

les immeubles dépendants d'une société de commerce; les biens appartiennent à la société, considérée comme être moral, ils n'appartiennent pas aux associés. Donc le liquidateur a le droit de demander la radiation de l'inscription. Ceci était le seul point difficile. L'immeuble sur lequel la femme avait pris inscription avait été vendu après la dissolution de la société, à une époque, par conséquent, où les associés avaient un droit de copropriété sur les biens qui composaient l'actif social. Néanmoins la cour de cassation a validé la radiation, par le motif que la société subsistait encore pour sa liquidation, que, par suite, le liquidateur a le droit de vendre les biens sociaux libres de toutes charges non créées par la société; ce qui lui donnait aussi le droit de demander la radiation des inscriptions indûment prises pendant la durée de la société (1).

184. Un notaire reçoit un acte de mainlevée d'inscription hypothécaire : peut-il, en vertu de cet acte, demander la radiation au nom de l'une ou de l'autre des parties intéressées? Cette incroyable prétention a été portée devant la cour de Colmar, qui la rejeta, cela va sans dire; l'arrêt répond assez longuement aux mauvaises raisons que l'on avait fait valoir en faveur de la demande. Il suffisait de constater que le notaire est sans intérêt pour demander la radiation comme rédacteur de l'acte; et pour agir au nom des parties intéressées, il aurait dû avoir un mandat, et un mandat authentique, d'après la jurisprudence française (2) (n° 173).

N° 3. CONTRE QUI LA RADIATION DOIT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE?

185. La radiation efface l'inscription au profit du créancier; c'est donc contre le créancier inscrit que la demande doit être intentée. Peu importe que le créancier n'ait pas pris l'inscription; il y a des créanciers qui régulièrement ne prennent pas eux-mêmes inscription pour la conservation de leurs droits : tels sont les incapables aux-

(1) Rejet, 19 mai 1865 (Daloz, 1865, 1, 380).
(2) Colmar, 3 mars 1847 (Daloz, 1850, 2, 31)

quels la loi accorde une hypothèque. C'est néanmoins contre eux que la demande en radiation doit être formée. Il en est de même quand le conservateur prend une inscription d'office; ce n'est pas contre le conservateur que la partie intéressée doit agir, c'est contre le créancier privilégié. La cour de Nîmes l'a jugé ainsi dans un cas où le vendeur avait renoncé à son privilège : le conservateur avait eu tort de prendre une inscription, mais, une fois prise, elle ne pouvait être radiée que par une procédure légale (1).

186. Si un jugement ordonnait, sans que les créanciers soient en cause, de radier les inscriptions, le conservateur aurait le droit et le devoir de refuser la radiation. La cour de Paris a jugé le contraire dans l'espèce suivante. Un jugement passé en force de chose jugée prononçait la résolution d'une vente et ordonnait la radiation des inscriptions hypothécaires prises du chef de l'acquéreur. Le conservateur refusa de procéder à la radiation, par le motif que les créanciers n'avaient pas été parties en cause et n'avaient point consenti à la radiation; or, la loi veut que la radiation se fasse du consentement des parties intéressées (art. 92; code civil, art. 2157). Que répond la cour? Que les créanciers n'ont d'autres droits que leur débiteur, que, par conséquent, ils sont représentés dans l'instance où leur débiteur figure (2). Nous avons combattu ailleurs (t. XX, n° 105-106) cette fausse théorie qui est aujourd'hui assez généralement abandonnée; les créanciers hypothécaires ne sont point représentés par le débiteur; on ne peut donc pas leur opposer le jugement où le débiteur seul a été en cause; partant, les inscriptions par eux prises ne pourront être radiées qu'en vertu de leur consentement ou en vertu d'un nouveau jugement (3). La doctrine est en ce sens (4).

(1) Nîmes, 27 juin 1838 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2784).

(2) Paris, 12 avril 1853 (Daloz, 1854, 5, 434).

(3) Jugement du tribunal de Châteauroux, très-bien motivé, du 29 novembre 1852 (Daloz, 1854, 5, 434).

(4) Martou, t. III, p. 278, n° 1219. Pont, t. II, p. 456, n° 1094. Aubry et Rau, t. III, p. 391, note 22, § 281.

N° 4. DEVANT QUEL TRIBUNAL LA DEMANDE DOIT-ELLE ÊTRE PORTÉE?

187. « La demande en radiation, par action principale, sera portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise » (art. 94; code civil, art. 2159). Et l'inscription est prise au bureau de conservation dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque (art. 82; code civil, art. 2146). L'action est donc, en apparence, une action réelle, puisqu'elle est portée devant le tribunal dans le ressort duquel les immeubles sont situés. Telle est, en effet, l'opinion de la plupart des auteurs (1). Cependant la demande en radiation, quoique relative à un immeuble qu'il s'agit d'affranchir de l'inscription qui le grève, n'a pas pour objet l'immeuble ni un droit réel immobilier; elle tend à effacer l'inscription qui se trouve sur un registre, et elle n'est pas intentée contre le propriétaire de l'immeuble, ni contre le détenteur, ni même contre une personne qui y a un droit réel. Duranton dit que l'inscription est le signe du droit réel et le moyen de l'exercer; il est vrai que l'hypothèque doit être inscrite pour que le créancier puisse exercer les droits qui y sont attachés, mais de là ne suit pas que l'inscription prenne le caractère de l'hypothèque et devienne un droit réel; c'est la simple publicité donnée à un droit réel; et quand on demande la radiation de l'inscription, on ne demande pas que le tribunal décide que le droit réel n'existe pas, on demande qu'il ordonne la radiation par le motif que le droit réel n'a jamais existé ou qu'il a cessé d'exister. Il n'y a donc rien de réel dans cette action. Si la loi veut qu'elle soit portée devant le tribunal de la situation des biens, c'est uniquement, comme le dit l'article 94 (code civil, art. 2159), parce que c'est au bureau de conservation qui se trouve dans ce ressort que les inscriptions ont été prises.

188. L'article 94 (code civil, art. 2159) ajoute une condition pour déterminer la compétence, il exige que la

(1) Duranton, t. XX, p. 327, n° 205. Martou, t. III, p. 286, n° 1230. En sens contraire, Pont, t. II, p. 452, n° 1088.

demande en radiation soit portée devant les tribunaux par *action principale*, ce qui implique que la demande ne doit pas être portée devant le tribunal de la situation des biens quand elle est incidente. Pour déterminer si la demande est principale ou incidente, il faut voir quel en est l'objet; si le demandeur ne conclut qu'à la radiation de l'inscription, sans contester la créance qui est garantie par l'hypothèque, l'action est principale; mais si la radiation n'est demandée que comme conséquence de la nullité ou de l'extinction de l'obligation pour la sûreté de laquelle l'inscription a été prise, la demande est incidente. C'est seulement la demande principale qui doit être portée devant le tribunal de la situation des biens, pour mieux dire, de l'arrondissement où l'inscription a été prise, parce que là se trouvent les registres sur lesquels l'inscription est faite. Si la contestation porte sur la créance garantie par l'hypothèque, l'objet principal de la demande n'est plus l'inscription, c'est la créance; donc on reste dans le droit commun en ce qui concerne la compétence; l'action, étant personnelle, sera portée devant le tribunal du domicile du défendeur; le juge de la situation des biens n'a aucune qualité pour en connaître. Ce sera le tribunal devant lequel l'action principale est portée qui décidera, par voie de conséquence, si l'inscription doit être rayée (1).

Par application de ce principe, la cour de cassation a jugé que le tribunal de commerce, saisi d'une demande en nullité d'une obligation commerciale, peut ordonner la radiation de l'inscription prise pour sûreté de la dette; en effet, cette inscription doit nécessairement disparaître, par suite de l'annulation de l'obligation; annuler celle-ci, c'est donc radier implicitement l'inscription. De là suit qu'il est très-logique que le tribunal, après avoir annulé la créance, ordonne la radiation de l'inscription hypothécaire (2).

189. L'action en radiation de l'hypothèque légale des incapables est-elle soumise à la règle de l'article 94 (code civil, art. 2159)? En ce qui concerne l'hypothèque des mi-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 56 et suiv.).

(2) Rejet, 11 février 1834 (Dalloz, au mot *Compétence commerciale*, n° 352).