

**534.** Nous croyons inutile de continuer ce débat, déjà trop long (1). Un mot seulement sur le rôle de législateur que la cour de cassation avait pris dans ses premiers arrêts. Il est certain que si l'arrêt de 1858 est fondé sur les textes, sur les principes et sur la tradition, la première jurisprudence est une violation de la loi et un excès de pouvoir. La cour a donc fait la loi, en donnant à la femme un droit de préférence contre les créanciers de la communauté. Ce nouveau code civil valait-il mieux que l'ancien ? On peut hardiment affirmer que non. C'est, au contraire, sous la pression de l'opinion publique et pour rassurer les intérêts alarmés que la cour s'est donné un démenti solennel en refusant à la femme le droit de préférence que la jurisprudence lui avait reconnu presque unanimement. Sans doute, les droits de la femme sont dignes de la faveur du législateur, et il en a tenu compte en lui donnant une hypothèque légale. Mais les intérêts des créanciers sont plus favorables encore, car l'intérêt des tiers c'est l'intérêt général. Il y a des créanciers qui traitent avec le mari sur la foi de sa richesse mobilière ; or, la femme augmente le crédit du mari en consentant à l'aliénation de ses propres et en versant le prix dans la communauté ; elle engage par là les tiers à traiter avec son mari ; viendra-t-elle ensuite opposer à ces mêmes créanciers son droit de reprise ? c'est-à-dire reprendra-t-elle, sous forme de prélèvement, les biens qui ont contribué à rassurer les créanciers ? Dupin a dit que le droit de reprise ainsi entendu serait un droit de surprise. C'est un bon mot, mais c'est aussi un mot juste (2).

N° 6. NATURE DU DROIT DE REPRISE.

I. Est-ce un droit mobilier ?

**535.** Quelle est la nature du droit de reprise ? Est-ce un droit mobilier ? Ou est-ce un droit immobilier quand le

(1) Voyez l'excellente réfutation que Colmet de Santerre a faite de l'ancienne jurisprudence (t. VI, p. 292, nos 132 bis III et suivants).

(2) Réquisitoire de Dupin (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, p. 297, n° 132 bis XIII.

prélèvement s'exerce en immeubles ? Il nous semble que, dans l'opinion consacrée par la dernière jurisprudence de la cour de cassation, la réponse ne saurait être douteuse. Elle est fondée sur le principe que la femme n'a qu'un droit de créance ; or, tous les droits de créance sont mobiliers, parce qu'ils tendent à mettre dans les mains du créancier une somme d'argent, c'est-à-dire une chose mobilière ; on peut donc appliquer aux reprises cette vieille définition : *Jus est mobile quod tendit ad mobile*. Toutefois la question est controversée. Constatons d'abord quel est l'intérêt pratique du débat, si l'on applique aux reprises les principes qui régissent les droits mobiliers. La veuve qui a un droit de reprise dans une première communauté se remarie sous le régime de la communauté légale ; son droit de reprise entrera-t-il dans l'actif de la communauté ? Oui, puisque c'est un droit mobilier ; si donc la première communauté se liquide et que la femme prélève ses reprises en immeubles, ces immeubles entreront en communauté, parce que la femme les reçoit à titre de reprise, c'est-à-dire de droit mobilier. De même si la femme ou le mari font un legs universel de leur mobilier, le légataire aura droit aux reprises, alors même que, lors de la liquidation de la communauté, les reprises s'exerceraient par un prélèvement sur les immeubles. Il n'y a qu'une restriction à faire à cette décision : la volonté des parties contractantes fait leur loi, et l'intention du testateur fait aussi loi pour l'interprétation de ses dispositions ; il faut donc avant tout voir ce que veut le disposant et ce que veulent les parties (1). C'est le droit commun.

**536.** Dans l'opinion qui a régné pendant cinq ans dans la jurisprudence sur les reprises de la femme, la nature des reprises dépendait du prélèvement. La femme étant censée les exercer à titre de propriétaire, son droit était considéré comme mobilier quand elle prélevait des meubles, et comme immobilier quand elle prélevait des immeubles. Un arrêt rendu par la chambre des requêtes, sous l'empire de la nouvelle jurisprudence, réfute dans des

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 358, § 511, et les arrêts cités plus bas.

termes très-vifs cette doctrine qui est, en effet, étrange; elle est contraire à tous les principes du droit, dit la cour, et repose sur une confusion qui ne résiste pas à l'examen. Il y a dans la femme mariée deux personnes distinctes qui ont des droits d'une nature toute différente. En sa qualité de femme commune, elle a sur la communauté un droit de copropriété qui aboutit à une action en partage quand elle accepte la communauté. En qualité de créancière de la communauté, elle a contre elle une action à l'effet de se faire payer le montant de ses reprises dont la communauté est débitrice; et de quoi la communauté est-elle débitrice? Des valeurs qui y ont été versées du chef de l'aliénation des propres de la femme; elle reçoit des valeurs, et elle doit les restituer; sa dette est donc mobilière, et partant le droit de l'époux est mobilier. On objecte que la femme exerce ses reprises par voie de prélèvement sur les biens de la communauté. Ce prélèvement change-t-il la nature du droit de reprise? La reprise ne consiste pas dans le prélèvement; ce prélèvement est un mode d'exercer la reprise, c'est-à-dire un mode de paiement. Est-ce que la mode de payer une créance en détermine la nature? Non, certes. Donc la nature de la reprise reste la même, que l'époux créancier prélève des immeubles ou des meubles; mobilière dans son principe, elle reste mobilière, de quelque manière qu'elle s'exerce (1).

**537.** On est étonné de voir l'ancienne doctrine survivre à la nouvelle jurisprudence inaugurée en 1858 par les chambres réunies. MM. Rodière et Pont qualifient de méprise évidente la décision de la chambre des requêtes que nous venons d'analyser (2). En quoi consisterait cette prétendue erreur? On invoque le principe de la rétroactivité du partage, et on l'applique au prélèvement. Il nous semble que si méprise il y a, c'est de la part de ceux qui parlent de la rétroactivité du partage, alors qu'il n'y a pas encore de partage. En effet, les prélèvements sont une

(1) Rejet, 2 juin 1862, sur le rapport de Renault d'Ubexi (Daloz, 1862, 1, 420).

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 348, n° 1082, et t. I<sup>er</sup>, p. 302, nos 383 et suiv. Comparez Mourlon, t. III, p. 100, note. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 357 et note 13, § 511.

opération préliminaire au partage; c'est ce que dit l'article 1474: « Après que les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux et ceux qui les représentent. » Si le partage ne se fait qu'après les prélèvements, on ne peut pas dire que le prélèvement soit un partage. Ce qui prouve encore que les reprises des époux n'ont rien de commun avec le partage de l'actif, c'est que la femme a droit à ses reprises, alors même qu'elle renonce (art. 1493), et l'article 1495 dit que la femme renonçante peut exercer ses reprises, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari. Il est vrai que la question de savoir si la femme qui renonce a les mêmes privilèges que la femme qui accepte est controversée. Mais peu importe; ce qui ne peut être contesté, puisque la loi le dit, c'est que la femme renonçante a les mêmes reprises que la femme acceptante; le droit de reprise est identique dans les deux hypothèses; s'il est mobilier quand la femme renonce, comment serait-il immobilier lorsque la femme accepte? Quant à la rétroactivité du partage, il faut l'écartier. Nous l'écartons parce qu'il ne saurait être question de faire rétroagir un partage qui n'existe pas. Et on ne peut étendre aux opérations préliminaires du partage un principe que la loi établit seulement pour le partage. Il y a de cela une raison décisive, c'est que la rétroactivité du partage est une fiction, et on n'étend pas les fictions. Or, la doctrine que nous combattons établit une nouvelle fiction, la rétroactivité des opérations préliminaires du partage; les interprètes n'ont pas ce droit-là, quand même ils auraient les meilleures raisons pour faire rétroagir les prélèvements. Nous croyons inutile d'insister, les principes ayant une certitude absolue. La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens (1); les cours de France sont divisées (2).

(1) Cassation, 18 juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 319). Liège, 19 janvier 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 140). Bruxelles, 7 mars 1857; 12 janvier 1859; 16 novembre 1865; 18 juillet 1866 (*ibid.*, 1857, 2, 14; 1864, 2, 34; 1866, 2, 174; 1867, 2, 259).

(2) Metz, 10 avril 1862 (Daloz, 1862, 2, 141). En sens contraire, l'arrêt précité (p. 560, note 1) de la cour de cassation.

**538.** Il va sans dire que ces principes reçoivent leur application au cas où la femme renonçante exerce ses reprises. Peu importe que l'on accorde ou que l'on refuse à la femme renonçante les privilèges de la femme qui accepte, cela regarde l'exercice du droit, le mode de paiement, et la nature du droit dépend de son objet et non de la manière dont il est exercé.

Par la même raison, le principe s'applique à toute espèce de reprises dues par la communauté, pour les indemnités du n° 3 de l'article 1271, aussi bien que pour le prix des immeubles, cas prévu par le n° 2. Le principe est toujours le même; seulement en se plaçant au point de vue des objections que l'on fait à notre opinion, on peut dire qu'il y a un argument *à fortiori* dans le cas prévu par le n° 3. Ainsi quand la femme s'oblige solidairement avec son mari dans l'intérêt de la communauté, elle a droit à une indemnité. Comment soutenir, dans ce cas, que la créance de la femme est immobilière? Elle demande à être dédommée d'une obligation; elle doit une somme d'argent, et elle a droit, à titre d'indemnité, à une somme d'argent. Tout est mobilier dans ce fait juridique. Qu'importe après cela comment se règle le paiement?

#### II. Les prélèvements sont-ils une dation en paiement?

**539.** On a souvent comparé le prélèvement à une dation en paiement. Il y a, en effet, une analogie apparente. L'époux, créancier de la récompense, a droit à une somme d'argent; c'est ce que nous venons d'établir pour prouver que son droit est mobilier; en paiement de cette somme d'argent, il prélève des meubles ou des immeubles; voilà, en apparence, une dation en paiement. Toutefois la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider qu'il n'y a pas de véritable dation en paiement. Aux termes de l'article 1243, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, et il va de soi qu'il ne peut demander que ce qui lui est dû. Si donc le créancier d'une somme d'argent reçoit en paye-

ment une chose mobilière ou immobilière, cela se fait par concours de consentement, c'est-à-dire par une convention nouvelle qui équivaut à une vente, en ce sens, du moins, qu'elle est translatrice de propriété. Est-ce ainsi que les choses se passent en cas de prélèvement? Non; c'est une masse qui est débitrice; cette masse n'est pas une personne civile, elle n'a même plus de représentant dans le mari, puisque la communauté est dissoute; les deux époux ou leurs héritiers liquident, celui qui est débiteur rapporte à la masse ce qu'il doit, celui qui est créancier prélève ce qui lui est dû, et il fait ce prélèvement en effets de la communauté; c'est un droit pour lui, il l'exerce sans le concours de consentement de son conjoint ou de ses héritiers; c'est la loi qui règle ainsi le mode de paiement des récompenses. Il y a une autre différence plus importante entre la dation en paiement et le prélèvement. Le débiteur qui, du consentement du créancier, lui donne en paiement un meuble ou un immeuble, donne une chose qui lui appartient dans le but d'en transférer la propriété, aussi la dation en paiement est-elle essentiellement translatrice de propriété. Il n'en est pas de même quand l'époux, créancier d'une indemnité, prélève ce qui lui est dû en effets de la communauté; la masse sur laquelle il fait le prélèvement est une masse indivise dont il est copropriétaire; en prélevant un effet de la communauté, il prend en paiement de ce qui lui est dû une chose dont il est copropriétaire par indivis; il ne peut s'agir de transférer la propriété à celui qui est déjà propriétaire. Le prélèvement n'opère donc pas une translation de propriété, c'est une liquidation de créances et de dettes qui se fait d'après des règles particulières, ce qui évite la lenteur et les frais d'une vente à laquelle, à défaut de prélèvement en nature, les parties intéressées auraient dû procéder (1).

**540.** Du principe que le prélèvement n'est pas un acte translatif de propriété suivent des conséquences très-importantes. Quand le débiteur donne un immeuble en paiement de ce qu'il doit, il s'opère une translation de pro-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 365, note 31, § 511, et les autorités qu'ils citent. Comparez les arrêts cités plus loin (nos 540 et 541).

priété immobilière; par suite, l'acte qui constate la dation en paiement doit être transcrit, d'après les lois qui, en Belgique et en France, exigent la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers (1). En est-il de même du prélèvement qui se fait en immeubles? La question est controversée; nous y reviendrons au titre des *Hypothèques*. Si l'on admet les principes que nous venons d'exposer, il faut décider qu'il n'y a pas lieu à transcription. Il est certain que le prélèvement ne doit pas être rendu public comme opérant transmission de la propriété, puisqu'il n'est pas translatif de propriété. La cour de cassation de France l'a jugé ainsi; elle a décidé que le prélèvement ne constitue ni un partage proprement dit, ni une dation en paiement. Toutefois la cour ajoute que c'est une opération déclarative de propriété; ici naît un doute, car, d'après notre loi hypothécaire, les actes déclaratifs de propriété sont aussi soumis à la transcription; c'est cette question dont nous ajournons l'examen.

La cour de cassation tire du principe qu'elle consacre une conséquence très-logique. On suppose que l'immeuble prélevé par l'époux est grevé d'un privilège ou d'une hypothèque non inscrits; le créancier peut-il encore prendre inscription après le prélèvement? Si l'on admet que le prélèvement ne doit pas être transcrit, l'inscription peut toujours être faite utilement, puisqu'il n'y a aucun changement dans la situation des parties intéressées; le créancier privilégié ou hypothécaire conserve le droit de prendre inscription, tant qu'il n'y a pas d'acte translatif de propriété qui ait été transcrit (2).

**541.** Il a été jugé que les prélèvements exercés par la femme acceptante ne sont pas soumis au droit de mutation; nous dirons plus loin qu'il en est autrement des reprises de la femme renonçante. L'arrêt de la cour de cassation établit nettement le caractère du prélèvement. La femme, dit la cour, qui exerce ses reprises sur les biens

(1) Loi hypothécaire belge, art. 1<sup>er</sup>. Loi française du 23 mars 1855, art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>.

(2) Rejet, chambre civile, 20 juillet 1869 (Daloz, 1869, 1, 497). Aubry et Rau, t. V, note 49, § 209.

de la communauté agit en la double qualité de créancière et de commune; elle se paye sur des biens sur lesquels elle ne peut, sans doute, réclamer un droit de préférence à l'égard des autres créanciers de la communauté, mais dont elle n'est pas moins copropriétaire par indivis avec son mari ou ses héritiers; le prélèvement qu'elle exerce est, au point de vue des droits d'enregistrement, l'une des opérations du partage, avec lequel il se confond (1). Il en serait ainsi alors même que la femme dont les reprises excèdent la valeur des effets qui composent la masse, fait l'abandon de la communauté aux héritiers du mari, à la charge par eux de payer ses reprises. Peu importe, dit la cour, comment les prélèvements se font, c'est-à-dire comment les reprises s'exercent; la créance de la reprise reste toujours la même, que le prélèvement se fasse en prenant certaines valeurs de la masse ou qu'il s'effectue par le paiement d'une somme d'argent; il n'est, dans l'une et l'autre hypothèse, qu'un règlement entre époux et une opération de liquidation destinée à déterminer la consistance de la communauté et n'impliquant aucune transmission de propriété. Dans l'espèce, il y avait, en apparence, transmission de propriété, puisque la femme abandonnait aux héritiers du mari ses droits sur la communauté. La cour de cassation répond que la femme ne peut pas transmettre une propriété qu'elle n'a point; la masse indivise appartient, à la vérité, aux deux époux, mais ils ne peuvent la partager qu'après que les prélèvements ont été faits; donc ce sont les biens, déduction faite des prélèvements, qui constituent la masse partageable, et qui forment la propriété indivise des communistes. Quand les prélèvements absorbent et au delà les biens de la communauté, il ne reste rien pour la masse partageable; la femme ne cède donc rien de cette masse aux héritiers; partant, l'abandon qu'elle leur fait n'opère aucune transmission de propriété. La femme, dit la cour, ne se dessaisit pas, au profit des héritiers du mari, d'un droit de propriété qu'elle n'avait point; elle leur cède ses droits

(1) Cassation, 3 août 1858 (Daloz, 1858, 1, 310).

sur les biens de la communauté qu'elle pouvait prendre tous à titre de prélèvement, donc sans transport de propriété<sup>(1)</sup>. Sur ce dernier point, il nous reste quelque doute. La femme a le droit de prendre toute la communauté à titre de prélèvement, sans qu'il y ait transmission de propriété, cela est certain. Mais quand la femme abandonne toute la communauté aux héritiers du mari, elle ne prélève pas, elle cède ses droits sur l'actif, et c'est en vertu de cette cession que les héritiers du mari deviennent propriétaires; sans la cession, ils n'auraient eu aucun droit sur les biens que la femme leur a abandonnés; s'ils ne deviennent propriétaires que par la cession, ne faut-il pas en conclure que l'abandon constitue un transport de propriété?

**542.** En cas d'insuffisance des biens communs, la femme peut agir contre le mari (art. 1472). Si le mari ou ses héritiers lui donnent en paiement de ses reprises des meubles ou des immeubles, il y a dation en paiement proprement dite, donc transport de propriété, avec toutes les conséquences qui en résultent : nécessité de la transcription et paiement des droits de mutation. Ce principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence, et il ne saurait être contesté. La femme qui agit contre son mari est une créancière ordinaire, elle n'exerce pas son droit par voie de prélèvement sur les biens du mari, car elle n'a aucun droit sur ces biens, sinon le droit de gage qui appartient à tout créancier. Il est vrai que l'article 1472 dit que la femme exerce ses reprises *sur les biens personnels du mari*, mais la loi s'exprime ainsi par opposition aux *biens de la communauté* qui se trouvent insuffisants; elle n'a pas pu donner à la femme un droit de prélèvement sur des biens qui ne font pas partie de la communauté. La femme doit, par conséquent, procéder par voie de saisie, comme font tous les créanciers<sup>(2)</sup>.

(1) Cassation, 1<sup>er</sup> décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 17).

(2) Cassation, 3 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310). Mourlon, t. III, p. 96, n<sup>o</sup> 226.

### § III. Des créances de l'un des époux contre l'autre.

**543.** L'article 1478 porte : « Après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels. » On appelle d'ordinaire ces créances des *récompenses* entre époux; la loi ne se sert pas de cette expression; l'article 1479 qualifie de *créances personnelles* celles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre. Ces créances diffèrent, en effet, des récompenses; celles-ci sont soumises à des règles spéciales qui ne s'appliquent pas aux créances entre époux, il vaut donc mieux s'en tenir à la terminologie du code.

**544.** Quand l'un des époux est-il créancier personnel de l'autre? L'article 1478 donne un exemple : « Comme lorsque le prix de son bien a été employé à payer une dette personnelle à l'autre époux; » puis la loi ajoute : « Ou pour toute autre cause. » L'exemple est emprunté à Pothier, il faut y faire une restriction. Si le prix provenant de la vente d'un propre est versé dans la communauté, celle-ci devra une récompense à l'époux propriétaire de l'immeuble aliéné (art. 1433), et si les deniers servent ensuite à payer une dette personnelle à l'autre conjoint, celui-ci devra une indemnité à la communauté; il y aura, dans ce cas, lieu à une double récompense, sans que l'époux propriétaire de l'héritage devienne créancier personnel de son conjoint. Pour que l'époux qui vend un propre, afin de payer la dette de son conjoint, devienne créancier personnel de celui-ci, il faut que le prix soit remis directement au créancier ou que le prix lui ait été délégué; il en serait de même si l'immeuble était donné en paiement de la dette. Dans tous ces cas, le prix n'étant pas versé dans la communauté ni employé par elle, il n'y a pas lieu à récompense; l'époux dont le propre a servi à acquitter une dette de son conjoint devient créancier personnel de celui-ci. La distinction est importante; il en résulte que l'on n'applique pas à l'époux