

N° K1616495

Décision attaquée : 28 septembre 2015 de la cour d'appel de Rennes

M Pierre-Jean X...

C/

PG près la cour d'appel de Rennes

rapporteur : Rachel.Le-Cotty

RAPPORT

| |
|---|
| Déclaration de pourvoi : 29 avril 2016 MA : 28 octobre 2016 signifié les 28 et 31 octobre 2016 Article 700 : 3.800 € MD : pas de constitution en défense |
|---|

Convention de gestation pour autrui - Acte de naissance dressé par les autorités consulaires - Faux certificat d'accouchement - Annulation - Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Intérêt supérieur de l'enfant.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Estelle X... a été inscrite à l'état civil comme étant née le [...] à l'hôpital Hiranandani de Bombay (Inde) de M. X..., né le [...] à Rodez (12) et de Mme Y..., née le [...] à Cavité City (Philippines), son épouse, tous deux de nationalité française.

Cet acte a été dressé par le consulat de France à Bombay dans ses registres d'état civil le 22 février 2010.

Une demande de délivrance de passeport philippin pour l'enfant a été instruite le 18 février 2010, puis transmise le 26 février 2010 par le consulat général de France à Bombay, à la suite d'une demande de transcription de l'acte de naissance auprès des autorités philippines.

Par courrier du 1^{er} avril 2010, le procureur de la République de Nantes a demandé au service central de l'état civil de surseoir à l'exploitation de l'acte de naissance de l'enfant dans l'attente de la décision à intervenir.

Le 26 mars 2012, il a assigné M. et Mme X..., tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de leur fille mineure Estelle, devant le tribunal de grande instance de Nantes, sur le fondement des articles 423 du code de procédure civile, 16-7 et suivant du code civil, afin de voir annuler l'acte de naissance de l'enfant, en raison d'une suspicion de recours à un contrat de gestation pour autrui.

Par jugement du 22 mai 2014, le tribunal de grande instance de Nantes a annulé l'acte de naissance.

Sur appel de M. et Mme X..., la cour d'appel de Rennes a, par un arrêt du 28 septembre 2015, confirmé ce jugement.

C'est l'arrêt attaqué par ces derniers.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen :

M. et Mme X... font grief à l'arrêt d'annuler l'acte de naissance d'Estelle, née le [...], à Bombay référencé CSL Bombay 2010.008 alors,

1° que l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé s'étend aux pièces qu'il produit au soutien de ses conclusions ; que les juges du second degré, pour annuler l'acte de naissance d'Estelle X... établi par le consulat de France à Bombay, se sont fondés sur les pièces produites par le ministère public en cause d'appel en retenant qu'il résultait des pièces communiquées par ce dernier en première instance que l'acte de naissance indien mentionnait des faits déclarés qui étaient inexacts ; qu'en statuant ainsi, quand les conclusions d'intimé du ministère public ont été déclarées irrecevables par ordonnance du conseiller de la mise en état du 27 janvier 2015, la cour d'appel a violé l'article 909 du code de procédure civile ;

2° qu'à supposer qu'elle ne se soit pas fondée sur les pièces produites en cause d'appel par le ministère public en visant les pièces que ce dernier a communiquées en première instance, la cour d'appel s'en est remise à l'appréciation que le tribunal de grande instance a portée sur ces pièces pour en déduire que l'acte de naissance indien mentionnait des faits déclarés qui étaient inexacts ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a été rendu en violation des articles 542 et 561 du code de procédure civile.

Second moyen :

M. et Mme X... font le même grief à l'arrêt alors,

1° que lorsque la filiation d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui est établie envers ses parents d'intention par l'acte de naissance étranger, le refus de

transcription de cet acte de naissance dans les registres de l'état civil ou l'annulation judiciaire de la transcription si celle-ci a été effectuée, viole le droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale, peu important qu'il ne soit pas établi que le père d'intention est en outre le père biologique ; qu'en annulant l'acte de naissance d'Estelle X... établi par le consulat de France à Bombay après avoir relevé que l'acte de naissance indien indiquait la filiation de l'enfant envers monsieur et madame X..., et sans même avoir constaté que la preuve aurait été rapportée que monsieur X... n'eût pas été le père biologique d'Estelle, la cour d'appel a violé les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 48 du code civil ;

2°/ que pour annuler l'acte de naissance d'Estelle X... établi par le consulat de France à Bombay, l'arrêt attaqué a retenu que l'acte de naissance indien était vicié en ce qu'il mentionnait que la mère était madame X... bien qu'elle n'a pas accouché de l'enfant, les pièces médicales s'étant révélées fausses, de sorte qu'aucune foi ne pouvait être accordée à l'acte de naissance français ; qu'en statuant ainsi, sans constater que selon la loi indienne la désignation de la mère d'intention dans un acte de naissance ne serait pas valable, la cour d'appel a violé les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 47 et 48 du code civil ;

3°/ qu'il appartient au ministère public agissant en annulation d'un acte de naissance de prouver, le cas échéant, que le nom du père indiqué dans l'acte ne correspond pas à la réalité biologique ; qu'en faisant peser la preuve contraire sur monsieur X..., la cour d'appel a violé l'article 9 du code de procédure civile ;

4°/ que lorsque la filiation d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui est établie envers ses parents d'intention par l'acte de naissance étranger conforté par la possession d'état d'enfant, le refus de transcription de cet acte de naissance dans les registres de l'état civil ou l'annulation judiciaire de la transcription lorsque cette dernière a été effectuée, viole le droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale ; qu'en annulant l'acte de naissance d'Estelle X... établi par le consulat de France à Bombay sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions de monsieur et madame X..., p. 9 in fine et p. 10), si Estelle X... ne bénéficiait pas de la possession d'état d'enfant de monsieur et madame X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 311-1 et 330 du code civil.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

La question posée par le pourvoi est celle de la validité d'un acte de naissance dressé par les autorités consulaires françaises, sur la base de faux certificats de grossesse et d'accouchement, en présence d'une convention de gestation pour autrui.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Proposition de rejet non spécialement motivé du premier moyen.

On sait que, lorsque les conclusions de l'intimé sont déclarées irrecevables, sur le fondement de l'article 909 du code de procédure civile, cette irrecevabilité s'étend aux pièces produites par l'intimé au soutien de ses conclusions (Ass. plén., 5 décembre 2014, n° 13-27.501, Bull. n° 2 ; 2^e Civ., 13 novembre 2015, n° 14-19.931, en cours de publication).

En l'espèce, les conclusions du ministère public ont été déclarées irrecevables comme tardives par le conseiller de la mise en état.

Toutefois, la première branche manque en fait car, contrairement aux énonciations du moyen, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur les pièces produites par le ministère public au soutien de ses conclusions d'appel. Elle s'est fondée sur les pièces communiquées par celui-ci devant les premiers juges (cf. arrêt p. 5) : *"il ressort des pièces communiquées par le ministère public devant les premiers juges selon bordereau du 20 décembre 2012 [...]"*.

Or, elle a constaté que les époux X... ne s'étaient pas opposés à ce que les pièces communiquées par le ministère public en première instance, selon bordereau de pièces du 20 décembre 2012, soient acquises au débat (cf. arrêt p. 3) : *"la cour renvoie expressément aux conclusions déposées par la partie appelante qui développent ses prétentions et ses moyens, **laquelle ne s'est pas opposée à ce que les pièces communiquées par le ministère public en première instance selon bordereau de pièces du 20 décembre 2012, soient acquises au débat**"*.

La cour d'appel s'est donc fondée sur les pièces communiquées par le ministère public en première instance, sans pour autant, comme le soutient la seconde branche du moyen, s'en remettre à l'appréciation du tribunal sur la valeur et la portée de ces pièces, qu'elle a elle-même analysées.

Elle n'a donc pas méconnu l'effet dévolutif de l'appel et le moyen est irrecevable en sa seconde branche comme incompatible avec la position adoptée devant les juges du fond, dès lors que les époux X... avaient expressément accepté que les pièces de première instance soient acquises aux débats (2^e Civ., 14 mars 1990, n° 89-10.505, Bull. n° 60 ; Com., 26 juin 1990, n° 88-13.283, Bull. n° 187 ; 21 janvier 1992, n° 90-11.562, Bull. n° 21 ; 1^{re} Civ., 6 mars 1990, n° 88-19.937, Bull. n° 59 ; 10 janvier 1995, n° 92-21.730, Bull. n° 24 ; 24 janvier 1995, n° 92-21.542, Bull. n° 50 ; 25 janvier 2005, n° 02-16.572, Bull. n° 42 ; 1^{er} février 2000, n° 96-16.459, Bull. n° 31 ; 20 décembre 2012, n° 11-19.542).

Il est donc proposé un rejet non spécialement motivé du premier moyen.

4.2 - Le second moyen et l'annulation de l'acte de naissance de l'enfant

4.2.1 - Les textes applicables

A la différence des affaires récentes jugées en matière de gestation pour autrui (V. ci-après 4.2.2), la demande dont étaient saisis les juges du fond n'était pas une demande de transcription d'un acte de naissance étranger, fondée sur l'article 47 du code civil, mais une demande d'annulation d'un acte de l'état civil dressé par des autorités consulaires à l'étranger.

La différence est importante car la question n'est pas celle de la force probante d'un acte étranger, mais celle de la validité d'un acte de l'état civil dressé par une autorité agissant comme officier de l'état civil français.

La distinction est clairement exposée dans la circulaire du ministère de la justice du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, qui précise, s'agissant des déclarations de naissance à l'étranger (p. 6) :

“Section 2 : A l'étranger

7. Dans la plupart des pays, l'obligation de déclarer les naissances et les décès constitue une disposition de police qui s'impose même si l'acte ne concerne pas un national ; les personnes tenues de faire la déclaration, les formes et les délais dans lesquels celle-ci doit intervenir sont déterminés exclusivement par la loi locale (Paris, 6 mai 1850, sous Cass. 8 déc. 1851, S. 1852-1-161).

*8. Toutefois, « lorsque des dispositions conventionnelles le prévoient, ou à défaut, dès lors que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas », **les ressortissants français à l'étranger peuvent également déclarer la naissance de leur enfant devant l'autorité diplomatique et consulaire française dans les conditions et selon les modalités prévues par la loi française (art. 48 du code civil et 5 alinéa 1^{er} du décret n°2008-521 du 2 juin 2008 relatif aux attributions des autorités diplomatiques et consulaires françaises en matière d'état civil)** (V. notamment art. 55 in fine du code civil).*

9. En cas de déclaration de naissance devant les autorités locales, l'acte de naissance concernant un Français peut être transcrit sur les registres diplomatiques ou consulaires soit d'office, soit à la demande des intéressés (art. 7 alinéa 1^{er} du décret n°62-921 du 3 août 1962 modifié).

Cette transcription figure sur les registres à la date à laquelle elle a lieu. Elle suppose la traduction de l'acte étranger (voir n°407) ainsi que sa légalisation ou son apostille, sauf convention contraire.

Toutefois, « seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant » (voir art. 7, al. 2, décret n°62-921 précité)».

Les consuls sont compétents à l'égard de tous les ressortissants français, même s'ils relèvent d'un statut personnel de droit local. Le consul peut dresser un acte de naissance dès lors que l'enfant est français d'origine¹.

L'article 48 du code civil précité dispose que :

“Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires. La conservation des données de l'état civil est assurée par un traitement automatisé satisfaisant aux conditions prévues à l'article 40 et mis en œuvre par le ministère des affaires étrangères, qui peut en délivrer des copies et des extraits”.

Aux termes de l'article 5, alinéa 1^{er}, du décret n° 2008-521 du 2 juin 2008 relatif aux attributions des autorités diplomatiques et consulaires françaises en matière d'état civil:

*“Lorsque des dispositions conventionnelles le prévoient, ou à défaut, dès lors que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas, les agents mentionnés à l'article 1^{er} dressent, **conformément aux dispositions du code civil**, les actes de l'état civil concernant les Français sur les registres de l'état civil consulaire”.*

L'officier de l'état civil français à l'étranger applique donc les règles françaises relatives à l'établissement d'un acte de naissance, qui s'imposent à tout officier de l'état civil communal en France.

Or, la conception française des actes de l'état civil est celle d'un enregistrement des naissances, entendues comme des accouchements. L'établissement de l'acte implique donc la production de pièces attestant de la naissance et de l'accouchement.

Ainsi, aux termes de la circulaire du 28 octobre 2011 précitée (p. 5 et s.) :

**“SOUS-TITRE 1
DÉCLARATION DE NAISSANCE
CHAPITRE 1 LIEU DE DÉCLARATION**

Section 1 : En France

¹ La seule difficulté peut concerner les doubles nationaux car les autorités locales sont en droit de les considérer comme relevant uniquement d'elles ; V. J. Massip et G. Launoy, *JurisClasseur Civil - Synthèse - Règles générales applicables en matière d'état civil : état civil des étrangers en France et des français à l'étranger*, mise à jour 31 octobre 2016 ; V. également L.-D. Hubert, G. Auvolat et Ph. Brunel *JurisClasseur Civil*, Fasc. 20 : Actes de l'état civil - Événements d'état civil survenus à l'étranger - Date de la dernière mise à jour : 10 Mars 2010, n° 85 et 87.

1. Toute naissance survenue sur le territoire français doit faire l'objet d'une déclaration à l'officier de l'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né.

En effet, aux termes de l'article 3, alinéa 1^{er}, du code civil, « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » et les articles 55 et 56 du code civil relatifs aux déclarations de naissance, constituent des dispositions de police. Le défaut de déclaration de naissance est sanctionné par des peines d'amende édictées pour les contraventions de la 5^{ème} classe (art. 131-13 C. pén.), prévues par l'article R. 645-4 du code pénal. Aussi toutes naissances survenues en France ou à bord d'un navire français, doivent toujours être déclarées à l'officier de l'état civil français, quelle que soit la nationalité de l'enfant. [...]

2. La déclaration peut être reçue, soit à la mairie, soit dans les maternités ou cliniques, lorsque l'officier de l'état civil s'y déplace. Dans cette dernière hypothèse et eu égard à l'obligation pour l'officier de l'état civil de recevoir l'acte « à la maison commune » sauf cas d'empêchement grave ou de péril imminent de mort, le procureur de la République devra avoir autorisé ce déplacement.

A cet effet, **l'officier de l'état civil se déplace dans les maternités**, porteur soit du registre des naissances de la mairie, soit de la feuille mobile destinée à recevoir l'acte de l'état civil.

3. Le lieu de naissance énoncé dans l'acte doit **s'entendre du lieu de l'expulsion de l'enfant au cours de l'accouchement** sauf cas particuliers énoncés à l'article 58 du code civil (V. n° 29 et s.) L'acte doit donc indiquer le lieu réel de la naissance [...].

6. L'officier de l'état civil établit l'acte de naissance au vu des pièces attestant de ce que l'enfant est né vivant et viable (art. 79-1 C.civ.) : **généralement une attestation de la sage-femme ou du médecin ayant assisté à l'accouchement**".

L'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 contenait également un paragraphe n° 271 ainsi rédigé :

*“Les officiers de l'état civil ont le choix entre divers procédés pour constater que le nouveau-né est vivant au moment où est dressé l'acte de naissance : **attestation de la sage-femme ou du médecin ayant assisté à l'accouchement, visite de l'officier de l'état civil ou du médecin délégué par lui au chevet de l'accouchée**. En vue d'unifier la présentation des attestations, il est recommandé aux maires de fournir à tous les médecins et sages-femmes de la commune des bulletins imprimés. Au moment de la naissance, le bulletin sera rempli par le médecin ou la sage-femme et remis à la personne chargée de faire la déclaration”.*

L'acte de naissance atteste de l'accouchement.

Ces indications relatives à l'accouchement revêtent une importance particulière depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, dès lors que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit désormais à établir la filiation (article 311-25 du code civil).

En cas de fausse déclaration à l'état civil, son auteur est passible des peines du faux (articles 433-19, 434-23 et 441-1 du code pénal : Crim., 22 octobre 2003, n° 02-87.875, Bull. n° 200 ; 9 mai 2007, n° 06-86.215), hors les cas où la loi civile consacre elle-même un droit de contestation ultérieure de la déclaration (Crim., 8 mars 1988, n° 87-92.108, Bull n° 117)².

L'officier de l'état civil pourrait lui-même encourir les sanctions pénales du faux en écriture publique, en cas d'enregistrement d'un accouchement fictif (article 441-4, alinéa 3, du code pénal, la peine encourue étant de quinze ans de réclusion et 225 000 euros d'amende). Ainsi, par exemple, la chambre criminelle a jugé que le fait, pour un officier de l'état civil, de signer un acte constatant un mariage fictif, à le supposer établi, constituait le crime de faux commis dans une écriture publique, par un officier de l'état civil, prévu et réprimé par l'article 441-4, alinéa 3, du code pénal (Crim., 20 juillet 2011, n° 10-83.763, Bull. n° 160).

Dans un arrêt du 17 novembre 2010, la première chambre civile a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant annulé l'acte de naissance d'un enfant dressé par le consulat de France à Casablanca, sur le fondement d'un faux certificat d'accouchement (1^{re} Civ., 17 novembre 2010, n° 09-68.399, Bull. n° 236) :

“Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que le consulat de France à Casablanca a dressé, le [...], l'acte de naissance d'un enfant prénommé Selyane sur la déclaration de M. Z... se présentant comme son père ; que les époux Z... résidant au Maroc, ont obtenu par ailleurs, un acte adoulaire confirmant que l'enfant leur avait été confié en kafala dès le 20 septembre 2002 ; que le procureur de la République de Nantes les a assignés, le 30 novembre 2005, en annulation de la transcription faite sur le fondement d'une déclaration mensongère ; que par jugement du 6 novembre 2007, le tribunal de grande instance de Nantes, constatant l'existence d'un faux certificat d'accouchement, a annulé l'acte de naissance de l'enfant dressé le [...] par le consulat de France à Casablanca ;

Attendu que les époux Z... font grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 31 mars 2009), d'avoir annulé cet acte, alors, selon le moyen :

1°/ d'une part, que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant, qui consiste notamment à avoir une filiation établie à l'égard des personnes l'ayant recueilli dans le cadre d'une kafala, doit être une considération primordiale et doit primer sur la nécessité de sanctionner les déclarations erronées de ces personnes qui ont fait dresser un acte de naissance établissant la filiation de cet enfant à leur égard sur le fondement de ces fausses déclarations ; qu'en refusant à un

² *“La reconnaissance mensongère d'un enfant naturel dans un acte de l'état civil, dès lors que seule la véracité de la paternité affirmée dans l'acte incriminé est en cause, ne constitue pas en soi un faux punissable, cette reconnaissance pouvant toujours être contestée, en vertu de l'article 339 du Code civil, par toutes personnes qui y ont intérêt et par son auteur lui-même”.*

enfant né au Maroc et abandonné à sa naissance, le bénéfice d'un acte de naissance établissant sa filiation à l'égard des parents français qui l'ont recueilli à titre définitif en vertu d'une décision de kafala, la cour d'appel a violé l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

2°/ d'autre part, que le droit au respect d'une vie familiale normale exige qu'un enfant abandonné à sa naissance et recueilli à titre définitif par des français en vertu d'une décision de kafala ait un acte de naissance établissant sa filiation à leur égard ; qu'en refusant à un enfant né au Maroc et abandonné à sa naissance, le bénéfice d'un acte de naissance établissant sa filiation à l'égard des français l'ayant recueilli à titre définitif en vertu d'une décision de kafala, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé que M. Z... avait produit au consulat de France une déclaration mensongère attestant d'un faux accouchement de son épouse, c'est à bon droit que l'arrêt retient que l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi, étant observé en outre que l'enfant, de nationalité marocaine et résidant au Maroc, reste titulaire d'un acte de naissance marocain ; que le moyen ne peut être accueilli".

On rappellera enfin que, s'agissant de la gestation pour autrui, l'article 16-7 du code civil dispose que :

"Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

L'article 16-9 du même code précise que cette disposition est d'ordre public.

Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

Et aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant :

"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale".

4.2.2 - L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui.

Rappelons que la gestation pour le compte d'autrui est un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant et de le remettre au(x) parent(s) d'intention à sa naissance. Les parents d'intention peuvent être un couple hétérosexuel dont la femme ne peut concevoir ou porter un enfant, un couple d'hommes ou un homme célibataire.

L'expression "*maternité de substitution*" est également employée. La femme qui porte l'enfant peut être génétiquement sa mère ou non. Dans le premier cas - on parle alors de "*procréation pour autrui*" - elle est inséminée, le plus souvent, avec le sperme du père. Dans le second cas, elle est seulement gestatrice de l'enfant conçu par fécondation *in vitro*, soit avec les gamètes des deux membres du couple, soit avec ceux d'un membre du couple et d'un donneur (cas le plus fréquent, avec un don d'ovocyte), soit avec ceux de deux donneurs.

En général, la mère porteuse disparaît de l'ascendance de l'enfant, dont la filiation sera établie, par la loi compétente, à l'égard du ou des parents d'intention. Mais elle peut également figurer sur l'acte de naissance comme mère de l'enfant.

En l'espèce, la convention de gestation pour autrui n'a pas été produite et aucune information n'est donnée par les juges du fond sur son contenu. Les époux X... soutiennent toutefois que l'enfant est leur enfant "biologique" comme étant issu de leurs gamètes (l'embryon aurait été implanté dans l'utérus de la mère porteuse après une fécondation *in vitro*).

a) L'arrêt fondateur du 31 mai 1991.

L'arrêt fondateur, qui a précédé l'intervention du législateur et fixé la jurisprudence, est l'arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a énoncé que la convention par laquelle la femme s'engageait, fût-ce à titre gratuit, à concevoir un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevenait "*tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes*".

Elle en a déduit que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, épouse du père, ne pouvait être prononcée, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

Le Conseil d'État avait adopté une position similaire, dans un arrêt du 22 janvier 1988, dans lequel il avait refusé l'inscription au registre des associations d'une association

³ Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. n° 4.

(association “*Les Cigognes*”) créée pour aider des couples infertiles à concevoir un enfant. Dans les conclusions du commissaire du gouvernement, Bernard Stirn, sous cet arrêt, on peut lire que la gestation pour autrui “*aliène le corps de la mère et dispose entièrement de celui de l'enfant*”⁴.

Consacrant l'arrêt de principe du 31 mai 1991, la loi bioéthique du 29 juillet 1994 a inséré dans le code civil l'article 16-7 précité.

La prohibition civile est par ailleurs renforcée par un volet répressif aux articles 227-12 et 227-13 du code pénal⁵. On sait toutefois que ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les faits ont été commis dans un Etat où ils ne sont pas sanctionnés pénalement (article 113-6 du code pénal), ce qui avait justifié le non-lieu dans l'affaire Mennesson, qui sera évoquée ci-dessous⁶.

Après son arrêt fondateur et la consécration législative, la Cour de cassation a exclu tout établissement de la filiation, en présence d'une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation, qu'il s'agisse d'une adoption simple⁷, d'une adoption plénière⁸ ou de la possession d'état⁹.

⁴ B. Stirn, concl. sous CE, ass., 22 janv. 1988 : *RFDA* 1988, p. 102.

⁵ Article 227-12 du code pénal : “*Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*”

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double”.

Article 227-13 du code pénal : “*La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines”.*

⁶ En revanche, très récemment, le tribunal correctionnel de Bordeaux a prononcé une amende avec sursis d'un montant de 7 500 € à l'encontre d'un couple d'hommes qui avait eu recours à Chypre à une mère porteuse. Le tribunal a retenu la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître, résultant d'un don, d'une promesse, d'une menace ou d'un abus d'autorité. Le contrat avait été conclu à Chypre mais l'enfant était né en France (T. corr. Bordeaux, 1^{er} juillet 2015 ; A. Dionisi-Peyrusse, *Actualités de la bioéthique*, *AJ fam.* 2015. 433).

⁷ 1^{re} Civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, Bull. n° 226.

⁸ 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927, Bull. n° 252

⁹ 1^{re} Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. n° 70

b) Les trois arrêts du 6 avril 2011.

Face à cet interdit du droit interne, les français désirant recourir à la gestation pour autrui se sont déplacés à l'étranger, dans des Etats autorisant cette pratique, et ont, à leur retour, demandé la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, ou du jugement étranger, sur les registres français de l'état civil.

Saisie de demandes de transcription, la Cour de cassation a, dans trois arrêts du 6 avril 2011¹⁰, jugé que le recours à la gestation pour autrui heurtait le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, "*principe essentiel du droit français*", quand bien même la convention était licitement conclue à l'étranger.

En effet, dans les affaires qui lui étaient soumises, la mère apparaissant sur les actes de naissance américains était la mère d'intention et non la femme ayant accouché. La reconnaissance du lien de filiation apparaissait donc comme contraire au principe *mater semper certa est*, principe du droit de la filiation selon lequel la mère est toujours la femme qui a accouché.

S'agissant de l'intérêt des enfants, la Cour de cassation a relevé qu'ils n'étaient pas privés d'un état civil ni de la filiation que leur reconnaissait le droit étranger, et qu'ils vivaient en France avec leurs parents d'intention. Elle a donc estimé que l'atteinte portée à leur vie familiale n'était pas excessive au regard des principes essentiels en jeu.

c) Les deux arrêts du 13 septembre 2013.

Une troisième étape est intervenue en septembre 2013, avec le recours à la gestation pour autrui par des hommes célibataires en Inde.

A la différence des affaires jugées en 2011, il n'y avait pas de mère d'intention puisqu'il s'agissait d'hommes célibataires, et la mère porteuse indienne figurait sur les actes de naissance des enfants. C'était donc bien celle qui leur avait donné naissance, de sorte qu'il n'y avait pas d'atteinte au principe *mater semper certa est* et au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Mais le ministère public soulevait la fraude à la loi, qui a été retenue par la première chambre civile, dans deux arrêts du 13 septembre 2013¹¹ et un arrêt du 19 mars

¹⁰ 1^{re} Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. n° 70 précité ; n° 09-66.486, Bull. n° 71 et n° 10-19.053, Bull. n° 72.

¹¹ 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, Bull. n° 176.

2014¹², celle-ci ayant considéré que le fait, pour un homme français, de se rendre en Inde afin d'y obtenir légalement ce que le droit français prohibe, constituait une fraude à la loi qui justifiait que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne puisse être transcrit sur les registres de l'état civil français : *“en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil”*.

Elle a ajouté qu'en présence d'une telle fraude, l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être utilement invoqué, estimant en cela que l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* ne pouvait imposer la reconnaissance de toutes les situations constituées à l'étranger en fraude à la loi, faute de quoi aucun interdit d'ordre public en droit des personnes et de la famille ne pourrait plus être posé et respecté, y compris des interdicts érigés dans l'intérêt des enfants eux-mêmes.

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, le 26 juin 2014, a toutefois conduit la Cour de cassation à revenir sur sa jurisprudence.

d) Les arrêts Labassée et Mennesson de la Cour européenne des droits de l'homme et le récent arrêt Paradiso et Campanelli c. Italie.

Dans les arrêts du 26 juin 2014¹³, la Cour de Strasbourg, après avoir constaté l'existence d'une ingérence prévue par la loi dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, admet que celle-ci poursuive un but légitime, en ce qu'elle procède de la volonté de décourager les ressortissants français de recourir, hors du territoire national, à une méthode de procréation prohibée, dans le but de préserver les enfants et la mère porteuse :

“62. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second

¹² 1^{re} Civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. n° 45.

¹³ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 et CEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Labassée c. France* n° 65941/11 : les pourvois des époux Mennesson et Labassée avaient été rejetés par deux des arrêts précités du 6 avril 2011.

paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

Mais elle estime que, si les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation en matière de gestation pour autrui, cette marge est atténuée s'agissant de la filiation :

“78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. [...]

79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce”.

Elle rappelle par ailleurs que, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer :

“81. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, mutatis mutandis, S.H. et autres c. Autriche, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, Wagner et J.M.W.L., précité, §§ 133-134, et E.B. c. France [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008)”.

S'agissant du caractère “nécessaire” de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour de Strasbourg estime que la situation “*ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale*”.

Pour parvenir à cette conclusion, elle relève que :

“92. [...] quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième

et quatrième d'entre eux [...]. Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français".

Elle rejette donc le grief de violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit des parents au respect de leur vie familiale.

En revanche, l'atténuation de la marge d'appréciation des Etats, lorsque la filiation est en jeu, la conduit au constat d'une violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit au respect de la vie privée des enfants.

Selon la Cour, les enfants se trouvent dans une situation d'incertitude juridique quant à leur filiation du fait du refus de transcription. Cette "troublante incertitude" résulte notamment de l'impossibilité pour les enfants de se voir reconnaître la nationalité française. En outre, le défaut de reconnaissance de leur filiation entraîne une absence de droits légaux dans la succession à venir de leurs parents.

Elle estime alors que se pose "*une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant*" (§ 99).

Puis elle ajoute que "*cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant*" (§ 100). En effet, pour la Cour européenne, la filiation biologique est fondamentale, "*en tant qu'élément de l'identité de chacun*".

100 [...] Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi c. Suisse, n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement

en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu".

Cette solution a été réitérée récemment, dans l'arrêt *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016 (n° 9063/14 et n° 10410/14), relatif aux affaires ayant donné lieu aux deux arrêts précités du 13 septembre 2013, ainsi que dans l'arrêt *Laborie c. France* du 19 janvier 2017 (n° 44024/13)¹⁴.

A noter toutefois que la Cour de Strasbourg vient de rendre un arrêt de Grande Chambre dans l'affaire ***Paradiso et Campanelli c. Italie*** (CEDH, arrêt du 24 janvier 2017, Gr. Ch., *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12) et que celui-ci conclut, à la différence de l'arrêt de chambre qui l'avait précédé¹⁵, à l'absence de violation de l'article 8 par l'Italie, en dépit du refus de cet Etat de reconnaître le lien de filiation des parents d'intention (qui n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant) et en dépit des mesures radicales qui avaient été prises par les autorités italiennes à leur arrivée sur le territoire puisque l'enfant avait aussitôt été retiré au couple, avant d'être placé en vue de son adoption.

Les premiers commentaires de cette décision sont partagés, certains voyant dans ce premier arrêt de Grande Chambre en matière de gestation pour autrui un "*revirement de jurisprudence*"¹⁶, d'autres une "*décision particulièrement cynique*"¹⁷, d'autres encore relativisant sa portée en raison des différences avec les arrêts *Menesson* et *Labassee*¹⁸.

S'il est certain que les motifs de la Grande Chambre sont très fermes sur la légitimité du but poursuivi par l'interdiction de la gestation pour autrui et le "poids" de l'intérêt

¹⁴ La Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur cette affaire, les requérants ayant renoncé à se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Rennes du 8 janvier 2013, estimant que la jurisprudence de la Cour de cassation, fixée par les trois arrêts de principe du 6 avril 2011, vouait un éventuel pourvoi à l'échec.

¹⁵ CEDH, arrêt du 27 janvier 2015, n° 25358/12.

¹⁶ V. Lefebvre, "*Gestation pour autrui : la CEDH revoit sa copie*", *Dalloz actualité*, 10 février 2017.

¹⁷ P. Le Maignat, *D.* 2017, p. 215

¹⁸ A. Dionisi-Peyrusse, *Actualités de la bioéthique*, *AJ fam.* 2017, 93.

général, qui *“pèse lourdement dans la balance”*¹⁹, elle prend toutefois le soin de distinguer les circonstances de fait de celles de l'affaire *Menesson*, en relevant l'absence de lien génétique entre les requérants et l'enfant, ainsi que le fait que celui-ci ne soit pas représenté à la procédure²⁰.

Après avoir conclu à l'absence de vie familiale, en raison de *“l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique, et malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs”*, la Cour de Strasbourg reconnaît que les mesures litigieuses relèvent de la vie privée des requérants, de sorte que l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer.

S'agissant de la légitimité du but poursuivi, elle énonce :

“la Cour juge légitime au regard de l'article 8 § 2 la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation - et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière - dans le but de préserver les enfants. Partant les mesures litigieuses répondaient à des buts légitimes” (§§ 177, 178).

¹⁹ V. notamment : *“ces motifs sont directement liés au but légitime de la défense de l'ordre et aussi de la protection de l'enfant - pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général - eu égard à la prérogative de l'État d'établir la filiation par l'adoption et par l'interdiction de certaines techniques de procréation médicalement assistée”*.

“en interdisant l'adoption privée fondée sur une relation contractuelle entre les individus et en restreignant le droit des parents adoptifs de faire entrer des mineurs étrangers en Italie aux cas dans lesquels les règles sur l'adoption internationale sont respectées, le législateur italien s'efforce de protéger les enfants contre des pratiques illicites, dont certaines peuvent être qualifiées de trafic d'êtres humains” (§ 202).

Les faits de la cause touchent à des sujets *“éthiquement sensibles - adoption, prise en charge par l'État d'un enfant, procréation médicalement assistée et gestation pour autrui - pour lesquels les États membres jouissent d'une ample marge d'appréciation”* (§ 194).

“Il ne fait aucun doute que le recours à de telles conventions soulève des questions éthiques sensibles sur lesquelles il n'existe aucun consensus parmi les États contractants” (§ 203), que *“les juridictions internes avaient pour souci principal de mettre fin à une situation illégale”* et que *“les lois qui ont été transgressées par les requérants et les mesures qui ont été prises en réponse à leur conduite avaient vocation à protéger des intérêts généraux importants”* (§ 204).

²⁰ *“contrairement à la situation dans l'arrêt Mennesson [...], la question de l'identité de l'enfant et de la reconnaissance de sa filiation génétique ne se pose pas en l'espèce puisque, d'une part, un éventuel refus par l'État de donner une identité à l'enfant ne peut être contesté par les requérants, qui ne représentent pas celui-ci devant la Cour et, d'autre part, il n'existe aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants”* (§ 195).

Surtout, sur le terrain de la proportionnalité, la Cour de Strasbourg insiste longuement sur *“l’illégalité de la conduite des requérants”* et conclut que :

“l’intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d’accorder une moindre importance à l’intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l’enfant. Accepter de laisser l’enfant avec les requérants, peut-être dans l’optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l’enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l’ample marge d’appréciation dont elles disposaient en l’espèce. Dès lors, il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention”.

Elle reconnaît par ailleurs que :

*“le choix des tribunaux nationaux **d’appliquer le droit italien quant à la filiation et de ne pas se baser sur le certificat de naissance délivré par les autorités russes et apostillé** est compatible avec la Convention de la Haye de 1961 (paragraphe 75 ci-dessus). En effet, aux termes de l’article 5 de cette Convention, le seul effet de l’apostille est celui de certifier l’authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l’acte a agi et, le cas échéant, l’identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de cette convention que l’apostille n’atteste pas la véracité du contenu de l’acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d’appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu’ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé” (§ 170).*

L’existence d’un acte de naissance délivré par les autorités russes et apostillé ne contraint donc pas *ipso facto* les autorités nationales à reconnaître la filiation qui en découle, sans mise en oeuvre de leurs propres règles de conflit de lois.

En l’espèce, la Cour européenne reconnaît la légitimité d’une mise en oeuvre, par les juridictions italiennes, de la règle de conflit de lois italienne, laquelle les a amenées à considérer l’enfant comme étant étranger - car issu de gamètes de donneurs inconnus -, et en état d’abandon.

P. Le Maigat estime *“cette décision extrêmement critiquable”* car *“contraire à l’intérêt de l’enfant”* et ajoute qu’elle *“apporte encore un peu plus de confusion dans le débat déjà délicat des maternités de substitution, notamment au regard de la notion de « parent d’intention »*. Elle sera certainement, à n’en pas douter, invoquée cette année même devant la Cour de cassation, appelée pour la première fois à examiner cette question de la reconnaissance du *« parent d’intention »* dans le cadre d’une naissance à l’étranger d’un enfant par GPA. La question étant toujours de savoir si le biologique doit l’emporter sur l’affectif dans une relation familiale, car effectivement, comme le

soulignent les juges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens et Grozev dans leur opinion dissidente commune du présent arrêt, « si les liens biologiques entre ceux qui agissent en tant que parents et un enfant peuvent être une indication très importante quant à l'existence d'une vie familiale, l'absence de tels liens ne signifie pas nécessairement qu'il n'y en a pas ».

e) Les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015²¹.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a tiré les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 en autorisant la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance de deux enfants nés à l'étranger, sans que la convention de gestation pour autrui y fasse obstacle.

Les deux affaires concernaient des demandes de transcription d'actes de naissance établis en Russie. Dans les deux cas, le père, de nationalité française, s'était rendu en Russie afin d'y conclure une convention de gestation pour autrui avec une mère porteuse russe, laquelle apparaissait sur l'acte de naissance.

Dans le premier cas, la cour d'appel de Rennes avait refusé la transcription en se conformant à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, et l'arrêt a été cassé sur le fondement des articles 47 du code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans le second, la cour d'appel de Rennes, qui avait statué après les arrêts *Menesson* et *Labassée*, avait autorisé la transcription de l'acte de naissance russe, solution qui est approuvée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 47 du code civil : *“Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. A... et Mme B... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé”* (Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, en cours de publication)²².

Ainsi, désormais, l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil, s'agissant de la filiation paternelle.

²¹ Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323, en cours de publication, et Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, en cours de publication.

²² On renverra au rapport très complet de Monsieur le conseiller Soulard pour plus d'éléments sur ces arrêts.

Conformément à sa jurisprudence du 15 avril 2011²³, aux termes de laquelle elle a rappelé que *“les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l’homme, sans attendre d’être attaqués devant elle ni d’avoir modifié leur législation”*, la Cour de cassation a donc opéré un revirement de jurisprudence.

Toutefois, ces arrêts ne répondent pas à la question de la transcription de la filiation maternelle d’intention, qui n’était pas posée. Ils ne répondent donc pas à la question de la transcription d’un acte de naissance étranger qui mentionnerait comme mère une femme n’ayant pas accouché de l’enfant.

En effet, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 3 juillet 2015, la mère apparaissant sur les actes de naissance était bien la mère ayant accouché (la mère porteuse).

La note publiée au Bulletin d’information de la Cour de cassation (n° 831 du 15 novembre 2015) et au rapport annuel 2015 précise ainsi :

“Tirant les conséquences des arrêts Mennesson et Labassée, la Cour de cassation infléchit sa jurisprudence et juge que l’existence d’une convention de gestation pour autrui ne fait pas en elle-même obstacle à la transcription, laquelle doit être ordonnée lorsque les conditions d’application de l’article 47 du code civil sont remplies. Aussi censure-t-elle le premier arrêt, qui, pour refuser la transcription, s’est fondé exclusivement sur l’existence d’un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui sans constater que l’acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité. En revanche, elle rejette le pourvoi formé contre le second arrêt, qui a constaté que l’acte de naissance n’était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité.

Ces décisions de l’assemblée plénière ne préjugent pas de ce que décidera la Cour de cassation dans des cas de figure autres que celui où la mère désignée dans l’acte d’état civil est la femme qui a accouché et le père, l’homme qui a reconnu l’enfant. Se posera alors notamment la question du sens de l’expression “ne correspondent pas à la réalité”, qui figure à l’article 47 du code civil”.

Les arrêts de la Cour de Strasbourg commandent-ils l’établissement d’un lien de filiation à l’égard de la mère d’intention, en particulier lorsque celle-ci a donné son ovocyte et est donc, au même titre que le père, sa mère génétique ?

Que signifie la “réalité” au sens de l’article 47, comme nous interroge *in fine* la note publiée au rapport annuel ? Est-ce la réalité des faits, celle de l’accouchement, ou est-

²³ Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, Bull. n° 1, 3 et 4.

ce la réalité juridique, telle qu'elle résulte de l'application de la loi étrangère autorisant la gestation pour autrui ?

Sur ces points, la doctrine s'interroge, au lendemain des arrêts de la Cour de Strasbourg et de l'assemblée plénière, et les avis sont partagés²⁴. Des pourvois sont actuellement en cours.

Les arrêts du 3 juillet 2015 ne répondent pas non plus à la question posée par le présent pourvoi, à savoir la validité d'un acte de naissance dressé par les autorités consulaires françaises sur le fondement de faux certificats de naissance et d'accouchement.

4.2.3 - Le maintien de la prohibition en droit interne

Comme indiqué ci-dessus, en droit interne, l'interdit de la gestation pour autrui subsiste et il est peu contestable qu'il s'agisse, aux yeux du législateur français, d'un interdit fondamental.

Ainsi, ce dernier, appelé à plusieurs reprises à se pencher sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne, notamment lors de la révision des lois bioéthiques, a toujours refusé de la remettre en cause.

Récemment encore, un rapport d'information du Sénat²⁵ destiné à prendre la mesure des conséquences des décisions récentes rendues en matière de procréation

²⁴ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014", *Recueil Dalloz* 2014, p. 1773 et "Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation", *Rec. Dalloz* 2015 p.1819 ; J. Guillaumé, "Transcription d'un acte de naissance étranger - Gestation pour le compte d'autrui", *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2014, comm. 16 ; J.-P. Marguénaud, "La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui", *RTD Civ.* 2014 p. 835 ; B. Hafel, "Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme", *AJ Famille* 2014 p. 499 ; F. Sudre, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP* n° 28, 14 juillet 2014, doct. 832 ; M. Farge, "La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français mais prescrit un remède discutable", *RDLF* 2014, chron. n° 21 ; F. Granet, Droit de la filiation, janvier 2015 - janvier 2016, *Dalloz* 2016, p. 857 ; I. Corpart, "La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères", *Dr. famille* n° 11, novembre 2015, étude 14 ; F. Bicheron, *Deffrénois*, 15 juillet 2015 n° 13-14, p. 721, "Qu'est-ce qu'une mère ?" ; J.-R. Binet, "GPA : si le père est certain...", *Dr. famille* n° 9, septembre 2015, repère 8 ; S. Bollée, *Recueil Dalloz* 2015 p. 1481, "Gestation pour autrui : la voie du compromis" ; M.-C. Le Boursicot, "La filiation de l'enfant né en exécution d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui", *Revue Lamy Droit Civil*, 2015, p. 129 ; A. Gouttenoire, "État civil - La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima", *JCP G* n° 38, 14 Septembre 2015, 965.

²⁵ Rapport d'information n° 409 fait au nom de la Commission des lois, déposé le 17 février 2016, "Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ?"

médicalement assistée (PMA) et de gestation pour autrui (GPA) et à examiner les réformes qu'elles appellent, préconise :

- s'agissant de la GPA, une consolidation de la prohibition française, avec un renforcement de la répression pénale et des négociations internationales afin d'obtenir des pays autorisant la GPA qu'ils l'interdisent aux ressortissants français. Il est suggéré également de s'en tenir à une interprétation stricte de la jurisprudence européenne. Il s'agirait alors d'autoriser l'enfant à faire établir sa filiation paternelle biologique mais de refuser l'établissement de toute filiation avec le parent d'intention, tout en permettant à ce dernier de bénéficier d'une délégation d'autorité parentale pérenne.

- s'agissant de la PMA, les rapporteurs proposent de *“conforter la solution adoptée par la Cour de cassation dans deux avis du 22 septembre 2014”*²⁶.

On observera également que le Parlement européen a adopté, le 5 avril 2011, une résolution *“sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes”*²⁷, qui dénonce la maternité de substitution, qui *“constitue une exploitation du corps de la femme et de ses organes reproducteurs”* et *“souligne que femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales”*.

Le même Parlement a voté, le 17 décembre 2015, un *Rapport annuel sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde en 2014 et sur la politique de l'Union européenne*. Au paragraphe 114, les parlementaires condamnent la pratique des mères porteuses *“qui porte atteinte à la dignité humaine de la femme dans son corps et ses fonctions de reproduction utilisées comme une marchandise ; [...] la pratique de la gestation pour autrui qui implique l'exploitation de la reproduction et l'utilisation du corps humain pour un gain financier ou autre, en particulier dans le cas des femmes vulnérables dans les pays en développement, est interdite et considérée comme une question d'urgence dans les instruments des droits de l'homme”*²⁸.

²⁶ Par deux avis du 22 septembre 2014 (n° 14-70.007 et n° 14-70.006), la Cour de cassation a énoncé que : *“Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant”*.

²⁷ Résolution PE, 5 avril 2011, 2010/2209, § 20 et 21.

²⁸ Cité par J.-C. Galloux - H. Gaumont-Prat - Droits et libertés corporels - D. 2016. 752.

De son côté, le Conseil d'Etat a validé, après les décisions *Mennesson* et *Labassée*, la circulaire du 25 janvier 2013 (Circ. 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française) enjoignant aux greffiers de délivrer des certificats de nationalité française en cas de soupçon de GPA réalisée à l'étranger (CE, 12 déc 2014, n° 365779, *association Juristes pour l'Enfance*).

On sait également qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les autorités françaises ne peuvent refuser le visa d'entrée en France de l'enfant né à l'étranger de mère porteuse et dont l'acte de naissance désigne la mère d'intention française comme mère (Conseil d'État, 3 août 2016, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c/ Mme A.*, n° 401924).

4.2.4 - L'arrêt attaqué et l'analyse du second moyen

La particularité de ce dossier est, comme indiqué ci-dessus, qu'il ne s'agit pas de la transcription d'un acte étranger, mais de l'établissement, par l'autorité consulaire, d'un acte de l'état civil français.

La question n'est donc pas celle de la force probante des actes étrangers, régie par l'article 47 du code civil, mais celle de la validité des actes de l'état civil français.

C'est ainsi que la cour d'appel délimite précisément le litige en énonçant :

"[...] il convient de relever la confusion dans les écritures des appelants qui concluent au rejet de la demande d'annulation de l'acte de naissance, en vertu selon eux, de la régularité en la forme de la transcription et de sa conformité à la réalité en soulignant qu'il apparaît que la filiation établie par la transcription est conforme à la possession d'état maternelle et à celle paternelle ;

"[...] en effet, le présent contentieux ne porte pas sur la validité d'un contrat de gestation pour autrui, ni sur une demande d'annulation de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger de mère porteuse, la cour étant seulement saisie de la validité de l'acte de naissance de Estelle [...], qui a été dressé par l'officier de l'état civil consulaire français à Bombay, dans ses registres le 22 février 2010, lequel n'a pas fait l'objet d'une transcription, ledit acte portant mention des parents d'intention".

Or, si l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de la filiation paternelle biologique figurant sur un acte étranger, est-il pour autant possible de dresser un acte de l'état civil français sur le fondement de faux certificats de grossesse et d'accouchement, désignant comme mère une femme qui n'a pas accouché ?

Dans son jugement du 22 mai 2014, le tribunal de grande instance de Nantes avait fait application de la jurisprudence de la Cour de cassation issue des arrêts précités des 6 avril 2011 et 13 septembre 2013.

La cour d'appel, qui statue après les arrêts *Menesson* et *Labassée* et les arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015, confirme ce jugement mais par substitution de motifs.

Elle écarte la théorie de la fraude à la loi pour deux raisons :

- d'une part, elle n'est pas valablement soutenue par le ministère public puisque ses conclusions ont été déclarées irrecevables ;
- d'autre part, il est désormais admis que la convention de gestation pour autrui conclue entre le parent d'intention et la mère porteuse ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger et issu d'une telle convention, dès lors que l'acte de naissance n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité.

Elle précise toutefois que *“les dispositions de l'article 47 du code civil n'ont pas vocation à s'appliquer en l'espèce, s'agissant d'une demande d'annulation portant sur un acte de l'état civil français établi par le consulat de France à Bombay dans ses registres d'état civil en application de l'article 48 du même code”*.

Elle poursuit en constatant que les documents de “grossesse” fournis par les époux X... à l'autorité consulaire française étaient des faux :

“Considérant qu'il ressort des pièces communiquées par le ministère public devant les premiers juges selon bordereau du 20 décembre 2012, en particulier le dossier du ministère des affaires étrangères sur l'acte de naissance d'Estelle et le complément du dossier du Consulat général de France à Bombay, que l'acte de naissance indien mentionne des faits déclarés qui ne correspondent pas à la réalité, dès lors que le nom de la mère d'intention a été substitué au nom de la mère ayant accouché de l'enfant, qui est une mère porteuse indienne ;

Que l'acte de naissance de l'enfant a été dressé par l'autorité consulaire qui avait accepté les promesses de bonne foi de M. X... de présenter les deux passeports des parents ;

Que les époux X... qui admettent dans leurs écritures que l'enfant Estelle est une enfant issue d'une convention de gestation pour autrui, ce qui vaut aveu judiciaire au sens de l'article 1356 du code civil, ont précisé lors de leur audition par le consul général de France à Hô Chi Minh-Ville (Vietnam) le 9 mars 2010, que Mme X... avait dans le passé subi une hystérectomie, que l'enfant Estelle est leur enfant biologique par fécondation in vitro (placement d'un embryon issu de la fécondation d'un ovule de Madame par les spermatozoïdes de Monsieur) sur la mère porteuse, procurée par l'hôpital Hiranandani, pratiquée par la clinique Rotunda à Bombay, ont reconnu avoir

conclu un contrat légal devant notaire avec la mère porteuse en Inde, avoir modifié ensemble les examens pratiqués à l'hôpital franco-vietnamien de Hô Chi Minh-Ville pour qu'ils confirment une grossesse de l'épouse et les avoir rajoutés au dossier remis au consulat français à Bombay contenant les échographies de la mère porteuse ne mentionnant pas son nom et être arrivés sur le sol indien deux jours après la naissance d'Estelle, leur résidence habituelle étant fixée à Hô Chi Minh-Ville, s'agissant d'expatriés ;

Que M. X... a ainsi révélé à l'autorité consulaire française que les documents de "grossesse" de son épouse sont des faux ;

Que le consulat français à Bombay avait demandé au consulat général de France à Hô Chi Minh-Ville de vérifier l'authenticité des pièces d'examen médical établies pendant "la grossesse" de Mme X..., ce qui n'a pu être réalisé, le médecin ayant signé ces pièces étant absent ;

Que les auditions et les vérifications auxquelles il a été procédé par les autorités consulaires permettent d'asseoir la certitude de la fausseté de la grossesse de Mme X... et de son accouchement".

Elle en conclut que :

- l'acte consulaire est entaché de nullité comme ayant été dressé sur la base d'un faux certificat d'accouchement puisqu'il n'est pas contesté que Mme X... n'a pas accouché de cet enfant ;
- l'acte de l'état civil français mentionnant des faits déclarés qui ne correspondent pas à la réalité ne saurait être validé.

Enfin, elle estime qu'elle ne dispose pas de suffisamment d'éléments sur la filiation paternelle et met en doute, eu égard aux faux documents produits, le lien de filiation de M. X... :

"le courrier de l'hôpital Hiranandani de Bombay adressé au consulat général de France à Bombay en date du 24 août 2011, en réponse à la demande du consulat en date du 16 août 2011 sur l'identité de la mère ayant donné naissance à l'enfant le [...], spécifiant que le parent d'intention inscrit sur leur registre à cette date est M. Jean-Pierre X..., est insuffisant à démontrer que le père d'intention serait le père biologique, en l'absence d'autres éléments médicaux émanant notamment, de la clinique Rotunda à Bombay concernant le programme de fécondation artificielle qui aurait été pratiquée et ne saurait justifier de faire produire en France les effets juridiques dérivant de droits irrégulièrement acquis à l'étranger sur la base de déclarations mensongères".

S'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit au respect de sa vie privée et familiale, elle estime qu'ils "ne sauraient être utilement invoqués que si la filiation paternelle est conforme à la vérité biologique", ce qui n'est pas établi.

Commentant l'arrêt attaqué ainsi qu'un second arrêt rendu le même jour par la cour d'appel de Rennes, Laurie Dimitrov²⁹, tout en regrettant la solution, constate que *“les parents commanditaires avaient tenté de camoufler la gestation pour autrui en effectuant de fausses déclarations, et même en fournissant de faux documents médicaux tendant à faire croire aux autorités françaises que la mère d'intention avait accouché de l'enfant. Ce comportement [...] eut pour résultat de jeter le discrédit sur l'ensemble du processus, y compris sur la réalité de la paternité biologique du père d'intention.*

Elle ajoute : *“Aussi, il se peut que les juges rennais fassent preuve de plus de souplesse (seulement en ce qui concerne la paternité d'intention conforme à la vérité biologique) en présence d'un couple qui se montrerait transparent sur les circonstances de la naissance de l'enfant. Dans une telle hypothèse, et en présence d'« éléments médicaux concernant le programme de fécondation artificielle » suffisamment probants et de nature à confirmer la réalité de la paternité biologique du père d'intention, on peut supposer que la transcription serait acceptée”.*

Pour J.-R. Binet³⁰ également, la “réalité” de la filiation paternelle biologique était *“pour le moins douteuse”,* puisque *“la totalité du processus reposait sur des mensonges divers et répétés : affirmation fallacieuse de la grossesse de la mère d'intention, faux certificat d'accouchement de celle-ci, promesse non tenue de présentation des passeports, etc. Dès lors, même [s'il] était affirmé que le père d'intention était aussi le père biologique (par l'insémination prétendue de la mère porteuse par les gamètes du père d'intention ou par la fécondation in vitro de l'ovule de son épouse avant transfert de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse), ces déclarations ne pouvaient être considérées comme le reflet nécessaire de la vérité. Dans le doute, seule une expertise génétique permettrait de dévoiler la vérité”.*

F. Granet³¹ relève qu'en sa *“qualité de juge du fond, [la cour d'appel] a opéré un contrôle des pièces et des prétendues preuves fournies à l'appui des allégations des appelants. Cela l'a conduite à conclure, entre autres éléments, à l'inexactitude des informations inscrites dans l'acte de naissance indien et à l'existence de faux documents médicaux qui ont vicié l'acte dressé par les autorités consulaires françaises, d'où la confirmation de son annulation”.*

La première branche du moyen, prise d'un grief de violation des articles 8 de la Convention EDH et 48 du code civil, reproche à la cour d'appel d'avoir annulé l'acte de

²⁹ Gaz. Pal., 5 janvier 2016 n° 1, p. 78, *Chronique de jurisprudence de droit de la famille.*

³⁰ *“Coup d'arrêt(s) dans l'admission des effets de la gestation pour autrui”, Dr. famille n° 11, novembre 2015, comm. 201.*

³¹ F. Granet-Lambrechts, *D.* 2016. 857

naissance d'Estelle X... établi par le consulat de France à Bombay, sans constater que la preuve était rapportée que M. X... n'était pas le père biologique d'Estelle.

Il appartiendra à la chambre de dire si la cour d'appel pouvait retenir les faux documents produits par les époux X... pour conclure à l'annulation de l'acte de naissance.

La **deuxième branche**, prise d'un grief de violation des articles 8 de la Convention EDH, 47 et 48 du code civil, reproche à la cour d'appel d'avoir retenu que l'acte de naissance indien était vicié en ce qu'il mentionnait que la mère était Mme X... bien qu'elle n'ait pas accouché de l'enfant, sans constater que, selon la loi indienne, la désignation de la mère d'intention dans un acte de naissance ne serait pas valable.

Comme il a été rappelé ci-dessus (cf. 4.2.1), la cour d'appel n'était pas saisie de la transcription de l'acte de naissance indien, mais de la validité d'un acte de l'état civil français. Or, ainsi qu'il a été rappelé, l'officier de l'état civil français à l'étranger applique les règles françaises relatives à l'établissement d'un acte de naissance, qui imposent la production de pièces attestant de la naissance et de l'accouchement.

L'annulation de l'acte résulte de la production de faux documents médicaux destinés à faire croire à une grossesse et à un accouchement de Mme X....

La chambre devra donc s'interroger sur le caractère opérant de la recherche demandée.

En tout état de cause, à supposer que la loi indienne soit la loi compétente pour régir la situation, en application de l'article 311-14 du code civil³² - ce qui reste à démontrer puisque l'identité de la mère est elle-même incertaine³³ - et que, selon cette loi, la mère d'intention soit désignée comme mère légale, la question de la conformité à l'ordre public international français d'une loi étrangère désignant comme mère une femme n'ayant pas accouché reste entière³⁴.

³² Article 311-14 du code civil : *“La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant”*.

³³ S'agit-il de la mère d'intention française mentionnée dans l'acte de naissance étranger ou de la mère porteuse indienne ? V. H. Fulchiron, *“GPA : une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassee et Mennesson”*, *Dr. famille* 2016, étude n° 9 ; V. également F. Bicheron, *“Qu'est-ce qu'une mère ?”*, *Defrénois*, 15 juillet 2015, n° 13-14, p. 721 ; J.-R. Binet, *“GPA : si le père est certain...”*, *Dr. famille* n° 9, septembre 2015, repère 8.

³⁴ V. H. Fulchiron, *“GPA : une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassee et Mennesson”*, *Dr. famille* 2016, étude n° 9 précitée.

La **troisième branche** soutient qu'il appartient au ministère public agissant en annulation d'un acte de naissance de prouver, le cas échéant, que le nom du père indiqué dans l'acte ne correspond pas à la réalité biologique. En faisant peser la preuve contraire sur M. X..., la cour d'appel aurait violé l'article 9 du code de procédure civile.

Il résulte des arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015 précités qu'un acte de naissance étranger peut être transcrit dans les registres français de l'état civil dès lors qu'il est conforme aux prescriptions de l'article 47 du code civil, l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisant pas, en elle-même, obstacle à la transcription.

Ainsi, si l'acte de naissance n'est ni irrégulier ni falsifié et si les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, la transcription peut être ordonnée, sans que le recours à l'expertise biologique ne soit imposé, dès lors que la conformité de la filiation paternelle à la réalité "biologique" n'est pas contestée.

Mais, encore une fois, la cour d'appel n'était pas saisie d'une demande de transcription et elle a estimé que l'acte de l'état civil français était falsifié.

Il appartiendra à la chambre de dire si le constat de cette falsification, dont les époux X... étaient à l'origine, suffisait à justifier l'annulation de l'acte.

La **quatrième branche**, prise d'un grief de manque de base légale au regard des articles 8 de la Convention EDH, 311-1 et 330 du code civil, reproche à la cour d'appel d'avoir annulé l'acte de naissance de l'enfant Estelle X... sans rechercher, comme elle y était invitée, si celle-ci ne bénéficiait pas de la possession d'état d'enfant de M. et Mme X..., alors que, lorsque la filiation d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui est établie envers ses parents d'intention par l'acte de naissance étranger, conforté par la possession d'état, le refus de transcription de cet acte de naissance ou l'annulation judiciaire de la transcription viole le droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale.

Dans leurs conclusions d'appel (p. 9 et 10), les époux X... invoquaient la possession d'état de l'enfant et soutenaient que l'action engagée par le ministère public était une action en contestation d'état.

Mais la cour d'appel n'était pas saisie, comme elle l'a indiqué, d'une action d'état ou d'une action en établissement de la filiation par la possession d'état. Elle n'était saisie que d'une action en annulation d'un acte de naissance.

En l'état de l'évolution de la jurisprudence, la question de la reconnaissance des effets de la possession d'état, en cas de gestation pour autrui - expressément écartée par l'arrêt Labassée précité du 6 avril 2011 - se pose puisque la fraude à la loi n'est plus

retenue. Néanmoins, les époux X... n'ont pas engagé une action en constatation de la possession d'état, sur le fondement de l'article 330 du code civil³⁵.

Il conviendra donc de dire s'ils pouvaient se prévaloir de la possession d'état dans la présente instance et si la recherche demandée à la cour d'appel était opérante.

5 - Orientation proposée : Formation de section

Nombre de projet(s) préparé(s) : Deux projets d'arrêt ont été établis

³⁵ Aux termes de l'article 330 du code civil : *“La possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu”,* étant précisé qu'il résulte de l'article 311-15 du code civil que, *“si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux **ont en France leur résidence habituelle**, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère”* et que la famille X... réside actuellement au Vietnam.