

1103. Ce que nous venons de dire sur le caractère mobilier de l'action de remploi n'est que la conséquence évidente de cette vérité fondamentale en cette matière, et qu'on ne saurait trop répéter, parce que, bien qu'écrite dans l'art. 1433, on la perd trop souvent de vue : c'est que le remploi est dû et se fait en deniers, à la dissolution de la communauté (1); c'est qu'il tend à prélever une somme d'argent.

1104. Du reste, le remploi se fait avant partage et par délibération (2) : notre article est précis à cet égard ; il veut que le prix soit prélevé, qu'il soit retiré par prélèvement. La communauté a reçu le prix à titre de dépôt (3) : « Le remploi à l'égard des » conjoints, dit Brodeau, n'est pas une dette, soit » mobilière, soit immobilière, mais une reprise et » distraction de deniers dont la communauté n'est » que dépositaire (4). »

1105. Mais comment s'opère ce prélèvement ? c'est ce que nous verrons par l'art. 1472.

1106. Quant à la quotité de la récompense, l'art. 1436 nous éclairera sur ce qui concerne ce point.

(1) Lebrun, p. 309, n° 40.

Coquille sur Nivernais, t. 23, art. 11.

(2) Lebrun, p. 325, n° 98.

(3) *Suprà*, n° 374, 390 et 443.

(4) Sur Louet, lettre P, somm. 15, n° 7.

1107. Terminons par une réflexion.

La règle prise dans l'art. 1433 n'est pas tellement d'ordre public que celui des époux dont le propre a été vendu ne puisse dans son testament imposer à l'époux survivant l'obligation de payer seul, et non avec les deniers de la communauté, le prix de l'aliénation, et cela comme condition d'un legs qu'il lui fait. L'époux légataire est toujours maître de rentrer dans le droit commun en n'acceptant pas le legs (1).

ARTICLE 1434.

Le remploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir lieu de remploi.

ARTICLE 1435.

La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenant de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi, ne suffit point, si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu.

(1) Cass., req., 8 septembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 76, 77).

SOMMAIRE.

1108. Transition. Les art. 1434 et 1435 ont en vue le emploi actuel, c'est-à-dire fait pendant le mariage, et non pas le emploi qui s'effectue après la dissolution de la communauté.
Le emploi actuel opère subrogation d'un propre à un propre.
1109. C'est le mari qui décide de l'opportunité du emploi, c'est-à-dire qui décide si le emploi sera actuel, ou remis à la dissolution du mariage.
1110. Scrupules que le mari doit apporter dans la solution de cette question.
Inégalité entre lui et la femme.
1111. Tempérament à cette inégalité.
1112. Différence entre le régime dotal et le régime de la communauté sur le emploi actuel.
1113. Suite.
1114. Suite.
1115. Des précautions prises par la loi pour que le emploi soit censé opéré, et pour qu'il s'effectue sans fraude.
1116. Le emploi ne se fait pas de plein droit par l'achat d'un immeuble avec les fonds provenant du propre aliéné; il y a d'autres conditions à remplir.
1117. Et elles doivent être accomplies *incontinenti*, et non pas *ex intervallo*.
1118. Le emploi actuel fait pour la femme doit être consenti par elle.
1119. Des différentes déclarations nécessaires pour que le emploi soit effectué et opère subrogation.
1120. Suite. Réfutation de l'opinion de quelques auteurs modernes.
1121. Suite.
1122. Suite.
1123. Du reste, les déclarations requises pour opérer subrogation n'ont rien de sacramentel.

1124. Retour sur l'acceptation de la femme.
1125. De cette acceptation sous le rapport du temps.
1126. Si la femme peut accepter quand a cessé la communauté.
1127. Suite.
1128. De l'acceptation postérieure à la séparation de biens.
1129. De la forme de l'acceptation.
1130. Suite.
1131. Suite.
1132. L'acceptation doit être pure et simple.
1133. De l'autorisation nécessaire à la femme pour accepter.
1134. Effet de l'acceptation en temps utile.
1135. De l'acceptation donnée quelque temps après l'achat.
A-t-elle un effet rétroactif? *Quid* entre époux?
1136. *Quid* à l'égard des tiers?
1137. Y a-t-il des cas où l'acceptation de la femme n'est pas nécessaire pour opérer la subrogation? Distinctions.
1138. Suite.
1139. Suite.
1140. Suite.
1141. Suite.
1142. Le emploi se fait en immeubles ou en valeurs immobilières.
1143. Après l'acceptation, la perte tombe sur la femme. *Res perit domino*.
1144. Le mari n'est pas tenu de l'utilité du emploi. Renvoi à l'art. 1450.
1145. Du emploi en conquêts de communauté.
1146. De l'effet de la subrogation opérée par le emploi.
Grande différence entre la subrogation d'un bien dotal, et la subrogation de propres de communauté.
1147. Suite.
1148. Erreur de quelques légistes qui ont confondu les deux situations.
1149. Suite.

1150. Suite des effets de la subrogation.
 1151. Suite.
 1152. Des frais et loyaux coûts du emploi.
 1153. Du emploi dans le régime dotal. Renvoi.
 1154. Du emploi anticipé.
 1155. De l'achat fait avec des deniers propres, mais ne provenant pas d'un propre aliéné.
 1156. Suite.
 1157. Suite.

COMMENTAIRE.

1108. L'art. 1433 nous a montré quelle action a l'époux, propriétaire du propre aliéné, pour être récompensé du prix de ce propre, alors que le remplacement n'en a pas été effectué en nature pendant le mariage. L'art. 1433 se place à la dissolution de la communauté, et il protège à ce moment le droit de l'époux par une action de emploi qui se traduit en une récompense.

Les art. 1434 et 1435 du Code civil, que nous allons analyser, ont un autre point de vue : ils s'occupent du cas où le remplacement s'opère effectivement pendant le mariage ; ils s'occupent, non pas de l'action de emploi, mais du emploi lui-même et de ses conditions de validité. Ils sont dignes par leur importance de méditations approfondies.

Nous avons vu ci-dessus que les acquisitions faites pendant le mariage sont des conquêts de communauté (1).

(1) Art. 1401, *suprà*, n° 483.

Mais il est une exception à cette règle, c'est lorsqu'un immeuble est acquis à la place d'un propre de communauté, et pour en tenir lieu. Alors l'héritage, quoique acheté durant la communauté, reçoit par la subrogation la qualité de propre (1). Cette qualité est de nature à être déplacée et transportée d'un immeuble sur un autre immeuble ; elle n'est pas limitativement attachée à tel ou tel objet. Comme il est souvent de l'intérêt des époux de substituer une chose à une autre pour se procurer une jouissance plus avantageuse, ou plus commode, et que le régime de la communauté se prête à toutes les facilités que peut raisonnablement désirer le progrès du ménage, le droit de remplacer, pendant le mariage, un propre par un propre, leur est ouvert, et c'est par la fiction de la subrogation que cette acquisition échappe à la communauté. Les art. 1434 et 1435 du Code civil s'occupent de cette subrogation ; ils nous font voir qu'il y a deux espèces de emploi : 1° celui qui a lieu à la dissolution de la communauté, et dont parlent les art. 1433 et 1436, sous le nom de récompense ; 2° celui qui s'opère pendant le mariage, et qu'on appelle ordinairement *emploi actuel*, pour le distinguer du

(1) Pothier, n° 198.

Suprà, n° 558, 559 et suiv., 655, 654.

M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 44.

précédent (1). Il fait la matière des articles 1454 et 1455.

1109. De tout temps le remploi actuel a été admis dans le régime de la communauté (2). C'est le mari, comme chef, qui est appelé à décider de son opportunité, et à juger, en bon père de famille, s'il est utile de remettre le remploi à la dissolution du mariage ou de l'opérer actuellement. Là-dessus, il est arbitre souverain tant de son intérêt que de l'intérêt de sa femme. Si c'est pour lui que le remploi doit s'opérer, il est évident que la femme n'a aucun titre pour exiger un remploi actuel plutôt qu'un remploi ultérieur, ou un remploi ultérieur plutôt qu'un remploi actuel. Si c'est dans l'intérêt de la femme que le remploi doit se faire, la femme peut sans doute exprimer un vœu et agir par la voie de conseil; le mari se comportera même en époux affectionné s'il consulte son désir. Il faut toujours dans le ménage tempérer les déterminations de celui qui a l'autorité par un esprit de conciliation: « *Ita* » *et mariti sollicitudini consulatur et uxoris desiderio* » *parebitur* (3). Mais, en définitive, le mari est juge souverain du parti décisif, et le droit de la

(1) Lebrun, p. 518, n° 68 et *passim*.

Suprà, n° 1068 et 1098.

(2) Toutefois, en Bretagne, il était vu avec défaveur, et, comme le dit M. Toullier, on l'y avait rendu presque impossible (t. 12, n° 366).

(3) Modest., l. 58, D., *Solut. matrim.*

femme à un remploi ne lui donne pas action pendant le mariage (1); cette action serait inconvenante, elle serait une cause de discorde entre le mari et la femme. C'est donc le mari qui décidera si le remploi doit être actuel, ou s'il doit être remis après la dissolution du mariage. Dans cette décision, il apportera un sentiment équitable; il balancera les intérêts qui reposent dans ses mains.

1110. Il y mettra d'autant plus de scrupule, que ce droit peut être pour lui la source d'avantages qui ne sont pas réciproques.

Je m'explique: le mari, qui a l'initiative du remploi, et qui ne peut y être forcé pendant le mariage, est maître de profiter des bonnes occasions pour lui-même, et de laisser pour la communauté celles qui sont moins lucratives. Une circonstance heureuse s'offre par hasard, un excellent remploi peut être fait; le mari, au lieu d'acheter pour la communauté, achètera pour lui; il fera passer son intérêt avant celui de sa femme.

Au contraire, la femme ne peut jamais saisir une occasion de faire un bon remploi actuel: car il lui faut le consentement de son mari, et d'ailleurs elle n'a pas d'action contre lui pendant le mariage. Tout ce qu'elle peut faire, c'est de mettre son *veto* sur un mauvais remploi; mais elle n'en peut faire un bon, constant le mariage, tandis que le mari peut faire

(1) *Suprà*, n° 575 et 1075.

tourner à son profit une heureuse rencontre de la fortune.

1111. Cette inégalité serait grave, si le mari n'était déjà assez chargé par les reprises de la femme, lesquelles s'exercent même sur ses propres; c'est ce qui fait qu'on ne lui envie pas l'avantage dont il est ici question (1). Du reste, la morale, qui tempère toujours dans la pratique la rigueur du droit, invite le mari à la stricte obligation de ne pas perdre de vue le bien et le progrès de la communauté, et de se conduire en modérateur qui ne sépare pas son intérêt de celui de sa femme.

1112. On remarquera une différence entre le régime dotal et le régime de la communauté, sur le remploi actuel. Dans le régime dotal, le remploi actuel est une obligation précise du mari: cette obligation lui est imposée par le contrat de mariage, qui n'a autorisé l'aliénation du fonds dotal qu'à la condition d'un remplacement. Elle est le corollaire du principe d'inaliénabilité, qui, tout en abdiquant une partie de son inflexibilité, exige néanmoins que l'avoir de la femme ne réside pas dans des valeurs périssables, et acquière, sans préjudiciables retards, la fixité que donne la propriété foncière. C'est donc pendant le mariage que le remploi doit se faire, sinon

(1) Lebrun, p. 318, n° 68.

s'ouvrent toutes les actions attribuées à la femme pour le recouvrement de sa dot (1).

1113. Dans le régime de la communauté, il en est autrement (2). Le remploi est une obligation légale introduite tant dans l'intérêt du mari que dans l'intérêt de la femme, et dont celui-ci est autorisé à se prévaloir à l'instar de celle-là. Nul principe d'inaliénabilité n'élève la voix; de part et d'autre les propres sont susceptibles de vente et d'hypothèques. Il n'y a donc pas de raison qui impose un remploi actuel; on peut même dire que le remploi actuel est une entrave à la marche ordinaire de la communauté, tellement que s'il manque quelque chose aux formalités dont la loi l'a environné, on se hâte de tenir la chose achetée pour un conquêt: car le conquêt est la règle; le remploi actuel est l'exception: exception que la loi n'a admise qu'avec crainte et avec des précautions propres à déjouer les fraudes dont il peut être l'occasion. Sans doute, il n'est pas défendu au mari d'opérer une subrogation pendant le mariage; c'est ce qui fait dire à d'Argentré: « *Ex quo et ipse vir, si libet, constante matrimonio, compensationes dare NON VETATUR, assignando æquivalentia prædia; modo ex toto valor respondeat valori,*

(1) Toulouse, 22 septembre 1854 (Dalloz, 35, 2, 87).

Suprà, n° 1077 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 1082.

nec figurata donatio pluris arguatur (1). » Mais, nous le répétons, le mari n'y est pas forcé ; c'est à lui à consulter les circonstances. Quelquefois il sera d'un bon administrateur de faire le remploi actuel ; quelquefois ce sera un acte prudent de ne pas le faire et de préférer l'intérêt de la communauté. La communauté est une source de progrès pour la famille : c'est sur elle que doit se porter l'attention principale de l'administrateur suprême, toutes les fois que l'intérêt propre des époux n'est pas compromis.

1114. Lors même que la convention matrimoniale stipule le remploi, on ne saurait dire qu'il est forcé pour le mari : la clause de remploi est plutôt indicative qu'impérative. Nous n'insisterons pas sur les observations que nous avons présentées ailleurs sur ce sujet (2).

1115. Comme les fraudes sont très-faciles dans le remploi actuel, la loi a dû exiger des garanties de sincérité. Si c'est le mari qui fait le remploi actuel pour lui-même, il peut abuser de son pouvoir pour s'avantager par un achat d'une valeur supérieure à la valeur de son propre ; s'il fait le remploi pour sa femme, il est possible qu'il lui fasse faire une acquisition qui la lèse. A l'égard des tiers, les fraudes

(1) Sur Bretagne, art. 419. glose 5, n° 5.

(2) *Suprà*, n° 575, 1072, 1073, 1074, 1083.

ne sont pas moins à craindre : un conquêt pourrait être soustrait à l'action des créanciers, et converti en propre de remploi, par des preuves trompeuses, par des manœuvres dolosives. D'ailleurs, il est de la plus haute importance de fixer sur-le-champ la qualité de la chose achetée. Est-elle conquêt ? est-elle, au contraire, la chose que les parties intéressées ont voulu subroger au propre ? Il faut que cette question ne reste pas en suspens ; sans quoi, l'époux propriétaire serait maître de prendre la chose si elle avait augmentée et de la laisser conquêt si elle avait déperî (1). Tout doit donc s'exécuter sans fraude, loyalement, sincèrement. Les époux et les tiers y sont intéressés : de là les précautions des articles 1434 et 1436 du Code civil.

1116. Il ne suffira donc pas qu'en fait, ce soient les deniers du conjoint propriétaire qui aient servi à l'achat de l'immeuble ; il faut encore que la destination du remploi soit révélée de la part des conjoints. Ce n'est pas ici comme en matière d'échange, où la subrogation s'opère *ipso jure* (2). Le remploi ne s'effectue pas de plein droit, et la possibilité des fraudes ne permet pas d'assimiler, sous ce rapport, le remploi à l'échange (3). L'achat fait avec des de-

(1) Lebrun, p. 318, n° 68.

(2) *Suprà*, n° 635.

Infrà, n° 3178.

(3) *Suprà*, n° 634.

niers propres ne fait pas que la chose soit propre de plein droit. C'est ainsi que l'immeuble acheté avec les deniers dotaux n'est pas dotal (1).

Si donc c'est le mari qui fait le emploi actuel pour son compte, il faut qu'il déclare, dans l'acte d'acquisition, que l'achat est fait avec les deniers provenant de l'aliénation de son propre et pour lui servir de emploi. Dans quelques coutumes anciennes, on exigeait en outre, et pour première condition, que dans la vente des propres on fit une protestation et réserve de emploi, de sorte que la subrogation n'avait lieu que lorsqu'à cette réserve venait se joindre ensuite la déclaration que l'immeuble était acheté des deniers provenant de la vente des propres (2). Mais cette condition tenait à ce que, dans ces coutumes, on n'admettait pas le emploi légal et de plein droit, et qu'il n'était reçu qu'autant qu'il était expressément stipulé. Elle était inutile sous l'empire des coutumes qui avaient établi le emploi légal. Il suffisait de la déclaration faite dans l'acquisition.

1117. Remarquons, du reste, que, si l'achat était fait sans prendre les précautions auxquelles la loi

- (1) *Infrà*, n° 5177, art. 1553.
D'Aguesseau, 27^e plaid., p. 642.
(2) Bourbonnais, art. 258 et 259.
Melun, art. 224.
Nivernais, t. 23, art. 51 et 52.
Blois, art. 164.

attache la preuve du emploi, il ne servirait de rien que le mari fit un acte postérieur pour, d'accord avec sa femme, établir que l'immeuble vaut emploi. C'est *incontinenti*, et au moment de l'acquisition, que les déclarations doivent être faites, sans quoi l'immeuble est acquêt de communauté, et il n'est pas permis de lui enlever ce caractère (1).

1118. Que si c'est pour la femme que le mari fait le emploi actuel, il faut quelque chose de plus : il faut son consentement *incontinenti* ou *ex intervallo* ; il ne serait pas juste de mettre à son compte une acquisition qu'elle n'aurait pas approuvée, et qui pourrait lui être préjudiciable (2). Quand elle n'a pas consenti au emploi, elle peut le refuser à la dissolution de la communauté (3). Disons même, avec notre article, qu'elle ne peut le réclamer comme propre contre les tiers qui le veulent pour conquêt. Il est conquêt, et la femme n'a que les actions de emploi et récompense contre son mari.

- (1) Bourges, 26 avril 1857 (Deville, 57, 2, 359).
Lebrun, p. 516, n° 62 et 65 ;
et aussi, p. 108, n° 7.
Pothier, *Communauté*, n° 198.
M. Tessier, n° 46.
D'Aguesseau, *loc. cit.*
(2) Lebrun, p. 519, n° 65.
(3) *Id.*

Tel est le résumé des articles 1454 et 1455; ils sont empruntés à l'ancienne jurisprudence (1).

Reste à entrer dans les développements.

1119. Nous venons de dire que, pour arriver à une subrogation parfaite, le mari doit nécessairement déclarer que l'achat est fait avec les deniers du propre et pour servir de remploi : on peut demander ici si la subrogation serait suffisamment opérée si le mari, sans déclarer que l'immeuble est acheté pour lui servir de remploi, se bornait à dire que l'acquisition est faite avec le prix du propre; en un mot, la déclaration que l'achat est fait avec les deniers provenant du propre, et la déclaration que cet achat est fait pour tenir lieu de propre, sont-elles deux déclarations distinctes, toutes deux exigées par la loi, de telle sorte que la première serait insuffisante si la seconde ne l'accompagnait?

Lebrun va répondre à cette question :

« Si un mari achète une terre 20,000 livres, par exemple, en donnant en paiement une obligation de pareille somme que le vendeur lui doit, et

(1) Poitiers, 20 décembre 1825 (Dalloz, 27, 1, 67).

Lebrun, p. 108, n° 7;

et p. 516, n° 62.

Dumoulin sur Bourbonnais, art. 258.

Coquille sur Nivernais, t. 25, art. 51.

Coutumes de Paris, art. 252;

Orléans, art. 192.

» qu'il s'est supulée propre par son contrat de mariage, il est vrai de dire qu'il paye le conquêt avec la créance qui lui est propre, *mais qu'il ne se fait pas un remploi actuel, s'il ne le déclare : car autre chose est de donner en paiement d'une terre une obligation qu'on avait propre, autre chose est de prendre précisément cette terre pour le remploi actuel de son obligation. On donne ce qu'on a, ou ce qu'on peut donner en paiement d'une acquisition. Et quand on donne son propre, cette dation en paiement acquiert un remploi du propre au mari qui le fait, mais il ne lui procure pas de remploi actuel, si ce n'est qu'il le déclare. La raison est qu'il n'est pas juste qu'il voie venir la suite des temps pour prendre cette terre si elle est augmentée, et pour la refuser si elle est diminuée par la vicissitude des choses. Il doit donc déclarer sur-le-champ s'il entend que la terre lui serve de remploi; autrement, il a son remploi, et la terre est conquêt (1).* »

Cette opinion n'est pas isolée; elle est conforme à celle de Renusson (2), de Duplessis (3), de d'Aguesseau (4). Elle s'appuie d'ailleurs sur des raisons si

(1) P. 518, n° 68.

Ce passage est plus précis et plus explicite que celui que citent MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 504.

(2) *Des Propres*, chap. 4, sect. 5, n° 1.

(3) Liv. 2, chap. 4, sect. 2, t. 1, p. 447.

(4) 27^e plaidoyer, p. 644.

ponctuelles, qu'on ne saurait en mettre l'autorité en doute. Il est évident que notre article a voulu la reproduire; il semble avoir été rédigé tout exprès pour en être l'écho (1).

1120. C'est donc bien à tort que plusieurs auteurs modernes (2) ont enseigné que, pour opérer la subrogation, il suffisait de l'une ou de l'autre de ces deux déclarations: c'est surtout bien à tort qu'on a dit que, dans l'ancienne jurisprudence, on l'avait toujours entendu ainsi (3). La vérité est que l'ancienne jurisprudence exigeait, au contraire, les deux déclarations, et que c'est en vue de cette doctrine d'autrefois que l'article 1454 a été rédigé tel qu'il est (4). Comme l'a très-bien dit Lebrun, la déclaration d'achat avec les deniers du propre n'a d'autre valeur que de prouver qu'un emploi est dû au mari; elle ne prouve pas que le mari ait effectué ce emploi actuellement. Pour éviter les fraudes, pour ne pas laisser la propriété en suspens, il est

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1838 (Deville., 58, 1, 525).

(2) MM. Duranton, t. 15, n° 428.
Zachariæ, t. 3, p. 424, note 43.
Taulier, t. 5, n° 109.
Odier, t. 1, n° 325.

(3) M. Odier, *loc. cit.*

(4) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 504.
Benech, *du Remploi*, n° 36.

nécessaire que le mari ajoute qu'il veut faire de l'immeuble acheté son emploi actuel. Sans quoi il pourrait à la dissolution du mariage, spéculant sur des événements passés, prétendre qu'il n'a pas entendu se rendre propriétaire de la chose achetée; qu'il l'a acquise comme conquêt; que s'il a déclaré que le prix était payé avec ses deniers propres, c'était seulement pour prouver qu'il avait droit à un emploi et assurer son action, mais non pas pour devenir propriétaire actuel.

Tout cela, du reste, cadre parfaitement avec le droit commun en matière de subrogation: on n'a qu'à consulter les articles 1250, n° 2, et 2103 du Code civil; on peut s'aider encore de l'article 558 du Code de commerce.

1121. Il en est de même en ce qui concerne la femme. Supposons que la femme achète avec le mari, en déclarant que les deniers proviennent de son propre; cela ne sera pas encore suffisant: elle ne déclare pas qu'elle achète pour son emploi et pour se faire un propre actuel (1); elle peut n'avoir vu dans cette opération qu'une sûreté pour elle, mais non pas un acte de propriétaire.

1122. Enfin, si c'est le mari qui achète pour elle, la double déclaration est encore nécessaire; il suffit

(1) Lebrun, p. 518, 519, n° 69 à 72.
Pothier, n° 199.