

STUDII

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DE LA FAMILLE ET LES PRATIQUES CONTRACTUELLES D'AFFAIRES ENTRE EPOUX DANS L'ESPACE OHADA¹

Clautaire AGOSSOU*

Résumé : *Les différentes transformations de la famille impliquent-elles déjà qu'on harmonise son Droit ? En clair, le droit de la famille est-il harmonisable ? Cette question n'est pas encore à l'ordre du jour dans l'espace OHADA. Mais pour le moment, certaines pratiques font penser que son glas sonnera. En effet, certaines pratiques « contractuelles » d'affaires dans les relations familiales imposent l'intervention du législateur OHADA. Par exemple, la situation dans laquelle se trouve l'époux qui travaille dans l'entreprise de son conjoint est encore précaire. Ainsi, dans la logique d'une protection de cette « partie faible » et en attendant l'intervention du législateur, il est nécessaire que les praticiens trouvent une méthode afin de lui déterminer un statut, lorsqu'un époux est inséré dans les affaires de son conjoint. Ceci y va de sa protection et de celle de la famille tout entière et inaugure davantage les changements familiaux observés ces dernières années.*

Les praticiens du droit (juge et notaire) partiront d'une part, des règles dont disposent déjà l'espace OHADA, qu'elles soient internes ou communautaires, et d'autre part, ils feront preuve d'une interprétation évolutive afin de mettre en œuvre l'égalité et la liberté chèrement acquises par les époux. L'utilisation de la théorie de la faiblesse en droit des contrats doit être au centre de cette interprétation et la justifie fortement.

Mots clés : *pratiques contractuelles, harmonisation, droit, famille, transformations, affaires, conjoint, entreprenant, OHADA.*

INTRODUCTION GENERALE

1. L'écrivain brésilien Paulo Coelho disait : « *Lorsqu'une chose évolue, tout ce qui est autour, évolue de même* »². Cette citation permet de faire remarquer que les transformations du droit de la famille, ces dernières années, devraient influencer également les relations qu'il entretient avec d'autres domaines du droit. En effet, il n'était pas facile de faire un bon ménage entre le droit des affaires³ et le droit de la

famille. Quoique dorénavant, l'altérité qui s'invite en droit de la famille permet d'établir ce ménage. C'est dire que les changements du droit de la famille lui font perdre pratiquement les spécificités qui faisaient de lui un droit dérogatoire des autres branches du droit civil et du droit des affaires. Elles doivent être alors prises en compte pour toute analyse contemporaine des relations entre époux.

2. Parlant du droit des affaires, le droit commercial et le droit de travail font déjà l'objet d'une certaine harmonisation en droit OHADA⁴ alors que le droit de la famille est encore loin de subir une quelconque influence d'harmonisation. Si, l'objectif de toute harmonisation est la protection juridique de la personne dans un espace communautaire donné, celui de l'OHADA est également de corriger les lacunes juridiques internes. Il a d'ailleurs eu le mérite de mettre en lumière un des particularismes des commerces spéciaux⁵ : celui des époux à être associés d'une société⁶ ou la participation d'un époux à l'activité économique de son conjoint⁷. Cette dernière situation amène des pratiques contractuelles qui sont méconnues des législations de cet espace. En effet, dans cette situation, le conjoint a une activité sans toutefois avoir une profession. Cela implique pour lui un moins ou rien de revenu. C'est la description des situations dans lesquelles vivent beaucoup de conjoints qui interviennent dans les affaires de leurs époux. Ceux-ci qui s'insèrent dans l'entreprise de leur conjoint sont encore sans un statut clair qui permettrait de les protéger juridiquement. On a là une situation quasi générale. Elle est aggravée par la mal interprétation des éparses règles existantes. Alors qu'*a priori*, on aurait pensé qu'il s'agit d'une lutte mineure parce que nul ne conteste la contribution que peut apporter un époux aux affaires de son conjoint, il y a des difficultés d'une véritable reconnaissance juridique. C'est sûrement parce qu'une telle reconnaissance ferait jaillir sur le couple les risques des activités d'un seul. On constate que le mariage, loin d'augmenter la protection de l'époux qui participe aux affaires de son conjoint, constitue un sérieux élément de perturbation. *A posteriori*, l'évidence permet d'affirmer que la liberté d'entreprendre puisse être analysée comme le pouvoir reconnu à chacun de créer sa propre entreprise. C'est dans ce sens que le nouvel acte uniforme portant droit commercial général a introduit, en marge de la notion de commerçant, celui de l'entrepreneur. Il est un « *entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole* »⁸. L'entrepreneur est différent du commerçant. Le premier peut englober le second. Dans tous les cas, il peut être une personne physique qui mène ainsi une « double vie » : une vie entrepreneuriale et une vie privée. Normalement, vie privée et vie entrepreneuriale sont distinctes et ne devraient pas influencer l'une sur l'autre, et ceci, à plus forte raison, lorsqu'on est un entrepreneur. Mais lorsque l'entrepreneur est marié, il y a une interférence principale entre les deux statuts sur le plan personnel comme matrimonial⁹.

3. Tout mariage exige un régime matrimonial. Si quelque soit le régime matrimonial choisi, les règles impératives ne peuvent être atteintes, les époux ont plus de liberté lorsqu'il s'agit d'un régime de séparation des biens que d'un régime de communauté.

Primo, dans le régime primaire, la plupart des droits africains francophones de la famille¹⁰ donnent, à chaque conjoint, une autonomie professionnelle. De même, la loi¹¹ accorde des pouvoirs de gestion à l'époux-entrepreneur. Aux termes de ces dispositions, chaque époux exerce librement une activité et peut en faire une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. Dans ce cadre, la loi doit protéger et assister à chaque époux qui se trouve dans une situation d'activité à l'égard de son conjoint ou non pour lui éviter de se retrouver démuné comme s'il n'avait jamais travaillé à la mort de l'époux-entrepreneur. Cette liberté est modérée dans la mesure de ce que permet le régime primaire. L'époux-entrepreneur a l'obligation de porter sa situation matrimoniale à la connaissance des tiers et sa situation professionnelle à la connaissance de son conjoint¹². L'existence du mariage figure parmi les mentions devant être portées au registre du commerce soit lors de l'immatriculation lorsque le mariage était antérieur à celle-ci, soit au titre des mentions modificatives s'il était postérieur.

Secundo, dans le régime de la séparation des biens, la liberté professionnelle des époux a toute sa plénitude. Dans ce cas, chacun gère ses biens personnels et en fait ce que bon lui semble, même s'il se trouve heurté par la contribution aux charges du ménage, le logement familial et parfois même l'intérêt de la famille.

Tertio, dans un régime de communauté, il en va différemment. Dans ce régime, le principe est que chaque époux a le pouvoir de passer seul tous les actes d'administration et de disposition des biens communs : c'est le système de la gestion concurrente. C'est dire chacun peut engager la communauté. Par exemple, lorsque les époux sont sous un régime de communauté de biens, l'entrepreneur doit justifier, lors de la demande d'immatriculation ou de déclaration, avoir informé son conjoint des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession. Mais, l'époux qui exerce une profession séparée a, le pouvoir d'accomplir seul, les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. C'est le prolongement de l'autonomie professionnelle. Ce qui lui est particulièrement utile pour le développement de ses affaires. Ainsi, ceux qui ne sont pas nécessaires à l'exercice de la profession tels que louer un appartement ou utiliser des économies communes pour faire un placement financier, peuvent être faits par les époux. Aussi la loi permet-elle de distinguer selon qu'il s'agit d'actes de disposition et les actes d'administration. Mais les choses sont souvent plus complexes dans la pratique.

4. Le conjoint de l'entrepreneur qui est inséré dans les activités de l'autre se comporte très souvent comme le véritable entrepreneur individuel revendiquant les droits et ignorant les obligations qui sont attachées à ce comportement alors que les articles 9 de l'AUSCGIE et 7 al 2 de l'AUDCG contribuent à la négation de cette réalité juridique. Dans une telle situation, des préoccupations peuvent naître sur le sort de l'époux qui intervient dans l'entreprise de son conjoint surtout dans un espace harmonisé des affaires. De ces occupations la plus importante est la suivante : Avec les changements de la notion de famille auxquels on assiste ces dernières décennies, et dans un processus d'harmonisation du droit des affaires, comme en droit OHADA, quel statut peut-on attribuer à l'époux qui intervient dans les affaires de son conjoint afin de mieux le protéger juridiquement ? Doit-on procéder comme l'a fait la France avec la loi de 10 juillet 82 modifiée par celle de 02 Août 2005, en lui préconisant trois sortes de statuts : salarié, collaborateur ou associé ?

On rappelle que le droit français, pour protéger le conjoint du commerçant qui se trouve être souvent la femme, a dû adopter la loi du 10 juillet 1982 qui offrait à celui-ci trois statuts : conjoint collaborateur, conjoint salarié et conjoint associé. Le statut du conjoint collaborateur permet de cotiser en vue d'une retraite et un décès de l'autre plus paisibles comme un travailleur indépendant même en l'absence de rémunération. La couverture sociale est plus importante pour le conjoint salarié mais les cotisations sont moins élevées et il n'y a pas d'indemnités de chômage. Il n'était nécessaire de constituer une société pour le conjoint d'associé pour avoir ce statut. Mais ces possibilités ont été peu suivies d'effet et la situation du conjoint évoluait peu. C'est pourquoi la loi du 2 Août 2005 a rendu obligatoire le choix de l'un de ces statuts pour le conjoint qui intervient dans les activités professionnelles de l'entreprise de l'autre¹³. Ces trois statuts qu'on peut prêter au conjoint de l'entrepreneur et qui mettent en exergue l'existence d'un véritable lien de subordination, de complémentarité ou même d'égalité, sont encore véritablement discutés sur le continent et continuent de crispier les tensions. Ceci rend un peu plus difficile le choix du législateur. Et dans tous les cas de figure, les difficultés sont identiques lorsqu'il s'est agi de concilier les règles de la vie familiale et celles applicables aux réalités des affaires. Distinguer ce qui n'est qu'une simple entraide normale entre époux de la véritable activité économique, reconnaître le particularisme de l'apport d'un époux à l'activité entrepreneuriale de l'autre représenterait, aujourd'hui, une des forces du droit OHADA. La solution ne serait pas alors, dans le contexte africain d'harmonisation où le droit de la famille reste encore délicat car reconnu être encore accroché à ses réalités¹⁴, de proposer ces trois types de statut qui, avouons-le peuvent participer à cette protection. Mais la question est leur efficacité.

5. En considérant que dans de pareilles situations, les époux sont dans des pratiques "contractuelles" le juge, national ou communautaire, a déjà les armes juridiques nécessaires, de protection de cette "partie" qui semble être faible. Partons de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG. Il a le mérite d'ébaucher la situation particulière dans laquelle se trouve l'époux qui apporte son concours à l'entreprise de son conjoint. Déclarant que l'époux n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit ses actes de commerce habituellement et séparément, il lui dénie un statut de commerçant alors qu'il collabore à l'activité professionnelle de son conjoint sans toute fois lui préconiser un autre. On sait que la théorie générale des contrats, telle qu'elle est présentée dans le Code civil de 1804, est régie par le principe de liberté contractuelle. Les parties au contrat exprimant librement leur volonté, le législateur n'avait pas envisagé la protection d'une partie plus que celle d'une autre. Il y a partie faible lorsqu'une relation contractuelle est déséquilibrée dans sa formation comme dans son exécution. Cependant, l'application de cette liberté a montré que dans certaines pratiques contractuelles, une partie peut se trouver en situation de force par rapport à l'autre. Cette situation de force exige moralement une protection de la partie faible de la part de l'État, qui doit assurer l'égalité entre ses citoyens. Dans le domaine de la formation ou de l'exécution des contrats, cette protection est juridique et le plus souvent de type civile. La responsabilité engagée par les parties est la responsabilité contractuelle. Il faudra cependant s'en tenir à la protection de la partie faible dans l'exécution d'un contrat de mariage.

A bien des égards, une telle interprétation autour de la situation pourrait être intéressante lorsqu'on se mettra à des degrés différents d'acceptation de la cause de protection du conjoint. Sous l'impulsion d'une meilleure protection de cette "partie faible", on devra adopter une démarche plus ambitieuse, celle de rectifier les lacunes et imperfections du droit OHADA¹⁵. Le schéma classique de salarié, de collaborateur ou d'associé proposé par le droit français, n'est pas mal en soit, mais ne prend pas en compte toutes les spécificités de l'aide apportée par le conjoint. Car, consacrant une grande partie de son activité à l'exploitation, bien que le plus souvent sa présence fût nécessaire à la réussite de l'activité économique, il ne serait pas, au plan juridique, bien intégré à l'entreprise. Il ne dispose alors d'aucune prérogative de gestion dans une situation de crise avec l'autre. Il ne bénéficierait d'aucune garantie particulière. Mieux, considéré comme un travailleur, par les échecs économiques, il serait frappé par les difficultés familiales. Que survienne un décès et il pourrait rencontrer les plus grandes difficultés à garder l'entreprise étant, pour l'attribution préférentielle, en concours avec d'autres héritiers. Ces règles spéciales des contrats ne répondant pas correctement à la protection du conjoint, il utile de revenir au droit commun des contrats. En cela, il faudra classiquement considérer cette intervention de l'époux

dans les activités de son conjoint comme une pratique contractuelle et la protéger comme telle. Ces pratiques "contractuelles" à l'égard de cette "partie faible" ne concourent guère à lui donner une protection sociale satisfaisante. Dans l'immense majorité des hypothèses, il bénéficie uniquement de droits dérivés et au décès du chef d'entreprise, ne peut prétendre qu'à une pension. En réalité, sa situation est celle d'une personne n'ayant eu aucune activité professionnelle.

6. En revanche, cette technique n'est pas sans inconvénients. D'abord, elle risque de priver de toute portée réelle les dispositions légales. Elle peut être source d'insécurité juridique. On peut, en effet, écarter *a priori* la possibilité de distorsion entre le choix effectué et la réalité. Ensuite, le conjoint ne réclame un statut que lorsqu'il y aura un problème, une crise. En outre, rien n'est connu d'avance et c'est le juge qui établira au cas par cas chaque situation. Cette souplesse est souhaitable dans un objectif d'harmonisation du droit de la famille. Les situations sont, tellement, différentes dans chaque Etat de l'espace OHADA qu'il ne peut être question d'imposer un cadre rigide. La règle de droit doit traduire le caractère protéiforme de l'activité. Elle doit permettre aux agents économiques d'opter pour telle ou telle qualité en fonction des possibilités et des besoins de l'entreprise, de la psychologie, du rôle réel de l'intéressé¹⁶.

Au-delà de ce statut de partie faible insinuée (I) par ces pratiques contractuelles entre les époux, se cachent en réalité l'individualisation, la contractualisation et la privatisation des liens familiaux. Deux lignes directrices classiques pourraient être retenues pour une telle analyse : l'insertion du conjoint dans l'entreprise de l'autre et la prise en compte de son apport dans la logique de la loi. Par conséquent, elle mérite une protection juridique minimale (II).

I. Le conjoint de l'entrepreneur, « une partie faible » insinuée

7. On ne peut contester la place particulière de l'époux qui intervient dans l'entreprise de son conjoint. Il est, plus que tout autre agent économique, concerné par la vie de l'entreprise. Il peut supporter toutes les conséquences de l'échec de l'entreprise, alors qu'il demeure, jusqu'à présent, sans un statut de protection résultant de sa conduite à l'égard des affaires de son conjoint. La reconnaissance de son activité professionnelle passe par l'attribution de statut dans l'entreprise. Nul ne peut s'étonner de l'importance de l'apport en industrie de l'époux tant dans la constitution (A) que la gestion de l'entreprise (B). Dès lors, le recours à une interprétation évolutive doit être considéré comme le seul véritable moyen d'insertion pour lui trouver une protection avérée.

A. L'importance de l'apport en industrie du conjoint dans la constitution

8. L'article 40 de l'Acte Uniforme portant sur les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêts Economiques prévoit trois types d'apports : les apports en numéraire, les apports en nature et les apports en industrie. L'apport en industrie est le travail, les connaissances professionnelles, ou services qu'une personne s'engage à faire au profit de la société sans être un salarié qui a un contrat de travail¹⁷. En permettant la constitution de société unipersonnelle, les articles 5, 309 et 385 du même ne font que confirmer davantage la consécration du principe de la validité dans ces sociétés de l'apport en industrie dans un régime de communauté de biens (1). Si une telle question ne peut plus être posée, il est quand même nécessaire d'analyser les critères de l'apport en industrie d'un époux dans la constitution de la société de son conjoint dans l'hypothèse où la qualité d'associé ne peut lui être reconnue (2).

I. L'acceptation de l'apport en industrie dans la société unipersonnelle époux en communauté

9. L'apport en industrie exprime véritablement qu'il y ait travail pour le compte de la société créée ou en attente. Il exclut toutes les formes d'apport en industrie constituées simplement par le savoir-faire ou la notoriété. L'article 9 de l'AUSCGIE, en acceptant, la validité des sociétés à responsabilité limitée, facilite, incontestablement, un apport en industrie pour la constitution de société entre époux.

Les articles 5, 9, 309 et 385 de l'AUSCGIE, en plus de l'article 183 al 2 et 3 du code des personnes et de la famille du Bénin, ont le mérite de lever les incertitudes entretenues par une certaine doctrine. En effet, en droit français, malgré l'affirmation renouvelée de la validité des sociétés entre époux en 1958, 1966 et 1978, le doute pouvait subsister lorsque les deux époux faisaient apport uniquement de biens communs. Ceci pouvait être compris lorsqu'on sait que le droit français, en ces moments, ne connaissait pas encore la théorie de la société unipersonnelle. On pouvait alors interdire la société entre époux aux apports communs des époux qui ne faisait intervenir que les apports en industrie au risque de tomber dans une société unipersonnelle. C'est vrai, pour certains, la solution était évidente : les époux ne pouvaient pas constituer seuls une société avec apports de biens de communauté seulement car, il y aurait eu un seul apporteur et un seul associé¹⁸. De bons auteurs étaient pourtant plus nuancés. Ils distinguaient les droits sociaux en tant que titre d'associé et en tant que bien patrimonial. Ils enseignaient que la qualité d'associé, prérogative attachée à une personne ne pouvait être en communauté, mais devrait être attribuée à chacun des époux¹⁹. Bien qu'on ait pu douter de l'intérêt pratique de la controverse, sa seule existence constituait un frein à la constitution des sociétés entre époux.

10. Il faut féliciter les législateurs sénégalais et béninois, autant que le législateur OHADA d'avoir mis fin à toute équivoque. Désormais deux époux seuls peuvent constituer une société en employant que les biens de communauté. Il est fait, bien sûr, réserve des interdictions particulières. Ainsi, les époux ne doivent pas être indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales²⁰. Bien évidemment, cela implique que les deux intéressés prennent dans l'acte, la qualité d'associé et si l'on s'en tient à l'article 183 du code béninois des personnes et de la famille, celle-ci leur sera reconnue et ne pourra pas être regardés comme des donations déguisées. Il suffit que les conditions en aient été réglées par acte authentique. Mais chacun aura la qualité d'associé à quelle hauteur ? Pour une communauté, on pourrait, à première vue, opter pour la moitié des parts souscrites pour chacun. Il faut dire que cette interprétation peut susciter beaucoup d'appréciations. Certains peuvent y voir une atteinte, de plus, au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, d'autres mettront l'accent sur les risques de fraude et que l'intervention volontaire du l'officier ministériel souhaitable ne saurait suffire à l'écartier. Il faut se contenter d'observer que les règles combinées du droit OHADA et des codes des personnes et de la famille confirment une certaine conception de la société. A l'origine, technique permettant de regrouper les moyens humains ou financiers, elle se transforme, de plus en plus, en un simple mode d'organisation d'une entreprise préexistante.

11. En ce qu'elles consacrent, également, l'apport en industrie dans une société entre époux, toutes ces dispositions sont plus novatrices. La prohibition qui était classique se dégageait surtout de la jurisprudence²¹. Son bien fondé n'était guère discuté. Tour à tour on invoquait le caractère successif de l'apport incompatible avec l'exigence d'une libération immédiate des parts, et l'absence pour les créanciers de toute garantie dans une société où l'obligation aux dettes sociales reste limitée au montant de l'apport. Elle n'en était pas moins gênante sur un plan pratique, interdisant l'accès de la société à celui qui ne disposait pas d'apport financier initial. Faciliter l'exercice des activités professionnelles dans un cadre social impliquait donc qu'un associé puisse s'engager uniquement à consacrer son activité aux affaires sociales, mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, son expérience, son crédit commercial. Encore, faut-il, ne pas se tromper. La reconnaissance n'a pas été décidée dans l'enthousiasme, le principe demeure celui de l'interdiction, la dérogation n'est acceptée que dans un cadre très strict. Mais avec l'entrée en vigueur de l'acte uniforme sur les sociétés coopératives, la question ne pourra plus être un débat. En son article 43, cet acte uniforme dispose : « Le régime de l'apport en industrie est déterminé par les statuts. A défaut de détermination par les statuts, la part du ... qui a apporté son industrie est égale à celle du ... qui a le moins apporté. Le ... qui s'est obligé à apporter son industrie à la société coopérative lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport ».

II. Les critères de l'acceptation

12. Quatre grands critères permettent d'accepter l'apport en industrie des époux communs dans une société.

Premièrement, l'activité principale de l'apporteur doit être liée à la réalisation de l'objet social. *A priori*, l'exigence ne semble pas exorbitante du droit commun puisque celui qui apporte son industrie à la société, lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport. D'ailleurs, certains codes des personnes et de la famille, à l'image du code béninois en son article 183 al 3, renvoie aux règles applicables aux obligations civiles et commerciales. Dans le même temps, l'article 37 de l'AUSCGIE dispose que : « chaque associé doit faire un apport à la société. Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter... ». Mais, alors que dans les sociétés de personnes, l'apporteur peut parfaitement réaliser des affaires différentes, soit à titre individuel soit au sein d'une autre personne morale, et ce, sans qu'il soit besoin de comparer ces diverses occupations, il doit nécessairement consacrer l'essentiel de son temps à la société. En bref, la pluriactivité ne lui est pas interdite, mais ses fonctions hors de la personne morale doivent rester secondaires.

Deuxièmement, l'apport en industrie doit être effectué par l'apporteur lui-même à son conjoint et non par un associé quelconque. D'ailleurs rien n'interdit à, également, au conjoint d'apporter outre son industrie une somme d'argent plus ou moins importante. Ceci peut alors restreindre considérablement l'intérêt de l'apport en industrie conçu comme la traduction juridique et financière de la participation à l'entreprise familiale. Par contre, en simplifiant, il ne bénéficiera qu'à la première génération et plus précisément aux créateurs de la société. Qu'à la seconde génération l'entreprise demeure familiale, que l'épouse d'un enfant ayant hérité de titres sociaux désire contribuer au développement de l'affaire, et il sera impossible de lui attribuer des parts sociales en contrepartie de son activité.

Troisièmement, on ne saurait accepter que si l'objet de la société porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce. En d'autres termes, à s'en tenir à notre interprétation, l'apport n'est licite qu'au bénéfice d'une société dont l'activité singulièrement est limitée. Il nous semble en cause uniquement l'objet réel. Le simple fait de préciser que la personne morale peut faire prendre une participation dans toutes les sociétés ou groupements ayant un objet similaire et généralement faire toutes opérations commerciales, industrielles ou financières, mobilières ou immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'objet social ne s'oppose pas à la réalisation d'un apport en industrie. Par contre, les difficultés sont plus grandes

lorsque la société connaissant un certain développement, prend en location-gérance, voire, acquiert un fonds de même nature que celui qu'elle a créé ou qui lui a été apporté. Doit-on alors conclure à l'irrégularité de l'apport en industrie ?

Quatrièmement, le fonds exploité par la personne doit avoir fait l'objet d'un apport ou avoir été créé par la personne morale à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui ont été apportés en nature. Certes, il n'existe aucune difficulté lorsque le fonds préexiste à la société et qu'il fait l'objet d'un apport. La validité de l'apport en industrie ne fait pas de doute dans ce cas. Il faut observer simplement que sur un plan plus pratique les époux hésiteront probablement devant une solution dont le coût fiscal est extrêmement dissuasif. Ils préféreront souvent constituer une société d'exploitation quitte à ne pouvoir bénéficier de certains avantages. Reste qu'une option pour la fiscalité des sociétés de personnes et donc une taxation réduite aux apports, peut modifier un comportement classique, qu'en outre, on ne peut faire de reproche, à ce stade à la loi de ne pas encourager un procédé dangereux pour les tiers et la famille et dont le caractère artificiel est indéniable.

13. La volonté affirmée de permettre l'apport en industrie ne peut accepter, lorsque la société crée le fonds, que l'industrie ne donne lieu à l'attribution de parts si les associés apportent uniquement de l'argent. Est-il logique de distinguer selon, par exemple, que le droit au bail a été acquis avant ou après la constitution de la personne morale, selon que le matériel a été apporté ou acheté ? N'est-ce pas donner une grande importance à un ordre chronologique qui ne modifie en rien les données essentielles, existence d'une entreprise familiale, participation des époux à l'exploitation ? Bien que la consécration de l'apport en industrie au bénéfice d'une société à responsabilité limitée ne soit que partielle, force est de constater, sur le plan plus théorique qu'elle peut aller à l'encontre d'un certain nombre d'idées reçues. Tout d'abord, elle remet en cause le rapprochement souvent souligné entre la société à responsabilité limitée et les sociétés de capitaux. Elle montre ensuite que l'influence ohada reste limitée. Mais qu'importe, diront certains, la fin ne justifie-t-elle pas les moyens ?²²

B. L'intervention dans la gestion de l'entreprise

14. Elle est consacrée par les articles 5, 309 et 385 de l'AUSCGIE. On doit alors penser relâcher le lien très fort qui unit l'individu marié à l'entreprise. Pour cela, le droit OHADA, à travers, les actes uniformes relatifs au droit commercial général et des sociétés commerciales dans leur article respectivement 7 al 2 et 9, permet au conjoint d'intervenir dans la gestion. Encore faut-il reconnaître que ces droits restent limités et que, pour l'essentiel, le pouvoir de direction, demeure entre les mains de l'artisan ou du commerçant. Celui-ci reçoit ainsi un mandat (1) qui doit tenir compte de certaines réalités matrimoniales (2).

I. Un pouvoir de mandat

15. Dans la pratique, le plus souvent, l'intervenant ne peut pas contrôler certains actes. L'intervenant est parfois associé plus étroitement à l'exploitation, bénéficiant pour la gestion courante des mêmes pouvoirs que ceux détenus par le chef de l'entreprise. Mais à tout moment, il peut être mis fin au mandat. Il ne bénéficie donc que de « droits dérivés ». Il est décidément bien difficile d'échapper, au moins dans le cadre d'une entreprise individuelle, à la relation « propriété-pouvoir ». Aussi, ne faut-il pas s'étonner que la prise en compte de l'activité passée se traduise par une collaboration intense. Seul un collaborateur peut intervenir avec l'accord du commerçant ou de l'artisan dans la gestion courante, tout conjoint intervenant dans l'entreprise familiale, marié sous un régime communautaire, se voit reconnaître un droit de contrôle sur les actes les plus importants relatifs à l'unité économique. Il est, appelé, collaborateur, celui qui a reçu mandat du chef d'entreprise d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise.

16. La présomption peut s'appuyer sur un fait matériel et sur un formalisme. Bien que cette présomption peut fonder de grands espoirs en accordant, au conjoint d'un chef d'entreprise, la maîtrise sur la gestion courante, et, ce, quel que soit le régime matrimonial, des pouvoirs d'administration sur les biens affectés à l'entreprise, en pratique, on constate, que les prérogatives accordées demeurent limitées et fragiles. Tout laisse penser que les tiers en tireront les conséquences.

Tout d'abord, ce mandat ne concernera que les actes d'administration. Encore faut-il ne pas adopter une conception trop restrictive de tels actes mais prendre en compte, selon une orientation désormais classique, une perspective plus économique que juridique. Par exemple, pour acheter les marchandises nécessaires à la fabrication d'objets à la revente, vendre non seulement les choses sujettes à dépérissement mais encore celles qui font l'objet du commerce exploité, emprunter pour acquérir le matériel nécessaire à l'exploitation. Dans ce sens, le conjoint qui collabore participe à la vie de l'entreprise sans être dans l'obligation d'exhiber à chaque occasion un mandat spécial.

Ensuite, le mandat, en effet, ne porte que sur les actes concernant les besoins de l'exploitation. Ceci peut représenter une source d'insécurité pour les créanciers. Mais, le risque n'est pas bien grand si l'on estime qu'il est ainsi fait référence au lien objectif qui doit exister entre l'acte et l'exploitation. Le commerçant n'étant engagé que si le conjoint agit dans le cadre de l'objet de l'entreprise. Delà même, les tiers peuvent avec une relative facilité vérifier qu'une telle condition est remplie. Par contre, l'insécurité est réelle si l'acte doit nécessairement être accompli « dans l'intérêt de l'entreprise ». Il est pratiquement impossible aux agents économiques de procéder à une quelconque vérification. On peut déjà fonder ces pouvoirs sur le droit commun même s'ils sont donnés dans des conditions différentes.

17. En droit commun, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et sans respecter de formalités particulières. Mais, dans une condition protectrice, on aurait accepté une certaine formalité dans le cadre d'un conjoint qui intervient dans l'entreprise de son époux. Cette formalité, loin de faire intervenir l'officier ministériel (notaire, huissier...), doit quand même être menée dans une logique de respect des liens entre les époux. L'objectif dans ce sens est clair. Il faut faire, en sorte, que la révocation ne soit pas la conséquence d'une simple saute d'humeur. Pour cela, il faut protéger le bénéficiaire. Dans le même temps, il faut dire que le chef d'entreprise est aussi entièrement libre d'apprécier les raisons qui le conduisent à mettre fin au mandat dont bénéficiait son conjoint. Il peut prendre en compte des motifs professionnels mais aussi des considérations familiales. Ce ne seraient que des règles de forme qui doivent tempérer « l'ardeur » de l'entrepreneur. Toute décision doit alors être jugée à la conformité de l'intérêt de l'entreprise sans oublier celui de la famille.

Lorsqu'il s'agit des tiers, leur protection doit résulter pour l'essentiel d'un délai qu'on pourrait aménager. Pendant ce délai, ils n'auront pas à subir les effets de cette décision. Seuls, peut-être, ceux qui seraient de mauvaise foi pourront être vus opposer cette décision. Ils ne devront pas, dès lors, se prévaloir du mandat. La présomption de mandat peut cesser de plein droit lorsqu'il y a problème dans le couple pouvant amener une séparation même de faite. D'ailleurs dans cette hypothèse, la protection des tiers est moindre. Il faut chercher plus pour avoir moins. Aucun tiers n'a intérêt à ce que les époux soient mal portant dans leurs relations conjugales. Il est à dire aussi que lorsque les époux eux-mêmes maintiennent le silence sur leur situation conjugale, c'est dire qu'il cherche à la régler donc se faisant encore confiance mutuellement. Les créanciers pourront utiliser alors la théorie du mandat apparent qui est susceptible de les protéger de leur ignorance.

18. La présomption cesse légalement lorsque la condition de collaboration n'est plus remplie. Cette solution peut être dictée par une interprétation littérale de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG conforme à la volonté du législateur OHADA. Cela peut, quand même, susciter d'inquiétude car, en seront victimes les tiers qui, souvent, resteront dans l'ignorance, s'en tenant à l'apparence créée par les premiers actes posés par le conjoint. N'aurait-il pas été bien alors, de dire que tout acte posé dans ce cadre ne pourra pas être inopposable aux tiers de bonne foi. On peut adopter la même position en ce qui concerne la séparation de corps, la séparation de fait et même en cas de séparation judiciaire des biens.

Tout aussi limité, mais moins précaire, se présente le droit de contrôle de celui qui s'insère dans l'entreprise familiale. *A priori*, la nouveauté est grande. A partir du moment où les époux communs en biens se sont vu reconnaître un droit de regard

sur les décisions les plus importantes prises pour l'administration de la communauté, il va s'en dire que le conjoint, même s'il n'intervient pas dans la gestion, doit pouvoir dire son mot en ce qui concerne certains actes graves. Tous savent, c'est le cas au Bénin, pour s'en tenir à des actes intéressant directement l'entreprise commerciale qu'un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, qu'il ne peut sans son consentement percevoir les capitaux provenant de telles opérations, qu'il ne peut donner à bail un immeuble à usage commercial...²³. Cette disposition protège donc le conjoint contre l'entrepreneur. Ce dernier ne peut seul accomplir des actes graves qui impliquent la disparition de l'entreprise ou qui ont une incidence importante sur le potentiel de l'unité économique (aliénation d'un immeuble par exemple).

19. Il faut dire que certains auteurs français avaient pensé en son temps, en raison notamment des incertitudes qu'une telle disposition engendrait, qu'on pouvait relever des insuffisances. Par exemple, concernant les actes ne portant que sur certains éléments du fonds de commerce, il convenait d'obtenir l'autorisation du conjoint ou reconnaître au seul époux, chef de l'entreprise, le pouvoir de passer l'acte. A s'en tenir à une conception classique du fonds, la réponse à cette remarque semble évidente. Est soumise à l'autorisation l'aliénation d'un élément de fonds, dès lors que celui-ci constitue le support de la clientèle. Peut-être, décidée par celui qui administre la communauté, la vente d'un ou plusieurs éléments de l'entreprise, lorsque la clientèle reste attachée aux autres composants²⁴.

En apparence, l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG est, sur ce point, dans le droit fil d'une ancienne réforme des régimes matrimoniaux qui dispose que l'administration des biens est réservée au seul mari. Les nouvelles réformes laissent à chaque époux la gestion de ses réserves. On ne peut alors que comprendre cette disposition de l'acte uniforme relatif au droit commercial général dans la logique de faire augmenter les exigences de la cogestion. Il ne faut alors pas sous-estimer l'apport d'un époux dans la gestion de l'entreprise de son conjoint, en ce qui concerne les droits internes qui l'auraient déjà réformé. En délimitant de manière très opportune son objet, elle donne à ce droit de contrôle une finalité particulière. A celui qui n'a pas encore entamé cette réforme, il l'y oblige et quant à celui qui l'a déjà fait, la protection doit être au maximale.

II. Les actes du mandat

20. Le consentement doit être donné par celui qui participe à l'activité professionnelle de l'entrepreneur en qualité de conjoint dans l'entreprise. Les modalités de participation sont indifférentes. L'accord est requis lorsque l'acte porte

sur des éléments du fonds de l’entreprise qui, par leur importance ou leur nature, sont nécessaires à l’exploitation de l’entreprise. Ce faisant, il faut opter pour la doctrine selon laquelle le consentement des deux est exigé lorsque l’aliénation porte sur un élément du fonds tellement important que la cession équivaut à la vente du fonds lui-même. Limiter, ainsi, la portée de l’al 2 de l’article 7 de l’AUDCG est, en fait, inutile et dangereux. Inutile, car, l’article 202 du code béninois de la famille, par exemple, implique déjà le consentement du conjoint lorsque la cession d’un élément du fonds s’accompagne de la transmission de la clientèle. Dangereux, puisque certains pourraient songer tirer argument de cette disposition de l’al 2 de l’article 7 de l’AUDCG pour combattre une interprétation commandée par les analyses les plus consacrées du fonds de commerce et de refuser à l’époux qui ne travaille pas dans l’entreprise le pouvoir de cogestion justifié par l’importance patrimoniale de l’acte.

Aux termes de l’al 2 de l’article 7 de l’AUDCG, celui-ci concerne tous les actes portant sur les éléments nécessaires à l’exploitation. Or, si le support de la clientèle est de ceux-là, nul ne doute que d’autres méritent cette qualification. Ainsi, dans de nombreuses petites entreprises, certains matériels sont indispensables à la poursuite de l’activité. Leur cession n’entraîne nullement transfert de la clientèle et ne tombe donc pas sous le coup, par exemple de l’article 202 du code béninois de la famille, mais constitue une menace pour la firme. Elle entre dans ce que nous mettons dans les prévisions de l’al 2 de l’article 7 de l’AUDCG.

21. Le lien entre le bien et l’unité économique est donc au centre du droit de contrôle. Il le justifie. Seule une interprétation extensive qui, nous en sommes conscient, ce n’est pas ce que dirait tout le monde, mais qui, pour autant, n’est pas contraire à la lettre de l’al 2 de l’article 7 de l’AUDCG, peut donner à la cogestion une portée réelle afin de faire sortir la famille de la situation d’inégalité dans laquelle est encore plongée dans certains droits de l’espace OHADA.

L’élément peut être nécessaire à l’exploitation en raison de sa nature. Son importance doit également être prise en considération. Elle peut s’apprécier en fonction du genre d’activité, d’après la composition particulière de l’actif au moment de l’opération. Il faut en outre prendre en compte les possibilités de remplacement du bien aliéné. En bref, dès que la cession du bien présente une incidence réelle sur les conditions d’exploitation, l’al 2 de l’article 7 de l’AUDCG a vocation à s’appliquer. Précisons d’ailleurs que ce texte ne pourrait prendre nullement en compte les suites de l’opération. Peu importe, pour s’en tenir à l’hypothèse de l’aliénation, l’utilisation des capitaux provenant de l’opération. Ainsi, le consentement est requis pour une opération de cession qui précède la liquidation totale de l’entreprise. Il l’est également lorsque la vente de certains éléments nécessaires à l’exploitation est destinée à financer un nouvel investissement.

22. La référence faite à « l'exploitation dépendante de la communauté » (article 202 du code de la famille du Bénin) a d'ailleurs valeur explicative. Parfois l'acte envisagé par l'entreprise s'inscrit dans un processus de disparition de la firme. Il peut s'agir de la vente d'un élément de support de la clientèle, de l'aliénation d'un élément d'actif indispensable à la poursuite de l'activité. Souvent, il modifie profondément les conditions de l'exploitation comme le remplacement d'un matériel important. Il est toujours lourd de conséquences. L'intervention de celui qui travaille dans l'entreprise se comprend alors parfaitement. Il doit être associé à une décision qui intéresse le devenir de l'unité économique. La même préoccupation conduit, tout naturellement, à exiger le consentement exprès du conjoint au bail du fonds de commerce.

Novateur quant au domaine de la cogestion, cette interprétation de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG reste volontairement très classique car, on pourrait sanctionner à tout moment en se basant sur les droits internes de la famille, par exemple, l'article 202 du code béninois des personnes et de la famille. Celui qui n'a pas donné son consentement exprès à l'acte peut en demander l'annulation dans un délai donné qui suit la connaissance de l'acte. En toute hypothèse, l'action ne peut être intentée qu'après ce délai après une dissolution de la communauté.

23. Ainsi, l'appel aux règles classiques des régimes matrimoniaux est susceptible de présenter plus d'originalité. S'il ne fait pas de doute qu'un époux peut être autorisé, en application, par exemple, de l'article 204 du code des personnes et de la famille du Bénin, par la justice, à passer seul des actes visés par l'article 202 du même code, lorsque l'autre se trouve hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est justifié par l'intérêt de la famille (article 181 du même code), il faut accorder aux juges la même faculté dès que le refus n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise.

Encourager les époux dans la création de leur propre société présente, en effet, de multiples avantages. Outre, qu'elle est source de droits sociaux professionnels et d'administration égaux à ceux du chef d'entreprise, outre, qu'elle assure donc une insertion satisfaisante du travailleur, elle permet de doter l'entreprise d'un statut adapté qui permet aux époux de protéger le patrimoine familial et constitue le cadre harmonieux nécessaire à son développement.

Il convenait donc d'aménager un temps, soit peu, voire, de supprimer les obstacles²⁵ juridiques qui s'opposaient encore à la constitution des sociétés familiales tout en facilitant l'accès du conjoint à la qualité d'associé.

II. Le conjoint de l'entrepreneur, une « partie faible » à protéger

24. Comme tout agent économique, le conjoint de l'entrepreneur qui intervient dans l'entreprise familiale aspire à une certaine protection de son vivant (A).

La reconnaissance de son activité doit très logiquement lui permettre d'obtenir des droits propres et ne plus le cantonner dans la situation d'ayant droit. Par contre, cette même reconnaissance rend aléatoire sa protection si à sa mort, une certaine sécurité juridique ne pourrait lui être affectée (B), alors qu'il est tentant, le moment venu, arguant d'une participation active à l'entreprise, de lui faire supporter les conséquences de l'échec des affaires.

A. La protection du conjoint du vivant de l'époux-entrepreneur

La protection tant sociale (1) que patrimoniale (2) est nécessaire avec les transformations de la famille. Une telle protection assure davantage, l'opportunité selon laquelle la liberté et l'égalité qui domine la question doit répondre avec la responsabilité.

1. Une protection sociale

25. Comme salarié, le souci de protection ne paraît se heurter à aucune difficulté particulière. Car en optant pour cette qualité, le conjoint renonce par là-même à tout droit professionnel et à toute responsabilité directe dans la gestion de l'entreprise mais en contrepartie bénéficie de la protection des règles du droit du travail, notamment en cas de fermeture de l'entreprise, ainsi que de la couverture sociale offerte par le régime de la sécurité sociale. Rien en droit positif béninois ne dit que le contrat de travail entre époux est illicite. A partir du moment qu'il exerce son activité professionnelle donnant lieu à versement effectif d'une rémunération supérieure ou égale au SMIG et sous l'autorité de son époux, chef de la société, alors il est traité de salarié²⁶. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si un lien de subordination existe entre époux dès lors qu'il est établi que le conjoint participe effectivement à l'activité ou à l'entreprise et est rémunéré. Le lien de subordination est présumé.

En droit français, aujourd'hui, cette présomption est irréfragable²⁷. Reconnaître ce statut au conjoint revient à lui accepter des avantages des droits sociaux du salarié : sécurité sociale pour lui-même et les enfants communs, retraite personnelle, indemnités de chômage en cas de licenciement. En cas de réduction d'activité de l'entreprise ou de mésentente du couple la situation du conjoint salarié est celle de n'importe quel salarié licencié pour cause économique ou pour motif personnel. C'est une solution avantageuse. Mais il faut dire que c'est une solution qui n'est pas très souvent utilisée compte tenu des cotisations sociales qu'elle entraîne²⁸. Pourtant le statut qu'il propose au conjoint, n'est donc pas nouveau. Il est vrai que depuis longtemps la validité du contrat de travail entre époux n'est pas discutée en droit béninois. L'apport du code béninois du travail n'en est pas moins important. En vérité,

il ne permet d'élever aucun nombre d'obstacles. Rien dans ce code n'interdit au conjoint du chef d'entreprise d'être un salarié sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité. Devrait-on proclamer cette évidence ? On pourrait dire oui.

En vérité, même si nous devons faire la peine de l'admettre, doit-on refuser d'admettre le lien de subordination entre époux ? Le code a pourtant le mérite de préciser les conditions dans lesquelles la qualification de salarié pourra être retenue : le travailleur doit participer effectivement à l'entreprise à titre professionnel et habituel et percevoir une rémunération. Il faut ici distinguer un conjoint salarié d'un conjoint qui collabore. Ce dernier doit être traité comme tout salarié. A partir du moment où toutes les conditions du droit de travail sont réunies, l'intéressé est réputé exercer son activité sous l'autorité du chef d'entreprise.

A priori notre démarche n'est pas nouvelle en droit du travail, déjà la jurisprudence induit l'existence d'un lien de subordination d'éléments divers : conditions respectives des parties, conditions d'exécution du travail, rémunération. L'originalité réside dans la présomption que nous éditons. On pourrait d'ailleurs être tenté de donner au code du travail une portée beaucoup plus grande en affirmant que dans les rapports de travail entre époux s'étendent à l'existence d'un lien de subordination qu'il a prévu et serait un véritable critère du contrat de travail entre époux, la présomption ayant un caractère irréfragable. Nous n'allons pas écarter une telle interprétation. On ne saurait briser une jurisprudence classique qui a voulu simplifier la tâche de celui ou de celle qui prétend au bénéfice du code du travail.

Dans ce cas, la preuve contraire doit être apportée. Celui qui désire écarter l'application du code de travail doit démontrer que, malgré la perception d'une rémunération normale, malgré qu'il ait activité du conjoint dans l'entreprise, le travailleur n'était pas sous l'autorité du chef de l'entreprise qui se retrouve être en même temps son époux. Ainsi se trouve assurée une concordance certaine entre droit du travail, celui de la sécurité sociale, celui de la famille et le droit ohada des affaires qui font déjà référence au travail fourni et à sa rémunération sans pour autant ignorer la nécessité d'un véritable « lien de subordination »²⁹. On peut observer également que la nouvelle loi béninoise portant sécurité sociale facilite l'affiliation à la Caisse Nationale de Sécurité Sociale. Dès lors que celui-ci exerce une activité au sein de l'entreprise et est rémunéré, il doit être simplement affilié à titre de travailleur.

26. De même s'il est un associé il doit pouvoir bénéficier d'une couverture suffisante de sécurité sociale. Participant aux activités de l'entreprise et n'ayant ni la qualité de travailleur, ni celle de collaborateur, son titre d'associé peut permettre à le mettre à l'abri en l'affiliant personnellement à un régime d'assurance vieillesse, un régime d'assurance maladie et maternité.

Mais en tant que collaborateur, sa protection est beaucoup moins efficace. Car il doit ici, être considéré comme un mandataire de son conjoint chef d’entreprise. C’est pratiquement en matière d’assurance vieillesse que le collaborateur bénéficie d’une protection autonome. Dans ce cas, on peut être confronté à une double revendication : la reconnaissance de droits propres sans coût supplémentaire pour la société et un partage des cotisations suivi d’un partage des retraites.

On est conscient de ce que le statut de collaborateur que nous offrons au conjoint manque de protection juridique assez forte. Malgré cela il faut dire que le conjoint y trouvera un avantage non négligeable qui est de ne pas supporter les conséquences financières d’un échec dans la vie des affaires de l’autre à partir du moment où il ne veut ou ne peut pas être considéré comme un salarié de la société.

2. Une protection patrimoniale

27. *A priori*, elle semble être bien assurée. Le conjoint associé d’une société à risques limités ne peut perdre son apport. Aucune dette sociale ne lui être imputée. Mieux, pour les auteurs du droit ohada, la société à responsabilité limitée permet la protection de l’ensemble du patrimoine familial. On suggère donc la constitution d’une société entre époux assurant une limitation raisonnable du risque pris dans les affaires.

L’article 9 de l’AUSCGIE, dispose : « Deux époux ne peuvent être associés d’une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement ». Il ressort de cette disposition que la société entre époux est en principe valable. Mais les époux ne peuvent être ensemble membres d’une société qui leur confère à tous deux la qualité de commerçant. D’ailleurs, sur ce on peut faire appel à l’article 7 al 2 de l’AUDCG qui étalent que « ... Le conjoint d’un commerçant n’aura la qualité de commerçant que s’il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux ». Ils ne peuvent donc être associé de SNC ou commandités de SCS. Ils peuvent être par contre actionnaires d’une SA, associés d’une SARL ou commanditaires d’une SCS. Ils peuvent être aussi l’un des commandités et l’autre commanditaire d’une SCS³⁰. On est là loin quand même de la moralisation du droit des sociétés souhaitée, à juste titre par certains³¹.

Dans ce cas, la déception est à la hauteur des espoirs qu’on pouvait attendre du droit ohada. Les époux risquent un peu tard, de découvrir les pièges de la gérance de fait, les incidences de la fictivité. En outre, ils prendront immédiatement conscience de la force insurmontable des réalités économiques : l’insuffisance de la surface financière de la société conduira les créanciers les plus importants à subordonner

leurs concours au cautionnement des associés. Au sein d'une entreprise individuelle, les ambitions du législateur sont plus mesurées : l'entrepreneur ne pouvant échapper aux conséquences patrimoniales d'un échec des affaires, il convient simplement de préserver son conjoint.

28. Avant la réforme ohada, le droit béninois des sociétés donnait à la femme mariée une protection. Celle-ci, en effet n'était pas réputée commerçante si elle ne faisait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'était réputée telle que lorsqu'elle faisait un commerce séparé. Malgré une rédaction vieillotte, le texte n'en constituait pas moins un rempart dont bénéficiait celle qui ne faisait qu'apporter son concours à l'entreprise, en la mettant notamment à l'abri d'une procédure collective. Il est vrai que la seule référence à la femme mariée donnait au texte une signification différente. L'article 4 du code de commerce français était considéré par la doctrine la plus classique comme contribuant au statut d'infériorité en conférant au seul mari la qualité de commerçant, et ce quelle que soit l'importance du rôle de la femme au sein de l'entreprise. Ainsi, l'aspect protecteur du texte était vite passé au second plan, si la femme échappait aux obligations des commerçants, elle ne pouvait en exercer les droits³². En cela il était éminemment contestable, sa modification s'imposait. On regrette là que le législateur n'ait pas saisi l'occasion pour mieux préciser la portée de la règle et distinguer la collaboration du salariat en ce qui concerne une participation véritable de l'activité commerciale. Tout ce qu'il s'est contenté d'admettre c'est de lui dénier toute qualité de commerçant.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 7 de l'AUDCG répute que le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux. Nul doute que le texte s'applique à toute autre activité que le conjoint peut exercer dans au sein de l'entreprise en tant que collaborateur ou salarié. La négation de la qualité de commerçant ne suffit pas totalement à mettre l'époux qui participe à l'activité de son conjoint à l'abri des risques. On a pu soutenir, en effet, qu'un époux qui collabore avec son conjoint sans que celui-ci ne s'y oppose, engage ainsi l'ensemble de la communauté et ses biens personnels (art. 202 al 1). De même on ne voit pas comment un conjoint pourrait collaborer avec son époux sans approuver de même coup l'exercice d'un commerce séparé. Mieux, pour eux, le texte ne présente pas une grande utilité. N'accomplissant pas des actes de commerce pour leur propre compte mais pour le compte de leur mandat ou de leur préposé. L'article 7 al 2 de l'AUDCG suffit à justifier l'inapplication du droit commercial et plus particulièrement des procédures collectives.

Reste l'hypothèse la plus délicate où les deux époux contribuent dans ces conditions analogues à la marche de l'affaire et accomplissent tous les deux des actes de commerce. Rappelons que l'ancien article 4 al 2 du code de commerce, aurait dû

alors conduire à reconnaître au seul mari la qualité de commerçant. Pourtant les juges, approuvés par la doctrine dominante, méconnaissaient ouvertement un texte dépassé. Tirant toutes les conséquences d’une véritable exploitation en commun, ils soumettaient les deux époux aux rigueurs de la faillite³³.

29. A s’en tenir à une interprétation littérale du nouveau texte, lorsque deux époux exploitent en commun un même fonds, il serait impossible d’attribuer la qualité de commerçant à l’un et l’autre. Faute d’exercer un commerce séparé, un des conjoints ne pourrait avoir d’autre qualité. Peut être seulement être salarié ou collaborateur. De manière tout à fait exceptionnelle, il interdit de reconnaître la qualité de commerçant à celui qui accomplit de manière habituelle des actes de commerce au seul motif qu’il est conjoint de commerçant. On en reviendrait à l’interprétation classique de l’article 4 du code de commerce français : la présomption de non-commercialité à un caractère irréfutable et à ses conséquences pratiques dans l’immense majorité des cas, la femme ne pourrait faire l’objet d’une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

On constate pourtant que le législateur ohada n’a nullement envisagé un tel « retour aux sources ». Il suffisait de bilatéraliser la règle en affirmant la jurisprudence qui s’était développée à partir de cette disposition³⁴. Il s’agissait sûrement d’écarter la qualification de commerçant à l’égard du conjoint qui ne fait que participer à l’activité professionnelle de son époux, car il n’accomplit pas des actes de commerce pour son propre compte au sens de l’article 2 de l’AUDCG. En réalité, même dans la rédaction de l’AUDCG, rien n’interdit de reconnaître à la règle exprimée valeur d’une présomption simple. L’époux qui n’exerce pas une activité commerciale séparée n’est pas réputé commerçant. Sa participation à l’œuvre commune est censée ne pas dépasser le stade de la simple collaboration. Par contre, l’accomplissement pour son propre compte des actes de commerce permet aux tiers d’apporter la preuve de sa qualité de commerçant. Tout laisse, donc, pensé que le juge attribuera la qualité de commerçant aux deux époux lorsque ceux-ci assurent ensemble la direction de l’entreprise. D’ailleurs, comment pourrait-il en être autrement lorsque leur rôle est exactement identique ? A supposer qu’un choix est nécessaire, « au bénéfice » de qui l’exercer ? Peut-on se contenter des énonciations du registre du commerce ? C’est-à-dire sur la commercialité subjective ?

30. Il faudra alors distinguer le participant ou le collaborateur du coexploitant ou cogérant. Le premier est à l’écart d’une procédure qui peut atteindre le second. On peut nier la difficulté en soulignant qu’il appartient au conjoint d’opter pour tel statut, et que ses droits et obligations professionnels sociaux en résultent. En d’autres termes, il serait impossible de confier la qualité commerçant à celui qui a décidé d’exercer son activité professionnelle en qualité de conjoint collaborateur. La

solution s'imposerait avec d'autant de force qu'on donnerait l'apparence d'une collaboration alors que le collaborateur avait déjà fait l'objet d'une grande publicité en tant que gérant de la société. On écartera pourtant cette solution qui fait une trop large place à la volonté individuelle. D'ailleurs l'article 2 de l'AUDCG n'a pas supprimé le contrôle que doit opérer le juge sur les qualifications. Seul celui qui se comporte comme collaborateur ou mandataire peut bénéficier des droits qui sont attachés à ce statut et n'être tenu que des obligations qui en résultent. Quant à la mention au registre du commerce, lui donner force de présomption irréfragable de non-commercialité au bénéfice du conjoint serait trop contraire aux effets classiques de l'institution.

Assurément, la distinction sera délicate, tout au plus, peut-on donner quelques orientations. L'exercice d'actes de commerce constitue un critère insuffisant mais l'attitude du conjoint concerne aussi un des aspects de la gestion de l'entreprise. Le collaborateur ou mandataire comme coexploitant accomplit de tels actes, le premier pour le compte du chef d'entreprise, le second pour son propre compte. Celui qui se cantonne dans telle ou telle activité administrative, technique ou commerciale, qui assiste le chef de l'entreprise sans assurer la direction permanente de l'affaire, ne peut être déclaré en règlement judiciaire ou liquidation des biens. A l'opposé, une participation générale à la gestion peut-être retenue pour qualifier le conjoint de coexploitant. De même doit-on prendre en compte l'indépendance plus ou moins grande dont bénéficie le participant. Le coexploitant reste comme tout chef d'entreprise, maître de ses décisions, le collaborateur ou mandataire doit rendre en compte.

31. En somme, en accordant à celui qui travaille dans l'entreprise familiale des droits professionnels nouveaux, en lui assurant une protection sociale plus ou moins complète, le droit béninois combiné au droit ohada marque incontestablement un progrès dans les affaires au sein de l'espace ohada. Elle constitue pourtant une étape. Certaines mesures fiscales doivent le moment venu compléter le tableau pour favoriser le salariat. Cela implique une révision du code de travail béninois ou une telle prévision dans le futur acte uniforme relatif au droit de travail de l'espace ohada. De telles dispositions pourraient prévoir la rémunération à verser, le caractère des liens de subordination qui pourrait exister entre les époux. Pourtant, quels que soient les compléments apportés, les imperfections subsisteront. La reconnaissance de l'activité du conjoint implique une réforme complète de l'entreprise individuelle.

B. L'attribution préférentielle de l'entreprise au conjoint à la mort de l'époux-entrepreneur

32. Elle est prévue, par exemple, à l'article 217 du code des personnes et de la famille du Bénin. Celle-ci permet au conjoint de ne plus se cantonner dans le rôle de « contrôleur ». Propriétaire de l'entreprise, il a tous les pouvoirs. La combinaison de

cet article du code béninois avec l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG est ici encore bien limitée dans son innovation. Le texte (l'article 217 du CPF) complète les critères de choix « en cas de pluralité de demandes ». Il mentionne, en effet, « la participation effective à cette exploitation » du demandeur. Ceci met en exergue la durée de la participation. La volonté du législateur béninois est claire : l'égalité des successibles dans leur aptitude à gérer étant établie, celui qui a consacré une grande partie de son activité à la gestion de la firme bénéficie d'un certain avantage. Il peut conserver une entreprise dont il a assuré, grâce à son travail, le développement.

Il ne faudrait pas conclure à une quelconque « primauté » au bénéfice du conjoint. Tout d'abord, la prise en compte de la durée de la participation n'intervient qu'à titre accessoire, le juge devant, avant tout, prendre en compte l'aptitude à gérer. Certes, on peut penser que celle-ci est d'autant plus vraisemblable que la collaboration a été longue. Au fil des ans, en ne mettant pas fin à l'activité de son conjoint, l'entrepreneur n'a-t-il pas reconnu ses qualités ? Mais des esprits chagrins rétorqueront qu'« aider » et « gérer » sont deux choses différentes. Surtout, quelles que soient les précisions données, le juge statuera en fonction des intérêts en présence³⁵. En tout cas, comme on peut le dire, « le dernier mot appartiendra au juge et non à la loi ». Plus efficace, en pratique, est la possibilité pour le survivant d'obtenir un prêt à taux bonifié pour le paiement de la soulte. Cette solution peut être contestée. Elle est trop contraire à l'égalité qui doit régner dans le partage. Elle n'est d'ailleurs pas toujours favorable à un successible qui s'expose à une revalorisation de la soulte lorsque, par suite des circonstances économiques, la valeur des biens, mis dans son lot, a augmenté de plus d'un ¼ depuis le partage. Le paiement immédiat, grâce à un crédit accordé dans des conditions favorables, donne satisfaction à tous : les créanciers de la soulte ne doivent pas subir les conséquences d'une érosion monétaire mal compensée par les intérêts versés ou par la revalorisation. L'attributaire peut se libérer immédiatement de la dette sans obérer la trésorerie de son entreprise, et en bénéficiant d'avantages fiscaux.

33. Malgré toutes ces dispositions du droit OHADA, l'entreprise individuelle n'est que très difficilement conciliable avec une véritable insertion du conjoint. Innover plus aurait été concevable pour le juge. Il lui convenait alors de repenser complètement cette structure juridique. La tâche est très difficile. On comprend parfaitement qu'un législateur, soucieux d'efficacité, ait préféré encourager le développement des diverses formes sociales.

¹ La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

* Docteur en droit des universités belges et béninoises, enseignant-chercheur à la Faculté de droit et de sciences politiques de Tchaourou de l'Université de Parakou (Bénin) ; clauagoss@yahoo.fr.

² *L'alchimiste*, 1995.

³ L'histoire du droit montre qu'à partir du droit civil des branches du droit se sont plus ou moins éloignées de lui, pour acquérir ce qu'il est convenu d'appeler leur autonomie. Il s'agit du droit commercial, du droit du travail, du droit pénal, ... Mais l'on note maintenant avec le phénomène de la mondialisation un mouvement inverse où de remise en cause de ces catégories traditionnelles fait assister dans une catégorie plus vaste appelée droit des affaires, les matières comme droit commercial, du droit des sociétés, du droit du travail, du droit de la concurrence, du droit de la consommation, du droit financier, du droit pénal, du droit administratif, droit maritime, droit des transports, droit des assurances, droit de la propriété intellectuelle, droit bancaire, droit de la distribution etc. Il vrai qu'on ne saurait ignorer que l'influence du droit commercial sur le droit civil a fait de celui-ci un droit plus souple et moins formaliste. Cf TERRE (F.), *Introduction au droit*, 8^e Ed., Dalloz, 2009, p. 92.

⁴ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est une Institution unique regroupant 17 pays, à savoir : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo, les Comores, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée (Conakry), la Guinée-Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ses objectifs consistent à : Unifier le droit des affaires des États parties au Traité ; Garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques au sein de l'espace de l'organisation ; Promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. Cf www.ohada.com .

⁵ ADIDO (R.), « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme ohada », in *Rev. Penant*, 2004, n°848.

⁶ Articles 9 de l'AUSCGIE, 99 et 100 de l'AUPCAP.

⁷ Article 7 al 2 de l'AUDCG.

⁸ Article 30 de l'AUDCG.

⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 10^e Ed., Paris, Montchrestien, 2010, p. 145 : l'influence se manifeste aussi par le biais du patrimoine, du nom et du domicile.

¹⁰ Articles 371 et 378 du code sénégalais de la famille ; article 109 du code togolais des personnes et de la famille ; al 3 de l'article 496 et l'al 1 de l'article 497 du code zaïrois de la famille ; articles 157, al 4 de 167, 173, 175 et 183 du code béninois des personnes et de la famille ; articles 175, 176 et 177 du code congolais de la famille ; articles 295 al 1, 298, 300, 310 du code burkinabé des personnes et de la famille...

¹¹ Articles 371 et 378 du code sénégalais de la famille ; article 109 du code togolais des personnes et de la famille ; al 3 de l'article 496 et l'al 1 de l'article 497 du code zaïrois de la famille ; articles 157, al 4 de 167, 173, 175 et 183 du code béninois des personnes et de la famille ; articles 175, 176 et 177 du code congolais de la famille ; articles 295 al 1, 298, 300, 310 du code burkinabé des personnes et de la famille...

¹² Article 167 al 3 du Code des Personnes et de la Famille du Bénin.

¹³ ANGELO (D')(B.) et FIERENS-VIALAR (V.), *Introduction au droit*, Paris, Ed. Hachette, 2010, p. 54.

¹⁴ AGOSSOU (C.), *Liberté et Egalité en droit de la famille en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat, UCL/UAC, 2012, p. 7

- ¹⁵ KODO (M.-J.-V.), *L'application des actes uniformes de l'OHADA*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2010, p : 86 : le juge national concoure déjà à rétablir l'égalité des parties en matière contractuelle (CA Bobo-Dioulasso, civ et com. N° 042, 17/05/2004 : Centre Hospitalier « S » c/ M. S. O. ; <http://www.jurisburkina.org/doc/html/bf/jug/cab/fr/2004/2004jbcabf12.html> (consulté le 30 juin 2011)).
- ¹⁶ RANDOUX (D.), « Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? (Loi n°82-596 du 10 juillet 1982) », in JCP, éd. G. 1983. I. 3103.
- ¹⁷ ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), et al, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Juriscope, 2002.
- ¹⁸ DUPONTAVICE et DUPICHOT, *Traité de droit commercial*, 3^e Ed., 2^e Vol., 370-4 ; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, 2^e Ed., t.I, 2^e Vol., n° 794.
- ¹⁹ DERRUPPE (J.) « Régimes de communauté et droit des sociétés », in JCP 71, ed. G. I. 2403 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire*, t. I, n°28.
- ²⁰ Articles 9 de l'AUSCGIE et 183 al 1 du code des personnes et de la famille.
- ²¹ Crim. 9 Août 1851, D.P. 52. 1. 160 ; Req. 7 févr. 1860, D.P. 60. 1. 115 ; 6. févr. 1888, D.P. 88. 1. 401 ; Civ. 5 mai 1902, D.P. 1903. 1. 207 ; 24 févr. 1913, S. 1916. 1. 81 ; 5 juin 1951, D. 1952. Somm. 30 ; Civ. 23 janv. 1912, S. 1912. I. 149 ; Crim. 25 janv. 1950, D. 1950. 212 .
- ²² GUYON (Y.), *Droit des affaires*, 2^e ed., n°107.
- ²³ Article 202 du code des personnes et de la famille du Bénin.
- ²⁴ COLOMER (A.), *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I, n°226.
- ²⁵ ADIDO R., « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme ohada », in Rev. Penant, 2004, n°848.
- ²⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), op. cit., p. 165.
- ²⁷ Soc., 6 nov. 2001, JCP 2002. II. 10030.
- ²⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), op. cit., p. 166.
- ²⁹ POUGOUE (P.-G.) et al. OHADA, *sociétés commerciales et GIE*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2002 ; RIPERT (G) et ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, par GERMAIN (M.) et VOGEL (L.), T1, 17^e Ed., Paris, LGDJ, 1998, n° 276 et s ; Cass. Soc. 3 Juillet 1958, D. 1958. 639 ; DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, p. 352 et s.
- ³⁰ ADIDO (R.), « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme ohada », in Penant n°848, 2004, p. 390 ;
- ³¹ CHAMPAUD (J.), « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », in R.T.D. Com. 1979, p. 579
- ³² HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, 2^e Ed., T 1, n°360-5.
- ³³ MAUBRU (B.), « La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation de biens de deux époux exploitant un commerce en commun », in JCP 76, éd. G, I, 2804.
- ³⁴ MAUBRU (B.), « La fin d'une jurisprudence : le nouvel article 4 du code de commerce », in JCP 82, éd. N., I, p. 227.
- ³⁵ SAVATIER (R.), « Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle en matière de partage », in Mélanges VOIRIN, p. 763.