nationale appartient au peuple camerounais qui l'exerce soit par l'intermédiaire du Président de la république et des membres du Parlement, soit par voie de referendum. Aucune fraction du peuple, ni aucun individu ne peut sen attribuer l'exercice. (2) les autorités chargées de diriger l'Etat tiennent leurs pouvoirs du peuple par voie d'élections au suffrage universel direct ou indirect, sauf dispositions contraires de la présente constitution*».

Il s'opère donc une reconnaissance de la légitimité du Président de la République comme autorité compétente pour exprimer la souveraineté de l'Etat<sup>47</sup>. Ne jouissant pas du don d'ubiquité, il lui est reconnu le pouvoir de former un

<sup>45</sup> Cet héritage est difficile à assurer, car le choix des gouvernants en Afrique en général et dans les Etats membres de l'OHADA en particulier oscille entre coup d'Etat, cooptation et élection du dirigeant.

<sup>46</sup> Voir dans ce sens R. Carré de Malberg qui va plus loin en disant que l'Etat acquiert par cela seul «un pouvoir juridique qui suffit à faire de lui un sujet de droit» (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920-1922, rééd., CNRS, 1962, t. I, p. 32).

<sup>47</sup> Article 5 (1) de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996: «*Le Président de la République est le chef d'Etat*»; article 6: «*le Président de la République est élu au suffrage universel direct...*».

gouvernement en nommant des ministres. Ces ministres agissent en son nom et ont pour légitimité, celle du Président qui les a nommés<sup>48</sup>. La souveraineté de l'Etat se trouve ainsi exprimée, non pas par les élus de la Nation, mais par les personnes qui tirent leur légitimité de celle du Président élu. Cette représentation étatique non élective n'est pas une première en droit international. Il convient au préalable de préciser que le législatif et le judiciaire ne participent pas de l'institution de la représentation de l'Etat, ils concourent à l'expression de la volonté de celui-ci<sup>49</sup>. De façon classique l'Etat est représentée internationalement par: le chef l'Etat, le ministre des Affaires étrangères et les chefs de missions diplomatiques; et les autres catégories de représentants. A ceux-ci, il convient d'ajouter les autorités étatiques à compétence spéciale. Il faut reconnaître qu'en pratique, en ce qui concerne le niveau central de l'Etat, diverses autorités concourent de nos jours à l'expression de la volonté de ce dernier : divers ministères techniques, autres que le ministère des Affaires étrangères, sont amenés à conclure des accords avec des administrations équivalentes ou des organismes publics d'autres pays pour la mise en œuvre de certaines activités entrant dans le champ de leurs compétences<sup>50</sup>. En général, ces ministères techniques sont considérés comme représentant l'Etat et les accords passés directement entre eux sont de véritables traités internationaux<sup>51</sup>. C'est dans cette optique qu'il faudra inscrire l'office des ministre de la justice et ministre de l'économie dans le conseil des ministres de l'OHADA. Bien plus, l'Etat peut se faire représenter même par un fonctionnaire de fait<sup>52</sup>.

En bref, pour réaliser l'intégration juridique raccourcie dans le cadre de l'OHADA, les Etats vont esquisser les théories lourdes de la souveraineté classique, pour préférer une souveraineté représentative à base de nomination. Cette expression de la souveraineté de l'Etat n'est pas seulement théorique. Elle se matérialise dans le processus d'intégration juridique de l'OHADA.

### **B-La matérialisation de la souveraineté de l'Etat dans le processus d'intégration juridique de l'OHADA**

Les Etats membres de l'OHADA ne sont pas en dehors, mais à l'intérieur du processus d'intégration juridique de l'OHADA. Ils y expriment leur

<sup>48</sup> Article 11(1); article 10 (1) de la constitution camerounaise de 1996.

<sup>49</sup> M. Kamto, *op. cit.*, p. 82.

<sup>50</sup> Voir Geneviève Burdeau, «Les accords passés directement entre autorités administratives ou organes publics de pays différents», *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 103 ss.

<sup>51</sup> Voir Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 5e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 247.

<sup>52</sup> On en trouve un exemple dans le processus de mise en œuvre de l'arrêt de la CIJ du 10 octobre 2002 dans le cadre de la commission mixte (des Nations Unies) Cameroun-Nigeria: le Nigeria a désigné comme plénipotentiaire conduisant sa délégation dans ce processus un ancien ministre de la Justice, *Attorney-General* de la Fédération et ancien juge et ancien juge *ad hoc* désigné par le Nigeria lors de la phase juridictionnelle de cette affaire devant la CIJ, mais n'exerçant plus, au moment de sa désignation, aucune fonction officielle dans son pays (il s'agit de M. Bola Ajibola). La valeur juridique des engagements pris par cette personne en tant qu'acte engageant le Nigeria résulte de sa désignation par le chef de l'Etat nigérian, qui a entériné à plusieurs reprises ces engagements comme étant ceux du Nigeria. Voir Maurice Kamto, *op.cit.*, p. 82.

souveraineté. Cela est perceptible à travers les organes étatiques (1) et la centralité des Etats dans les instruments d'intégration juridique de l'OHADA (2).

### **1-Les organes étatiques de l'intégration juridique au sein du Traite OHADA**

Les Etats expriment leur souveraineté dans le Traité OHADA par le biais de la conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement<sup>53</sup>. Ces chefs d'Etat se font représenter activement par le Conseil des ministres (a). Les Etats expriment aussi leur souveraineté dans les institutions comme la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (b) et le Secrétariat permanent (c).

#### **a-La représentation des Etats dans le conseil des ministres**

Il convient de cerner l'expression de la souveraineté des Etats à travers la composition, le fonctionnement et les attributions du conseil des ministres.

S'agissant de la composition, il ressort des dispositions de l'article 27 alinéa 1<sup>er</sup> du Traite que: «*Le Conseil des ministres est composé des ministres chargés de la justice et des ministres chargés des finances*». Chaque Etat membre dispose donc de deux représentants au sein du conseil<sup>54</sup>. Pour ce qui est du fonctionnement, chaque Etat membre assure la présidence du conseil pour un an, suivant une liste dressée par ordre alphabétique. Le conseil se réunit au moins une fois par an, soit sur convocation du président, soit à la demande du tiers des Etats parties. Il ne peut valablement délibérer, que si les deux tiers (2/3) au moins des Etats parties sont représentés. Chaque Etat membre dispose d'une voix (article 30)<sup>55</sup>.

Quant aux attributions, le Conseil des ministres dispose d'un pouvoir normatif et du pouvoir de décision. Au titre du pouvoir normatif, le Conseil des ministres est le véritable organe législatif de l'OHADA. A l'opposée d'autres organisations communautaires, qui attribuent le pouvoir législatif aux parlements nationaux, le Traité OHADA réserve ce pouvoir à un organe exécutif<sup>56</sup>. Le Conseil des ministres prend les règlements pour l'application du Traité à la majorité absolue<sup>57</sup>. Il adopte les Actes uniformes à l'unanimité des représentants des Etats

<sup>53</sup> Le Traité de Port-Louis n'ayant pas prévu de Conférence des Chefs d'Etat, le sommet du Québec du 17 octobre 2008 a remédié à cette absence en prévoyant une Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement comme institution suprême de l'OHADA. La Conférence est composée des Chefs d'Etat et de gouvernement, dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres. Elle connaît des questions relatives au Traité et se réunit à l'initiative de son Président ou à celle des deux tiers des Etats membres. Les décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents, V. article 27 (1) du Traite portant révision du Traite relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993.

<sup>54</sup> A. Akam Akam, «L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique», *op.cit*, p. 26.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Sur cette question, V. J. S. Nkotto Zengue, *Répartition des compétences législatives entre l'OHADA et les Etats parties: regard prospectif sur les rapports entre le législateur OHADA et le législateur national*, mémoire de DEA, Université de Yaounde II, 2005/2006.

<sup>57</sup> Article 4 du Traite OHADA

parties présents et votants<sup>58</sup>. Le Conseil des ministres dispose d'un pouvoir de décision, qui impacte les autres instances de l'OHADA. Il s'agit en l'occurrence de la CCJA<sup>59</sup> et le secrétariat permanent, l'ERSUMA<sup>60</sup> ...

### **b-Le poids des Etats dans la CCJA**

La CCJA est le second organe de l'OHADA<sup>61</sup>. C'est l'organe juridictionnel commun et supranational dont le siège est à Abidjan (Côte d'Ivoire). Une présentation sommaire s'impose pour ensuite apprécier la pesanteur des Etats au cœur de cette institution.

La CCJA comprend sept juges élus pour une durée de sept ans renouvelable une fois. Les juges peuvent être, soit des magistrats de carrière, soit des avocats ou professeurs de droit ayant au moins quinze ans d'expérience. Ils ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative sauf autorisation de la Cour<sup>62</sup>. Les magistrats de la CCJA sont inamovibles pendant la durée de leur mission<sup>63</sup> et bénéficient de privilèges, d'immunités diplomatiques<sup>64</sup>. La CCJA a son siège à Abidjan.

Relativement aux fonctions<sup>65</sup>, la CCJA connaît en cassation du contentieux des Actes uniformes. Elle exerce une fonction consultative<sup>66</sup> et contentieuse<sup>67</sup>. En plus, la CCJA remplit une fonction jurisprudentielle<sup>68</sup>. L'originalité de la CCJA est qu'en cas de recours en cassation, elle «évoque et statue sur le fond<sup>69</sup>».

Concernant la pesanteur des Etats dans la CCJA, elle est appréciable *via* le rôle que joue le Conseil des ministres. En effet, les juges de la CCJA sont élus par le Conseil des ministres; qui est la représentation des Etats. Au terme de leur mandat de sept ans, les Etats à travers le Conseil des ministres doivent encore renouveler ou congédier ces juges, selon le choix de leur élection. Cette fonction élective n'est pas triviale; car les juges de la CCJA tirent leur légitimité de l'élection des représentants des Etats. Ce faisant, les Etats expriment leur souveraineté, tout comme au sein du Secrétariat permanent.

---

<sup>58</sup> Article 6 du Traite OHADA

<sup>59</sup> Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

<sup>60</sup> L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) est établie à Porto Novo (Bénin).

<sup>61</sup> B. Diallo, «La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et le contentieux des Actes uniformes», *Recueil Penant*, n° 850, p. 22 et s; E. Nsie, «La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Penant*, 1998, n° 828, p. 308.

<sup>62</sup> Article 37 du Traite OHADA

<sup>63</sup> Article 36 du Traite OHADA

<sup>64</sup> Article 49 du Traite OHADA

<sup>65</sup> P. Moudoudou, «Réflexions sur les fonctions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue EDJA*, n 64, janvier-février-mars 2005, pp. 7-24.

<sup>66</sup> Depuis son entrée en fonction, la CCJA a eu l'occasion de rendre de nombreux avis. V. J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, *op.cit*, p. 172.

<sup>67</sup> B. Diallo, *op.cit*, p. 22 et s.

<sup>68</sup> V. J. Issa Sayegh, «La fonction jurisprudentielle de la CCJA», [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata D-02-16.

<sup>69</sup> E. Assi Assepo, «La CCJA de l'OHADA, un troisième degré de juridiction?», *Revue International de Droit Comparé*, n°4, 2005.

### **c-Les pesanteurs étatiques au sein du Secrétariat permanent**

Aux termes de l'article 3 du Traité, le Conseil des ministres est assisté d'un Secrétariat permanent. Il s'agit de l'organe exécutif de l'OHADA ; en ce sens qu'il est chargé de l'administration. A ce titre, il assure le lien entre les Etats parties et les instances de l'OHADA (Conseil des Ministres, CCJA, ERSUMA<sup>70</sup>) ainsi qu'entre celles-ci. Parmi ses attributions, la plus importante est la préparation des projets d'Actes uniformes. Ceux-ci sont ensuite soumis aux Etats parties pour examen et observations ; ainsi qu'à la CCJA pour avis. Il met au point le projet définitif et en propose l'inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres. Le Secrétariat permanent a son siège à Yaoundé (Cameroun)<sup>71</sup>.

Il ressort de cet exposé que le Secrétariat permanent n'est qu'un assistant du patron qu'est le Conseil des ministres. On en veut pour preuve la nomination du secrétaire permanent par le Conseil des ministres. En tant que secrétaire, le Secrétariat permanent se limite à préparer les projets d'Actes uniformes, que les Etats *via* le Conseil des ministres adopteront ou pas. Cette liberté d'adopter ou pas les projets d'Actes uniformes participe de l'expression de la souveraineté des Etats.

On observe *grosso modo* que les Etats s'expriment au sein des organes d'intégration juridique du système OHADA. Ces Etats sont aussi au centre des instruments d'intégration juridique de l'OHADA.

## **2-La centralité des Etats dans les instruments d'intégration juridique de l'OHADA**

Les instruments d'intégration juridique de l'OHADA sont constitués par le Traité (a), les Règlements (b) et les Actes uniformes (c). A l'observation de ces instruments, une impression première se dégage : c'est que l'Etat occupe une place centrale. Pour ne pas se contenter d'une simple impression, il est apodictique de scruter ces instruments pour apprécier la place qu'occupent les Etats.

### **a-Le Traité OHADA : un fruit de l'accord entre les Etats**

Le Traité désigne tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit international, destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international<sup>72</sup>. Le terme traité s'entend également d'un accord des volontés<sup>73</sup> conclu par écrit entre sujets de droit international<sup>74</sup>, notamment les Etats, quelles qu'en soient la forme et la dénomination<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> L'ERSUMA est une institution spécialisée de l'OHADA, qui est appelée à jouer un rôle déterminant dans le processus d'intégration juridique et notamment dans l'uniformisation de l'application et de l'interprétation du droit OHADA. Son siège est à Porto-Novo au Bénin.

<sup>71</sup> A. Akam Akam, *op.cit.*, p. 31.

<sup>72</sup> P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7e édition, L.G.D.J., EJA, Paris, 2002, p. 118.

<sup>73</sup> Voir la définition de l'«accord» comme «rencontre de deux volontés» dans le *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de G. Cornu, p. 10.

<sup>74</sup> L'article 2, paragraphe 1, lettre a), de la Convention de Vienne de 1969 ne parle que des Etats ; mais il va sans dire que le traité est l'acte juridique concerté entre deux ou plusieurs sujets de droit international: entre Etats, entre Etats et d'autres sujets de droit international, ou entre ces derniers entre eux. Il convient de relever que lors de la deuxième session de la Conférence de

Le Traité OHADA ne déroge pas à cette définition. Il constitue un véritable fruit de l'accord entre les Etats membres, si l'on prend en compte non seulement sa genèse et son *instrumentum* sommairement.

S'intéressant à la genèse du Traité OHADA, les 5 et 6 octobre 1992, les Chefs d'Etats de la zone franc se réunissent à Libreville. A l'occasion de cette réunion, le Président Abdou Diouf (Sénégal) présente l'économie du projet élaboré par la Mission d'experts<sup>76</sup>. Les Chefs d'Etats décident de l'étendre à l'ensemble des Etats africains et non plus seulement aux seuls Etats de la zone franc. Dans le communiqué final de cette réunion, on pouvait lire que les Chefs d'Etats et de délégation «ont approuvé le projet d'harmonisation du droit des affaires conçu par les ministres des finances et de la justice de tous les Etats intéressés d'en faire une priorité». Les chefs d'Etats ont ainsi adopté le rapport des sept (7) personnalités; ils désignent un Directoire de trois membres<sup>77</sup>, chargé de coordonner la préparation du Traité portant création de l'OHADA.

Le Directoire prépare le projet de Traité et le soumet à la réunion des ministres de la justice, tenue à Libreville les 7 et 8 juillet 1993. Le projet est adopté après avoir été amendé et réfléchi. Il est finalisé à Abidjan les 21 et 22 septembre 1993 par la réunion des ministres de la justice, puis celle conjointe des ministres des finances et de la justice, réunion précédée d'un rapport d'experts.

Enfin le 17 octobre 1993, se tient à Port-Louis (Ile Maurice), la conférence des pays ayant en commun l'usage du Français. A cette occasion, le projet fut soumis à la signature des Chefs d'Etats et de délégations des pays africains francophones. Le Traité portant création de l'OHADA est signé par quatorze

---

Vienne sur le droit des traités, le 1er mai 1969, un amendement à cet alinéa *a*) proposé par les Etats-Unis demandait que le traité soit défini comme «un accord international conclu entre deux ou plusieurs Etats ou autres sujets du droit international...» (doc. A/CONF.39/C.1/L.16); voir *Documents officiels de la Conférence, première et deuxième session*, Nations Unies, New York, 1971, p. 121.

<sup>75</sup> Formule voisine de celle contenue dans l'article 1 du règlement de l'Assemblée générale relatif à l'enregistrement qui parle de «tout traité ou accord international, quelle que soit la forme et sous quelque appellation que ce soit». Notons, par exemple, que la Convention anglo-française du 5 août 1890, par laquelle, d'une part, la France modifiait l'arrangement du 10 mars 1862 «en ce qui touche le sultan de Zanzibar» et, d'autre part, la Grande-Bretagne reconnaissait le protectorat de la France sur l'île de Madagascar, était constituée de deux déclarations juxtaposées: la déclaration du Gouvernement français signée à Londres le 5 août 1890 par Waddington, et la déclaration du Gouvernement britannique signée à Londres à la même date par Salisbury (Réf. Afrique VI/82, 5 août/M6 1150, IM6 S1 et IM6 S2, Archives de la France d'outre-mer, Aix-en-Provence). Au demeurant le droit international n'exclut même pas les «accords verbaux», mais, à notre avis, ce n'est pas nécessairement dans le sens où l'entend Jean Salmon, «Les accords non formalisés ou «solo consensus», *AFDI*, 1999, pp. 13-15.

<sup>76</sup> Cette mission est composée de sept membres, juristes et spécialistes des affaires, présidée par Keba M Baye.

<sup>77</sup> Président: M. K. M Baye; membres: Martin Kirsch, conseiller honoraire de la Cour de cassation française, Avocat au Barreau de Paris, et Michel Gentot, président de la section du contentieux au Conseil d'Etat français.

Etats<sup>78</sup>; et deux autres<sup>79</sup> y adhèrent ultérieurement<sup>80</sup>. La RDC est le dernier à adhérer.

S'agissant de l'*instrumentum* au plan de la forme, le Traité est composé de 63 articles repartis entre IX titres. Dans le préambule, les Chefs d'Etats et de délégation ont réitéré leur détermination à réaliser progressivement l'intégration économique de leurs Etats. Ce qui suppose la mise en place et l'application d'un droit harmonisé afin de garantir la sécurité juridique aux investisseurs. En outre, l'article 2 du Traité détermine son objet et les domaines qui relèvent du droit des affaires<sup>81</sup>. Le Traité compte réaliser l'intégration juridique par les instruments et les organes précis<sup>82</sup>. Les organes de l'intégration étant examinés, on va s'appesantir sur les Règlements et les Actes uniformes au titre d'instruments d'intégration juridique au sein de l'OHADA.

### **b-Les Règlements: un acte d'application du Traité**

Il s'agit d'une catégorie d'actes juridiques pris par le Conseil des ministres pour l'application du Traité. On considère qu'ils sont des actes de même nature que le Traité et, par conséquent, sont d'application directe et obligatoire dans tous leurs éléments et ce dans tous les Etats parties<sup>83</sup>. Pris en application du Traité, les Règlements édictent des dispositions générales et impersonnelles; et portent sur diverses matières. A ce jour, parmi les règlements émis par le Conseil des ministres, on peut citer : le Règlement de procédure de la CCJA (11 avril 1996), le Règlement d'arbitrage CCJA (11 mars 1999), le Règlement financier des institutions de l'OHADA, le Règlement portant statut des fonctions et le régime applicable au personnel de l'OHADA (30 janvier 1998). En bref, si le Traité comporte les règles fondamentales régissant l'OHADA (missions, institutions, fonctionnement...), le Règlement fixe les règles complémentaires et nécessaires à la réalisation effective de l'œuvre d'harmonisation du droit des affaires<sup>84</sup>.

Après l'exposé synthétique sur les Règlements, il se dégage un rôle certain joué par les Etats. En fait, les Règlements sont une émanation du Conseil des ministres, qui se veut une représentation des Etats. Ces derniers expriment une fois de plus leur souveraineté en prenant des actes juridiques pour appliquer le fruit de leur accord qu'est le Traité. C'est dans la même optique qu'on admet les Actes uniformes comme une création des Etats membres de l'OHADA.

<sup>78</sup> Benin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo (Brazza), Cote d'Ivoire, Gabon, Guinée-Equatoriale, Mali, Niger, Senegal, Tchad et Togo.

<sup>79</sup> La Guinée Conakry et la Guinée-Bissau.

<sup>80</sup> Alhousseini Mouloul, *Comprendre l'OHADA*, *op.cit.*, pp. 16-17.

<sup>81</sup> Sur la définition du droit des affaires voir; H. D. Modi Koko Bebey, «La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie», p. 2. [www.ohada.com](http://www.ohada.com); sur le domaine du droit des affaires et les controverses qu'il suscite, voir, H. D. Modi Koko Bebey, «L'harmonisation du droit des affaires en Afrique: regard sous l'angle de la théorie générale du droit», p. 2 et pp. 13-15. [www.ohada.com](http://www.ohada.com)

<sup>82</sup> Alhousseini Mouloul, *op.cit.* p.19.

<sup>83</sup> J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, *op.cit.*, p. 112.

<sup>84</sup> A. Akam Akam, *op.cit.*, p. 32.

### c-Les Actes uniformes : une création des Etats membres de l'OHADA

Les Actes uniformes constituent un ensemble de règles matérielles qui empruntent ou s'inspirent de différentes sources, tel que le droit français (pour ce qui est du droit commercial, du droit des sociétés), le droit international<sup>85</sup> (on peut citer la Convention de Vienne de 1990 sur la vente internationale de marchandises, les lois types de la CNUDCI<sup>86</sup> sur l'arbitrage et l'insolvabilité, la Convention de Genève relative au contrat de transport de marchandises par route, etc). Pour ce qui est du projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, il s'inspire largement des Principes Unidroit<sup>87</sup>. Les Etats membres de l'OHADA créent une catégorie nouvelle, celle des Actes uniformes. L'article 5 du Traité énonce que: «*Les actes pris pour l'adoption des règles communes (...) sont qualifiés Actes uniformes*». En application des dispositions de l'article 2, le Conseil des ministres de l'OHADA a pris neuf Actes uniformes, qui sont déjà entrés en vigueur<sup>88</sup>.

Les Etats expriment encore leur souveraineté en créant les Actes uniformes. Toutefois, l'exégèse de l'article 10 du Traité<sup>89</sup> peut créer une confusion factice. En effet, cet article présente les Actes uniformes comme un droit supranational. La CCJA corrobore en affirmant que: «*L'article 10 contient une règle de supranationalité<sup>90</sup> parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures. En vertu du principe de la supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du Traité contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes uniformes dans les Etats parties*».

Il ne convient guère d'admettre une supranationalité des Actes uniformes en dehors de la volonté des Etats. C'est bien le choix souverain des Etats qui permet aux Actes uniformes d'abroger un droit interne antérieure ou postérieure contraire. Cette supranationalité rime avec la finalité du Traité : l'harmonisation, en fait l'uniformisation du droit des affaires. Toute lecture excluant la volonté des Etats comme permissive de cette supranationalité est erronée<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> Sur les sources d'inspiration du droit OHADA voir, Kenfack Douajni, «L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA», Penant, n° 851, avril-juin 2005, p. 174; C. Sietchoua Djuitchoko, «Les sources du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)», Recueil Penant, 2003, n° 843, p. 140.

<sup>86</sup> Convention Des Nations Unies sur le Droit du Commerce International.

<sup>87</sup> V. M. Fontaine, «le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'Unidroit relatives aux contrats de commerce international», Revue de droit uniforme, 2004, p. 253.

<sup>88</sup> Les matières uniformisées sont les suivantes: le droit commercial general, les sûretés, les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, les procédures collectives d'apurement du passif, le droit de l'arbitrage, la comptabilité des entreprises, le transport des marchandises par route, et les sociétés coopératives.

<sup>89</sup> Article 10 du Traité OHADA: «*Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure*».

<sup>90</sup> Abarchi Djibril, «La supranationalité de l'OHADA», Revue EDJA, n° 44, jan-fev-mars, 2000, p. 7 et s.

<sup>91</sup> L'exclusion de la volonté des Etats comme permissive d'une supranationalité voulue aboutirait à faire des Etats des sujets passifs du Traité OHADA. Ce qui n'est pas fondé; car les Etats sont les sujets actifs et passifs du droit communautaire OHADA conformément à leur statut de sujet du droit international.

A l'observation, les Etats membres de l'OHADA exercent leur souveraineté en désignant des organes et instances les représentant. Ils parviennent ainsi à une solution raccourcie dans l'optique d'une intégration juridique. Bien plus, ces Etats aménagent la possibilité d'exprimer leur *summa potestas* par organes interposés. On conclut à une expression par délégation de la souveraineté comme solution de l'intégration juridique. Cependant la finalité d'intégration juridique par l'uniformisation se fragilise avec l'exercice direct de la souveraineté répressive par les Etats.

## II. L'exercice direct de la souveraineté répressive par les Etats membres de l'ohada: un problème fragilisant l'intégration juridique

L'intégration juridique peut se traduire par l'unification ou l'harmonisation des normes<sup>92</sup>. Mais le Traité OHADA n'entretient pas une confusion entre «unification» et «harmonisation». Le modèle d'intégration OHADA est l'unification ou l'uniformisation<sup>93</sup>. Si ce dessein est aisément atteint au niveau de la production normative; l'exercice direct de la souveraineté répressive par chaque Etat membre de l'OHADA fragilise cette uniformisation juridique. Ceci peut se justifier de par la nature et l'esprit du droit pénal; qui est l'expression de la puissance publique étroitement liée à la souveraineté<sup>94</sup> de chaque Etat. En fait, le droit pénal général est au cœur du sanctuaire de la souveraineté des Etats<sup>95</sup>. Les Etats se montrent jaloux de leurs prérogatives en ce domaine et sont réticents à abandonner des parcelles de souveraineté. Chacun entend conserver une large indépendance dans la définition de sa politique criminelle nationale<sup>96</sup>. Il s'impose en conséquence une solution (B) consécutive à la relativisation de l'uniformisation pénale du système OHADA par certains écueils (A).

### A-Les écueils relativisant l'uniformisation pénale du système OHADA

Les objectifs de l'OHADA devraient conduire à la construction d'un véritable droit uniforme pour tous les Etats membres. Mais, la nécessité d'adopter une démarche progressive et de prendre en considération certaines spécificités relatives au droit pénal conduira à ne pas effacer totalement les législations internes<sup>97</sup>. On a ainsi un concours entre le droit OHADA et les législations internes. Ce concours relativise l'uniformisation pénale du système OHADA à raison de

<sup>92</sup> A. Akam Akam, *op.cit*, p. 22.

<sup>93</sup> P.G. Pougoue, «Présentation générale du système OHADA», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, *op.cit*, p. 16.

<sup>94</sup> R. De Gouttes, «Vers un droit pénal européen?», RIDP, 1994, p. 643.

<sup>95</sup> M. Virally, *Cours général de droit international public*, RCADI, 1983, p. 124 ; M. Mahouve, «Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin», *Penant*, n° 846, janvier-mars, 2004, p. 87-96.

<sup>96</sup> J.J. Fomchigbou Mbanchout, «De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur de l'OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, Yaounde, 2006, p. 64.

<sup>97</sup> S. Yawaga, *op.cit*, pp. 76-77.

nombreux écueils. Certains sont attribuables au droit pénal OHADA de fond (1) et d'autres au droit pénal OHADA procédural (2).

### **1-Les écueils attribuables au droit pénal OHADA de fond**

Le droit pénal de fond englobe les éléments constitutifs de l'infraction. Il s'agit en détails: des incriminations (élément matériel, élément légal et élément intentionnel ou moral) et des sanctions. Au regard du droit pénal OHADA, on observe une existence séparée des constituants de l'infraction (b). Cependant, avant de scruter le droit pénal de fond, il convient de conforter la difficile uniformisation par l'insuffisante délimitation du domaine du droit pénal OHADA (a).

#### **a- Une insuffisante délimitation du domaine du droit pénal OHADA**

L'article 2 du Traité OHADA a retenu comme relevant du droit des affaires, toutes les matières relatives au «*droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime de redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et tout autre matière que le conseil des Ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du Traité OHADA*». Il y a lieu de relever un effort de délimitation du droit des affaires. L'objet du droit pénal OHADA serait ainsi la prévision des incriminations qui encadrent ces matières<sup>98</sup>. Or le droit pénal des affaires ne concerne pas seulement les sociétés commerciales. En réalité le droit pénal des affaires est à la fois le droit pénal de l'activité économique et le droit pénal de l'activité commerciale ou individuelle. Les protagonistes de ce droit sont tous ceux qui, de près ou de loin, participent à ces activités : le notaire qui certifie les apports, le gérant qui fait des faux en écriture de commerce ou qui distribue des dividendes fictives, les salariés qui empêchent le fonctionnement de l'entreprise, l'expert comptable qui ne dénonce pas les infractions constatées lors de son contrôle, le directeur général de société qui dépose des produits nocifs dans une zone habitée et qui nuisent à l'environnement, le chef de service de vente qui fait distribuer des produits abîmés, l'associé ou l'employé qui vend à un concurrent des secrets de fabrique<sup>99</sup>.

Tous ces protagonistes précités ne font pas partie directement de l'entreprise commerciale. Certains font partie des structures de la société, d'autres sont des collaborateurs occasionnels, des concurrents, d'autres enfin une population voisine ou lointaine. Le législateur OHADA ne couvrant pas ce vaste et riche domaine, la latitude est laissée aux Etats de prévoir d'autres infractions<sup>100</sup>. Ce qui ouvre la voie à une diversité de législations pénales au sein d'un espace, qui se veut uniforme. Les difficultés d'uniformisation des législations pénales

---

<sup>98</sup> Article 5 du Traite OHADA

<sup>99</sup> J.J. Fomchigbou Mbanchout, *op.cit.*, pp. 66-77.

<sup>100</sup> *Ibid.*

compromettent la finalité d'intégration juridique. Cette compromission est amplifiée par une existence séparée des constituants de l'infraction.

### **b- Une existence séparée des constituants de l'infraction<sup>101</sup>**

Une infraction se caractérise par l'existence cumulative d'une incrimination et d'une sanction. Dans cette veine, l'infraction est régulièrement constituée lorsque la sanction complète l'incrimination<sup>102</sup>. A l'inverse de cette approche classique, le Traité OHADA procède à une détermination des incriminations par les Actes uniformes (b-1) d'une part et à la détermination des sanctions pénales par les législations nationales (b-2) d'autre part. Cette dissociation des incriminations avec les sanctions fragilise l'uniformisation en particulier et l'intégration juridique en général.

#### **b-1 Une détermination des incriminations par les Actes uniformes**

Le terme «incrimination» renvoie à une mesure de politique criminelle consistant pour l'autorité compétente à ériger un comportement déterminé en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable<sup>103</sup>. Cette conception de l'incrimination n'est pas partagée par le législateur OHADA; car ce dernier restreint l'incrimination aux éléments constitutifs de l'infraction, à l'exclusion des sanctions. C'est ce qui ressort de l'article 5 alinéa 2 du Traité OHADA, qui dispose: «*Les Actes uniformes peuvent inclure les dispositions d'incriminations pénales. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues*».

L'engagement du législateur OHADA à amorcer une codification dans le domaine spécifique du droit pénal apparaît comme la réponse au souci d'une solidarité plus poussée à l'émergence intérêts communs dépassant ceux de chaque Etat et surtout à la reconnaissance d'une forme de communauté constituée autour de ces Etats. Il s'agit de contribuer à la défense de la justice et de la paix, voire de la civilisation au sein de la sous-région<sup>104</sup> ou d'assurer un minimum d'ordre public communautaire ou une forme de défense sociale universelle<sup>105</sup>. La stratégie adoptée par le législateur OHADA pour venir à bout de la délinquance d'affaires a consisté à harmoniser les infractions en définissant les incriminations, et en laissant le soin aux Etats parties de déterminer les sanctions qui leurs sont applicables<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> Comportement actif ou passif (action ou omission) prohibé par la loi et passible selon sa gravité d'une peine principale, soit criminelle, soit correctionnelle, soit de police, éventuellement assortie de peines complémentaires ou accessoires ou de mesures de sûretés ; terme générique englobant crime, délit, contravention; voir G. Cornu, *op.cit.*, p. 490.

<sup>102</sup> R. Sockeng, *Droit pénal des affaires, op.cit.*, p. 33.

<sup>103</sup> G. Cornu, *op.cit.*, p. 480.

<sup>104</sup> V. Pella, «L'association international de droit pénal et la protection de la paix, RIDP», 1946, p. 185; J. Graven, Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilisation par le droit pénal, *ibid.*

<sup>105</sup> R. Saldana, «La justice pénale internationale», RCADI, vol 10, 1925, p. 370.

<sup>106</sup> J. J. Fomchigbou Mbranchout, *op.cit.*, pp. 68-69.

## **b-2 La détermination des sanctions pénales par les législations nationales**

L'article 5 alinéa 2 du Traité OHADA attribue la détermination des incriminations au législateur communautaire et les sanctions aux Etats parties. Une telle approche est surprenante car, la politique criminelle selon Marc Ancel apparaît 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 la politique criminelle a une logique différente*»<sup>107</sup>. Le choix de cette dynamique iconoclaste a pour dérivés: la multiplication des législations (b-2-1) et l'émergence des paradis pénaux (b-2-2).

### **b-2-1 La multiplication des législations pénales: un problématisation de l'uniformisation de l'OHADA**

L'harmonisation du droit des affaires en Afrique a pour but de mettre un terme aux fissures et dérives qui menacent le bloc homogène du droit des affaires légué par les anciennes puissances coloniales à la veille des indépendances et qui s'était par la suite décomposée en sous ensemble... Il est donc apparu nécessaire d'arrêter ce phénomène de dislocation des systèmes juridiques et concevoir une œuvre d'intégration débouchant sur l'unité du droit<sup>108</sup>. Il convenait en conséquence même en matière pénale, de promouvoir un droit unifié<sup>109</sup>. A contrario, le législateur OHADA a offert la latitude à chaque Etat partie de prévoir les sanctions des infractions définies dans un texte communautaire. Il faut relever que cette vision semble causer plus de problèmes qu'elle n'en résoud<sup>110</sup>.

En fait l'Etat choisit selon ce que lui commande son propre système juridique, et surtout selon sa propre hiérarchie des normes, les voies pertinentes pour aboutir à une organisation efficace de la répression. Mais cela peut créer des distorsions importantes dans les sanctions encourues, si les Etats ne coordonnent pas leurs dispositions. Certains peuvent oublier de fixer les sanctions applicables aux différents délits prévus par les Actes uniformes<sup>111</sup>; alors que les autres<sup>112</sup> les auront définies. Certains peuvent avoir une appréciation plus rigoureuse des faits incriminés et les sanctionneront plus sévèrement que les autres<sup>113</sup>.

L'attribution de la compétence répressive aux Etats en produisant des législations pénales multiples et variées, compromet l'objectif d'uniformisation ou d'unification du droit OHADA. Bien plus, on assiste à une exportation de la criminalité vers les paradis pénaux.

---

<sup>107</sup> F. Anoukaha, A. Cissé, Ndiaw Diouf, Nguebou Toukam, P.G. Pougoue et Moussa Samo, *Sociétés commerciales et GIE*, coll, Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 227.

<sup>108</sup> J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, *op.cit.*, p. 42.

<sup>109</sup> S. Yawaga, *op.cit.*, p.84.

<sup>110</sup> J. J. Fomchigbou Mbanhout, *op.cit.*, p. 72.

<sup>111</sup> La plupart des Etats membres de l'OHADA n'ont pas encore fixé les sanctions aux infractions de l'Acte uniforme.

<sup>112</sup> Le Cameroun et le Sénégal.

<sup>113</sup> J.J. Fomchigbou Mbanhout, *op.cit.*, p. 72.

### **b-2-2 L'émergence des paradis pénaux: un corollaire d'une uniformisation en crise**

L'idée de paradis pénaux, encore appelé «pays refuge» ou «forum shopping<sup>114</sup>» a souvent été avancée pour traduire la disparité entre les différentes législations et les conséquences qui en résultent, notamment les divergences de solutions auxquelles elles aboutissent. Ces divergences conduisent à retenir un comportement comme constituant une infraction grave en certains lieux, alors que le même comportement est considéré comme licite ou comme une infraction bénigne dans d'autres<sup>115</sup>.

Pour que tous les délinquants d'affaires soient soumis aux mêmes sanctions pénales, il faut que tous les Etats adoptent les mêmes gammes de sanctions. Ce qui n'est l'hypothèse de l'article 5 alinéa 2 du Traité OHADA. On a en conséquence deux groupes de pays appliquant des textes différents.

Le premier groupe comporte les pays n'ayant pas encore transposé la législation communautaire dans leur droit interne. En effet, ces Etats n'ont pas encore légiféré sur les sanctions pénales devant accompagner les comportements incriminés dans le Traité OHADA. Il est ainsi difficile de parler d'infraction en raison de l'absence des sanctions. En conséquence, si ces comportements incriminés dans le Traité OHADA sont commis dans ces Etats, il sera impossible de les poursuivre au titre d'infractions. Ces pays<sup>116</sup> constituent donc des paradis pénaux car la perpétration des actes incriminés en droit OHADA ne peut être suivie de sanctions. Ce n'est pas le cas du deuxième groupe.

Le deuxième groupe est constitué de deux pays: le Cameroun<sup>117</sup> et le Sénégal<sup>118</sup>. Ils ont adoptés des sanctions pénales internes pour compléter le droit communautaire. Toutefois, au lieu de l'harmonisation ou uniformisation, ces deux pays ont procédé à la confirmation de leur droit pénal antérieur. Il ressort en effet de l'exposé de motif de la loi sénégalaise que: «*Par l'élaboration d'un texte législatif interne, chaque Etat partie fixera le quantum des peines en conformité avec son système pénal pour compléter l'Acte uniforme en se fondant toutefois sur les incriminations déjà visées par l'Acte lui-même*».

Il ressort de cet exposé des motifs qu'il n'a pas été question d'harmoniser les sanctions pénales, mais plutôt de conforter les disparités antérieures au droit communautaire. C'est ainsi que, la loi camerounaise n° 2003/008 du 10 juillet 2003

<sup>114</sup> M. Delmas Marty, *Droit pénal des affaires, partie générale: responsabilité, procédure, sanction*, 3<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 1990.

<sup>115</sup> S. Yawaga, *op.cit.*, p. 85.

<sup>116</sup> Ces pays concernent tous les pays qui ont signé et adhère ultérieurement au Traité OHADA, à l'exclusion de deux: Cameroun et Sénégal. Il s'agissait de 14 pays, la République Démocratique du Congo est le quinzième à s'ajouter au 14.

<sup>117</sup> Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions continues dans certains Actes uniformes OHADA. Sur cette loi, V. annexes à l'ouvrage de R. Sockeng, *Droit pénal des affaires*, Presses MINSI, 2007, pp.207 et suiv.

<sup>118</sup> Loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicable aux infractions continues dans l'Acte uniforme relative aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Sur cette loi, V. également annexes à l'ouvrage de R. Sockeng, *op.cit.*, pp. 201 et suiv.

portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA, se détache de la loi sénégalaise à deux points de vue. Le premier point concerne le domaine d'application de la loi. La loi camerounaise couvre un champ plus important que la loi sénégalaise; qui se limite aux incriminations prévues dans l'Acte uniforme. Le second point intéresse la nature des peines prévues dans les deux lois. Les peines ne sont pas les mêmes. Alors que le droit sénégalais considère toutes les infractions commises par les dirigeants sociaux comme étant des délits; le droit camerounais soumet certains actes commis par les dirigeants des sociétés publiques ou parapubliques non seulement à des textes spéciaux (la loi de 2003), mais aussi l'article 184 du code pénal relatif au détournement. Si la loi de 2003 punit des peines correctionnelles, l'article 184 du code pénal sanctionne des peines criminelles, les abus commis par les dirigeants de certaines sociétés commerciales<sup>119</sup>.

En bref, la multiplication des législations pénales et l'émergence des paradis pénaux illustrent bien la crise de l'uniformisation juridique en particulier et celle de l'intégration juridique au sein de l'OHADA en général. Cette analyse n'est pas à désolidariser avec la difficile délimitation du domaine du droit pénal OHADA. Tout ceci rend compte des écueils attribuables au droit pénal de fond. Quid de ceux attribuables au droit pénal procédural?

## **2-Les écueils attribuables au droit pénal OHADA procédural<sup>120</sup>**

La mise en œuvre ou l'application du droit pénal OHADA de fond nécessite le recours au droit pénal procédural. A ce stade, la dissociation des incriminations avec les sanctions crée des conflits de lois dans le temps (b) et dans l'espace (a).

### **a-Le conflit de lois dans l'espace<sup>121</sup> OHADA**

La question du conflit de lois dans l'espace juridique intégré ne devrait pas se poser. Toutefois, les difficultés relatives au fait que certains Etats de l'OHADA n'aient pas édicté des sanctions aux incriminations, ressuscitent des conflits de lois. Une appréciation du conflit de lois est plausible au regard de l'exigence de la double incrimination et de la règle *non bis in idem*.

Relativement à l'exigence de la double incrimination, elle intervient lorsque l'infraction poursuivie présente un élément d'extranéité. La poursuite d'une telle infraction exige la réciprocité des incriminations. Cette condition ne devrait pas poser de problème au sein de l'OHADA, car ces incriminations existent dans tous les Etats parties. Cependant, le principe de la double incrimination n'a de sens en droit pénal international que lorsqu'il est apprécié en même temps que les

<sup>119</sup> S. Yawaga, *op.cit.*, pp. 86-87.

<sup>120</sup> La procédure pénale désigne l'ensemble des règles qui définissent la manière de procéder pour la constatation des infractions, l'instruction préparatoire, la poursuite et le jugement des délinquants; V. R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *op.cit.*, p. 573.

<sup>121</sup> En droit international privé, le conflit de lois dans l'espace désigne le concours de deux ou plusieurs ordres juridiques émanant d'Etats différents et susceptibles d'être appliqués à un même fait juridique, V. R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *op.cit.*, p. 167.

sanctions. Ainsi, la loi camerounaise traitant des conditions d'extradition exige un minimum de deux ans d'emprisonnement (article 642 CPP). Cela amène à parler de la double répression et non de la double incrimination. Dans ces conditions, seuls le Cameroun et le Sénégal pourront faire jouer le principe de la double incrimination. Jusque là, la solution est fragile car si les peines au Sénégal sont majoritairement pécuniaires (peines correctionnelles), le Cameroun a adopté des peines d'emprisonnement (peines criminelles)<sup>122</sup>. Ce qui ruine la réciprocité des incriminations. D'autres difficultés sont relatives à la règle *non bis in idem*.

Quant à la règle *non bis in idem*, elle est invoquée pour désigner l'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal<sup>123</sup>. Elle désigne le principe selon lequel l'individu ayant fait l'objet d'une décision répressive irrévocable ne peut plus être poursuivi en raison des mêmes faits. Etant donné que deux seulement des dix sept pays ont institué des peines, il n'est pas exclu qu'un fait soit poursuivi comme délit dans un de ces pays et que le même fait soit poursuivi comme contravention dans un des Etats n'ayant pas encore prévu de sanction aux incriminations OHADA. Le réflexe des délinquants sera d'aller commettre des infractions dans les «pays refuges»<sup>124</sup>. On se demande si le Cameroun- qui considère certaines infractions d'affaires comme des crimes- pourra engager des poursuites contre une personne condamnée à des peines correctionnelles ou contraventionnelles dans un autre Etat. De telles poursuites sont interdites par la règle *non bis in idem*. De ce fait, certaines législations nationales paralyseront le droit pénal OHADA<sup>125</sup>.

En bref, le conflit de lois dans l'espace OHADA est perceptible par le biais de l'exigence de la double incrimination d'une part et de la règle *non bis in idem* d'autre part. Ce conflit de lois n'est pas détachable de la crise d'uniformisation de l'OHADA et donc de l'intégration juridique. Il en est de même du conflit de lois dans le temps.

#### **b-Le conflit de lois pénales dans le temps au sein de l'OHADA**

Un conflit de lois pénales dans le temps suppose l'existence de deux normes pénales: une ancienne et l'autre récente. La solution classique est le recours au principe de la non rétroactivité<sup>126</sup>, suivi de sa dérogation: la rétroactivité *in mitius*<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> V. S. Yawaga, *op.cit.*, pp. 90-92.

<sup>123</sup> V. J. Pradel, *Procédure pénale*, 13e édition, 2006/2007, n° 1025 et suiv; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 2003, pp. 180 et suiv.

<sup>124</sup> «Les investisseurs pourraient alors privilégier ces pays à répression moins rigoureuse...», A. M. Mdontsa Fone, «A propos de l'Extension de la Compétence Pénale OHADA», *op.cit.*, p. 81.

<sup>125</sup> V. S. Yawaga, *op.cit.*, pp. 92-94.

<sup>126</sup> Article 3 CP: «Ne sont pas soumis à la loi pénale les faits commis antérieurement à son entrée ou ceux qui n'ont pas été jugés avant son abrogation expresse ou tacite».

<sup>127</sup> Application d'une loi plus douce à des faits commis avant sa promulgation et non définitivement jugés, V. R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *op.cit.*, p. 640. Article 4 CP: «(1) Toute disposition pénale nouvelle et moins rigoureuse s'applique aux infractions non définitivement jugées au jour de son entrée en vigueur. (2) Si la disposition nouvelle est plus rigoureuse, les infractions commises avant son entrée en vigueur continuent à être jugées conformément à la loi ancienne».

Ces principes s'appliqueraient facilement si les Actes uniformes portant incriminations étaient assorties de sanctions. De la sorte, on procéderait à une comparaison entre les sanctions anciennes et celles récentes pour déterminer la loi pénale la plus douce. En l'état actuel, le principe de la non rétroactivité est inopérant pour les Etats qui ont accompagné les incriminations communautaires des lois pénales nationales. La raison repose sur la substitution de la loi nouvelle communautaire par la loi nationale ancienne ou postérieure contraire. Pour les Etats qui n'ont pas encore complété les incriminations communautaires par les sanctions pénales nationales, on observe un vide juridique. Ce vide crée une zone de non droit, car les textes répressifs nationaux anciens sont inopérants. Qui plus est, l'absence de nouvelles sanctions nationales prolonge indéfiniment la période transitoire vers un droit pénal communautaire multiple. Cette configuration n'est pas de nature à servir l'uniformisation répressive.

En synthèse, les écueils attribuables au droit pénal OHADA procédural et de fond matérialisent une uniformisation relative du système pénal OHADA. Bien plus, le droit pénal étant l'expression de la *summa potestas* des Etats, ces derniers doivent trouver un terrain d'entente pour uniformiser la répression communautaire.

### **B-L'exigence d'une uniformisation répressive pour une intégration juridique exhaustive**

On n'a pas l'outrecuidance d'être premier à proposer une uniformisation de la répression dans l'espace OHADA. Certains ont proposé l'harmonisation d'un droit pénal de fond et de forme OHADA<sup>128</sup>. Sans exclure ces considérables propositions, on adopte une approche plus simple<sup>129</sup>. C'est dans cette veine qu'une uniformisation répressive dans l'espace OHADA impose une uniformisation normative (1) et judiciaire (2).

### **1-L'uniformisation normative du droit pénal communautaire OHADA**

Il importe de saluer l'effort consenti par les Etats membres de l'OHADA, qui ont surmonté leurs égoïsmes nationaux en faveur des incriminations communautaires. Cependant, la technique consistant à séparer les éléments de l'infraction de la sanction, a plombé l'intégration juridique par l'uniformisation ou l'unification du droit applicable. Il convient donc d'achever l'œuvre commencée par la communautarisation des sanctions uniformes. Qui plus est, le pouvoir de prévoir les sanctions est inhérent à celui de fixer les règles et ne peut pas en être dissocié<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> J. A. Ndiaye, «L'OHADA et la problématique de l'harmonisation du droit pénal des affaires: bilan et perspectives d'un modèle de politique criminelle communautaire», Bulletin d'information de la Cour suprême, n° 3, décembre 2011, p. 79.

<sup>129</sup> Le but est d'éviter un mimétisme des solutions déjà proposées et de noyer la spécificité de notre approche.

<sup>130</sup> R. Fornasier, «Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs financiers», Revue du Marché commun, 1982, pp. 398 à 413; p. 406.

Si les disparités dans l'appréciation du quantum de la sanction sont effectives, il n'est pas impossible de trouver une moyenne commune à tous les Etats de l'OHADA ou de créer les sanctions communautaires au *prorata* de l'ordre public des affaires à protéger. Un recours aux experts en pénologie n'est pas exclu pour éclairer le législateur OHADA sur l'adéquation entre la typologie des sanctions pénales et la réduction de la délinquance d'affaires. A l'instar des sanctions pénales nationales, les sanctions OHADA devraient avoir un minimum et un maximum communs à tous les Etats membres. Des lors qu'un droit pénal communautaire sera mis sur pied, restera l'épineuse question de l'uniformisation judiciaire.

## **2-L'uniformisation judiciaire en matière pénale dans l'espace OHADA**

Faut-il créer une juridiction pénale communautaire ou confier aux Etats la répression des infractions communautaires ? Il n'est pas exclu que les Etats, après avoir uniformisé les incriminations et les sanctions du droit pénal OHADA, décident de recourir à une juridiction communautaire. Bien plus, la création d'une juridiction pénale communautaire est avantageuse à plusieurs égards. En effet, elle supprime les conflits de lois dans le temps et dans l'espace d'une part et garantit une répression uniforme supprimant les paradis pénaux d'autre part. C'est l'idée qui a sous-tendu la création de la CCJA. Toutefois, il s'est posé la question de l'appropriation de ce mécanisme d'intégration judiciaire par les Etats membres de l'OHADA. En effet, les Etats se comportent comme si la CCJA leur a été imposée. On en veut pour preuve la réflexion de Joseph Fometeu sur la question<sup>131</sup>. Or la CCJA n'est que le fruit de la volonté des Etats dans l'optique de garantir une uniformisation judiciaire et jurisprudentielle. Elle tire sa légitimité de l'élection du Conseil des ministres. Ce qui fait de la CCJA une émanation étatique, un instrument matérialisant la politique judiciaire des Etats membres de l'OHADA. Les conflits qui naissent entre la CCJA et les cours de cassation nationales témoignent d'une difficile appropriation de cette juridiction communautaire par les Etats membres de l'OHADA.

Qui plus est, l'idée d'une juridiction pénale communautaire, bien que théoriquement plausible, peut faire face à des écueils pratiques. Au nombre de ces écueils, il convient de mentionner les difficultés de transport de tous les délinquants devant le siège de la cour pénale communautaire; la saturation des rôles au regard du volume quantitatif du contentieux; et le difficile financement de cette justice pénale communautaire. On dénonce simplement la lourdeur d'un tel système pénal.

Au regard de ces difficultés, il n'est pas exclu de recourir à la répression étatique des infractions communautaires. Disposant des mêmes incriminations et sanctions, les juges pénaux nationaux des Etats membres du Traité OHADA pourront aisément satisfaire au principe: «*aut judicare, aut dedere*». Le juge doit

<sup>131</sup> J. Fometeu, «Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, *op.cit.*

choisir la sanction applicable dans une fourchette légale, qui oscille entre un minimum et un maximum<sup>132</sup>. Des disparités peuvent exister dans l'appréciation entre le minimum et le maximum de la peine. On retrouve les aspérités propres à l'appréciation humaine diverse d'une même situation. C'est ce qui humanise la justice pénale à défaut de la robotiser. Il s'agit d'une solution de pis-aller.

### Conclusion

En dernière analyse, la thématique s'intitule : l'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA : une solution-problème à l'intégration juridique. Cette thématique a suscité une question centrale relative à la considération de la souveraineté des Etats de l'OHADA comme une solution ou un problème à l'intégration juridique. En effet, l'expression de la souveraineté des Etats de l'OHADA est la force et la faiblesse, l'assurance et le danger, bref le bon et le mauvais risque, selon que les Etats décideront d'avancer ou de reculer dans la réalisation d'une intégration juridique exhaustive. N'est ce pas la nature de la société internationale d'être versatile<sup>133</sup>, en attendant un éventuel ordre public international OHADA, permettant d'imposer aux Etats des obligations *erga omnes* ou de *jus cogens* ?

### Bibliographie

#### I. Ouvrages

1. Alhousseini Mouloul, *Comprendre L'OHADA*, 2e édition, 2008.
2. F. Anoukaha, A. Cissé, Ndiaw Diouf, Nguebou Toukam, P.G. Pougoue et Moussa Samo, *Sociétés commerciales et GIE*, coll, Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002.
3. P. Blacher, *Droit constitutionnel*, Hachette, Paris, 2005.
4. D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, Editions Sirey, Dalloz, Paris, 1999.
5. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8e édition, Paris, 2007.
6. P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7e édition, L.G.D.J, EJA, Paris, 2002.

---

<sup>132</sup> R. Sockeng, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, p. 45.

<sup>133</sup> Même si cette approche stratégique de la normativité internationale n'est pas intégrée avec le même degré de conscience par tous les Etats, elle n'en constitue pas moins un phénomène plus ou moins clandestin de la vie internationale. Elle permet de mieux appréhender comment et pourquoi tel Etat met sa volonté en action dans telle circonstance, suivant telle forme ou telle autre. Selon le cas, cette volonté en action peut prendre soit la forme d'une interaction des volontés visant à circonscrire la portée des dispositions d'un traité : il en est ainsi en cas de réserves, d'objections aux réserves ou de déclarations interprétatives ; soit la forme d'un réajustement de la volonté de l'Etat au moyen d'un acte unilatéral: c'est le cas pour ce qui est des amendements, de la suspension unilatérale ou du retrait; soit la forme d'une véritable expression de la politique de l'Etat à l'égard d'un traité dont il ne conteste pas la validité globale, mais celle de certaines des normes dudit traité en raison de ses intérêts du moment, choisissant ainsi au sein même du même traité de respecter certaines dispositions et pas d'autres. Voir, M. Kamto, *op.cit.*, p. 182.

7. M. Delmas Marty, *Droit pénal des affaires, partie générale : responsabilité, procédure, sanction*, 3<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 1990.
8. R. Guillien et J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, 17<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2010.
9. M. Kamto, *La volonté de l'Etat en droit international*, Académie de droit international de la Haye, Recueil de cours, tome 310, 2004.
10. E. Oliva, *Droit constitutionnel*, Aide mémoire, 4<sup>e</sup> édition, Sirey, Paris, 2004.
11. J. S. Nkotto Zengue, *Répartition des compétences législatives entre l'OHADA et les Etats parties: regard prospectif sur les rapports entre le législateur OHADA et le législateur national*, mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005/2006.
12. R. Sockeng, *Droit pénal des affaires*, collection Lebord, Presses MINSI, 2007.
13. P. Türk, *Theorie générale du droit constitutionnel*, Mémentos, LMD 3e édition, Gualino, Paris, 2010.

## II. Articles

14. A. Akam Akam, «L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique», in, A. AKAM AKAM (dir), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009.
15. M. Akouete Akue, «Droit pénal OHADA...Mythe ou Réalité», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00/1<sup>er</sup> trimestre 2010.
16. P. Bourel, «A propos de l'OHADA: libres opinions sur l'harmonisation du droit des Affaires en Afrique», *Recueil Dalloz*, n° 14, 2007.
17. J. Djeukou, «La CEMAC, rétrospective et perspectives: réflexions sur l'évolution récente du droit communautaire de l'Afrique centrale», *Juridis-Périodique*, 2001.
18. G. Kenfack Douajni, «L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA», *Revue Penant* n° 830 mai-août 1999.
19. J. Fometeu, «Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009.
20. S. Yawaga, «Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique: le cas du droit pénal OHADA», *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009
21. J. Issa Sayegh, «La fonction jurisprudentielle de la CCJA», [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata D-02-16.
22. J. Issa Sayegh, «L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc», *Revue Penant*, 2<sup>e</sup> partie, n° 824, 1997.
23. J. Issa Sayegh, J. Lohoues-Oble, *OHADA-Harmonisation du droit des affaires*, édition Bruylant-Juriscopes, 2002.
24. Keba M'Baye, «L'histoire et les objectifs de l'OHADA», *Petites affiches*, n° 205 du 13 octobre 2004.
25. M. Mahoué, «Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin», *Penant*, n° 846, janvier-mars, 2004.
26. A. M. Mdontsa Fone, «A propos de l'Extension de la Compétence Pénale OHADA», *R.A.S.J.*, Vol. 5, n 1, Université de Yaoundé II, 2008.
27. J. A. Ndiaye, «L'OHADA et la problématique de l'harmonisation du droit pénal des affaires: bilan et perspectives d'un modèle de politique criminelle communautaire», *Bulletin d'information de la Cour suprême*, n° 3, décembre 2011.

28. H. M. Noah, «L'espace dual du système OHADA», in *L'effectivité du droit OHADA*, PUF, Yaounde, 2006.
29. M. Tematio, «Droit ohada face à la souveraineté des Etats», <http://tematio.blogspot.com/2012/03/droit-ohada-face-la-souverainete-des.html>
30. A. Watteyne, «Une intégration économique africaine a l'image de l'intégration économique européenne: le cas de l'UEMOA», *Revue Burkinabé de droit*, n° spécial 2001.
31. Keba M'Baye, «L'unification du droit en Afrique», *Revue sénégalaise de droit*, n° 10, décembre 1971.
32. M. Alliot, «Problèmes de l'unification du droit africain», *Journal of african law*, vol. II, n 2, 1967.
33. E. Cerexhe, «L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale», *Revue Burkinabé de droit*, n° spécial 2001.
34. B. Diallo, «La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et le contentieux des Actes uniformes», *Recueil Penant*, n 850, p. 22 et s; E. Nsies, «La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Penant*, 1998.
35. P. Moudoudou, «Réflexions sur les fonctions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue EDJA*, n 64, janvier-février-mars 2005.
36. E. Assi Assepo, «La CCJA de l'OHADA, un troisième degré de juridiction?», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°4, 2005.
37. H. D. Modi Koko Bebey, «La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie», .www.ohada.com
38. H. D. Modi Koko Bebey, «L'harmonisation du droit des affaires en Afrique: regard sous l'angle de la théorie générale du droit», .www.ohada.com
39. Kenfack Douajni, «L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA», *Penant*, n 851, avril-juin 2005.
40. C. Sietchoua Djuitchoko, «Les sources du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)», *Recueil Penant*, 2003.
41. M. Fontaine, «Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'Unidroit relatives aux contrats de commerce international», *Revue de droit uniforme*, 2004.
42. Abarchi Djibril, «La supranationalité de l'OHADA», *Revue EDJA*, n° 44, jan-fev-mars, 2000.
43. P. G. Pougoue, «Présentation générale du système OHADA», in, A. AKAM AKAM (dir), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009.
44. R. de Gouttes, «Vers un droit pénal européen?», RIDP, 1994.
45. J. J. Fomchigbou Mbranchout, «De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur de l'OHADA», in, J. GATSI (dir), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, Yaounde, 2006.
46. V. Pella, «L'association international de droit pénal et la protection de la paix», RIDP, 1946.
47. R. Saldana, «La justice pénale internationale», RCADI, vol 10, 1925.

### III. Textes et lois

48. Traité portant création de l'OHADA en date du 17/10/1993.
49. Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA.

50. Loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicable aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relative aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.
51. Loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972.
52. Loi n° 67/LF/I du 12 juin 1967 portant code pénal au Cameroun.