

Le gage immobilier sur le logement de famille (art. 169 CC)

Auteur : Arnaud Nussbaumer

Date : 30 décembre 2016

[ATF 142 III 720](#) | [TF, 10.11.2016, 5A_203/2016*](#)

Faits

Sur requête de sa banque, une débitrice se voit notifier par l'Office des poursuites de Lausanne un commandement de payer dans le contexte d'**une poursuite en réalisation de gage immobilier**. L'Office notifie également un exemplaire du commandement de payer à l'époux de la débitrice, lequel n'avait **pas donné son consentement** à la constitution du gage immobilier.

Après que les deux conjoints ont formé opposition totale, la banque requiert du Juge de paix de Lausanne la mainlevée provisoire. Invoquant la violation de l'[art 169 al. 1 CC](#), les époux concluent au rejet de la requête de mainlevée.

Le Juge de paix prononce la mainlevée provisoire et constate l'existence du droit de gage. Suite au recours des époux, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du canton Vaud confirme la décision du Juge de paix.

Les époux recourent au Tribunal fédéral lequel est amené à trancher la question de savoir si la mise en gage du logement de famille par la débitrice a été faite conformément à l'[art. 169 CC](#).

Droit

Aux termes de l'[art. 153 al. 2 let. b LP](#), un exemplaire du commandement de payer est également notifié à l'époux du débiteur lorsque l'immeuble grevé est le logement de la famille au sens de l'[art. 169 CC](#). Ainsi, l'époux acquiert la qualité de **copoursuivi** et peut notamment invoquer le fait que la mise en gage du bien violerait les dispositions de l'[art. 169 CC](#).

Aux termes de l'[art. 169 al. 1 CC](#) « [u]n époux ne peut, **sans le consentement exprès** de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni **restreindre par d'autres actes juridiques** les droits dont dépend le logement de la famille ».

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que **l'absence du consentement de l'époux au sens de l'art. 169 al. 1 CC entraîne la nullité absolue** de l'acte juridique en cause, sans qu'il faille tenir compte de l'éventuelle bonne foi du cocontractant. Il explique ensuite que **la mise en gage de l'immeuble** peut, suivant les circonstances, nécessiter le consentement du conjoint, à des conditions débattues par la doctrine.

L'[art. 169 CC](#) vise à éviter le risque pour la famille de perdre la jouissance de son logement. Selon le Tribunal fédéral, il y a lieu d'admettre que le droit de gage n'est soumis à cette disposition que lorsqu'il existe **un risque**, objectivement important, **que le logement soit réalisé dans un avenir proche**, ou lorsque l'unique objectif de celui qui constitue le gage semble être d'é luder l'[art. 169 CC](#) ou constitue un abus de droit.

Après avoir exposé de façon didactique les différentes positions doctrinales, le Tribunal fédéral se rallie au courant dominant et estime que le consentement du conjoint est généralement nécessaire si la charge hypothécaire excède environ **les 2/3 de la valeur vénale** pour les immeubles non agricoles - ou le plafond fixé par l'[art. 73 LDER](#) pour les immeubles agricoles.

Le Tribunal fédéral complète cette position en considérant que **la proportion de 2/3 n'est pas nécessairement déterminante**. À la lumière du but poursuivi par l'[art. 169 CC](#), le Tribunal fédéral explique en effet que le consentement est également nécessaire s'il est manifeste que les capacités financières du débiteur ne permettraient pas d'assurer le service de la dette hypothécaire ou encore que le logement familial se trouverait en danger de quelque manière en raison de la cédule hypothécaire. Selon le Tribunal fédéral, il en va ainsi lorsque le propriétaire n'est pas ou plus en mesure de racheter la dette ou de contracter un nouveau crédit en cas de résiliation du contrat par le créancier gagiste. Il en va de même si le propriétaire qui veut provoquer la réalisation forcée du logement, plutôt que de contracter une nouvelle hypothèque, se contente de ne plus payer les intérêts hypothécaires et de laisser la banque résilier le contrat de prêt puis demander la réalisation du gage.

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que, quand bien même l'époux n'a pas donné son consentement à la mise en gage du logement de famille, les époux ne démontrent pas que la charge hypothécaire excède les 2/3 de la valeur vénale.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

Durant la délibération publique, les juges fédéraux ont évoqué la question de **l'abus de droit** que constituerait pour l'époux le fait de se prévaloir de la nullité du droit de gage sur le logement de famille. Dans la mesure où les juges fédéraux ont considéré que les conditions d'application de l'[art. 169 CC](#) n'étaient pas satisfaites, ils n'ont pas eu besoin de trancher ce point.

Aussi, **quatre juges sur cinq** ont considéré que la proportion des 2/3 constitue un point de départ pour déterminer si un gage immobilier pouvait mettre en péril la jouissance d'un logement familial. Le cinquième juge a considéré pour sa part que toute mise en gage du logement familial, indépendamment de sa valeur, devrait être soumise au consentement exprès de l'époux.

L'auteur de ce résumé exerce dans l'étude d'avocats chargée de défendre l'intimée devant le Tribunal fédéral dans cette présente affaire.