

Contentieux des sanctions pénales : dernier refuge des souverainetés étatiques dans l'espace de l'OHADA. (À propos de l'arrêt, CCJA, n°053/2012 du 07 juin 2012, Pourvoi n°059/2009/PC du 19 juin 2009 Affaire : Monsieur E.E.E c/ Port Autonome de Douala (P.A.D) et Ministère Public).

Mots clés : Droit pénal des affaires et droit OHADA. – Décision des juridictions nationales de fond – Matière répressive – Pourvoi en cassation – matière criminelle - Incompétence de la CCJA.

1. C'est, semble-t-il, la première fois que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA rend un arrêt sur un pourvoi formé contre une décision rendue en matière criminelle par les juridictions nationales des États parties. La haute juridiction communautaire s'est déclarée incompétente. Sous une forme elliptique et superficielle, la décision rapportée ci-dessus confirme, plus qu'elle ne tranche, l'existence des questions profondes et importantes. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage confirme d'une part la position du législateur en matière de droit pénal des affaires et rappelle le critère décisif de sa compétence matérielle et formelle. Le litige à propos duquel elle est appelée à se prononcer contient des particularités saisissantes car cette décision qui ne présente apparemment qu'un intérêt restreint, puisque le Traité interdit formellement la compétence de la CCJA en matière de sanction pénale, revêt en revanche un intérêt considérable au regard du contexte dans lequel elle intervient. Poursuivi en matière criminelle pour atteinte à la fortune publique, notamment pour détournement de deniers publics en qualité de Président du Conseil d'Administration du Port Autonome de Douala¹, le demandeur au pourvoi, condamné à quinze ans d'emprisonnement ferme par la Cour d'appel du Littoral (Douala), saisit la CCJA pour voir casser la décision de condamnation sur le fondement des articles 14 du Traité institutif de l'OHADA, 889, 890 et 891 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

2. En l'espèce, le droit pénal camerounais sanctionne très lourdement les auteurs de détournement des deniers publics (article 184 du Code pénal). Les personnes en charge de la gestion des fonds publics qui se rendraient coupables de distraction frauduleuse des deniers publics, quelle que soit la forme sociétale de la personne morale dont elles ont la charge, peuvent encourir jusqu'à l'emprisonnement à vie. Le législateur camerounais n'a pas entendu amputer ce texte de sa portée lorsqu'il a adopté la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA. Cette dernière prévoit des peines correctionnelles pour les infractions qui, en droit privé, sont de nature correctionnelle.

¹ Cet organisme est créé par le décret n° 99/130 du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement du Port Autonome de Douala (Cameroun). L'article 1^{er}, alinéa 2, de ce Décret dispose que « Le Port Autonome de Douala est une société à capital public, dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

Estimant que les incriminations et les sanctions relatives au droit des affaires issu de l'OHADA s'évincent devant celles de l'article 184 du Code pénal camerounais, les juges du fond ont écarté les qualifications retenues par le législateur OHADA pour ne retenir que celles issues du droit pénal interne, notamment l'incrimination de détournement de deniers publics (au lieu de celle d'abus de biens sociaux issue de l'OHADA). Sur ce fondement, ils ont condamné à quinze ans d'emprisonnement ferme le demandeur au pourvoi à l'origine de l'arrêt rapporté. Saisi du pourvoi contre la décision, rendue en « *matière purement et exclusivement criminelle* » par la Cour d'appel du Wouri, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, au visa de l'article 14 alinéa 3 et 4 du Traité, s'est déclarée incompétente au motif que la décision déférée concerne l'application des sanctions pénales. Il y a donc lieu de rechercher quelle est la voie de recours contre une décision en dernier ressort rendu en matière répressive dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévues au présent Traité (I) et quelle est, en pratique, la portée de cette jurisprudence logique de la CCJA (II).

I – Incompétence manifeste de la CCJA en matière de contentieux d'application des sanctions pénales

3. La solution donnée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA dans l'affaire opposant l'ancien Président du Conseil d'administration du Port Autonome de Douala contre le Port Autonome de Douala et Ministère public peut sembler banale car, conformément à la lettre du Traité, la haute juridiction s'est toujours déclarée incompétente en matière d'application des sanctions pénales. À y regarder de près, et en considération des enjeux et du contexte de l'affaire dont elle est saisie, elle a rendu un « *grand arrêt* ».

Implicitement fondé sur les dispositions de l'article 5 du Traité de l'OHADA, le raisonnement de la haute juridiction s'inscrit en droite ligne de l'esprit du législateur communautaire qui a pris le soin de laisser le droit d'édicter les sanctions aux incriminations qu'elle a adoptées au législateur national². Depuis l'adoption du Traité en 1993, l'état du droit positif n'a pas subi de modification structurelle en matière de droit pénal des affaires. Le contentieux pénal des affaires est éclaté entre la Cour Commune de justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales³. La première

² Au jour d'aujourd'hui, seuls cinq pays ont adopté les sanctions pénales en application de l'article 5 alinéa 2 du Traité de l'OHADA. Il s'agit du Sénégal, du Cameroun, de la République centrafricaine, du Bénin et du Gabon. Un projet de loi édictant les sanctions pénales en application de ce texte est actuellement dans les circuits des parlements de Côte d'Ivoire et du Congo Brazzaville.

³ KITIO, E, « *Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA* », Communication au Séminaire de formation de l'ERSUMA à Porto Novo (24 au 27 juillet 2012) sur le thème : « L'état de l'application du Droit pénal des affaires OHADA dans les États-Parties ».

connaît, ou du moins, *devrait connaître*, en cause de cassation des pourvois formés contre l'interprétation (des incriminations pénales contenues dans les Actes uniformes) retenue par les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales de fond. Les secondes ont l'exclusivité de la compétence pour connaître en cause de cassation les pourvois formés contre les décisions de fond rendues en matière d'application et d'interprétation des sanctions pénales. C'est cette règle de bon sens juridique qu'a rappelé la haute juridiction de l'OHADA. En effet, par un attendu bien ciselé, elle reprend les dispositions de l'article 14 alinéa 3 et 4 du Traité et précise dans son motif décisoire que la Cour « *ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales* ».

4. Il convient alors de retenir de cette décision que les sanctions pénales constituent la frontière de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA. Il semble qu'elle n'est pas compétente pour connaître par voie de cassation les décisions rendues en matière pénale, bien qu'appliquant les Actes uniformes. En effet, un auteur s'interrogeait déjà en ces termes : « *Quelle est, en effet, la haute juridiction compétente pour connaître du contentieux du droit pénal des affaires OHADA ?* »⁴. En effet, pour assurer l'efficacité des normes qu'elle a édictées⁵, le législateur de l'OHADA et les États membres ont convenu de *couper la poire en deux* : au premier l'exclusivité de la compétence pour incriminer les comportements néfastes à la bonne application des normes de droit substantiel qu'il édicte et aux seconds l'exclusivité de la compétence d'édicter les sanctions à ces incriminations (le droit de punir). Qualifié de « *compromis heureux de la répartition des compétences* »⁶, cette démarche procède d'une politique prudente et opportune de l'intégration juridique dans un espace qui était jusqu'alors caractérisé par les disparités criardes en matière législative et les replis souverainistes, surtout en matière pénale.

5. La présente affaire nous offre l'illustration parfaite de la répartition de cette compétence. Même si la haute juridiction de l'OHADA ne le fait pas savoir clairement, il ressort de son raisonnement que le contentieux de l'application des sanctions pénales, même en cas d'application des Actes uniformes ne relève pas de sa compétence, mais de celle des juridictions nationales (de fond et de cassation). Cependant, même si elle ne le dit pas expressément, le contentieux de la qualification (incrimination) des infractions pénales en matière d'application des Actes uniformes

⁴ KITIO, E, *ibid*.

⁵ Confère l'article 2 du Traité de l'OHADA pour les matières qui entrent dans la compétence de l'Organisation.

⁶ Voir SEREKOÏSSE SAMBA M. et BILE-AKA J., « *Le contentieux pénal des affaires OHADA* », Communication au séminaire de formation complémentaire des auditeurs de justice et jeunes magistrats des États membres de l'OHADA, zone Afrique de l'ouest, Thème : Pratique et contentieux des Actes Uniformes de l'OHADA, Grand Bassam (Côte d'Ivoire, 26 au 30 novembre 2012, non publié.

relèverait de sa compétence sur le fondement de l'article 14 alinéas 3 et 4 du Traité de l'OHADA⁷. En effet, ce texte exclut la compétence de la CCJA uniquement en matière d'application des sanctions pénales et ne dit mot du contentieux de qualification des infractions pénales édictées par le législateur de l'OHADA. Par application d'une règle de bon sens juridique, le contentieux de la qualification des incriminations pénales édictées par les Actes uniformes, dont la connaissance n'est pas expressément interdite à la compétence de la haute juridiction, lui est implicitement attribué. Ne dit-on pas que ce qui n'est pas interdit par la loi est autorisé ? Juridiquement, rien, du moins en droit, n'empêche la CCJA de connaître du contentieux de qualification des infractions pénales en matière d'application des Actes uniformes de l'OHADA⁸.

6. Les faits ayant donné lieu à la décision rapportée semblent ne pas s'inscrire dans la logique de cette répartition heureuse de compétence. Les juges de fond de l'État du Cameroun ont retenu depuis la première instance des qualifications qui ne sont pas celles des Actes uniformes. Les condamnations à de lourdes peines d'emprisonnement ferme démontrent que les qualifications retenues ont été celles du droit pénal général, notamment l'infraction de détournement des deniers publics prévue et réprimée par l'article 184 du Code pénal camerounais⁹. Le demandeur au pourvoi a été reconnu coupable des faits qui lui étaient reprochés et condamné à quinze ans

⁷ Le contenu de ce texte est ainsi écrit : « saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévues au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États parties dans les mêmes contentieux ».

⁸ Voir NDIAW D., « Actes uniformes et Droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : La difficile émergence d'un droit pénal Communautaire des Affaires dans l'espace OHADA », Revue Burkinabé de Droit, 2001. L'auteur est favorable à la compétence de la CCJA pour connaître du « pourvoi dirigé contre une décision prononçant une relaxe à la suite d'une erreur de qualification ou contre une décision d'une juridiction d'instruction ».

⁹ Le contenu de ce texte est le suivant : « (1) Quiconque par quelque moyen que ce soit obtient ou retient frauduleusement quelque bien que ce soit, mobilier ou immobilier, appartenant, destiné ou confié à l'État fédéral ou fédéré, à une coopérative, collectivité ou établissement, ou publics ou soumis à la tutelle administrative de l'État ou dont l'État détient directement ou indirectement la majorité du capital, est puni :

a) Au cas où la valeur de ces biens excède 500.000 francs, d'un emprisonnement à vie ;

b) Au cas où cette valeur est supérieure à 100.000 francs et inférieure ou égale à 500.000 francs, d'un emprisonnement de quinze à vingt ans ;

c) Au cas où cette valeur est égale ou inférieure à 100.000 francs, d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 francs.

(2) Les peines édictées ci-dessus ne peuvent être réduites par admission de circonstances atténuantes respectivement au-dessous de dix, cinq ou de deux ans et le sursis ne peut en aucun cas être accordé.

(3) Dans les cas prévus à l'article 87 (2) du présent Code le minimum de la peine est respectivement de cinq ans, de deux ans et d'un an et le sursis ne peut être accordé sauf excuse atténuante de minorité.

(4) La confiscation prévue par l'article 35 du présent code est obligatoirement prononcée ainsi que les déchéances de l'article 30 pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

(5) La publication de la décision doit être ordonnée.

(6) Le présent article n'est pas applicable aux détournements et recels d'effets militaires visés aux codes de justice militaire ». Notons que ce texte qui a été adopté en 1967 n'a jamais fait l'objet d'une révision d'envergure, c'est ce qui justifie l'usage des termes « État fédéral » et « État fédéré ».

d'emprisonnement ferme par la Cour d'appel du Littoral (Douala – Cameroun)¹⁰. Cette décision a été rendue en matière purement et exclusivement criminelle, il n'a pas été question, durant tout le contentieux devant les juges du fond, de l'application des Actes uniformes de l'OHADA selon les moyens développés par le défendeur en cassation devant la CCJA. Selon les arguments développés par le Port Autonome de Douala, « l'Arrêt n°38/CRIM du 11 juin 2009 rendu par la Cour d'appel du Littoral statuant en matière purement et exclusivement criminelle et non correctionnelle sur les articles 14 du Traité OHADA, 889, 890 et 891 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ».

7. En se déclarant incompétente, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA rappelle non seulement qu'elle n'est pas compétente pour connaître des contentieux qui ne font pas application des Actes uniformes, mais également qu'il ne relève pas de son office de connaître par voie de cassation les contentieux qui par nature échappent à sa compétence. Les contentieux de qualification et de sanction pénale en matière criminelle, même s'ils concernent le droit des affaires ne relèvent pas de la compétence juridictionnelle de la haute juridiction. Le législateur de l'OHADA n'a pas adopté des incriminations criminelles en matière de droit des affaires. Il convient de retenir qu'à compter du moment où les juges du fond ont retenu la qualification criminelle (en première instance et en cause d'appel), la compétence de la CCJA doit être totalement exclue. C'est la grande leçon qui doit être retenue de cet arrêt. C'est cet apport qui fait de cette décision un « *grand arrêt* » qui mérite toute sa place au Panthéon des grandes décisions de la CCJA.

Si la doctrine est convaincue de ce que la compétence de la haute juridiction du système juridique de l'OHADA est acquise en matière de qualification des infractions que l'organisation édicte, le contentieux des sanctions pénales constitue encore le dernier refuge des souverainetés étatiques dans l'espace de l'OHADA.

II. Les sanctions des infractions en droit économique : dernier refuge des souverainetés étatiques dans l'espace OHADA

8. Si les acteurs économiques peuvent se satisfaire de la sécurité procurée par l'OHADA en matière d'incrimination des comportements économiques néfastes, ils retrouveront, et ont d'ailleurs déjà retrouvé, la précarité à laquelle ils croyaient avoir échappé en matière de sanction de ces incriminations. Le droit de punir librement est le substitut de la renonciation des souverainetés

¹⁰ Voir l'Arrêt n°38/CRIM du 11 juin 2009 de la Cour d'appel du Littoral.

étatiques en matière d'incrimination pénale en droit de l'OHADA¹¹. L'arrêt rapporté est exemplaire à plus d'un titre. Le contexte du litige dans lequel il intervient est complexe. Les intérêts divers et certains enjeux nationaux, portés par une nouvelle politique pénale en cours depuis la fin des années 2005, commandent que les atteintes à la fortune publique par les gestionnaires des entreprises publiques soient punies. L'entreprise défenderesse au pourvoi n'est donc pas une entreprise de droit privé comme les entreprises ordinaires : il s'agit d'une entreprise créée par Décret du Président de la République¹². Quoi de plus normal que de voir l'État poursuivre les gestionnaires qui ont pris des libertés avec la fortune publique au détriment du contribuable et des usagers du service public ! Poursuivi au pénal, le demandeur au pourvoi saisit en désespoir de cause, la Cour Commune de Justice de l'OHADA pour voir censurer la décision qui le condamne à de lourdes peines d'emprisonnement ferme.

Inutilement séduisantes, les incriminations pénales adoptées par le législateur de l'OHADA ne semblent pas empêcher les juridictions nationales de retenir des qualifications concurrentes qui font échapper le contentieux de la qualification de l'infraction à la compétence de la CCJA. Lorsque les circonstances de l'infraction le permettent, rien n'empêche, en droit, les autorités investies du pouvoir de poursuite de qualifier les faits, entrant dans la catégorie de délit en application des incriminations des Actes uniformes de l'OHADA, en crime si la loi nationale propose cette qualification. Si le juge, qui a le pouvoir souverain de qualification en matière pénale, retient la qualification proposée par l'autorité investie du pouvoir de poursuite, notamment le Ministère public, il rendra sa décision sur cette base et prononcera les sanctions correspondantes. Certains auteurs ont critiqué cette latitude laissée aux juridictions nationales dans l'espace de l'OHADA qui constituerait un même « *territoire pénal* »¹³. Critiquant l'incohérence que cela pourrait produire en matière de sanction des infractions pénales, la doctrine craint l'édification de « *paradis pénaux* » ou d'« *enfes pénaux* » dans le même espace juridique selon que l'État sera plus ou moins répressif¹⁴. Il semble même que cette incohérence soit déjà une réalité : pour la même infraction, trois des cinq États qui ont déjà adopté une loi sanctionnant les incriminations retenues par le législateur de l'OHADA condamnent différemment l'infraction d'abus de biens et de crédit de la

¹¹ Nous qualifions du « droit de punir librement » la latitude qui est laissée à chaque Etats de déterminer le quantum des sanctions (peines et mesures de sûretés) aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. Pour une même infraction, les sanctions peuvent être distinctes d'un Etat à l'autre.

¹² Décret N° 99/130 du 15 juin 1999 portant création du Port Autonome de Douala.

¹³ Voir SEREKOISSE et BILÉ AKA précité

¹⁴ Ibid.

société¹⁵. Ce qui témoigne, à n'en point douter, de la difficile relation entre la politique pénale de l'OHADA et celle mise en œuvre par les États parties pour la rendre effective¹⁶.

9. Certains États n'ont pas toujours jugé utile de prendre des textes d'accompagnement définissant les sanctions aux incriminations édictées par les Actes uniformes. Actuellement, seuls cinq États sur dix-sept ont sacrifié à cette obligation conventionnelle : le Sénégal¹⁷, le Cameroun¹⁸ et récemment la République centrafricaine¹⁹, le Bénin et le Gabon. Cela témoigne de l'intérêt que les États membres attachent à leur souveraineté en matière pénale qui reste de nos jours le refuge confortable des compétences étatiques en droit des affaires dans l'espace de l'OHADA.

10. En introduction à cette note, il a été indiqué que par cette décision, la haute Cour n'a pas tranché une question profonde et importante. En effet, cette affaire illustre une pratique selon laquelle les juridictions nationales, en présence d'une personne morale à participation publique, écartent les incriminations prévues par ce texte pour appliquer plutôt les incriminations tirées des textes nationaux. En l'espèce, le Port Autonome de Douala est une entreprise à capitaux publics. Le parquet camerounais a donc privilégié la prise en compte de l'origine des fonds alimentant le capital social pour qualifier l'infraction servant de base à l'application de la sanction par le juge national. Depuis le départ, il n'a donc jamais été question de qualification sur la base des incriminations de l'Acte uniforme. Remarquons que la CCJA est le juge de cassation du contentieux de la qualification des infractions déterminées par les Actes uniformes²⁰. Toutefois, il semble qu'elle n'ait jamais été saisie d'un contentieux en ce sens et que les cours suprêmes nationales se sont emparées de la totalité du contentieux du droit pénal des affaires OHADA²¹. La haute juridiction a manqué l'occasion qui s'est offerte à elle pour *marquer son territoire* dans le contentieux pénal des affaires de l'OHADA. Elle aurait pu, bien qu'en se déclarant incompétente, indiquer dans ses motivations qu'elle aurait pu être compétente si au moins un moyen du pourvoi était dirigé contre la qualification de l'infraction. En ne le faisant pas, la juridiction communautaire a laissé glisser une l'opportunité de fixation et de cristallisation du contentieux pénal des affaires de l'OHADA.

¹⁵ Les amendes sont les suivantes. Cameroun : 2.000.000 à 20.000.000 FCFA ; Centrafrique : 1.000.000 à 5.000.000 FCFA ; Sénégal : 100.000 à 5.000.000 FCFA. Voir SEREKOISSE et BIL ÁKA précité.

¹⁶ Pour un développement plus profond, voir NDI AW D., « Actes Uniformes et droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : La difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA », Revue Burkinabé de droit, 2001.

¹⁷ Loi 98/22/du 26 mars 1998

¹⁸ Loi 2003/008/ 10 juillet 2003

¹⁹ Loi n°10.001/ 06 Jan. 2012

²⁰ KITIO, E. op. cit.

²¹ NDIAYE, J. A., « L'OHADA et la problématique du droit pénal des affaires : bilan et perspectives d'un modèle de politique criminelle communautaire », Bull. d'Information de la Cour suprême du Sénégal, n° 3, déc. 2011, p. 79.

11. Comme le disait Portalis, « *la lecture des lois pénales d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées* »²², il semble que dans l'espace de l'OHADA, les États sont unanimes à prévenir les infractions qui peuvent mettre mal à l'aise le marché. Toutefois, et l'espèce commentée l'illustre parfaitement, aucun État n'est prêt à se laisser dicter sa politique de sanction par une quelconque autorité venue d'ailleurs, fut-elle le législateur communautaire de l'OHADA. L'importance des sanctions appliquées par le juge dans l'arrêt déféré à la CCJA illustre, à n'en point douter, de l'état des mœurs publiques dans certains États. Les dirigeants d'entreprises publiques qui prendraient des libertés avec des fonds publics devraient en répondre en fonction des principes directeurs de la politique criminelle des États de commission de l'infraction. Les conseils et défenseurs des personnes poursuivies peuvent certes invoquer les dispositions des Actes uniformes, mais encore faudrait-il qu'ils le fassent avant toute défense au fond sur les qualifications retenues sur le fondement de la loi pénale générale contenu dans le Code pénal.

Il est plus simple de saisir, de manière pertinente, la CCJA par toutes les voies de droit ouvertes aux plaideurs en temps utile que de venir défendre l'impossible devant la haute Cour de cassation communautaire.

Joseph KAMGA

²² Portalis, cité par KITIO, E., op. cit.