

mêmes de l'article 1511, *il doit être fait raison*, sont la reproduction de l'expression qui se trouve dans le premier alinéa de l'article 1510 : « Les époux doivent se faire respectivement raison »; or, ce premier alinéa ne concerne que les effets de la séparation des dettes entre les conjoints. En faut-il conclure que la séparation tacite ne peut être opposée aux créanciers? Ce serait une dérogation aux principes que rien n'expliquerait et qui n'aurait pas de raison d'être. Les époux qui veulent la séparation des dettes doivent vouloir aussi qu'elle soit efficace; or, elle ne l'est que si elle peut être opposée aux créanciers; donc toute clause de séparation des dettes doit avoir effet à l'égard des créanciers. Il faudrait une disposition formelle dans la loi pour qu'on pût admettre que les parties et le législateur ont voulu que la clause d'apport n'eût aucun effet à l'égard des créanciers, contre lesquels elle est, en réalité, stipulée. Tout ce qui résulte du texte de l'article 1511, combiné avec l'article 1510, c'est que la clause d'apport entraîne séparation des dettes entre les époux; bien loin d'en conclure qu'elle n'a pas d'effet à l'égard des tiers, il faut, au contraire, en induire qu'elle peut leur être opposée, puisque telle doit être l'intention des parties intéressées; or, c'est cette volonté qui est décisive, puisqu'il s'agit de conventions que le législateur se borne à formuler et à interpréter. Les auteurs du code ont suffisamment déclaré que tel est l'effet naturel de la séparation tacite, en traitant de la clause d'apport dans la section consacrée à la séparation des dettes (1).

Il y a une objection plus sérieuse. La clause de *franc et quitte* prévue par l'article 1513 emporte aussi séparation des dettes, mais seulement entre époux; elle n'a aucun effet à l'égard des tiers. Ne doit-on pas en conclure qu'il en est de même de la clause de séparation tacite de l'article 1511? La réponse se trouve dans le texte de l'article 1513; il dit formellement que les créanciers ont action contre la communauté, tandis que l'article 1511 ne dit pas

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 466, note 11, § 523. Colmet de Santerre, t. VI, p. 391, n° 177 bis II.

cela, il garde le silence; or, on ne peut se prévaloir du silence de la loi pour lui faire dire autre chose que ce qu'elle dit.

ARTICLE 3. De la clause de franc et quitte.

§ 1^{er}. Notions générales.

313. La clause de franc et quitte est celle par laquelle l'un des époux est déclaré, par le contrat de mariage, franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage; celui qui fait cette déclaration s'en porte garant et s'oblige à indemniser le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte du préjudice qu'il éprouve par suite des dettes dont serait grevé l'époux qui a été faussement déclaré n'avoir point de dettes (art. 1513).

Quelle est l'utilité de cette clause? En apparence, elle est inutile; la clause de séparation des dettes paraît produire le même effet, et même un effet plus considérable, puisqu'elle peut être opposée aux tiers; tandis que la clause de franc et quitte ne concerne que les relations des époux. En réalité, la clause de séparation des dettes n'atteint pas toujours son but; la communauté a, à la vérité, un recours contre l'époux dont elle a payé les dettes; elle a un débiteur, mais si ce débiteur est insolvable, à quoi servira la récompense de la communauté? Or, c'est précisément contre ceux qui sont insolvable ou qui menacent de le devenir que la séparation des dettes est stipulée. Pour que la garantie soit efficace, il faut qu'un tiers intervienne et promette d'indemniser l'époux qui souffre un préjudice à raison des dettes de son conjoint: c'est une espèce de cautionnement que fournit le garant et qui assure le payement de l'indemnité à laquelle a droit l'époux qui est lésé par les dettes de son conjoint (1).

314. Ce sont d'ordinaire, dit Pothier, les parents du futur époux qui se font fort qu'il est franc et quitte de dettes. Le code suppose aussi que l'un des époux est dé-

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 83, n° 1474

claré franc et quitte par le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur. C'est la supposition de ce qui se fait ordinairement, ce n'est pas une disposition restrictive. Tout le monde admet qu'un tiers, non parent, peut faire la déclaration de franc et quitte; la loi elle-même nomme le tuteur; si le tuteur peut déclarer son pupille franc et quitte, pourquoi tout tiers n'aurait-il pas le même droit? Il est inutile d'insister, puisqu'il n'y a pas de dissentiment. L'époux même peut se déclarer franc et quitte; c'est une clause moins utile au conjoint, car la garantie de l'époux peut être inefficace s'il est insolvable; et notre clause est une clause de défiance à l'égard de celui qui a des dettes cachées et qui d'ordinaire est insolvable; mais, quoique la garantie soit moindre ou nulle, la stipulation n'est pas moins licite, puisqu'elle n'est pas prohibée (1).

§ II. Effets de la clause.

NO I. SÉPARATION DES DETTES.

315. La clause de franc et quitte est-elle une clause de séparation des dettes? Pothier dit que les deux clauses sont entièrement différentes; il ne considère pas même la déclaration de franc et quitte comme une convention de mariage; elle n'intervient pas entre les futurs époux, elle se fait entre la femme et les parents du mari, qui le déclarent franc et quitte; le mari ne s'oblige à rien, il n'est pas censé partie à la convention. Cette doctrine était fondée sur la subtilité du droit. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; or, qui est partie dans la clause de franc et quitte? Le garant et l'époux qui est garanti contre les dettes de son conjoint; quant à celui-ci, il reste en dehors de la clause; donc la clause n'a aucun effet à son égard (2).

Le code n'a pas consacré cette théorie. Aux termes de

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 286, n° 369, Colmet de Santerre, t. VI, p. 394, n° 179 bis I.

(2) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 370.

l'article 1513, l'indemnité à laquelle le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte a droit se prend d'abord sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur et sur ses biens personnels; c'est seulement en cas d'insuffisance que l'indemnité peut être poursuivie contre le garant. Donc la clause, loin d'être étrangère à l'époux déclaré franc et quitte est, avant tout, exécutée contre lui; c'est lui qui est le débiteur principal de l'indemnité, les garants ne sont tenus qu'accessoirement. La doctrine du code est plus morale que celle de l'ancien droit, et elle se concilie très-bien avec les principes. Conçoit-on qu'un homme dont on suspecte la solvabilité et qui se fait garantir franc et quitte de toutes dettes reste étranger à une déclaration qui est la condition de son mariage? Quoiqu'il garde le silence, il est partie en cause; le silence n'empêche pas le consentement, car on peut consentir tacitement. Après tout, c'est l'époux déclaré franc et quitte qui est débiteur; il laisse déclarer qu'il est sans dettes, alors qu'il sait qu'il en a; il trompe donc son conjoint, c'est un quasi-délit dont il doit être responsable. Ainsi, sous quelque rapport que l'on envisage son silence, il implique une obligation. C'est lui le débiteur; ceux qui l'ont déclaré franc et quitte ne sont que ses cautions.

316. Il y a cependant des différences entre la clause de séparation des dettes et la clause de franc et quitte (1). Elle entraîne séparation des dettes à l'égard de l'époux déclaré franc et quitte; c'est à ce titre que le code en traite dans la section qui est intitulée : *De la clause de séparation des dettes*. L'article 1513 explique en quel sens il y a séparation de dettes. Si réellement l'époux déclaré franc et quitte n'a point de dettes, alors la clause n'a aucun effet; quand il n'y a pas de dettes, il ne peut être question de les exclure de la communauté. Si l'époux déclaré franc et quitte a des dettes antérieures au mariage, à raison desquelles la communauté est poursuivie, le conjoint a droit à une indemnité, qui se prend sur la part de communauté de l'époux déclaré franc et quitte et sur ses biens

(1) Duranton, t. XV, p. 159, n° 118. Colmet de Santerre, t. VI, p. 394, n° 179 bis II.

personnels. Par suite de ce recours en indemnité, c'est l'époux déclaré franc et quitte qui supporte ses dettes antérieures au mariage; donc il est, sous ce rapport, séparé de dettes.

Mais cette séparation des dettes n'a pas d'effet à l'égard des créanciers; l'article 1513 leur reconnaît implicitement le droit de poursuivre la communauté, et il suppose que sur cette poursuite la communauté paye; donc, à l'égard des créanciers, les dettes tombent en communauté (1). C'est une conséquence du principe établi par l'article 1528. Ceux qui stipulent la clause de franc et quitte n'entendent pas déroger aux règles de la communauté sur les droits des créanciers; en supposant que l'époux déclaré franc et quitte ait des dettes antérieures au mariage, il est tenu à une indemnité. Voilà la clause en essence, elle est étrangère au droit des créanciers; donc elle n'y déroge pas, et, partant, les créanciers restent sous l'empire du droit commun; ils ont le droit d'agir contre la communauté, sauf aux parties intéressées à régler l'indemnité que doit payer l'époux franc et quitte, et qui, à son défaut, peut être poursuivie contre les garants. Dira-t-on que la clause emporte séparation de dettes entre époux et que cette séparation, pour être efficace, doit avoir effet à l'égard des tiers? Nous répondons que la clause, par elle-même, n'emporte pas exclusion des dettes, comme la clause d'apport; les parties contractantes ne disent pas que les dettes sont exclues, elles disent seulement que s'il y a des dettes, l'époux lésé aura une action en indemnité; or, les conventions ne peuvent pas avoir un effet que les parties n'ont pas entendu leur donner.

317. La clause de séparation des dettes, dit l'article 1512, n'empêche pas que la communauté soit chargée des intérêts et arrérages qui ont couru pendant le mariage. En est-il de même dans la clause de franc et quitte? Non, car déclarer que l'époux n'a pas de dettes, c'est déclarer qu'il ne doit pas d'intérêts; si donc il a des

(1) C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Bellot des Minières, dont l'avis est resté isolé (Aubry et Rau, t. V, p. 491, note 4, § 527).

dettes et que la communauté paye les intérêts, il en résultera un préjudice pour l'autre conjoint, préjudice identique avec celui qu'il souffre de l'existence de la dette capitale; donc il a droit à une indemnité à raison des intérêts que la communauté a payés (1).

318. L'article 1510 suppose que la clause de séparation des dettes est stipulée à l'égard des deux époux, tandis que l'article 1513 suppose que l'un des époux est déclaré franc et quitte. Ce sont les clauses usuelles; d'ordinaire l'une est bilatérale et l'autre unilatérale. Mais les parties sont libres de stipuler le contraire; elles peuvent convenir que la clause de séparation des dettes n'existera qu'à l'égard de l'un des époux, et tous les deux peuvent être déclarés francs et quittes. Cette différence entre les deux clauses, signalée par Duranton, n'est donc qu'accidentelle (2).

NO 2. DE L'INDEMNITÉ.

319. Quel est l'effet de la clause entre époux? Pothier formule le principe en ces termes: « Les parents déclarant leur fils franc et quitte s'obligent envers la femme *in id quanti ejus interest*, que son mari ait été tel qu'on le lui a déclaré (3). » Il faut ajouter, sous l'empire du code, que cette obligation incombe avant tout à l'époux déclaré franc et quitte; ceux qui l'ont déclaré tel ne sont tenus que comme garants. L'action du conjoint est donc une action en dommages-intérêts: il a droit à une indemnité dans tous les cas où il est lésé par les dettes de l'époux qui, d'après la déclaration, n'en avait pas.

320. Dans l'ancien droit, l'objet principal de la déclaration était de garantir à la femme les reprises qu'elle a à exercer sur la communauté, et pour lesquelles elle a un recours subsidiaire sur les biens personnels du mari. En cas d'insolvabilité du mari, la femme éprouve un préjudice, puisqu'elle n'est pas colloquée pour une somme aussi forte qu'elle l'eût été sans lesdites dettes. Le préjudice est

(1) Duranton, t. XV, p. 175, n° 136, et tous les auteurs.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 375. Duranton, t. XV, p. 153, n° 113

(3) Pothier, *De la communauté*, n° 369.

évident, d'après la dernière jurisprudence de la cour de cassation. En effet, la femme n'a pas de préférence à l'égard des créanciers, elle est payée par contribution (art. 2093); or, sa part contributive sera moindre s'il y a des dettes antérieures. Il y a préjudice, donc action en indemnité (1).

Puisque le droit du conjoint à une indemnité est une action en dommages-intérêts, il en faut conclure que le montant de l'indemnité dépend du préjudice que les dettes ont causé à l'époux qui est lésé. Voici un exemple que nous empruntons à l'excellent ouvrage de M. Colmet de Santerre. On suppose que la femme est en conflit avec des créanciers chirographaires et qu'elle n'a que son action personnelle, le mari ne possédant pas d'immeubles. Ses droits s'élèvent à 40,000 francs; le mari laisse un actif mobilier de 10,000 francs, 20,000 francs de dettes antérieures et 40,000 francs de dettes postérieures au mariage; donc un actif de 10,000 et un passif de 100,000; la femme a 10 p. c., comme les autres créanciers, soit 4,000 francs. Quel est le préjudice que lui causent les dettes du mari? S'il n'y avait pas eu de dettes antérieures, l'actif de 10,000 francs aurait été partagé entre la femme et les créanciers postérieurs, c'est-à-dire par moitié. La femme aurait eu 5,000 au lieu de 4,000; elle éprouve donc un préjudice de 1,000 francs; c'est le montant de l'indemnité qu'elle pourra réclamer contre le mari et, s'il y a lieu, contre les garants. Il est vrai qu'elle est en perte de 35,000 francs; mais cette perte ne résulte pas des dettes antérieures du mari, elle résulte de l'insuffisance de son patrimoine et du concours des créanciers postérieurs; or, la clause de franc et quitte est étrangère à ces deux causes de perte (2).

321. La future peut aussi être déclarée franche et quitte de toutes dettes, quoique cela arrive rarement, dit Pothier. Si la future a des dettes, le mari aura droit à une indemnité. Mais de quel chef? Le mari n'a pas d'action sur les biens de la femme pour ses reprises. Il faut donc

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 366. Duranton, t. XV, p. 164, nos 124-127.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 400, n° 179 bis XII.

supposer que la femme lui a fait une donation. D'après l'article 1480, les donations s'exécutent sur les biens personnels du donateur. Si les biens de la femme donatrice sont épuisés ou diminués par ses dettes antérieures au mariage, le mari aura une indemnité à raison du préjudice que lui causent ces dettes, et dans les limites du préjudice (1).

322. Il y a une seconde cause de préjudice que le conjoint éprouve quand l'époux déclaré franc et quitte a des dettes antérieures au mariage : sa part dans la communauté aurait été meilleure si elle n'avait pas été diminuée par lesdites dettes. Dans l'ancien droit, la question de savoir s'il était dû une indemnité de ce chef était controversée. La pratique n'accordait pas d'indemnité à l'époux. Si les auteurs du code avaient entendu consacrer cet usage, ils auraient dû distinguer entre les deux causes de préjudice, en accordant une indemnité pour l'une et en la refusant pour l'autre. Or, l'article 1513 ne fait aucune distinction. Cela est décisif. L'esprit de la loi est conforme au texte. Dans l'ancien droit, on ne considérait pas la clause de franc et quitte comme une clause de communauté (n° 315); il était donc très-logique de ne lui donner aucun effet entre les époux, considérés comme époux communs en biens. Le code a abandonné cette théorie; en changeant de principe, il a dû répudier la conséquence que l'on en déduisait. Puisque la clause de franc et quitte est une clause de séparation des dettes, le but en est général; elle est stipulée pour garantir le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte contre tout préjudice qu'il peut éprouver par l'existence de dettes antérieures au mariage à charge de l'autre époux (2).

323. Dans l'application du principe à cette seconde cause d'indemnité, il faut distinguer entre le mari et la femme. C'est d'ordinaire le mari qui est déclaré franc et quitte. S'il a des dettes, la femme aura-t-elle, dans toute hypothèse, droit à une indemnité? La communauté peut

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 373.

(2) C'est l'opinion unanime des auteurs, sauf le dissentiment de Battur (Aubry et Rau, t. V, p. 491, note 6, § 527).

être tellement mauvaise que la femme renonce. Elle cesse alors d'être femme commune; n'ayant aucune part dans la communauté, elle ne peut pas réclamer une indemnité, fondée sur le mauvais état de la communauté. Si elle veut exercer un droit que la loi accorde à la femme commune, elle doit accepter. C'est une différence entre la seconde cause d'indemnité et la première. Quoique renonçante, la femme a le droit d'exercer ses reprises sur les biens du mari (art. 1495); partant, elle peut, de ce chef, réclamer une indemnité à raison du préjudice que lui font éprouver les dettes du mari.

La femme qui accepte a-t-elle toujours droit à une indemnité? Comme les dettes rendent la communauté moins bonne, on pourrait croire qu'il y a toujours un préjudice pour la femme et, par conséquent, qu'elle a toujours droit à une indemnité. Mais il faut se rappeler que la femme acceptante jouit du bénéfice d'émolument quand elle a fait inventaire. Du chef des dettes qu'elle doit payer, elle n'est pas en perte, puisqu'elle n'est tenue au delà de ce qu'elle prend. Toutefois, elle perdrait si la communauté avait présenté un avantage, sans les dettes qu'elle a dû payer; la femme aura alors droit à une indemnité dans la mesure du bénéfice qu'elle aurait recueilli, bénéfice dont elle est privée par les dettes de son mari.

Si c'est la femme qui a été déclarée franche et quitte, on ne fait pas ces distinctions. Le mari ne peut pas renoncer, et il ne jouit pas du bénéfice d'émolument. Tenu des dettes *ultra vires* quand la communauté est mauvaise, il éprouve nécessairement un préjudice à raison des dettes de la femme qu'il doit payer; donc il a droit à une indemnité dans la limite de cette perte (1).

NO 3. DE L'ACTION CONTRE LE DÉBITEUR DE L'INDEMNITÉ.

324. Qui est débiteur de l'indemnité? Dans le système du code, il y a deux débiteurs. D'abord l'époux déclaré franc et quitte, puis le tiers qui a fait la déclaration. Quant

(1) Duranton, t. XV, p. 162, n° 123.

à l'époux, l'article 1513 dit que l'indemnité se prend sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur et sur ses biens personnels. L'époux doit l'indemnité, et partant il en est tenu sur tous ses biens. Cette indemnité peut-elle être poursuivie contre lui pendant la durée de la communauté? Non; si elle est due à la femme, il n'y a aucun doute en ce qui concerne le préjudice qu'elle éprouve de ce que la communauté est plus mauvaise; car elle n'a d'action que comme femme commune, et elle ne l'est que si elle accepte, ce qui suppose la dissolution de la communauté. Quant à l'indemnité qu'elle a du chef de ses reprises, elle peut, à la vérité, les exercer en cas de renonciation, mais la renonciation de même que l'acceptation supposent la dissolution de la communauté; donc la femme ne peut, en aucun cas, agir pendant que la communauté dure. Cette raison ne s'applique pas au mari; toutefois, le texte et l'esprit de la loi s'opposent à ce qu'il agisse contre la femme avant la dissolution de la communauté. Aux termes de l'article 1513, l'indemnité se prend sur la *part de communauté* de l'époux débiteur; ce qui suppose le partage et, par conséquent, la dissolution de la communauté. Le deuxième alinéa confirme cette interprétation. La loi permet au mari d'agir contre les garants, même pendant la durée de la communauté, mais elle n'accorde l'action aux garants contre la femme qu'après la dissolution de la communauté; ce qui suppose qu'il ne peut pas y avoir de poursuite contre la femme pendant la durée de la communauté. Le mari n'a aucun intérêt à agir contre la femme, elle n'a d'autres biens que la nue propriété de ses immeubles propres; si le mari l'expropriait, il perdrait l'élément de crédit qu'il trouve dans l'aliénation des propres de la femme, et il aurait un droit de jouissance sur des biens appartenant à un tiers, double perte; c'est pour cette raison que la loi ne lui donne pas action contre la femme pendant la durée de la communauté; elle lui permet seulement d'agir contre les garants (1).

325. L'époux qui a droit à la garantie peut aussi agir

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 396, n° 179 bis IV.

contre les garants. D'après le premier alinéa de l'article 1513, cette action n'est que subsidiaire. « En cas d'insuffisance, l'indemnité peut être poursuivie par voie de garantie contre le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur qui ont déclaré l'époux franc et quitte. » Puisque le recours n'est que subsidiaire et que l'action principale ne peut être exercée qu'après la dissolution de la communauté, la conséquence est que les garants ne peuvent être recherchés tant que dure la communauté.

Toutefois cela n'est vrai que de la femme : pour les raisons que nous venons de dire (n° 324), elle ne peut jamais réclamer une indemnité pendant la durée de la communauté; elle ne peut agir qu'après la dissolution, et elle doit, en ce cas, poursuivre le paiement de son indemnité d'abord contre le mari ou ses héritiers, et, en cas d'insuffisance de leurs biens, contre les garants. Quant au mari, l'article 1513 porte : « Cette garantie peut même être exercée par le mari durant la communauté, si la dette provient du chef de la femme. » Pourquoi la loi permet-elle au mari d'agir avant que la communauté soit dissoute? Il éprouve une perte par le paiement des dettes de la femme déclarée franche et quitte, puisque ce paiement se fait avec les deniers de la communauté; les garants doivent l'indemniser de cette perte, ils sont débiteurs de l'indemnité; débiteurs subsidiaires, il est vrai; mais l'action principale contre la femme ne pouvant être exercée immédiatement, la loi a dû donner une action au mari contre les garants, sauf à ceux-ci à exercer leur recours contre la femme. L'article 1513 ajoute que les garants ne peuvent réclamer leur remboursement contre la femme qu'après la dissolution de la communauté. S'ils pouvaient agir pendant la durée de la communauté, ils auraient le droit d'exproprier la nue propriété des immeubles propres de la femme; or, c'est pour empêcher cette expropriation et le préjudice qui en résulterait pour le mari que la loi défend toute action contre la femme pendant la durée de la communauté; elle devait, par identité de raison, défendre aux garants d'exercer leur action récursoire contre la femme avant la dissolution de la communauté.

SECTION V. — De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.

§ I^{er}. *Notions générales.*

326. D'après le droit commun, la femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. Cette disposition, dit-on, est rigoureusement juste, puisque la chance de perte est compensée par la chance de gain que la femme a si la communauté prospère (1). On oublie que si la femme se trouve dans la nécessité de renoncer, en perdant toute sa fortune mobilière, ce qui peut constituer tout son avoir, c'est par suite d'une gestion à laquelle, en droit, elle est restée complètement étrangère. Or, il est dans l'esprit du régime de communauté que la femme n'éprouve aucun préjudice d'une société dont elle est exclue, tant qu'elle dure, quoique associée. C'est cette considération d'équité qui a introduit la clause de reprise d'apport. Aux termes de l'article 1514, « la femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle a apporté, soit lors du mariage, soit depuis ».

Cette clause s'introduisit pendant le cours des Croisades, de même que le droit de renonciation auquel elle se rattache (t. XXII, n° 362); c'est une renonciation privilégiée. La renonciation ordinaire laissait la veuve sans ressources; on ne pouvait pas lui opposer que tel était le droit commun; cela est vrai pour les dettes ordinaires du mari qui grèvent la communauté, mais cela n'était pas vrai des dépenses que la guerre sainte imposait aux barons, dépenses certainement étrangères aux femmes et à la société qu'elles avaient formée en se mariant : ce n'est pas pour guerroyer que les futurs époux s'associent. Il était donc très-juste de permettre à la veuve de renoncer en reprenant ses apports. Toutefois, c'est une dérogation au droit commun; il faut

(1) Demante, t. V, p. 402, n° 180.