

**Audience solennelle de rentrée
des Cours et Tribunaux 2014-2015**

mercredi 22 janvier 2015

**Thème : « L'application des règles communau-
taires par le juge sénégalais »**

Discours d'usage

par M. Idrissa SOW

Conseiller à la Cour suprême

Au lendemain des indépendances, les États africains ont très vite été confrontés au défi du développement économique et social.

Mais, la plupart de ces pays devaient appréhender leur avenir dans une conjonction de circonstances exceptionnelles, constitutives de sources d'entrave à leur aspiration vers l'émergence.

Cette situation a suscité une prise de conscience de la nécessité de promouvoir des politiques d'ouverture et de collaboration afin de mettre en œuvre des stratégies collectives pour trouver les voies du développement conduisant à la résolution des problèmes économiques, environnementaux et sociaux.

Ainsi, dans les différentes régions du continent, l'option a été prise de mettre en place des organisations internationales chargées d'élaborer et d'exécuter des politiques sectorielles communes dans les domaines les plus stratégiques.

Toutefois, les entités sous-régionales de coopération initialement créées ont révélé des limites objectives découlant de la faiblesse des mécanismes institutionnels mis en place.

Ce qui a justifié la création d'organisations d'intégration dotées de personnalité juridique ainsi que le renforcement des capacités des institutions chargées d'édicter des règles communautaires directement applicables dans les États parties.

L'intégration de ces normes dans notre espace juridique interne a fini par introduire de nouveaux paradigmes dans les fonctions du juge national.

En effet, celui-ci s'est retrouvé au carrefour des ordres juridiques nationaux et communautaire et doit désormais assumer les exigences de cette pluralité juridique qui l'oblige à garantir la cohérence globale du système par une application harmonieuse des règles issues de ces différents foyers normatifs.

Analysant les mutations engendrées par cette évolution, le Professeur Mireille Delmas Marty soutient qu'« en dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition des normes nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétences élargies »¹.

De son point de vue, ces réalités nouvelles ont fait évoluer le droit vers des systèmes interactifs à la fois complexes et instables.

Il est évident que la complexité de ces interactions systémiques ne peut demeurer sans conséquence sur la fonction de juger. D'où l'intérêt et la pertinence du choix de notre thème de réflexion qui appelle une discussion nourrie autour de questions nouvelles, notamment celles liées à la prise en charge des règles communautaires par le juge national tenu d'exercer sa fonction normative dans le contexte de la « nouvelle architecture du droit ».

Monsieur le Président de la République, Mesdames et messieurs,

Selon une expression devenue familière, le juge national est désormais considéré comme le juge communautaire de droit commun. En ce sens, il est investi de la charge de donner plein effet à des règles d'origine supranationale par leur application dans des litiges internes relevant de ses compétences.

Cette nouvelle fonction dans l'office du juge est circonscrite autour de deux missions essentielles, l'une consistant à garantir l'applicabilité im-

¹ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 7.

médiate des règles communautaire et l'autre à assurer leur primauté sur le droit national.

Le principe de primauté traduit l'obligation faite au juge national d'appliquer le droit communautaire dans son intégralité en faisant de sa propre autorité tout ce qui est nécessaire pour écarter une disposition interne contraire, nonobstant tout obstacle législatif, administratif ou judiciaire.

Le juge national est donc tenu de garantir la suprématie des règles communautaires sur les lois nationales.

Il faut dire que ce concept de primauté est aujourd'hui bien ancré dans la doctrine de la Cour suprême du Sénégal qui, sur ce point, a défini une ligne jurisprudentielle claire, fondée sur la prééminence des règles communautaires par rapport au droit interne.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'argumentaire pertinent développé dans une affaire où elle a écarté l'application de l'article 2 du code des marchés publics au motif que cette disposition a permis l'instauration d'une commission des marchés auprès d'un organisme public dépourvu de la personnalité juridique, en méconnaissance des préconisations d'une directive communautaire de l'UEMOA. (Cour suprême, arrêt n° 29 du 10 mai 2012 CENTIF C/ Comité de règlement des différends de l'ARMP).

L'on note à travers cet exemple que la mise en œuvre du principe de primauté offre au juge national l'occasion d'exercer, de son propre chef, un contrôle diffus destiné à vérifier la conformité d'une disposition de droit interne par rapport au droit communautaire, ce qui en soi constitue une revalorisation fondamentale de sa fonction pour reprendre le mot de Guy Canivet, ancien Premier Président de la Cour de cassation française.

Il importe cependant de préciser que ce pouvoir de contrôle ne peut, sous aucun prétexte, déboucher sur la mise en cause de la validité ou de la légalité d'un acte communautaire.

Le juge national est radicalement incompétent pour se prononcer, même à titre incident, sur la légalité d'une règle communautaire. De ce fait, il doit en tout état de cause saisir obligatoirement la juridiction supranationale compétente, lorsqu'il estime qu'il y a un doute sur la validité de la norme en cause.

En même temps qu'il veille sur la primauté des règles communautaires, le juge national assure la protection des droits conférés par celles-ci aux particuliers qui, par conséquent, peuvent s'en prévaloir directement.

Cette fonction traduit la mise en œuvre du principe de l'applicabilité directe des règles communautaires.

Selon la définition proposée par Robert Lecourt, ancien Président de la Cour de justice des communautés européennes, ce principe n'est rien d'autre que le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève.

Il s'infère de cette conception qu'en pratique, l'applicabilité directe concerne non seulement les Règlements dont le caractère impératif est expressément consacré par les actes communautaires de base, mais également les Traités constitutifs et les directives, dès lors qu'ils comportent de manière explicite une attribution directe de droits ou d'obligations à l'égard des particuliers, ou qu'ils renferment une obligation bien définie à l'égard de l'État.

Dans cette optique, le Juge administratif sénégalais a admis la recevabilité formelle d'un moyen par lequel des requérants, étudiants étrangers, se sont directement référés à l'article 96 du Traité de l'UEMOA pour contester la légalité d'une décision du Recteur de l'Université Cheikh Anta Diop qui instituait une différenciation des tarifs des droits d'inscription en fonction de la nationalité. (Conseil d'État, arrêt n°76 du 31 août 1994, Prosper Nguena Nitchen et autres C/ UCAD).

Au demeurant, l'analyse des questions soulevées par le thème de ce matin suggère, à n'en pas douter, un examen approfondi des conditions d'application des règles communautaires dans toutes les branches du droit interne.

Il est cependant permis, compte tenu des similitudes, d'analyser les différentes problématiques telles qu'elles se posent dans les matières civile, commerciale et pénale, l'exercice servant de transition pour cerner de façon plus générale les difficultés occasionnées par la réception des normes communautaires en droit interne.

Première partie. L'application des règles communautaires en matière civile et commerciale

L'entrée en vigueur du Traité portant création de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a entraîné des transformations majeures dans la prise en charge par le juge national du contentieux en matière civile et commerciale.

Cette volonté d'intégration par le droit a été matérialisée à travers l'adoption d'Actes uniformes directement applicables dans les États membres et la création d'une Cour commune de justice et d'arbitrage dite (CCJA).

La mise en œuvre de ce dispositif a cependant révélé des difficultés tenant à l'existence de conflits réels ou potentiels de juridictions ou de normes.

1. Les difficultés liées aux conflits de compétences entre juridictions communautaires et juge national

En vertu de l'article 10 du Traité OHADA, les règles communautaires contenues dans les Actes Uniformes sont automatiquement valables en droit interne et ne nécessitent aucune procédure particulière de réception.

Il appartient, dès lors, au juge national de faire valoir leur effectivité immédiate, d'abord par la connaissance du contentieux relatif à leur application.

Ainsi, aucun justiciable n'est recevable à porter son litige devant la juridiction communautaire sans avoir saisi, au préalable, les juridictions nationales d'instance et d'appel.

Mais la particularité du système juridictionnel OHADA réside dans le fait que le juge national n'a pas une compétence exclusive dans le règlement des litiges appelant l'application des Actes Uniformes.

En effet, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage créée par le Traité est seule habilitée à connaître des pourvois en cassation formés contre 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, à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Le but visé à travers ce système unifié de gestion du contentieux est de favoriser la prévisibilité dans le traitement des litiges de droit des affaires et d'améliorer, subséquemment, l'indice de perception de la sécurité judiciaire qui à n'en pas douter constitue un critère déterminant dans l'évaluation de la qualité de l'environnement des affaires dans nos pays.

Il convient toutefois de souligner que le dessaisissement total des juridictions nationales de cassation, résultant de l'instauration de ce système, a entraîné pour les justiciables une situation d'éloignement préjudiciable à leur droit d'accès à la justice.

On peut citer à cet égard l'exemple d'un citoyen sénégalais, qui conteste la régularité de la saisie de son poste téléviseur. Dans l'hypothèse d'un rejet en appel de sa demande en distraction, fondée sur les dispositions de l'Acte Uniforme relatif aux voies d'exécution, il est obligé, s'il souhaite former un pourvoi en cassation, de porter son affaire devant la CCJA à Abidjan .

De façon plus directe encore, le père de famille, propriétaire d'un local loué à un boutiquier de quartier, qui entend formaliser un pourvoi dans un litige l'opposant au preneur et appelant l'application des dispositions

de l'acte uniforme sur le droit commercial général, sera obligé de s'adresser à la juridiction communautaire dont le siège se trouve en Côte d'Ivoire.

Ces exemples, permettent d'imaginer aisément le sentiment d'insatisfaction des justiciables souvent contraints d'arrêter l'instance en cause d'appel, faute de pouvoir supporter le coût d'une procédure dont le suivi peut parfois nécessiter un déplacement à l'étranger. À notre avis, cette situation est constitutive d'une entorse aux principes du procès équitable qui suppose l'existence d'un droit à des recours juridictionnels effectifs adaptés et accessibles à tous.

On le voit bien, si l'intégration des États et de leurs normes est souhaitée par tous, elle comporte des défis d'ordre pratique qu'il serait injuste de ne pas traiter, simplement parce qu'ils se posent à l'échelle du justiciable ordinaire.

Dès lors, on ne peut nier la nécessité de redéfinir les modalités de répartition des compétences entre le juge national de cassation et la CCJA. Bien entendu le maintien des acquis de l'OHADA s'impose, notamment en matière d'harmonisation de la jurisprudence.

Dans cette dynamique, le législateur communautaire pourrait parfaitement envisager de replacer le contentieux civil de moindre envergure sous la compétence du juge national de cassation à charge pour ce dernier, en cas de difficulté d'application, de saisir la juridiction communautaire par une procédure de renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité.

Cette suggestion est à tous égards conforme aux recommandations formulées par l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones à l'occasion de son colloque tenu à Lomé en 2006.

Pour autant, l'évocation de cet écueil ne permet malheureusement pas d'épuiser l'énumération des difficultés rencontrées par le juge national dans l'application des règles communautaires en matière civile et commerciale.

Les questions liées à la prise en charge des pourvois mixtes sont à cet égard suffisamment édifiantes pour en attester.

En effet, le juge national de cassation est très souvent saisi de pourvois fondés à la fois sur la violation du droit national et sur des questions d'application d'un Acte Uniforme.

On peut, a priori, penser qu'en pareille occurrence le contentieux serait réglé par la mise en œuvre d'un mécanisme de partage de compétences entre le juge national et le juge communautaire, chacun devant statuer sur la partie du litige qui le concerne.

Ce schéma reste cependant hypothétique, puisqu'aucune disposition expresse n'est prévue pour définir les modalités de prise en charge de ce type de pourvoi qui présente la particularité d'être situé à la lisière du droit national et du droit communautaire.

Confronté à cette situation, le juge de cassation sénégalais a cru devoir se déclarer incompétent sur le moyen tiré de la violation d'un acte uniforme et surseoir à statuer sur celui fondé sur la violation de la loi nationale, espérant que la CCJA lui laisserait le soin d'en connaître. (cass civ 17 décembre 2007, Adnan Attieh C/ Financo Sa).

Mais, la solution de compromis ainsi initiée n'a pas été entérinée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui s'est prévaluée d'une plénitude de compétence pour juger l'ensemble du litige sans tenir compte de la distinction à faire entre moyen tiré de la violation d'une disposition de droit interne et violation d'un acte uniforme.

Pour ce faire, le juge communautaire OHADA a invoqué son pouvoir d'évocation prévu par l'article 51 du Règlement de procédure.

Selon ce texte «lorsque la Cour est saisie conformément aux articles 14 et 15 du Traité par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui laisse le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes, cette juridiction est dessaisie d'office».

Il faut dire que la règle du dessaisissement d'office énoncée par cette disposition est de nature à susciter une frustration légitime du juge national qui peut nourrir le sentiment que l'effritement de ses compétences est totalement injustifié compte tenu du fait que la mission confiée à la CCJA consiste uniquement à assurer l'unité d'interprétation et d'application des Actes Uniformes. A cet égard, l'on a relevé des velléités de résistance des juges nationaux, dépourvus qu'ils étaient, du jour au lendemain de pans entiers de leurs compétences.

Tout compte fait, nous pensons qu'une réflexion soutenue doit être menée autour de la question pour voir dans quelle mesure un rééquilibrage de la répartition des compétences pourrait s'opérer de sorte que le règlement du contentieux de droit interne soit en priorité dévolu au juge national.

Pour être clair sur ce point, nous disons que notre propos n'est pas d'appuyer une quelconque proposition de réforme allant dans le sens de la remise en cause des fondements de l'existence de notre juridiction commune. Celle-ci doit à notre avis être maintenue, elle doit être soutenue dans sa fonction d'unification des interprétations du droit harmonisé. Cependant, son pouvoir d'évocation mérite d'être rediscuté pour voir dans quelle mesure le juge national pourra être replacé dans la plénitude de ses compétences de juge communautaire de droit commun.

Le professeur Pierre Meyer qui a mené une réflexion sur cette problématique soutient que la technique utilisée par la CCJA pour assurer l'application uniforme du droit OHADA n'est pas satisfaisante. Il estime que la formule de dessaisissement du juge national doit être abandonnée au profit de l'adoption du système de renvoi préjudiciel pratiqué au sein de l'UEMOA et de l'Union européenne ².

Selon lui, à la différence du recours en cassation qui instaure potentiellement des relations conflictuelles entre la juridiction commune et les juridictions nationales, le renvoi préjudiciel permet de concilier l'autorité des juridictions nationales et la nécessaire uniformité du droit communautaire.

En attendant la réalisation des correctifs attendus à ce niveau, le juge sénégalais s'est conformé à la position dégagée par l'organe judiciaire communautaire.

Ainsi, désormais toute affaire dont l'un des moyens de cassation met en œuvre l'application et l'interprétation d'une disposition d'un acte uniforme est systématiquement renvoyée devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage. (Cour suprême, 20 juin 2012 VERITAS C/SIPRES et autres).

Une telle attitude ne doit ni surprendre ni être regardée comme une soumission inappropriée puisque de toute façon, la question ne peut se résoudre par une rébellion. Il faut bien reconnaître qu'en ce domaine le mouvement d'humeur ressortit au psychodrame ; car, lorsqu'elle est saisie d'une affaire il suffit que la Cour commune retienne que le juge national s'est déclaré compétent à tort pour que la décision rendue par ce dernier soit réputée nulle et non avenue en vertu de l'article 18 du Traité.

Toutefois, force est de reconnaître qu'un compromis dynamique est entrain de s'établir spontanément autour de la définition des critères de répartition des compétences entre le juge national et le juge communautaire OHADA.

Ce processus est assurément une quête de consensus dont l'efficacité dépendra de sa capacité à prévenir l'émergence de situations potentiellement conflictuelles.

C'est dans ce sens que la CCJA a énoncé le principe selon lequel, la simple invocation d'une disposition d'un acte uniforme ne saurait suffire à déterminer sa compétence surtout lorsque la référence à la norme communautaire ne vise qu'à soustraire le litige de son juge naturel, en l'occurrence le juge national.

² Pierre Meyer, l'intervention des juridictions nationales et de la Cour commune : Une meilleure articulation est-elle possible ? OHADATA réf D-10-04 , Page 8 et suivantes.

Tirant les conséquences de cette règle, la Cour suprême du Sénégal par un arrêt du 7 mars 2012 s'est à son tour déclarée compétente pour connaître d'une décision relative à un bail à usage commercial, pourtant régi par l'acte uniforme sur le droit commercial général, au motif que les moyens à l'appui du pourvoi n'appellent ni l'application ni l'interprétation d'un acte uniforme³.

Par ailleurs, il faut, surtout relever que le juge national dans l'exercice de sa fonction communautaire, rencontre d'autres difficultés dont notamment celles liées aux conflits éventuels ou réels entre les règles édictées par les différentes organisations d'intégration.

2. Les difficultés liées à la concurrence de normes communautaires

La présence, dans le même espace géographique, d'organisations supranationales concourant simultanément à la réalisation des objectifs d'intégration des États membres, peut constituer un facteur perturbateur de l'intervention du juge national.

En effet, il est constaté de façon récurrente, que dans bien des matières, des dispositions concurrentes ou contradictoires sont édictées par les différentes organisations sous-régionales d'intégration.

Dans le cadre d'un procès, l'invocation de deux normes contradictoires d'égale valeur est susceptible d'occasionner une situation à la limite embarrassante pour le juge national qui, en raison de l'absence d'une quelconque hiérarchie entre les règles en cause, peut avoir une difficulté certaine à mettre en avant un critère objectif pouvant permettre de prioriser l'une d'elles au détriment de l'autre.

Cette situation est observable dans le domaine du droit bancaire et financier où le législateur UEMOA a adopté un certain nombre d'actes qui ont une propension évidente à entrer en conflit avec les dispositions des Actes Uniformes de l'OHADA.

C'est notamment le cas du Règlement n°03/2010/CM/UEMOA qui a créé une nouvelle catégorie d'établissements financiers à caractère bancaire spécialisés dans l'émission de valeurs mobilières désignées sous l'appellation d'obligation sécurisées.

L'examen des règles d'organisation et de fonctionnement de ces institutions révèle une divergence prononcée d'avec les normes et principes de droit commun applicables aux sociétés faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

³ Cour suprême, arrêt n°18 du 7 mars 2012 SARL Restaurant le Toucouleur C/ Bassirou Ka.

Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les énonciations de l'article 9 du Règlement précité qui confère aux créances nées de l'activité d'un établissement financier émettant des obligations sécurisées, un super privilège manifestement inconciliable avec les modalités de répartition de l'actif telles que définies par les articles 165 et 166 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

La concurrence des règles d'origine communautaire est loin d'être l'apanage du seul secteur bancaire et financier. Elle se manifeste dans d'autres domaines et se révèle parfois à travers certaines dispositions internes prises en application du droit communautaire.

C'est le cas de la loi n°2011-01 du 24 février 2011 portant code des télécommunications qui présente la curieuse particularité de constituer la déclinaison en droit interne d'un ensemble de textes communautaires issus de deux ordres juridiques distincts, mais tous relatifs à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications.

Il s'agit précisément des six directives UEMOA prises le 23 mars 2006 à Abidjan et des actes additionnels CEDEAO adoptés le 19 janvier 2007 à Ouagadougou.

Pour le juge communautaire lui-même, ces situations de conflits de normes sont suffisamment préoccupantes, parce qu'elles l'entraînent à s'inviter dans un ordre juridique qui n'est pas le sien, qui n'est pas celui en vertu duquel il détient le pouvoir de juger. On imagine alors aisément le désarroi du juge national, appelé à interpréter un texte de loi interne par référence à des normes communautaires d'égal valeur mais d'origines diverses.

Cette situation révèle encore une fois la nécessité d'une mise en cohérence du système normatif communautaire par la rationalisation de l'activité des organisations sous-régionales d'intégration.

Il s'agit là d'un impératif de sécurité juridique qui, en incluant des instruments de prévention des conflits, exige une coordination étroite entre les différentes organisations communautaires. L'adoption de ce processus consensuel pourrait certainement permettre à nos États de gérer les adaptations fonctionnelles à prendre en compte au moment de l'élaboration des projets de textes.

La collaboration initiée dans ce sens entre la BCEAO et les structures de l'OHADA en vue d'une meilleure harmonisation de la législation bancaire et financière mérite d'être encouragée.

Monsieur le Président de la République, Mesdames et messieurs ;

Les difficultés d'application des règles communautaires ne sont pas circonscrites au seul contentieux civil et commercial ; en matière pénale aussi, la perception du phénomène est d'une certaine acuité.

Deuxième partie ; L'application des règles communautaires en matière pénale

Pendant longtemps, le droit pénal a résisté à la pénétration des règles d'origine communautaire et, de ce fait, il était comme un bastion imprenable relevant exclusivement de la souveraineté des États.

Mais aujourd'hui le recul du particularisme juridique des États qui n'est que la conséquence de leur engagement en faveur de la mise en place de nouveaux cadres d'intégration régionale, a fini par avoir raison de ce champ de compétence réservée.

L'ouverture progressive de la matière pénale vers les sources communautaires a été décrite par le juge Henri Tchanchou comme un recul de l'absolutisme des souverainetés étatiques rendu nécessaire par le besoin d'assainissement de l'environnement économique mondial, les enjeux de protection des droits de l'Homme et la moralité de la société internationale⁴.

Ainsi, la palette normative du juge pénal s'est enrichie de règles communautaires ayant vocation à incriminer et à réprimer des comportements jugés répréhensibles par des États parties, désireux d'établir un système de valeurs communes.

Ces règles proviennent principalement des systèmes normatifs de l'OHADA, de l'UEMOA mais également de la CEDEAO

1. Les normes pénales issues du système OHADA

Selon l'article 5 du Traité de l'OHADA, les Actes Uniformes peuvent inclure des incriminations pénales, à charge pour les États parties de définir les sanctions qui s'attachent à ces infractions.

En application de cette disposition, plusieurs incriminations destinées à lutter plus efficacement contre la délinquance économique et financière ont été insérées dans les Actes Uniformes.

Ces incriminations sont pour la plupart destinées à sanctionner des agissements frauduleux visant à contourner les règles de constitution, de gestion ou de dissolution des sociétés commerciales.

⁴ Henri Tchanchou et Michel A. Akué, *L'État du droit pénal dans l'espace OHADA*.

Nous pouvons citer, à titre d'exemple, le délit de surévaluation des apports en nature prévu par l'article 887 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et du GIE, l'abus de biens sociaux visé à l'article 889 du même Acte Uniforme...etc.

Le constat est que le droit pénal des affaires découlant de l'application des Actes Uniformes est éclaté en deux champs de compétences, à savoir un champ d'édition des normes définissant des comportements punissables, qui relève de l'ordre communautaire et un champ de compétence complémentaire d'élaboration des normes de répression qui demeure dans les ordres juridiques nationaux.

C'est à ce titre que, dès après l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du GIE, le Sénégal a pris les dispositions législatives nécessaires à la mise en application des infractions contenues dans ledit texte en adoptant la loi n°98-22 du 26 mars 1998.

Cependant, le compromis consistant à laisser aux États membres le soin d'adopter en toute souveraineté les normes de sanctions n'est pas toujours respecté.

En effet, dans de nombreux cas, les Actes Uniformes après avoir indiqué le comportement prohibé, renvoient à une sanction existante ou censée exister dans la législation nationale des États parties.

C'est notamment le cas pour toutes les infractions prévues par les articles 226 à 229 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il s'agit précisément des délits et délits associés à la banqueroute simple et à la banqueroute frauduleuse qui, suivant les prescriptions du texte communautaire, sont punis des peines prévues à l'article 376 du code pénal sénégalais.

Toutes ces infractions sont réprimées selon une technique propre au droit des affaires dite de la pénalité par référence. Pour le professeur Ndiaw Diouf, « cette méthode conduit à déposséder les États de leurs pouvoirs répressifs, car c'est la norme communautaire qui, de sa propre autorité, indique non seulement ce qui doit être sanctionné, mais aussi comment il doit l'être ».

Il est manifeste que cet état de fait pose encore une fois la lancinante question de la délimitation des compétences entre l'organe communautaire OHADA et les États membres.

Il convient par ailleurs de noter que la disparité des règles de sanction applicables aux infractions prévues par les actes uniformes ne facilite guère l'intervention du juge pénal, obligé de recourir à plusieurs sources pour réprimer les délits relevant de ses compétences.

Aussi, serait-il judicieux d'envisager l'adoption d'un texte unique à usage de catalogue répressif pour toutes les infractions contenues dans les Actes Uniformes en vigueur et qui prendrait en compte les nouvelles incriminations fixées par les actes les plus récents.

2. Les règles pénales issues du système UEMOA

À l'instar du droit OHADA, des dispositions communautaires relevant de l'ordre juridique UEMOA ont fini de s'installer au cœur de notre dispositif pénal national.

En effet, une tendance à la communautarisation des infractions liées au droit économique est plus en plus observée dans l'espace sous-régional. Cette mutation est manifestée par l'adoption fréquente de lois dites uniformes qui sont des normes nationales d'application du droit communautaire.

La loi uniforme n° 2008-48 du 3 septembre 2008 en est une parfaite illustration.

Ce texte adopté sous l'égide de l'UEMOA constitue désormais la norme de référence pour la répression des infractions en matière de chèque, de carte bancaire et d'autres instruments et procédés électroniques de paiement.

Son entrée en vigueur a permis la création de nouvelles infractions et leur introduction dans l'ordonnancement juridique interne. C'est notamment le cas pour les délits de détention ou de mise à disposition de programmes informatiques destinés à la contrefaçon de chèques ou de cartes bancaires prévus par les articles 4 et 6 de la loi uniforme.

Il importe cependant de relever que l'adoption de ce texte a sonné le glas du délit d'émission de chèque sans provision qui, de façon surprenante, a disparu de notre législation interne. La dépénalisation de cette infraction a causé une situation assez ubuesque dans laquelle celui qui accepte de recevoir en connaissance de cause un chèque sans provision demeure passible d'une peine d'emprisonnement, alors que l'émetteur du chèque incriminé ne peut plus être poursuivi devant le juge pénal pour ce fait, même lorsqu'il a agi sciemment.

Cette incohérence manifeste qui procède certainement d'une omission malencontreuse gagnerait à être corrigée ; car de toute évidence, l'émetteur d'un chèque sans provision n'est pas plus digne d'intérêt que son acceptant.

Qu'en est-il maintenant de l'influence des normes issues du système communautaire de la CEDEAO dans l'office du juge national.

3. L'incidence des normes communautaires CEDEAO

L'application des normes communautaires en rapport avec la protection des droits de la personne humaine n'est pas sans conséquence sur l'office du juge national.

En effet, il est admis que le juge pénal est chargé, au premier chef, de donner plein effet aux droits fondamentaux que les citoyens tirent des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme.

Mais, depuis l'entrée en vigueur en 2005 du protocole additionnel de la CEDEAO sur la Cour de Justice de la Communauté, cette assertion ne correspond plus tout à fait à la réalité.

Ce texte communautaire a introduit une innovation majeure consistant à ouvrir aux citoyens ressortissants des États membres un accès direct à la juridiction sous-régionale en cas de violation d'un droit fondamental.

La mise en œuvre de cette réforme a donné l'occasion à l'organe judiciaire de la CEDEAO de se prononcer sur des affaires qui, le plus souvent, étaient encore pendantes devant les juridictions nationales.

Dès lors, la question s'est posée de savoir s'il est admissible qu'un citoyen puisse enjamber son système judiciaire national pour saisir directement une juridiction communautaire, sans encourir le risque de voir son action être déclarée irrecevable pour non respect de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Tout le monde sait que cette règle issue du droit coutumier international a pour finalité principale de prémunir les États contre les recours intempestifs dont ils pourraient faire l'objet de la part des particuliers devant les juridictions supranationales.

Les partisans de son application se sont déterminés à partir de l'idée selon laquelle la protection des droits de l'Homme relève avant tout des États et que c'est à eux qu'incombe la responsabilité de leur effectivité.

Partant de cet argumentaire, Régis De Gouttes a pu affirmer dans une étude en l'honneur de feu le juge Laïty Kama, qu'en vertu du principe de subsidiarité des organes communautaires, « ...c'est dans le cadre du système juridique national que doivent d'abord s'exercer les recours ouverts aux personnes dont les droits ont été violés, les mécanismes internationaux ne devant intervenir, quant à eux, que subsidiairement, lorsque le système de protection national s'avère insuffisant ou défaillant »⁵.

Il faut dire que la Cour de justice de la CEDEAO est encore réticente à

⁵ Régis De Gouttes « le renforcement et l'harmonisation des procédures nationales et internationales en matière de protection des droits de l'Homme », in *Études en l'Honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïty Kama*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 731.

admettre le principe de l'épuisement des voies de recours internes bien qu'elle ait été maintes fois confrontée à cette problématique par le truchement des conclusions déposées par certains États membres à l'occasion du jugement d'affaires les concernant.

Pour ce faire, la Cour a adopté une position claire et constante, fondée sur le fait que cette règle ne figure pas dans le Règlement de procédure qui détermine les conditions de recevabilité du recours ouvert aux citoyens.

Nous n'avons nulle prétention à affirmer que l'organe judiciaire de notre communauté doit impérativement adopter ce principe qui aujourd'hui, il faut le souligner, est appliquée par toutes les juridictions communautaires spécialisées en matière de protection des droits de l'Homme.

Seulement, une clarification s'impose pour juguler définitivement la controverse encore entretenue autour de cette question de procédure.

En effet, l'interprétation restrictive avancée par la Cour de justice de la CEDEAO est franchement respectable. Toutefois, elle part en contre sens de la position des États membres qui, dans l'article 39 du protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance adoptée en 2001, ont explicitement manifesté leur volonté de doter la Cour d'une compétence en matière de protection des droits de l'Homme, en précisant clairement que le recours serait ouvert aux personnes physiques après épuisement des voies de recours internes.

Depuis lors, cette disposition n'a connu aucune modification allant dans le sens d'une quelconque renonciation des États membres de la CEDEAO à l'application de la règle qu'elle comporte.

Ceci nous conforte dans l'idée que pour lever toute équivoque à ce niveau, il serait utile que les instances dirigeantes de la CEDEAO se prononcent sur le sort de la décision qui avait été prise de ne faire jouer la compétence de la Cour communautaire qu'après l'épuisement de toutes les procédures ouvertes devant le juge national.

En guise de conclusion, disons que le juge national est au cœur du dispositif de mise en œuvre du processus d'intégration engagé par nos États et que pour cette raison, les mesures les plus appropriées doivent être prises afin d'élaguer tous les obstacles juridiques susceptibles de constituer des limites à l'exercice de ses attributions de juge communautaire de droit commun.

Dans cette mesure, il doit veiller à l'application effective des règles édictées par les différentes organisations d'intégration, et contribuer, de ce fait, à la mise en place des cadres juridiques communautaires voulus par nos États.

Il est clair qu'il ne peut être esseulé dans l'accomplissement de cette fonction rendue difficile par les nombreuses contraintes qu'elle comporte, notamment celles découlant de la multiplicité des foyers normatifs.

Pour cette raison, des plages de dialogue ont été institués dans le but de lui permettre de poser des questions d'interprétation aux juridictions supranationales compétentes et, au besoin, de solliciter leur avis sur toute difficulté soulevée par l'application d'une règle communautaire.

Il nous faut préciser que dans le système UEMOA, cette forme de coopération est rendue obligatoire pour toutes les juridictions nationales statuant en dernier ressort qui, en vertu de l'article 12 du protocole additionnel n° 1, sont tenues de saisir la Cour de justice lorsqu'elles rencontrent des difficultés d'interprétation ou d'appréciation de légalité d'un acte pris par un organe de l'Union.

L'on constate, malheureusement, que le juge national est encore réticent à se conformer à cette prescription qui n'a été appliquée qu'une seule fois par une juridiction sénégalaise, à travers un renvoi en interprétation formalisée le 10 novembre 2003 par l'ex-Conseil d'État, dans une affaire de concurrence ayant opposé la Compagnie Air France au syndicat des Agences de voyages et de Tourisme du Sénégal.

Pour finir, nous ne devons pas nous dissimuler les difficultés qui se dressent devant une application optimale des règles communautaires, application induite par des choix politiques que nul ne conteste vraiment et qui touchent notre option de principe pour l'intégration des États.

Deux impératifs doivent à cet égard être satisfaits. D'une part, une plus grande intériorisation de ces règles supra nationales par les acteurs nationaux : plaideurs, avocats et magistrats, mais aussi hauts fonctionnaires des administrations nationales, et chargés du contentieux dans les entreprises.

D'autre part et surtout, il faut garder à l'esprit que le droit de l'intégration et sa déclinaison judiciaire ne peuvent s'épanouir qu'avec la multiplication des échanges de toutes sortes, trafic propre à produire ce que le Professeur Alioune Sall appelle des « étincelles contentieuses », c'est-à-dire des procès au moins virtuels. Nous serons alors sûrs que le thème de réflexion qui nous réunit ce matin restera, à l'image du flot intarissable de la jurisprudence, un sujet de discussion inépuisable.

Je vous remercie de votre aimable attention.