

## Droit civil Zivilrecht

TCVS C1 09 164

*Droit civil - annulation du mariage - ATC (Cour civile II) du 2 septembre 2010, X. c. dame X. - TCV C1 09 164*

### **Annulation du mariage; droit transitoire; ordre public**

- Droit transitoire en matière d'annulation de mariage (art. 105 ch. 4 CC, art. 126 LEtr; art. 1er al. 1, 7 al. 2 Tit. fin. CC; consid. 3.1).
- Les effets juridiques découlant de l'ancien droit ne doivent pas être contraires à l'ordre public et aux mœurs selon les conceptions du nouveau droit (art. 2 Tit. fin. CC; consid. 3.1.2).
- La nouvelle réglementation de l'art. 105 ch. 4 CC ne répond pas à un intérêt public si prépondérant par rapport à l'intérêt des époux à être protégés dans la confiance mise en l'application du droit antérieur, qu'elle doive être appliquée rétroactivement en lieu et place de ce dernier (105 ch. 4 CC, art. 2 Tit. fin. CC; consid. 3.2).

Réf. CH: art. 105 CC, art. 126 LEtr, art. 1er Tit. fin. CC, art. 2 Tit. fin. CC, art. 7 Tit. fin. CC

Réf. VS: -

### **Eheungültigkeit; Übergangsrecht; Ordre Public**

- Übergangsrecht bei Eheungültigkeit (Art. 105 Ziff. 4 ZGB, Art. 126 AuG, Art. 1 Abs.1 SchlT ZGB, Art. 7 Abs. 2 SchlT ZGB; E. 3.1).
- Die Rechtsfolgen nach altem Recht dürfen dem Ordre Public und den sittlichen Wertvorstellungen des neuen Rechts nicht entgegenstehen (Art. 2 SchlT ZGB; E. 3.1.2).
- Das öffentliche Interesse hinter der neuen Regelung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB überwiegt das Interesse der Eheleute, in ihrem Vertrauen auf die Anwendbarkeit des alten Rechts geschützt zu werden, nicht derart, dass das neue Recht rückwirkend anstelle des alten zur Anwendung gelangen müsste (Art. 105 Ziff. 4 ZGB; Art. 2 SchlT ZGB; E. 3.2).

Ref. CH: Art. 105 ZGB, Art. 126 AuG, Art. 1 SchlT ZGB, Art. 2 SchlT ZGB, Art. 7 SchlT ZGB

Ref. VS: -

### **Faits (résumé)**

Dame X., ressortissante thaïlandaise née en 1977, mère d'un garçon, n'a jamais été mariée avec le père de son enfant. En 2000, en Suisse, elle a épousé A., né en 1956. Le divorce des époux A. a été prononcé en 2001. En 2003, à Bangkok, dame X. a épousé X., né en 1946. Peu après, les époux sont venus en Suisse où dame X. a obtenu une autorisation de séjour (permis B). Peu après, la vie commune a été interrompue. Dame X. a quitté le domicile conjugal pour travailler

dans le milieu de la prostitution. Elle n'a jamais regagné le domicile conjugal. X. a néanmoins régulièrement signé les déclarations de ménage commun nécessaires au renouvellement de l'autorisation de séjour de son épouse. En 2008, X. a signalé au Service de l'état civil l'abandon du domicile conjugal; le permis de séjour n'a pas été renouvelé. En 2010, dame X. a donné naissance à un enfant dont le père est C.

### ***Considérants (extraits)***

(...)

2. 1 La défenderesse et appelée étant de nationalité thaïlandaise, le présent litige présente un élément d'extranéité. La compétence du Tribunal cantonal pour connaître de la cause doit donc être examinée à la lumière de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), aucun traité international n'étant applicable entre la Suisse et la Thaïlande (art. 1 al. 2 LDIP).

L'action en annulation de mariage n'étant pas expressément régie par la LDIP, il convient d'appliquer, par analogie, les dispositions relatives au divorce et à la séparation de corps lorsque la demande porte sur les conséquences de l'annulation (art. 59 ss LDIP; Bopp, Commentaire bâlois, 2ème éd., n. 8 ad art. 59 LDIP; Geiser/Lüchinger, Commentaire bâlois, 3ème éd., n. 4 ad art. 110 CC). En revanche, lorsque, comme en l'espèce (cf. consid. 3 infra), l'action porte sur les causes d'annulation, il faut appliquer, par analogie, les règles sur la conclusion du mariage (art. 44 et 45 LDIP; Werro, Concubinage, mariage et démariage, 2000, n. 386 p. 93). Eu égard au domicile suisse des époux parties à la présente procédure et à la nationalité suisse de l'époux demandeur et appelant, les autorités judiciaires suisses sont compétentes pour connaître de l'action en annulation du mariage (art. 43 al. 1 LDIP), qui est régie par le droit suisse (art. 44 al. 1 LDIP).

(...)

3. L'appelant se prévaut de la cause absolue d'annulation de mariage prévue à l'art. 105 ch. 4 CC, disposition introduite par le ch. II 4 de l'annexe 2 à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Le présent litige soulève donc la question de l'application rétroactive de cette disposition à un mariage qui, comme en l'espèce, a été contracté avant cette date (Geiser, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus Zivilrechtlicher

Sicht, in ZBJV 2008, n. 33 p. 832; Fankhauser/Wüscher, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, in FamPra.ch 4/2008, p. 762).

3. 1 La loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, qui a introduit l'art. 105 ch. 4 CC dans le Code civil, ne contient pas de dispositions transitoires spécifiques (cf. art. 126 LEtr; Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 762). Conformément à la jurisprudence, il faut donc s'en tenir aux règles générales du titre final du Code civil (ATF 133 III 105 consid. 2.1 et les références).

3. 1. 1 Celles-ci reposent sur le principe de la non-rétroactivité des lois arrêté à l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 Tit. fin. CC, lequel prescrit que les actes accomplis avant l'entrée en vigueur du CC sont soumis à l'ancien droit, alors que ceux qui sont postérieurs à son entrée en vigueur sont soumis au nouveau droit. Le rattachement d'un rapport d'obligation au droit en vigueur au moment de sa constitution (lex prior) vise à protéger la confiance subjective des parties, qui ont soumis leurs relations à un droit matériel qui leur était connu, et tend aussi à empêcher que des droits valablement acquis par un acte juridique soient enlevés à leur titulaire par le seul effet de la loi (ATF 126 III 421 consid. 3c/cc et la référence).

En dérogation au principe général de la non-rétroactivité des lois, l'art. 7 al. 2 Tit. fin. CC prescrit que les mariages entachés d'une cause de nullité selon l'ancien droit ne peuvent être annulés qu'en vertu du nouveau droit (Geiser/Lüchinger, Commentaire bâlois, 2<sup>e</sup> éd., n. 7 ad art. 7 Tit. fin. CC; Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 762 et 763). Cette disposition ne prévoit toutefois pas expressément ce qu'il advient du droit applicable lorsque la loi, tel l'art. 105 ch. 4 CC invoqué dans la présente cause à l'appui de la demande, ne restreint pas les cas de nullité du mariage mais en introduit un nouveau. En pareille situation, il convient de partir à nouveau du principe de la non-rétroactivité des lois prévu à l'art. 1<sup>er</sup> Tit. fin. CC (Geiser, op. cit., n. 34 p. 833; Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 763).

3. 1. 2 L'art. 2 Tit. fin. CC apporte une exception à ce principe lorsque l'ordre public est en cause. Pour admettre qu'une disposition légale a un caractère d'ordre public, il ne suffit pas qu'elle soit impérative, mais il faut, au contraire, qu'elle appartienne aux principes fondamentaux de l'ordre juridique actuel, en d'autres termes, qu'elle incarne des conceptions socio-politiques ou éthiques fonda-

mentales (Vischer, Commentaire bâlois, 2<sup>e</sup> éd., n. 4 ad art. 2 Tit. fin. CC). Le juge doit donc examiner si, dans le cas d'espèce considéré, les effets juridiques découlant de l'ancien droit - lequel serait, en soi, applicable en vertu du principe général de non-rétroactivité - seraient contraires à l'ordre public et aux mœurs selon les conceptions du nouveau droit. Il doit aussi comparer les intérêts en jeu et examiner si le droit nouveau répond à un intérêt public prépondérant par rapport aux intérêts privés opposés, notamment à celui à être protégé dans la confiance mise en l'application du droit antérieur, de telle sorte qu'il doive l'emporter sur ce dernier (ATF 133 III 105 consid. 2.1.4 et les références).

3. 2. 1 Jurisprudence et doctrine sont très pauvres sur la question du droit transitoire applicable à l'art. 105 ch. 4 CC. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur ce point; quant aux auteurs, ils ne se sont guère attardés sur le sujet. Après avoir constaté que l'art. 7 al. 2 Tit. fin. CC ne s'appliquait pas à l'art. 105 ch. 4 CC, Fankhauser et Wüscher en ont déduit que la cause de nullité prévue à cette disposition ne pouvait être invoquée pour l'annulation d'un mariage valablement contracté avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008, sans toutefois se prononcer expressément sur le caractère d'ordre public ou non de cette norme (Fankhauser/Wüscher, *op. cit.*, p. 763). Geiser, pour sa part, est parvenu à la même conclusion en estimant que l'art. 105 ch. 4 CC n'était pas une règle établie dans l'intérêt de l'ordre public au sens de l'art. 2 Tit. fin. CC (Geiser, *op. cit.*, n. 34 p. 833). Selon lui, cette cause absolue de nullité du mariage a bien plus pour but la protection des normes régissant le séjour des étrangers en Suisse que la sauvegarde d'un principe fondamental de l'ordre public de notre pays. Il s'agit, en effet, d'empêcher que quelqu'un ne séjourne indûment en Suisse. Même si l'on devait voir dans ce séjour indu une violation d'une règle établie dans l'intérêt de l'ordre public, cela ne signifierait pas encore que le mariage lui-même serait contraire à ce même ordre public. Geiser voit une autre raison qui plaide en défaveur d'une application rétroactive de l'art. 105 ch. 4 CC. Selon lui, la cause de nullité prévue par cette disposition présuppose nécessairement qu'elle existe dès le départ. Une union valable lorsqu'elle a été contractée ne saurait devenir invalide postérieurement, par le seul effet de la loi.

3. 2. 2 L'opinion des auteurs qui se sont prononcés sur la question de l'application rétroactive de l'art. 105 ch. 4 CC emporte la conviction pour les raisons qui suivent. Sur le plan historique, il

appert que l'ancien art. 120 ch. 4 CC - qui prévoyait la nullité des mariages dits de nationalité - a été abrogé par la modification du 23 mars 1990 de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992. Lors de la révision du droit du divorce, le problème des mariages fictifs a été évoqué. Le législateur n'a toutefois pas jugé nécessaire d'insérer dans le Code civil une disposition correspondant à l'ancien art. 120 ch. 4 CC, estimant qu'il incombait aux autorités administratives saisies d'une demande de naturalisation, voire d'obtention ou de prolongation d'autorisation de séjour, d'examiner si un mariage était réel ou seulement fictif (cf. Message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, in FF 1996 I n. 224.21 p. 79 et 80). Il a ainsi fait sien l'avis du Tribunal fédéral qui, dans un arrêt publié aux ATF 113 II 472 rendu à propos de l'ancien art. 120 ch. 4 CC, se demandait si cette disposition n'allait pas trop loin, du moment que seule l'acquisition de la nationalité par l'étrangère qui épousait un Suisse aurait dû être reconnue nulle pour cause d'abus de droit (ATF précité, consid. 3). Ces interrogations sont reprises par Fankhauser et Wüscher au regard du nouvel art. 105 ch. 4 CC en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 761). Toutes ces tergiversations du législateur, relayées par les questionnements de la jurisprudence et de la doctrine, autour de l'opportunité de disposer d'une réglementation de droit civil au sujet de la validité des mariages fictifs, tendent à démontrer qu'elle n'appartient pas aux principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse, mais qu'elle est dépendante du discours politique ambiant et de l'opinion publique du moment. Pour le surplus, la nouvelle réglementation ne répond pas à un intérêt public si prépondérant par rapport à l'intérêt des époux à être protégés dans la confiance mise en l'application du droit antérieur, qu'elle doit être appliquée rétroactivement en lieu et place de ce dernier. Il suit de là que la prescription nouvelle découlant de l'art. 105 ch. 4 CC n'est pas applicable en l'espèce, le mariage ayant été contracté avant l'entrée en vigueur de cette règle qui n'a pas été établie dans l'intérêt de l'ordre public au sens de l'art. 2 Tit. fin. CC.

En conséquence, l'action en annulation du mariage contracté le 24 janvier 2003 est rejetée.

3. 2. 3 La solution - rejet de l'action - ne serait, au demeurant, pas différente s'il fallait admettre l'application rétroactive de l'art. 105 ch. 4 CC. Cette disposition suppose une intention commune des conjoints, ou des fiancés (art. 97a al. 1 CC), d'éluider les dispositions sur l'admis-

sion et le séjour des étrangers (cf. arrêt 5A\_785/2009 du 2 février 2010 consid. 5.1). Le législateur entendait, en effet, combattre les «mariages de complaisance» ou «mariages fictifs», soit les unions contractuelles entre deux personnes qui sciemment n'entendent pas fonder une communauté conjugale (Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, in FF 2002 IV n° 2.17 p. 3590; Coussa, Problématique des mariages de complaisance et collaboration entre les services de l'état civil et les services de police des étrangers, à la lumière de la nouvelle législation d'application de la loi fédérale sur les étrangers, in REC 2008 p. 56 ss; Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 753 ss; Geiser, op. cit., n. 23 p. 828). Un mariage n'est, en revanche, pas considéré comme abusif ou fictif lorsque les sentiments d'une des parties étaient réels (Coussa, op. cit., p. 57; Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 753 ss, et p. 761; Geiser, op. cit., n. 23, 26, 31, p. 828 ss; Jean-Christophe a Marca, Commentaire romand, n. 27, 33 ad art. 105 CC). En pareille hypothèse, le conjoint qui voulait créer une communauté conjugale et qui se rend compte que l'autre époux n'a jamais eu une telle intention peut uniquement demander le divorce, le cas échéant avant l'expiration du délai de deux ans conformément à l'art. 115 CC (Fankhauser/Wüscher, op. cit., p. 761; Geiser, op. cit., n. 23 p. 828).

En l'espèce, le demandeur s'est toujours prévalu de sa volonté de fonder une communauté conjugale. Selon lui, il a constaté «peu après la célébration du mariage» que sa femme n'avait pas cette intention et qu'elle entendait obtenir une autorisation de séjour. La réalité des sentiments de X. au moment du mariage ferait, partant, obstacle à l'application de l'art. 105 ch. 4 CC s'il fallait admettre un effet rétroactif de celle-ci.