

Urteilkopf

142 III 720

92. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil dans la cause A.A. et B.A. contre Banque C. SA (recours en matière civile) 5A_203/2016 du 10 novembre 2016

Regeste (de):

Art. 82 und 153 Abs. 2 lit. b SchKG, Art. 169 Abs. 1 ZGB; Betreuung auf Grundpfandverwertung; Bestellung von Schuldbriefen, welche die im Eigentum der Ehefrau stehende Familienwohnung belasten; Sicherungsübereignung, welche vom Ehemann nicht unterzeichnet ist.

Grundsätzlich ist die Zustimmung des Ehegatten bei der Pfandbestellung nötig, wenn die hypothekarische Belastung ungefähr 2/3 des Verkehrswertes für nicht landwirtschaftliche Grundstücke übersteigt - oder die von Art. 73 BGGB festgelegte Belastungsgrenze bei landwirtschaftlichen Grundstücken. Die Zustimmung ist unabhängig vom Umfang des Pfandes auch nötig, wenn offensichtlich ist, dass angesichts der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners der Schuldendienst nicht gewährleistet ist oder sich die Familienwohnung auf andere Weise in Gefahr befindet (E. 4 und 5).

Wenn sich der Ehegatte auf den von Art. 169 ZGB gewährten Schutz beruft, muss er glaubhaft machen, dass die hypothekarische Verpflichtung die gebräuchlichen Normen übersteigt oder die Familienwohnung auf irgendeine Art gefährdet (E. 6).

Regeste (fr):

Art. 82 et 153 al. 2 let. b LP, art. 169 al. 1 CC; poursuite en réalisation de gage immobilier; nantissement de cédules hypothécaires grevant le logement familial propriété de l'épouse; acte de cession à titre fiduciaire non signé par le mari.

Le consentement du conjoint est généralement nécessaire à la mise en gage 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 LDFR pour les immeubles agricoles. Le consentement est aussi nécessaire, indépendamment de l'ampleur du gage, s'il est manifeste que les capacités financières du débiteur ne permettraient pas d'assurer le service de la dette ou que le logement familial se trouverait en danger d'une quelconque manière (consid. 4 et 5).

Lorsqu'il oppose la protection conférée par l'art. 169 CC, le conjoint doit rendre vraisemblable que l'engagement hypothécaire dépasse les normes usuelles ou met le logement familial en péril de quelque façon (consid. 6).

Regesto (it):

Art. 82 e 153 cpv. 2 lett. b LEF, art. 169 cpv. 1 CC; esecuzione in via di realizzazione del pegno immobiliare; pignoramento di cartelle ipotecarie gravanti l'abitazione familiare di proprietà della moglie; atto di cessione a titolo fiduciario non firmato dal marito.

Il consenso del coniuge è generalmente necessario alla costituzione in pegno se l'aggravio ipotecario eccede circa i 2/3 del valore venale per gli immobili non agricoli - o il limite fissato dall'art. 73 LDFR per gli immobili agricoli. Il consenso è pure necessario, indipendentemente dell'entità del pegno, se è manifesto che la capacità finanziaria del debitore non permetterebbe di garantire il servizio del debito o che l'abitazione familiare si troverebbe in qualche modo in pericolo (consid. 4 e 5).

Quando oppone la protezione conferita dall'art. 169 CC, il coniuge deve rendere verosimile che l'obbligo ipotecario supera le norme usuali o pone in qualche modo in pericolo l'abitazione familiare (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 721

BGE 142 III 720 S. 721

A.

A.a Sur requête de C. SA, l'Office des poursuites du district de Lausanne a, le 14 avril 2015, notifié à A.A. un commandement de payer dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° x, requérant paiement de 7'373'276 fr. 27 plus intérêt à 5 % dès le 1er mars 2015 et indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation: "Cédule hypothécaire au porteur n° a du 20 décembre 1991, cédule hypothécaire au porteur n° b du 27 mars 2007 et cédule hypothécaire au porteur n° c du 16 avril 2009". L'immeuble, propriété de A.A., est désigné comme il suit: "Parcelle RF n° y de la commune de U.". Le même jour, l'Office a notifié un exemplaire du commandement de payer susvisé à B.A., en sa qualité d'époux de la débitrice A.A. Les deux conjoints ont formé opposition totale.
BGE 142 III 720 S. 722

A.b Le 8 mai 2015, la poursuivante a requis du Juge de paix du district de Lausanne la mainlevée provisoire de l'opposition formée par les poursuivis au commandement de payer n° x. A l'audience du 14 juillet 2015, le conseil des époux a conclu au rejet de la requête de mainlevée, invoquant la violation de l'art. 169 al. 1 CC. Par prononcé rendu à la suite de l'audience du 14 juillet 2015, le Juge de paix a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition et constaté l'existence du droit de gage. Les motifs de cette décision ont été notifiés le 9 décembre 2015. En bref, le premier juge a estimé que le moyen tiré de la violation de l'art. 169 CC n'était pas fondé. (...)

B. Par acte du 16 décembre 2015, les poursuivis ont recouru contre ce prononcé, concluant au maintien de l'opposition. Ils faisaient valoir que la poursuivante n'avait pas valablement acquis la propriété fiduciaire des cédules litigieuses, faute pour le mari d'avoir signé l'acte de cession, en sorte que ledit acte était nul. Par arrêt du 5 février 2016, notifié le 26 février 2016, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du canton Vaud a rejeté le recours et confirmé le prononcé attaqué. (...)

Le 10 novembre 2016, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de A.A. et B.A. en séance publique. (extrait)

Erwägungen

Extrait des considérants:

4.

4.1 En vertu de l'art. 82 LP, le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire (al. 1); le juge la prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (al. 2). La procédure de mainlevée provisoire, ou définitive, est une procédure sur pièces (Urkundenprozess), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire. Le juge de la mainlevée examine uniquement la force probante du titre produit par le poursuivant, sa nature formelle, et lui attribue force exécutoire si le poursuivi ne rend pas immédiatement vraisemblables ses moyens libératoires (ATF 132 III 140 consid. 4.1.1 p. 141 et 142 et les arrêts cités). Il doit notamment vérifier d'office l'existence d'une reconnaissance de dette, l'identité entre le poursuivant et le créancier désigné dans ce titre,
BGE 142 III 720 S. 723

l'identité entre le poursuivi et le débiteur désigné et l'identité entre la prétention déduite en poursuite et la dette reconnue (ATF 139 III 444 consid. 4.1.1 p. 446 et 447 et les références). Le poursuivi peut se prévaloir de tous les moyens de droit civil - exceptions ou objections - qui infirment la reconnaissance de dette (ATF 131 III 268 consid. 3.2 p. 273). Il n'a pas à apporter la preuve absolue (ou stricte) de ses moyens libératoires, mais seulement à les rendre vraisemblables, en principe par titre (art. 254 al. 1 CPC; arrêts 5A_467/2015 du 25 août 2016 consid. 4; 5A_884/2014 du 30 janvier 2015 consid. 5.2; 5A_577/2013 du 7 octobre 2013 consid. 4.3.1; 5A_878/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.2). Le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués; il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 132 III 140 consid. 4.1.2 p. 143/144).

4.2

4.2.1 Dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage, 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 (art. 153 al. 2 let. b LP et 88 ORFI [RS 281.42]). Avec la notification du commandement de payer, l'époux acquiert la qualité de copoursuivi et peut ainsi former opposition au commandement de payer au même titre que le débiteur. Il peut invoquer l'inexistence et l'inexigibilité de la créance, en contester le montant ou se prévaloir du défaut de gage. Il peut également faire valoir que la mise en gage du bien violait les dispositions de l'art. 169 CC (arrêt 4P.264/2005 du 17 janvier 2006 consid. 5.2.3.1 et les références). Le moyen pris de cette disposition n'appartient, en revanche, pas au débiteur (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 9e éd. 2013, n° 12 ad § 33; WOLF/GENNA, in Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, 2007, n° 117 ad art. 14 LPart; cf. aussi PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2000, vol. II, n° 29 ad art. 153 LP). Bien que le jugement de première instance (art. 105 al. 2 LTF) ne soit pas clair sur ce point, savoir si, en l'espèce, le moyen a été valablement soulevé par le conjoint de la poursuivie peut rester indécis, dès lors que ce dernier était valablement représenté par un avocat à l'audience de mainlevée et vu les considérations qui vont suivre.
BGE 142 III 720 S. 724

4.2.2 Selon l'art. 169 al. 1 CC, un 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. Cette disposition a pour objectif d'empêcher, en particulier en cas de tensions, que le conjoint titulaire des droits réels ou personnels dont dépend le logement familial puisse disposer unilatéralement de ce logement, qui a une importance vitale pour l'autre époux (ATF 114 II 396 consid. 5a p. 398 et 399). Le législateur a tenu à protéger le logement familial par une réglementation légale de nature impérative (ATF 115 II 361 consid. 4a p. 364; ATF 114 II 396 consid. 5a p. 398/399), édictée également dans l'intérêt public (arrêt 5A_169/2010 du 23 août 2010 consid. 2.3 et la référence). L'absence de consentement entraîne la nullité absolue de l'acte juridique en cause, sans qu'il faille tenir compte de l'éventuelle bonne foi du cocontractant (ATF 118 II 489 consid. 2 p. 490/491; arrêt 5A_695/2008 du 27 novembre 2008 consid. 4.1). Seuls certains actes de disposition sont mentionnés par l'art. 169 CC, dont l'énumération se réfère, notamment, à ceux qui sont susceptibles de restreindre les droits dont dépend le logement de la famille. La mise en gage de l'immeuble peut, suivant les circonstances, nécessiter le consentement du conjoint, à des conditions débattues par la doctrine. Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a jugé que la créance garantie par hypothèque, incorporée dans l'obligation hypothécaire, n'a qu'une existence formelle tant que le propriétaire de l'immeuble n'en a pas disposé, par exemple en la remettant en nantissement (ATF 93 II 82 consid. 3 p. 86), de sorte que la seule constitution des obligations hypothécaires n'a pas encore pour effet de restreindre la jouissance du logement ou de créer un risque pour la famille, mais bien, le cas échéant, l'acte de disposition, en particulier le transfert de propriété à fin de garantie. Là où il est exigé, l'accord du conjoint doit être exprès, sans qu'il soit, toutefois, soumis à une exigence de forme particulière par la loi. Enfin, tout en considérant que la plupart des auteurs préconisent de tenir compte de l'ampleur de la mise en gage, un engagement correspondant à des charges hypothécaires "usuelles" n'étant pas sujet à l'exigence du consentement du conjoint, le Tribunal fédéral a jusqu'ici laissé la question ouverte (arrêt 5A_169/2010 du 23 août 2010 consid. 2.3 et les références).

5. Il convient ainsi de déterminer ce qu'il faut entendre par la notion d'"autres actes juridiques" susceptibles de restreindre les droits dont dépend le logement de la famille au sens de l'art. 169 CC et si,
BGE 142 III 720 S. 725

en l'occurrence, le transfert de propriété à fin de garantie des cédules hypothécaires entraine dans le champ d'application de cette disposition.

5.1

5.1.1 La doctrine majoritaire considère que le consentement du conjoint n'est requis qu'à partir d'un certain seuil d'endettement. Pour PAUL EITEL (Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des Ehegatten als Alleineigentümer der Familienwohnräume nach Art. 169 al. 1 ZGB, recht 6/1993 p. 215 ss, 219), il faut que la charge hypothécaire dépasse la valeur vénale de l'immeuble (cf. aussi JÜRIG SCHMID, Ehegüterrecht und grundbuchrechtliche Aspekte, RNRF 83/2002 p. 321 ss, 332). HEGNAUER/BREITSCHMID (Grundriss des Eherechts, 4e éd. 2000, n. 17.31) n'exigent quant à eux le consentement du conjoint que dans des cas "spéciaux" - mais ne précisent pas lesquels - et pour

URSULA SCHMID (Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen im Verhältnis zu Dritten, 1996, p. 118), le consentement du conjoint (ou du juge) n'est nécessaire que dans les très rares cas où l'époux aliénéateur vise pratiquement la perte du logement à travers le droit de gage, de sorte qu'il s'agit d'une manoeuvre de détournement (Umgehungsgeschäft). Parmi les auteurs majoritaires - dont certains sont cités par la cour cantonale sans que le bien-fondé de leur opinion ne soit remis en cause par les recourants -, la plupart admettent que le logement familial n'est pas menacé et, partant, que le consentement du conjoint n'est pas nécessaire si la charge hypothécaire reste dans les limites usuelles des hypothèques dites en premier rang, soit environ 2/3 de la valeur vénale d'un immeuble non agricole ou en-deçà du plafond fixé par l'art. 73 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR; RS 211.412.11) pour un immeuble agricole (dans ce sens: DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e éd. 2001, p. 52 s., note 23; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, 2e éd. 2009, n. 216 p. 141 s.; SCHWANDER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, vol. I, 5e éd. 2014, n° 16 ad art. 169 CC: jusqu'à environ 60-66 % de la valeur vénale; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, in Berner Kommentar, 1999, n° 46a ad art. 169 CC: jusqu'à 60 %; SIDNEY KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, 2003, n. 416 p. 176 et 177 et les références; GILLIÉRON, op. cit., n° 31 ad art. 153 LP; FRANZISCA MARTHA BETSCHAT, Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen BGE 142 III 720 S. 726

der Banken, 2011, n. 394 p. 119 et les références; MARLIES NÄF-HOFMANN, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, 1998, n. 94; cf. ég. Revue valaisanne de jurisprudence [RVJ] 2008 p. 267 consid. 3a). D'autres estiment que l'art. 169 CC s'applique lorsque la charge hypothécaire dépasse le 80 % de la valeur vénale de l'immeuble (BRÄM/HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, 3e éd. 1998, n° 56 ad art. 169 CC; FRANZ HASENBÖHLER, Zur neurechtlichen Regelung der gemeinschaftlichen Wohnung [...], Eherecht in der praktischen Auswirkung, 1991, p. 7 ss, 15; BERNHARD TRAUFFER, Verfügung über die Familienwohnung nach neuem Eherecht, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden [ZGRG] 1987 p. 71 ss, 77). Le consentement est aussi nécessaire s'il est manifeste que les capacités financières du débiteur ne permettraient pas d'assurer le service de la dette hypothécaire ou que le logement familial se trouverait en danger de quelque manière en raison de la cédule hypothécaire (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, op. cit.; KAMERZIN, op. cit., n. 417 p. 177; BETSCHAT, op. cit., loc. cit.; RVJ 2008 p. 267 consid. 3a).

5.1.2 Un courant minoritaire est cependant d'avis qu'il faut soumettre de manière systématique à l'art. 169 CC toute mise en gage du logement de la famille. Selon ces auteurs, la remise de la cédule hypothécaire à un tiers comporte, en soi, le danger abstrait qu'en cas d'impossibilité d'assumer la charge, le bien fasse l'objet d'une réalisation forcée, que la dette hypothécaire soit ou non proportionnée. L'existence d'un danger concret pour le logement, en particulier lorsque la valeur du prêt hypothécaire est plus importante que la valeur que l'immeuble représente sur le marché, ou lorsque les époux ne sont manifestement pas dans une situation économique leur permettant d'assumer la charge hypothécaire, n'est selon eux pas nécessaire (MURIEL BARRELET, in Droit matrimonial, 2016, n° 35 ad art. 169 CC; YVAN GUICHARD, Les restrictions au droit de disposer du logement de la famille, 2002, p. 85 ss., 94 ss; JACQUES-MICHEL GROSSEN, Le statut patrimonial de base: les effets généraux du mariage, in Nouveau droit du mariage, 1986, p. 23; PETITPIERRE/DE MONTMOLLIN/GUINAND/HAUSHEER, in FJS n° 105, état: 1988, p. 5, ch. 2.b; GÉRARD PIQUEREZ, Les mesures protectrices de l'union conjugale selon le nouveau droit du mariage, in Problèmes de droit de la famille, 1987, p. 125 ch. 4; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, L'exécution forcée menée par un tiers contre un conjoint à raison d'une obligation patrimoniale, in Mélanges Pierre Engel, 1989, p. 331 ss, 334 s. let. b). BGE 142 III 720 S. 727

5.2

5.2.1 L'art. 169 CC vise à éviter le risque pour la famille de perdre la jouissance de son logement. Or, de même que la seule constitution des obligations hypothécaires n'a pas encore pour effet de restreindre la jouissance du logement ou de créer un risque pour la famille (cf. supra consid. 4.2.2), il y a lieu d'admettre que le droit de gage n'est soumis à cette disposition que lorsqu'il comporte un risque, objectivement important, que le logement soit réalisé dans un avenir proche, ou lorsque l'unique objectif du constituant semble être d'éluider l'art. 169 CC et/ou constitue un abus de droit. Cette interprétation tient compte du but poursuivi par cette disposition (sur l'interprétation de la loi: ATF 142 III 402 consid. 2.5.1 et les arrêts cités). Elle trouve aussi appui dans le Message du 11 juillet 1979 concernant la révision du code civil suisse, selon lequel "le cas échéant, la constitution d'un droit de gage sur un immeuble déjà fortement hypothéqué peut mettre en péril la conservation du

logement de la famille" (FF 1979 II 1247 s. ch. 217.221), ainsi que dans les travaux préparatoires, qui révèlent qu'une majorité de parlementaires n'entendaient soumettre à l'art. 169 CC que les cas de surcharge hypothécaire de l'immeuble (à ce sujet: BRÄM/HASENBÖLER, op. cit., n° 57 ad art. 169 CC; EITEL, op. cit., p. 218 s., ch. 2 s.). La même approche a d'ailleurs été retenue dans l'ATF 118 II 489 consid. 3a qui, après avoir mentionné, entre autres exemples, la constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation comme rentrant dans les "autres actes juridiques" au sens de l'art. 169 CC, indique aussi, finalement, la constitution d'un droit de gage, précisant toutefois qu'il en est ainsi dans certains cas ("in certi casi"), par référence au Message du Conseil fédéral. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (op. cit., loc. cit.) sont aussi d'avis que l'art. 169 CC doit être appliqué aux droits de gage sur un immeuble de manière nuancée, ce qui implique a priori l'évaluation, dans chaque cas d'espèce, de l'importance de la charge par rapport à la valeur de l'immeuble.

5.2.2 S'agissant de la mise en gage d'un immeuble abritant le logement de la famille, il s'agit ainsi de déterminer si cet acte juridique est, dans les circonstances concrètes du cas d'espèce, de nature à mettre en péril, à terme, le droit de bénéficier du logement de la famille. Il faut donc procéder à un examen du cas concret et définir si l'engagement excède le seuil susceptible de conduire à une telle restriction. Comme le relèvent HAUSHEER/REUSSER/GEISER (op. cit., n°s 41, 43 et 44 ad art. 169 CC), il convient de soumettre aussi au BGE 142 III 720 S. 728

consentement de l'autre conjoint les actes juridiques qui, même s'ils ne limitent pas au départ les possibilités d'habiter, exposent à un danger important de perte future du logement de famille. La question de l'applicabilité de l'art. 169 CC doit donc être examinée au cas par cas. En ce qui concerne plus particulièrement la mise en gage du bien considéré, ces auteurs estiment que la création de droits de gage peut, dans certains cas, tomber dans le domaine d'application de l'art. 169 CC, le critère décisif étant la mise en péril sérieuse du logement de la famille: le consentement ne devrait dès lors être exigé qu'en présence d'un tel danger, condition qui doit être considérée comme remplie si la charge hypothécaire atteint un niveau tel que la réalisation forcée de l'immeuble peut être envisagée de façon perceptible ou si une charge même inférieure serait néanmoins de nature à entraîner la perte du logement familial. Selon leur approche, une charge hypothécaire usuelle n'apparaît pas soumise à l'exigence du consentement de l'art. 169 CC. Pour ces commentateurs, dès lors qu'il semble peu praticable de procéder à un examen de la situation financière de la famille, il est préférable de se référer à des valeurs indicatives générales et, à cet égard, il est possible de fixer un seuil correspondant à celui retenu par les banques pour accorder une hypothèque (de premier rang) au taux le plus bas. Il convient toutefois de réserver les cas dans lesquels il est patent que le propriétaire immobilier n'est guère en mesure de couvrir la charge hypothécaire, ainsi que ceux où, par l'acte juridique considéré, il vise en réalité à contourner l'obligation de consentement ou à abuser de son droit (cf. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, op. cit., nos 46 et 46a ad art. 169 CC). Cette conception est aussi partagée par SCHWANDER, qui s'y réfère expressément, après avoir lui aussi relativisé la portée de l'art. 169 CC (op. cit., n° 16 ad art. 169 CC: "zustimmungsbedürftig sind alle Rechtsgeschäfte, welche die Rechte an der Familienwohnung aufheben oder deren Ausübung in unzumutbarer Weise einschränken").

5.2.3 Il convient ainsi de considérer que le fait de grever le logement familial d'un droit de gage immobilier peut, dans certaines circonstances - et non systématiquement -, mettre en péril les droits dont le logement dépend, en particulier lorsque l'immeuble est déjà lourdement hypothéqué. Pour déterminer si une telle hypothèse est réalisée, il y a lieu de fixer certains critères et d'admettre, en particulier, que le consentement du conjoint est en règle générale nécessaire si la charge hypothécaire excède environ les 2/3 de la valeur vénale pour les immeubles non agricoles - ou le plafond fixé par BGE 142 III 720 S. 729

l'art. 73 LDFR pour les immeubles agricoles -, conformément à l'avis de la doctrine majoritaire (cf. supra consid. 5.1.1). En effet, au-delà de cette limite, il paraît difficile de compter sur la valeur vénale encore disponible pour se procurer les fonds destinés à empêcher une poursuite en réalisation de gage. Dans un arrêt relatif à l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, le Tribunal fédéral a du reste eu l'occasion de préciser que la limite habituelle des charges est des 2/3 de la valeur vénale de l'immeuble (cf. ATF 107 Ib 12 consid. 4 p. 19). Au regard de l'évolution du marché immobilier depuis les années 90 et sa situation actuelle, la limite de 80 % préconisée par certains auteurs précités n'apparaît en revanche pas adéquate (cf. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, op. cit., n° 46a ad art. 169 CC; SCHWANDER, op. cit.). De toute manière, ces questions de proportion ne sont pas strictement déterminantes. En effet, le danger

d'une réalisation, respectivement d'une poursuite en réalisation de gage, que la loi veut prévenir, résulte de la capacité ou non de supporter les charges du logement familial, parmi lesquelles les intérêts hypothécaires. Si l'on peut tenter de déterminer le seuil d'exposition tolérable aux risques d'un immeuble pris isolément, il ne faut pas perdre de vue que le point de savoir si une charge hypothécaire pourra ou non être assumée doit être tranché au regard de la situation financière des époux prise dans son ensemble, même si ce critère est considéré comme difficile à mettre en oeuvre, en pratique, par certains commentateurs (cf. supra consid. 5.2.2). En effet, une mise en danger pourrait être niée nonobstant le fait qu'un immeuble serait très fortement hypothéqué (même au-delà des normes bancaires) si les charges qui en sont induites peuvent être supportées sans difficultés, compte tenu des revenus confortables des époux. Comme exposé précédemment, l'art. 169 CC a pour but de protéger le logement familial et de prévenir une éventuelle perte de jouissance de celui-ci qui découlerait de la réalisation forcée de l'immeuble, mais ce risque ne se matérialise que si cette réalisation est nécessaire au remboursement de la dette garantie, dans la pratique, de surcroît, au motif que les charges hypothécaires n'auraient par exemple pas été payées. Il n'en reste pas moins que la situation de fortune des époux concernés doit être appréciée dans son ensemble, afin de formuler un pronostic sur les perspectives de pouvoir ou non conserver l'immeuble abritant le logement familial en cas de difficultés (comme l'évoquent aussi DESCHENAU/STEINAUER/BADDELEY, op. cit., note 144 BGE 142 III 720 S. 730

ad n. 216). La règle des 2/3 environ ne peut donc être comprise de façon absolue, mais doit être remise dans le contexte de la situation financière globale des époux. Elle peut certes servir, dans la plupart des cas, d'indice initial, à savoir de point de départ à la base du raisonnement, dès lors que les prêteurs eux-mêmes analysent leur exposition aux risques avant d'accorder un crédit; il faut néanmoins laisser la possibilité aux parties de la relativiser par la prise en considération d'autres éléments, qu'il leur appartient d'alléguer.

5.2.4 En définitive, il convient de se rallier à l'avis de la doctrine majoritaire et d'admettre 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 LDFR pour les immeubles agricoles. Cependant, le consentement est aussi 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 cédula hypothécaire (KAMERZIN, op. cit., n. 417 p. 177; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, op. cit.). 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 (GUICHARD, op. cit., p. 94). 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 (cf. DIETER ZOBL, Die Auswirkungen des neuen Ehegesetzes auf das Immobiliarsachenrecht, RSJ 84/1988 p. 129 ss, 133 note 46). Ces vérifications entrent dans le cadre de celles pouvant être effectuées par le juge de la mainlevée (cf. supra consid. 4.1), dès lors que les faits à prouver, portant sur la situation financière des intéressés, peuvent être établis par des documents. Il en va de même de l'estimation de la valeur de l'immeuble, laquelle ne nécessite pas d'expertise, ce d'autant que les banques ont également besoin de connaître cette valeur pour octroyer leur prêt et que la remise de cédulas en garantie, acte soumis ou non au consentement de l'autre époux, n'aura lieu dans la pratique que lorsque tous les autres paramètres économiques seront connus.

6. Reste à savoir si, lorsqu'il oppose la protection conférée par l'art. 169 CC à titre de moyen libératoire, le conjoint doit, outre le caractère familial de l'immeuble grevé, rendre vraisemblable que BGE 142 III 720 S. 731

l'engagement hypothécaire dépasse les normes usuelles. Il y a lieu de répondre par l'affirmative à cette question. La protection de l'art. 169 CC ne peut en effet être invoquée que pour autant que les droits sur le logement familial sont menacés par la remise de la cédula hypothécaire et que cet acte de disposition constitue un danger concret pour le logement en raison de la charge hypothécaire. Celui qui invoque l'application de l'art. 169 CC - et qui soutient ce faisant que le consentement du conjoint à l'acte de disposition litigieux était nécessaire - doit donc rendre vraisemblable que le logement familial est mis en péril en raison du fait que la charge hypothécaire excède environ les 2/3 de la valeur vénale de l'immeuble grevé. Sur ce point, la décision entreprise ne prête pas le flanc à la critique.

6.1 En l'occurrence, les recourants soutiennent qu'ils ont rendu vraisemblable que la charge hypothécaire excédait les 2/3 de la valeur vénale. A l'appui de cette affirmation, ils exposent qu'il résulte des pièces produites par l'intimée à l'appui de sa requête de mainlevée que l'estimation

fiscale de l'immeuble faisant l'objet du gage, soit 7'207'000 fr. selon l'arrêt attaqué, date de 2009, tout comme l'octroi du crédit de 9'000'000 fr. à l'épouse. Conformément à l'art. 2 de la loi vaudoise du 18 novembre 1935 sur l'estimation fiscale des immeubles (LEFI; RSV 642.21), il y aurait lieu de considérer qu'au jour de l'octroi du crédit, la valeur fiscale de l'immeuble correspondait à sa valeur marchande, donc vénale. Le montant du prêt était par conséquent supérieur aux 2/3 de celle-ci, comme le confirmerait l'exigence par l'intimée de la remise d'une garantie complémentaire de 1'800'000 fr., selon un acte de nantissement du 13 mai 2009 également produit par la banque.

6.2 Autant qu'elles sont suffisamment motivées, ces allégations ne sont pas fondées. Aux termes de l'art. 2 al. 1 LEFI, l'estimation fiscale est faite par bien-fonds "en prenant la moyenne entre sa valeur de rendement et sa valeur vénale". La valeur fiscale ne peut être supérieure à la valeur vénale (art. 2 al. 2 LEFI). Enfin, la valeur de rendement d'un immeuble correspond au rendement brut ou net capitalisé à un taux tenant compte du loyer de l'argent et des charges annuelles ou périodiques (art. 2 al. 3 LEFI). Contrairement à ce qu'affirment les recourants, cette seule disposition ne suffit pas à retenir comme vraisemblable qu'au moment de l'octroi du crédit hypothécaire, la valeur vénale de l'immeuble gagé équivalait à sa valeur imposable, l'arrêt attaqué ne contenant en particulier aucune indication concernant la valeur de rendement dudit immeuble. Quant à la
BGE 142 III 720 S. 732

garantie complémentaire sollicitée par l'intimée, il n'est pas non plus possible d'en déduire que la valeur vénale de l'immeuble n'aurait à ce moment-là été que de 7'207'000 fr. Il résulte en effet des constatations de l'autorité cantonale, d'une part, que le crédit devait être remboursé à court terme (6-12 mois) via "le produit de la vente de la villa", d'ores et déjà mise en vente par le preneur de crédit, et, d'autre part, qu'après avoir accordé à la poursuivie un ultime délai au 15 septembre 2014 pour régler les échéances de remboursement du prêt, la banque a exercé son droit de compensation sur le montant de 1'800'000 fr. précité. Dans ces circonstances, l'existence de cette seconde garantie ne permet pas de conclure que la valeur vénale de l'immeuble aurait été inférieure au montant de sa mise en gage. Il convient bien plutôt de considérer que l'intimée entendait ainsi se prémunir contre le non-respect des engagements pris par l'épouse tant que l'immeuble ne serait pas vendu. Là également, les recourants ne sauraient donc être suivis. (...)