

www.lenemro.org

LE NEMRO

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE

Fondateur : Pr. Robert NEMEDEU

N° 22

Octobre – Décembre 2021

LE NEMRO
Revue Trimestrielle de Droit Economique
Octobre-Décembre 2021

Fondateur : Pr Robert NEMEDEU

*Agrégé des Facultés de Droit
Diplômé de l'Ecole du Barreau de Paris
(EFB), 1^{er} Vice - Président honoraire du CTS
Sciences juridiques et Politiques du CAMES
Professeur Titulaire CAMES
Université de Yaoundé II – Cameroun*

Rédacteur en chef : Pr Eloie SOUPGUI

*Agrégé des Facultés de Droit
Université de Yaoundé II – Cameroun*

Rédacteurs en chef-adjoints :

Pr Serge Patrick LEVOA AWONA

*Agrégé des Facultés de Droit,
Université de Ngaoundéré – Cameroun*

Pr GUEDEGBE Samson Igor Bidossessi,

*Agrégé des Facultés de Droit, Université
d'Abomey Calavi, Bénin*

Conception : IGCI SARL, Yaoundé

COMITE D'HONNEUR

Pr BOKALLI Victor-Emmanuel, *Agrégé des
Facultés de Droit, Professeur Titulaire
CAMES, Doyen honoraire de la Faculté des
Sciences Juridiques et Politiques, Université
de Yaoundé II*

Pr GBAGUIDI A. Noël, *Agrégé des Facultés
de Droit, Professeur Titulaire CAMES,
Université d'Abomey-Calavi, Bénin*

Pr JOGBENOU Joseph, *Agrégé des Facultés
de Droit, Professeur Titulaire CAMES
Université d'Abomey - Calavi, Ancien
ministre de la Justice, Président du Conseil
Constitutionnel du Bénin*

Pr MINKOA SHE Adolphe, *Agrégé des
Facultés de Droit, Professeur Titulaire
CAMES, Recteur de l'Université de
Yaoundé II*

Pr MODI KOKO Désiré, *Agrégé des
Facultés de Droit, Doyen de la Faculté des
Sciences Juridiques et Politiques, Université
de Dschang, Cameroun*

Pr NDIOUF Ndiaw, *Agrégé des Facultés de
Droit, Professeur Titulaire CAMES, Doyen
honoraire de la Faculté de Droit, Université
Cheik Anta DIOP de Dakar, Membre du
Conseil constitutionnel du Sénégal*

Pr ONDOUA Alain, *Agrégé des Facultés de
Droit, Professeur Titulaire CAMES, Ancien
Directeur du Bureau Afrique Centrale et
Grands Lacs, AUF, Doyen de la Faculté des
Sciences Juridiques et Politiques, université
de Yaoundé II*



Pr RONTCHESKY Nicolas, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France

Pr SAWADOGO Michel Filiga, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire CAMES, Université OUAGA II, ancien Ministre de l'Enseignement supérieur, de la recherche scientifique et de l'innovation, Burkina Faso, Commissaire à l'UEMOA

Pr SOSSA Dorothé Cossi, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire CAMES, Université d'Abomey-Calavi, Bénin, ancien Secrétaire Permanent de l'OHADA

Pr STORCK Jean-Patrice, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France

Pr STORCK Michel, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France

Pr TSAFACK NANFOSSO Roger, Agrégé des Facultés des Sciences Economiques et de gestion, Professeur Titulaire CAMES, Recteur de l'Université de Dschang, Cameroun

COMITE SCIENTIFIQUE :

Pr ABA'A OYONO Jean - Calvin, Maitre de conférences, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr AGBENOTO Koffi Mawunyo, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Kara, Togo

Pr CAMARA Bakary, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université de Bamako, Mali

Pr. DASCHACO John TAMBUTOH, Professor, University of Yaoundé II, Cameroun

Pr DECKON KUASSI François, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen honoraire de la Faculté de Droit, Université de Lomé, Togo

Pr FOMETEU Joseph, Professeur Titulaire, Université de Ngaoundéré, Cameroun

Pr FUNWIE TAMASANG Christopher, Associate professor, University of Yaoundé II

Pr GATSI Jean, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Douala, Cameroun

LE NEMRO
Revue Trimestrielle de Droit Economique
Octobre-Décembre 2021

Pr GUIMDO Bernard-Raymond, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr JAMES Jean-Claude, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université Omar Bongo, Libreville, Gabon

Pr JIOGUE Grégoire, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr KALIEU ELONGO Yvette Rachel, Agrégée des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Dschang, Cameroun

Pr KOM KAMSU Maurice, Maître de Conférences, Université de Maroua

Pr KPODAR ADAMA Ferdinand, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Vice-Président de l'Université de Kara, Togo

Pr KUATE Sylvain, Maître de conférences, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr KOM Jacqueline, Maître de conférences, université de Yaoundé II, Cameroun

Pr LOKO-BALOSSA Elie Joseph, Maître de conférences, Université Marien Ngouabi, Brazzaville, Congo

Pr MBAYE MAYATTA Ndiaye, Agrégé des Facultés de Droit, Directeur Général de l'ERSUMA

Dr MEBENGA Mathieu, Chargé de cours, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr MIENDJEM Léopold, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun

Pr MONEYANG NANDJIP Sara, Maître de conférences, Université de Douala, Cameroun

Pr MOUTHIEU NJANDEU Monique-Aimée, Agrégée des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr NGNINTEDEM Jean-Claude, Maître de conférences, Université de Ngaoundéré, Cameroun

Pr NJEUFACK TEMGWA René, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang

Pr NSIE Etienne, Agrégé des Facultés de Droit, Université Omar Bongo, Libreville, Gabon

LE NEMRO
Revue Trimestrielle de Droit Economique
Octobre-Décembre 2021

Pr NTONO TSIMI Germain, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr PEKASSA NDAM Gérard, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr SUNKAM KAMDEM Achille, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Buea, Cameroun

Pr TCHAKOUA Jean-Marie, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

Pr TIMTCHUENG Moïse, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun

Pr ZAMBO ZAMBO Dominique Junior, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun

COMITE DE REDACTION :

Dr AMOUGUI Pulchérie Chantal, Chargée de cours, Université Catholique d'Afrique Centrale, Yaoundé

Dr ETOULA ESSOH Clotilde, Chargée de cours, Université de Buea

Dr GATCHOUP TCHINDA Désiré, Chargée de cours, Université de Yaoundé II

Dr KAGOU KENNA Patrice Hubert, Chargé de cours, Université de Dschang

Dr WANDJI Alain Douglas, Chargé de cours, Université de Yaoundé II

Dr MOUHOUAIN Salifou, Chargé de cours, Université de Yaoundé II

Dr NDENGA BADJAN Etienne Armitice, Chargé de cours, Université Catholique d'Afrique Centrale

Dr TATSADONG TAFEMPA Jean Marius, Assistant, FSJP-Université de Yaoundé II

RESPONSABLES RUBRIQUES :

Dr Chantal AMOUGUI

Dr Désiré NGATCHOUP TCHINDA

Pr Jean-Calvin ABA'A OYONO

Pr BOKALLI Victor Emmanuel

Pr Eloie SOUPGUI

Pr Gérard PEKASSA NDAM

Pr Grégoire JIOGUE

Pr Isidor MIENDJIEM

Pr Jean-Claude NGNINTEDEM

Pr Joseph FOMETEU

Pr Moïse TIMTCHUENG

Pr Monique Aimée MONTHIEU

Pr Robert NEMEDEU

Pr Sara NANDJIP MONEYANG

Pr Serge Patrick LEVOA AWONA

Pr Sylvain KUATE

Pr Yvette KALIEU ELONGO

LE NEMRO
Revue Trimestrielle de Droit Economique
Octobre-Décembre 2021

Me Hyppolite Bertin TIAKOUANG

MELI

Dr KAGOU KENNA Patrice Hubert

Dr MOUHOUAIN Salifou



CADRE DE PUBLICATION

Tout article soumis pour publication doit être rédigé en format Microsoft Word (2007 minimum) et respecter la police de caractères suivante :

Nom de la police : calibri

Taille des caractères : 12

Interligne : 1,5

Tout article doit être accompagné d'un résumé en français et en anglais, d'une photo 4/4 numérisée de l'auteur, le tout à envoyer à l'adresse suivante : lenemro@lenemro.org

La revue s'engage à publier les résumés des meilleures thèses soutenues dans le domaine du droit économique. Elle entend contribuer ainsi à la vulgarisation des résultats des activités scientifiques nombreuses que nous organisons dans nos universités.

L'auteur s'engage en retour à ne pas publier son article dans une autre revue, au moins, durant la période nécessaire à l'expertise, et définitivement, lorsque son texte est retenu.

Le rédacteur en chef

Pr Eloie SOUPGUI

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II

LE NEMRO
Revue Trimestrielle de Droit Economique
Octobre-Décembre 2021

A LA UNE

AVERTISSEMENT (P1) LEGISLATION

REGLEMENT N°04/19/CEMAC/CM RELATIF AU TAUX EFFECTIF GLOBAL ET A LA REPRESSION DE L'USURE ET LA PUBLICATION DES CONDITIONS DE BANQUE DANS LA CEMAC DU 10 AOUT 2020 (P3)
LETTRE CIRCULAIRE N°004/GR/2021 PRESCRIVANT AUX SPECIALISTES EN VALEURS DU TRESOR (SVT) DE LA CEMAC L'APPLICATION OBLIGATOIRE DU NOUVEAU CAHIER DES CHARGES REGISSANT LEURS ACTIVITES, DU 24 JUIN 2021 (P13)
LETTRE CIRCULAIRE N°005/GR/2021 PRESCRIVANT AUX SPECIALISTES EN VALEURS DU TRESOR (SVT) L'OBSERVATION SANS DELAI DE L'OBLIGATION DE SEGREGATION DES COMPTES TITRES DANS LES LIVRES DE LA CELLULE DE REGLEMENT ET DE CONSERVATION DES TITRES (CRCT), DU 26 NOVEMBRE 2021 (26)

DOCTRINE

LES CREANCIERS ANTERIEURS : REFLEXION A LA LUMIERE DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT OHADA, DR ANDREA MIGUEL BIMBOU LOUAMBA (P29)
LE PRECIPUT DU LEGATAIRE COMMERÇANT EN DROIT BENINOIS, DR CODJO BIENVENU LASSEHIN (P68)
L'APPORT DU NUMERIQUE A LA GOUVERNANCE DES SOCIETES COMMERCIALES EN DROIT OHADA, DR ERIC ARISTIDE MOHO FOPA (112)
LE CONTROLE FISCAL DES ENTREPRISES MULTINATIONALES AU CAMEROUN (FISCAL INSPECTION OF MULTINATIONAL COMPANIES IN CAMEROON), DR DAVID BIENVENU NKAKE EKONGOLO (146)
LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES GROUPEMENTS COMMERCIAUX SANS PERSONNALITÉ MORALE EN DROIT DE L'OHADA, M. NDAM NOEL THIERRY (193)
RETHINKING THE RELEVANCE OF RECOGNIZING AFRICAN CONTINENTAL FREE TRADE AREA: WHAT DEVELOPMENTAL PROSPECTS FOR APPLICATION?, DR NANA CHARLES NGUINDJIP, ASHU BILLY MANNERS ABANG (P218)

JURISPRUDENCE

DECISION COSUMAF N° 2014-08 PORTANT MISE SOUS ADMINISTRATION PROVISOIRE DE LA SOCIETE DE BOURSE AFRICABOURSE SA CONGO (P237)
OBSERVATIONS, DR DESIRE GATCHOUP TCHINDA (P242)
DECISION COSUMAF N° 2016-01 PORTANT VISA DU DOCUMENT D'INFORMATION RELATIF A L'OPERATION D'EMPRUNT OBLIGATAIRE PAR APPEL PUBLIC A L'EPARGNE DE LA SOCIETE EQUATORIALE CONGO AIRLINES (ECAIR) SUR LE MARCHÉ FINANCIER DE L'AFRIQUE CENTRALE (P256)
OBSERVATIONS, DR SALIFOU MOUHOUAIN (P260)

DROIT ET PRATIQUE

L'INDEPENDANCE DU MANDATAIRE JUDICIAIRE EN DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES OHADA, DR EMILIE GOGHOU TCHOMTE (P272)
OPÉRATEURS DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET SÉCURITÉ DES RÉSEAUX DANS L'ESPACE CEMAC, BORIS IVAN SANGANG (P296)

ONT SOUTENU

LE 19 MARS 2021 A 10H, DANS LA SALLE DES ACTES DE L'UNIVERSITE DE YAOUNDE II, MONSIEUR FENDJU MONKIE ERIC A SOUTENU UNE THESE INTITULEE « L'ECHEC DES PROCEDURES DE REDRESSEMENT JUDICIAIRES L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE EN DROIT OHAD., ETUDE A LA LUMIERE DES LEGISLATIONS FRANÇAISES ET AMERICAINES » (P326)
LE 03 SEPTEMBRE 2021, A LA FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES DE L'UNIVERSITE DE DSCHANG, M. EDZENGTÉ AMBELA OLIVIER FRANÇOIS A SOUTENU SA THESE DE DOCTORAT, SOUS LE THEME : "L'EXECUTION PROVISOIRE DES DECISIONS DE JUSTICE EN DROIT PROCESSUEL CAMEROUNAIS" (P329)
EN DATE DU 13 DECEMBRE 2021, S'EST DEROULEE, DANS L'ENCEINTE DE L'UNIVERSITE DE YAOUNDE II, LA SOUTENANCE DE THESE DE MONSIEUR MBENTI ESSIANE HYACINTHE, EN VUE DE L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR PHD, SUR LE THEME : « LES BIENS A L'EPREUVE DU MARCHÉ FINANCIER ». (P331)

**LE PRECIPUT DU LEGATAIRE
COMMERÇANT EN DROIT BENINOIS**



Dr Codjo Bienvenu LASSEHIN
FADESP/UAC

RESUME

Le préciput du légataire commerçant consacre la suture entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des affaires. La réflexion sur le sort du préciput de cette figure de légataire rassure de la pertinence des interférences et introduit un nouvel horizon dans le droit de la famille. A l'évidence, le Code béninois des personnes et de la famille est resté embryonnaire. Il s'est pourtant enrichi de magnifiques apports issus des actes uniformes de l'OHADA sur le statut du commerçant et du Code civil avant l'entrée en vigueur du Code des personnes, qui font office de droit béninois. L'étude comporte un intérêt certain. Elle postule le déplacement du centre de gravité en militant pour la recherche et la maîtrise du sort du préciput grevant des biens affectés à l'activité commerciale dont il n'est pas surtout habituel de voir porter la qualité juridique de préciput. On en déduit un changement de paradigme qui porte à fixer les digues que les vagues des stipulations des contrats matrimoniaux ne peuvent franchir. Ce qui conduit à nuancer la thèse qui voit dans le préciput un instrument de contournement de la réserve héréditaire. Le sort du préciput du légataire commerçant est ainsi décidé par le droit des régimes matrimoniaux. En vertu de la nature commerciale et consomptible spécifique du préciput, à l'arrivée, le sort du préciput du légataire commerçant est limité dans sa constitution et discuté dans sa jouissance.

ABSTRACT

The preciput of the commercial legatee consecrates the suture between the law of matrimonial property regimes and business law. The reflection on the fate of the preciput of this figure of legatee reassures of the relevance of the interferences and introduces a new horizon in the law of the family. Obviously, the Beninese Code of the persons and the family remained embryonic.

However, it has been enriched with magnificent contributions from the OHADA uniform acts on the status of traders and the Civil Code before the entry into force of the Personal Code, which serve as Beninese law. The study is of some interest. It postulates the displacement of the center of gravity by campaigning for research and control of the fate of preciput encumbering assets assigned to commercial activity, which it is not especially usual to see bearing the legal quality of preciput. We deduce a paradigm shift that leads to fixing the dikes that the waves of the stipulations of matrimonial contracts cannot cross. This leads to qualify the thesis which sees in the preciput an instrument for circumventing the hereditary reserve. of the commercial legatee is thus decided by the law of matrimonial regimes. By virtue of the specific commercial and expendable nature of the preciput, on arrival, the fate of the preciput of the commercial legatee is limited in its constitution and discussed in its enjoyment.

Le préciput n'a pas fait l'objet de productions élaborées chez les auteurs civilistes. En ce qui concerne le préciput du légataire commerçant, alors que l'on a démontré l'articulation entre le droit de la famille et le droit des affaires¹, la question n'a pas fasciné les esprits. La plupart du

¹ E. Naudin, « L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, Defrénois, 2013, pp. 617 à 639 ; Sylvie Ferré-André, 'Du caractère inapproprié du régime de communauté à la préservation des intérêts économiques d'un époux actionnaire (illustrations du jeu de la subrogation réelle) », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, op.cit. pp.257 à 271 ; Ph. De Page, « Les donations, actualité de certaines clauses », Liber amicorum Paul Delnoy, Larcier, 2005, pp. 135 à 159 ; M. Cazajus, *L'anticipation dans la transmission des entreprises—aspects civils*, Université Toulouse1 Capitole, décembre 2013 ; Céline Lassalle épouse Brune-Jammes, *L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du chef d'entreprise*, Thèse Université Toulouse1 Capitole, octobre 2016 ; J. Mestre, « droit de la famille et droit des affaires (rapport de droit français) », in RRJ droit prospectif, Université Jean Moulin, PUAM, 1999-1, pp.62 à 78 ; R. Savatier, « Le statut en communauté des parts de sociétés de personnes », Defrénois, 1988, 29097, p.421 ; J. Mestre, « Droit de la famille et droit des affaires (Rapport de droit français) », loc.cit. p.62.

temps, les auteurs préfèrent traiter des avantages matrimoniaux². Ils y inscrivent le préciput, sans force précisions. Au même moment, le patrimoine familial connaît une transformation de la fortune au sein de laquelle les valeurs mobilières et le fonds de commerce occupent désormais une place de choix³ ; ce qui appelle à une

meilleure maîtrise des choses⁴. De plus, le Code des personnes et de la famille⁵, l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, le Code civil français dans sa version applicable au Bénin, tous qualifiés ici de Droit béninois⁶, ont laissé en

² A. Albarian, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, 2007-1, pp.205 à 234 ; A. Tisserand-Martin, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial, in Etudes offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité, Litec, 2005, p.755. Pour le doyen CARBONNIER qui percevait le régime matrimonial comme une société, les avantages matrimoniaux sont les « enrichissements résultant au profit d'un époux et à l'encontre de l'autre du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté » Cf. J. Carbonnier, « Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport de société et d'association », thèse Bordeaux, 1932, p. 665 ; « Il y a donc avantage matrimonial lorsqu'il y a enrichissement d'un époux grâce au régime matrimonial conventionnellement adopté par rapport à la situation qui aurait été la sienne dans le régime légal », Cf. les EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2018-2019*, p. 252. « Seuls les bénéficiaires issus d'un contrat de mariage, lors de son adoption initiale ou de sa modification constituent des avantages matrimoniaux. Créer un avantage matrimonial c'est créer un déséquilibre ou en effacer un qui est ou serait né du régime légal. C'est cette action qui conduit à contourner la réserve héréditaire », Cf. A.-G. Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille, thèse de doctorat*, 21 novembre 2018, p.92, n°83. A. Colomer, « Droit civil des régimes matrimoniaux, 12^e éd., Litec, 2004, pp.525 à 532 ; B. Beignier, *Manuel de droit des régimes matrimoniaux. Exercices de liquidation*, PUF, coll. Droit fondamental, 2003, pp. 249 à 254 ; R. Cabrillac, *Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2004, pp. 287 à 291 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 2004, pp. 321 à 331 ; F. Terré P. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, 4^e éd., Dalloz, pp. 618 à 627. A. Albarian, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, 2007-1, p.210, n°8, préc. ; A. Tisserand-Martin, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial, in Etudes offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité, Litec, 2005, p.755.

³ Idem. ; Voy. Egalement N. Katayama, « L'immatériel et l'universalité, Le patrimoine au 21^e siècle : regards croisés franco-japonais » collection droits étrangers, volume 12, mars 2012, p.1. Une analyse de Naoya Katayama peut être convoquée à cet égard. « En France, au début du XX^e siècle, Pierre Voirin constate, dans un article très célèbre rédigé en 1930, que « lorsqu'on compare les fortunes modernes aux fortunes anciens, ... on est frappé de l'évolution qui s'est accomplie : les meubles tendent à y supplanter les immeubles ». Il cita, entre autres, comme nouveaux éléments

patrimoniaux, les capitaux mobiliers, les assurances-vie, les valeurs mobilières ainsi que les fonds de commerce et les droits intellectuels. À la fin du XX^e siècle, Pierre Catala fit remarquer depuis environ deux siècles, « on a vu croître et se diversifier les biens immatériels dont les deux variétés principales sont les clientèles et les propriétés intellectuelles et que leur développement constitue une caractéristique dominante de l'évolution contemporaine du droit des biens ». De son côté, le professeur Michel Grimaldi y rajouta la mobilisation des immeubles au travers des sociétés civiles ainsi que l'importance croissante des valeurs mobilières par la dématérialisation et le principe du portefeuille démembré ». Cf. N. Katayama, « L'immatériel et l'universalité, Le patrimoine au 21^e siècle : regards croisés franco-japonais » collection droits étrangers, volume 12, mars 2012, p.1.

⁴ E. Naudin, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, LGDJ, 2006. Une analyse de Naoya Katayama peut être convoquée à cet égard. « En France, au début du XX^e siècle, Pierre Voirin constate, dans un article très célèbre rédigé en 1930, que « lorsqu'on compare les fortunes modernes aux fortunes anciens, ... on est frappé de l'évolution qui s'est accomplie : les meubles tendent à y supplanter les immeubles ». Il cita, entre autres, comme nouveaux éléments patrimoniaux, les capitaux mobiliers, les assurances-vie, les valeurs mobilières ainsi que les fonds de commerce et les droits intellectuels. À la fin du XX^e siècle, Pierre Catala fit remarquer depuis environ deux siècles, « on a vu croître et se diversifier les biens immatériels dont les deux variétés principales sont les clientèles et les propriétés intellectuelles et que leur développement constitue une caractéristique dominante de l'évolution contemporaine du droit des biens ». De son côté, le professeur Michel Grimaldi y rajouta la mobilisation des immeubles au travers des sociétés civiles ainsi que l'importance croissante des valeurs mobilières par la dématérialisation et le principe du portefeuille démembré ». Cf. N. Katayama, « L'immatériel et l'universalité, Le patrimoine au 21^e siècle : regards croisés franco-japonais » collection droits étrangers, volume 12, mars 2012, p.1.

⁵ Loi n°2021-13 du 20 décembre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin (CPFB) : article 708, 219 CPFB,

⁶ Dans leur ensemble, ces textes constituent la règle de droit régissant le préciput du légataire commerçant.

suspens des questionnements et les juges n'ont pu apporter la lumière dans ce brouillard⁷.

Il devient alors nécessaire de réfléchir sur le préciput du légataire commerçant en droit béninois.

Selon le vocabulaire juridique de Gérard Cornu⁸, le terme de préciput tire son étymologie du latin « *praecipuum* » qui signifie « *ce qui est pris en premier* ». Il est polysémique. Dans une première acception, le préciput s'entend d'un avantage matrimonial conféré par contrat de mariage ou convention modificative à un époux survivant consistant, pour son bénéficiaire, dans le droit de prélever avant tout partage et hors part, sur la masse commune, lors de la dissolution de la communauté, un bien déterminé ou une somme d'argent⁹. Par extension, il désigne également le bien qui fait l'objet du prélèvement. Il peut être perçu comme

un gain de survie prélevé par priorité. Dans une autre acception, le terme désigne l'avantage accordé par le disposant, dans certains cas par la loi consistant, dans le droit de retenir le bien donné ou légué en plus de sa part, sans le rapporter lors du partage à la succession de l'auteur¹⁰. Lorsque le bien est légué par préciput, il l'est hors part, il est non rapportable¹¹. En droit béninois, le terme de préciput n'a pas reçu la faveur d'une définition auprès du législateur du Code des personnes et de la famille (CPFB)¹². Aux termes des dispositions de l'article 708 CPFB, tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. Les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire

⁷ Deux arrêts ont caractérisé la nature commune des revenus des biens propres : Cass. 1^{ère} civ. 12 déc. 2006, n°04-20. 663, Rec. Dalloz, 2007, AJ318 ; RTD civ. 2007. 149, obs., T. Revet ; R. sociétés, 2007. 326, obs. D. Randoux ; Cass. 1^{ère} Civ. 20 février 2007 n°05-18.066, D. 2007, p.1578, note M. Nicod. Voy. Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n°16-13323, FS-PBI), obs. Nadège Mouligner Voy. S. Nudelhoc et D. Karadsheh, S. Nudelhoc et D. Karadsheh, « Réflexion sur une nouvelle définition de l'usufruit et ses rapports avec le droit des successions et des libéralités », in *Questions approfondies de droit familial, et de droit patrimonial de la famille*, Rev. Fac. dr. de l'ULB, 2003, n° 2-3, p. 400.

⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. PUF, 2016, V° Préciput.

⁹ C. civ., art. 1515.

¹⁰ Art. 843 C. civ. 843.

¹¹ Art. 708 CPFB

¹² Loi n°2021-13 du 20 décembre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin (CPFB)

ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant¹³. On constate que le législateur s'est plutôt préoccupé de la fonction du préciput qui consiste dans le droit de prélever, avant tout partage, un bien sans indemnité¹⁴. Aux termes de l'article 219, 4^e tiret CPF, «*Les époux peuvent, par un contrat de mariage, [...] notamment convenir : que l'un d'eux sera autorisé à prélever, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens*»¹⁵. Ce texte indique clairement le contrat de mariage comme l'acte de naissance du préciput ; l'objet du contrat, est de «*prélever sur la communauté*» un bien ; le bénéficiaire du prélèvement, est le conjoint survivant. Ce qui signifie que le préciput, même s'il prend corps dans le contrat de mariage, ne prend véritablement effet qu'à la dissolution de la communauté. En droit de la famille, le mot «*époux*» renvoie au mariage. Il désigne «*Une personne*

*(homme ou femme) unie à une autre par le mariage (lien conjugal)*¹⁶». L'article 1516 du Code civil tranche la question de la nature de la clause de préciput lorsqu'il énonce que le préciput «*n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés*»¹⁷. On pourrait avancer que la formule «*entre associés*» utilisée par le législateur signifie que la clause de préciput constitue une opération de partage, de sorte que l'époux bénéficiaire n'exerce la clause qu'en qualité de copartageant et non de donataire¹⁸. C'est du reste, cette nature d'opération de partage qui explique que l'époux bénéficiaire ne peut exercer le préciput que sur l'actif net commun.

Le légataire désigne le bénéficiaire d'un legs. C'est la personne qui, par l'effet d'une disposition testamentaire, recueille soit l'ensemble des biens du *de jus* :

¹³ Art.729 CPF

¹⁴ Jouan Jean-François, « Le sort des libéralités et avantages matrimoniaux », Revue juridique de l'Ouest, Persée, n° Spécial 2006, pp. 87-100; V° 2) Les avantages matrimoniaux produisant leurs effets à la dissolution du régime matrimonial (ou à effet retardé)

¹⁵ Art. 219, 4^e tiret CPF. Cette disposition rappelle l'article 1515 C. civ.

¹⁶ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, p.237 ; Dans le même sens, voir : V. Bonnet, *Droit de la famille*, Paradigme, Orléans, 2009, p. 151 et s ; F. Granet et P. Hilt, *Droit de la famille*, Presses universitaires de Grenoble, 2^e édition, 2006, p. 99 et s.

¹⁷ Art. 1516 C.civ.

¹⁸ A. Albarian, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, 2007-1, p.215, art. préc.

légataire universel, soit une quote-part : légataire à titre universel¹⁹ ou un ou plusieurs biens déterminés : légataire à titre particulier²⁰, de son patrimoine. Le legs est une libéralité accordée par testament²¹. Appliqué au préciput, le légataire signifie le conjoint survivant bénéficiaire de l'avantage matrimonial conféré par un contrat de mariage. On s'aperçoit que le préciput se distingue de l'engagement unilatéral de volonté qui, selon Koffi Etienne ALLA est « *la manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne s'oblige, l'acte juridique par lequel une personne manifeste la volonté de s'obliger envers une autre de la part de qui on ne constate ni ne suppose aucune acceptation* »²². Autrement dit, l'engagement unilatéral de volonté fait produire d'effet juridique à la volonté émise par une seule personne. Sur la base des dispositions de l'article 219 CPF B précité, on peut dire que le préciput constitue une modalité de partage à titre

gratuit et à titre particulier, à la différence de la stipulation de parts inégales, de la clause d'attribution intégrale de la communauté et de la clause de prélèvement moyennant indemnité²³. Il diffère de ces dernières par son caractère gratuit, puisque la clause de préciput opère prélèvement de bien sans indemnité²⁴. L'expression « sans indemnité », absente dans la lettre de l'article 219, est pourtant présente dans l'esprit du texte.

Il se fait que le légataire est un commerçant. Cela signifie qu'en vertu de l'article 2 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, il fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature prévus à l'article 3, sa profession²⁵.

¹⁹ Art. 920, al.1^{er} CPF B,

²⁰ Art. 926 CPF B

²¹ C. Puigelier, *Vocabulaire Dictionnaire juridique*, 2^e éd. Collection Bruylant, 2017, p. 605.

²² K. E. Alla, « L'engagement unilatéral de volonté en droit privé comparé », RID 51, rtf 11 05 2017, p.165.

²³ Art. 219, 3^e tiret CPF B

²⁴ A. Albarian, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, 2007-1, p.210, n°8, art. préc.

²⁵ Art. 2 de l'AUDCG du 15 décembre 2010 qui consacre ainsi une nouvelle formulation de la définition du commerçant (v. Akouété Pedro Santos, commentaire sous l'article 2, AUDCG, in J. Issa-Sayegh, P. G. Pougoué, F. M. Sawadogo (avec la participation de Anoukaha F. et alii), OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 4^{ème} éd., Juriscope, 2012, p. 244). Aux termes de l'article 121 du Code de commerce français : « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Cette définition française est littéralement plus proche de la définition portée à l'article 2 de l'AUDCG de 1998 qui retenait la définition suivante : « *est commerçant celui qui exerce les actes de commerce et en fait sa profession habituelle* ». Avec la révision de l'AUDCG en 2010, l'article 2 dispose : « *le commerçant est celui qui fait de l'accomplissement de l'acte de commerce par nature sa profession* ». On note que l'esprit de la définition donnée par le législateur français est resté. L'article 3

L'intérêt du sujet s'est renouvelé avec les réformes intervenues dans le monde civiliste, en lien avec l'évolution de la société contemporaine. *Primo*, la famille telle que perçue par le Code civil de 1804 a changé²⁶ ; l'héritage était basé sur le lien de sang. En étaient exclus ceux qui, à l'instar du lien d'alliance, étaient unis au *de cuius* par des liens extra-sanguins, tel la femme ou le mari, selon le cas, qui constituent ensemble les époux. Seuls pouvaient alors hériter, les enfants du *de cuius*, ses collatéraux, et ses ascendants dans des conditions bien précises. On a estimé qu'il s'agit d'une succession anormale²⁷. Depuis, le statut successoral du conjoint survivant s'est renforcé²⁸.

AUDCG dispose « L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature : - les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location [...], de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière - les actes effectués par les sociétés commerciales ».

²⁵ Voy. art. 3, AUDCG, citant certains de ces actes de commerce.

²⁶ C'est la famille par le sang. Cette famille réunissait l'ensemble des personnes qui descendent d'un auteur commun. Brigitte Lotti, « La protection du conjoint du conjoint survivant depuis la loi du 3 décembre 2001 », Revue de recherche juridique droit prospectif, PUAM, 2003.2.

²⁷ M. Grimaldi, Droit civil Successions, 6^e éd. Litec, 2001, p.243, n°245, Chapitre 2 « Les successions anormales ». Une succession peut être qualifiée d'anormale lorsqu'elle échappe aux règles ordinaires de la dévolution successorale en raison de la nature ou de l'origine du bien. Voy. Également G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit. V° Commercial-droit-. H. Brosse- Platière, « L'esprit de famille...Après les réformes du droit des successions et des libéralités », revue-informations sociales 2007, p.12. Selon l'auteur, la succession anormale consacre l'idée de conservation des biens dans les familles ; elle est loin d'avoir disparu.

²⁸Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : Continuité ou rupture », études offertes

En république du Bénin, à quelques exceptions près, on peut affirmer que l'histoire du statut successoral du conjoint survivant ressemble à celle connue en droit français. Cela est dû à l'héritage colonial. Mais le conjoint survivant n'a été investi dans ses droits successoraux qu'à partir de 2004 avec l'entrée en vigueur de la loi n°2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille modifiée²⁹, précitée. Partout, on assiste à

au Doyen Philippe Simler, Litec Dalloz, 2006, p.179. Le CFPB dispose successivement en ses articles 604 et 613 que : art. 604 : « Les successions sont dévolues aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants, à ses parents collatéraux et à son conjoint survivant selon la ligne et le degré des héritiers dans l'ordre[...] » ; art. 613 : « Les droits successoraux prévus [...] ne sont conférés aux parents que sous réserve des droits du conjoint survivant ».

²⁸ On a même fait du conjoint survivant un héritier réservataire. Selon Gérard Cornu, l'héritier réservataire est celui qui bénéficie d'une portion de successionréservée par la loi en ce que, par opposition à la quotité disponible, elle ne peut, à peine de réduction, être entamée par des libéralités que le défunt aurait consenties au détriment des réservataires ; cf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. PUF, 2016. Cf. également L. Guédjé, « Les droits successoraux du conjoint survivant dans les Etats francophones de l'Afrique de l'ouest », RBSJA, 2020, p.120.

²⁹ Le droit traditionnel béninois ne reconnaît pas le droit successoral à la femme quelle qu'elle soit. Cf. G. A. Kouassigan, *Quelle est ma loi ? : Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, A. Pedone, 1974.A. N. Gbaguidi, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin », in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, numéro spécial, oct. 1995, pp.3 à 24 ; J. Djogbénu, « Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, Cotonou, éd. Juris Ouaniolo, 2007 ; Cl. Agossou, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest : approche comparative entre le Bénin, le Burkina-Faso, le Sénégal et le Togo*, thèse UAC, 29 septembre 2012

une recombinaison de la famille qui regroupe désormais le père, la mère, les enfants communs et les enfants issus d'une autre union.

Secundo, par deux lois successives, l'une du 3 décembre 2001 et l'autre du 23 juin 2006³⁰, le législateur français a réécrit la quasi-totalité des dispositions du Code civil touchant au droit des successions et des libéralités. Pressé par la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur de 2001 a mis fin à la discrimination successorale touchant les enfants adultérins, mais il ne pouvait améliorer le sort de ces derniers sans améliorer aussi celui du conjoint survivant. De son côté, le législateur de 2006 a pris le temps de la réflexion³¹ pour mener à bien la plus grande réforme en la matière depuis le code Napoléon de 1804, modifiant plus de deux cents articles³².

Tercio, les patrimoines se sont dématérialisés et leur composition est

devenue mobilière : fonds de commerce, liquidités, valeurs mobilières³³.

Quand il vise le fonds de commerce, les liquidités et le portefeuille des valeurs mobilières, le préciput est une décision aux effets sensibles sur le patrimoine des époux. L'utilité singulière du fonds de commerce réside, selon les auteurs, dans le fait qu'il est la source des moyens de subsistance de la famille³⁴. En dehors de l'époux désigné ou de l'époux survivant à qui il profite directement³⁵, chacun des descendants est intéressé par les implications économiques du préciput octroyé au conjoint survivant. Hubert BOSSE-PLATIERE parlera à ce propos de la volonté et de la dimension économique des successions contre l'esprit de famille³⁶. Dans ce sens, on a pu dire que le préciput rompt l'égalité successorale au profit du gratifié³⁷ ; or l'égalité est l'âme

³⁰ V. R. le Guidec, "la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, vue panoramique", JCP 2006, p.160.

³¹ V. en particulier, J. Carbonnier et alii, *Des libéralités, une offre de loi*, Defrénois, 2003.

³² Hubert Brosse-Platière, « L'esprit de famille...Après les réformes du droit des successions et des libéralités », revue-informations sociales, 2007/3 n° 139, p.1.

³³ E. Naudin, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, LGDJ, 2006. V° Résumé

³⁴ Idem.

³⁵ L'article 1515 du Code civil vise trois types de biens : soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens.

³⁶ Hubert Brosse-Platière, « L'esprit de famille...Après les réformes du droit des successions et des libéralités », revue-informations sociales 2007, art. préc. p.91.

³⁷ S. I. B. Guèdègbé, « L'égalité du partage successoral dans le code des personnes et de la famille du Bénin », in Actes du Colloque international dix (10) ans d'application du Code des personnes et de la famille du Bénin : Bilan et perspective, Cotonou, 8 et 10 décembre 2014, p.324. Il faudrait cependant signaler que le Code civil est très nuancé sur l'égalité

du partage³⁸. Une jurisprudence de la Cour d'appel de Cotonou l'a affirmé en 2016³⁹. Une partie de la doctrine soutient que le préciput est un instrument de contournement de la réserve héréditaire des descendants⁴⁰. Ces positions doctrinales indexent le préciput comme source d'injustice successorale.

Au sujet du préciput du légataire commerçant, on note en droit béninois, une absence de jurisprudence. Cela peut être lié, en pratique, à l'absence de recours au préciput en général, notamment, au préciput portant sur des biens affectés à l'activité commerciale. Quant à la doctrine, elle est mince et embryonnaire⁴¹ sur le préciput ordinaire,

sans participer au débat sur l'aspect commercial du préciput. En outre, le législateur du Code des personnes et de la famille, après avoir limité le préciput aux régimes de communauté⁴², prévoit au titre « *de la réserve héréditaire et de la réduction des legs* »⁴³, la quotité disponible⁴⁴ tout en logeant à la bonne enseigne la possibilité pour les héritiers d'agir en réduction du legs⁴⁵, or, le préciput est un legs. Curieusement, le même législateur énonce à l'article 708, al.1^{er} et 2^e que le préciput est fait hors part avec dispense de rapport.

Lorsqu'il est question du préciput du légataire commerçant, il n'est pas exclu d'évoquer la réduction du préciput. Toutefois, la particularité devient palpable par l'effet de la rencontre entre le droit de la famille et le droit commercial⁴⁶. Elle

successorale. S'il énonce, même de façon assez lâche, la règle de l'égalité des enfants dans l'accès à la succession, il consacre, en revanche, l'inégalité dans la teneur des droits successoraux (voir les articles 745, 757 et 758) ; pour ces développements, Voy. J.-M. Tchakoua, « La succession...Mais la quelle et comment ? Réflexion suscitée par l'institution de L'«héritier principal» en droit Camerounais », in « l'effectivité du droit » Mélanges en l'honneur du Professeur François Anoukaha, l'Harmattan, 2021, p.537

³⁸Hubert Brosse- Platière, « L'esprit de famille...Après les réformes du droit des successions et des libéralités », revue-informations sociales 2007, p.3.

³⁹ CA. Arrêt N°016.Ch/EP/CA-Cot./16 du 16 août 2016

⁴⁰A.-G. Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille, thèse de doctorat*, Université Panthéon-Assas, 21 novembre 2018, p.92, n°83.

⁴¹S. I. B. Guèdègbé, « L'égalité du partage successoral dans le code des personnes et de la famille du Bénin », in Actes du Colloque international dix (10) ans d'application du Code des personnes et de la famille du Bénin : Bilan et perspective, Cotonou, 8 et 10 décembre 2014, p.324, art.préc.

⁴²Aux termes de l'article 219, 4^e tiret CPF, : « Les époux peuvent, [...] notamment convenir : - que l'un des époux sera autorisé à prélever, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens »

⁴³ V° «CHAPITRE X : DE LA RESERVE HEREDITAIRE ET DE LA REDUCTION DES DONS ET LEGS»

⁴⁴ Article 813 CPF : « La réserve héréditaire globale est de deux tiers (2/3) de la masse à partager. Le surplus constitue la quotité disponible ».

⁴⁵ Selon l'article 815 : « La réduction ne peut être demandée que par les héritiers réservataires, par leurs propres héritiers ou ayants cause ».

⁴⁶ S. Freriq, « L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique », RTD. Com 19, p.203 ; P. S. Badji, «Etat des personnes et droit des affaires OHADA », Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, volume VI, collection Horizons juridiques africains, p.89.

impose aux époux de sérieux encadrements législatifs et conventionnels du préciput dans l'ultime dessein de la protection en amont du préciput considéré ici comme le bien affecté par ces derniers à l'activité commerciale. De la sorte, en aval, dans sa mise en œuvre, à l'étape de la jouissance, le préciput décline la théorie classique du droit patrimonial de la famille et s'accommode depuis quelques temps des concepts nouveaux à l'instar de « quasi-usufructier »⁴⁷ en présence d'un nu-proprétaire presque dépourvu, désormais exposé à une âpre amputation de ses pouvoirs⁴⁸. Une telle révolution qui postule un changement de paradigme en la matière, suscite des interrogations. Quel est alors le sort, en droit béninois, du préciput du légataire commerçant ? En d'autres termes, quel est le statut du préciput du légataire commerçant pendant la vie du ménage et que devient-il à la dissolution ?

Poser et tenter de répondre à une telle question pourrait paraître aux yeux de certains comme une étude dépourvue d'intérêts ; pourtant, elle se justifie au regard d'un double intérêt théorique et pratique certain : Le débat théorique sur le préciput a vu son centre de gravité se déplacer parce qu'il devient impérieux de rechercher et de maîtriser le sort des biens dont il n'est pas habituel de voir porter la qualité juridique de préciput. La réflexion devrait permettre ici de fixer les lignes que les vagues des stipulations des contrats matrimoniaux, siège du préciput, ne peuvent franchir⁴⁹. Voilà qui donne toute son importance à l'étude. Théoriquement, il s'agira alors de répondre en droit béninois *de lege lata* à cet argument attestant que le préciput est un instrument de contournement de la réserve héréditaire. Dans cette perspective, d'abord, elle s'inscrit dans le débat doctrinal sur l'influence des contrats matrimoniaux sur le droit des successions⁵⁰. Ensuite, l'étude entend

⁴⁷ I. Durant, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 282, n°362. L'auteur soutient que « Contrairement à l'usufruitier, le quasi-usufructier peut disposer des choses qui sont grevées d'usufruit: il a l'abusus qui est pourtant traditionnellement reconnu au nu-proprétaire ».

⁴⁸ H. DE Page et R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI : *Les biens (deuxième partie)*, *Les sûretés (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1953, p. 162, n°204.

⁴⁹ Par analogie aux droits fondamentaux des associés, J. Paillusseau, « La liberté contractuelle dans les sociétés par actions simplifiées et le droit de vote, O-2008, n°23, p.1563 ; cité par E. C. Montcho-Agbassa, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA », in RTSJ, n°7, janvier-juin 2015, p.68.

⁵⁰ A. Albarian, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRJ, 2007-1, p.210, n°8, préc.; A. Tisserand-Martin, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial, in Etudes offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité, Litec, 2005, p.755.J.-L. Renchon, « L'avantage

proposer des analyses qui rendent compte des degrés de protection du patrimoine des époux, de la sauvegarde de l'intérêt héréditaire des descendants. Car, l'art du juriste consiste à « classer des solutions », « à analyser »⁵¹. L'image qui vient à l'esprit des juristes est la pyramide des normes, construites pour l'éternité, plutôt que celle des nuages⁵².

Au plan pratique, la réflexion intègre les potentialités de financement reconnues aux biens dédiés à l'activité commerciale en mettant en relief leur délicatesse dans le giron familial, ce depuis la conception contractuelle du préciput dans le ménage jusqu'au stade de sa jouissance effective par le conjoint survivant. Elle permet de situer tant les époux que les descendants sur les risques réels et les exigences pratiques liées à la nature de ce gain de survie. L'analyse du sort du préciput du légataire commerçant dévoile un sort réellement mesuré qu'il convient de rechercher à deux niveaux : Ce préciput est ainsi un préciput limité dans sa constitution, d'une part(I) et

discuté dans sa jouissance, d'autre part (II).

I- UN PRECIPUT LIMITE DANS SA CONSTITUTION

La question de la constitution du préciput du légataire commerçant rappelle et innove la complexité du statut d'époux en droit des affaires. Dans cette matière, en plus d'hériter de certaines difficultés du droit de la famille, le droit des affaires doit adapter les principes civilistes appliqués au statut patrimonial des époux aux exigences propres aux activités économiques⁵³. Dans la logique de la protection du patrimoine des époux, le droit va limiter l'accès au préciput des biens affectés à l'activité commerciale en posant des bornes difficiles à franchir, faisant du contrat de mariage un excellent outil de planification patrimoniale⁵⁴. La

⁵³D. Eyango Djombi, « La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *Juridical Tribune*, Vol.5, Issue 2, december 2015, p.139, préc.

⁵⁴ A. Verbeke, « Le contrat de mariage, instrument de planification patrimoniale » in *Manuel de Planification patrimoniale Le couple : vie commune*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; Y.-H. Leleu, « Contrat de mariage et autonomie de la volonté », in *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 309. Sur la définition du régime matrimonial, aux termes de l'article 163 CPF « le régime matrimonial règle les effets patrimoniaux dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers ». Cette définition est la même que celle donnée par la doctrine : Voy. W. E. Gonçalves, *Les régimes matrimoniaux Le droit spécial*

matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale ?», *Annales de Droit de Louvain*, Vol.74, 2014, n°1.

⁵¹ Ph..Jestz, *Le droit*, Paris, Dalloz, 1992, p. 85

⁵² M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Ed. du Seuil, 1998, p. 104.

limitation ainsi consacrée ira des régimes matrimoniaux(A) au statut de commerçant (B).

A - LA LIMITATION TENANT AUX REGIMES MATRIMONIAUX

L'article 163 CPF B énonce que « *le régime matrimonial règle les effets patrimoniaux dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers* ». Tel est aussi le point de vue de la doctrine⁵⁵. Face au légataire commerçant, c'est-à-dire un légataire exerçant une activité professionnelle présentant des risques financiers⁵⁶, le choix du régime matrimonial exige la prise en compte de certains critères. On entend par critère, le caractère « *qui permet de distinguer une chose d'une autre* »⁵⁷. S'il est vrai que le Code des Personnes et de la famille du Bénin prévoit une diversité de régimes matrimoniaux à savoir les régimes

séparatistes⁵⁸ et les régimes de communauté, l'analyse combinée des articles 1516 du Code civil et 164 du CPF B précités oriente la réflexion plutôt vers les régimes matrimoniaux aménagés fonctionnant sur la base d'une convention⁵⁹. On a ainsi pu dire que « *les avantages matrimoniaux sont l'apanage des régimes communautaires* »⁶⁰. L'originalité de la limitation du choix tient ici à la cause de la convention matrimoniale : le préciput⁶¹. Cette option des époux en faveur des régimes communautaires est basée sur des critères très limitatifs (1) et peut être analysée

des biens dans le mariage au Bénin, 3^e éd. Pothier, 2020, p. 11 ; F.Terré et Ph. Simler, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd. Dalloz, Paris, 2008, p.1.

⁵⁵W. E. Gonçalves, *Les régimes matrimoniaux Le droit spécial des biens dans le mariage au Bénin*, 3^e éd. Pothier, 2020, p.23, op.cit ; F.Terré et Ph. Simler, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd. Dalloz, Paris, 2008, p.13.

⁵⁶J-F. Pillebout, « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, Deffrénois, 2013, p.555.

⁵⁷ Le Petit Larousse illustré, 2021, p. 325

⁵⁸ La doctrine accuse le régime de la séparation de biens d'être « responsable » du déséquilibre économique entre les patrimoines des époux ; Voy. Ch. Morin, « Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois », *Revue juridique Thémis*, n° 42 R.J.T. 417, 2008, art. préc. p. 447.

⁵⁹A-G.Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille*, thèse de doctorat, 21 novembre 2018, p.91, n°81, thèse préc.Selon l'auteur, « Choisir les avantages matrimoniaux équivaut à abandonner le régime légal pour un aménagement conventionnel ». On a affirmé que « depuis les deux lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985, la communauté est devenue le pilier porteur de nos arrangements matrimoniaux », Cf. R. Libchaber, « Les incertitudes de la notion de communauté », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, article préc. p.583.

⁶⁰ A-G.Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille*, thèse de doctorat, 21 novembre 2018, p.92, n°83, thèse préc.

⁶¹ Cf. S. Ferré-André, « Du caractère inapproprié du régime de communauté à la préservation des intérêts économiques d'un époux actionnaire (illustrations du jeu de la subrogation réelle), Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, pp. 257 à 271.

comme une exclusion pure et simple des régimes séparatistes (2).

1) Les critères limitatifs favorables aux régimes de communauté

Les premiers critères qui militent dans le sens de la limitation quant à la conclusion par les époux du préciput, peuvent être recherchés dans les sources directes du droit en ce qu'elles sont investies d'une autorité suffisante nécessaire pour asseoir une analyse pertinente. On comprend pourquoi un auteur qualifie ces sources d'«éléments quasi indispensables»⁶².

La doctrine a relevé à juste titre les incertitudes de la notion de communauté⁶³. Fort heureusement, on a, dans les sillons de la même réflexion, analysé la communauté comme une masse⁶⁴, puis la communauté a été considérée comme un régime⁶⁵. Dans ses

dispositions, le Code béninois des personnes et de la famille a prévu le régime de la communauté universelle et le régime de la communauté réduite aux acquêts. Ce sont des régimes de communauté encore appelés régimes conventionnels⁶⁶. Le législateur béninois fixe le droit des époux de choisir de cette catégorie de régime matrimonial à travers la formule suivante de l'article 219 CPFB « les époux peuvent, par un contrat de mariage, modifier la communauté réduite aux acquêts par toute espèce de conventions [...]. Ils peuvent notamment convenir qu'il y aura entre eux la communauté universelle »⁶⁷. On le voit, il existe au Bénin deux principaux régimes de communauté : le régime de la communauté universelle et le régime de la communauté réduite aux acquêts.

⁶² Ph. Jestaz, *Le droit*, Paris, Dalloz, 1992, p. 85.

⁶³ R. Libchaber, « Les incertitudes de la notion de communauté », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, article préc. pp.582 à 598.

⁶⁴ R. Libchaber, « Les incertitudes de la notion de communauté », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, art. préc. p.585.

⁶⁵R. Libchaber, « Les incertitudes de la notion de communauté », Mélanges en l'honneur du Professeur Gréard Champenois, article préc. p.592.

⁶⁶ W. E. Gonçalves, *Les régimes matrimoniaux Le droit spécial des biens dans le mariage au Bénin*, 3^e éd. Pothier, 2020, op.cit. p.99.

⁶⁷ Relativement au préciput, l'article 1497 du Code civil français est plus explicite lorsqu'il dresse une énumération non limitative des stipulations dont les époux peuvent user pour modeler leur régime de communauté : cet article est une application particulière aux régimes de communauté du principe général de la liberté des conventions matrimoniales qu'énonce l'article 1387 du Code civil. L'article 1497 prévoit, notamment, que "les époux peuvent, notamment, convenir : 1° que la communauté comprendra les meubles et les acquêts ; 2° qu'il sera dérogé aux règles concernant l'administration ; 3° que l'un des époux aura la faculté de prélever certains biens moyennant indemnité ; 4° que l'un des époux aura un préciput ; 5° que les époux auront des parts inégales ; 6° qu'il y aura entre eux communauté universelle.

Le régime de la communauté universelle implique un patrimoine unique constitué par l'universalité des biens communs appartenant aux époux⁶⁸. Le choix de ce régime qui répond au mieux au préciput est bien l'expression de l'encadrement de la liberté des époux⁶⁹. On peut penser que cette limitation est le résultat de la conciliation entre l'intérêt des époux qui réside dans la constitution du préciput et l'intérêt non seulement des descendants mais également des créanciers. Le régime de la communauté universelle est accompagné des traits distinctifs qui le spécifient et qui, du coup, corroborent l'opportunité de l'option. Ainsi peut-on noter à l'article 191 CPF B que la communauté se compose activement : des gains et salaires des époux, des biens acquis par les époux à titre onéreux pendant le mariage, - des biens légués ou donnés conjointement aux deux époux, des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres qu'ils peuvent décider d'y inclure, à bon droit ensemble avec les biens qu'ils possèdent à la date de leur mariage ou

qu'ils acquièrent postérieurement au mariage par succession ou donation ; étant entendu que, dans ce régime, tout bien est présumé commun⁷⁰. Le choix d'un tel régime est basée sur le postulat qu'à la communauté de vie doit correspondre une communauté de biens. La jurisprudence avait ainsi décidé qu'un époux marié sous le régime de la communauté universelle ne peut solliciter le partage des biens successoraux indivis échus à son épouse⁷¹.

Le régime de la communauté réduite aux acquêts occupe une place de choix dans le panthéon du législateur béninois du Code des personnes et de la famille. Il a son siège dans les articles 190 à 218 du CPF B, soit un total de vingt-neuf articles⁷². Le législateur n'a pas défini la notion de régime de la communauté réduite aux acquêts. L'article 191 dispose que « *Les biens des époux, qu'ils possèdent à la date de leur mariage ou qu'ils acquièrent postérieurement au mariage par succession ou donation, demeurent leur propriété personnelle. [...]*⁷³ ».

⁶⁸ Art. 190 CPF B

⁶⁹ F.Terré et Ph. Simler, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, op.cit. p.115.

⁷⁰ Art. 191 CPF B

⁷¹ Civ. 1^{re}, 2 avril 2008, Bull.civ., I, n°103.

⁷² « Section 1 : De la communauté réduite aux acquêts »

⁷³ Article 193 CPF B

Dans les régimes dits de communauté de biens, qu'il s'agisse de la communauté des meubles et acquêts, de la communauté réduite aux acquêts régis par le Code béninois des personnes et de la famille, les biens des époux sont répartis en trois masses à savoir : les biens propres de la femme, les biens propres du mari, les biens communs⁷⁴. La communauté est une masse autonome formée par ceux des biens du mari et de la femme qui sont spécialement affectés à la famille »⁷⁵. Elle se compose des fruits perçus et non consommés⁷⁶. Selon la doctrine, la communauté englobe, également les dettes qui ont pu être contractées par les époux avant et pendant leur union⁷⁷.

A l'instar du législateur béninois, celui français fait du régime de la communauté universelle, un régime conventionnel.

La difficulté majeure pour les époux commerçants est la possibilité du

choix d'un régime de communauté lorsqu'ils sont commerçants. Il faut souligner d'emblée que les régimes de communauté sont inappropriés à la vie de ceux qui, conformément aux dispositions de l'Acte uniforme précité, font de l'accomplissement des actes de commerce par nature leur profession. C'est dans la logique de cette démonstration qu'il a été souligné le caractère inapproprié du régime de communauté à la préservation des intérêts économiques d'un époux actionnaire⁷⁸.

Il faut signaler que la question du statut d'époux a ses origines en droit civil et c'est également dans ce domaine qu'ont été résolus pour la première fois les problèmes relatifs au patrimoine des époux. Les civilistes ont au nombre des mesures de protections institués en faveur des époux et singulièrement en matière de patrimoine, retenu les régimes matrimoniaux⁷⁹ comme l'un des

⁷⁴ W. E. Gonçalves, *Les régimes matrimoniaux Le droit spécial des biens dans le mariage au Bénin*, 3^e éd. Pothier, 2020, op.cit. pp.118 à 119.

⁷⁵ H. L. J. Mazeaud, *Leçon de Droit civil*, Tome IV. Régimes matrimoniaux, Ed. Montchrestien, 1969, p.131, n°106.

⁷⁶ Article 193 CPF

⁷⁷ C. Puigellier, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd. Collection Bruylant, op.cit. p.201.

⁷⁸ Cf. S. Ferré-André, « Du caractère inapproprié du régime de communauté à la préservation des intérêts économiques d'un époux actionnaire (illustrations du jeu de la subrogation réelle), Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, pp. 257 à 271, art.préc.

⁷⁹ Le régime matrimonial est défini comme étant « Un ensemble cohérent de règles plus ou moins nombreuses et plus ou moins complexes, dont la finalité est de conférer, dans le domaine patrimonial, un statut particulier aux époux dans leurs rapports mutuels comme dans leurs relations avec les tiers » V.

mécanismes de protection de base. En effet, les régimes matrimoniaux interviennent en amont, quel que soit le système de protection des époux qu'on peut mettre sur pied. Cette place leur est reconnue du fait de leur antériorité au mariage et donc au statut d'époux. Ce sont eux d'ailleurs, qui, dès lors qu'ils sont sollicités, posent la fondation de la gestion du patrimoine des époux. Il est donc tout naturel qu'ils soient invoqués en complément du droit OHADA, ce d'autant que la question des régimes matrimoniaux n'a pas fait l'objet d'une réglementation uniformisée et demeure régi par ce qu'on appelle le droit interne dans son acception traditionnelle. En raison du rôle cardinal qu'ils jouent, les époux doivent particulièrement faire attention durant le choix de leur régime matrimonial, d'où la prise en compte des critères précis.

A l'occasion de l'établissement du préciput, l'ordre conventionnel essentiellement caractérisé par la liberté des époux qui, selon François TERRE et Philippe SIMLER⁸⁰, est l'une des deux tendances pour la détermination du

régime matrimonial, en viendrait à être restreint à ces deux régimes de la même catégorie juridique dans la kyrielle que comporte le Code des personnes et de la famille. Il en est ainsi parce que tous ne garantissent pas la même protection au patrimoine de ceux qui, engagés dans les liens du mariage, se livrent à des activités exposant leurs biens au risque de perte. On a ainsi pu démontrer que la protection du patrimoine des époux est quasi-inexistante⁸¹ dans les régimes de communauté de biens. C'est pourquoi le droit attire l'attention des époux sur les risques liés à telle ou telle option et met le notaire, spécialiste du domaine, à leur disposition afin de les guider vers un choix judicieux en fonction de leurs professions respectives.

2) Une limite excluant le régime de séparation de biens

Choisir, c'est exclure, c'est éliminer. Le régime de la séparation des biens a de tous les temps suscité des débats. On a parfois présenté le régime de la séparation de biens pure et simple

Wiederkehr, « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial : Mélanges Huet-Weiller, p. 533 et s.

⁸⁰ F.Terré et Ph. Simler, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, op.cit. p.115.

⁸¹D. Eyango Djombi, « La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'organisation par le droit des affaires de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *Juridical Tribune*, Vol.5, Issue 2, december 2015, p.164, préc.

comme une «absence de régime matrimonial»⁸². Une doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si un avantage matrimonial est envisageable en régime de séparation de biens⁸³. L'adéquation du régime de séparation des biens à la préservation du patrimoine des époux est-elle devenue subitement inadéquate s'agissant du préciput ?

L'exclusion du régime de la séparation des biens par des personnes exerçant l'activité commerciale peut surprendre, à juste titre. S'il en est ainsi, c'est parce que l'option en faveur du régime de séparation des biens a toujours été perçue comme un mécanisme efficace de protection du patrimoine familial des époux⁸⁴. Ce régime est parfaitement compatible avec le monde des affaires qui se conjugue avec l'existence des

créanciers. Les affres de la participation aux acquêts⁸⁵ ont été évoquées et l'option a été faite en faveur du régime de la séparation des biens ou un autre régime plus adapté à la situation professionnelle du commerçant⁸⁶. Le régime séparatiste apparaît ainsi comme le mécanisme hautement protecteur du patrimoine de chacun des conjoints pris isolément et par ricochet, du patrimoine familial. Il sert bien la stabilité économique du couple en le préservant efficacement de l'appauvrissement. Il est pour cette raison, conseillé si la profession de l'un des époux comporte des risques financiers, ses créanciers ne pouvant en principe se faire payer sur les biens de son conjoint⁸⁷.

La perception est certes séduisante.

Cependant, aux termes de l'article 219, 4^e tiret précité: «*Les époux peuvent, par un contrat de mariage, [...] notamment convenir : que l'un d'eux sera autorisé à prélever, avant tout partage, soit une*

⁸² J-L. Renchon, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens pure et simple », *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier, 2005, p.446, n°6. Selon l'auteur, la formule n'est pas exacte, dès lors qu'en adoptant le régime de la séparation de biens pure et simple, les époux se trouvent soumis, pour l'organisation de leurs relations patrimoniales, en tout cas aux dispositions légales que le Code civil a minimalement prévues en ses articles 1466 à 1469, et, complémentairement, aux dispositions conventionnelles qu'ils auraient eux-mêmes insérées dans leur contrat de mariage.

⁸³ A. Demortier, « Dispositions communes à tous les régimes matrimoniaux », *Strada lex* Revue du notariat Belge, 2019, art.préc. p.123, n°34. V° Un avantage matrimonial est-il envisageable en régime de séparation de biens ?

⁸⁴ A.D. Eyango Djombi, « La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'organisation par le droit des affaires de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *Juridical Tribune*, Vol.5, Issue 2, december 2015, p.162, préc.

⁸⁵ B.Vareille, « Contrat de mariage », in *Chronique du patrimoine* n° 13, octobre 2019-septembre 2020, préc. p.15.

⁸⁶M. Cazajus, *L'anticipation dans la transmission des entreprises-aspects civils*, Université Toulouse1 Capitole, décembre 2013 ; C. Lassalle Brune-Jammes, *L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du chef d'entreprise*, Thèse Université Toulouse1 Capitole, octobre 2016, p.17

⁸⁷Ibidem.

certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens»⁸⁸. Cette disposition est fortement inspirée de l'article 1515 du Code civil⁸⁹. En mettant l'accent sur le contrat de mariage, les articles 219 CPF et 1515, précités écartent d'emblée le régime légal de la séparation de biens, des formes de régimes matrimoniaux susceptibles d'exercer sur les époux un attrait. Les raisons de cette exclusion peuvent être recherchées en Droit béninois et exposent la nature contractuelle du préciput qui le prédestine aux régimes de communauté. D'ailleurs, ainsi que le prévoit l'article 184 CPF, à défaut de contrat de mariage, les époux sont soumis au régime de la séparation de biens⁹⁰. Cette disposition est contraire à ce qui est connu en droit français⁹¹ et en droit burkinabé⁹², où le

régime légal est celui de la communauté. Dans ce régime, c'est du « chacun pour soi », c'est la liberté individuelle de chaque époux à l'unité du ménage⁹³. Les biens du mari et ceux de la femme sont théoriquement séparés les uns des autres.

A un moment donné, les juges admirent la possibilité de stipuler des avantages matrimoniaux dans les régimes à base séparatiste⁹⁴. Cette position a été suivie en 2019 par la Cour de Cassation française⁹⁵ dont les attendus ont permis de comprendre qu'à l'exception de celui d'une stricte séparation de biens, le régime de la participation aux acquêts peut être, par ses aménagements, le siège d'avantages matrimoniaux. Pour plus de précision, avantage matrimonial n'est pas

⁸⁸ Art. 219 CPF, 4^e tiret et art. Cette disposition rappelle l'article 1515 C. civ.

⁸⁹ Art. 1515 C. civ. : « *il peut être convenu dans le contrat de mariage, que le survivant des époux, ou l'un d'eux s'il survit, sera autorisé à prélever sur la communauté, avant tout partage soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens* ».

⁹⁰ 184 CPF

⁹¹ Art. 1400 C. civ.

⁹² Art. 309 Code des personnes et de la famille du Burkina Faso : « *A défaut de contrat de mariage, ou de déclaration d'option pour la séparation des biens, les époux seront placés sous le régime de la Communauté d'acquêts* ».

⁹³ J. Carbonnier, *Droit civil*, tome II. *La famille, les incapacités*, PUF, 1997, p. 95.

⁹⁴ S. Louis, « La théorie des avantages matrimoniaux : le point après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010 », *Rev. Not. Belge*, 2011, p. 445. Selon Jean-Louis Renchon « En ce qui concerne le régime de la séparation de biens, l'avant-projet de loi prévoit expressément que les époux peuvent opter pour le régime de la séparation de biens pure et simple mais aussi adjoindre au régime de la séparation de biens un « patrimoine commun interne » ou une clause de participation aux acquêts ».

⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-26337 : Defrénois 27 févr. 2020, n° 157m3, p. 23, note F. Letellier ; Defrénois 28 mai 2020, n° 160b8, p. 43-44, obs. I. Dauriac ; D. 2020, p. 635, note T. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau ; D. 2020, Chron., p. 1058, obs. E. Buat-Ménard ; AJ fam. 2020, p. 126, obs. N. Duchange ; RTD civ. 2020, p. 175, obs. B. Vareille ; RTD civ. 2020, p. 178, obs. B. Vareille ; JCP G 2020, 393-395, note J.-R. Binet ; JCP N 2020, 1059, note A. Karm ; Dr. famille 2020, comm. n° 44, note S. Toricelli-Chrifi ; Dalloz actualité, 23 janv. 2020, note Q. Guiguet-Schiélé ; B. Beignier, « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : nouveaux enseignements et nouvelles pratiques », JCP N 2020, 1129, n° 24 ; En ce sens, v. I. Dauriac, Defrénois 28 mai 2020, n° 160b8, p. 43-44 ; Q. Guiguet-Schiélé, Dalloz actualité, 23 janv. 2020.

nécessairement préciput. Sur le terrain des avantages matrimoniaux, le préciput est spécialement perçu par l'article 219 CPFB, précité comme une convention de mariage. Il convient alors d'exclure les régimes séparatistes de ceux susceptibles de comporter le préciput.

Il en appert que malgré l'ouverture des régimes de type séparatiste aux avantages matrimoniaux, en ce qui concerne le préciput, sa nature l'en éloigne. Isolé, le régime de la participation aux acquêts l'est également en Droit béninois, au sujet du préciput, et ce même si selon une jurisprudence récente de la Cour de cassation française, tout profit retiré par l'un ou par l'autre des époux d'un aménagement du dispositif légal de liquidation de la créance de participation constitue désormais un avantage matrimonial⁹⁶.

Même si dans l'optique de préserver le patrimoine commun des époux commerçants, Sylvie Ferré-André a mis en exergue le caractère inapproprié

du régime de la communauté⁹⁷, on doit souligner que la nature conventionnelle du préciput est inadaptée au régime de la séparation des biens et au régime des meubles et acquêts considéré comme «proche du régime séparatiste»⁹⁸.

Le caractère individualiste du régime de la séparation des biens -ce dont lui fait d'ailleurs le reproche⁹⁹-justifie l'inopportunité du régime séparatiste à l'égard du préciput. La volonté d'accorder au conjoint désigné ou au survivant des conjoints « un profit particulier »¹⁰⁰, est la mesure de l'option en faveur de l'exclusion. La qualité de commerçant reconnue au conjoint est également un facteur qui restreint la liberté d'accès des époux à l'exercice de l'activité commerciale.

⁹⁶Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-26337, FS-PBI : Sol. Not. Hebdo 3/20, inf. 1 ; Dalloz actualité, 23 janv. 2020, obs. Q. Guiguet-Schiélé ; D. 2020, p. 635, note T. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau ; AJ fam. 2020, p. 126, obs. N. Duchange ; Dr. famille 2020, comm. 44, note S. Torricelli-Chrifi ; JCP N 2020, act. 116, obs. A. Karm ; RTD civ. 2020, p. 178, obs. B. Vareille.

⁹⁷ S. Ferré-André, « Du caractère inapproprié du régime de la communauté à la préservation des intérêts économiques d'un époux actionnaires », Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Defrénois, art. préc. pp.257 à 271.

⁹⁸ B.Vareille, « Contrat de mariage », in Chronique du patrimoine n° 13 octobre 2019-septembre 2020), préc. p.15.

⁹⁹ R. Cabrillac, *Droit civil- Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 5e édition, paris, 2004, p. 294.

¹⁰⁰ A. Albarian, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », RRI, 2007-1, art. préc. p.207, n°8

B- LA LIMITATION NECESSITEE PAR LA QUALITE DU LEGATAIRE

Dans leur désir d'avantager le conjoint survivant ou un conjoint désigné, les époux sont confrontés à une situation délicate : accorder le droit au préciput¹⁰¹ qui les contraint à opter pour les régimes de communauté face au statut de commerçant. Dans ce contexte, il importe que la détermination de l'activité commerciale intègre strictement l'incidence probable sur la situation patrimoniale du couple¹⁰², en l'occurrence sur le préciput. L'analyse se fera en lien avec la limitation tirée du fonds de commerce (1) et du portefeuille des valeurs mobilières (2).

1) Une limitation tirée du fonds de commerce

La prise en compte du fonds de commerce dans la masse commune ne pose aucune préoccupation particulière dans le régime de la communauté universelle où la présomption de communauté est très forte. En revanche, le régime de la communauté réduite aux

seuls acquêts appelle quelques analyses. Etant donné le régime, il sera exclu d'emblée du champ de réflexion, l'hypothèse d'un fonds de commerce dont l'époux serait propriétaire avant le mariage. C'est pourquoi, il ne sera pas évoqué les conditions de création ou d'acquisition du fonds avant le mariage. Par contre, à notre entendement, est considéré comme préciput, le fonds de commerce créé ou acquis en cours de mariage par les époux ensemble ou même séparément¹⁰³, peu important donc qu'un époux ait créé ou acquis seul le fonds, ou encore qu'il ait utilisé à cette fin les fruits de son industrie personnelle ou les économies réalisées sur ses revenus de biens propres : le fonds est commun¹⁰⁴. Dans cette logique, tous les éléments qui composent le fonds de commerce tombent en communauté¹⁰⁵.

La première préoccupation relative au régime de la communauté réduite aux acquêts consisterait alors à identifier le fonds qui doit faire l'objet de préciput. Ceci leur éviterait l'égarement qui

¹⁰¹ Art. 219 CPF

¹⁰² C. Lassalle, *L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du chef d'entreprise*, Thèse Université Toulouse1 Capitole, octobre 2016, p.10.

¹⁰³ Art. 1401 C. civ.

¹⁰⁴ J. Mestre, « Droit de la famille et droit des affaires (Rapport de droit français) », art. préc. p.68.

¹⁰⁵ Idem.

exposerait plus tard le fonds de commerce précipitaire à des poursuites¹⁰⁶.

La deuxième préoccupation, cette fois-ci générale aux régimes communautaires et qui se révèle tout autant importante que la première, conduit à analyser le fonds dans ses rapports avec le patrimoine des époux. Dans cette perspective, Jacques MESTRE enseigne que le sort du fonds de commerce au sein de la famille va dépendre du régime matrimonial adopté¹⁰⁷, donc du régime de la communauté universelle ou du régime de la communauté réduite aux acquêts qui régissent naturellement le préciput. Mais pour le commerçant, le sort du fonds de commerce est également tributaire de la forme d'entreprise retenue pour son exploitation. L'entreprise, c'est le fonds de commerce. Un auteur le souligne lorsqu'il affirme que la société doit être l'habit juridique de l'entreprise¹⁰⁸. Le doyen RIPERT dira que « toute personne qui a la qualité de commerçant, possède un

fonds de commerce »¹⁰⁹. Pour le législateur OHADA, le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver la clientèle¹¹⁰. Dans leur majorité, les auteurs conçoivent que le fonds de commerce est en réalité une universalité de fait intégrant « *l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage* »¹¹¹. Il est considéré comme une universalité juridique, un patrimoine d'affectation doté d'un actif et d'un passif propre¹¹². Cette caractéristique du fonds se justifie par le principe de l'unicité du patrimoine généralement admis dans le droit interne de certains Etats parties à l'OHADA¹¹³ et dans les actes uniformes de l'OHADA.

Il faut noter que les opérations portant sur les fonds de commerce ou son

¹⁰⁶ R. Adido, « Les sociétés entre époux : survivances du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA », revue Penant, n° 848, p. 385.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ S.Toé, « Le nouveau régime des effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles en droit OHADA », Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO, CREDIJ, 2018, p. 367

¹⁰⁹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1951, pp.174 à 175, op.cit.

¹¹⁰ Art. 135 AUDCG. Aux termes de l'article 137 AUDCG, « le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels, notamment les éléments suivants : les installations ; les aménagements et agencements ; le matériel ; le mobilier ; les marchandises en stock ; le droit au bail ; les licences d'exploitation ; les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation ». G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 1998, n°522.

¹¹¹ J.-P. Chazal, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Rép. not. Defrénois*, 2001, p. 172, n°8.

¹¹² P. Le Floch, *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites*, Paris, L.G.D.F., 1986, n°35.

¹¹³ C'est le cas en droit béninois et camerounais. Sur la question, V. Diffo Tchunkam (J.), *Op. cit.*, p. 209.

exploitation sont souvent de celles qui s'inscrivent dans l'exercice de la profession commerciale séparée des époux au sens de l'article 7, alinéa 2 AUDCG¹¹⁴. L'exercice séparé de la profession commerciale par les époux ne peut exclure la possibilité que le préciput porte sur le fonds de commerce, pas plus que cela n'exclut que le fonds entre dans l'actif de la masse commune condition *sine qua non* pour être qualifié de préciput.

La principale difficulté du commerçant sous-jacente à la première préoccupation sus évoquée et qui se mue en limitation des choix, est relative à la détermination de la forme d'exploitation de l'activité commerciale capable de garantir l'activité commerciale et le commerçant contre les aléas en lien avec le régime matrimonial.

Si le couple exploite le fonds de commerce par le biais d'une entreprise individuelle, en cas d'échec, les conséquences sont très lourdes pour le chef d'entreprise et sa famille, car l'ensemble de ses biens, professionnels ou

de nature privée, sont dangereusement exposés aux poursuites de tous ses créanciers¹¹⁵.

Par contre, si l'exploitation porte sur la forme sociétaire, l'étendue de sa responsabilité sera fonction de la forme sociale exploitée. En cas de difficultés financières de l'entreprise, les conséquences sur le patrimoine grevé de préciput peuvent constituer un danger pour la famille. De là l'interdiction faite par le législateur OHADA. En précisant en son article 9 que «*Deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement*», l'Acte uniforme OHADA portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique pose implicitement l'interdiction pour les époux d'être associés dans toutes les formes de sociétés dans lesquelles ceux-ci seraient liés par une solidarité ou de manière indéfinie par rapport aux dettes sociales. C'est, en substance, le principe du rejet explicite des sociétés à risque illimité entre les époux. Partant de ce critère de

¹¹⁴Article 7-al.2 AUDCG « [...] *Le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint* ».

¹¹⁵C. Lassalle Brune-Jammes, *L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du chef d'entreprise*, Thèse Université Toulouse1 Capitole, octobre 2016, p.9, préc.

risque illimité, les sociétés interdites entre époux sont précisément la société en nom collectif (S.N.C) règlementée par l'article 270 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ; la société en commandite simple (SCS) qui vise le commandité, prévue à l'article 293 de l'Acte uniforme. L'interdiction faite aux époux par le droit OHADA de faire partie d'un type de sociétés dans lesquelles ils seraient tenus indéfiniment et solidairement responsables du passif social a été inspirée par la Loi française n° 85-1372 du 23 décembre 1985 qui a posé pour la première fois en droit français le principe de l'interdiction de certaines catégories de sociétés entre époux. C'est cette responsabilité illimitée que le législateur OHADA a entendu éviter aux époux. L'interdiction qui leur est faite d'être tous associés d'une société à responsabilité illimitée, est essentiellement fondée sur l'atteinte que de telles sociétés portent au fonctionnement normal du régime matrimonial, en particulier aux règles du passif¹¹⁶. Elle tient en outre selon la doctrine au fait que, le régime matrimonial qui gouverne les relations

pécuniaires des époux constitue une espèce de société trop différente de la société commerciale pour qu'un cumul entre les deux formes de sociétés soit envisageable¹¹⁷. Si le légataire est marié sous un régime de communauté, les biens communs sont également engagés et, en cas de procédure collective, celle-ci peut même, sous certaines conditions, être étendue à son conjoint commun en biens. Le droit des créanciers prime donc sur la protection du conjoint et sur la protection du préciput.

La justification de cette mesure est fondée sur la volonté du droit OHADA de préserver la stabilité du ménage, en le mettant à l'abri d'un appauvrissement. Car, les époux mettraient en jeu l'ensemble de leur patrimoine en garantie de leurs dettes¹¹⁸, conformément à l'article 2092 du Code civil qui fait du patrimoine du débiteur le gage général des créanciers¹¹⁹. Et, comme chacun des

¹¹⁶ J. Revel, « Droit des sociétés et régime matrimonial : présence et discrétion ». D. 1993, chron. p. 33.

¹¹⁷ P. Didier et Ph. Didier *Op., cit.*, p.674.

¹¹⁸ G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, Paris, 1974, p. 396 à 866.

¹¹⁹ D'après cette disposition, « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Le juge camerounais fait une constante application de cet article. Voir par exemple : TGI de Yaoundé, jugement n° 252 du 27 janvier 1993. Affaire Société Dacam c/ Egb & Panaget et Société Sgc, obs., Josette Nguebou Toukam, Université de Yaoundé II, Juridis info n°24, p.47 ; CA du centre- arrêt n° 240/civ. Du 04 avril 1997.

époux engage sauf exception la totalité de la communauté par ses dettes, l'un des conjoints peut causer la ruine de l'autre si son passif s'avère être trop important¹²⁰. On peut alors affirmer avec Louis TSHIYOMBO KALONJI que les raisons du choix de la forme société sont, non seulement juridiques, mais aussi économiques, fiscales ou sociales¹²¹.

2) Une limitation portant sur le portefeuille des valeurs mobilières

Le portefeuille de valeurs mobilières est l'ensemble des valeurs mobilières détenues à un moment donné par une personne¹²². Pour Yvette Rachelle KALIEU ELONGO, « *les valeurs mobilières sont des titres représentatifs d'une participation ou d'une créance émise par des personnes morales publiques ou privées transmissibles par inscription en compte, qui confèrent des droits*

identiques par catégories et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité de capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine ou aux droits y rattachés »¹²³. L'AUSC-GIE prévoit la dématérialisation des valeurs mobilières à l'instar de la France et de certains pays¹²⁴. Selon Fabrice Léopold N'TCHATAT TOUNYA, « *La dématérialisation est l'action de retirer à quelque chose son caractère matériel ou physique* »¹²⁵. C'est une opération de substitution des certificats physiques des titres », par l'inscription en compte des titres sous forme électronique¹²⁶.

Affaire la Société de recouvrement des créances du Cameroun (SRC) c/ Abbé Narcisse, Revue camerounaise du droit des affaires n° 5, p.138.

¹²⁰ Ph. Simler, « Pour un autre régime matrimonial légal », in l'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terre, Dalloz, PUF, Paris, 1999, p.457.

¹²¹ L. Tshiyombo Kalonji, « Droit OHADA des sociétés commerciales et financement de l'activité économique en Afrique », dans « Droit et investissement », Mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA, tome 1 Les éditions du CREDIJ, 2021, p.499

¹²² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. PUF, 2016, op.cit.

¹²³Y. R. Kalieu Elongo « *La dématérialisation des valeurs mobilières dans l'espace OHADA : l'apport décisif du législateur camerounais* », Voy. Egalement, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. PUF, 2016, op.cit.

¹²⁴« *L'opération de dématérialisation des valeurs mobilières, entamée en 1981, a permis de supprimer le support papier, de transformer les titres nominatifs ou au porteur en valeurs scripturales, et ainsi de libérer un espace réel, tout en améliorant l'efficacité des échanges. Elle vise à permettre une plus forte efficacité et une plus grande rapidité de la circulation des titres, mais aussi avec une préoccupation de lutte contre la fraude fiscale, et donc de contrôle* » : Cf. L. Barre, *Le dépôt de titres financiers et le droit commun*, thèse, Toulouse, 2015, p. 57.

¹²⁵ F. L. N'tchatat Tounya, « *La dématérialisation des valeurs mobilières dans l'espace OHADA : actualité et perspectives* », Mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA, tome 1 Les éditions du CREDIJ, 2021, p. 417.

¹²⁶ Idem.

D'abord, l'option d'acquérir les valeurs mobilières en vue de les élever au rang de préciput, s'inscrit dans l'accomplissement des actes de commerce par nature qu'impose la qualité de commerçant¹²⁷. Sa finalité est de « *faciliter le financement des entreprises* »¹²⁸. Ensuite, elle a pour effet, d'une part, d'attribuer aux époux des droits fondamentaux¹²⁹ au titre de leur participation dans la constitution du capital d'une société anonyme. En outre, elle devra respecter la perception de la dématérialisation des titres telle qu'elle est vécue et pratiquée en droit africain.

A l'article 192 CPF, le législateur inscrit dans la masse commune en régime de la communauté réduite aux acquêts, les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières acquis avant ou postérieurement au mariage¹³⁰. Cette disposition rappelle l'article 1406 alinéa 1^{er} du Code civil. C'est sur ce fondement, qu'il

a été jugé qu'« *en cas de d'augmentation du capital par l'incorporation des réserves, les actions nouvelles distribuées aux actionnaires sont également propres* »¹³¹.

Dans l'espace OHADA, les réformes successives de 1997 et du 5 mai 2014 ont profondément remanié les règles relatives à la représentation et à la circulation de celles-ci. Au choix des époux, deux régimes sont prévus : les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne et celles qui ne font pas appel public à l'épargne. Aux termes de l'article 764 AUSC-GIE : « *les actions sont en principe librement transmissibles. La transmission des actions s'opère suivant les modalités suivantes :*

1°) *Pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne :*

- *Par transfert sur les registres de la société pour les actions nominatives, les droits du titulaire résultant de la seule inscription sur les registres de la société ;*

¹²⁷ Art. 2 et 3 AUDCG, préc.

¹²⁸ J. Lecat, *loc. cit.*, p. 196; B. Faye et J. Nyemb, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *droit et patrimoine*, n°239, *précit.*, p.71.

¹²⁹ E.C.Montcho-Agbassa, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA », in RTSJ, janvier-juin 2015, n°7, pp. 66 à 77.

¹³⁰ Art. 192 CPF

¹³¹ Civ. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, JCP E 2007 n°2, obs. J.-J. Caussin ; Rec. Dalloz, 2007, AJ 318 ; RTD civ. 2007.149, obs. T. Revet ; Rev. Sociétés 2007. 326. obs. Randoux,

- *par simple tradition pour les actions au porteur. Le porteur du titre est réputé en être le propriétaire ;*

2°) pour les sociétés faisant appel public à l'épargne :

outré l'option pour les modalités ci-dessus, qu'elles soient nominatives ou au porteur, les actions peuvent être représentées par une inscription dans un compte ouvert au nom de leur propriétaire et tenu soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier agréé par le Ministre chargé de l'Economie et des Finances; la transmission s'opère alors par virement de compte à compte». Aux termes de l'article 52 AUSC-GIE, « Les titres sociaux sont des biens meubles ». Les valeurs mobilières sont alors des titres susceptibles d'appropriation par les époux. On a été amené à affirmer que le caractère de bien tient au fait que le titre social est susceptible à la fois d'une évaluation économique et d'une appropriation privative¹³².

Une difficulté intervient lorsque les deux époux apportent conjointement des

biens communs à une société. En principe, la qualité d'associé doit être transmise à l'apporteur mais la solution est différente lorsque les deux époux sont parties à l'acte leur permettant d'acquérir les titres sociaux. Dans un arrêt du 15 mai 2012, la jurisprudence a considéré que la qualité d'associé devait être attribuée aux deux époux¹³³. Et ce, alors que la Cour d'appel¹³⁴ avait considéré que la souscription commune des parts par les deux époux constituait une acquisition indivise des parts sociales et devait donc engendrer l'attribution de la qualité d'associé aux deux époux. La Cour de cassation approuve cette solution, mais écarte le fondement de l'indivision sans pour autant préciser quel autre fondement devrait être utilisé¹³⁵. Cette solution a été approuvée par certains auteurs¹³⁶ qui considèrent qu'un apport par deux époux de fonds communs ne peut aboutir qu'à une attribution de la qualité d'associé aux deux. Une difficulté

¹³² E.C.Montcho-Agbassa, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA », in RTSJ, janvier-juin 2015, n°7, p.74, V° 2/La protection des intérêts économiques

¹³³ Cass. Com. 15 mai 2012, n°11-13.240.

¹³⁴ CA Chambéry, 16 novembre 2010, n° 09/02186.

¹³⁵ Cass. Com. 15 mai 2012, n°11-13.240, jurispr. Préc.

¹³⁶ R. Mortier, « La qualité d'associé en régime communautaire », *Gaz. Pal.* 2012, n°322, p.11 ; H. HOVASSE, « L'apport de biens en fait ensemble par des époux communs en biens et l'attribution de la qualité d'associé », *Dr. sociétés*, n°8-9, 2012, comm. 139.

persiste quant à l'application du régime de co-association qui a été approuvé dans cette décision. Dans cette hypothèse, les deux associés viennent en concurrence sur une seule part sociale. Il convient donc de répartir les prérogatives politiques notamment celle du droit de vote¹³⁷. Il aurait été possible d'assimiler ce régime à celui de l'indivision ou de l'usufruit eu égard à cette répartition. Cependant, il semble s'agir d'une figure juridique nouvelle qui ne s'identifie à aucune autre. En pratique, il serait possible d'envisager que les deux époux peuvent désigner l'un ou l'autre grâce à un mandat. En cas de désaccord, la faculté de désigner un mandataire judiciaire offerte dans le régime de l'indivision¹³⁸ pourrait être opportune. Selon Estelle NAUDIN¹³⁹ il s'agit, juridiquement, de deux apports distincts qui ont été faits dans « *une unité matérielle, de temps et de lieu* ». Ainsi, affirmer l'unicité de l'apport du seul caractère commun des fonds apportés

reviendrait à confondre l'opération et l'objet d'apport.

L'opération d'apport est un acte juridique et donc une manifestation de volonté.

Dans cette

hypothèse, les deux époux ont eu la volonté d'apporter un acte qui n'est pas soumis à la cogestion. Il s'agit de deux manifestations de volonté distinctes l'une de l'autre et qui n'ont pas besoin de l'autre pour prendre effet. Il s'agit donc de deux apports distincts qui supposent deux associés. Les deux époux devraient donc être tous les deux personnellement associés¹⁴⁰. Alors que ces différentes situations n'emportent pas de solutions divergentes selon qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions, il convient de considérer classiquement, au regard des règles du droit des sociétés, que les deux époux doivent être associés lorsqu'ils ont conjointement réalisé l'apport¹⁴¹.

Sur le plan de la protection des intérêts économiques du ménage, on est amené à faire ici application du critère tiré de la participation aux résultats. La protection des intérêts économiques de

¹³⁷

¹³⁸ Art. 1844 al. 2 du Code civil.

¹³⁹ E. Naudin, « Attribution de la qualité d'associé en cas d'apport de biens communs fait par des époux ensemble », *Joly Sociétés*, 2010.

¹⁴⁰ A. Geneste, *Les titres sociaux dans le régime de la communauté légale*, thèse, Université de Montpellier, 20 décembre 2019, p.68, n°57.

¹⁴¹ P. Le Cannu, « Tout associé a le droit de participer aux décisions 108 collectives », in *Mélanges Philippe MERLE*, Paris, Dalloz, 2013, pp.447-448.

l'associé revêt deux aspects: la sauvegarde du droit de propriété et l'encadrement des modalités de répartition du dividende. Le droit de propriété « est un droit économique dans la mesure où il établit un lien nécessaire entre le sujet, un bien et la société (...) »¹⁴². Certains philosophes considèrent le droit de propriété comme absolument nécessaire. Ainsi, pour John LOCKE, il se fonde sur le travail humain et tire sa légitimité de l'activité humaine de maîtrise de la nature!". Un autre auteur voit dans le droit de propriété un droit économique dans la mesure où « il établit un lien nécessaire entre le sujet, un bien et la société »¹⁴³. Le premier des droits fondamentaux « à avoir été sollicité à l'occasion d'un litige ayant pour cadre une société est sans doute le droit de propriété»¹⁴⁴. Cette attente de jouissance a reçu satisfaction¹⁴⁵. En effet, il est établi aujourd'hui, même s'il s'agit d'une

approximation au regard des catégories du droit civil¹⁴⁶, que l'associé doit être regardé comme un propriétaire de cette créance qu'est la part sociale ou l'action et qu'il bénéficie de la protection conférée à ce droit fondamental qu'est la propriété. Le statut du préciput du légataire commerçant montre un préciput limité dans sa constitution, par les époux. Qu'en sera-t-il à l'étape de la jouissance proprement dite du préciput par le conjoint survivant ?

II – UN PRECIPUT DISCUTE DANS SA JOUISSANCE

La jouissance désigne les bénéfices et avantages divers attachés à la possession d'un bien ou d'un patrimoine. Il désigne plus strictement le droit de percevoir les fruits d'un bien¹⁴⁷. Il faut entendre par jouissance du préciput, non pas nécessairement la vente, mais la consommation juridique du préciput. La jouissance du préciput consiste pour le légataire commerçant à tirer effectivement profit du bien préciputaire. Elle rappelle l'idée de potestativité qui est la mesure de la complétude du pouvoir

¹⁴² S. Marcus-Helmons, «Le droit de propriété est-il un droit fondamental au sens de la Convention européenne des droits de l'homme?», *loc. cit.*, pp. 194-195; voir aussi, R. Llchaber, «La propriété, droit fondamental », R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, *op. cit.*, p.739.

¹⁴³ P. Meyer-Bish, «Légitimations démocratiques des limites au droit de propriété», *op. cit.*, pp, 30 à 34.

¹⁴⁴ F.X. Lucas, «Le principe du contradictoire», in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, *op. cit.*, p.782.

¹⁴⁵ Cons. const., déco n° 82-139 du 11 févr. 1982, in DU BOURG-LAVROFF et A. Pantells, *Les décisions du essentielles du Conseil Constitutionnel : des origines à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 64.

¹⁴⁶ L'associé est, en réalité, bénéficiaire d'un droit de créance sur la Société, en vertu de sa participation au capital.

¹⁴⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. PUF, 2016 V° Jouissance.

dont le titulaire dispose sur un bien¹⁴⁸. Pour ce qui concerne le préciput du légataire commerçant, en fonction de la nature des biens, cette complétude est relative et singulièrement infléchie. En cause, la nature juridique du préciput qui agit incontestablement sur le droit des héritiers à une réserve et le droit de propriété sur la chose préciputaire. On verra bien qu'à l'étape de sa jouissance, le préciput du légataire commerçant souffre d'une double discussion : la première est relative à la modulation (A), alors que la seconde est afférente à la discussion à géométrie variable de la préservation de la réserve héréditaire(B).

A - LA MODULATION DISCUTÉE DU PRÉCIPUT

Au commencement de la modulation discutée du préciput se trouve la technique dite de démembrement¹⁴⁹ des

biens immatériels¹⁵⁰. Le problème est particulièrement plus complexe lorsque le préciput porte sur des biens consommables, c'est-à-dire, des biens dont on ne peut faire usage sans les consommer¹⁵¹. Dans cette matière, la question des prérogatives de l'usufruitier et du nu-proprétaire est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine¹⁵². Au lieu d'attribuer au conjoint et aux descendants des droits en pleine propriété sur divers biens anciennement communs, les époux prévoient de moduler le préciput afin d'attribuer des droits concurrents de natures différentes sur les

¹⁴⁸ J. Djogbénu, «L'action en justice dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA», RBSJA, n° 40, 2018, p.31, préc.

¹⁴⁹ B. Meuke et Y. Bérenger, « Observations sur le démembrement des droits sociaux dans l'espace OHADA », Penant, 2007, pp.97-104 ; N. Leclerc, « L'argent n'a pas d'odeur », Revue juridique Thémis, 2005, pp. 55 à 110 ; K. Alemawo, « Parts sociales, nu propriétaire, usufruit, OHADATA, D-12-51, Revue Congolaise des Affaires n°7, pp. 7 à 49 ; M. GRIMALDI, « Le patrimoine au XXIe siècle », *Defrénois*, 2000, n° 13-14, pp. 804-805 ; M. Michineau. « Le droit de l'usufruitier de droits sociaux sur les dividendes prélevés sur les réserves », Les Petites Affiches, Journaux judiciaires associés, 2015, pp.4. hal-01463014 ; A. Benoit-Moury et P. Delnoy, « L'usufruit successoral du conjoint et les droits associatifs découlant de participations sociales », *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, sous la direction de J.L.

Renchon, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; Ch. Lebel, « [Jurisprudence] Démembrement de propriété, droits sociaux et convocation à l'assemblée générale : qui doit être convoqué ? », note sous Cass. civ. 3, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, FS-P+B ; Ph. Simler, *Les biens*, Presses Universitaires de Grenoble, 2018 ; A. Geneste, *Les titres sociaux dans le régime de la communauté légale*, thèse, Université de Montpellier, 20 décembre 2019, p.95, n°233.

¹⁵⁰ Selon Naoya Katayama, «*Tout le monde est d'accord sur le principe que la réunion des biens, tout particulièrement un fonds de commerce et un portefeuille de valeurs mobilières, aboutit à la création d'un ensemble de richesses ayant une valeur supérieure aux éléments la composant*». Il soutient que «*L'universalité de fait se caractérise donc par un groupement de biens (choses corporelles, incorporelles, et biens) tendu vers un but particulier. Ces biens sont fongibles entre eux, cette idée ne relevant pas tant de la fongibilité des biens que de la volonté du propriétaire de l'universalité de les tenir pour fongibles. Il se crée un rapport d'équivalence même si les caractéristiques des choses sont très nettement distinctes*», cf. N. Katayama, *Le patrimoine au 21e siècle : regards croisés franco-japonais*, collection droits étrangers, volume 12, mars 2012, p.1, op.cit.

¹⁵¹ Art.587 C.civ.

¹⁵² Ch. Lebel, « [Jurisprudence] Démembrement de propriété, droits sociaux et convocation à l'assemblée générale : qui doit être convoqué ? », note sous Cass. civ. 3, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, FS-P+B

mêmes biens¹⁵³. L'analyse de la modulation du préciput indique que le conjoint survivant bénéficie d'une jouissance renforcée du l'usufruit(1) tandis que les descendants nus propriétaires, se contentent d'une détention mesurée(2).

1) La jouissance renforcée de l'usufruit

Le fonds de commerce et le portefeuille des valeurs mobilières peuvent être grevés d'usufruit¹⁵⁴. Dans un cas comme dans l'autre, la gestion de l'usufruit pose des problèmes liés aux pouvoirs classiquement reconnus à l'usufruitier et ceux réservés au nu-propriétaire.

Selon l'AUSCGIE : *«A défaut de clause contraire des statuts, si une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier»*¹⁵⁵. Cette disposition pourrait conduire à ne pas reconnaître à l'usufruitier, la qualité

d'associé bien qu'il dispose du droit de vote en ce qui concerne l'affectation des bénéfices¹⁵⁶. Pour le législateur OHADA¹⁵⁷, soutenu par la doctrine, l'usufruitier n'est pas apporteur ; seul est associé l'apporteur¹⁵⁸ qu'est le nu-propriétaire¹⁵⁹. Mais, le même texte dispose de la même manière que *« [...]sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier*. Sachant qu'en droit des sociétés, les décisions sont prises par le vote, à la suite de la jurisprudence¹⁶⁰, l'article 128 AUSC-GIE vient ainsi de consacrer au profit de

¹⁵³ B. Lotti, « La protection du conjoint du conjoint survivant depuis la loi du 3 décembre 2001 », Revue de recherche juridique droit prospectif, PUAM, 2003-2, art. préc. p.820.

¹⁵⁴J.-P Chazal,, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Rép. not. Defrénois*, 2001, pp. 167 à 185.

¹⁵⁵ Art. 128 AUSC-GIE

¹⁵⁶ Aux termes de l'art. 128 AUSC-GIE : *« A défaut de clause contraire des statuts, si une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu – propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier ».*

¹⁵⁷ Cf. Art. 128 préc. AUSC-GIE.

¹⁵⁸ A.Viandier, *La notion d'associé*, préface F. Terré, éd. L.G.D.J., Paris, 1978, n°249 et 253. *Nolens volens*, admettre que l'usufruitier est associé en même temps que le nu-propriétaire, c'est décider que la part sociale peut être divisée en deux portions « appartenant » à deux maîtres, puisque le titre d'associé n'est autre que le titre de propriété de la part, valeur immatérielle établie lors d'un apport pour en constituer la contrepartie. Cf. Civ. 3^{ème}, 29 nov.2006, n°05-17.009 in RTD civ. Janvier/ mars 2007, n°1, pp.153- 155 ; Voy. Également J.-L.Navarro, *Mémento de la jurisprudence droit des sociétés le juge et l'associé*, HACHETTE, 2010, p.52.

¹⁵⁹ P.-G. Pougoué, et alii, Note sous article 128, in *Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique*, J.O OHADA, n°spécial, du 4 février 2014, p.1 et s. entré en vigueur le 5 mai 2014, dans OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 424

¹⁶⁰Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694, FS-P+B, JCP éd. E, 2004, 929, note A. Rabreau ; A. Viandier, *L'irréductible droit de vote de l'usufruitier*, RJDA, 8-9/2004, p. 859.

l'usufruitier, un droit de vote analysé par la doctrine comme une fonction participative¹⁶¹.

Analysé sous le régime de consomptibilité, le portefeuille de valeurs mobilières crée au profit du conjoint survivant un régime de quasi-usufruit¹⁶² assorti du pouvoir de disposer¹⁶³. C'est dans cette logique qu'il convient d'inscrire l'article 578 du Code civil qui définit l'usufruit comme « *le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance* ». De cette définition, on pourrait surtout retenir que l'usufruit est un droit qui s'exerce sur la chose « dont un autre a la propriété ». Mais, il semble qu'on ne se soit pas toujours suffisamment intéressé à l'incise qui suit : « *comme le propriétaire lui-même* ». Cette

formule, « *comme le propriétaire lui-même* », ne figurait pas dans la définition donnée par les *Institutes* de Justinien qui a pourtant servi de modèle aux codificateurs. Il est dès lors possible d'y voir le témoin d'un autre courant de pensée, celui de certains romanistes médiévaux pour lesquels l'usufruit n'était qu'un reflet amoindri de la propriété. Selon Philippe DE PAGE « *les contours du droit de jouissance et, partant, des pouvoirs de gestion de l'usufruitier par rapport au nu-propriétaire sont délicates à cerner à propos de certains biens* »¹⁶⁴. Dans l'optique de cette délicatesse, les auteurs modernes belges, s'inspirant de la vision française novatrice, proposent une nouvelle lecture de l'usufruit. En l'assimilant à la propriété fiduciaire, ils reconnaissent à l'usufruitier un pouvoir de disposer à l'aune de la destination de la chose¹⁶⁵. C'est dire à la suite de D. Fiorina, W. Dross¹⁶⁶ et Pascal LECOQC¹⁶⁷ que les valeurs mobilières se prêtent à la fois à

¹⁶¹ Eric Codjo Montcho-Agbassa, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA », in RTSJ, janvier-juin 2015, n°7, p.74, préc. V° LA FONCTION PARTICIPATIVE

¹⁶² H. De Page et R. Dekkers, *Traité*, t. VI, n° 265 ; M. Grimaldi, et J.-F. Roux, *op. cit.*, *Rép. Defrénois* 1994, p. 8 et s.

¹⁶³ P. Lecocq, *Le pouvoir de disposer de l'usufruitier*, Etude réalisée à l'Université de Liège, 2017-2018. Le portefeuille « *est donné avec réserve de quasi-usufruit, permettant le droit d'aliéner les valeurs le composant par dérogation à l'article 578 C. civ. et d'en disposer seul librement comme dit à l'article 587 C. civ. mais à charge de restituer, en fin d'usufruit, les titres figurant dans le portefeuille et les liquidités n'ayant pas été réemployées, l'usufruitier n'ayant pas d'obligation de emploi des prix de cession des valeurs aliénées* »

¹⁶⁴ Ph. De Page, « Les donations, actualité de certaines clauses », *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier, 2005, art. préc. p.136

¹⁶⁵ Lecocq, *Le pouvoir de disposer de l'usufruitier*, p.1, op.cit.

¹⁶⁶ W. Dross, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, p. 21, n°6

¹⁶⁷ P. Lecocq, *Manuel de droit des biens*, t. 1 : *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 94, n°5.

« une administration résolument conservatoire et à la gestion plus audacieuse »¹⁶⁸. A. BENOIT-MOURY et P. DELNOY diront que « la distinction, issue du droit civil, entre pouvoirs d'administration et pouvoirs de disposition n'est pas tout à fait adaptée à la vie des sociétés »¹⁶⁹. On a ainsi parlé de quasi-usufruit¹⁷⁰.

Ce nouveau statut de l'usufruitier assure le renforcement du droit classiquement reconnu à l'usufruitier, lequel se limitait exclusivement à l'exercice par ce dernier du pouvoir d'administration. C'est le statut du bien qui confère à l'usufruitier ce statut. L'arrêt de la Cour de cassation française du 12 novembre 1998 était donc attendu¹⁷¹. La doctrine classique belge s'en est inspirée afin de pouvoir établir un fondement au pouvoir de disposer nécessaire à l'usufruitier. La Cour décide clairement que le portefeuille de valeurs mobilières, objet de l'usufruit, doit être

considéré comme étant une universalité que l'usufruitier est autorisé à gérer en cédant les titres dans la mesure où ils sont remplacés, pour autant qu'il en conserve la substance et respecte son obligation de restitution¹⁷².

Dans le second, relativement aux fonds de commerce qui cristallisent des questionnements patents¹⁷³, on peut dire que la majorité de la doctrine considère que le fonds de commerce est en réalité une universalité de fait intégrant « l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage »¹⁷⁴. C'est sur cette universalité que porte l'usufruit et non pas sur les marchandises elles-mêmes. Ainsi analysé, on peut être tenté de dire que l'usufruit est un usufruit ordinaire et non pas un quasi-usufruit¹⁷⁵ octroyant l'abusus à l'usufruitier. Deuxièmement, si la qualification de quasi-usufruit n'est pas retenue, sur quelle base l'usufruitier pourrait-il disposer des

¹⁶⁸ D. Fiorina, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 45.

¹⁶⁹ A. Benoit-Moury et P. Delnoy, « L'usufruit successoral du conjoint et les droits associatifs découlant de Participations sociales », *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, sous la direction de J.L. Renchon, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 210, n°20.

¹⁷⁰ S. Bouffette et A. Salvé, *op. cit.*, p. 37, n°20.

¹⁷¹ D. Fiorina, « Les pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières », *op. cit.*, pp. 633 à 638.

¹⁷² Cass. fr., 19 novembre 1998, *Dall.*, 1999, p. 167 à 170 notes L. AYNÈS

¹⁷³ P. Lecocq, *Le pouvoir de disposer de l'usufruitier*, Etude réalisée à l'Université de Liège, 2017-2018, pp. 14-15, *op. cit.*, V° Sous-section 3. « Les universalités : fonds de commerce et portefeuille de valeurs mobilières »

¹⁷⁴ J.-P. Chazal, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Rep. not. Defrénois*, 2001, p. 172, n°8.

¹⁷⁵ Il s'agit des intérêts du nu-propiétaire sont donc mieux protégés puisque l'usufruitier n'est pas considéré comme pleins propriétaires des biens.

éléments composant le fonds de commerce ? En effet, en ce qui concerne le fonds de commerce, à défaut de pouvoir poser des actes de disposition tels que la vente et le remplacement des éléments vendus, les marchandises viendraient à périr. Il convient donc de permettre à l'usufruitier d'accomplir les actes indispensables à la gestion du fonds de commerce, qui, on le voit, se confond ici à son administration assortie d'un nécessaire droit de disposer. En réalité, « le concept d'universalité de fait suffit à justifier le pouvoir de disposition de l'usufruitier »¹⁷⁶. Les actes que l'usufruitier pose découlent de sa qualité d'administrateur : l'usage de la chose usufruituaire implique inéluctablement l'exercice d'actes de disposition à l'égard des éléments la composant¹⁷⁷. Plus encore, au regard de son obligation de conservation de la substance et de jouissance en bon père de famille, cette possibilité s'érige même en un devoir¹⁷⁸. Il doit donc exploiter le fonds de commerce. Pour ce faire, l'usufruitier devra utiliser le

prix obtenu lors de la vente des marchandises pour le remplacement de celles-ci. Par le mécanisme de la subrogation réelle, la nouvelle chose s'intégrera dans le fonds de commerce¹⁷⁹.

Il se remarque qu'en la matière, les pouvoirs de l'usufruitier ont connu un renforcement tant en ce qui concerne l'usufruitier des valeurs mobilières qu'à l'égard de l'usufruitier d'un fonds de commerce¹⁸⁰.

Ce renforcement du pouvoir autrefois reconnu à l'usufruitier peut interpeler quant aux pouvoirs finalement réservés au nu-propiétaire.

2) La détention mesurée de la nue-propiété

L'article 128 AUSCGIE qui fait le départ entre les pouvoirs de l'usufruitier et ceux du nu-propiétaire dispose qu'«à défaut de clause contraire des statuts, si une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier».

¹⁷⁶ J.-P. Chazal, *op.cit.*, p. 172, n°9S.

¹⁷⁷ Bouffette et A. Salvé, *op. cit.*, p. 51, n°35.

¹⁷⁸ E. Dewitte et V. Sagaert, *op. cit.*, p. 175, n°23 ; J. Hansenne, *op. cit.*, p. 1049, n° 1038.

¹⁷⁹ J.-P. Chazal, *op.cit.*, p. 173, n°11 ; s'agissant d'un portefeuille de valeurs mobilières, voy. Cass. fr., 19 Novembre 1998, *Dall.*, 1999, p. 169, note L. AYNÈS

¹⁸⁰ S. Bouffette et A. Salvé, *op. cit.*, p. 54, n°38.

En cas d'usufruit des titres sociaux, il revient alors au nu-proprétaire d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale des associés. Pour le législateur OHADA¹⁸¹ confirmé par la doctrine, l'usufruitier n'est pas apporteur ; seul est associé l'apporteur¹⁸² qu'est le nu-proprétaire¹⁸³. L'arrêt rendu le 19 septembre 2016 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation française¹⁸⁴ est édifiant en la matière ; l'usufruit ayant été attribué à la mère et la nue-proprété répartie entre les enfants. Considérant que l'usufruitière devait être convoquée à la l'assemblée générale en vue de décider de la vente de l'immeuble social, l'un des nu-proprétaire et l'usufruitière ont demandé en justice la nullité de

l'assemblée générale. La Cour de cassation considère que n'ayant pas pour objet l'affectation des bénéfices, l'assemblée générale a été valablement convoquée. Les juges ont justement choisi l'occasion de l'arrêt « De Gaste »¹⁸⁵ rendu en 1994 pour rassurer que le nu-proprétaire des parts est effectivement associé, lorsqu'il décide que « *si l'usufruitier a droit aux bénéfices distribués, il n'a aucun droit sur les bénéfices qui ont été mis en réserve, lesquels constituent l'accroissement de l'actif social et reviennent en tant que tel au nu-proprétaire* »¹⁸⁶.

Ainsi, lorsque les statuts n'ont pas organisé la répartition du droit de vote de l'associé en cas de démembrement des droits sociaux, l'usufruitier ne peut prétendre avoir plus de droit que celui relatif au vote des derniers bénéfices réalisés, qui n'ont pas encore été affectés à un compte de réserve. Plus généralement, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que

¹⁸¹ Cf. Art. 128 préc. AUSC-GIE.

¹⁸² A. Viandier, *La notion d'associé*, préface F. Terré, éd. L.G.D.J., Paris, 1978, n°249 et 253. *Nolens volens*, admettre que l'usufruitier est associé en même temps que le nu-proprétaire, c'est décider que la part sociale peut être divisée en deux portions « appartenant » à deux maîtres, puisque le titre d'associé n'est autre que le titre de propriété de la part, valeur immatérielle établie lors d'un apport pour en constituer la contrepartie. Cf. Civ. 3^{ème}, 29 nov. 2006, n°05-17.009 in RTD civ. Janvier/ mars 2007, n°1, pp.153- 155 ; Voy. Également J.-L. Navarro, *Mémento de la jurisprudence droit des sociétés le juge et l'associé*, HACHETTE, 2010, p.52.

¹⁸³ P.-G. Pougoué, et alii, Note sous article 128, in *Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique*, J.O OHADA, n°spécial, du 4 février 2014, p.1 et s. entré en vigueur le 5 mai 2014, dans OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 424

¹⁸⁴ Lexbase, édition aff., 2016, n°480 (N° Lexbase : N4403BWY).

¹⁸⁵ Cass. Com. 4 janvier 1994, n° 91-20.256.

¹⁸⁶ Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246, FS-P+B+R+I, Bull Joly Sociétés, 2015, p. 409 ; Rev. Lamy Dr. aff., septembre 2015, p. 10, note obs. ; D., 2015, p. 1752, note A. Rabreau ; Dr. sociétés, 2015, comm. 144, note R. Mortier ; JCP éd. G, 2015, 767, note A. Tadros ; B. Saintourens et F. Julienne, Lexbase, éd. aff., 2015, n° 431

l'usufruitier peut exercer les droits attachés à la qualité d'associé, et tout spécialement des actions dès lors qu'elles ont une nature conservatoire¹⁸⁷, ou bien qu'elles portent sur des prérogatives d'information. Dans ce cas, ces actions pourraient être exercées aussi bien par le nu-proprétaire que par l'usufruitier, à condition que l'on considère qu'ils aient, pour partie, la qualité d'associé¹⁸⁸.

Pendant que certains auteurs de la trempe de Maurice COZIAN¹⁸⁹ ont pu enseigner qu'il n'est pas possible de reconnaître à l'usufruitier la qualité d'associé, Florence DEBOISSY et G. WICKER proposent une solution médiane¹⁹⁰. De cette controverse doctrinale, on pourrait retenir qu'en raison du démembrement des titres sociaux, la qualité d'associé¹⁹¹ elle-même est démembrée. Ce raisonnement, engagé

par E. DOCKES¹⁹², D. FIORINA¹⁹³ et d'autres¹⁹⁴, aboutit à la conclusion selon laquelle l'usufruitier pourrait poser des actes de disposition, « [...] à charge pour l'usufruitier d'en conserver la destination »¹⁹⁵. On a pu parler de quasi-usufruit¹⁹⁶ dont le fondement juridique est fixé à l'article 578 du Code civil¹⁹⁷ précité.

Il ne faut pas perdre de vue que le nu-proprétaire dispose du pouvoir d'exercer un contrôle périodique sur la gestion de l'usufruit. Ce pouvoir a trouvé un écho favorable auprès de la jurisprudence et de la doctrine¹⁹⁸ dans un arrêt de 2003. Une jurisprudence plus récente du 16 juin 2011¹⁹⁹ révèle une espèce particulièrement pertinente. Une

¹⁸⁷ Cass. civ. 1, 22 juin 2016, n° 15-19.471, F-P+B, Dr. sociétés, 2016, comm. 141, note H. Hovasse ; Jour. Des sociétés, octobre 2016, p. 47 ; Gaz. Pal., 13 septembre 2016, p. 46, note C. Barrillon ; G. Beaussonie, in Chron., Lexbase, éd. priv., 2016, n°670.

¹⁸⁸ Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, 28^e éd. LexisNexis, 2015, n° 345.

¹⁸⁹ M. Cozian, « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », JCP éd. E., 1994, 374.

¹⁹⁰ FL. Deboissy et G. Wicker, « Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de droits sociaux », JCP, éd. E., 2004, 1290.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, pp. 479 à 508

¹⁹³ D. Fiorina, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *op. cit.*, p. 43 à 67 ; D. Fiorina, « Les Pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières », note sous Cass. fr., 19 novembre 1998, *Dall.*, 1999, pp. 633 à 638. *op. cit.*, pp. 633 à 638.

¹⁹⁴ W. Dross, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017 ; R. Boffa, et Ph. Chauviré, « Propos conclusifs : le changement en droit de biens », *L'avenir du droit des biens*, sous la direction de R. Boffa, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016, pp. 207 à 230.

¹⁹⁵ E. Dockès, *op. cit.*, p. 506, n°24.

¹⁹⁶ W. Dross, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, *op. cit.*

¹⁹⁷ Cf. 578, préc.

¹⁹⁸ Cass. fr., 3 déc. 2003, D. 2003, 2495 ; note D. FIORINA : l'usufruitier doit communiquer au nu-proprétaire « tous renseignements sur l'évolution du portefeuille de valeurs mobilières ».145 ; Verbeke, *op. cit.*, p. 557, n°84.

¹⁹⁹ Cass. 1^{er}, 16 juin 2011, n°10-17.898 portefeuille de valeurs mobilières

veuve légataire de l'usufruit sur l'universalité des biens de la succession de laquelle dépendait un portefeuille de valeurs mobilières, s'est vue confrontée à la prétention de leurs trois enfants nus-proprétaires. L'une des enfants s'est opposée à sa mère et à ses cohéritiers sur le sort du portefeuille des valeurs mobilières. La nue-proprétaire demandait, notamment, à l'usufruitière du portefeuille de lui en indiquer la consistance et la valeur du portefeuille laissé par son père prédécédé.

Le concept d'universalité implique que le portefeuille se transforme naturellement et par la force des choses par l'emploi ou le remploi des valeurs composant le portefeuille qui conduit à attacher à l'usufruitier la qualité de quasi-usufruitier n'est pas un paravent. L'usufruitier doit veiller à gérer de bonne foi²⁰⁰. C'est dans cette perspective, qu'il importe de mesurer la crainte de Philippe DE PAGE, estimant que les intérêts des nus propriétaires sont sacrifiés dans cette nouvelle conception des prérogatives de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs

mobilières²⁰¹. L'abus de droit existe lorsque le droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant. La Cour de cassation considère que «*dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit notamment vérifier si le préjudice causé est ou non sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit*»²⁰².

Finalement, le nu-proprétaire peut être envisagé comme un « propriétaire à terme »²⁰³. Il en est ainsi parce qu'au décès du conjoint survivant usufruitier, la pleine propriété se reconstituera sur sa tête. Même si une partie de la doctrine a pu constater que la Cour de cassation n'a jamais tranché expressément la question²⁰⁴, on peut, à la suite de B. MEUKE et Y. BERENGER plaider pour l'équilibre entre le nu-proprétaire et l'usufruitier au sujet de leurs droits. Cet équilibre trouve son fondement dans la

²⁰⁰Le concept de « portefeuille de valeurs mobilières » est, essentiellement, vu, en pratique bancaire, sous l'angle de la gestion des valeurs mobilières : X. NELIS, K. VLIEGEN et C. QUINIJRT, in *Rec. gén. enr. Not.*, 2003, *op. cit.*, p. 341-342.

²⁰¹ Ph. De Page, « Les donations, actualité de certaines clauses », *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier, 2005, art. préc. p.144.

²⁰² Cass. 17 mai 2002, n° 302, *Pas.*, 1, 1169

²⁰³ S. Nudelholc, *op. cit.*, p. 204 ; S. Nudelholc et D. Karadsheh, *op.cit.*, p. 426, n°19.

²⁰⁴ A. Geneste, *Les titres sociaux dans le régime de la communauté légale*, thèse, Université de Montpellier, 20 décembre 2019, p.100, n°246, thèse préc.

complémentarité de leurs prérogatives financières, patrimoniales et politiques²⁰⁵.

Au cœur de la discussion autour de la jouissance du préciput du légataire commerçant se trouve la préoccupation afférente à la préservation de la réserve héréditaire. A l'évidence, on note une discussion à géométrie variable de la préservation de la réserve héréditaire.

B- LA DISCUSSION A GEOMETRIE VARIABLE DE LA PRESERVATION DE LA RESERVE HEREDITAIRE

La réserve héréditaire est directement au service du principe civil d'égalité²⁰⁶. Ce principe que l'on appréhende comme l'âme du partage successoral, se conjugue avec la quotité disponible et la réserve héréditaire. En Droit béninois, ce sont les articles 811²⁰⁷ et suivants CPFB qui organisent la réserve héréditaire. Le préciput est-il un outil de garantie des droits successoraux des descendants ? On a pu analyser le préciput comme un instrument de contournement de la réserve

héréditaire²⁰⁸. En fait, à l'occasion notamment de la réalisation des biens commerciaux préciputaires, le préciput est éprouvé et avec lui le bénéficiaire. C'est justement à cette étape que surgissent des difficultés. L'essentiel de ces difficultés concerne la prise en compte de l'ordre public successoral²⁰⁹ à l'occasion de l'attribution du préciput. C'est donc à ce moment-là seulement que l'on apprécie la préservation de la réserve héréditaire. On retiendra qu'un contournement de la réserve héréditaire est rigide(1) mais discutable. C'est pourquoi, il faudra nécessairement explorer le contournement négocié de la réserve héréditaire(2).

1) Le contournement rigide de la réserve héréditaire

Le Code béninois des personnes et de la famille n'a pas défini la réserve héréditaire. C'est la loi française du 23 juin 2006 précitée qui, la première, a défini la

²⁰⁵ B. Meuke et Y. Bérenger, Observations sur le démembrement des droits sociaux dans l'espace OHADA », Penant, 2007, art.préc.

²⁰⁶ Cécile Pérès, *Rapport du groupe de travail la réserve héréditaire*, 13 décembre 2019, p.15.

²⁰⁷ Sous le Chapitre X : « De la réserve héréditaire et de la réduction des dons et legs »

²⁰⁸ A.-G. Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille, thèse de doctorat*, préc.

²⁰⁹ Ch. Morin, « Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois », *Revue juridique Thémis*, n° 42 R.J.T. 417, 2008, pp. 418 à 451. On doit préciser que le Droit positif béninois ne connaît pas l'affaiblissement de l'ordre public successoral prévu par la réforme française de 2006 précitée et développée par une certaine doctrine. Pour cesen droit français, Cf. Th. Pennaneac'h, *L'ordre public successoral: de l'indisponibilité des biens à la protection des personnes, thèse de doctorat, soutenue le 28-09-2020 à l'Université de Lyon*.

réserve héréditaire dans le Code civil. En effet, suivant l'article 912 Code civil, « la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

Afin de protéger la réserve héréditaire, le droit béninois n'a prévu que l'action visant la réduction. Cependant, qu'il s'agisse de l'action visant la réduction ou le retranchement, ces actions dont l'objectif est de rétablir l'ordre public successoral, peuvent prendre la forme d'une action en retranchement ou d'une action en réduction²¹⁰. A propos de l'action en retranchement Nicolas DUCHANGE écrit « *Un descendant ne saurait être titulaire d'une action en retranchement qu'en vue de réparer le préjudice que le régime matrimonial de son ascendant lui cause et non pas à l'effet de compléter un avantage que ce régime ne lui accorde que de façon imparfaite* »²¹¹. La réserve

héréditaire est un pilier, sinon le pilier, de l'agencement des successions²¹². C'est un principe fondateur qui repose sur deux idées essentielles. La première impose à tout parent de transmettre une partie de son patrimoine à ses enfants. La seconde garantit entre les héritiers une égalité minimale et la continuité dans la transmission du patrimoine. Cette continuité patrimoniale est essentielle sur le plan économique et social par la création de richesses et d'échanges qu'elle génère. La réserve héréditaire assure à chaque enfant un minimum de transmission de patrimoine.

Selon l'article 708 CPFEB précité, tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport²¹³. Sur la base de ces considérations, on peut tirer deux conséquences. La première est que

²¹⁰ Sur le sujet, v. notamment : M. Mathieu et J.-F. Pillebout, « L'action en retranchement », JCP N 2004, p. 1029.

²¹¹ N. Duchange, « Un inconvénient patrimonial n'est pas un avantage matrimonial », Defrénois 2010, n°10, art. 39117 ; J.-Cl., Notarial Formulaire, V° participation aux acquêts, fasc.32, n°12. Cité par Jean-François PILLEBOUT ; Voy. J.-F. Pillebout, « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux

acquêts », Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois ; Defrénois, 2013, p. 660, n°14.

²¹² J. Leproux, « *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* » PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 55, art. préc.

²¹³ Art.708, Voy. PARAGRAPHE 1 : Du rapport des dons et legs

le préciput n'est pas rapportable. La deuxième consiste à élucider un doute introduit par le législateur du CPFEB à l'article 815. Elle réside dans le fait que le législateur dispose, confusément, qu'en ce qui concerne les legs, la réduction peut être demandée par les héritiers réservataires, leurs propres héritiers ou ayants cause. La question pourrait alors se poser de savoir si le préciput est réductible sans être rapportable ? On peut affirmer avec Brigitte LOTTI que *«l'avantage matrimonial acquis par le jeu du préciput est susceptible d'être réduit. Il n'est pas définitif»*²¹⁴.

Il ressort des positions doctrinales que, contrairement aux dispositions de l'article 1516 du Code civil qui oppose la donation et le préciput²¹⁵, le préciput ne conserve son audience que lorsqu'elle tient dans la quotité disponible et dans le respect de la réserve héréditaire. Le constat est ainsi patent que, souvent, le préciput n'obéit pas à l'ordre public successoral qui consacre l'indisponibilité des biens et la protection des

personnes²¹⁶. L'idée de réduction évoquée par l'auteur relativement à l'avantage matrimonial préciputaire interpelle la quotité disponible et la réserve héréditaire. Bien que issues de sources différentes, l'on assiste souvent à une confusion du sort des libéralités et de celui du préciput au nom du sacro-saint respect de la réserve héréditaire. D'ailleurs, la jurisprudence n'hésite pas à assimiler purement et simplement l'action en retranchement des avantages matrimoniaux à l'action en réduction des libéralités²¹⁷. L'action en retranchement ainsi créée procède des mêmes principes que l'action en réduction des libéralités excessives²¹⁸.

Le législateur du CPFEB prévoit à l'article 814 que l'intérêt de l'action en réduction est le retour à la quotité

²¹⁶Th. Pennaneac'h, *L'ordre public successoral : de l'indisponibilité des biens à la protection des personnes*, thèse de doctorat, soutenue le 28-09-2020, Université de Lyon.

²¹⁷V. par exemple : Cass. req., 20 avr. 1880 : DP 1880, I, p. 428 ; Cass. civ., 12 janv. 1915 : S. 1917, I, p. 434, DP 1917, I, p. 134 ; Cass. civ., 12 janv. 1915 : S. 1917, I, p. 434, DP 1913, I, p. 173 : *« L'action en retranchement accordée par les textes précités aux enfants du premier lit, lorsque la confusion du mobilier et des dettes opère un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, est une action en réduction soumise aux dispositions des articles 920 et s. »*.

²¹⁸A.-G. Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille*, thèse de doctorat, 21 novembre 2018, p.95, n°87, préc.

²¹⁴B. Lotti, « La protection du conjoint du conjoint survivant depuis la loi du 3 décembre 2001 », *Revue de recherche juridique droit prospectif*, PUAM, 2003-2, p. 801. art. préc., n°40-02.

²¹⁵Art. 1516 C.civ.

disponible²¹⁹. La quotité disponible est la partie du patrimoine d'une personne dont elle peut disposer librement en présence d'héritiers réservataires²²⁰. On pourrait comprendre que la quotité disponible est la partie du patrimoine sur laquelle les époux disposent librement par contrat matrimonial. On en déduit que la quotité disponible est la portion de la masse des biens des époux sur laquelle ces derniers établissent le préciput. Il s'agit de la partie des biens des époux sur laquelle ces derniers ont la possibilité de faire librement des transactions, parce la loi les y autorisent. Conscient, le législateur béninois fait de la réserve l'élément capital de l'ordre public successoral. On notera que l'article 813 CPF B énonce que la réserve héréditaire globale est de deux tiers (2/3) de la masse à partager. Le surplus constitue la quotité disponible²²¹. Le dépassement de la quotité disponible, seul espace patrimonial véritablement libre des époux, par la disposition préciputaire, a souvent

provoqué des réactions²²² de la part des descendants des disposant(s), le tout en vue de sauvegarder l'intérêt successoral des descendants.

On doit préciser qu'on ne protège ici que la réserve des enfants non communs. Les enfants communs ne peuvent utiliser cette voie pour contrer les aménagements conventionnels du régime matrimonial de leurs parents²²³. Cette règle est valable qu'ils soient enfants par le sang ou adoptés²²⁴. Dans l'esprit et la lettre du Code des personnes et de la famille du Bénin, on peut situer le fondement juridique de ces actions dans les articles 708 précité et suivants et aux articles 814 et suivants CPF B²²⁵. L'article

²¹⁹ Art. 814 CPF B : « Les libéralités soit par acte entre vifs, soit par testament, qui portent atteinte à la réserve, sont réductibles à la quotité disponible ».

²²⁰ C. Puigelier, *Vocabulaire Dictionnaire juridique*, 2^e éd. Collection Bruylant, 2017, p.858, op.cit.

²²¹ Art.813 CPF B

²²² R. (von) Jhering, *La lutte pour le droit*, Dalloz, Paris, 2006, 113 p. L'auteur y affirme d'emblée que « La paix est le but que poursuit le droit. La lutte est le moyen de l'atteindre. Aussi longtemps que le droit devra s'attendre aux attaques de l'injustice – et cela durera tant que le monde existera – il ne sera pas à l'abri de la lutte. La vie du droit est une lutte : lutte des peuples, de l'Etat, des classes, des individus », p.1 ; cité par J. Djogbéno, « L'action en justice dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA », RBSJA, n° 40, 2018, V° Résumé.

²²³ J.Thierry *L'adoption du régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution intégrale de cette communauté au conjoint survivant, ne porte pas atteinte à la réserve héréditaire des enfants communs des époux*, D. 1996 p. 537.

²²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, n° 07-21.421, JurisData n° 2009-046981, Dr fam., n° 4, avril 2009, comm. 44, note BASCUGNANA J-D.

²²⁵ Article 814 : « Les libéralités soit par acte entre vifs, soit par testament, qui portent atteinte à la réserve, sont réductibles à la quotité disponible ; article 815 : La réduction ne peut être demandée que par les héritiers réservataires, par leurs propres héritiers ou ayants cause. Les créanciers, les donataires ou les légataires du défunt ne peuvent demander cette réduction, ni en profiter ».

814 prévoit que « *Les libéralités soit par acte entre vifs, soit par testament, qui portent atteinte à la réserve, sont réductibles à la quotité disponible* ». La réduction ne peut être demandée que par les héritiers réservataires, par leurs propres héritiers ou ayants cause²²⁶. On peut alors se demander s'il y a lieu à réserve héréditaire et en quoi consisterait son contournement lorsqu'il s'agit des biens considérés comme des universalités, tels le fonds de commerce et le portefeuille des valeurs mobilières.

Si pendant le fonctionnement de la communauté, les époux attribuent dans leur contrat de mariage, l'intégralité des biens composant le préciput au conjoint survivant sans les démembrer, ils auraient choisi de dépouiller les descendants de la jouissance de leur droit à la succession et ceux-là devront exercer nécessairement leur droit à la revendication de la réserve. Cette réserve n'a pas la même nature ici et devra prendre ici la forme de la nue-propriété, conformément à la modulation précédemment analysée du préciput du légataire commerçant. Les juges ont toujours été favorables à cette façon de

voir les choses. A défaut d'une jurisprudence béninoise sur la question, on peut recourir à un arrêt particulièrement évocateur, rendu en 2020²²⁷ par la Haute juridiction française. Compte tenu de la question de droit soumise au juge, « Communauté universelle et sort de la clause d'exclusion de la reprise des apports par les héritiers », la Cour de cassation affirme que « *malgré son nom, la clause d'attribution totale de la communauté n'a pas pour effet automatique d'attribuer à l'époux survivant l'ensemble des biens qui en font partie* ».

Par contre, lorsque le démembrement a été prévu à l'occasion de la constitution du préciput, il opère répartition précise des droits entre le quasi-usufructier et le nu-propriétaire ; ce qui, en principe, exclurait en la matière toute velléité de revendication de la réserve héréditaire.

Il apparaît que le Code des personnes et de la famille en vigueur au Bénin a prévu une interdiction rigoureuse mais discutable du contournement de la

²²⁶ Art. 815 CPF

²²⁷ Cass.1^{re} civ., 15 janv. 2020, n° 18-25030. 46 F-D

réserve héréditaire dont il convient d'inverser la tendance.

2) L'exigence d'un contournement négocié de la réserve héréditaire.

Les différentes contestations que génère le préciput sont liées à la fonction dont le législateur l'a doté : il est avant tout un prélèvement hors part dispensé de rapport. Il apparaîtrait, à ce titre, comme un outil d'injustice successorale, du moment où il rompt l'égalité successorale au profit du gratifié²²⁸. Le droit béninois n'admet pas le contournement de la réserve héréditaire. Il s'arcboute sur l'ordre public en droit de la famille²²⁹. Pourtant, le droit comparé y incite. C'est pourquoi, il importe d'explorer les pistes de la négociation du contournement de la réserve héréditaire en droit béninois. Il s'agit en réalité de la contractualisation du contournement de la réserve héréditaire. L'idée consiste à faire régir, du vivant du

disposant, le contournement de la réserve héréditaire par le contrat. La contractualisation désigne le recul de l'hétéronomie face à l'autonomie dans l'ordre juridique positif²³⁰ est une loi de développement des ordres juridiques. Le contractualisme déconstruit le Droit, a-t-on affirmé²³¹. Mais la contractualisation construit le Droit. C'est pourquoi le contractualisme n'est pas la contractualisation. La négociation du contournement qui n'est en réalité que la contractualisation du contournement de la réserve héréditaire peut être analysée comme un véritable outil d'anticipation successorale²³². Elle permet la gestion apaisée du patrimoine familial après le décès du/des disposant(s).

En droit comparé contemporain, la famille est innervée par des courants traditionnellement rattachés au droit des contrats : liberté et autonomie de la volonté. En témoignent la libéralisation de la formation du couple comme du divorce,

²²⁸ S. I. B. Guèdègbé, « L'égalité du partage successoral dans le code des personnes et de la famille du Bénin », in Actes du Colloque international dix (10) ans d'application du Code des personnes et de la famille du Bénin : Bilan et perspective, Cotonou, 8 et 10 décembre 2014, p.324, préc.

²²⁹ Selon Alain Bénabent, « l'ordre public dans le droit de la famille agit dans le mode classique d'action qu'il a en toutes matières, c'est-à-dire en prohibant des conventions contraires » (). F.L.Dossou, *L'ordre public dans le droit de la famille en droit de la famille en République du Bénin*, thèse, UAC, 2019.

²³⁰ S.Chassagnard-Pinet et D. Hiez *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 19-44, V° Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale.

²³¹ S.Chassagnard-Pinet et D. Hiez *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 19-44.

²³² A. Bénabent, « L'ordre public en droit de la famille », in « L'ordre public à la fin du XXème siècle », Colloque, 1994, Université d'Avignon, Dalloz, 1996, PP.27 à 31.

la valorisation des accords parentaux, etc. La contractualisation est souvent associée à la déjudiciarisation²³³. Elle conduit alors à repenser le rôle du juge au sein des relations familiales, mais également à vérifier la capacité d'adaptation des règles contractuelles à ces relations juridiques particulières²³⁴. On peut avancer que dans un monde libéral, la réserve héréditaire est un mécanisme contraignant à contre-courant des aspirations modernes²³⁵. Elle est par conséquent attaquée par principe, parce qu'elle constitue un obstacle à la liberté. C'est à ce titre qu'elle est remise en cause. Des auteurs se sont interrogés sur l'opportunité de la défendre²³⁶. Il convient de préciser que l'étape de la défense est dépassée depuis la loi française de 2006 précitée et la réserve héréditaire est supprimée, affaiblie, contournée²³⁷. Sur l'autel de la liberté,

²³³ Ibidem.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ « La contractualisation du droit de la famille » RTD civ N° 4, 2016, pp. 773-796

²³⁶ J. Leprovaux, « *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* » PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53, art. préc.

²³⁷ Idem. Voy. Egalement, I. Vincendeau, « *La réserve héréditaire au bon vouloir du défunt ?* », JCP N 1er août 2014, hors-série, p. 50

²³⁷ J. Leprovaux, « *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* » PA 8 septembre 2017,

l'ordre public successoral est de manière récurrente la victime préférée du sacrifice²³⁸. La première innovation est la formulation d'une définition légale de la notion de réserve²³⁹. Aussi, existe-t-il désormais un pacte familial par lequel les époux peuvent faire renoncer aux enfants d'exercer l'action en réduction en cas de non-respect de la réserve héréditaire, sans occulter le mandat à effet posthume organisé par le *de cuius* pour nommer un mandataire pour gérer le patrimoine successoral à la place des héritiers²⁴⁰. Pierre CATALA rappellera à ce sujet que, la réserve héréditaire française a rompu, le 1er janvier 2007, avec 1000 ans de réserve coutumière et deux siècles de Code civil²⁴¹.

L'impression qui se dégage des nouveaux développements du droit successoral est que la réserve héréditaire, qui était un roc, est devenue un sable

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Art. 912 C. civ.

²⁴⁰ A.-G. Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille, thèse de doctorat*, 21 novembre 2018. Voy. Egalement, Th. Pennaneac'h, *L'ordre public successoral : de l'indisponibilité des biens à la protection des personnes*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 28-09-2020.

²⁴¹ A.-M. Nachbaum-Schneider., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015

mouvant. Le cas des innovations issues de la réforme du 23 juin 2006 en France, est particulièrement illustratif. Codifiée²⁴², la renonciation anticipée à l'action en réduction, consiste en la renonciation par l'héritier présomptif non pas de sa part héréditaire mais bien de la réduction de la libéralité excessive. Il s'agit de renoncer à un droit d'agir, un droit légal, permettant à un tiers d'augmenter ses propres droits. Cette réforme marque l'hyper flexibilité de l'interdiction des pactes sur succession future.

A une époque où l'on célèbre dans certains pays dont le Bénin, la privatisation du droit de la famille, à travers, entre autres, le divorce par consentement mutuel et la contractualisation des effets du divorce²⁴³, la contractualisation portant sur le contournement de la réserve héréditaire, ne sera que la continuité dans la

contractualisation déjà en cours dans le droit interne depuis 2004. Dans ce contexte, il n'est plus convaincant d'opposer à la contractualisation de la réserve héréditaire, l'ordre public en droit de la famille²⁴⁴. D'ailleurs, l'étude de la notion d'ordre public en droit de la famille au Bénin révèle l'existence d'importantes transformations qui portent en toile de fond essentiellement sur l'assouplissement de l'ordre public institutionnel traditionnel²⁴⁵. Si le Droit est l'expression des rapports sociaux, en tirant inspiration de l'exposé des motifs de la réforme française précitée, il importe de souligner que le droit béninois des successions et des libéralités paraît en décalage avec «*les réalités démographiques, économiques et avec la forme des familles actuelles*»²⁴⁶.

Enfin, faut-il ajouter que la contractualisation dont il s'agit intègre la jouissance du fonds de commerce et des valeurs mobilières, dont la nature

²⁴² Art. 929 C. civ. : « *Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées...* »

²⁴³ Cf. CPFB préc. CHAPITRE II : DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL. Aux termes de l'article 222 : Le divorce par consentement mutuel peut avoir lieu sur demande conjointe des époux ou par suite d'un accord postérieur constaté devant le juge au contentieux. Lorsque les époux demandent ensemble le divorce, ils n'ont pas à en faire connaître les motifs ; ils doivent seulement soumettre à l'approbation du juge un projet de convention qui en règle les conséquences » ; Lerouge Loïc. « L'enfant et la contractualisation des effets du divorce », Revue juridique de l'Ouest, 2006-3. pp. 291-312

²⁴⁴ F.L.Dossou, *L'ordre public dans le droit de la famille en droit de la famille en République du Bénin*, thèse,UAC, 2019.

²⁴⁵ F.L.Dossou, *L'ordre public dans le droit de la famille en droit de la famille en République du Bénin*, thèse,UAC, 2019, préc., p.348, n°531 et 532.

²⁴⁶ A-M. Leroyer et J. Rochefeld, « Réformes des successions et des libéralités Loi du 23 juin 2006 », RTD civ., juil.sept. 2006, N° 3, p.613

juridique en débat mais largement admise, conduit à distinguer désormais dans le contrat matrimonial un conjoint survivant non pas usufruitier mais quasi-usufruitier. Elle produit un effet fragilisant sur la rigidité annoncée du contournement de la réserve héréditaire et à coup de modulation, vient renforcer la thèse d'une contractualisation de la réserve en droit béninois.

Somme toute, se fondant sur la nature commerciale et consomptible des biens ciblés puis grevés de préciput, l'étude du sort du préciput du légataire commerçant a révélé l'utilité des interférences entre le droit de la famille et le droit des affaires avec pour objectif d'enrichir le droit patrimonial de la famille. En droit béninois, on en retiendra essentiellement deux leçons : le préciput qui triomphe dans le feu de l'amour est, d'une part, limité dans sa constitution. En prenant en compte sa nature propre et dans l'intérêt du préciput du légataire commerçant, les époux ont été amenés à le soumettre à certaines restrictions. Il est, d'autre part, discuté sur le terrain de la jouissance. En dépit des dispositions qu'impose la constitution du préciput, sur le terrain de la jouissance, le conjoint

survivant bénéficiaire au premier chef du préciput, n'est pas épargné par les caprices des biens dits démembrés. Cette discussion pourrait, néanmoins, être aplanie en amont sur la base des conventions matrimoniales. Ce qui conduit à nuancer la thèse qui voit dans le préciput un instrument de contournement de la réserve héréditaire. Le sort du préciput du légataire commerçant est ainsi décidé par le droit des régimes matrimoniaux. De plus, l'ordre public successoral, même s'il est en négociation ailleurs²⁴⁷, demeure essentiellement discutable au Bénin. On l'aura noté, le droit des régimes matrimoniaux dans sa rencontre avec le statut des commerçants s'est métamorphosé sur le terrain du préciput du légataire commerçant.

²⁴⁷A.-G. Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants une histoire de famille*, thèse de doctorat, 21 novembre 2018. Pierre CATALA rappellera à ce sujet que, « *La Réserve héréditaire française a rompu, le 1er janvier 2007, avec 1000 ans de réserve coutumière et 2 siècles de Code civil* » (Cf. A.-M. Nachbaum-Schneider., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015; Voy. Egalement, Th. Pennaneac'h, *L'ordre public successoral : de l'indisponibilité des biens à la protection des personnes*, thèse de doctorat, 28-09-2020, Université de Lyon.