

cour de Metz, réformant, en ce point, le jugement de première instance, a décidé qu'il n'y avait aucun motif de ne pas appliquer au conservateur la règle de l'article 130 du code de procédure; dans l'espèce, le conservateur avait fondé sa résistance, non sur une fausse appréciation des faits, mais sur une fausse interprétation de la loi (1); et c'est là un des cas dans lesquels il y a faute, d'après les articles 1382 et 1383, le conservateur étant, par la nature de ses fonctions, tenu de connaître le droit. La cour de Douai s'est montrée plus indulgente en jugeant que le conservateur ne devait pas être condamné aux frais, par la raison qu'il avait refusé d'opérer la radiation de bonne foi pour mettre sa responsabilité à couvert (2). Nous croyons que c'est dépasser la loi; la bonne foi n'empêche pas qu'il y ait fait dommageable; seulement quand l'auteur du fait est de bonne foi, il y a quasi-délit, tandis qu'il y a délit lorsqu'il est de mauvaise foi; or, le conservateur, comme toute personne, répond de ses quasi-délits.

SECTION IV. — Effet de la radiation et de la réduction.

§ 1^{er}. Principe.

222. La radiation, totale ou partielle, a-t-elle pour effet d'éteindre l'hypothèque en tout ou en partie? Il faut distinguer d'abord entre la radiation forcée et la radiation volontaire. Quand la radiation est ordonnée par les tribunaux en vertu de l'article 95 (code civil, art. 2160), l'hypothèque est éteinte, ou elle n'a jamais existé, car ce n'est que dans ces cas que les tribunaux peuvent ordonner la radiation totale. Quant à la réduction forcée de l'inscription, elle n'a lieu que pour l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées (art. 60 et 72); et cette hypothèque subsiste toujours, malgré la réduction ou la radiation de l'inscription, puisqu'elle est fondée sur la loi et qu'il n'est pas permis aux incapables d'y renoncer, ni à ceux qui représentent les incapables.

(1) Metz, 13 décembre 1854 (Daloz, 1856, 2, 243).

(2) Douai, 8 juin 1841 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2702).

Quant à la radiation volontaire, la question de savoir si elle éteint l'hypothèque dépend de la volonté des parties intéressées. Si le créancier exprime la volonté de renoncer à l'hypothèque, il y aura extinction de l'hypothèque: c'est le droit commun (art. 108; code civil, art. 2180), sur lequel nous reviendrons. D'ordinaire l'acte de mainlevée ne s'explique pas sur l'effet de la renonciation; alors il faut voir quelle a été l'intention du créancier. La renonciation peut être tacite; mais, toute renonciation étant de stricte interprétation, il faut que les faits d'où l'on induit la renonciation à l'hypothèque fassent connaître la volonté du créancier avec certitude, c'est-à-dire qu'on ne puisse pas leur donner une autre interprétation; dès qu'il y a doute, il n'y a pas de renonciation.

Nous trouvons un exemple d'une mainlevée emportant renonciation à l'hypothèque dans un arrêt de la cour de Bruxelles. Le créancier déclarait, dans l'acte de mainlevée, qu'il entendait conserver dans toute leur intégrité ses *droits* et son *inscription* sur les autres biens compris dans l'acte de constitution d'hypothèque; c'était reconnaître implicitement que la radiation qu'il accordait devait, quant aux immeubles auxquels s'appliquait la mainlevée, éteindre le droit hypothécaire en même temps qu'elle anéantissait l'inscription. Le contrat d'hypothèque confirmait cette interprétation; il affectait à la sûreté de la créance des biens situés dans les arrondissements de Dinant et de Mons, mais en stipulant que le créancier ne pouvait avoir hypothèque à la fois dans les deux arrondissements; or, postérieurement à la radiation par lui consentie, le créancier avait pris inscription sur les biens situés dans l'arrondissement de Dinant; c'était dire bien clairement que, par l'acte de mainlevée, il avait renoncé à l'hypothèque sur les biens situés dans l'arrondissement de Mons. Enfin, dit la cour, le but que les parties avaient en vue exigeait la renonciation à l'hypothèque, car les débiteurs voulaient vendre les biens quittes et libres; ce but n'aurait pas été atteint si le créancier s'était réservé son droit d'hypothèque, puisqu'il aurait pu prendre de nouvelles inscriptions; par suite les biens auraient toujours été grevés de charges hypothé-

caires, alors que les acheteurs voulaient les avoir quittes et libres (1).

223. La cour de cassation a jugé, en principe, que le consentement du créancier à la radiation de son inscription n'a d'autre effet que d'anéantir cette inscription, sans anéantir le droit d'hypothèque; le droit subsistant, dit la cour, le créancier peut le remettre en action par une nouvelle inscription, laquelle produira effet à partir de sa date (2). Cela n'est pas douteux; quand l'inscription est effacée, l'hypothèque subsiste, mais elle perd son efficacité à l'égard des tiers, le créancier n'ayant plus ni droit de préférence, ni droit de suite. Mais puisque l'hypothèque n'est pas éteinte, le créancier peut prendre une nouvelle inscription, qui rendra, pour l'avenir, son efficacité à l'hypothèque.

Dans l'application du principe, il y a une distinction à faire. Quand le créancier consent la mainlevée au profit d'un autre créancier hypothécaire, l'effet de la radiation se borne à lui céder son rang, le créancier conserve tous ses droits; il peut donc prendre une nouvelle inscription qui lui donnera rang à partir de sa date (3). Mais si le créancier renonce à son inscription au profit d'un acquéreur de l'immeuble hypothéqué, le but que les parties ont eu en vue, comme le dit la cour de Bruxelles dans l'arrêt que nous venons de citer (noté 1), empêche le créancier de prendre une inscription nouvelle au préjudice de cet acquéreur. Ce n'est pas à dire que le créancier soit déchu entièrement de son droit d'hypothèque, car il n'y a pas renoncé; il peut donc se réserver le bénéfice de son inscription à l'égard des autres créanciers hypothécaires; ce qui conduit à la conséquence que le créancier perd son droit de suite contre l'acquéreur au profit duquel il a consenti la mainlevée de son inscription, mais il ne perd pas son droit de préférence. Si donc l'immeuble était exproprié sur la poursuite d'un autre créancier, il pourrait se présenter à l'ordre; le débat est, dans ce cas, entre les créanciers,

(1) Bruxelles, 16 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 81).

(2) Rejet, 2 mars 1830 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2666).

(3) Martou, t. III, p. 275, n° 1216.

l'acquéreur y est étranger; par suite, la renonciation que le créancier a consentie au profit de l'acquéreur ne peut être invoquée par les autres créanciers.

224. La difficulté que nous signalons s'est présentée dans l'espèce suivante. Un tiers acquéreur paye son prix au premier créancier inscrit sur les immeubles à lui vendus. Le créancier lui donne mainlevée de son inscription et s'engage à le garantir de toutes poursuites qui pourraient être exercées contre lui par d'autres créanciers. L'inscription ne fut point rayée. Plus tard, les créanciers inscrits poursuivirent l'acquéreur en paiement ou en délaissement. Un ordre s'ouvrit; les créanciers poursuivants prétendirent écarter le premier créancier inscrit, pour mieux dire, l'acquéreur, en invoquant la mainlevée de l'inscription. Le débat portait donc sur l'effet que devait produire cette mainlevée. En première instance et en appel, il fut jugé que la mainlevée de l'inscription ne permettait plus au créancier inscrit de faire valoir son droit hypothécaire. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. La cour commence par constater que l'acquéreur, en payant le premier créancier inscrit, avait été subrogé de plein droit à son hypothèque; il est vrai que le créancier avait donné mainlevée de l'inscription, mais ce n'était certes pas dans le but de renoncer à son hypothèque; cela n'aurait pas eu de sens, puisque le paiement qu'il recevait avait pour effet de maintenir l'hypothèque à laquelle le tiers acquéreur était subrogé (art. 1251, n° 3). Quel était l'objet de la mainlevée? Elle ne pouvait avoir d'autre effet, dit la cour, que d'affranchir le tiers acquéreur de tout droit de suite sur les biens qu'il avait acquis; elle ne profitait donc qu'à lui. Voilà pourquoi il ne demanda pas la radiation de l'inscription; il avait intérêt à la conserver, afin d'opposer aux autres créanciers inscrits l'hypothèque à laquelle il était subrogé. C'est dire que ceux-ci ne pouvaient pas se prévaloir d'une mainlevée consentie par une convention dans laquelle ils n'étaient pas parties, qui, par conséquent, ne pouvait ni leur nuire ni leur profiter. Il y avait encore une autre difficulté, c'est que l'acquéreur ne demandait que l'exécution de la garantie que le créancier désintéressé lui

avait promise; il n'invoquait pas la subrogation ni l'inscription qui l'avait conservée. La cour de cassation répond que le créancier, par cela même qu'il était garant, avait le droit d'invoquer la subrogation et l'inscription, puisque c'était le moyen légal de mettre l'acquéreur à l'abri de la poursuite intentée contre lui par les autres créanciers (1).

225. Quand la mainlevée de l'inscription produit-elle son effet? La plupart des auteurs enseignent que la radiation produit son effet du moment où elle a été consentie, même avant que le conservateur ait radié l'inscription. Ils se fondent sur ce que la mainlevée est un acte unilatéral, qui n'exige pas le concours de volontés des parties intéressées (2). Le principe est vrai (n° 153); mais n'en tire-t-on pas une fausse conséquence? Dire que la renonciation est un acte unilatéral, c'est dire que le débiteur ne doit pas l'accepter, mais c'est dire aussi que le créancier peut changer de volonté tant qu'il n'y a pas de fait accompli, c'est-à-dire tant qu'aucun droit n'a été acquis à un tiers; or, les tiers ne peuvent pas se prévaloir de la mainlevée tant que l'inscription n'est point radiée, car l'inscription sur les registres conserve son effet tant qu'elle subsiste. Cela est aussi fondé en raison. Si le créancier consent à la radiation par un acte authentique, cet acte est un consentement à ce que l'inscription soit radiée, ce n'est pas une radiation. Le créancier peut anéantir l'acte en brevet qui constate son consentement; dans ce cas, la radiation devient impossible: preuve que la mainlevée n'équivaut pas à la radiation. Si la mainlevée était donnée par une convention intervenue entre le créancier et le débiteur, elle pourrait être révoquée par un consentement contraire tant que le conservateur n'aurait pas radié l'inscription. Par identité de motifs, le créancier qui consent la radiation peut révoquer son consentement tant que la radiation n'est point faite.

(1) Cassation, 20 juin 1859 (Daloz, 1859, 1, 254). Aubry et Rau t. III, p. 396, § 281.

(2) Troplong, t. III, n° 738; Pont, t. II, p. 163, n° 1105; Martou, t. III, p. 275, n° 1215. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 395, note 37, § 281.

La jurisprudence n'est pas bien précise. Un arrêt de la cour de Bruxelles décide que l'acte de mainlevée n'a d'effet, à l'égard des tiers, qu'à partir de l'époque où l'expédition authentique en est déposée au bureau du conservateur (1). Il nous semble qu'un acte qui intéresse les tiers n'a d'effet que lorsque les tiers peuvent le connaître; cela est vrai surtout des inscriptions hypothécaires, qui n'ont d'autre but que l'intérêt des tiers; elles doivent donc subsister tant qu'elles ne sont pas radiées, et, par conséquent, la radiation ne peut avoir d'effet tant qu'elle n'est pas opérée sur les registres. La jurisprudence française semble admettre que la radiation a effet dès qu'elle est consentie; nous allons y revenir en traitant de la révocation de la mainlevée.

§ II. Révocation de la mainlevée.

226. Le créancier qui a consenti la radiation peut-il révoquer l'acte de mainlevée? Dans l'opinion que nous venons d'énoncer (n° 225), l'affirmative n'est point douteuse: la mainlevée est la manifestation d'un consentement unilatéral, un consentement contraire peut la révoquer. Il ne faut même pour cela aucune formalité; la loi ne prévoit pas le cas de révocation, on reste donc sous l'empire des principes généraux. La révocation peut être expresse ou tacite. Pour la révocation expresse, il n'est pas nécessaire de dresser un nouvel acte notarié, une signification faite au conservateur suffirait; si l'acte de mainlevée avait été délivré en brevet, la destruction de l'acte opérerait révocation. Il y a plus; il suffit que l'acte ne soit pas présenté au conservateur pour qu'il ne puisse pas produire d'effet, puisqu'il ne peut en produire que par la radiation opérée sur les registres. Dans l'opinion contraire, on enseigne que, sauf les cas de dol et de fraude, la mainlevée ne peut être rétractée (2). Sans doute le dol vicie toute expression de volonté, mais le dol dont le code parle est un vice qui en-

(1) Bruxelles, 11 juin 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 427).

(2) Pont, t. II, p. 463, n° 1105.

tache les contrats et les rend nuls. Dans l'espèce, il n'y a pas de contrat, on le suppose; la mainlevée est un acte d'une seule volonté, il faut donc appliquer le principe que le consentement se dissout comme il a été donné.

227. L'intérêt pratique de la question est celui-ci. Des créanciers s'inscrivent avant que l'acte de mainlevée ait été révoqué : primeront-ils le créancier qui a révoqué son consentement? Dans notre opinion, la question doit être posée en d'autres termes. L'inscription a-t-elle été rayée en vertu de la mainlevée, dans ce cas, il va sans dire que les créanciers inscrits primeront le créancier qui, après avoir requis la radiation, requiert une inscription nouvelle (n° 223). Si la radiation n'a pas été opérée, le créancier qui a donné la mainlevée peut toujours la révoquer; les créanciers qui auraient pris inscription après que l'acte de mainlevée a été dressé, mais avant que la radiation ait été opérée, n'ont pas le droit de se prévaloir d'une mainlevée qui dépend encore de la volonté du créancier; l'inscription de celui-ci subsiste, et, par conséquent, elle prime les créanciers inscrits postérieurement.

Dans l'opinion qui considère la mainlevée comme accomplie à partir du moment où l'acte est reçu, l'on distingue. Si des créanciers ont pris inscription après la mainlevée, et avant que la révocation ait été signifiée au conservateur, ils primeront le créancier qui avait donné la mainlevée. Quant aux créanciers inscrits après la révocation, ils seront primés par le créancier qui révoque la mainlevée (1). Sur quoi se fonde cette distinction? Tout y est arbitraire. D'abord on donne effet à la révocation, bien que l'on pose en principe que la mainlevée, essentiellement unilatérale, ne peut être révoquée. Puis on ne donne effet à la révocation qu'à partir de la notification qui en est faite au conservateur. En vertu de quel texte ou de quel principe subordonne-t-on à une notification l'effet de la révocation? Si la mainlevée produit son effet à partir du moment où elle est consentie, tout créancier inscrit postérieurement

(1) Martou, t. III, p. 276, n° 1217; Pont, t. II, p. 464, n° 1106. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 395 et suiv., notes 38 et 39, § 231.

devrait avoir le droit de s'en prévaloir, et la révocation ne pourrait être considérée que comme une nouvelle inscription, valable seulement à partir de sa date. Subordonner à une notification l'effet de la mainlevée, c'est faire la loi, en créant une condition qu'elle ignore. A l'appui de la distinction, on invoque le principe des droits acquis; mais quand peut-on dire que les tiers créanciers ont un droit acquis au rang de leur inscription, alors qu'ils sont en conflit avec une inscription prise antérieurement et dont mainlevée a été donnée sans qu'elle ait été suivie de la radiation de l'inscription? C'est l'inscription portée sur les registres qui donne rang au créancier, en même temps qu'elle donne effet à l'hypothèque. On suppose que le créancier qui a donné mainlevée de l'inscription ne l'a pas fait radier et qu'il a révoqué son consentement. Quels sont, en ce cas, les droits acquis des divers créanciers? Le créancier qui a donné mainlevée n'ayant pas fait radier l'inscription la conserve avec le rang qui y est attaché. Les créanciers inscrits après la mainlevée, mais sans que l'inscription ait été radiée, sont primés par cette inscription; ils ne peuvent pas invoquer la mainlevée, puisqu'elle n'a pas eu de suite; et comme ils sont restés étrangers à l'acte, il faut dire que cet acte ne leur profite point, comme il ne leur nuit point.

228. La jurisprudence consacre la distinction que nous venons de combattre; elle est moins précise que la doctrine des auteurs et tout aussi contradictoire. Un arrêt de cassation du 4 janvier 1831 commence par poser en principe que la mainlevée d'une inscription hypothécaire, donnée par un créancier à son débiteur, est, de sa nature, un acte unilatéral qui n'a pas besoin, pour être parfait, du consentement ou de l'acceptation de ce dernier. Cela est vrai, mais cela ne décide pas la question de savoir si la mainlevée produit effet à l'égard des tiers, à partir du moment où elle est consentie, ou à partir de la radiation. La cour admet que la mainlevée produit effet dès que l'acte est parfait. De là elle conclut que la mainlevée profite non-seulement au débiteur, mais encore à ses créanciers postérieurement inscrits. Dans l'espèce, la radiation n'avait pas