

# LA NATIONALITE DES SOCIETES DANS LES PAYS DE L'ESPACE OHADA : LES CAS DU NIGER, DU SENEGAL ET DE LA RD CONGO.

Par

**Dr ABDOU ASSANE Zeinabou\***

*Assistante à la Faculté des Sciences Economiques et Juridiques  
Université Abdou Moumouni de Niamey*

*Zeinabou ABDOU ASSANE EPSE GOUROUZA M. <abdou\_assane78@hotmail.fr*

## Résumé

Le développement des relations économiques internationales et la construction d'un espace communautaire intégré d'un point de vue économique et juridique relancent le débat sur la nationalité des sociétés. La question n'est pas de démontrer s'il existe une nationalité des sociétés, puisque la doctrine et la jurisprudence ont proposé des solutions qui sont déjà acceptées ; mais d'analyser plutôt comment cette notion s'adapte aux contraintes d'une économie régionalisée voire mondialisée. Ainsi, les critères de rattachement juridique d'une société retenus par les pays de l'espace OHADA en l'occurrence le Niger, le Sénégal et la RD Congo sont analysés en vue de la détermination de la lex societatis. La notion de nationalité des sociétés dans les pays de l'espace OHADA, pose tout de même quelques difficultés liées à la multiplicité des textes notamment le droit national et le droit OHADA ainsi que les autres droits communautaires. De nombreuses conséquences découlent de la détermination de la nationalité des sociétés dans le cadre de la réglementation de leurs activités.

**Mots-clés:** Nationalité, rattachement juridique, lex societatis, liberté d'établissement, siège social, contrôle, société étrangère.

---

\* Mode de citation : ABDOU ASSANE Zeinabou

« La nationalité des sociétés dans les pays de l'espace OHADA : les cas du Niger, du Sénégal et de la RD Congo », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 1-24

## INTRODUCTION

1. Le développement considérable de l'activité économique transfrontalière des sociétés commerciales et la libre circulation des personnes et des biens relancent le débat sur la nationalité des sociétés. En effet, « *lorsque les sociétés effectuent des opérations dans plusieurs Etats, elles se trouvent confrontées à des questions spécifiques, comme celle de leur reconnaissance dans un Etat étranger, de la loi qui leur est applicable ou de leur nationalité, qui n'a pas lieu d'être dans le cadre interne* »<sup>1</sup>. A priori, connaître la nationalité d'une société n'a aucune utilité. Mais, pour les praticiens du droit, la détermination de la nationalité des sociétés va toujours précéder la résolution d'un problème de droit s'agissant notamment de la loi applicable à la société. La nationalité des sociétés a donc des répercussions profondes en droit. La doctrine<sup>2</sup> classique considère qu'elle doit être prise en considération pour la reconnaissance de la personnalité morale de la société, mais également pour déterminer l'étendue de la jouissance des droits de ladite société, les traités internationaux dont elle peut revendiquer le bénéfice et enfin l'Etat habilité à exercer la protection diplomatique. La nationalité traduit le lien juridique, mais aussi politique, entre une personne physique et un Etat. Elle confère des droits<sup>3</sup> et des devoirs<sup>4</sup> et est déterminée

---

<sup>1</sup> M. Menjuq, Droit international et européen des sociétés, 3<sup>ème</sup> éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2011, Paris, 598 p., v. spéc. p. 11, n° 9

<sup>2</sup> V. P. Louis-Lucas, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », JCP 1953, I, 1104 ;

<sup>3</sup> La nationalité confère par exemple le droit de vote, le droit d'être éligible, le droit d'accéder à des fonctions publiques....

<sup>4</sup> Il s'agit notamment de l'obligation de respecter la loi, de celle de payer ses impôts....

par la loi de chaque Etat, laquelle fixe ses règles d'attribution. A cet égard, H. Batiffol et P. Lagarde la définissent comme « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat »<sup>5</sup>. La jurisprudence l'a définie d'ailleurs « *comme un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêt, de sentiment joints une réciprocité de droits et de devoirs* »<sup>6</sup>. La nationalité d'une société est donc déterminée selon des règles établies par l'Etat de constitution.

2. Dans bons nombres de pays, la personne physique acquiert la nationalité à la naissance ; elle peut aussi l'acquérir au cours de son existence : soit de plein droit ; soit par déclaration ou par naturalisation. Mais pour la société commerciale, la nationalité est acquise en même temps que les autres attributs de la personnalité juridique c'est-à-dire dès l'immatriculation de la société commerciale, au registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). Cependant, la doctrine s'est divisée sur le concept même de nationalité des personnes morales. En effet, la problématique de la nationalité de la société commerciale a fait l'objet d'un débat passionné au début du XX<sup>e</sup> siècle. Une partie de la doctrine<sup>7</sup> s'est

---

<sup>5</sup> H. Batiffol et P. Lagarde, Traité de droit international privé, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993, n° 50.

<sup>6</sup> Cf. CIJ, 6 avril 1955, Rec. 1955, p. 4 : arrêt Notebhoorn relatif à la protection diplomatique des personnes physiques des personnes qui estime que le siège réel ne sert qu'à vérifier la réalité du lien juridique établi et non pas à déterminer la nationalité de la société.

<sup>7</sup> En soutenant que la nationalité est un lien politique entre un individu et un Etat, il paraissait alors choquant, à leur égard qu'on parle de nationalité de société alors que la société est un contrat. Selon eux, la notion classique de la nationalité a été conçue manifestement à l'intention des personnes physiques en tant que membre d'une

opposée à l'attribution d'une nationalité aux sociétés commerciales en soutenant que tous les attributs de la nationalité des personnes physiques ne sont pas transposables aux personnes morales. Il en est ainsi notamment du droit de vote ou de l'accès aux fonctions électives ou publiques. Cette thèse, soutenue par des auteurs tels que Niboyet<sup>8</sup> qui considérait que la nationalité stricto sensu n'est pas applicable qu'aux personnes physiques. Il parlait plutôt « *d'allégeance politique* » pour montrer que la critique reste d'ordre terminologique et repose sur le postulat que le terme nationalité désigne exclusivement l'appartenance à la population de l'Etat. Aussi, s'il est incontestable que la nationalité est « le lien qui unit une personne à un Etat »<sup>9</sup>, il s'agit tout de même d'une critique d'une importance secondaire puisque les auteurs de cette thèse reconnaissent les intérêts qu'elle implique, en parlant d'allégeance politique. La doctrine majoritaire est par contre favorable à l'idée de l'attribution de la nationalité aux sociétés commerciales dans la mesure où elle permet de déterminer la loi et le régime juridique qui leur sont applicables ; les droits auxquels elles peuvent prétendre à ceux dont elles n'ont pas la jouissance ou encore les obligations auxquelles elles sont soumises.

---

nation, on ne peut l'attribuer à une personne morale sans une adaptation de fait.

<sup>8</sup> Niboyet a marqué les esprits a marqué les esprits avec son article niant l'existence d'une nationalité propre aux sociétés et préférant plutôt parler « d'allégeance politique » à un Etat : « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », Rev. crit. DIP 1927, p. 402 et s. D'autres auteurs avant Niboyet ont aussi contesté l'application de la nationalité aux sociétés commerciales. Pour Pillet par exemple, aucun des droits reconnus aux personnes morales n'a l'essence de la nationalité : Pillet, Les personnes privées en droit international privé, thèse Paris, 1914, p. 121 et s.

<sup>9</sup> L. Mazeaud, « De la nationalité des sociétés », JDI 1928, p. 30 et s.

Cette thèse a été notamment soutenue par H. Batiffol et P. Lagarde<sup>10</sup>, L. Mazeaud<sup>11</sup> et Mayer et Heuzé<sup>12</sup> : ces auteurs considèrent que le concept de personnalité est unique : quel que soit l'être auquel on l'applique, c'est l'aptitude à être titulaire de droits. La jurisprudence y fait elle aussi référence sans restrictions dans bons nombres de décisions<sup>13</sup>.

**3.** La détermination de la nationalité de la personne morale est fonction du critère qui est mis en œuvre. Par conséquent, la nationalité peut varier au gré des circonstances et des intérêts en jeu. En principe, le critère de cette détermination est le siège social<sup>14</sup>. Ainsi, une société est étrangère lorsque son siège social est à l'étranger<sup>15</sup>. Il peut cependant arriver que les associés fixent le siège réel de la société à un autre lieu. A cet égard, la question du siège de la société de droit OHADA ne se pose pas, dans la mesure où tous les Etats parties à l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires ont opté pour une uniformisation du droit des sociétés de sorte que dans l'ensemble des Etats parties à celle-ci, c'est la même loi qui s'applique à toutes les sociétés en l'occurrence l'Acte Uniforme OHADA relatif aux Sociétés Commerciales et aux Groupements d'Intérêt Economique

---

<sup>10</sup> H. Batiffol et P. Lagarde, ouvrage précité

<sup>11</sup> L. Mazeaud, art. précité.

<sup>12</sup> P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 10<sup>ème</sup> éd., Domat droit privé, Montchrestien, Paris, 2010, n° 1043 et s.

<sup>13</sup> V. Cass. Ass. plé., 21 déc. 1990, Dalloz 1991, p. 305, conclusions Dontenwille ; CJCE, 13 décembre 2005, « Marks and Spencers c/ David Halsey », aff. C-446/03, Recueil p. I-10837 ; CJCE « Inspire Art », 30 sept. 2003, aff.C-167/JCP G, 2004, II, 10002, obs. M. Luby.

<sup>14</sup> Référence.....

<sup>15</sup> Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 février 1972, Bull. civ. III, n°61

(AUSCGIE)<sup>16</sup>. C'est dire alors que quel que soit le lieu de constitution de la société, à partir du moment où elle est située dans l'espace OHADA, elle est soumise à une seule et même loi : l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et aux Groupements d'Intérêt Economique (AUSCGIE). Aussi, il n'est plus besoin dans l'espace OHADA de déterminer le siège de la société pour ensuite déterminer la loi qui lui sera applicable. Le droit OHADA renvoie en effet, aux législations des Etats parties pour déterminer la nationalité d'une société établie dans son espace<sup>17</sup>. C'est donc au droit national de chaque Etat déterminer les critères de nationalité de la société commerciale. A cet égard, les législations des Etats font recours à plusieurs droits applicables : le droit national, le droit OHADA et les autres droits communautaires notamment ceux de l'UEMOA et de la CEDEAO). Toutefois,

---

<sup>16</sup> Il s'agit de l'AUSCCGIE révisé du 30 janvier 2014, entré en vigueur le 5 mai 2015. Le texte original date du 17 janvier 1997. L'AUSCGIE révisé vient répondre aux préoccupations des praticiens du droit et des opérateurs économiques de l'espace OHADA. A cet effet, il améliore le droit applicable et introduit d'importantes innovations dans le but de favoriser la création et le développement des entreprises, mais aussi de renforcer la sécurité juridique des activités économiques et des transactions financières, et encourager surtout dès lors les investissements locaux et étrangers. Les innovations introduites, fait du droit des sociétés, un droit plus simple, plus sûr, et mieux adapté aux réalités économiques et au contexte international.

<sup>17</sup> Au Niger c'est Ordonnance n° 87-10 du 12 mars 1987 et son décret d'application n° 87-36/PCMS/MCIT du 12 mars 1987 fixant les conditions d'exercice d'activités qui déterminent les critères de rattachement d'une société; au Sénégal ce sont les articles 1164 à 1167 du code des obligations civiles et commerciales qui déterminent les critères de rattachement d'une société ; enfin en République Démocratique du Congo, c'est la Loi n°009 du 05/01/1975 et le décret du 27 février 1887 complété par le décret du 23 juin 1960

la notion de nationalité des sociétés dans les pays de l'espace OHADA, pose néanmoins quelques difficultés. Une première difficulté tient au fait que l'AUSCGIE ne définit pas les critères de détermination de la nationalité de la société commerciale. Une seconde difficulté est liée à la multiplicité des textes qui peuvent intervenir, notamment les textes nationaux, mais aussi les autres textes communautaires comme ceux de l'UEMOA<sup>18</sup> et de la CEDEAO<sup>19</sup>.

4. A contrario, l'article 1118 al.2 de l'avant projet de modification de l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique (AUSCGIE) se réfère au critère de la territorialité pour dire si une société est de nationalité OHADA. Aux termes de cette disposition, « *Est réputée étrangère au sens du présent chapitre,*

---

<sup>18</sup> L'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine a été créée par un Traité signé à Dakar le 10 janvier 1994. Elle compte 8 Etats membres à savoir le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée Bissau le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. Elle vise entre autres, le renforcement de la compétitivité des activités économiques, la création d'un marché commun basé sur a libre circulation des personnes, des biens, des services et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée et l'harmonisation législative des Etats membres en vue de favoriser le régime de la fiscalité.

<sup>19</sup> La Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest créée par le traité de Lagos du 28 mai 1975, la C.E.D.E.A.O. regroupe quinze États de l'Ouest africain : [Bénin](#), Burkina, Cap-Vert, [Côte d'Ivoire](#), [Gambie](#), [Ghana](#), Guinée, [Guinée-Bissau](#), [Liberia](#), [Mali](#), Niger, [Nigeria](#), [Sénégal](#), [Sierra Leone](#), [Togo](#). Son objectif principal est de favoriser l'intégration économique en promouvant la constitution d'un marché intra régional. Face à la montée des conflits régionaux, elle s'est dotée en avril 1990 d'une force d'interposition, l'Ecomog. Celle-ci est intervenue au Liberia, puis en Guinée-Bissau et en Sierra Leone. La Mauritanie s'est retirée de la CEDEAO.

*toute personne morale qui n'est pas immatriculée dans un Etat partie* ». La lecture de cet article fait ressortir que seule l'immatriculation dans un Etat partie à l'OHADA confère à une société la nationalité OHADA. Cependant, cette disposition n'a pas été retenue dans la version finale. Si, la disposition avait été retenue, elle aurait pu simplifier la détermination de la nationalité de la société dans l'espace, puisqu'elle se réfère à un critère unique en l'occurrence la territorialité. Cette réforme avait été amorcée par le législateur OHADA dans le souci de faire du droit des sociétés commerciales un droit plus adapté aux objectifs de *développement économique* et à l'environnement économique et social modernisé. ; lequel passe inexorablement par une efficience économique des installations des sociétés commerciales<sup>20</sup>.

5. La question de la nationalité des sociétés conserve encore tout le sens qu'elle avait au XXème siècle et même bien avant. En effet, d'un point de vue économique, la mondialisation et les flux financiers transfrontaliers font que les actionnaires des grandes sociétés anonymes cotées en bourse sont de nationalité différente. Pour les économistes<sup>21</sup>, la nationalité des sociétés

---

<sup>20</sup>Les autres réformes entreprises pour atteindre l'objectif de développement économique sont la réduction de la rigueur du formalisme, le renforcement de l'accessibilité de l'information pour les tiers, la prise en compte des facilités offertes par les NTIC dans la constitution et le fonctionnement des sociétés commerciales et la facilitation du financement des entreprises par la refonte du régime des valeurs mobilières.

<sup>21</sup> Pour les économistes, la nationalité des sociétés n'a plus aucun intérêt puisque toutes les grandes sociétés sont financées par des fonds provenant d'une multitude d'Etats. Toutefois, cet argument semble peu convaincant pour renier la nationalité des sociétés. En effet, on ne doit pas occulter le fait que le droit ne se contente pas et ne doit pas se limiter à une approche purement économique pour

n'a plus aucun intérêt à l'heure de la mondialisation. Une telle affirmation doit cependant être nuancée. D'un point de vue juridique, une société doit nécessairement être rattachée à la loi nationale d'un Etat donné. L'aspect économique ne peut pas primer sur le droit puisqu'il est nécessaire de connaître la loi applicable à une société ne serait-ce que pour garantir une certaine sécurité juridique aux actionnaires et aux tiers qui vont contracter avec la société. De même, les sociétés commerciales doivent régler toute une série de questions juridiques sensibles dès lors qu'elles envisagent d'exercer une activité internationale par l'implantation de filiales ou de succursales à l'étranger. Toutes ces questions sont inévitablement conditionnées par la « *lex societatis* » et le droit de l'Etat. Loin donc d'être un simple débat, la nationalité des sociétés soulève de nouvelles interrogations eu égard à l'évolution du droit de l'OHADA, mais aussi au regard du droit au libre établissement reconnu aux personnes physiques et aux personnes morales. En effet, les traités de l'UEMOA et de la CEDEAO, consacrent tous cette liberté. Selon les art. 92 et 2 respectivement du Traité de l'UEMOA et du protocole additionnel de la CEDEAO sur la libre circulation et le droit d'établissement, les personnes physiques et morales peuvent s'établir librement un Etat membre de leurs communautés respectives. Ce qui a largement contribué à la mobilité des sociétés dans leurs différents espaces. Mais, dans la pratique, les sociétés rencontrent d'énormes difficultés compte tenu des nombreuses formalités supplémentaires qu'elles doivent accomplir

---

déterminer la nationalité des sociétés et la loi applicable aux sociétés commerciales. V. également sur la conception économiste qui tend à minimiser la réalité de la nationalité des sociétés : S. Matellyet S. Nies, « La nationalité des entreprises en Europe », *Rev. internationale et stratégique* 2/2006, n° 62, pp. 41-52

lorsque qu'elles veulent s'implanter dans un Etat partie autre que celui dans lequel elles ont été créées ou dont elles n'ont pas la nationalité.

6. A la faveur des disparités juridiques en matière de critères de rattachement des sociétés, mais aussi avec l'introduction de nouvelles dispositions dans le droit OHADA sur les sociétés étrangères et les filiales de sociétés, la question de la nationalité des sociétés revient dans le débat. IL se pose dès lors la question de savoir quels sont les critères de rattachement d'une société commerciale à un Etat de l'espace OHADA pour la détermination de leur nationalité ?

7. Pour répondre à cette question, il conviendrait d'abord d'analyser le faisceau de critères de détermination de la nationalité d'une société commerciale dans l'espace OHADA en s'appuyant sur les lois d'un certain nombre de pays en l'occurrence le Niger, le Sénégal et la République Démocratique du Congo (I). Il faudrait ensuite exposer les conséquences liées à la nationalité ainsi établie (II).

## **I – LA DETERMINATION DE LA NATIONALITE D'UNE SOCIETE AU NIGER, AU SENEGAL ET EN RD CONGO**

8. La nationalité des sociétés n'a pas été définie par le droit OHADA<sup>22</sup>, moins encore par le droit nigérien ou congolais. Par contre, le législateur sénégalais dans l'article 1165 du code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C.), définit la « notion de nationalité sénégalaise » pour une société, permettant ainsi, à contrario, de qualifier seulement « d'étrangère », toute société qui ne remplirait pas les conditions requises pour

---

<sup>22</sup> En effet, le législateur OHADA fait référence à la nationalité de la société dans l'article..., sans pour autant la définir : l'article ...

revendiquer la nationalité sénégalaise. La doctrine<sup>23</sup>, et la jurisprudence surtout française<sup>24</sup> mais aussi celle de la Cour internationale de Justice notamment dans l'arrêt « Nottebohm »<sup>25</sup> précité, définissent aussi la nationalité des sociétés, de sorte qu'aujourd'hui plus personne ne songe à contester la notion de nationalité des sociétés. En effet, le rattachement juridique d'une société à un Etat est indispensable et conditionne les droits et les obligations dont la société en cause peut jouir. Autrement dit, la nationalité détermine le statut juridique de la société c'est-à-dire la loi applicable. De plus, les sociétés établissent des rapports politiques par leur loyalisme envers un pays qui se manifesterait par leur contribution. Ainsi, pour déterminer si une société est nationale ou étrangère, il faut se référer au critère retenu par l'Etat en question sur lequel est établie la société. Le critère que retiennent la plupart des Etats membres de l'OHADA pour le rattachement juridique des sociétés est celui du siège social. Hormis le critère de principe du siège social, d'autres critères sont également retenus : celui la direction effective de la société ou celui du lieu d'immatriculation de la société.

---

<sup>23</sup> Niboyet a marqué les esprits avec son article célèbre dans lequel, il niait l'existence d'une nationalité propre aux personnes morales : « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », Rev. crit. DIP1927, p. 402 et s.

<sup>24</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 1971 : La Cour de cassation a appliqué ici le critère du contrôle et donc refusé de reconnaître que la société CCRMA était devenue une société algérienne du fait de l'accession de l'Algérie à l'indépendance.

<sup>25</sup> La nationalité des personnes morales doit être déterminée en principe par application des règles de l'Etat dont la nationalité est en cause, et non par un critère uniforme que poserait le droit international public.

9. Il convient dès lors d'exposer ces critères de rattachement qui permettent d'établir la nationalité d'une société tels qu'ils ressortent des législations des Etats membres de l'espace OHADA que nous avons retenus comme échantillon significatif de cette étude.(A). La détermination de ces critères de rattachement soulève certaines difficultés qu'il convient d'exposer (B).

#### **A – Les critères de rattachement d'une société un Etat**

10. La société a une nationalité qui n'est pas laissée au choix des fondateurs ou des associés. Deux tendances s'affrontent en matière de détermination des critères de rattachement d'une société à un pays. Selon la première, le critère à retenir est celui du siège social, ne serait-ce que pour assurer une coïncidence entre la nationalité de la société et la loi qui régit son fonctionnement<sup>26</sup>. Selon la seconde tendance, le critère doit varier pour s'adapter à l'intérêt en jeu. Il convient de souligner que la première tendance est dominante en doctrine et en jurisprudence. Elle est défendue notamment par Batiffol et Lagarde au nom de la prévisibilité. Dans le même sens, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 mars 1971<sup>27</sup>, a proclamé « *qu'en principe la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social.* »<sup>28</sup> Toutefois, il arrive très souvent que le législateur et la jurisprudence écartent le critère du siège social, et tiennent compte d'éléments variés<sup>29</sup> tels le

centre d'exploitation, le lieu de la constitution et des formalités de publicité, le lieu des établissements principaux, la nationalité des associés et des dirigeants.

11. La position des Etats de l'espace OHADA retenus dans l'échantillonnage, qui ont adopté soit le système du siège (1), soit le système du contrôle de la direction effective ou des capitaux (2), même si des nuances apparaissent à travers la législation de ces Etats quant au rôle assigné à la nationalité des sociétés. Il conviendra ensuite de déterminer le sort des sociétés étrangères établies dans ces Etats(3).

#### **1° Le critère du contrôle comme critère dominant**

12. Le contrôle en tant que critère de détermination de la nationalité d'une société, est plus fréquemment retenu par le législateur des pays de l'échantillonnage. C'est une notion qui est apparue en jurisprudence après la première guerre mondiale<sup>30</sup> : la nationalité de la société est révélée par celle des individus qui la contrôlent, c'est-à-dire les principaux actionnaires et les dirigeants sociaux<sup>31</sup>. En dehors des temps de guerre, le critère du contrôle est également utilisé pour

---

1972, JDI 1973. 218) ; Société Overseas Apeco Limited (Civ. 18 avril 1972, Rev. Crit. DIP 1972. 672, note Lagarde)

<sup>30</sup>Le critère de contrôle a fait son apparition après la première guerre mondiale (1914-1918) quand il s'est agi, de faire la distinction entre biens amis et biens ennemis afin d'étendre le champ des séquestres et des confiscations frappant les propriétés appartenant aux ressortissants de nations hostiles. Il fallait prendre en compte la nationalité des personnes contrôlant et dirigeant la société considérée : Furent ainsi réputées allemandes, les sociétés dont le capital était, en majorité, la propriété d'Allemands, alors que leur siège était en France.

<sup>31</sup> Rouen 19 Jan. 1916, DP 1918.2.17, note A.L.; Paris 17 Déc. 1919, J.soc. 1920. 404.

---

<sup>26</sup>V. par ex. Pierre Mayer et Vincent Heuzé, droit international privé, 8ème éd., Montchrestien, 2010

<sup>27</sup> 30 mars 1971, Rev. Crit. DIP 1971.451, note Lagarde Arrêt CCRMA précité.

<sup>28</sup>Arrêt CCRMA précité.

<sup>29</sup> Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont retenu la concordance de plusieurs indices pour la détermination de la nationalité : il s'agit notamment des arrêts Shell Berre et Shell française (Civ. 8 févr.

déterminer la nationalité des sociétés appartenant à des secteurs sensibles<sup>32</sup>. Le critère du contrôle, fondé notamment sur la nationalité des principaux actionnaires, des dirigeants sociaux ou sur la provenance des fonds, est un critère punitif et privatif de droits. Le contrôle a été institué par le législateur ou le pouvoir exécutif dans des situations précises chaque fois que se pose la question de la jouissance des droits d'une société établie dans un Etat donné mais contrôlée par des étrangers.

**13.** c'est ainsi qu'au Niger par, l'exercice d'une profession non salariée par les étrangers est soumise à autorisation préalable et est régie par l'ordonnance n° 87-10 du 12 mars 1987 et son décret d'application n° 87-36 du 12 mars 1987. Sous les réserves indiquées ci-dessous, l'exercice d'une profession non salariée par les étrangers est soumis à autorisation préalable<sup>33</sup> délivrée par le Ministère chargé du commerce ou les préfets pour certaines activités dont la liste est fixée par l'annexe de l'arrêté n° 21/MICI/A/MDI du 8 août 1988. Ainsi l'article 1<sup>er</sup> du décret n°87-36/PCMS/MCI/T du 12 mars 1987 fixant les conditions d'exercice d'activités professionnelles non salariées par les étrangers dispose que « *sont considérés comme sociétés ou entreprises nigériennes au sens du présent décret, celles répondant à la totalité des critères ci-après énumérés :*

---

<sup>32</sup> Il s'agit notamment des secteurs de banque, de concession de service public, de transport, de presse...

<sup>33</sup> L'autorisation préalable d'exercice est délivrée par le ministère du commerce et est accordée pour une période de 5 années fiscales lorsque l'activité est commerciale et pour une durée de 10 années fiscales pour les activités industrielles. Préalablement à cette autorisation définitive, une provisoire est accordée pour permettre le démarrage des activités.

*a) que le capital social appartienne en totalité ou au moins à 51%, à des personnes physiques ou morales nigériennes ;*

*b) que le président-directeur général ou la personne en tenant lieu, les gérants ou les directeurs ayant la signature sociale soient de nationalité nigérienne».* La lecture de cette disposition, fait ressortir qu'est considérée comme nigérienne, toute société dont le capital social et détenu par des nationaux à hauteur de 51% et dont le dirigeant social dispose de la signature sociale. Il s'agit ici de critères cumulatifs de contrôle. Aussi, toute société ne remplissant pas ces critères cumulatifs, ou toute société même exploitée par un gérant nigérien pour le compte d'un étranger, est considérée comme étrangère.

**14.** Dans le même sens, le droit congolais fait aussi appel au critère du contrôle pour déterminer la nationalité des sociétés. En effet, par la loi n° 009 du 05 janvier 1975, le Congo a introduit les critères de contrôle et considère que les sociétés sont congolaises quand elles sont contrôlées ou dirigées par des Congolais. C'est dire ici que le contrôle de la société ou sa direction effective par des congolais, suffisent à eux seuls pour déterminer la nationalité congolaise à une société. Il s'agit ici de critères non cumulatifs puisque l'un ou l'autre suffit pour attribuer la nationalité congolaise à une société établie au Congo.

**15.** Le droit sénégalais pose aussi les conditions que doivent remplir les sociétés ne pas être considérées comme étrangères. Ce sont les articles 1164 à 1167 Les conditions retenues sont : « - avoir effectivement le siège en territoire sénégalais ; - avoir un capital social détenu pour plus de la moitié par des personnes de nationalité sénégalaise pour les sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les GIE avec capital social ; avoir toutes ses actions



sous forme nominative pour les sociétés anonymes ». Il s'agit de critères non cumulatifs.

16. L'analyse des critères retenus pour la détermination de la nationalité des sociétés fait ressortir que le Niger, le Sénégal et la République Démocratique du Congo retiennent tous le critère de contrôle, comme critère déterminant de la nationalité. Toutefois, les législateurs sénégalais et congolais combinent ce critère avec celui du siège social.

17. Ainsi, l'utilisation par le législateur du critère du contrôle peut se comprendre dans la mesure où il cherche à écarter les étrangers d'une activité professionnelle par crainte de l'influence des individus qui contrôlent la société. Très souvent d'ailleurs, le législateur ne se réfère même pas au concept de nationalité : il se borne simplement à subordonner directement l'exercice de l'activité par une société à la nationalité de ses associés ou de ses dirigeants.

15. Par ailleurs, on peut rapprocher au critère de contrôle, celui du centre de décision. Dans le cas de filiales, le critère du siège social peut se révéler insuffisant pour déterminer la nationalité de la société. En effet, même si les filiales sont installées sur un Etat, il peut arriver que « *les décisions soient purement et simplement édictées par la société mère ou plus généralement par le centre de décision du groupe, dans l'intérêt de ce dernier* »<sup>34</sup>. C'est donc le critère du centre de décision, qui coïncide en réalité avec le contrôle qui est retenu pour déterminer la nationalité d'une société.

18. Enfin, la question qui peut aujourd'hui être posée est de celle de savoir si on peut parler du recul du critère de contrôle compte tenu de la liberté

d'établissement des personnes et des biens contenue dans bon nombre de Traités en l'occurrence celui de l'UEMOA, de la CEDEAO et de la CEMAC.

## 2° Le siège social

19. Le siège social, constitue le critère le plus fréquemment retenu par la jurisprudence (française<sup>35</sup> et de la CIJ<sup>36</sup>). Celui-ci coïncide en principe avec le lieu d'immatriculation de la société. Encore faut-il préciser s'il s'agit du siège social statutaire ou du siège social réel. La cour de cassation du siège réel car selon elle « *la nationalité, pour une société, résulte en principe de la localisation de siège réel, défini comme le siège de la direction effective, et présumé par le siège statutaire* »<sup>37</sup>. Il est en effet, important de déterminer s'il s'agit du siège social réel ou du siège fictif de la société dans la mesure où les associés disposent d'une liberté relative dans la fixation du siège et peuvent de ce fait placer le siège social

<sup>35</sup> V. les arrêts suivants : Ass. Plén. 21 déc. 1990, Rev. Crit. DIP 1992.70, note Duraton.

<sup>36</sup> CIJ, 5 févr. 1970, Barcelona Traction, Rec. CIJ, § 70, p. 42

<sup>37</sup> V. Cass. Crim., 31 jan. 2007 : Dr. Sociétés avr. 2007, n°83, obs. R. Salomon : la Cour de cassation a décidé qu'en cas de discordance entre le siège statutaire situé à l'étranger et le siège réel situé en France, les juges peuvent faire prévaloir le siège réel. En l'espèce, la société Elf Gabon-Gabon, dont le siège statutaire est République gabonaise, prétendait qu'elle était de nationalité étrangère, ce qui interdisait de lui appliquer les textes français incriminant l'abus de biens sociaux. Mais relevant que la société Efl-Gabon, contrôlée majoritairement par une société française, avait un établissement en France immatriculé au registre du commerce et des sociétés, que son président résidait à Paris et que la décision d'octroyer les avances litigieuses avait été prise dans les de la tour Efl à la Défense. Les juges ont donc considérés que son siège réel était situé en France la société devrait donc considérée comme étant de nationalité française et la loi française lui est alors applicable.

<sup>34</sup> Pierre Mayer et Vincent Heuzé, op. cit. p. 732

d'une société (par exemple nigérienne) à l'étranger si la société a intérêt à éluder les dispositions de telle ou telle loi nigérienne. Pour parer à ce danger, les tribunaux décident de façon constante que le siège social considéré est le siège réel et non fictif<sup>38</sup>. Les jurisprudences française et internationale s'appuient en effet sur la notion de fraude à la loi et suivant le postulat selon lequel, « *les parties ont la liberté de fixer le siège social au lieu qui convient à leurs intérêts, mais non d'user de cette faculté pour échapper à la loi ... , c'est-à-dire la violer si les faits de la cause appellent application* »<sup>39</sup>. La RD Congo et le Sénégal retiennent ce critère à côté des critères de contrôle et de direction. Enfin, le critère du lieu d'immatriculation permet au final d'appliquer celui du siège social. En effet, le lieu d'immatriculation détermine la loi applicable. Or, il est rare qu'un Etat accorde sa nationalité à une société que sa loi ne régit pas. Par ailleurs, les juridictions internationales retiennent le plus souvent ce critère, au titre de la protection diplomatique comme ça a été le cas dans l'arrêt *Barcelona Traction*<sup>40</sup> précité.

**20.** Toutefois, la détermination du siège social réel peut paraître difficile lorsque la direction et l'administration des affaires sociales sont réparties dans plusieurs pays. Dans ce cas, le siège social est là où se trouvent « la direction supérieure et le contrôle de la société » (Réq. 28 oct. 1941, G. P. 1942.1.18), et non « celui où elle a seulement son exploitation et une direction de caractère secondaire » (Réq. 22 déc. 1941, S. 1942.1.31).

<sup>38</sup> V. Paris, 17 déc. 1919, G. P. 1920. 1. 34 ; Seine, 25 oct. 1943, G. P. 1927.1.59 ; Cass., 15 juil. 1954, G. P. 1954.2.234 .... Ajouter de la jurisprudence récente

<sup>39</sup> Henri Batiffol, op. cit. p. 240

<sup>40</sup> Dans l'arrêt *Barcelona* ...

**21.** Parmi droits nationaux retenant le système du siège social pour déterminer la nationalité des sociétés, il existe des différences s'agissant du mode de détermination de la loi applicable à la société. En effet, certains Etats retiennent le siège social comme critère de détermination de la *lex societatis* alors que d'autres l'excluent. Il faut toutefois noter qu'il existe une nuance entre la détermination de la nationalité d'une société et la recherche de la loi qui lui est applicable. Le droit national congolais consacre la nationalité comme facteur direct de rattachement de la *lex societatis*. En effet, le législateur congolais retient en premier lieu, comme critère d'octroi de la nationalité des sociétés, le siège social dans les limites du territoire congolais.

**22.** Ces différents critères analysés permettent de dire si une société est nationale ou étrangère. Il convient alors d'envisager le sort des sociétés étrangères.

#### **4° Le traitement des sociétés étrangères**

**23.** Il faut aussi déterminer les conditions dans lesquelles, les sociétés étrangères sont reconnues dans les pays de l'espace OHADA.

En principe, les sociétés étrangères établies dans un Etat membre de l'espace OHADA sont reconnues et jouissent des mêmes droits que les sociétés nationales de l'Etat sur lequel, elles sont établies, sauf textes particuliers contraires. En effet, le droit OHADA admet la personnalité juridique des sociétés étrangères et leur reconnaît des droits. Cette personnalité résulte en effet d'une concession de l'autorité publique de l'Etat de l'espace OHADA sur lequel la société étrangère est établie : la société étrangère n'a pas d'existence tant que l'autorité publique de l'Etat en question ne lui a pas conféré la personnalité. En d'autres termes, une

société étrangère, est celle qui n'est pas immatriculée sur le territoire ou dont les actions sont détenues en majorité par des étrangers. C'est l'article 120 alinéa 1 qui traite de la question des sociétés étrangères en disposant « *Quand elle appartient à une société étrangère, la succursale doit être apportée à une société de droit OHADA préexistante ou à créer, de l'un des Etats parties, deux ans au plus tard après sa création, à moins qu'elle ne soit dispensée de cette obligation par un arrêté du ministre chargé du commerce de l'Etat partie dans lequel la succursale est située* ». <sup>41</sup> C'est dire que les succursales des sociétés étrangères peuvent être immatriculées dans un Etat membre de l'espace OHADA. Toutefois, le droit OHADA a restreint dans le temps l'utilisation de ce type de structure par des sociétés étrangères, en imposant que celle-ci soient apportées à une société de droit OHADA au-delà d'un délai de deux ans. On peut donc sans risque de se tromper, affirmer que les succursales de sociétés immatriculées dans un autre Etat membre n'ont pas à être filialisées » et peuvent rester immatriculées sans limite dans le temps.

**24.** Une fois reconnues par le droit national d'un Etat de l'OHADA, les sociétés étrangères sont en principe aptes à jouir des mêmes droits que les sociétés nationales dans les limites de la capacité qui leur est accordée par la lex societatis et suivant les règles de fonctionnement de cette loi. C'est du moins ce qui ressort de l'application du principe de l'assimilation manifestée par la jurisprudence des gares principales qui permet d'assigner une

---

<sup>41</sup> La nouvelle rédaction de l'art. 120 issue de la révision de l'AUSCGIE encadre plus strictement le régime de la dispense puisqu'un alinéa 2 a été introduit pour préciser « sous réserve des dispositions applicables aux sociétés soumises à un régime particulier, la dispense est accordée pour une durée de deux ans, non renouvelable.

société au siège de l'une de ses succursales <sup>42</sup>. Cette disposition est conforme aux dispositions prévues par le législateur nigérien et congolais relativement aux sociétés étrangères. En effet, l'article 8 du décret nigérien du 27 février 1987 reconnaît la personnalité juridique aux sociétés étrangères. Il en est de même de l'article 8 du décret congolais du 27 février 1987 qui admet qu'une société constituée conformément à une législation étrangère puisse faire des opérations en RDC et ester en justice.

**25.** Au surplus, les sociétés étrangères qui ont des succursales, des comptoirs ou des sièges d'exploitations doivent déposer au greffe leurs actes constitutifs et les actes désignant les personnes préposées à l'établissement dans le pays concerné. En effet, la société étrangère peut implanter au Niger, au Sénégal ou encore au Congo, des succursales, comptoirs ou sièges quelconques d'opérations. Dans tous les cas, la société étrangère concernée doit faire élection au domicile dans le pays où elle est établie.

**26.** Aussi, la reconnaissance d'une société étrangère d'un Etat de l'espace OHADA n'est rien d'autre que l'autorisation d'accomplir des actes élémentaires <sup>43</sup> sur le territoire en question ; cette reconnaissance ne doit pas être confondue avec la simple constatation de la validité de la société au regard des normes étrangères compétentes. Préalablement à cette reconnaissance, la société étrangère doit avant tout accomplir

---

<sup>42</sup> CE. Ass. Plén., 29 juin 1973 « Compagnie des Wagons-Lits », Grands arrêts n°53, p. 487, Rev. Crit. DIP, 1974, p. 344, conclusion Questiaux.

<sup>43</sup> Il s'agit de laisser jouir de la société étrangère valablement reconnue d'un certain nombre de droits, tel celui de poursuivre un débiteur domicilié dans l'Etat qui a reconnu la société ou celui de conclure un contrat qui n'entre pas dans le cadre d'une activité réglementée.

des formalités supplémentaires en vue d'obtenir une autorisation effective d'exercice<sup>44</sup> malgré le principe de la liberté de l'établissement reconnu par bons nombres de Traités (UEMOA, CEDEAO, CEMAC) : Il s'agit d'une autorisation administrative qui découle le plus souvent d'un (décret ou arrêté) pris pour la reconnaissance d'une société étrangère. En définitive, sous réserve des stipulations des accords et conventions d'établissement, l'entreprise étrangère est toujours définie dans les pays retenus par la présente étude, par référence à l'entreprise nationale (c'est-à-dire de l'Etat en question) ou par rapport à la personne pour le compte de laquelle elle est exploitée.

27. Cependant, si la société étrangère veut s'immiscer dans une activité réglementée au Niger ou au Sénégal ou encore RD Congo, l'Etat en question est concerné et ses lois ont vocation à s'appliquer. Il peut s'agir de règles discriminatoires<sup>45</sup> (voir infra n° ) ou de loi de police<sup>46</sup>. Sur ce dernier point, il faut relever que si la loi du siège social a vocation à régir le statut juridique de la société, un Etat peut appliquer des dispositions impératives à des sociétés constituées régulièrement à l'étranger. Dans ce cas de figure, il s'agit de passer outre le rattachement de la société pour permettre justement à l'Etat d'appliquer ses dispositions impératives par le mécanisme des lois de police. Rares sont

---

<sup>44</sup> Une autorisation d'exercice est en général exigée pour les sociétés étrangères désireuses d'établir sur un Etat membre de l'OHADA. La période pour laquelle cette autorisation est accordée varie suivant les Etats.

<sup>45</sup> Il s'agit ici des activités réglementées notamment le secteur de l'armement, de la presse...

<sup>46</sup> Les lois de police ont vocation à s'appliquer aussi bien aux entreprises nationales qu'aux entreprises étrangères.

les dispositions<sup>47</sup> qui sont susceptibles d'interférer avec la loi applicable au fonctionnement interne de la société.

28. Une fois déterminée la nationalité d'une société suivant les critères retenus, sa reconnaissance et sa capacité juridique admises, certaines difficultés peuvent néanmoins se poser aux praticiens à savoir la problématique des conflits de lois et celle des juridictions.

## **B/ Les difficultés soulevées par l'activité transfrontalière des sociétés**

29. Les difficultés liées à la détermination de la nationalité des sociétés sont relatives à la multiplicité des textes d'une part et d'autre à la compétence des juridictions.

### **1. La multiplicité des textes**

30. La multiplicité des textes constitue sans aucun doute, un problème majeur à la détermination de la nationalité de la société dans l'espace. La difficulté vient de l'intervention des textes nationaux, mais aussi ceux de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) pour le Niger, le Sénégal ; et pour le Congo les textes de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)<sup>48</sup>. En effet, les traités de

---

<sup>47</sup> Seuls le droit du travail, le droit boursier et le droit de la concurrence viennent limiter le domaine d'application de la lex societatis.

<sup>48</sup> La CEMAC a été créée par un Traité signé à N'djamena (Tchad) le 16 mars 1994. Elle regroupe 6 pays à savoir le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad. Sa mission est de promouvoir un développement harmonieux des Etats membres dans le cadre d'un véritable marché ouvert. Elle est née des cendres de l'ancienne Union Douanière et

l'UEMOA et la CEDEAO consacrent la liberté d'établissement<sup>49</sup> aussi bien pour les personnes physiques que les personnes morales. Cette liberté a largement contribué à la mobilité des sociétés dans ces deux espaces. Il se trouve que les pays membres de ces deux organisations, sont aussi pour la plupart membres de l'OHADA. S'agissant de l'UEMOA, l'article 92 du Traité prévoit la liberté d'établissement des personnes, ceci inclue les sociétés commerciales. Cette disposition tend à supprimer, tout ce qui, dans les législations des Etats membres

---

Economique de l'Afrique Centrale (UDEAC – A964) précédée de l'Union Douanière Equatoriale (UDE – 1959)

<sup>49</sup> Au niveau de l'UEMOA, ce sont les articles 91 et 92 du Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994 tout comme celui de 2003 qui consacrent la liberté de circulation, de résidence et d'établissement. L'art. 92 dispose : « 1. Les ressortissants d'un Etat membre bénéficient du droit d'établissement dans l'ensemble du territoire de l'Union. 2. Sont assimilés aux ressortissants des Etats membres les sociétés et personnes morales constituées conformément à la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union ». Dans le même sens la CEDEAO et la CEMAC ont fait du principe de libre circulation des personnes un objectif prioritaire pour la marche vers l'intégration économique des Etats qu'elles regroupent. Au niveau de la CEDEAO c'est le chapitre IV qui est consacré à la liberté de mouvement complétée par son protocole additionnel sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement (Protocole A/P1/5/79) ; au niveau de la CEMAC, le Traité ne mentionne cette liberté. Mais la liberté d'établissement est devenue définitive avec la décision des Chefs d'Etat de la sous région prise le 6 mai 2015, d'appliquer immédiatement l'Acte additionnel y afférent. Cette liberté de circulation des personnes et des biens au sein de la CEMAC aurait dû prendre effet dans les faits depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, mais elle s'est heurtée aux réserves de la Guinée Equatoriale qui avait volontairement fermé ses frontières avec le Cameroun et le Gabon.

peut faire obstacle à l'établissement et à la reconnaissance des personnes morales, dont les sociétés commerciales. Toute restriction à la jouissance des droits des personnes physiques ou morales (commerçantes) constitue dès lors une atteinte à la liberté d'établissement. Le Traité de la Communauté Economique et Monétaire Ouest Africaine et son protocole additionnel contiennent des dispositions assimilables à la liberté d'établissement des personnes. En effet, l'art. 2<sup>50</sup> du protocole additionnel A/P1/5/79 de la CEDEAO prévoit également cette liberté. En zone CEMAC, la liberté d'établissement est devenue une réalité suite à avec la décision des Chefs d'Etat de la sous région prise le 6 mai 2015.

**31.** Dans ces conditions, toutes les dispositions faisant entorse à la liberté d'établissement des personnes contenues dans les législations des Etats de l'espace OHADA en matière d'exercice des activités professionnelles non salariées doivent être considérées comme caduques. En pratique, il n'en est rien. Il en résulte alors une ineffectivité des dispositions des traités et un obstacle à l'épanouissement des sociétés commerciales.

**32.** La liberté d'établissement interdit qu'un refus de reconnaissance soit opposé à une société ayant son siège social statutaire dans l'un des Etats membres de l'UEMOA ou de la CEDEAO ou encore de la CEMAC. En effet, l'al. 3 de l'art. 92<sup>51</sup> et

---

<sup>50</sup> L'art.2 du protocole additionnel de la CEDEAO sur la libre circulation dispose « 1. Les citoyens de la Communauté ont le droit d'entrer de réaliser et de s'établir sur le territoire de la Communauté ».

<sup>51</sup> « ...Le droit d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des limitations justifiées par des

l'art. 2 du Protocole additionnel de la CEDEAO sur la libre circulation, le droit de résidence et d'établissement précisent que la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises. Or, la constitution et la gestion d'entreprises dans un Etat, signifie nécessairement sa reconnaissance en tant qu'entité juridique et la reconnaissance de ses droits à partir de son immatriculation.

**33.** Une autre difficulté liée aux textes est relative problèmes de conflits de loi qui peuvent se poser dès qu'une situation juridique relative à une société commerciale comporte un élément d'extranéité. Il faut de prime à bord souligner que la détermination de la nationalité des sociétés et celle de la loi applicable constituent deux problèmes distincts. Par conséquent, seules les décisions relatives à la *lex societatis*<sup>52</sup> doivent être prises en compte pour déterminer la loi applicable à la société. Or pour déterminer la *lex societatis*, on se réfère soit à la loi du siège social<sup>53</sup>, soit au critère de l'incorporation : selon ce critère, la loi applicable à la société est celle de son

---

raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ».

<sup>52</sup> La *lex societatis* est la loi qui gouverne l'organisation interne de la société, son fonctionnement ainsi que ses rapports avec les tiers. Autrement dit, la *lex societatis* est « la loi personnelle » de la société. Elle résulte le plus souvent du choix des parties au contrat de société.

<sup>53</sup> Le critère du siège social est la solution retenue par le droit français et la plus part des pays continentaux : ces derniers posent l'exigence d'un critère objectif entre le pays d'enregistrement ou d'immatriculation et l'établissement effectif de la société. Ces pays font malgré tout la nuance entre siège réel et siège statutaire.

lieu d'enregistrement et d'immatriculation<sup>54</sup>.

➤ **Cas particulier du droit nigérien et du droit sénégalais :** A ce niveau, il faudra relever l'intervention du droit communautaire UEMOA et CEDEAO sur la liberté d'établissement combinée à celle du droit national qui renverse les critères de détermination de la nationalité (par l'ordonnance de 1987 *sur l'exercice des professions non* 1164 à 1167 du C.O.C.C. pour le Sénégal)

➤ **Cas du Congo : en droit congolais,** la difficulté réside dans l'intervention du droit national et du droit communautaire de la CEMAC en matière de libre établissement des personnes et des biens. Il ressort clairement une contradiction notoire entre le décret de 1887 et les dispositions de la CEMAC. Malgré cela, ce texte continue de s'appliquer et soumet les sociétés des autres parties à l'OHADA, l'obtention préalable d'une autorisation avant de pouvoir s'installer sur son territoire.

**34.** La difficulté que pose la notion de nationalité en droit OHADA combinée à celle de la multiplicité des droits applicables (droit national et droits communautaires) a une grande portée pratique si l'on compare la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et celle la Cour de Justice des Communautés Européennes notamment avec les arrêts « Centros »<sup>55</sup> et « Inspire Art »<sup>56</sup> précités,

---

<sup>54</sup> La théorie de l'incorporation est celle retenue par les pays anglo-saxons et quelques pays continentaux. C'est un système libéral qui correspond au recours à la loi d'autonomie pour les sociétés créées sans publicité. En effet, selon ce système, une société créée et enregistrée est soumise à la loi de l'Etat dans lequel, elle est « incorporée ». Il s'agit ici d'éviter que les tiers puissent être induits en erreur si les fondateurs choisissent une autre loi que celle de l'enregistrement ou de l'immatriculation.

<sup>55</sup> CJCE, 9 mars 1999, Centros

puisqu'il n'existe pas encore de jurisprudence en droit OHADA, ni même en droit nigérien ou sénégalais ou encore OHADA.

## **2. La compétence des juridictions**

**35.** Les autres difficultés liées à l'activité transfrontalière des sociétés commerciales résident dans la compétence des juridictions. En effet, les conflits de juridiction trouvent leur source dans la mondialisation économique et le développement des échanges internationaux entre des sociétés relevant de législations différentes. La question qui peut se poser et de savoir quel est le tribunal compétent pour connaître d'un litige comportant un élément extranéité en l'occurrence lorsque la société est étrangère ou lorsque le siège social de la société est situé à l'étranger de l'une des parties ? En matière de compétence territoriale, les règles ordinaires de compétence territoriale s'appliquent aux sociétés au regard de la définition du siège social retenu par l'Etat dont la compétence juridictionnelle est invoquée ou, au contraire, combattue. En effet, en droit international privé, et en matière de conflit de juridictions<sup>57</sup>, le siège social joue pour les sociétés le rôle assigné au domicile pour les personnes physiques. En application de ce principe, la société doit

---

<sup>56</sup> CJCE, 30 septembre 2003, Inspire Art, JCP 2004. II.100002, note Luby.

<sup>57</sup> Le conflit de juridictions est « la situation dans laquelle un litige, en raison des lieux qu'il présente avec plusieurs Etats, pose la question, soit de la compétence des tribunaux d'un de ces Etats pour en connaître, soit des effets à reconnaître à une décision rendue par un tribunal étranger. Plus généralement (il s'agit) de la contestation relative à la compétence d'une juridiction ou l'efficacité d'une décision mettant en cause des ordres juridiques ayant leurs propres tribunaux ». in Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique, op. cit. , p. 230.

être assignée devant le tribunal du lieu de son siège social : la compétence de principe est celle du tribunal du siège social de la société défenderesse<sup>58</sup>. Toutefois, l'application de ce principe est nuancée par la localisation fictive ou frauduleuse du siège social à l'étranger. La compétence de principe du tribunal du siège social est parfois écartée au profit de la compétence directe internationale. Aussi, une juridiction nationale d'un Etat donné est compétente sur le plan international dès qu'un élément de rattachement utilisé par une règle de compétence territoriale interne est réalisé sur cet Etat.

**36.** L'activité internationale des sociétés commerciales, ainsi que la liberté d'établissement des personnes morales posent nécessairement la question du rattachement juridique des sociétés et les critères à retenir en vue de la détermination de la *lex societatis*. Ces critères de rattachement déterminés pour le Niger, le Sénégal et le Congo, font ressortir que tous ces Etats appliquent dans leur législation, les critères de contrôle et de direction. Le Sénégal et le Congo retiennent en plus de ces critères celui du siège social. La détermination de la nationalité des sociétés conduit nécessairement à s'interroger sur les conséquences liées à celle-ci.

## **II – Les conséquences liés à la détermination de la nationalité des sociétés**

**37.** La détermination des critères de rattachement des sociétés présente plusieurs intérêts. Dans un premier temps, sur le plan purement fiscal, la nationalité d'une société, peut présenter des avantages pour cette dernière. En effet, les Etats

---

<sup>58</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> sect. 30 octobre 1962, Grands arrêts, op. cit., n°37 ; Rev. Crit. DIP 1963, p. 387, note Francescakis.

adoptent toujours des politiques fiscales visant à favoriser leurs propres sociétés par rapport aux sociétés étrangères (A). Sur un autre plan, en l'occurrence, en matière de participation des sociétés aux marchés publics, le rattachement juridique ou non d'une société à une nationalité peut également être avantageux ou non pour cette dernière dans la mesure où les législations des Etats contiennent le souvent des mesures discriminatoires favorables aux sociétés nationales et tendant à empêcher les sociétés étrangères à ne pas prendre part à ces marchés (B).

#### **A – Un régime fiscal de faveur pour les sociétés nationales**

**38.** Toutes les sociétés établies, exploitées et immatriculées sur le territoire d'un Etat de l'espace OHADA sont sujettes soit à l'impôt sur les sociétés<sup>59</sup> soit à l'impôt sur les revenus<sup>60</sup>. Il s'agit ici d'une imposition sur les bénéfices<sup>61</sup>. Sur ce point, les régimes fiscaux des Etats retenus pour la présente étude contiennent le plus des avantages fiscaux pour certaines catégories d'activités (1) et des mesures

---

<sup>59</sup> Au Sénégal par exemple, la loi n°2012-31 du 31 décembre 2012 a augmenté le taux de l'impôt sur les sociétés de 25% à 30%. Au Niger, le taux de l'impôt sur les sociétés est de 30%, en RD Congo, il est de

<sup>60</sup> L'impôt sur le revenu est plus simple que l'impôt sur les sociétés et moins coûteux en frais administratifs et comptables et formalités fiscales. Les résultats réalisés sont imposés entre les mains de l'entrepreneur dans la catégorie correspondant à l'activité. Au Niger, il est 30% avec ....

<sup>61</sup> Le bénéfice imposable est le bénéfice net déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises y compris les cessions d'éléments de l'actif, les cessions de charges ou offices, toutes indemnités reçues en contrepartie de la cessation de l'exercice de la profession ou du transfert d'une clientèle et le revenu des immeubles inscrits à l'actif, sous réserve des déductions prévues par la loi

visant à éviter la double imposition pour les sociétés étrangères (2). Tout cela a été circonscrit dans un cadre bien réglementé visant à éviter les fraudes à la loi fiscale d'un Etat.

#### **1- Octroi des avantages fiscaux aux entreprises nationales**

**38.** Des incitations fiscales spéciales peuvent être accordées aux entreprises nationales opérant dans certaines catégories d'activités à savoir l'exploitation minière ou de pétrole et de certaines activités de construction (une exonération fiscale de 5 ans par exemple pour les sociétés qui sont exploitées au Niger) ou même pour les entreprises qui exportent plus de 80 % des produits dans le domaine de l'agriculture au sens large, l'industrie et les télé services au Sénégal.

Il en est ainsi par exemple, de l'exonération de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières prélevé par l'entreprise agréée sur les dividendes distribués ou même de la réduction d'impôts sur les sociétés<sup>62</sup> ou encore de l'exonération des droits d'enregistrement et de timbre notamment ceux perçus lors de la constitution ou de la modification des sociétés<sup>63</sup>.

**39.** De plus, certains Etats membres de l'OHADA disposent dans leurs droits communs, de régimes de faveur qui prévoient des exonérations fiscales. Ce

---

<sup>62</sup> L'impôt sur les sociétés peut être réduit jusqu'à un taux préférentiel de 15%.

<sup>63</sup> Il est important de préciser que ce ne sont pas les seules exonérations qui peuvent être accordées dans un cadre de promotion des investissements. La liste des exonérations dépend d'un pays à un autre. Au Sénégal par exemple, il y a aussi l'exonération de tout impôt ayant pour assiette les salaires versés, notamment la contribution forfaitaire à la charge des employeurs ; l'exonération de la contribution des patentes, la contribution foncière sur les propriétés bâties et non bâties et la contribution des licences.



régime de faveur ne s'applique que lorsque la société a son siège dans l'Etat membre en question. Par exemple au Sénégal, il existe ce qu'on appelle le statut de l'Entreprise Franche d'Exportation (EFE)<sup>64</sup> pour les entreprises dont le chiffre d'affaires provient à 80% des exportations dans le domaine de l'agriculture au sens large, l'industrie et les télé services. L'agrément au régime de l'Entreprise Franche d'Exportation donne droit à de multiples avantages notamment l'attribution des autorisations permettant, dans le cadre de l'exploitation, de transférer à destination des pays extérieurs à la zone franc, toutes les sommes nécessaires à la réalisation de l'investissement et des opérations commerciales et financières ; l'attribution au profit des employés, collaborateurs, actionnaires et prêteurs étrangers des autorisations de transfert à destination des pays extérieurs à la zone franc conformément à la réglementation des changes; la suppression de mesure discriminatoire par rapport à celles dont bénéficient les entreprises non agréées au dit statut. Il s'agit là d'une série de mesures qui favorise sans aucun doute les entreprises nationales, mais encourage par la même occasion, l'investissement en territoire sénégalais et du coup l'expansion économique des sociétés nationales au Sénégal.

## 2 – La protection des sociétés nationales contre la double imposition

**40.** Les sociétés étrangères établies dans un Etat membre de l'espace OHADA sont

---

<sup>64</sup> Le statut d'Entreprise Franche d'Exportation a été institué par la loi n° 95-34 du 25 décembre 1995, modifiée par la loi n° 2004-11 du 6 février 2004. Cette loi est complétée par le décret d'application n° 96-869 du 15 octobre 1996, modifié par le décret n° 2004-1314 du 28 septembre 2004.

également sujettes à l'impôt sur les sociétés. En effet, l'exercice habituel par exemple au Sénégal ou au Niger ou encore au Congo, d'une activité dans le cadre d'un établissement stable et autonome<sup>65</sup> ou encore lorsque les opérations sont réalisées sur leur territoire par l'intermédiaire d'un représentant ou, forment un cycle commercial complet (achat pour revendre) sans même qu'il y ait un établissement ou un représentant situé sur le territoire en question.

**41.** Le régime fiscal des sociétés pour la détermination de l'impôt sur les sociétés est relativement simple d'application : il vise à éviter aux sociétés et à leurs filiales, si elles en ont, une **double imposition au titre de l'impôt sur les sociétés d'abord au niveau de la filiale, puis en cas de distribution de dividendes, au niveau de la société mère qui les reçoit. Dans ce sens, la plupart des Etats concluent des conventions fiscales bilatérales ou multilatérales en vue d'éviter la double imposition aux personnes physiques et morales. D'où l'existence au niveau de l'UEMOA, d'une Convention fiscale adoptée par le Règlement n°08/CM/UEMOA du 26 septembre 2008 qui contient des règles visant à éviter la double imposition au sein de**

---

<sup>65</sup> L'établissement stable désigne « une installation fixe d'affaires où l'entreprise exerce tout ou partie de son activité et possédant au sens de l'at. 4 paragraphe 1 de la Convention fiscale de l'UEMOA du 26 Septembre 2008, une certaine permanence et poursuivant un but économique qui génère un profit. Aux termes du paragraphe du même art., l'établissement stable comprend notamment « a) un siège de direction ; b) une succursale ; c) un bureau ; d) une usine ; e) un atelier ; f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles ; g) un chantier de construction ou de montage ou des activités de surveillance s'y exerçant, lorsque ce chantier, ou ces activités ont une durée supérieure à six mois

**l'UEMOA et des règles d'assistance en matière fiscale. C'est l'article 8 de ladite Convention qui traite de l'impôt des bénéficiaires d'une entreprise et dispose ainsi qui suit « 1) Les bénéficiaires d'une entreprise d'un Etat membre ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans un autre Etat membre par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéficiaires de l'entreprise sont imposables dans cet autre Etat mais uniquement dans la mesure où ils sont imposables :**

- a) audit établissement stable ;
- b) aux ventes, dans cet autre Etat, de marchandises de même nature que celles qui sont vendues par l'établissement stable, ou de nature analogue ;
- c) à d'autres activités commerciales exercées dans cet autre Etat et de même nature que celles qui sont exercées par l'établissement stable, ou de nature analogue ».

**La lecture de cette disposition fait ressortir que seul l'Etat dans lequel, l'entreprise est établie, peut assujettir à l'impôt sur les bénéficiaires ou l'impôt sur les sociétés sur une société établie dans son espace territorial. Un autre Etat ne peut le faire que dans la mesure, où cette même entreprise exerce son activité dans cet Etat, par le biais d'un établissement stable.**

**42.** La Convention fiscale de l'UEMOA vise à établir au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) les règles visant à éviter la double imposition entre les Etats membres et à établir entre lesdits Etats une assistance en matière fiscale. Ce qui signifie, qu'il n'y aura pas de double imposition et la société reste imposable uniquement dans l'Etat où elle est immatriculée. De même les plus values d'apports des biens d'une succursale sont

exclusivement imposables dans l'Etat dans lequel est située ladite succursale.

**43.** Par ailleurs, en matière fiscale, la liberté d'établissement peut être restreinte par l'Etat d'origine de la société si celle-ci résulte d'un montage juridique artificiel ayant pour unique but d'éviter les dispositions fiscales nationales. Toutefois, la Cour de Luxembourg a affirmé la supériorité de la liberté d'établissement en matière sociétaire sur les dispositions fiscales des Etats membres en condamnant l'Angleterre dans l'arrêt « Mars and Spencers » du 13 décembre 2005<sup>66</sup>. En l'espèce, une disposition fiscale du droit anglais interdisait aux sociétés résidentes de déduire de leur bénéfice imposable les pertes subies par leurs filiales implantées à l'étranger, alors que cette opération est permise pour les sociétés résidentes. Aussi, la seule réserve admise est celle d'un montage purement fictif<sup>67</sup> pour contourner les dispositions fiscales de la loi nationale de la société en invoquant l'exercice de la liberté d'établissement. La jurisprudence affirme ainsi qu'il existe bien une atteinte à la liberté d'établissement par l'Etat d'origine de la société, dès lors que « *l'exclusion*

<sup>66</sup> La CJCE avait jugé la législation britannique contraire à la liberté d'établissement et l'a censurée sur ce point. En l'espèce, la législation en question a été jugée disproportionnée dans l'hypothèse où « la filiale-résidente a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent son Etat de résidence au titre de l'exercice fiscal concerné par sa demande de dégrèvement ainsi que des exercices fiscaux antérieurs ». Et où, « il n'existe pas de possibilité pour que les pertes de la filiale étrangère puissent être prises en compte dans son Etat de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci ».

<sup>67</sup> Voir l'arrêt du 16 juillet 1998 dans laquelle la Cour a estimé « que la décision de s'établir dans tel Etat membre peut parfaitement avoir un but fiscal ». Ce qui constituerait dès lors une fraude fiscale.

*d'un tel avantage en ce qui concerne des pertes subies par une filiale établie dans un autre Etat membre (...) est de nature à entraver l'exercice par celle-ci de sa liberté d'établissement, en les dissuadant de créer des filiales dans d'autres Etats membres* ». Pour donc éviter les doubles impositions et même les montages fiscaux, les législations Ouest africaines notamment, prévoient le plus souvent un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents d'un espace communautaire (par exemple l'UEMOA). Il s'agit ici de prendre en considération les transferts de siège statutaire des sociétés ou encore les fusions ou scissions dans un autre Etat membre sans aucune dissolution ou liquidation tout en bénéficiant du report d'imposition.

44. Enfin, il convient de s'intéresser un instant aux enjeux fiscaux de l'apport de filialisation de succursale. L'apport partiel d'actifs entraîne en principe la soumission à l'impôt sur les sociétés de toutes les plus values au taux normal de l'impôt sur les sociétés<sup>68</sup>. Les plus-values résultent de la différence entre la valeur réelle des actifs « apportés » et leur valeur nette comptable chez l'apporteuse. La difficulté ici provient du caractère transfrontalier de l'apport de la succursale, qui peut dans certains cas engendrer un risque de double imposition : une première fois dans l'Etat de la société apporteuse<sup>69</sup> et une seconde fois, dans l'Etat d'immatriculation de la succursale. Cette difficulté peut toutefois

---

<sup>68</sup> L'impôt sur les sociétés varie selon les pays de l'espace OHADA de 25% à 35%.

<sup>69</sup> Dans la société apporteuse il s'agit de vérifier si les règles de droit interne gouvernant la territorialité de l'impôt sur les sociétés ne permettent pas d'attribuer à l'Etat d'immatriculation de la succursale le droit exclusif d'imposer les plus-values afférentes à l'apport de la succursale étrangère.

être résolue en recourant aux conventions fiscales bilatérales ou multilatérales. Dans ce sens, l'article 36 du Code général des impôts du Niger prévoit une exonération fiscale pour les plus-values résultant de l'attribution d'actions ou de parts sociales à la suite de fusions de sociétés anonymes (SA) à de sociétés à responsabilité limitée (SARL). En outre, les plus-values résultant de l'attribution d'actions gratuites ou de parts sociales à la suite de l'apport par une SA ou une SARL et enfin pour les plus-values résultant de la transformation d'une société ou d'une association en groupement d'intérêt économique. Cette exonération sur les plus-values en cas d'apport partiel d'actifs est cependant subordonnée à la constatation de cette obligation dans l'acte de fusion ou d'apport<sup>70</sup>.

## **B – Un droit préférentiel d'accès aux marchés publics**

45. Une seconde incidence découlant du rattachement juridique des sociétés, est en effet celle de la participation de celles-ci aux marchés publics<sup>71</sup>. Et le principe qui

---

<sup>70</sup> Cf. par exemple l'art. 36 al. 4 du Code général des impôts dispose « *Toutefois, l'application des dispositions des alinéas précédents est subordonnée à l'obligation constatée dans l'acte de fusion ou d'apport pour la société absorbante ou nouvelle ou pour la société bénéficiaire de l'apport* ».

<sup>71</sup> L'art. 2 article 2 du code des marchés publics du Niger définit le marché public comme un « *contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services au sens de la présente loi.* » Le code des marchés publics du Sénégal et l'article 4 du CMP du Congo retiennent également cette définition du marché public ; laquelle fait ressortir que le marché public est un contrat administratif. En effet, la jurisprudence notamment française avait dans un premier temps admis que le marché public puisse être un contrat de droit privé (V. ce sujet Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 17 déc. 1996, Sté Locunivers : Bull. civ. I, n° 464 ; T. confl., 5 juill. 1999, Cne Sauve : Juris-Data

prévaut en matière de participation des entreprises à la commande publique est celui de la liberté d'accès aux marchés publics à l'exception des entreprises ou sociétés placées sous l'effet d'une interdiction<sup>72</sup> de soumissionner. En effet, les législations nationales contiennent le plus souvent des dispositions discriminatoires visant à favoriser ses sociétés nationales (1) et tendant à empêcher la participation des sociétés étrangères à des procédures de passation de marchés publics (2).

---

n°1999-100020 ; Dr adm. 1999, comm. N° 248, note R.S.), avant que la loi vienne trancher définitivement sur la question en disposant que « les marchés publics passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs » : LOI N° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (JO 12 déc. 2001, p. 197003.

<sup>72</sup> L'interdiction de soumissionner peut résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de la société ou de la violation de ses obligations fiscales et sociales. Les codes des marchés publics renvoient en général à la liste des interdictions établie : au Sénégal, c'est l'article 43 du code des marchés publics qui renvoie à cette liste : il s'agit notamment des personnes physiques en état de faillite personnelle de personnes physiques ou morales admises au régime de la liquidation des biens ; des personnes physiques ou morales n'étant de redressement judiciaire lorsque la poursuite de l'activité est interdite par décision du juge commissaire ; des personnes physiques ou morales frappées d'une mesure temporaire ou définitive d'interdiction d'obtenir des commandes publiques ; des personnes physiques candidates et des dirigeants de personnes morales candidates ; des personnes qui, au 31 décembre de l'année le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit leurs déclarations fiscale ou sociale... Au Niger l'article 9 du code des marchés publics dresse une liste de personnes exclues à la commande publique et celle-ci rejoint à plusieurs égards celle du Sénégal.

## 1 – La restriction de la participation des sociétés étrangères aux marchés publics

46. Dans le cadre de la promotion des entreprises nationales ou communautaires, les législations des Etats contiennent le plus souvent des dispositions faisant état de « **préférence nationale ou communautaire** ». en effet, l'exercice de certaines activités<sup>73</sup> peut être interdit ou soumis à restriction pour des motifs d'aptitude, de moralité, de sécurité, de santé publique ou éventuellement pour l'exécution du programme national de promotion de d'appel d'offres restreint<sup>74</sup> ou d'un programme national de promotion des sociétés nationales ou même communautaires. La candidature d'une entreprise peut alors être rejetée au seul motif qu'elle est une société étrangère. La seule réserve ici, est qu'un texte prévoit les conditions de préférence accordées. Ce texte peut être un arrêté ou même les cahiers des charges<sup>75</sup>. Tout ceci permet d'assurer un climat propice à l'équité et à la participation des entreprises et sociétés nationales à la commande publique.

---

<sup>73</sup> Au Niger par exemple, la liste de ces activités est fixée par l'annexe du décret n° 87-36/PCMS/MCI/T du 12 mars 1987.

<sup>74</sup> Au sens de l'article 38 CMP du Niger « L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats que la personne responsable du marché a décidé de consulter au vu de leurs références professionnelles ou techniques particulières. Dans ce cas, ces entreprises doivent figurer sur une liste présélectionnée. Dans le même sens l'art. 25 du CMB du Congo prévoit également l'hypothèse de l'appel d'offre restreint et précise les exigences d'un tel appel d'offre.

<sup>75</sup> Le cahier des charges est un document établi par l'autorité contractante et définissant les exigences qu'elle requiert, les méthodes à utiliser, les moyens à mettre en œuvre, les préoccupations dont il faut tenir compte ainsi que les résultats escomptés.

47. Ainsi, « pour les marchés publics sur appel d'offres international, une préférence peut être accordée au candidat de droit national ou de pays membres de l'UEMOA et aux candidats dont les produits ne comportent que des produits d'origine sénégalaise ou de pays membres de l'UEMOA, par rapports aux candidats de droit non communautaire, à condition que leurs offres ne soient pas supérieures de plus de quinze (15) pour cent à celle du moins disant »<sup>76</sup>. L'article 36<sup>77</sup> du code des marchés publics du Niger prévoit également une telle préférence pour les entreprises communautaires<sup>78</sup>. A ce niveau, toutes les sociétés ayant la nationalité d'un Etat membre de l'UEMOA, peuvent soumettre des offres pour participer à la commande publique en question. Dans le même sens, l'art. 37<sup>79</sup> du code des marchés publics de la RD Congo prévoit également que lors de la passation d'un marché public, une préférence est accordée aux personnes physiques ou morales de droit congolais, aux personnes physiques étrangères ou aux entreprises de droit étranger, ressortissant d'un Etat partie avec lequel la RD Congo a un Traité, un accord ou règlement aux termes duquel telle préférence lui est accordée. La seule condition pour tous ces régimes de préférence est qu'elle soit prévue par les textes. Dans tous les cas, l'administration

---

<sup>76</sup> Cf. art. 50 CMP DU Sénégal.

<sup>77</sup> L'art. 36 CMP dispose « Lors de la passation d'un marché, une préférence peut être attribuée à une entreprise communautaire. Cette préférence doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre. Un tel pourcentage ne peut en aucun cas excéder quinze pour cent (15%). La préférence ne peut être invoquée si elle n'a pas été prévue au dossier d'appel d'offres.

<sup>78</sup> L'entreprise communautaire est au sens de du code des marchés publics du Niger, toute entreprise dont le siège social est situé dans un Etat membre de l'UEMOA.

<sup>79</sup> L'art. 37 du CMP du Congo fixe une longue liste de préférence nationale ou régionale en disposant «

reste libre d'attribuer le marché au concurrent de son choix qui a offert des propositions financières avantageuses<sup>80</sup>.

## 2 – L'ouverture des marchés publics aux sociétés étrangères

48. La limitation de la participation des sociétés étrangères aux marchés peut être levée lorsque par exemple les activités en question sont financées en tout ou partie sur des fonds étrangers. Est considéré comme tel le marché financé par l'UEMOA, la CEDAO, la CEMAC ou l'Union européenne. Lorsqu'il s'agit d'un financement de l'UEMOA ou de la CEDEAO par exemple, l'Etat nigérien, ou tout autre pays membre de ces organisations ne peut écarter les sociétés des dits espaces. De même, s'il agit d'un financement européen les sociétés européennes ne peuvent pas être éliminées de la participation à ce marché public. Aussi, les codes des marchés publics contiennent des dispositions fixant des régimes préférentiels.

49. Le marché public peut également être ouverte<sup>81</sup> aux entreprises nationales ou non. A ce niveau, toutes les discriminations fondées sur la nationalité de la société ou encore sur l'origine du financement de marché public sont anéanties et toutes les sociétés remplissant les conditions définies dans les cahiers de charges peuvent y participer.

---

<sup>80</sup> V. CE 21 décembre 2000, Etat du Sénégal contre société Afrique Audit, BACE n°2, année 2000, p. 55.

<sup>81</sup> Cf par exemple l'article 19 du code des marchés publics du Niger.

## CONCLUSION :

**50.** La nationalité des sociétés commerciales a pu être considérée comme un débat<sup>82</sup> dépassé, mais l'évolution du droit communautaire notamment celui de l'OHADA, de l'UEMOA, de la CEDEAO et même de la CEMAC combinée au développement de l'économie internationale vers une plus grande interdépendance et une intégration des économies nationales permettent d'envisager un renouveau de la notion. En effet, les libertés de libre établissement à titre principal ou secondaire consacrées par le droit communautaire (UEMOA, CEDEAO, CEMAC) peuvent contribuer à relancer le débat sur les conditions de détermination de la nationalité des sociétés puisque cette notion recouvre aussi bien la reconnaissance des sociétés étrangères que les critères de détermination de la loi applicable. Les difficultés que suscite la nationalité des sociétés concernant les conflits de juridictions et la détermination de la loi applicable sont toujours d'actualité. Sur ce point précis, si le droit OHADA consacre un droit unique applicable à toutes les sociétés commerciales, il n'a cependant pas pu limiter la marge de manœuvre des Etats sur les critères de rattachement ou non d'une société à un Etat.

Par ailleurs, les critères de contrôle et de direction effective retenus majoritairement par les pays retenus dans le cadre de cette étude, même si elles assurent aux sociétés nationales une certaine garantie, constituent néanmoins une entrave à

---

<sup>82</sup> V. F. Terré, « Réflexions sur la notion de nationalité », Rev. crit. DIP 1975, p. 4. Cet auteur considère que la nationalité des sociétés serait un « débat académique » dans la mesure où toutes les discussions actuelles ne sont pas de nature à remettre en cause les solutions acquises en jurisprudence et par la doctrine

l'expansion et à l'épanouissement des dites sociétés, lesquelles doivent accomplir des formalités supplémentaires<sup>83</sup>, avant de pouvoir exercer effectivement leurs activités sur un Etat de l'espace OHADA, autre que celui dans lequel elles étaient immatriculées.

**51.** La modification amorcée, dans l'article 118 al. 2 du projet d'amendement de l'AUSCGIE qui consacre le principe de la territorialité pour la nationalité des sociétés commerciales, si elle avait été retenue, aurait certainement simplifié la question de la détermination de la nationalité de celles-ci et aurait réglé par la même occasion les difficultés relatives au développement économique de ces dernières.

**52.** Les développements, permettent de comprendre et de mettre fin à la confusion qui existe entre loi applicable et la nationalité des sociétés commerciales : si le siège statutaire suffit à déterminer la lex societatis, la nationalité de la société peut très bien être différente si l'on retient d'autres critères comme celui de l'incorporation, lequel n'a malheureusement pas été retenu par les pays étudiés. Enfin, une complémentarité de critères comme celui du centre de décision ou de contrôle<sup>84</sup> ou même le critère de l'incorporation, peut être la solution pour les pays de l'espace OHADA et permettre ainsi un développement des relations économiques dans une économie mondiale sans cesse croissante et innovante.

---

<sup>83</sup> Il s'agit notamment des formalités relatives à l'obtention d'une autorisation d'exercice.

<sup>84</sup> Le critère de contrôle économique est valablement retenu par les auteurs et les législateurs des pays étudiés dans le cadre de la jouissance des droits dont une société pourrait revendiquer l'exercice ou la détermination de la nationalité d'une filiale.

53. Par ailleurs, il est important de mettre fin à la confusion entre loi applicable et nationalité des sociétés. Si le siège statutaire suffit à déterminer la *lex societatis*, la nationalité de la société peut très bien être différente si l'on retient certains critères complémentaires comme le centre de décision ou la nature du contrôle si le législateur l'impose expressément.

54. S'agissant des groupes de sociétés, une approche unitaire de leur statut juridique est inappropriée, puisque les groupes de sociétés sont conçus de telle façon que la multitude des lois nationales applicables aux diverses filiales est un avantage pour leur développement économique international. En effet, la *lex societatis* doit toujours être déterminée par référence au critère du siège social alors que la nationalité d'une filiale peut être différente<sup>85</sup>. Néanmoins, le critère du contrôle économique pourrait valablement être retenu mais uniquement dans le cadre de la jouissance des droits par la société ou pour la détermination de la nationalité de la filiale en complément du critère du siège social.

À l'évidence, le débat sur la nationalité des sociétés est loin d'être clos.

---

<sup>85</sup> La nationalité pourrait en effet être refusé à une filiale d'un grand groupe international dans le cas particulier où cette dernière ne participerait pas effectivement au développement économique d'un pays en développement pour et si elle bénéficie injustement de droits réservés aux seules sociétés nationales.

## **BIBLIOGRAPHE :**

### **Ouvrages**

1. H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993, n° 50.
2. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., Domat droit privé, Montchrestien, Paris, 2010, 820 p.
3. M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, 3<sup>ème</sup> éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2011, Paris, 598 p.

### **Articles**

4. F. Terré (« Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 4
5. Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927, p. 402 et s.
6. L. Mazeaud : « De la nationalité des sociétés », *JDI*, 1928, p. 30 et s.
7. P. Louis-Lucas, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *JCP* 1953, I, 1104

### **Textes législatifs et réglementaires**

8. Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique du 14 février 2014
9. Dispositions des traités de la CEDEAO et de l'UEMOA et leurs protocoles et actes additionnels relatifs à la libre circulation des personnes et des biens et le droit d'établissement
10. Convention fiscale de l'UEMOA (Règlement n°08/CM/UEMOA du 26 septembre 2008 portant adoption des règles visant à éviter la double imposition au sein de l'UEMOA et des règles d'assistance en matière fiscale)

11. Loi n°009 du 05/01/1975 sur ... au Congo et le décret du 27 février 1887 complété par le décret du 23 juin 1960 ; Loi n°50-83 du 21 avril 1983 et le décret n° 86-414 du 27 mars 1986.

12. Ordonnance n° 87-10 du 12 mars 1987 et son décret d'application n° 87-36/PCMS/MCIT du 12 mars 1987 fixant les conditions d'exercice d'activités professionnelles non salariées par les étrangers, JORN n°7 du 1<sup>er</sup> avril 1987 Recueil des lois et règlements de la République du Niger, 2<sup>ème</sup> édition, 1994, Rubrique n°65.2

13. Le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) 4<sup>ème</sup> partie (Loi n° 85 -40 du 29 juillet 1985 : articles 1164 à 1167 : nationalité)

13. Code général des impôts du Niger, code général des impôts du Sénégal et code général des impôts de la RD Congo

14. Code des marchés publics du Niger ; Code des marchés publics du Sénégal et Code des marchés publics de la RD Congo

15. Convention Fiscale de l'UEMOA du 26 septembre 2008

16. Directive n°4/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations des services publics dans l'EUEMOA