

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 831



*Publication
bimensuelle*

*15 novembre
2015*

Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation

The screenshot shows the homepage of the Cour de Cassation website. At the top, there is a navigation bar with the Cour de Cassation logo and menu items: COUR DE CASSATION, JURISPRUDENCE, PUBLICATIONS, ÉVÉNEMENTS, HAUTES JURIDICTIONS, and INFORMATIONS & SERVICES. Below the navigation bar, the main content area is divided into several sections:

- La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français**: A section with a decorative image of the Cour de Cassation and a text block explaining its mission. It includes links for "Présentation" and "Organisation".
- Derniers arrêts mis en ligne**: A list of recent judgments, including a communiqué relative to the AZF case and several arrêtés (6661 and 616) covering areas like criminal law, police, and corrections.
- Actualités**: A section with a red header containing links to "Affaire AZF", "Activité 2014 de la Cour", "Retournée solennelle", and a communiqué relative to the 09.01.15 case.
- Questions prioritaires de constitutionnalité**: A section with a red header listing two arrêtés (7873 and 2) related to constitutional questions.
- Informations et suivi d'un pourvoi**: A section with a light pink background listing services like "Service de l'accueil et services du greffe" and "Bureau d'aide juridictionnelle".
- Colloques à venir**: A section with a dark background and a red header, listing upcoming colloquia on January 26 and February 5, 2015.
- Liens professionnels**: A section with a red header listing links for "Experts judiciaires", "Marchés publics", "Commander des arrêts en ligne", and "Contact presse".

At the bottom of the page, there is a footer with contact information, a search bar, and a copyright notice for the Cour de Cassation.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications

Jurisprudence



2
•

Statuant en matière de sanction disciplinaire en droit du travail, la chambre sociale a, le 19 mai 2015 (*infra*, n° 1065), cassé l'arrêt « qui retient que la demande d'explication écrite adressée par l'employeur à un salarié, à l'occasion de faits considérés comme fautifs, constitue une simple mesure d'instruction, alors que le salarié a l'obligation de répondre seul et immédiatement aux questions qui lui sont posées, que tout refus de s'exécuter intervenant après une mise en demeure constitue un grief supplémentaire et pourrait à lui seul justifier une sanction et que le procès-verbal consignait les réponses du salarié est conservé dans le dossier individuel de celui-ci ». Pour Jean Mouly (*Dr. soc.* 2015, p. 652), « la liste des sanctions disciplinaires est une liste ouverte et [...] celles-ci peuvent prendre les formes les plus inattendues » et « une décision patronale, même bénigne, susceptible d'avoir une influence sur le maintien ultérieur du salarié dans l'entreprise doit être soumise au régime des sanctions disciplinaires ».

Se prononçant en matière de vol de données informatiques, la chambre criminelle a, le 20 mai dernier (*infra*, n° 1086), jugé que « constitue le délit de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données le fait de se maintenir dans ce système après s'y être introduit à la suite d'une défaillance technique et avoir constaté l'existence d'un contrôle d'accès », précisant que « le téléchargement, effectué sans le consentement de leur propriétaire, de données que le prévenu savait protégées caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol », solution qui, pour Stéphane Detraz (*Gaz. Pal.* 2015, 1, p. 8), « contribue à combler le fossé séparant le vol et l'abus de confiance, que la jurisprudence elle-même avait élargi en ouvrant expressément et amplement l'article 314-1 du code pénal aux biens incorporels [...] », l'auteur précisant enfin que « pour les faits commis à compter du 15 novembre 2014, la "soustraction" de données informatiques » relève désormais de l'article 323-3 du code pénal.

Doctrine



Le lendemain, la deuxième chambre civile a jugé (*infra*, n° 1119) que « les litiges relatifs aux décisions prises par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante en application des articles 53.V de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 et 24 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relèvent de la seule compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire », confirmant ainsi, selon Yves Strickler (*Procédures* 2015, comm. 217), une solution du Tribunal des conflits intervenue trois jours plus tôt, le même auteur soulignant le caractère légitime de cette solution, « car on ne saurait détacher la décision de retrait de la procédure d'indemnisation de la victime, qui relève, selon la loi, de la seule compétence du juge judiciaire », ainsi que son caractère opportun, dans la mesure où, en l'espèce, « distinguer entre un refus initial et ce qui ne serait qu'une forme de refus a posteriori créerait une complication que, précisément, la loi avait pour objet d'éviter en centralisant la question de l'indemnisation [...] ».

La même chambre a jugé, le 28 mai (*infra*, n° 1110), que « l'action intentée par un organisme payeur en recouvrement de l'allocation de logement sociale se prescrit par deux ans, sauf en cas de fraude ou de fausse déclaration », approuvant l'arrêt « qui écarte la prescription de l'action d'une caisse d'allocations familiales en raison de l'absence de signalement, par le bénéficiaire de l'allocation versée entre les mains du bailleur, de son déménagement hors du département d'origine puis d'une fausse déclaration, à l'occasion d'une demande de bénéfice du revenu minimum d'insertion, auprès de la caisse du département de destination, ces actes constituant les éléments matériels de la fraude », solution qui, pour Thierry Tauran (*JCP* 2015, éd. S, II, 1273), « s'inscrit dans une jurisprudence solidement établie », où « le point de départ de la prescription de l'action en répétition de l'indu est reporté, en cas de fraude, à la découverte de cette dernière » et où « l'organisme social doit démontrer que l'allocataire lui a procuré des renseignements inexacts sur sa situation ou qu'il s'est abstenu de fournir les indications qu'il lui demandait ».

Table des matières

Jurisprudence

Droit comparé	Page 4
Tribunal des conflits	Numéros
Séparation des pouvoirs	1044 à 1047

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊTS PUBLIÉS INTÉGRALEMENT

*Arrêt du 3 juillet 2015 rendu
par l'assemblée plénière* Page

État civil 10

*Arrêts du 28 avril 2015 rendus
par la cour d'appel de Chambéry* Page 79

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ Numéros

Question prioritaire de constitutionnalité 1048

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES Numéros

Action publique	1049
Architecte entrepreneur	1050-1051
Assurance de personnes	1052
Autorité parentale	1053
Avocat	1054
Bail commercial	1055
Bourse	1056-1057
Chose jugée	1058
Circulation routière	1059-1060
Concurrence	1061
Concurrence déloyale ou illicite	1062

Confiscation	1063
Construction immobilière	1064
Contrat de travail, exécution	1065
Contrat de travail, rupture	1066 à 1069
Cour d'assises	1070
Débites de boissons	1071
Divorce, séparation de corps	1072
Donation-partage	1073
Douanes	1074
Effet de commerce	1075
Énergie	1076
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	1077 à 1079
Étranger	1080
Expropriation pour cause d'utilité publique	1081
Frais et dépens	1082
Garde à vue	1083
Impôts et taxes	1084-1085
Informatique	1086
Instruction	1087
Intervention	1088
Jugements et arrêts	1089
Mandat d'arrêt européen	1090-1091
Officiers publics ou ministériels	1092
Peines	1093
Pouvoirs du premier président	1094

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Presse _____	1095
Procédure civile _____	1096 à 1098
Procès-verbal _____	1059
Professions médicales ou paramédicales _____	1099
Propriété littéraire ou artistique _____	1110
Représentation des salariés _____	1101
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle _____	1102
Restitution _____	1103
Santé publique _____	1104
Sécurité sociale _____	1105-1106
Sécurité sociale, accident du travail _____	1107-1108
Sécurité sociale, allocations diverses _____	1109 à 1111
Sécurité sociale, assurances sociales _____	1112 à 1117
Séparation des pouvoirs _____	1118-1119
Société (règles générales) _____	1120
Société commerciale (règles générales) _____	1056
Société d'aménagement foncier et d'établissement rural _____	1121
Statut collectif du travail _____	1122 à 1126
Testament _____	1127
Transports routiers _____	1128
Travail _____	1129
Travail réglementation, durée du travail _____	1130
Vente _____	1131

Droit comparé

Le Bureau du droit comparé du service de documentation, des études et du rapport effectue des recherches sur les droits étrangers, notamment sur les décisions des juridictions suprêmes européennes.

Les arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015 (voir *infra*) sont susceptibles de faire l'objet d'une lecture comparée avec les décisions suivantes, rendues par les juridictions suprêmes de nos voisins européens, présentées par ordre chronologique :

- En **Espagne**, le *Tribunal supremo*, en son assemblée civile plénière composée de neuf juges, par une décision du 6 février 2014 (*Sentencia n° 835/2013*), a rejeté l'inscription de la filiation de deux enfants nés en Californie suite à un contrat de gestation pour autrui conclu par un couple marié homosexuel, telle qu'établie par les actes d'état civil étrangers, sur les registres nationaux de l'état civil, au motif que le contrat en cause est un contrat de gestation pour autrui, interdit par le droit espagnol. Dans cette affaire, deux hommes de nationalité espagnole s'étant mariés en 2005 ont eu recours aux services d'une mère porteuse en Californie, qui a donné naissance en 2008 à deux enfants. Les parents d'intention, ayant demandé leur inscription sur les registres du consulat d'Espagne à Los Angeles, ont produit des certificats de naissance établis par les autorités de l'État de Californie dans lesquels ils apparaissaient tous deux comme parents des enfants, conformément à la législation locale. Le consulat leur ayant opposé un refus tiré de la prohibition en droit espagnol de la gestation pour autrui, les deux hommes ont formé un recours administratif, à l'issue duquel ils ont obtenu l'annulation de la décision de refus et l'inscription des enfants sur les registres de l'état civil espagnol. Sur recours du ministère public espagnol, se fondant sur la prohibition légale de la maternité de substitution, la décision a été annulée en première instance comme en appel. Le *Tribunal supremo* a jugé que l'ordre public espagnol s'oppose à ce qu'une filiation établie par des actes étrangers en vertu d'une loi autorisant le recours à la gestation pour autrui soit transcrite sur les registres espagnols de l'état civil. Rejetant le moyen tiré de ce que le refus d'inscrire la filiation sur les registres espagnols de l'état civil méconnaîtrait les droits de l'enfant notamment tels que protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le *Tribunal supremo* souligne l'existence d'institutions, telles l'action en recherche de paternité à l'égard du père biologique, l'accueil familial ou l'adoption, de nature à permettre le développement et la protection de liens de filiation. Quatre juges ont adopté un vote divergent. Cette position a été confirmée par un acte du 2 février 2015 (ATS 335/2015).

- En **Irlande**, par six décisions du 7 novembre 2014 (263/2013 « *M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) & ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir & ors* »), dont deux divergentes, la *Supreme Court*, composée de sept juges, a infirmé la décision d'une cour d'appel qui avait accepté la désignation à l'état civil de la mère ayant fourni son embryon comme mère d'un enfant né par recours à la gestation pour autrui. Dans cette affaire, les deux femmes étaient d'accord sur la désignation de la mère génétique d'intention comme mère légale. La *Supreme Court* rejette les moyens des parents d'intention, précisant qu'il revient à l'*Oireachtas* (parlement national) de modifier la loi en la matière.

- En **Italie**, la première section civile de la *Corte suprema di cassazione*, composée de cinq juges, par une décision du 11 novembre 2014 (*Sentenza 24001/14*), a rejeté le pourvoi de deux parents d'intention, qui ont eu recours à une gestation pour autrui d'un enfant conçu avec les gamètes de donneurs et n'entretenaient pas de lien biologique avec l'enfant, souffrant tous deux de pathologies entraînant la stérilité et qui étaient tous deux mentionnés comme parents par l'acte de naissance ukrainien de l'enfant. La *Corte suprema di cassazione*, relevant l'absence de lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant, refuse la transcription sur les registres italiens de l'état civil au motif de sa contrariété avec l'ordre public italien, notamment l'atteinte à la dignité humaine que constitue le recours à une mère porteuse, et confirme l'absence d'effet en Italie de la filiation indiquée dans les actes dressés en Ukraine, ainsi que le placement de l'enfant en vue d'une adoption, seule institution susceptible de permettre la réalisation d'un projet parental en l'absence de lien biologique entre parents et enfant. La *Corte suprema di cassazione* rappelle la marge d'appréciation dont disposent les juridictions nationales pour l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de gestation pour autrui. Le 27 janvier 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître d'une affaire Campanelli-Paradiso/Italie, similaire, dans laquelle l'Italie a été condamnée, non pour avoir refusé de transcrire sur les registres italiens de l'état civil un acte de naissance russe revêtu de l'apostille indiquant les parents d'intention comme parents légaux, mais pour avoir ordonné le retrait de l'enfant et son placement en vue d'une adoption, en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, aucun des deux parents d'intention n'avait de lien biologique avec l'enfant, conçu par le recours à une mère porteuse en Russie. La Cour relève notamment que l'enfant a été retiré à ses parents d'intention et placé en vue d'une adoption alors que six mois passés avec ceux-ci ont permis de créer une vie familiale, l'éloignement d'un enfant constituant une mesure extrême ne pouvant se justifier que par l'existence d'un danger immédiat, dont les autorités italiennes échouent à rapporter la preuve. L'affaire a été renvoyée, le 1^{er} juin 2015, devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.

- En **Allemagne**, le *Bundesgerichtshof*, composé de cinq juges, par une décision du 10 décembre 2014 (*Beschluss XII ZB 463/13*), a reconnu un jugement californien indiquant deux hommes unis en Allemagne par un partenariat enregistré comme pères d'un enfant né en Californie d'une gestation pour autrui. Il a ainsi ordonné la transcription de la filiation des deux parents d'intention, un seul ayant un lien biologique avec l'enfant, telle qu'établie par un jugement étranger, sur les registres allemands de l'état civil. Le *Bundesgerichtshof* énonce

qu'il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public par la seule attribution de la parenté légale aux parents d'intention dans un cas de gestation pour autrui si l'un des parents d'intention a un lien biologique avec l'enfant, cependant que la mère porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant. Le *Bundesgerichtshof* relève notamment que priver l'enfant d'un lien de parenté légale avec le second parent d'intention, dépourvu de lien biologique avec lui mais disposé, contrairement à la mère porteuse, à assumer des responsabilités parentales à son égard, reviendrait à porter atteinte au droit de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- Le Tribunal fédéral de **Suisse** (*Bundesgericht/Tribunale federale*), en sa deuxième section civile composée de cinq juges, par arrêt du 21 mai 2015 (5A748/2014), a décidé que le partenaire enregistré du père biologique d'un enfant né d'une mère porteuse en Californie ne peut pas se faire enregistrer en qualité de parent de l'enfant dans le registre de l'état civil suisse, la reconnaissance d'un jugement californien établissant cette paternité n'étant pas compatible avec l'ordre public suisse. Le Tribunal fédéral estime compatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme le rejet de la réquisition d'inscription d'un deuxième père dans la mesure où ce rejet ne fait naître aucune insécurité juridique pour l'enfant du point de vue de son droit à une filiation et à une vie familiale, le père biologique étant connu et légalement désigné comme tel, et l'enfant se voyant garantir de pouvoir demeurer en Suisse au sein de sa famille. Dans le même sens, une décision du 14 septembre 2015 (5A 443/2014) a refusé la transcription de la filiation établie par un certificat de naissance suite à une décision d'une juridiction californienne dans une espèce où les enfants issus d'une gestation pour autrui étaient dépourvus de lien biologique avec les parents d'intention.

Jurisprudence

Tribunal des conflits

N° 1044

Cours et tribunaux

Composition. - Règles communes. - Magistrat ayant connu de l'affaire. - Membre du Tribunal des conflits. - Impartialité. - Portée.

La récusation d'un membre du Tribunal des conflits est prononcée s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité.

Tel est le cas pour un membre du Tribunal des conflits qui a participé à une décision qui a jugé que le litige, relatif à un acte d'une autorité administrative, ne relevait pas de la juridiction administrative au motif que l'acte en cause touchait aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ou se rattachait directement aux rapports internationaux de la France.

18 mai 2015.

N° 15-03.995. - Conseil d'État, 26 novembre 2012.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - M. Ménéménis, Rap. - M. Desportes, Rapporteur public. - SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 21, note Nathalie Blanc.

N° 1045

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Définition. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Si les collectivités publiques, leurs concessionnaires ou leurs entrepreneurs doivent, quelle que soit la nature du service public qu'ils assurent, réparer les dommages causés aux tiers par les ouvrages dont ils ont la charge ou les travaux qu'ils entreprennent et si la responsabilité qu'ils encourent ainsi, même en l'absence de toute faute relevée à leur encontre, ne peut être appréciée que par la juridiction administrative, il n'appartient pas, en revanche, à ladite juridiction de connaître des dommages imputables aux ouvrages ou travaux dont il s'agit et d'apprécier la responsabilité encourue à raison de vices dans leur conception, leur exécution ou leur entretien lorsque ces dommages ont été causés à l'usager d'un service industriel et commercial par une personne ayant collaboré à l'exécution de ce service et à l'occasion de la fourniture de la prestation due par le service à cet usager.

En raison des liens de droit privé existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, les tribunaux

judiciaires sont seuls compétents pour connaître de l'action formée par l'usager contre les personnes participant à l'exécution du service.

Les prestations de mise en conformité des installations d'assainissement non collectif proposées par une commune à leurs propriétaires constituent un prolongement direct des missions d'entretien de ces installations que la commune peut prendre en charge dans le cadre du service public de l'assainissement non collectif, lequel a le caractère d'un service public industriel et commercial.

Il en résulte que la juridiction judiciaire est compétente pour connaître de la demande en réparation d'un dommage causé à des usagers de ce service.

18 mai 2015.

N° 15-04.004. - TA Versailles, 6 février 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - Mme Canas, Rap. - Mme Escaut, Rapporteur public.

N° 1046

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif aux décisions prises par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. - Définition. - Étendue. - Paiement des indemnités convenues et répétition d'indemnités indûment versées.

Il résulte des dispositions du V de l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 que les créances et dettes qui trouvent leur origine dans l'accord transactionnel conclu entre le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante et le demandeur qui a accepté l'offre doivent être regardées, quel que soit le responsable du dommage, comme des créances et dettes de nature privée.

Par suite, la juridiction judiciaire, compétente pour connaître des litiges relatifs aux offres d'indemnisation, l'est aussi pour connaître des litiges relatifs au paiement des indemnités convenues et à la répétition d'indemnités indûment versées.

18 mai 2015.

N° 15-04.001. - TA Montreuil, 19 décembre 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - M. Ménéménis, Rap. - M. Girard, Rapporteur public. - M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 596.

N° 1047

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Opération de prophylaxie collective des maladies des animaux dirigées par l'État. - Responsabilité d'un vétérinaire intervenu à la demande et pour le compte d'un éleveur.

Aux termes de l'article L. 224-3 du code rural, dans sa rédaction issue de la loi n°89-412 du 22 juin 1989, « *les propriétaires ou détenteurs d'animaux soumis aux opérations de prophylaxie collective des maladies des animaux dirigées par l'État sont tenus de faire assurer l'exécution de ces opérations, y compris l'abattage. En*

cas de carence ou de refus, ces opérations peuvent être exécutées d'office aux frais des intéressés par l'administration compétente ».

Le litige opposant un éleveur à un vétérinaire investi d'un mandat sanitaire, à qui cet éleveur a fait appel pour procéder à la vaccination de son cheptel en application des mesures prophylactiques décidées par le ministre de l'agriculture contre la fièvre catarrhale ovine et qui a appliqué en même temps un vermifuge aux animaux, ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire dès lors que le vétérinaire est intervenu à la demande et pour le compte de l'éleveur.

18 mai 2015.

N° 15-04.000. - TA Versailles, 8 décembre 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - M. Maunand, Rap. - Mme Escaut, Rapporteur public. - SCP Richard, Av.

Cour de cassation

I. - ARRÊTS PUBLIÉS INTÉGRALEMENT

ARRÊTS DU 3 JUILLET 2015 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 10
Arrêts	Pages 10-12
Note	Page 12
Rapport	Page 14
Avis	Page 52

10

État civil

Acte de l'état civil. - Acte dressé à l'étranger. - Transcription. - Cas. - Faits déclarés correspondant à la réalité. - Désignation de l'homme ayant reconnu l'enfant et de la femme en ayant accouché. - Convention de gestation pour autrui. - Portée.

Il résulte des articles 47 du code civil et 7 du décret n°62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité (arrêt n° 1, pourvoi n° 14-21.323, et arrêt n°2, pourvoi n° 15-50.002).

Viole ces textes, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une cour d'appel qui, pour refuser la transcription d'un acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française qui l'a reconnu en qualité de père, et la ressortissante russe qui en a accouché en qualité de mère, retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité (arrêt n° 1, pourvoi n° 14-21.323).

Ayant constaté que l'acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française l'ayant reconnu en qualité de père, et la ressortissante russe en ayant accouché en qualité de mère, n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, une cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre les parents ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 15-50.002).

Arrêt n° 1 (pourvoi n° 14-21.323)

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Dominique X..., domicilié (...), 75011 Paris,

contre l'arrêt rendu le 15 avril 2014 par la cour d'appel de Rennes (6^e chambre A), dans le litige l'opposant :

1. au procureur général près la cour d'appel de Rennes, domicilié en son parquet général, place du Parlement, CS 66423, 35064 Rennes cedex,

2. à l'agent judiciaire de l'État, domicilié bâtiment Condorcet, télédéc 353, 6, rue Louise Weiss, 75703 Paris cedex 13, défendeurs à la cassation ;

Le premier président a, par ordonnance du 23 janvier 2015, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat de M. X... ;

Un mémoire de production a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Monod, Colin et Stoclet ;

Deux mémoires en défense ont été déposés au greffe de la Cour de cassation, le premier par le procureur général près la cour d'appel de Rennes, le second par la SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, avocat de l'agent judiciaire de l'État ;

Un mémoire en réplique a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Monod, Colin et Stoclet ;

Une constitution en intervention volontaire a été déposée par la SCP Spinosi et Sureau, avocat du Défenseur des droits ;

Des observations ont été déposées au greffe de la Cour par le Défenseur des droits et communiquées aux parties ;

Le rapport écrit de M. Soulard, conseiller, et l'avis écrit de M. Marin, procureur général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le rapport de M. Soulard, conseiller, assisté de Mme Norguin, greffier en chef au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Monod, Colin et Stoclet et de la SCP Spinosi et Sureau, l'avis tendant au rejet de M. Marin, procureur général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que K... X..., reconnu par M. X... le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Dominique X..., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Kristina Z..., ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. X... tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ;

Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de K... X..., l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

Ass. plén., 3 juillet 2015.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-21.323. - CA Rennes, 15 avril 2014.

M. Louvel, P. Pt. - M. Soulard, Rap., assisté de Mme Norguin, greffier en chef. - M. Marin, Procureur général. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1438, note Inès Gallmeister. Voir également cette même revue, éditorial, p. 1481, note Sylvain Bollée, Le Deffrénois 2015, p. 721, note Frédéric Bicheron, la Revue juridique personnes et famille, juillet-août 2015, p. 33, note Marie-Christine Le Boursicot, et la RLDC, n° 5944, note Marie-Christine Le Boursicot.

Arrêt n° 2 (pourvoi n° 15-50.002)

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes, domicilié en son parquet, place du Parlement, CS 66423, 35064 Rennes cedex,

contre l'arrêt rendu le 16 décembre 2014 par la cour d'appel de Rennes (6^e chambre A), dans le litige l'opposant à M. Patrice Y... pris tant en son nom personnel qu'en sa qualité de représentant légal de la personne et des biens de sa fille mineure, L... Y..., domicilié (...), 35700 Rennes,

défendeur à la cassation ;

Le premier président a, par ordonnance du 29 janvier 2015, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par le procureur général près la cour d'appel de Rennes ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat de M. Y..., pris tant en son nom personnel qu'ès qualités ;

Une constitution en intervention volontaire a été déposée par la SCP Spinosi et Sureau, avocat du Défenseur des droits ;

Des observations ont été déposées au greffe de la Cour par le Défenseur des droits et communiquées aux parties ;

Le rapport écrit de M. Soulard, conseiller, et l'avis écrit de M. Marin, procureur général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le rapport de M. Soulard, conseiller, assisté de Mme Norguin, greffier en chef au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray et de la SCP Spinosi et Sureau, l'avis tendant à la cassation de M. Marin, procureur général, auquel, parmi les parties invitées à le faire, la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray a répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 16 décembre 2014), que L... Y..., reconnue par M. Y... le 1^{er} février 2011, est née le 30 mai 2011, à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Patrice Y..., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Lilia A..., ressortissante russe, qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. Y... tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. Y... et Mme A... ;

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'ordonner la transcription, alors, selon le moyen :

1. qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, 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, tel qu'affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation ;

2. qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision. Cette solution, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre au foyer de M. Patrice Y..., ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

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. Y... et Mme A... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Ass. plén., 3 juillet 2015.

REJET

N° 15-50.002. - CA Rennes, 16 décembre 2014.

M. Louvel, P. Pt. - M. Soulard, Rap., assisté de Mme Norguin, greffier en chef. - M. Marin, Procureur général. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Spinosi et Sureau, Av.

Note sous assemblée plénière, 3 juillet 2015

Les deux affaires dont la Cour de cassation était saisie concernaient chacune la transcription, sur les registres de l'état civil français, d'un acte de naissance établi en Russie. Dans les deux cas, le père figurant sur l'acte était de nationalité française et la mère, de nationalité russe. Dans les deux cas, l'acte désignait comme père l'homme qui

avait reconnu l'enfant avant sa naissance et comme mère, la femme qui avait accouché. Dans les deux cas, le procureur de la République s'était opposé à la transcription en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre les parents.

Selon la jurisprudence qui était alors celle de la Cour de cassation, l'existence d'une telle convention empêchait tout établissement de la filiation d'un enfant né dans ces conditions, comme d'ailleurs son adoption, et s'opposait à ce que la France transcrive son acte de naissance, y compris lorsque le père figurant sur cet acte a fourni les gamètes et que la mère est la femme qui a accouché. Cette jurisprudence se fondait notamment sur l'article 16-7 du code civil, qui énonce que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », ainsi que sur l'article 16-9 du même code, qui précise que cette nullité est d'ordre public. La Cour de cassation estimait qu'en présence d'une telle fraude, l'intérêt de l'enfant ne pouvait pas être utilement invoqué.

C'est cette jurisprudence qu'a suivie la cour d'appel de Rennes dans la première affaire (pourvoi n° 14-21.323) en constatant, au vu des circonstances de fait, qu'une convention de gestation pour autrui avait été conclue et en jugeant que l'existence de cette convention suffisait à faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance.

Dans la seconde affaire (pourvoi n° 15-50.002), la même cour d'appel a, au contraire, ordonné la transcription, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, après avoir constaté que l'absence de transcription était source de difficultés pratiques importantes dans la vie familiale de ce dernier. S'agissant du père, la cour d'appel a jugé que le lien de filiation biologique était établi par un rapport d'expertise russe.

La même cour d'appel a ainsi rendu, à quelques mois d'intervalle, deux décisions opposées. C'est qu'entre-temps, la Cour européenne des droits de l'homme avait elle-même rendu, le 26 juin 2014, les arrêts *Menesson* (n° 65192/11) et *Labassée* (n° 65941/11), par lesquels elle condamnait la France pour avoir refusé de transcrire les actes d'état civil d'enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui pratiquée aux États-Unis, avec l'implantation d'embryons issus des gamètes de M. Menesson dans un cas, de M. Labassée dans l'autre, dans l'utérus d'une autre femme que leur épouse respective. Dans les deux cas, l'ovule provenait d'un don. Des jugements, prononcés aux États-Unis, indiquaient que les époux *Menesson* et *Labassée* étaient les parents respectifs de ces enfants. La Cour européenne des droits de l'homme a examiné à la fois l'atteinte à la vie familiale et l'atteinte à l'intérêt de l'enfant, lesquels sont tous deux protégés par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a considéré que la vie familiale était affectée, mais dans une mesure qui n'excédait pas la marge d'appréciation laissée aux États, compte tenu de l'objectif poursuivi, à savoir lutter contre la pratique de la gestation pour autrui. La Cour européenne des droits de l'homme réaffirmait par là que l'interdiction de la gestation pour autrui n'est pas en elle-même contraire à la Convention précitée. En ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, la Cour de Strasbourg a jugé que le fait de ne pas reconnaître la filiation d'un enfant telle qu'elle est établie dans un autre pays porte atteinte à l'identité de cet enfant et que, lorsqu'il s'agit de la filiation biologique, cette atteinte dépasse la marge d'appréciation laissée aux États.

Dans le pourvoi qu'il a formé contre le premier arrêt de la cour d'appel de Rennes, le père de l'enfant s'est notamment appuyé sur cette jurisprudence pour faire valoir que l'existence d'une convention de gestation pour autrui, à la supposer établie, ne pouvait faire obstacle à l'application de l'article 47 du code civil, selon lequel « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Le demandeur soutenait qu'en juger autrement irait à l'encontre du droit de l'enfant au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le second arrêt a fait l'objet d'un pourvoi de la part du procureur général près la cour d'appel, qui, s'appuyant sur la jurisprudence qui était alors celle de la Cour de cassation, a soutenu que la nullité d'ordre public relative aux conventions de gestation pour autrui entraînait l'impossibilité absolue de faire figurer à l'état civil français l'acte de naissance de l'enfant.

Tirant les conséquences des arrêts *Menesson* 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 censura-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.

Note de la rédaction : la publication de cet arrêt sera suivie, après l'avis de l'avocat général, de la publication de deux arrêts de la cour d'appel de Chambéry, relatifs à l'adoption plénière croisée d'enfants nés de donneurs inconnus, par la conjointe de la mère dans un couple marié de femmes. Cette situation soumise aux juges du fond peut sembler nouvelle en ce qu'elle concerne l'établissement de la filiation d'enfants conçus sur le territoire français en ayant recours à un géniteur anonyme, à la différence de la situation traitée par les avis du 22 septembre 2014 (enfant conçu par procréation médicalement assistée pratiquée à l'étranger). La solution adoptée par la cour d'appel est néanmoins dans la lignée de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe et de l'article 6-1 du code civil (adoption plénière possible dans les couples composés de personnes de même sexe), ainsi que des deux avis du 22 septembre 2014 précités, tirant les conséquences de la loi du 17 mai 2013 quant à l'indifférence du mode de conception de l'enfant.

Rapport de M. Soulard

Conseiller rapporteur

I. - Rappel des faits et de la procédure

A. - Pourvoi n° 14-21.323

Par acte délivré le 18 octobre 2012, M. Dominique X... a assigné le procureur de la République de Nantes et l'agent judiciaire du Trésor devant le tribunal de grande instance de Nantes aux fins de faire ordonner, sous astreinte, la transcription à l'état civil de l'acte de naissance de K... X... Cet acte, enregistré le 6 septembre 2011 au bureau de l'état civil Tverskoy de la direction de l'état civil de Moscou, indique que K... X... est né le 27 août 2011 à Moscou de Dominique X..., de nationalité française, et de Kristina Z..., de nationalité russe. Préalablement, le 10 mars 2011, M. Dominique X... avait reconnu sa paternité devant l'officier de l'état civil français. Devant le tribunal, il demandait également que l'agent judiciaire du Trésor soit condamné à lui verser la somme de 2 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le procureur de la République s'est opposé à la demande de transcription au motif qu'un certain nombre de circonstances faisaient apparaître que l'enfant était né à la suite d'une gestation pour autrui.

Par jugement du 17 janvier 2013, le tribunal a débouté M. X... de sa demande et a mis l'agent judiciaire du Trésor hors de cause.

Par arrêt du 14 avril 2014, la cour d'appel de Rennes a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et a rejeté la demande faite par M. X... sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. Les motifs de cet arrêt sont les suivants :

« sur la mise en cause de l'agent judiciaire de l'État

Considérant qu'une demande de paiement d'une participation aux frais de défense ne constituant pas une demande principale, c'est à bon droit que les premiers juges ont prononcé la mise hors de cause de l'agent judiciaire de l'État ;

sur la demande de transcription de l'acte de naissance de l'enfant

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 47 du code civil, tout acte d'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

[...]

Considérant que, pour débouter l'appelant de sa demande, les premiers juges ont retenu « qu'en l'absence d'éléments contraires, les indices réunis convergeaient pour établir que M. X..., en recherche de descendance, avait eu recours aux services de Mme Z..., voire d'une tierce personne pour porter et/ou concevoir l'enfant et lui remettre après la naissance, dans le cadre d'un accord et dans des conditions rentrant dans les prévisions de l'article 16-7 du code civil » ;

Considérant que M. X..., qui a attesté sur l'honneur le 30 novembre 2011 ne pas avoir eu recours au service d'une mère porteuse pour la gestation de son enfant K... X..., soutient qu'il appartient au ministère public d'administrer la preuve du contrat de gestation pour autrui ; qu'il ajoute qu'alors même que la preuve serait rapportée de l'existence d'un tel contrat, les dispositions de l'article 47 du code civil ne peuvent être écartées dès lors que « le ministère public reconnaît lui-même que l'acte de naissance de K... X... ne souffre pas de contestation dans l'établissement de la filiation, ni d'irrégularités intrinsèques » ;

Considérant que le ministère public fait valoir que la réalité d'un contrat de gestation pour autrui passé par l'appelant et ayant abouti à la naissance de K...X... n'est pas contestable ;

Considérant que pour caractériser le faisceau d'indices, le tribunal a utilisé les pièces figurant au dossier du ministère public et en particulier les documents transmis par le ministère des affaires étrangères et européennes en provenance du consulat général de France à Moscou ;

Considérant qu'il résulte des documents produits :

- que M. X... a obtenu la délivrance de deux passeports, l'un en 2003 et l'autre en 2005 ;*
- que le consulat a pu consulter le passeport n° [...] et constater l'absence de visa à l'époque correspondant à la période de conception de l'enfant ;*
- que n'ayant pu consulter le second passeport de M. X... n° [...], le poste consulaire a demandé à M. X... de lui adresser copie du visa qui aurait pu lui permettre d'entrer en Russie fin 2010 ou début 2011 ;*
- que M. X... a alors indiqué « que ce second passeport avait malencontreusement été détruit » ;*
- que M. X... a refusé de s'expliquer sur les circonstances de sa rencontre avec Mme Z..., mère de l'enfant ;*
- que celle-ci a indiqué qu'elle avait été suivie à la clinique Vita Nova de Moscou, qui avait ensuite trouvé la maternité ;*
- que le poste consulaire a relevé que la mère vivait habituellement à Kirov, à plus de 1 000 km de Moscou ;*

- que la mère de l'enfant a consenti dès le 7 octobre 2011, dans une attestation notariée, « à la sortie au domicile permanent à la République française de son fils mineur X... K..., né le 27 août 2011 » ;

Considérant que, sauf à préciser que Mme Z... était en possession d'un passeport depuis le 30 juin 2008, il convient de dire que ces éléments constituent un faisceau de preuve de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X... et Mme Z..., laquelle avait d'ailleurs fourni des explications confuses lors de l'entretien téléphonique du 29 novembre 2011 ;

Considérant qu'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 ;

Considérant qu'en présence de cette fraude, le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait être utilement invoqué, étant au demeurant observé qu'il a été délivré un document de voyage à K..., qui fréquente une crèche parisienne ;

Considérant que la décision dont appel, qui a rejeté la demande de transcription de l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités russes sur les registres de l'état civil français, doit être confirmée en toutes ses dispositions ;

Considérant que l'agent judiciaire de l'État ayant été mis hors de cause, la demande d'article 700 du code de procédure civile formée à son encontre sera rejetée ».

Le 21 juillet 2014, M. X... a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt.

Par ordonnance du 23 janvier 2015, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'assemblée plénière.

La SCP Monod, Colin et Stoclet s'est constituée pour M. X... et a déposé, le 20 novembre 2014, un mémoire ampliatif, qui a été signifié le 21 novembre 2014 au procureur général de Rennes. M. X... demande à la Cour de cassation de casser en toutes ses dispositions l'arrêt attaqué et de condamner l'agent judiciaire de l'État à lui payer la somme de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le procureur général près la cour d'appel de Rennes a déposé un mémoire en défense le 16 janvier 2015. Ce mémoire a été complété par un mémoire déposé le 27 janvier.

La SCP Monod, Colin et Stoclet a déposé un mémoire en réplique.

La SCP Meier-Bourdeau et Lecuyer s'est constituée pour l'agent judiciaire de l'État et a déposé, le 20 janvier 2015, un mémoire, qui a été notifié le même jour au demandeur. Il conclut à sa mise hors de cause, au rejet du second moyen et demande que M. X... soit condamné à lui payer la somme de 2 200 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure devant la Cour de cassation est régulière.

B. - Pourvoi n° 15-50.002

Par acte délivré les 17 et 23 novembre 2011, M. Patrice Y..., agissant en son nom personnel et au nom de sa fille L..., a assigné le procureur de la République de Nantes et l'agent judiciaire du Trésor devant le tribunal de grande instance de Nantes aux fins de faire ordonner, avec l'exécution provisoire, la transcription, à l'état civil, de l'acte de naissance de L... Y... Cet acte de naissance, établi à Moscou le 7 juin 2011, le désigne en qualité de père et désigne Mme Lilia A... en qualité de mère. Préalablement, le 1^{er} février 2011, M. Patrice Y... avait reconnu sa paternité devant l'officier de l'état civil français. Devant le tribunal, il demandait également que l'agent judiciaire du Trésor soit condamné à lui verser la somme de 2 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le procureur de la République s'est opposé à la demande de transcription au motif qu'un certain nombre de circonstances faisaient apparaître que l'enfant était né à la suite d'une gestation pour autrui.

Par jugement du 17 janvier 2013, le tribunal a débouté M. Y... de l'ensemble de ses demandes au motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui, contraire à l'ordre public français. Les juges du premier degré ajoutaient que ce refus de transcription ne privait l'enfant ni de la filiation paternelle et maternelle dont elle disposait à l'état civil russe ni de son droit à vivre avec son père, comme elle le faisait actuellement, et n'apparaissait donc pas contraire à son intérêt supérieur.

Par arrêt du 16 décembre 2014, la cour d'appel de Rennes a infirmé le jugement et ordonné la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011. Après avoir énuméré un certain nombre de faits caractérisant, selon eux, l'existence d'une convention de gestation pour autrui, les juges du second degré énoncent que :

L'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant affirme que dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 septembre 2013, a retenu « qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant, que garantit l'article 3, § 1, de la CIDE, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ».

M. Y... invoque, devant la cour, les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné la France pour son refus de reconnaître la paternité, conforme à la vérité biologique, d'un enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

M. Y..., qui a reconnu l'enfant avant sa naissance, est bien le père biologique de L... et a d'ailleurs produit en pièce 14-2 un rapport d'expertise effectué en Russie aux termes duquel « Patrice Y... peut être le vrai (biologique) père de L... Y..., avec une probabilité de 99,97 % ».

Alors que les enfants ne doivent pas subir les choix négatifs de leurs parents, il a été rappelé ci-dessus les difficultés intervenues quant à l'entrée sur le sol français de L..., laquelle, bien que vivant avec M. Y... depuis le 2 juin 2011, n'a toujours pas la nationalité française et n'a pas de droits légaux dans la succession à venir de son père.

En présence de la réalité biologique du lien de filiation et afin de réparer l'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant figurant à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, consécutive aux effets du défaut de reconnaissance en France du lien de filiation entre L... et son père, il convient, à la suite de la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, § 1, de la Convention Internationale des droits de l'enfant sur la fraude, d'infirmer la décision dont appel et d'ordonner la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011 et désignant M. Patrice Y... en qualité de père, et ce, alors qu'il a déjà été indiqué que l'acte de naissance étranger satisfait aux exigences de l'article 47 du code civil.

Par ailleurs, Mme A... est également la mère biologique de l'enfant pour avoir accouché de L... ; dès lors, si les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas résolu la question de la filiation maternelle pour les mères d'intention, ces arrêts ont condamné le défaut de reconnaissance d'une filiation biologique, en sorte que toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la transcription de l'acte de naissance de L... doit être ordonnée dans les termes du dispositif des écritures de M. Y... ».

Le procureur général de la cour d'appel de Rennes s'est régulièrement pourvu contre cet arrêt et a adressé, le 26 janvier 2015, au greffe de la Cour de cassation, un mémoire à l'appui de son pourvoi.

La SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray s'est constituée pour M. Y..., agissant tant en son nom personnel qu'au nom de L... Y..., mais n'a pas déposé de mémoire au moment où le présent rapport a été déposé.

Par ordonnance du 29 janvier 2015, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'assemblée plénière.

La procédure devant la Cour de cassation est régulière.

II. - Analyse succincte des moyens

A. - Pourvoi n°14-21.323

Deux moyens sont proposés.

Le **premier moyen** fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. X... de ses demandes tendant à voir constater l'existence de l'acte de naissance de K... X... et que soit ordonnée sa transcription à l'état civil français. Il fait valoir que :

1. tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en conséquence, à la supposer avérée, la circonstance qu'un enfant soit le fruit d'un processus comportant une convention de gestation pour autrui ne permet pas au ministère public de refuser la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance formellement régulier et conforme à la réalité biologique ;
2. le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et l'article 9 du code civil, exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation et sa nationalité ;
3. l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré à l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990, commande que soit transcrit sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger mentionnant exactement la filiation paternelle à l'égard du père biologique et la filiation maternelle ;
4. la cour d'appel ne pouvait juger que le refus de transcription ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de l'enfant sans rechercher si K... X... ne se trouvait pas privé, du fait de ce refus, du droit d'acquiescer la nationalité française et des droits corrélatifs, et notamment du droit de se maintenir sur le territoire français à sa majorité ;
5. il n'est pas prouvé que M. X... ait eu recours aux services de Mme A... dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui ;

Le **second moyen** fait grief à l'arrêt d'avoir mis hors de cause l'agent judiciaire de l'État. Il fait valoir qu'il résulte des articles 1040 du code de procédure civile et 38 de la loi n°55-366 du 3 avril 1955 que toute action dirigée contre le ministère public devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, tendant à faire déclarer qu'une personne a la qualité de Français, peut donner lieu à une demande d'indemnisation des frais irrépétibles, qui doit être formée à l'encontre de l'agent judiciaire de l'État.

Le procureur général conclut au rejet du pourvoi. Il fait valoir qu'il n'est pas contestable que K... X... est né à la suite d'une gestation pour autrui et que l'arrêt attaqué refusant la transcription de son acte de naissance est

conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Il ajoute que le recours à la gestation pour autrui est contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'article 7 stipule que « *l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » ; qu'en l'espèce, M. X... a coupé tout lien avec la mère de K... Le procureur général ajoute que le recours à la gestation pour autrui, qui a pour effet de priver K... de son droit à connaître ses origines, montre que M. X... n'était pas animé par l'intérêt de l'enfant. Enfin, le procureur général fait valoir que K... dispose d'un acte de naissance régulier, qui lui permet notamment d'obtenir un certificat de nationalité, qu'il vit en France avec son père, où il est inscrit dans une crèche, et qu'il bénéficie d'un droit de succession sur ce dernier ; que le demandeur ne fait d'ailleurs état d'aucune difficulté dans la vie quotidienne.

Dans son mémoire en réplique, M. X... fait valoir que la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'enfant pour apprécier si une mesure porte atteinte au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été affirmée tant par le Conseil d'État que par la Cour européenne des droits de l'homme. Il ajoute qu'à supposer que K... soit né à la suite d'une gestation pour autrui (ce que le demandeur conteste), la transcription de son acte de naissance sur le registre d'état civil ne conduira pas à nier son droit à connaître ses origines ; qu'à l'inverse, le refus de transcription revient à refuser le lien de filiation lui-même, c'est-à-dire un aspect essentiel de l'identité des individus. Enfin, M. X... expose que le refus de transcription est source de difficultés pratiques ; que si K... s'est vu délivrer un certificat de nationalité française, en revanche il n'a pu obtenir la délivrance d'un passeport français et se trouve ainsi empêché d'aller aux États-Unis, où se trouve une partie de sa famille. Il produit l'ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté sa requête tendant à ce que le préfet de police soit enjoint de lui délivrer un passeport. Ce rejet est motivé par la circonstance que la condition d'urgence, à laquelle sont subordonnés les pouvoirs du juge des référés, n'était pas remplie.

B. - Pourvoi n° 15-50.002

Un moyen unique est proposé, par lequel il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné la transcription sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance de L... Y... Le moyen fait valoir que :

1. en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour autrui, 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 ;
2. la cour d'appel ne pouvait ordonner la transcription de l'acte de naissance sur les registres français d'état civil, sur le fondement de l'atteinte à la vie privée et de l'enfant et sur celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors que ce dernier a une filiation maternelle et paternelle établie, qu'il est donc muni d'un droit dans la succession de son père, qu'il vit sur le sol français avec son père et qu'il peut, en vertu de l'article 18 du code civil et de la circulaire du 25 janvier 2013, obtenir la nationalité française.

III. - Principaux points de droit faisant difficulté à juger

Les deux pourvois conduisent à s'interroger sur la compatibilité, avec les décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme, de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interdiction de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui.

IV. - Analyse et discussion

En marge de la question principale qui vient d'être formulée, deux questions secondaires doivent être examinées :

Sur la mise hors de cause de l'agent judiciaire du Trésor

Un rejet non spécialement motivé est proposé en ce qui concerne le second moyen invoqué dans l'affaire n° 14-21.323.

L'article 38, premier alinéa, de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 dispose :

« *Toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'agent judiciaire de l'État* ».

Il résulte de ce texte que si aucune action pécuniaire n'est formée à titre principal contre l'État, l'agent judiciaire de l'État doit être mis hors de cause. Ainsi, dans une affaire où le demandeur avait assigné le ministère public et l'agent judiciaire du Trésor aux fins d'être déclaré Français et d'obtenir une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait maintenu l'agent judiciaire du Trésor dans la cause et l'avait condamné à verser une somme au titre de l'article 700, alors que l'action dont était saisi le juge « *n'avait pas pour objet principal de faire déclarer l'État débiteur* »¹.

Dans la présente affaire, l'objet principal de la demande de M. X... est d'obtenir la transcription à l'état civil de K... X... Il ne s'agit pas d'une action pécuniaire. Le fait que cette demande est assortie d'une demande d'astreinte est sans incidence et ne change pas la nature de la demande principale. C'est ainsi que la chambre sociale a jugé qu'un inspecteur du travail peut agir en justice (sans l'intervention de l'agent judiciaire du Trésor) pour obtenir la liquidation d'une astreinte destinée à faire respecter le repos dominical².

Sur la caractérisation, par la cour d'appel, de l'existence d'une convention de gestation pour autrui

Ce point fait l'objet de la cinquième branche du premier moyen proposé dans l'affaire n° 14 21.323. La Cour devra se demander si cette branche ne revient pas à mettre en cause l'appréciation souveraine des juges du

¹ 2^e Civ., 25 février 2010, pourvoi n° 08-21.474.

² Soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 03-18.897, *Bull.* 2005, V, n° 188.

fond. À titre de comparaison, dans l'affaire n° 12-18.315 (*Bull.* 2013, I, n° 176), ayant donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, la cour d'appel, après avoir relevé « *le court séjour sans objet particulier de l'intimé en Inde à l'époque de la conception et l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies* », énonçait qu'apparaissait « *pour le moins insolite le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant né de cette relation supposée à un étranger inconnu plutôt qu'à un service d'adoption ; qu'en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père, qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère, d'origine extrêmement modeste, pour qui 1 500 € représentent trois ans de salaire. Cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même "confortables" de sa grossesse* ». La Cour de cassation a jugé que les juges du second degré avaient ainsi caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le requérant et la femme ayant accouché.

S'agissant, maintenant, de l'étude de la question principale que posent les deux pourvois, elle sera articulée en quatre étapes : A. Le rappel du droit positif français tel qu'il existe aujourd'hui ; B. La mise en cause de certains aspects de ce droit par la Cour européenne des droits de l'homme ; C. Les autres éléments, tirés du droit de l'Union européenne, du droit comparé ou des négociations en cours en droit international qui peuvent être pris en considération ; D. Les pistes qui peuvent être envisagées en réponse aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. - La situation actuelle

1. Les règles relatives à la filiation

a) L'établissement de la filiation

Selon l'article 310-1 du code civil, « *la filiation est légalement établie par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété* ».

« *L'effet de la loi* » vise, d'une part, l'établissement de la filiation maternelle par la désignation de la mère dans l'acte de naissance (article 311-25 du code civil) et, d'autre part, la présomption de paternité applicable au mari (article 312 du code civil).

La reconnaissance paternelle ou maternelle peut être faite avant ou après la naissance, mais seulement lorsque la filiation n'est pas déjà établie par l'effet de la loi (article 316 du code civil). Tous les enfants nés hors mariage peuvent être reconnus volontairement. La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

L'acte de notoriété qui constate la possession d'état est délivré par un juge à la demande de l'un ou l'autre des parents ou de l'enfant et fait l'objet d'une publicité par voie de mention marginale dans l'acte de naissance (article 317 du code civil). La possession d'état peut également être constatée par un jugement à la demande de toute personne qui y a intérêt (article 330 du code civil).

Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait (article 320 du code civil).

La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père (article 332 du code civil).

b) La contestation de la filiation par le ministère public

Aux termes de l'article 336 du code civil, la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi.

La circulaire de présentation du 30 juin 2006 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation précise (première partie, III, 3.1.1, c) :

« *Toute filiation, qu'elle soit corroborée ou non par la possession d'état, peut désormais être contestée par le ministère public, l'article 336, qui fonde son action, n'opérant aucune distinction selon le type de filiation (maternelle/paternelle ; en mariage ou hors mariage). Le ministère public peut agir dans le délai de droit commun de l'article 321 dans deux hypothèses :*

- *lorsque des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable le lien de filiation légalement établi. Il en est ainsi par exemple en présence d'une trop faible différence d'âge entre le parent et l'enfant ou en cas de reconnaissance par une transsexuelle ;*

- *lorsque la filiation a été établie en fraude à la loi. La rédaction est donc plus large que celle de l'ancien article 339, alinéa 2, qui ne visait que la fraude aux règles de l'adoption. Le ministère public peut donc agir, comme auparavant, en cas de fraude à l'adoption, mais aussi en cas de violation des articles 16-7 et 16-9, prohibant la gestation pour le compte d'autrui. [...] Dans tous les cas, le demandeur doit rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation selon les règles de droit commun ».*

2. La prohibition de la gestation pour autrui

a) La nullité des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui

Dès 1991, la Cour de cassation, réunie dans sa formation la plus solennelle, a jugé que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de

l'état des personnes. Elle en a déduit que l'enfant né dans de telles conditions ne pouvait faire l'objet d'une adoption plénière par la femme qui l'avait recueilli à sa naissance, une telle adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption³.

Trois ans plus tard, la loi bioéthique n°94-653 du 29 juillet 1994 a introduit, dans le code civil, les articles 16-7 et 16-9 du code civil, qui sont ainsi rédigés :

Article 16-7 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Article 16-9 : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

La création de ces articles a conduit la Cour de cassation à modifier légèrement la formulation de son attendu de principe et à énoncer que « la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption »⁴. Dans tous les arrêts qu'elle a rendus par la suite et qui portaient sur cette question, elle a réaffirmé le principe de la prohibition de la gestation pour autrui⁵.

Le législateur n'est pas non plus revenu sur le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, alors même qu'il y était invité par un rapport sénatorial présenté en 2008⁶ et que, le 27 janvier 2010, deux propositions de loi visant à légaliser la gestation pour autrui ont été enregistrées au Sénat, émanant, pour l'une, de sénateurs de gauche⁷ et, pour l'autre, de sénateurs de droite, alors majoritaires⁸. Ce refus de revenir sur le principe de la prohibition est conforme à l'avis de nombreux comités et organismes professionnels⁹. Il est également conforme à l'avis du Conseil d'État, qui, dans une étude sur la révision des lois de bioéthique déposée le 9 avril 2009, concluait sur ce point que « la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et celui de la mère porteuse, principes fondamentaux qui sous-tendent l'interdiction actuelle, conduisent donc à recommander de ne pas légaliser la gestation pour autrui »¹⁰.

Dans sa décision du 17 mai 2013¹¹ sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a rappelé que « les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du code civil »¹². Répondant au grief des requérants, qui faisaient valoir que, « compte tenu notamment des difficultés que rencontreront les couples de personnes de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude de la loi française », il énonce que « l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques »¹³.

b) Sanctions pénales

L'article 227-12 du code pénal dispose :

« 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.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

L'article 227-13 du même code prévoit que :

« 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 ».

Dans son étude précitée sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État estime que la maternité pour autrui doit être assimilée à une supposition d'enfant et est, comme telle, punie des peines prévues à l'article 227-13 du

³ Assemblée plénière, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n° 4 ; 1^{re} Civ. 29 juin 1994, n° 92-13.563, *Bull.* 1994, I, n° 226 (dans ces deux affaires, la mère porteuse était également la mère génitrice).

⁴ 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, *Bull.* 2003, I, n° 252.

⁵ V. notamment 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvois n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70, n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71, et n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72 ; 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvois n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176.

⁶ Rapp. Sénat n° 421 du 25 juin 2008, « Les recommandations du groupe de travail sur la maternité pour autrui », p. 5.

⁷ Prop. de loi Sénat n° 233, 2009-2010.

⁸ Prop. de loi Sénat n° 234, 2009-2010.

⁹ V. notamment rapport Léonetti, de 2010 (rapport d'information sur la révision des lois de bioéthique : rapp. inf. Assemblée nationale n° 2235, 2009-2010, 20 janvier 2010) ; avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE, avis n° 110, 1^{er} avril 2010), États généraux de la bioéthique (rapp. final, 1^{er} juillet 2009, p. 43), Académie nationale de médecine (Rapp., 10 mars 2009), Agence de la biomédecine (avis du conseil d'orientation, délib. ABM n° 2009-CO-38, 18 septembre 2009), ordre des médecins (position du Conseil national de l'ordre des médecins sur la gestation pour autrui, 4 février 2010), Collège national des sages-femmes (gestation pour autrui, une fausse bonne idée pour faire progresser le droit des femmes, communiqué, 8 mars 2010).

¹⁰ Page 63 de l'étude ; cette étude a été mise en ligne par la Documentation française.

¹¹ N° 2013-669 DC.

¹² Cons. 44.

¹³ Cons. 48 et 58.

code pénal¹⁴. L'expression « *supposition d'enfant* », qui figurait à l'article 345 ancien du code pénal, recouvrait tant la simulation que la dissimulation, aujourd'hui prévues à l'article 227-13 du code pénal¹⁵. Ont été déclarés coupables de cette infraction une femme et son concubin qui avaient ramené du Brésil en France un nouveau-né dont venait d'accoucher une Brésilienne et qui avait réussi à obtenir un faux certificat de naissance et à déclarer l'enfant en France comme étant né notamment de la femme du couple¹⁶. Cette incrimination a été également appliquée à un couple marié qui avait faussement déclaré à l'état civil la naissance d'un enfant légitime après que la femme eut simulé une grossesse (par l'emploi d'un coussin) et fait croire à un accouchement¹⁷. On peut penser que cette infraction pourrait s'appliquer au moins à certains cas de gestation pour autrui.

Il convient toutefois d'avoir à l'esprit que ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les faits ont été entièrement commis dans un pays où ils ne sont pas répréhensibles¹⁸. C'est ainsi que, dans l'affaire Mennesson, qui sera exposée en détail plus loin, une information qui avait été ouverte pour entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui et simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfant a été clôturée par un non-lieu au motif que, commis sur le territoire américain, où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles, ils ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français.

c) La prohibition française au regard du droit comparé et du droit international

À l'occasion des affaires Mennesson et Labassée (cette dernière affaire sera également étudiée plus loin), la Cour européenne des droits de l'homme a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France¹⁹ : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes) : en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui puisse revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation : en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne.

Bien que l'interdiction de la gestation pour autrui constitue, de la part de l'État, une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale que garantit l'article 8, paragraphe premier, de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme admet qu'en l'absence de consensus en Europe sur la légalité de cette pratique et au regard des délicates interrogations d'ordre éthique qu'elle suscite, sa prohibition soit justifiée par la « *protection de la santé* » et « *la protection des droits et libertés d'autrui* »²⁰. Il s'agit là, en effet, de deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention et qui permettent qu'il soit dérogé aux dispositions du paragraphe premier.

Toujours dans le cadre du Conseil de l'Europe, le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, prédécesseur du comité directeur de bioéthique, a publié, en 1989, une série de principes, dont le quinzième, relatif aux « *mères de substitution* », est ainsi libellé :

« 1. *Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.*

2. *Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.*

3. *Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.*

4. *Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition :*

a) *que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération ;*

et

b) *que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant ».*

¹⁴ Page 61 de l'étude.

¹⁵ Crim., 12 janvier 2000, pourvoi n° 99-82.905, *Bull.* 2000, I, n° 21.

¹⁶ Même arrêt.

¹⁷ Crim., 5 janvier 2011, pourvoi n° 10-83.156.

¹⁸ V. article 113-6 du code pénal.

¹⁹ Arrêts du 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, requête n° 65192/11, points 40 à 42, et *Labassée c/ France*, requête n° 65941/11, points 31 à 33.

²⁰ Arrêts du 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, requête n° 65192/11, points, 62, 78 et 79, et *Labassée c/ France*, requête n° 65941/11, points 54, 57 et 58.

Bien que les questions de bioéthique soient de moins en moins étrangères au droit de l'Union²¹, la Cour de justice n'a pas eu à se prononcer sur la compatibilité de la gestation pour autrui ou de son interdiction avec les droits fondamentaux de l'Union, et notamment la Charte des droits fondamentaux. En revanche, elle a jugé que la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail n'impose pas (mais n'interdit pas non plus) aux États membres d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8 de cette directive à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement. La Cour de justice considère en effet que le congé de maternité vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports ne soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle. Elle ajoute que, si le congé de maternité vise également à assurer la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant, cet objectif ne concerne toutefois que la période postérieure « à la grossesse et à l'accouchement »²².

Quant au Parlement européen, il 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 » 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 ».

d) Données quantitatives

Dans un document établi en mars 2011, le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé relève que :

« Dans le monde d'aujourd'hui, il suffit de taper "mère porteuse" sur un moteur de recherche pour tomber en un clic sur des centaines de sites internet promettant de résoudre les problèmes d'infertilité par des techniques de fertilisation in vitro (FIV) et des services de gestation pour autrui à condition d'en payer le prix. Le fait est que la maternité de substitution est un commerce mondial en plein essor. Les chiffres sont difficiles à vérifier, mais, à titre d'exemple, certains estiment que les 400 millions de dollars américains (approximativement) par an que représente l'industrie du tourisme médical en Inde (estimée à un total d'environ 2,3 milliards de dollars américains par an d'ici à 2012) sont attribuables au secteur du marché en matière de reproduction.

Cette croissance du "tourisme procréatif", et, en particulier, la croissance du marché international de la maternité pour autrui, peut être attribuée à un certain nombre de facteurs liés les uns aux autres. Premièrement, ce qui est le cas dans de nombreux États dans le monde, la maternité de substitution commerciale (et, dans certains États, la technologie reproductive humaine dans son ensemble) est soit interdite soit strictement réglementée. À l'inverse, dans une minorité d'États, la maternité de substitution commerciale est autorisée, mais souvent sans réglementation interne ou avec une réglementation succincte. Du fait de ces différentes législations, associées aux moyens modernes de communication et aux facilités pour voyager, il n'est pas si difficile d'organiser une maternité de substitution à l'étranger. Dans certains de ces États plus permissifs, des coûts moins élevés et des risques moindres constituent un attrait supplémentaire pour les parents intentionnels »²³.

La constatation qui précède doit être appréciée en regard du déclin généralisé de l'adoption dans la décennie 2003-2013, mis en évidence par une étude récente de l'Institut national des études démographiques²⁴.

L'étude part du constat que sur près de 200 pays dans le monde, 170 autorisent l'adoption. Ceux qui l'interdisent sont essentiellement régis par les dispositions coraniques sur la kafala²⁵. Dans le trio de tête des pays « fournisseurs » (sic) d'enfants, se trouvent la Bulgarie, le Guatemala et l'Ukraine, tandis que leurs parents adoptifs se situent majoritairement dans le Nord de l'Europe, avec les exceptions notables de Chypre (en tête) et de Singapour (sixième position). La France se situe seulement en quinzième position, ce qui s'explique, entre autres facteurs, par son propre taux de natalité.

En France, 1 069 enfants seulement ont été adoptés à l'étranger en 2014, un chiffre en baisse de plus de 70 % depuis 2005 (4 136 adoptions). La chute est notamment très importante concernant les enfants venus d'Éthiopie et de Russie. En effet, ces deux pays, dans le peloton de ceux les plus prisés des adoptants car parmi les plus ouverts à l'adoption, ont considérablement ralenti le rythme d'accueil des dossiers depuis la loi sur le mariage pour tous. Certains États, comme la Chine populaire depuis 2006, exigent d'ailleurs que le couple adoptant soit hétérosexuel.

²¹ V. J.-S. Bergé, « Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie », *RTDE* 2002, n° 4, p. 627 et s. ; S. Hennette Vauchez, « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine, enjeux et perspectives », *RTDE* 2009, n° 1, p. 21, et *EU Law and Biomedicine : unlikely encounters*, Legal Issues of European Integration, 2011, vol. 38-1.

²² CJUE, 18 mars 2014, C. D., aff. C-167/12 et Z., aff. C-363/12 ; pour une critique de cet arrêt, V. S. Hennette-Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La revue des droits de l'homme*, mai 2014, qui fait observer notamment qu'une telle interprétation relève d'une conception singulièrement corporalisée et naturalisée de la catégorie juridique de la maternité et d'une approche de la vulnérabilité qui se réduit à celle de la mère, à l'exclusion de l'enfant ; V. également les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, qui retient une interprétation différente de celle adoptée par la Cour de justice.

²³ Paragraphes 11 et 12 du document, accessible sur le site de la Conférence de La Haye (<http://www.hcch.net/indexfr.php>).

²⁴ Institut national des études démographiques (INED), « L'adoption internationale dans le monde: les raisons du déclin », *Populations et sociétés*, n° 519, février 2015 ; les lignes suivantes du présent rapport sont reprises de la synthèse de cette étude, qu'on trouvera dans le numéro d'avril 2015 de la revue *Droit de la famille*.

²⁵ La kafala est une institution propre au droit musulman. Elle consiste en une tutelle légale, qui instaure un rapport de type filial, mais sans créer de lien de filiation.

Ce critère n'est cependant pas le seul puisque cette baisse de plus des deux tiers est établie dans tous les pays d'adoptants. Elle correspond parallèlement à un épuisement du nombre d'enfants à adopter dans les pays « fournisseurs », en raison notamment de la mise en place d'adoptions nationales. Ceci fait que les enfants en quête d'adoption sont de plus en plus âgés ou en fratrie ou atteints de handicaps moteurs ou mentaux qui rendent difficile leur adoption.

Les auteurs de l'étude s'attendent ainsi à ce que ce phénomène provoque dans les années à venir une demande accrue de procréations médicalement assistées ou de gestations pour autrui dans les pays d'accueil, dont la France.

3. Les règles d'acquisition de la nationalité française

Avant d'en venir à la question de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui, il n'est pas inutile de rappeler certaines règles relatives à l'acquisition de la nationalité française. Comme on le verra, la possibilité d'acquérir la nationalité française est en effet un élément important du débat portant sur la question de savoir si le refus de transcription de l'acte de naissance porte ou non une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant. Notamment, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'incertitude dans laquelle se trouve un enfant à cet égard est de nature à porter atteinte à son sentiment d'identité²⁶. Il ne s'agit pas d'exposer ici l'ensemble des règles qui régissent l'acquisition de la nationalité française mais seulement de rappeler que :

est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français (article 18 du code civil). La même règle s'applique à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière (article 20 du code civil).

En revanche, l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté (article 21 du code civil). Mais l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration, il réside en France. Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France (article 21-12 du code civil).

Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française :

1° l'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance (article 2112 du code civil) ;

2° l'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins, une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'État (même article).

Le 25 janvier 2013, la ministre de la justice a adressé, aux procureurs généraux près les cours d'appel, aux procureurs de la République et aux greffiers des tribunaux d'instance, la circulaire suivante :

« L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil, selon lequel « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance sera fondé, après consultation du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF.

J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité.

Dans tous les cas, le bureau de la nationalité sera destinataire d'une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de délivrance opposé. Vous veillerez, par ailleurs, à informer le bureau de la nationalité de toutes difficultés liées à l'application de la présente circulaire ».

Par arrêt du 12 décembre 2014, le Conseil d'État a rejeté un recours dirigé contre cette circulaire. Les considérants de principe de cette décision sont les suivants :

« 11. Mais considérant que la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garantir par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie ; que, par suite, en ce qu'elle expose que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française

²⁶ V. les arrêts du 26 juin 2014, Mennesson et Labassée, précités.

dès lors que les actes d'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, peuvent être, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, regardés comme probants, au sens de l'article 47, la circulaire attaquée n'est entachée d'aucun excès de pouvoir ;

12. Considérant, en quatrième lieu, que la circulaire attaquée ne méconnaît ni le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, ni les stipulations du protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, non plus que celles de la convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ; qu'elle ne porte pas atteinte à l'exercice par l'autorité judiciaire de ses compétences ».

Il faut rappeler que le procureur de la République a le droit d'agir pour contester la nationalité de toute personne (article 29-3 du code civil) et que le certificat de nationalité ne fait foi de la nationalité que jusqu'à preuve contraire. Telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'article 30 du code civil, dont l'alinéa 2 précise que la charge de la preuve incombe à celui qui conteste la qualité de Français à un individu titulaire d'un tel certificat²⁷.

4. L'interdiction de transcrire, en France, l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui

a) La portée d'une transcription d'un acte d'état civil établi à l'étranger

L'article 47 du code civil prévoit que :

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

Il résulte de ce texte que la transcription des actes de l'état civil dressés par des autorités étrangères n'est pas obligatoire. Elle a essentiellement pour but d'assurer une meilleure publicité. Ainsi, l'instruction générale relative à l'état civil (IGREC)²⁸ indique (n° 509) :

« En l'absence de texte prévoyant l'obligation de transcription, les officiers de l'état civil et les administrations ne peuvent exiger des Français dont les actes de l'état civil ont été dressés par des autorités étrangères qu'ils fassent procéder à la transcription de ces actes sur les registres consulaires français ; en effet, en application de l'article 47 du code civil, la copie d'un acte de l'état civil étranger, traduite et légalisée fait foi en France au même titre qu'une copie d'acte délivrée par une autorité française. C'est pourquoi la transcription est le plus souvent facultative et effectuée à la requête du ou des ressortissant(s) français ».

Dans son étude précitée sur la révision des lois de bioéthique²⁹, le Conseil d'État souligne que :

« l'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes d'état civil dressés à l'étranger [note de bas de page : Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité]. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé ou "apostillé" par les autorités compétentes ».

Le Conseil d'État ajoute cependant :

« Toutefois, dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie. Il convient de relever notamment qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers ».

Les implications de l'absence de transcription ont été également relevées par le groupe de travail présidé par la sociologue Mme Irène Théry, dont le rapporteur était Mme Anne-Marie Leroyer, professeur de droit, et qui avait été constitué par la ministre déléguée à la famille dans le cadre de la préparation d'un « projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants ». Le rapport de ce groupe de travail, déposé en avril 2014, qualifie ces implications de « particulièrement graves ». Il relève notamment ce qui suit :

« Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui, confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures. Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'État et la circulaire dite Taubira, mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard

²⁷ V., par exemple, 1^{er} Civ., 3 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.718, Bull. 2008, I, n° 280.

²⁸ L'instruction générale relative à l'état civil (IGREC), élaborée en 1955, révisée en 1987, a été publiée au Journal officiel le 11 mai 1999. Elle a été modifiée le 29 mars 2002 puis le 2 novembre 2004. Elle constitue l'ouvrage de référence en matière d'état civil à l'usage des parquets et des officiers de l'état civil. Compte tenu des importantes réformes intervenues en droit des personnes et de la famille, un important travail de réactualisation est actuellement en cours, lequel a donné lieu à une première circulaire, le 28 octobre 2011, qui traite des divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

²⁹ Étude précitée, note 10, notamment pages 63 et suivantes.

à la dernière solution de la Cour de cassation, qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école ou encore la perception des prestations sociales. En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention »³⁰.

Mais, à l'inverse, il convient de préciser que la transcription d'un acte de naissance n'est pas constitutive de droits. Il n'existe pas, pour les actes d'état civil, l'équivalent de l'article 171-5 du code civil, qui rend opposable, en France, l'acte de mariage d'un Français célébré à l'étranger et transcrit sur les registres de l'état civil français.

Comme l'écrivent M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon³¹ :

« L'acte de l'état civil doit être distingué de l'état de la personne : il en est, en l'état actuel du droit, uniquement le mode de preuve. Il ne fait que prouver que tel événement (faits ou actes juridiques) intéressant l'état des personnes s'est produit à l'étranger ; il ne garantit nullement que l'état de la personne dont il atteste sera reconnu en France. Certes, des vérifications sont effectuées avant la transcription d'un acte étranger, mais en dehors du cas particulier du mariage des Français à l'étranger, il ne s'agit pas d'un contrôle approfondi de l'acte et encore moins de l'état des personnes qu'il contient. En particulier, ces contrôles n'ont rien de commun avec ceux effectués lors de la procédure d'exequatur d'une décision étrangère, procédure qu'il est impossible d'intenter, en l'état actuel du droit, les actes de l'état civil n'étant pas considérés comme des actes décisionnels ».

Les mêmes auteurs ajoutent cependant que :

« Si la transcription a été un enjeu majeur dans les affaires de gestation pour autrui (alors même que la transcription des actes de naissance est facultative), c'est parce que si elle n'équivaut pas à la reconnaissance de la filiation, elle permet tout de même l'inscription de « l'événement étranger » intéressant l'état civil dans les registres français de l'état civil. Surtout, à partir de la transcription, il peut être délivré aux intéressés des actes de l'état civil français relatifs à cet événement. Une fois les actes transcrits, les intéressés n'ont plus à utiliser leurs actes étrangers pour prouver leur état puisqu'ils peuvent obtenir autant de copies et d'extraits qu'ils souhaitent des actes français établis par transcription des actes étrangers. Et qui songe à soupçonner un contrat de gestation pour autrui lorsqu'on lui présente un acte de naissance français, spécialement lorsque les parents sont un couple hétérosexuel ? Ainsi, même si en théorie l'état de la personne, et en l'occurrence la filiation, restent contestables, après la transcription de l'acte étranger, l'acte français obtenu par transcription masquera la GPA aux yeux de tous ceux à qui il est nécessaire de présenter un acte de naissance, notamment les administrations [...] ».

b) Les modalités de la transcription

Aux termes de l'alinéa premier de l'article 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962, modifié, « Les actes de l'état civil dressés en pays étranger qui concernent des Français sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil de l'année courante tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents ; cette transcription est mentionnée sommairement dans les fichiers tenus au ministère des affaires étrangères et dans les postes diplomatiques et consulaires ».

L'article premier du décret n° 2008-521 du 2 juin 2008 dispose que les agents relevant des autorités diplomatiques et consulaires françaises à l'étranger ont la qualité d'officier de l'état civil dans les conditions prévues par ledit décret. L'article 5, alinéa 2, du même décret précise que les agents mentionnés précédemment transcrivent sur les registres de l'état civil consulaire les actes concernant les Français, établis par les autorités locales, lorsqu'ils sont conformes aux dispositions de l'article 47 du code civil et sous réserve qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public.

c) Le rôle du ministère public

Selon l'article 423 du code de procédure civile, le ministère public « peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

Dans un arrêt du 17 décembre 2008³², la Cour de cassation a admis, au visa de ce texte et de l'article 16-7 du code civil, la recevabilité de l'action du ministère public aux fins d'annulation de la transcription d'actes de l'état civil étrangers sur les registres français, celui-ci justifiant d'un intérêt à agir dès lors qu'il résultait des « énonciations inscrites sur les actes d'état civil [qu'ils] ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui ».

Depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, l'action du ministère public est recevable en application de l'article 336 du code civil, précité, selon lequel « la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

Lorsque l'acte d'état civil a été transcrit par un agent consulaire, le procureur de la République territorialement compétent est celui de Nantes. Cette compétence résulte de l'article 1046 du code de procédure civile, qui ne

³⁰ Page 104 du rapport ; ce rapport a été mis en ligne par la Documentation française.

³¹ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH », paru dans la *Revue critique de droit international privé*, n° 1-2015, p. 1.

³² 1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, *Bull.* 2008, I, n° 289.

visé que la rectification des erreurs et omissions purement matérielles mais dont il a été fait une règle générale. La loi du 17 mai 2013 a par ailleurs codifié, en créant l'article 34-1 du code civil, une règle non écrite selon laquelle les officiers d'état civil exercent leurs fonctions sous le contrôle du procureur de la République.

La circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, qui constitue le premier volet d'une mise à jour de l'IGREC, énonce, s'agissant des actions en contestation de la filiation engagées par le ministère public (n°317) :

« *Le parquet a qualité pour contester, depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la filiation (ordonnance du 4 juillet 2005), toute filiation dans deux hypothèses prévues par l'article 336 du code civil :*

- *si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable. Par exemple en présence d'une trop faible différence d'âge entre le parent et l'enfant, en cas de reconnaissance par une personne transsexuelle ;*

- *en cas de fraude à la loi. Il en est par exemple ainsi en cas de reconnaissances multiples d'enfants afin de permettre l'acquisition d'un titre de séjour ou la nationalité française, de détournement de la prohibition de la gestation pour autrui, de fraude aux dispositions relatives à l'adoption...*

Le ministère public peut agir pendant dix ans à compter de la naissance ou de la reconnaissance postérieure même en cas de possession d'état ».

Elle précise également, s'agissant de l'adoption internationale (n°391) :

« *La fraude à la loi empêche de reconnaître l'opposabilité en France d'une décision étrangère que des ressortissants français auraient volontairement sollicitée à l'étranger, pour bénéficier d'une loi étrangère moins sévère que la loi française. Sous réserve de l'appréciation des tribunaux, on pourrait considérer qu'est constitutif de fraude à la loi le fait de détourner volontairement l'institution de l'adoption dans le seul but d'obtenir la nationalité française ou de dissimuler une filiation établie à l'étranger par contrat de gestation pour autrui ».*

d) L'interdiction, posée par la Cour de cassation, de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui

La Cour de cassation a été amenée à examiner la question de la transcription à l'état civil d'actes de naissance établis à l'étranger et concernant des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. Dans trois arrêts rendus le même jour³³, elle a jugé qu'« *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* ». Elle en déduit qu'il ne saurait être donné effet, en France, à une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger (premier arrêt) et qu'est justifié le refus de transcrire un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère donnant effet à une convention de cette nature (deuxième et troisième arrêts). Il est à noter que, dans les deux dernières affaires, le ministère public avait lui-même demandé la transcription des actes de naissance afin de faire ensuite annuler cette transcription. Les demandeurs de l'affaire n°09-66.486 soutenaient qu'il était, pour cette raison, irrecevable à solliciter l'annulation de cette transcription. La Cour de cassation a rejeté ce moyen en relevant que le ministère public justifiait d'un intérêt général pour la défense de l'ordre public. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une telle pratique n'est pas de nature à affecter l'équité de la procédure³⁴.

Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la transcription des actes de naissance d'enfants nés en Inde à la suite d'une gestation pour autrui, de mères indiennes et de pères français³⁵. Ces derniers, qui avaient préalablement reconnu les enfants en France, avaient vainement sollicité la transcription des actes de naissances établis en Inde. Ces deux affaires se distinguent des précédentes par le fait qu'il n'était pas contesté que les actes de naissance établis en Inde étaient conformes à la réalité biologique, du moins dans sa conception française, rappelée plus haut³⁶. Dans les deux cas, en effet, le père déclaré sur l'acte de naissance avait fourni les gamètes et la mère déclarée était bien la femme qui avait accouché. C'est cette conformité à la réalité biologique qui avait conduit la cour d'appel, dans la seconde affaire, à admettre la transcription de l'acte de naissance sur le registre de l'état civil consulaire. La Cour de cassation a cassé cette décision au motif qu'en l'état du droit positif, le refus de transcription est justifié « *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 selon les termes des [articles 16-7 et 19-9 du code civil]* ». La Cour de cassation a statué à l'identique le 19 mars 2014 dans une affaire similaire³⁷. Dans l'autre affaire, la cour d'appel avait refusé d'ordonner la transcription, retenant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de gestation pour autrui, prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public, le père ayant versé à la mère porteuse un salaire de 1 500 euros. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par le même motif que celui qu'elle a utilisé dans son autre arrêt pour prononcer une cassation. Elle a ajouté qu'« *en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention [...] ne sauraient être utilement invoqués* ». Sur ce même fondement et après avoir souligné que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au

³³ 1^{er} Civ., 6 avril 2011, pourvois n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70, n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71, et n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72.

³⁴ Arrêt du 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, requête n° 61192/11, § 110.

³⁵ 1^{er} Civ., 13 septembre 2013, pourvois n° 12-18.315 et 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176.

³⁶ Pour une approche critique de la règle selon laquelle la mère est la femme qui accouche, v. le rapport Théry/Leroyer, précité. Il y est notamment observé que la législation d'autres pays fait une place à la mère gestatrice (page 89 et pages 190 et s.).

³⁷ 1^{er} Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50.005, *Bull.* 2014, I, n° 45.

sens de l'article 332 du même code, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait annulé la reconnaissance de paternité. On relèvera que, dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a abandonné le fondement de l'ordre public international, qu'elle avait retenu dans les arrêts de 2011, au profit de la fraude.

Dans son rapport dans l'affaire n°09-17.130 (1^{re} Civ., 6 avril 2011, *Bull.* 2011, I, n° 70) ayant donné lieu à l'un des arrêts du 6 avril 2011, Mme le conseiller Dreifuss-Neitter écrivait :

« *Création prétorienne de la seconde moitié du XIX^e siècle (F. Dournaux, La notion de fraude en droit privé français, thèse Paris I, 2008), la notion de fraude a été affirmée avec éclat dans l'affaire de la princesse de Bauffremont, à une époque où la loi française n'admettait pas le divorce (18 mars 1878, B. Ancel et Y. Lequette, Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préf. H. Batiffol, 5^e édition, Dalloz 2006, n° 6). La Cour de cassation avait estimé que la princesse, en établissant son domicile dans l'État de Saxe-Altenbourg, afin d'en obtenir la nationalité, avait agi "dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise" et que dès lors, les actes "ainsi faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont".*

Indépendamment du contexte international, la fraude a été ainsi définie par un auteur (J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit », thèse Toulouse 1956, p. 208) : « il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution de la règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ».

Distincte tant de la violation de la loi que de l'habileté permise dans l'utilisation des règles juridiques (J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 822 à 826 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 654), elle a récemment fait l'objet d'une définition d'après un double critère, l'illicéité du résultat et l'anormalité du moyen (F. Dournaux, thèse précitée) :

elle suppose « qu'un procédé spécifique a été mis en œuvre pour parvenir à un résultat illégitime que l'existence d'une règle impérative aurait dû empêcher d'atteindre ou du moins entraver ».

Trois éléments doivent être réunis pour qu'il y ait fraude à la loi en droit international privé :

1° une loi normalement compétente sur le rapport de droit en cause (élément légal) ;

2° une modification volontaire de ce rapport de droit par l'une au moins des parties (élément matériel) ;

3° un but exclusif attaché à cette modification : la soustraction du rapport de droit à la compétence de la loi applicable (élément moral)³⁸.

Quant à la sanction, elle consiste à priver d'efficacité la fraude afin de préserver l'autorité de la loi fraudée.

Dans le rapport initial qu'elle a déposé dans l'affaire, n° 12-18.315 (1^{re} Civ., *Bull.* 2013, I, n° 176), ayant donné lieu à l'arrêt du 13 septembre 2013 où elle était corapporteur avec Mme Le Cotty, Mme le conseiller Dreifuss-Neitter écrivait :

« *Par rapport aux circonstances ayant donné lieu aux arrêts de 2011, il apparaît immédiatement une différence essentielle : l'acte de naissance de l'enfant Emilie mentionnait comme mère la gestatrice et comme père le commanditaire de la GPA. Or les arrêts de 2011, bien qu'énonçant de manière générale que la convention de GPA ne peut produire effet en droit français, ont expressément statué au regard du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, considéré comme principe essentiel du droit français faisant partie de l'ordre public international du pays.*

L'ensemble des commentateurs, s'appuyant sur les rapports et les avis des avocats généraux dans ces affaires, ont fait ressortir que la Cour de cassation avait voulu faire obstacle à ce qu'un acte de naissance, fût-il régulièrement obtenu à l'étranger, mentionnât comme mère une autre femme que celle qui avait accouché, puisqu'en droit français, la mère de naissance ne peut être que celle qui accouche.

Ainsi, le présent litige se présente-t-il de façon radicalement différente des précédents, en ce que seule la paternité était en cause, M. X... ne se présentant pas comme en couple, ni avec une femme, ni avec un homme. En outre, les raisons juridiques qui s'opposaient à la transcription dans les affaires précédentes ne se retrouvent pas en l'espèce ».

Comme le faisait observer Mme le conseiller Le Cotty dans son rapport complémentaire relatif aux affaires de 2013, il est d'autres cas dans lesquels une reconnaissance de filiation doit être annulée, alors même qu'elle correspond à la vérité biologique. Ainsi, selon l'article 310-2 du code civil, lorsqu'il existe des empêchements à mariage entre les parents, la filiation étant établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit. L'enfant reconnu par sa mère ne peut donc être reconnu par son père, le frère de celle-ci. La seconde reconnaissance est annulée, bien qu'elle corresponde à la réalité biologique (et le frère de la mère biologique ne peut davantage adopter cet enfant³⁹). De même, l'article 320 du code civil prévoit que tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie « fait obstacle » à l'établissement d'un lien de filiation contraire. Il a pour conséquence qu'une reconnaissance antérieure fait obstacle à une reconnaissance concurrente faite ultérieurement par une personne du même sexe, quand bien même la seconde serait conforme à la vérité biologique. Enfin, à partir de son placement en vue d'une adoption plénière, l'enfant sans filiation ne peut plus être reconnu par ses auteurs biologiques, sa filiation par le sang ne pouvant plus être légalement établie (cf. article 352 du code civil : « le placement en vue de l'adoption [...] fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance »⁴⁰).

³⁸ 1^{re} Civ., 17 mai 1983, pourvoi n° 82-11.290, *Bull.* 1983, I, n° 147.

³⁹ 1^{re} Civ., 6 janvier 2004, pourvoi n° 01-01.600, *Bull.* 2004, I, n° 2.

⁴⁰ V. en ce sens, par exemple, 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvois n° 10-20.554, *Bull.* 2011, I, n° 104, et n° 10-19.028, *Bull.* 2011, I, n° 105.

e) La prise en compte de l'intérêt de l'enfant et du respect de la vie familiale

L'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant⁴¹ stipule :

« 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 ».

L'intérêt de l'enfant est par ailleurs un principe constitutionnel résultant du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁴².

Se fondant sur l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour de cassation juge que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »⁴³. Aussi censure-t-elle les décisions qui se prononcent sur des mesures affectant un enfant sans rechercher l'intérêt de celui-ci⁴⁴. Mais, dès lors qu'ils font cette recherche, l'intérêt de l'enfant relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁴⁵.

Quant au droit au respect de la vie familiale, il est consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, déjà évoqué, lequel stipule :

« 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 ».

Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »⁴⁶.

La Cour rappelle que la notion de « vie familiale », telle qu'elle est interprétée par sa jurisprudence, « ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette « cellule familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci »⁴⁷.

Dans l'arrêt Schalk et Kopf c/Autriche du 24 juin 2010, la Cour a étendu la notion de « vie familiale » à la relation entre les membres d'un couple homosexuel se trouvant dans la même situation qu'un couple hétérosexuel.

La notion de « vie familiale » a également été étendue aux relations entre les membres d'un couple homosexuel et l'enfant de l'un d'eux⁴⁸.

Toutefois, la Cour juge que les dispositions de l'article 8 de la Convention ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter : « Le droit au respect d'une "vie familiale" ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille »⁴⁹.

Le Conseil d'État prend en compte l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de titres de séjour. Il a ainsi décidé qu'un document de voyage devait être délivré à des jumelles nées d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger pour qu'elles puissent séjourner en France auprès de l'homme qui les avait reconnues⁵⁰ :

« Le géniteur qui a reconnu les jumelles nées d'une gestation pour autrui pratiquée en Inde peut faire venir ses filles en France. Toutefois la délivrance d'un document de voyage n'anticipe pas la reconnaissance en France de sa paternité frauduleusement acquise.

La circonstance que la conception des enfants, nés à l'étranger au terme d'une procédure de gestation pour autrui, aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3, § 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant.

Il est vrai qu'il n'appartient qu'au tribunal de grande instance de Nantes de se prononcer sur le bien-fondé du refus opposé par le procureur de la République à la transcription des actes de naissance des enfants sur les registres de l'état civil français et que seule l'autorité judiciaire pourrait trancher une éventuelle contestation portant sur le droit de ces enfants à bénéficier de l'article 18 du code civil.

⁴¹ Convention des Nations unies du 20 novembre 1989.

⁴² Conseil constitutionnel, décision du 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁴³ 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, *Bull.* 2005, I, n° 212.

⁴⁴ V., par exemple, 1^{re} Civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-17.869, *Bull.* 2007, I, n° 103, à propos de la fixation de la résidence d'un enfant ; 1^{re} Civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.360, *Bull.* 2005, I, n° 404, à propos du choix d'une école.

⁴⁵ 1^{re} Civ., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-14.301 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 09-68.179, à propos de l'autorité parentale et la résidence habituelle des enfants ; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-19.028, *Bull.* 2011, I, n° 105, à propos du placement d'un enfant en vue de son adoption ; 1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvois n° 11-19.963 et n° 10-27.512, *Bull.* 2012, I, n° 32, à propos du choix du prénom de l'enfant.

⁴⁶ V. notamment CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, Kroon et autres c/ Pays-Bas, n° 18535/91, § 32 ; CEDH, arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg, n° 76240/01, § 119.

⁴⁷ Arrêt du 1^{er} juin 2004, L. c/ Pays-Bas, n° 45582/99, § 35.

⁴⁸ CEDH, arrêt du 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, n° 25951/07, § 37.

⁴⁹ CEDH, arrêt du 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, série A, n° 31, § 31.

⁵⁰ Conseil d'État, 4 mai 2011, n° 348778, ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ X...

Toutefois, le juge des référés, qui n'a pas enjoint à l'administration de délivrer un passeport aux enfants, dont les parents entendent qu'ils soient élevés en France par leur père, mais seulement un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire national - ce qui peut prendre la forme du laissez-passer prévu par le décret n° 2004-1543 du 30 décembre 2004 [...] - s'est ainsi borné à prendre une mesure provisoire, conformément à son office, sans empiéter sur les compétences réservées par la loi à l'autorité judiciaire ».

Toutefois, il ne s'agissait pas d'un contentieux portant sur la filiation, laquelle n'est pas tranchée par le juge administratif, ni même d'une question de nationalité.

Commentant cet arrêt, Mme Isabelle Corpart indique qu'à le lire trop vite, « on pourrait penser que quand bien même la conception des enfants « aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français », toute convention de gestation pour autrui devrait produire effet au nom de l'intérêt de l'enfant. Tel n'est pas le cas car seules les circonstances de l'affaire justifient la solution : si les jumelles n'avaient pas été admises à venir en France, on pouvait s'inquiéter de leur sort puisque leur mère biologique avait clairement manifesté son désintérêt ».

Elle conclut toutefois : « sans doute peut-on retenir de ces deux décisions que le Conseil d'État retient une conception concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors que les éléments du dossier étayent ou non la demande du père, elle doit se voir accueillie ou rejetée. Cependant, en aucune façon, il ne suffit d'affirmer qu'il est préférable que les enfants suivent leur père et que tel est leur intérêt »⁵¹.

Dans un arrêt du 17 novembre 2010⁵², la Cour de cassation a jugé que l'intérêt de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi.

« Attendu qu'ayant relevé que M. X... 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 ».

En l'espèce, il s'agissait de l'annulation d'un acte de naissance établi par le consulat de France à Casablanca, sur la base d'une déclaration de celui se présentant comme son père et d'un faux certificat d'accouchement de son épouse. L'acte de naissance désignait comme père et mère le couple français auquel l'enfant, né au Maroc et abandonné à sa naissance, avait été confié en kafala. Le moyen invoquait l'intérêt supérieur de l'enfant, consistant « notamment à avoir une filiation établie à l'égard des personnes l'ayant recueilli dans le cadre d'une kafala », lequel devait « primer sur la nécessité de sanctionner les déclarations erronées de ces personnes ». Il soutenait 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 parents français qui l'avaient recueilli à titre définitif en vertu d'une décision de kafala, la cour d'appel avait violé l'article 3, § 1, de la CIDE ». Le droit au respect de la vie familiale était également invoqué dans les mêmes conditions et la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soulevée.

Comme le faisait observer Mme le conseiller Le Cotty dans son rapport relatif au pourvoi n° 12-18.315 (1^{re} Civ., 13 septembre 2013, *Bull.* 2013, I, n° 176), la Cour de cassation a pris soin, dans cette affaire, de relever que l'enfant était titulaire d'un acte de naissance et d'une nationalité marocaine, de sorte qu'on pouvait se poser la question de savoir si la solution aurait été différente si l'enfant avait été apatride ou si aucun acte d'état civil étranger n'avait été dressé.

Commentant cet arrêt, M. Dominique Martel⁵³ a pu relever que « manifestement, ne pas disposer d'état civil serait contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans un tel cas, il faudrait admettre que le juge puisse éluder la sanction de la fraude sur le fondement de l'article 3, § 1, de la CIDE, qui est directement applicable en droit interne [...] L'idée d'une éviction de la sanction de la fraude à la loi au visa de l'article 3, § 1, de la CIDE n'apparaît donc pas incongrue sur le principe ». Il faisait un parallèle intéressant entre l'arrêt commenté et le cas de gestations pour autrui en estimant que « l'avenir - du moins en droit - de ces enfants paraît dès lors promis à de nombreuses difficultés puisqu'il sera impossible de leur conférer une filiation à l'égard des parents d'accueil ou de la mère porteuse, tout comme il est impossible de leur conférer leur nationalité (alors même qu'il s'agit d'un droit protégé par l'article 7, § 1, de la CIDE). Dans cette hypothèse, il serait parfaitement envisageable et légitime de contrôler in concreto la conventionnalité du contenu de l'ordre public international et de la fraude à la loi, au regard de la CIDE ». Mais il ajoutait que lorsque, à titre exceptionnel, on ne sanctionne pas la fraude, il est nécessaire d'en avoir une acception stricte. « Dans le cas contraire, les méthodes du droit international privé seraient mises à trop rude épreuve ». Il retenait qu'« il y a atteinte à l'intérêt de l'enfant lorsqu'il n'existe aucun substitut à l'établissement d'un lien de filiation » mais estime que « le droit français prend en considération l'intérêt de l'enfant lorsque la filiation a été établie en fraude à la loi, en rappelant les dispositions de l'article 337 du code civil précité, qui laisse au juge le choix d'un large éventail de mesures, qui peuvent fort bien être une délégation d'autorité parentale (alors que précédemment, l'ancien article 311-13 ne prévoyait qu'un droit de visite). Comme pour la kafala, il s'agit là d'un substitut efficace au lien de filiation pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Le domaine du contrôle de conventionnalité devrait donc être assez réduit pour ne pas perturber la mise en œuvre des règles de droit international privé ».

Dans les trois arrêts du 6 avril 2011, précités, la Cour de cassation a jugé que le refus de donner effet à une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation d'un enfant né à la suite du gestation pour autrui ou de transcrire un acte de naissance d'un enfant né dans les mêmes conditions ne porte pas atteinte au droit au

⁵¹ I. Corpart, « La régularisation des sans-papiers ; la circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. fam.* n° 3, mars 2013, comm. 42, « Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions », *JCP*, éd. G., n° 7, 11 février 2013.

⁵² 1^{re} Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.399, *Bull.* 2010, I, n° 236.

⁵³ D. Martel, « *Fraus omnia corrumpit...* », *JCP* n° 11, 14 mars 2011, 302, cité par Mme Le Cotty dans son rapport dans l'affaire n° 12-18.315.

respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur, garanti par l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, dès lors qu'il ne les prive pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec leurs parents d'intention en France.

Dans l'arrêt du 13 septembre 2013⁵⁴, également précité, la Cour de cassation est allée plus loin puisqu'elle a jugé inopérants les arguments fondés sur les normes internationales relatives à l'intérêt de l'enfant ou du droit au respect de la vie privée et familiale : « [...] en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ». Le commentaire paru au rapport annuel de la Cour de cassation⁵⁵ indique : « faire prévaloir la situation concrète des enfants en cause dans tous les cas aboutirait à priver de toute effectivité non seulement les dispositions du droit interne mais aussi celles édictées par d'autres conventions internationales destinées à protéger les enfants des trafics, notamment en matière d'adoption ».

Ainsi que le font apparaître les nombreux extraits d'articles reproduits par Mme le conseiller Le Cotty dans le rapport qu'elle a rédigé dans le pourvoi n° 13-50.005 (1^{re} Civ., 19 mars 2014, *Bull.* 2014, I, n° 45) et auquel on pourra se reporter utilement, une large partie de la doctrine a approuvé cette position, dans laquelle elle a vu un moyen de « fermer la porte à toute tentative de contournement de l'ordre public français » et un « refus de l'instrumentalisation des droits de l'homme », tout en soulignant qu'il « n'appartient pas aux juges d'admettre de donner un effet juridique, même indirect [à la pratique de la gestation pour autrui] » et que « l'admission de la transcription déclencherait en effet un engrenage inévitable ».

En revanche, d'autres auteurs, moins nombreux, ont fait valoir que les enfants dont l'acte de naissance ne peut être transcrit se retrouvent dans une situation dont le caractère précaire est accentué par le fait que la multiplication des actes falsifiés ou apocryphes, combinée à la facilitation de la remise en cause de la force probante des actes étrangers par les réformes dont l'article 47 du code civil a fait l'objet, a provoqué une réelle méfiance des administrations à l'égard des documents étrangers d'état civil.

La formule selon laquelle ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni le respect de la vie familiale ne saurait être invoqué en cas de gestation pour autrui ne figure pas dans l'autre arrêt du 13 septembre 2013, précité⁵⁶, ni dans celui du 19 mars 2014, précité⁵⁷, car il s'agit d'arrêts de cassation. Mais, dans les conclusions qu'il a prononcées dans cette dernière affaire, M. l'avocat général Jean a émis des doutes sur la compatibilité, avec la Convention européenne des droits de l'homme, du refus érigé en principe de prendre en compte l'intérêt de l'enfant et le respect de la vie privée et familiale. Il rappelait que « les juges français, comme tous les autres juges nationaux, au regard des traités signés, doivent intégrer dans leur raisonnement la jurisprudence européenne, ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt de Grande chambre *Fabris c/France*, du 7 février 2013, n° 16574/08, après les arrêts *Wagner* du 28 juin 2007 précité et *Magnin c/France*, n° 26219, du 10 mai 2012 », et que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, « 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 »⁵⁸. Il n'en déduisait pas pour autant que l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie familiale devaient nécessairement conduire à reconnaître un acte de naissance établi à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, les États signataires disposant sur cette question d'une marge d'appréciation étendue, au vu des différences de législation relatives à la gestation pour autrui en Europe, pour rechercher un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et la protection de l'ordre public. Aussi invitait-il la Cour de cassation à revenir à sa jurisprudence de 2001 en intégrant l'intérêt de l'enfant dans le débat. Dans le cas d'espèce, il estimait que l'intérêt de l'enfant ne s'opposait pas au refus de transcrire son acte de naissance.

f) L'adoption, en France, d'un enfant né à la suite d'une procréation médicale assistée pratiquée à l'étranger

La Cour de cassation a rendu, le 22 septembre 2014, deux avis identiques qui ne portent pas sur la transcription d'un acte de naissance faisant suite à une gestation pour autrui, mais sur une question avec laquelle il est intéressant de faire un parallèle, puisqu'il s'agissait de savoir si la circonstance qu'un enfant est né grâce à une assistance médicale à la procréation pratiquée à l'étranger, dans des conditions (insémination artificielle avec donneur anonyme) qui ne sont pas permises en France, fait obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation. La Cour a répondu qu'il n'y a pas d'obstacle, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant⁵⁹.

Dans le communiqué qu'elle a publié relativement à ces avis, la Cour de cassation indique que :

« En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi du 17 mai 2013 a eu pour effet de permettre l'adoption de l'enfant de l'un des deux conjoints par l'autre conjoint de même sexe.

Cependant, la législation française relative à l'assistance médicale à la procréation (AMP) n'a pas été modifiée : elle ne prévoit d'accès à l'AMP que pour les couples formés d'un homme et d'une femme, qui souffrent d'une infertilité médicalement diagnostiquée ou pour lesquels existe un risque de transmission soit à l'enfant, soit à un membre du couple, d'une maladie particulièrement grave.

⁵⁴ Pourvoi n° 12-18.315, *Bull.* 2013, I, n° 176.

⁵⁵ Rapport annuel 2013, p. 531.

⁵⁶ Pourvoi n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176.

⁵⁷ Pourvoi n° 13-50.005, *Bull.* 2014, I, n° 45.

⁵⁸ Assemblée plénière, 15 avril 2011, pourvois n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 3, et n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 4.

⁵⁹ Avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006, *Bull.* 2014, Avis, n° 6, et n° 14-70.007, *Bull.* 2014, Avis, n° 7.

Certaines juridictions ont estimé que, lorsque des femmes recouraient à une insémination artificielle avec donneur anonyme faite à l'étranger, elles commettaient une fraude à la loi justifiant que la demande d'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère soit rejetée. Pour ces juridictions, la demande d'adoption était l'ultime étape d'un processus d'ensemble destiné à contourner la loi française en matière d'AMP.

L'avis de la Cour de cassation a été demandé sur le point de savoir si l'AMP par insémination artificielle avec donneur anonyme, pratiquée à l'étranger, par une femme en couple avec une autre femme, constituait une fraude interdisant l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant ainsi conçu.

Dans deux avis, la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger. En effet, en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français.

La Cour tire ainsi les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant.

La Cour rappelle cependant que, conformément à l'article 353 du code civil et aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions légales sont remplies et si cette même adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Ces avis ont été rendus sur les conclusions conformes de l'avocat général ».

Ainsi, il apparaît que la différence que la Cour de cassation fait entre le sort d'un enfant né à la suite d'une procréation médicale assistée pratiquée dans des circonstances qui interdiraient son usage en France et celui d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui s'explique par le fait que, contrairement à la première, la seconde est interdite dans son principe même.

Comme l'avait écrit auparavant M. Hugues Fulchiron, cité dans le rapport de Mme le conseiller Le Cotty⁶⁰, « pour que la sanction encourue soit aussi radicale, encore faut-il que la règle contournée soit d'une force particulière (l'interdiction du divorce jadis, la protection de la réserve naguère). Dans le cas de la GPA, sont invoqués les principes de l'indisponibilité de l'état, de la prohibition de la marchandisation du corps humain, de respect de la dignité de la femme... Mais dans le cas de l'IAD ? Le refus de l'IAD au profit d'une femme seule ou d'un couple de femmes a, on le sait, été affirmé et réaffirmé par le législateur français : il tient, à la fois, à la conception thérapeutique des PMA et à l'attachement de notre droit au modèle "biologique" de la filiation, selon lequel un enfant est l'enfant d'un homme et d'une femme, quand bien même ceux-ci devraient recourir aux gamètes d'un tiers. Mais aussi importants que soient ces principes, force est de constater qu'ils n'ont rien d'absolu en droit français. Il y a beau temps qu'est admise l'adoption par une personne seule ; et en ouvrant l'adoption aux époux de même sexe, le législateur a consacré, quoi qu'on en pense, la filiation "monosexuée". À l'évidence, une chose est d'assurer la prise en charge d'un enfant, une autre de le "créer", et non plus seulement de le "procréer", pour répondre au désir des adultes ».

Les avis du 22 septembre 2014 ne remettent donc pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui. Il faut toutefois relever que ces avis ont pu être également commentés sous l'angle de la libre circulation des personnes et de la libre prestation de services (qui inclut les services médicaux), consacrées par le droit de l'Union européenne. Mme Stéphanie Hennette-Vauchez et Mme Florence Bellivier rappellent ainsi que la qualification de « service », au sens du droit de l'Union, est indépendante de toute appréciation morale qu'on peut porter sur le service concerné et que, en vertu de ce droit, les personnes qui souhaitent bénéficier d'un service offert dans autre État membre ne doivent pas en être empêchées. « Conséquence logique des libertés de circulation en général, cette possibilité du "tourisme médical" n'a pu qu'être renforcée par la directive 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers dont la simple existence (et a fortiori le contenu, et notamment les règles présidant au remboursement des soins obtenus en dehors du pays d'affiliation à un système de sécurité sociale) atteste non seulement la possibilité mais encore la légalité, au sens du droit de l'Union, du "tourisme médical"⁶¹.

Les principes ainsi rappelés ne s'appliquent bien entendu qu'au sein de l'Union européenne. Pour les raisons qui ont été déjà exposées, on ne peut les étendre tels quels lorsque des pays tiers sont en cause.

B. - La remise en cause imposée la Cour européenne des droits de l'homme

Les arrêts rendus le 26 juin 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme⁶² imposent de reconsidérer la jurisprudence de la Cour de cassation au regard du droit au respect de la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant⁶³. La motivation et la portée de ces arrêts doit être examinée de manière approfondie. Mais, pour mieux cerner les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas inutile de mentionner également d'autres arrêts récents de la même Cour, antérieurs et postérieurs aux arrêts Mennesson et Labassée, et qui portent sur la même question.

⁶⁰ H. Fulchiron, « *Fraus omnia corrumpit* ? À propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes », *Rec. Dalloz* 2014, p. 1162.

⁶¹ S. Hennette-Vauchez et F. Bellivier, chronique Bioéthique à paraître dans le numéro 2015 de la revue *Droits, sciences et techniques*.

⁶² Mennesson et Labassée, précités.

⁶³ Il convient de rappeler que la Cour de cassation a énoncé, en assemblée plénière, 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 » (assemblée plénière, 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 3, et pourvoi n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 4).

1. Arrêt Wagner et J.M.W.L c/Luxembourg, du 28 juin 2007⁶⁴

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le refus par les juges luxembourgeois de reconnaître un jugement péruvien qui avait prononcé l'adoption plénière d'un enfant par une ressortissante luxembourgeoise, au motif que la loi luxembourgeoise réservait l'adoption plénière aux seuls couples mariés, est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, « *qui doit primer dans ce genre d'affaires* ». Ainsi, selon la Cour, « *les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* ».

Il faut cependant observer que la Cour prend soin de relever que la question de l'adoption par des célibataires se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe (une étude de la législation des États membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des 47 pays) et surtout qu'il existait au Luxembourg une pratique selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg. L'intéressée ayant suivi toutes les règles imposées par la procédure péruvienne, le juge prononça l'adoption plénière de l'enfant. Une fois au Luxembourg, elle et sa mère adoptive pouvaient légitimement s'attendre à ce que le jugement péruvien soit transcrit. Toutefois, la pratique de la transcription des jugements avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis à l'examen des autorités judiciaires luxembourgeoises, lesquels rejetèrent la demande d'*exequatur*. La Cour estime que le refus d'*exequatur* ne tient pas compte de la réalité sociale de la situation. Il est intéressant de noter que la Cour fait ici une place aux attentes que les intéressés pouvaient légitimement avoir quant à la manière dont leur situation serait réglée.

2. Arrêt Chavdarov c/Bulgarie du 21 décembre 2010⁶⁵

M. Chavdarov, ressortissant bulgare résidant en Bulgarie, vivait avec une femme mariée qui donna naissance à trois enfants. L'époux de la femme apparaissait comme père des enfants dans leurs actes de naissance et les enfants portent son nom de famille. Le couple qu'il formait avec la mère des enfants s'étant séparé, M. Chavdarov voulut reconnaître ces derniers. Cependant, le droit bulgare n'offre pas de possibilité de contester la présomption de paternité de l'époux. Aussi M. Chavdarov saisit-il la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour constate que l'existence de la famille formée par M. Chavdarov et les trois enfants n'a été menacée à aucun moment ni par les autorités ni par la mère ou son mari. La Cour prend également en compte la marge d'appréciation confiée à l'État dans la réglementation des relations de filiation, et constate qu'il n'y a pas de consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne doit permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari. Elle souligne que même si M. Chavdarov ne peut pas intenter d'action en contestation de la filiation paternelle des trois enfants, le droit interne ne le privait pas de toute possibilité d'établir un lien de paternité vis-à-vis de ceux-ci ou de pallier les inconvénients d'ordre pratique engendrés par l'absence d'un tel lien (il pouvait notamment solliciter l'adoption des enfants, ou demander aux services sociaux le placement des enfants sous sa responsabilité en tant que proche personne de mineurs abandonnés). Etant donné qu'il n'a pas démontré s'être prévalu de ces possibilités, la Cour considère qu'il ne saurait tenir les autorités de l'État pour responsables de sa propre passivité. En conséquence, elle conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8. Cet arrêt a notamment pour intérêt de rappeler que c'est au regard des difficultés concrètes rencontrées par les personnes concernées que la Cour examine si leurs droits ont été méconnus. Cette approche est également celle qu'elle retient dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*.

3. Arrêts du 26 juin 2014, *Menesson* et *Labassée*

a) Le contenu des arrêts

Ces arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme font suite à deux des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011, précités. Les requérants dans la première affaire étaient les époux *Menesson*, ressortissants français, ainsi que V... *Menesson* et F... *Menesson*, ressortissantes américaines, jumelles nées en 2000. Dans la seconde affaire, il s'agissait des époux *Labassée*, ressortissants français, ainsi que J... *Labassée*, ressortissante américaine née en 2001. V... et F... *Menesson* et J... *Labassée* sont nées à l'issue d'une gestation pour autrui pratiquée aux États-Unis avec l'implantation d'embryons dans l'utérus d'une autre femme, issus des gamètes de M. *Menesson* dans un cas, et de M. *Labassée* dans l'autre. Dans les deux cas, l'ovule provenait d'un don. Des jugements prononcés aux États-Unis indiquent que les époux *Menesson* sont les parents des jumelles et que les époux *Labassée* sont les parents de J...

Ainsi qu'il a été dit précédemment, la Cour de cassation avait jugé, dans ces deux affaires, qu'il ne saurait être donné effet, en France, à une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation résultant d'une gestation pour autrui et qu'est justifié le refus de transcrire un acte de naissance d'un enfant né dans les mêmes conditions.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le droit à la vie familiale des parents et des enfants n'avait pas été méconnu. En revanche, il y a eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

La Cour a examiné de manière très minutieuse les différents aspects de la question, de sorte qu'il est nécessaire de reproduire de larges extraits de sa décision *Menesson* pour en apprécier exactement la portée :

« *Le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial mentionné sur un acte d'état civil établi à l'étranger s'analyse en une "ingérence" dans leur droit au respect de la vie familiale et de la vie privée des intéressés. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 de la Convention sauf si, "prévues par la loi", elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est "nécessaire*

⁶⁴ N° 76240/01, précité.

⁶⁵ N° 3465/03, précité.

dans une société démocratique” pour les atteindre. La notion de “nécessité” implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi. En l’espèce, compte tenu de l’existence des articles 16-7 et 16-9 du code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation, on doit considérer que l’ingérence est prévue par la loi française. Par ailleurs, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d’autrui sont des buts légitimes au sens du paragraphe 2 de l’article 8. Enfin, en l’absence de consensus entre les États sur ces questions, ceux-ci 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.

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 la France en l’espèce. 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 en ayant 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. À cet égard, il faut distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d’une part, et le droit des enfants au respect de leur vie privée, d’autre part.

S’agissant du premier point, le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation affecte nécessairement la vie familiale des intéressés. La cour d’appel de Paris a reconnu en l’espèce que la situation ainsi créée engendrait des difficultés concrètes. En outre, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d’État a souligné que, “dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l’absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l’occasion de certains événements de la vie”. Ainsi, ne disposant pas d’actes d’état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d’état civil américain - non transcrits - accompagnés d’une traduction assermentée chaque fois que l’accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l’incompréhension, des personnes auxquelles ils s’adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu’il s’est agi d’inscrire V... et F... Mennesson à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d’aides financières auprès de la caisse d’allocations familiales. Par ailleurs, le fait qu’en droit français les enfants n’ont pas de lien de filiation avec les requérants a pour conséquence, du moins à ce jour, qu’elles ne se sont pas vues reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes - fussent-elles infondées, comme l’affirme le gouvernement quant au droit de séjour des enfants en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le gouvernement soutient qu’eu égard notamment à la circulaire de la garde de sceaux du 25 janvier 2013, les enfants peuvent obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l’article 18 du code civil. Cependant, des interrogations subsistent quant à cette possibilité. En effet, aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l’un ou l’autre parent. Or la détermination juridique des parents est précisément au cœur des requêtes soumises à la Cour. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l’espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l’article 18 du code civil pour établir la nationalité française de V... et F... Mennesson et de J... Labassée. Le gouvernement tire également argument de l’article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d’état civil établis à l’étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d’autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l’acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la question de savoir si un tel cas d’exclusion est constitué lorsque, comme en l’espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d’une gestation pour autrui obtenue à l’étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu’invité par le président à répondre à cette question et à préciser s’il existait un risque qu’un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le gouvernement n’a fourni aucune indication. Du reste, la demande déposée à cette fin le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d’instance de Paris par M. Mennesson était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu’elle était “en cours”, “en attente du retour de la demande d’authentification transmise au consulat de Los Angeles”. À cela s’ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre les parents et les enfants en cas de décès des parents ou de séparation du couple.

Cependant, quelle que soit l’importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, il convient de 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. Or 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. Les requérants ont pu tous s’établir en France peu de temps après la naissance des enfants, ils sont en mesure d’y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et 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. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que l’annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des enfants ne les empêchait pas de vivre avec les requérants en France. La Cour en déduit qu’en l’espèce, conformément à ce qu’elle avait jugé important dans l’affaire Wagner et J.M.W.L., les juges français ne se sont pas dispensés d’un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l’absence de reconnaissance en droit français du lien

établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention. Par conséquent, un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

S'agissant du respect de la vie privée, il exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation. Or, en l'état du droit positif, V... et F... Mennesson et J... Labassée se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec respectivement les époux Mennesson et Labassée est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit américain, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. Pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes. Or, bien que leur père biologique soit français, V... et F... Mennesson et J... Labassée sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil. Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité.

En outre, le fait pour V... et F... Mennesson et J... Labassée de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des époux Mennesson et Labassée a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Le Conseil d'État a en effet souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers, c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, 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. Compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants, l'État français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation 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 ».

Le gouvernement français n'a pas demandé le renvoi de l'affaire en grande chambre.

b) La portée des arrêts

Les conclusions que l'on peut tirer de cet arrêt sont, me semble-t-il, les suivantes :

1° la Cour européenne des droits de l'homme ne remet pas en cause l'exception d'ordre public international propre au droit international privé en tant que telle ;

2° le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger au motif que cette naissance est le fruit d'une gestation pour autrui n'est compatible avec le droit au respect de la vie familiale qu'à la condition que les juges vérifient concrètement que les intéressés ne se heurtent pas à des difficultés insurmontables pour vivre ensemble en France. Cette exigence avait déjà été posée dans l'arrêt Wagner, précité, dans lequel la Cour avait également rappelé, de manière générale, que les juridictions nationales sont astreintes à examiner avec une rigueur et un soin particuliers les moyens qui ont trait aux droits et libertés garantis par la Convention ou ses protocoles. Dans l'affaire Mennesson, la Cour a considéré que le motif de l'arrêt rendu par la Cour de cassation selon lequel l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des enfants ne les empêchait pas de vivre avec leurs parents en France suffisait à établir que les juges français ne s'étaient pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils avaient « estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire Wagner et J.M.W.L. ». Cette formulation, et notamment l'emploi de l'expression « implicitement mais nécessairement », laisse apparaître que l'approbation donnée ici par la Cour européenne des droits de l'homme est une approbation *a minima* ;

3° l'atteinte à la vie privée de l'enfant est constituée par le refus de transcrire sa filiation telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, c'est-à-dire non seulement à l'égard du père biologique, mais encore à l'égard de la mère d'intention. Cependant, c'est seulement lorsque la filiation paternelle est biologiquement établie et que le refus de transcrire cette paternité se double du refus d'admettre la reconnaissance paternelle que l'atteinte à l'identité de l'enfant va au-delà de ce que permet la marge d'appréciation dont dispose chaque État. Ce point est très important. La condamnation de la France ne résulte pas de son seul refus de transcrire l'acte de naissance ni même de son refus de transcrire la filiation paternelle biologiquement établie, mais du double refus de la transcription de cette filiation paternelle et de la reconnaissance ou d'un autre mode d'établissement de la filiation selon le droit français. Cette interprétation découle du paragraphe 100 de l'arrêt Mennesson et du paragraphe 79 de l'arrêt Labassée : « 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 ».

c) Les commentaires de la doctrine

Dans un commentaire très fouillé de cet arrêt⁶⁶, M. Michel Farge écrit :

« Ces arrêts identifient avec clairvoyance les incohérences du droit français. Ainsi la Cour de cassation considère qu'une filiation résultant d'une gestation pour autrui ne peut ni être reconnue ni être établie en France ; en bonne orthodoxie juridique, elle ne devrait également pouvoir y produire aucun effet. Cependant les juridictions administratives obligent les autorités françaises à délivrer des documents de voyage pour permettre aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui de suivre leurs parents en France. Dans la même veine, une circulaire de la garde des sceaux du 23 janvier 2013 invite fermement les tribunaux à délivrer un certificat de nationalité aux enfants nés à l'étranger, dès lors que le lien de filiation avec un parent français est établi dans un acte de naissance probant, même s'il apparaît que l'enfant est né d'une mère porteuse [...] Il n'est évidemment pas satisfaisant que les réponses soient dissonantes selon que le débat porte sur l'admission de la filiation elle-même ou sur l'un ou l'autre de ses effets. L'origine de ces contradictions est facile à découvrir. Comme on l'a souligné, les arguments pro et contra la reconnaissance des filiations ne sont pas faciles à départager. Surtout, la balance peut peser d'un côté ou de l'autre en fonction des enjeux : la défense des principes français apparaît au premier plan lorsqu'il s'agit d'admettre la filiation elle-même ; elle se dilue au profit de l'humanisme et du réalisme lorsqu'il s'agit d'assurer le regroupement de la cellule familiale en France. [...] Reste que cette absence d'homogénéité conduit à une figure juridique ubuesque : une filiation non reconnue dans son principe par la Cour de cassation, mais pourvue de certains effets extra-civils [...] Alors que l'ordre juridique français a décidé, via la Cour de cassation, qu'un jugement étranger établissant une filiation était dépourvu d'effet en France, de sorte que l'acte de naissance américain fondé sur ce jugement ne pouvait y être transcrit, il faudrait considérer que le même acte de naissance dispose tout de même d'une force probante en France.

Sans concessions lorsqu'il s'agit d'identifier les maux du droit français, la Cour européenne est beaucoup plus mesurée lorsqu'il s'agit de le condamner. À cet égard, la Cour parvient à un tour de force. D'un côté, elle considère que le refus français ne porte pas atteinte au droit à une vie familiale des parents d'intention et des enfants ; [...] de l'autre, elle considère que le droit au respect de la vie privée des enfants, musclé par la prise en compte de leur intérêt supérieur, est violé par l'impossibilité d'établir leur filiation biologique paternelle. On comprend bien l'origine du compromis : il n'est pas possible de consacrer un droit à l'enfant au profit de ceux qui ont sciemment franchi une frontière pour contourner un interdit national, mais les enfants ne doivent pas subir les conséquences négatives du choix de leurs parents. Il y a là des propositions auxquelles parviennent toutes les discussions sensées sur la GPA. Mais les mêmes discussions achoppent sur l'impossibilité de concilier juridiquement ces deux idées. La filiation étant un lien bilatéral entre parents et enfants, il est impossible de réellement sanctionner les premiers sans sacrifier les seconds. Autrement dit, entre les deux groupes de valeurs précédemment résumés : il faut choisir ! La Cour européenne parvient à ne pas le faire. Pour concilier ainsi l'inconciliable, elle retient une conception contradictoire du rôle du droit au sein d'une société et une conception réductrice de la filiation. [...]

Bien comprise par la Cour européenne, la situation des intéressés peut être ainsi résumée : en France, les enfants sont identifiés en fait comme ceux des parents d'intention, mais cette identification ne se traduit pas par un lien de filiation juridiquement reconnu. Ainsi présentée, la situation se caractérise par un décalage entre le fait (les enfants sont pris en charge et élevés par des personnes considérées au sein de la société française comme « leurs parents ») et le droit (les qualités juridiques de père et mère sont refusées à ces personnes). La Cour européenne parvient à juger que ce décalage est acceptable pour les familles et inacceptable pour les enfants. L'ambivalence saute aux yeux : la consécration juridique est considérée à la fois comme inutile et essentielle. [...] Ce raisonnement pragmatique décrédibilise le droit. Il revient à approuver un choix substantiel (refuser de reconnaître les filiations) tout en se félicitant qu'il ne soit pas connu ou respecté par les tiers, y compris les administrations.

En pianotant sur les droits fondamentaux des intéressés, la Cour de Strasbourg affirme finalement qu'il n'est pas illégitime de cantonner les parents dans la clandestinité juridique, mais que l'enfant ne peut pas être privé du secours du droit. Pareille affirmation est moralement acceptable, mais elle n'est pas réaliste juridiquement dans un litige centré sur la filiation. [...] Comme chacun sait, la filiation crée nécessairement un lien bilatéral, de sorte qu'elle ne peut être réduite à un condensé de droits subjectifs indépendants. La Cour européenne nie cette évidence en laissant croire qu'il est possible, via la reconnaissance de la filiation paternelle, de satisfaire l'intérêt de l'enfant et son droit au respect de sa vie privée sans que la démarche n'ait une incidence sur le droit à la vie familiale du père. [...] Par ailleurs, nul n'ignore que la filiation a une dimension individuelle, mais aussi sociale. Elle inscrit l'enfant dans une lignée lui permettant de s'insérer et de s'identifier dans un groupe familial ; cette inscription vaut aussi pour la société au sein de laquelle, par exemple, le parent désigné a vocation à représenter l'enfant mineur. Cette dualité de fonction est mise à profit par la Cour européenne. En protégeant le droit au respect de la vie privée de l'enfant « impliquant que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation », elle privilégie la fonction individuelle de la filiation ; en considérant que le droit au respect de la vie familiale des intéressés n'est pas violé, elle minore son volet social. Reste que cette dissociation des fonctions ne peut pas survivre lorsqu'il s'agit de tirer la conséquence de la condamnation prononcée au profit des enfants. Le remède suggéré - l'établissement de la filiation biologique paternelle - va au-delà de la seule satisfaction du droit à l'identité : la filiation qui sera établie ne se bornera pas à une fonction identitaire, elle instaurera un rapport de parenté socialement reconnu. Autrement dit, la subtile distinction opérée par la Cour entre droit au respect de vie privé de l'enfant et droit au respect de la vie familiale de tous est largement artificiel dans un litige portant sur la filiation.

En se centrant sur la filiation paternelle, la Cour indique nécessairement que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle n'est pas, quant à lui, condamné. L'approche retenue est habile. D'une part, elle s'inscrit dans la

⁶⁶ M. Farge, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2014, chron. 21.

logique de la jurisprudence de la Cour refusant d'imposer aux États la reconnaissance d'un lien qui ne correspond pas à un lien biologique [...] D'autre part, elle escamote la dimension internationale des litiges : moins que le défaut de la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, [...] c'est le défaut de reconnaissance d'une filiation biologique que la Cour condamne. [...] La Cour européenne invite à traiter différemment la filiation paternelle et la filiation maternelle. Le critère biologique peut-il le justifier ? Pour en douter, il suffit d'observer qu'un rattachement juridique exclusivement paternel entrerait en conflit avec la position défendue par le gouvernement ... pour justifier, il est vrai, le refus de transcription de la filiation à l'égard de la mère comme du père biologique. [...] Par ailleurs, la solution préconisée par la Cour européenne conduit à traiter différemment les hommes célibataires et les couples hétérosexuels ayant recours à la gestation pour autrui. Elle permet de satisfaire entièrement l'objectif des premiers alors que les seconds demeureront marqués - sous la forme d'un confinement de la mère d'intention à la clandestinité juridique - par leur choix de braver l'interdit français. La prime accordée à la biologie peut aussi être éprouvée en raisonnant sur l'hypothèse, non illustrée par les arrêts commentés, dans laquelle la maternité se divise. Ainsi en est-il lorsque l'enfant a été porté par une mère porteuse, mais conçu à l'aide d'un ovule de la mère d'intention. En pareil cas, l'enfant a deux mères biologiques : une mère génétique (genitrix) et une mère gestatrice (gestatrix). En droit français, on sait qu'il n'a qu'une mère légale : celle qui accouche. Rien ne permet de croire que la Cour européenne reproduise cette solution et considère que la qualité de mère doit être refusée à la genitrix. En présence d'un enfant né d'une GPA, ne faudrait-il pas, en effet, accueillir la filiation établie à l'étranger au profit de la genitrix lorsqu'elle est corroborée par une réalité sociale et affective ? Une réponse positive pourrait s'inspirer des réflexions de Cornu. Entre la genitrix et la gestatrix, l'auteur soulignait que "la vie peut tout arranger (pour le meilleur et pour le pire)". Et dans cette perspective, il ajoutait : "la vraie mère sera peut-être la mère nourricière ou adoptive, la mère qui vit avec l'enfant, celle de la possession d'état" (comme à la gloire du père, Pagnol aurait pu laisser son cœur dire : "La mère, c'est celle qui aime" »).

Commentant le même arrêt, de manière toute aussi fouillée, M. Louis d'Avout écrit⁶⁷ :

« Les arrêts précités ne remettent pas radicalement en cause l'approche des juges français en matière de gestation pour autrui. Dans l'intérêt de l'enfant, ils incitent seulement à amender certaines conséquences du raisonnement tenu jusqu'à présent par la Cour de cassation et n'obligent pas, techniquement parlant, à l'importation directe du point de vue juridique en vigueur au pays étranger de gestation et de naissance. À moyen terme, ces arrêts de la Cour européenne devraient aider à relativiser l'importance des débats entretenus en France autour de la prétendue « méthode de reconnaissance » et, aux juristes concernés, d'en revenir à un examen plus circonstancié des problèmes posés par l'établissement du lien de filiation dans un contexte international [...] Au nom de la « marge nationale d'appréciation », est immunisée de toute condamnation la politique législative française prohibant la gestation pour autrui, dans l'intérêt de l'enfant et dans celui des femmes contraintes d'engager leur corps dans de pareilles aventures. De même - et c'est sans doute le trait le plus original distinguant les arrêts Mennesson et Labassée du précédent Wagner - la Cour européenne juge légitimes et proportionnées les ingérences dans la vie familiale, lorsque celle-ci est appréciée du chef des parents. La sanction de ces derniers est considérée admissible, car ils sont seuls les auteurs du comportement illicite ou frauduleux et peuvent être exposés à en répondre en termes de déchéance du droit d'invoquer leur parenté [...] Ces mêmes parents, ayant obtenu de pouvoir retourner en France pour y vivre avec les enfants dotés de passeports étrangers, ne sont pas en droit - au titre de leur propre vie familiale - d'exiger de l'État d'accueil la constitution positive du lien de parenté. Bénéficiant d'une vie familiale de fait lors de l'entrée sur le territoire, la seule chose que semble exiger la Cour européenne des droits de l'homme est que ces parents de fait ne soient pas dérangés dans leur relation quotidienne ultérieure avec les enfants, en pur fait et sans considération de la filiation au sens juridique du terme [...]

Dans les deux arrêts jumeaux ici commentés, la Cour européenne concentre ses critiques sur le sort réservé en France à l'enfant issu de la gestation pour autrui. Seules les requêtes présentées au nom de ce dernier sont à l'origine de la condamnation ; et cette condamnation n'avait rien d'inéluctable, qui semble être étroitement liée à l'attitude, hésitante à certains égards, des autorités françaises quant au statut juridique de l'enfant. La Cour européenne considère - point qui sera tenu ici pour acquis - que le droit d'établir sa filiation participe de la vie privée et est protégé par l'article 8 de la Convention. Cette protection de principe ne proscrie pas toute ingérence des États en forme de réglementation restrictive. Mais de pareilles ingérences, tenues pour légitimes à raison de la motivation éthique du législateur français, doivent être appréciées à l'aune des intérêts essentiels de l'enfant. Pour la Cour européenne, le refus de reconnaître les jugements et actes étrangers, et de transcrire ces titres sur les registres français de l'état civil, n'est pas à lui seul constitutif d'une atteinte disproportionnée. Ce qui apparaît intolérable est qu'un enfant vivant en France soit privé du droit de faire établir judiciairement sa filiation, singulièrement à l'encontre du père biologique. Comment comprendre, en termes simples, le message adressé par la Cour aux pratiques françaises de droit international privé ? Peut-être ainsi : le refus de reconnaissance des titres étrangers obtenus en circonstance de contournement du droit français n'est pas en lui-même illégitime ; il le devient néanmoins lorsque les juges interdisent ultérieurement à l'enfant de constituer en France son lien de filiation. La conjonction des deux pratiques nationales successives constitue, seule, l'atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de l'enfant. [...]

À cet égard, il est permis de croire que la jurisprudence de la Cour de cassation, légitime dans sa constance à poursuivre les atteintes portées au droit français impératif, s'est montrée excessive ou insuffisamment précise au stade des conséquences, trop préoccupée qu'elle était de lutter contre les causes (le "processus d'ensemble" conduisant à la gestation : convention privée, jugements et actes publics). Ne fallait-il pas trouver un moyen de faire bénéficier l'enfant d'une forme de filiation putative, en dépit de l'illicéité des agissements des parents d'intention ? La Cour de cassation avait préféré s'abstenir d'opérer pareilles investigations, considérant que le refus de transcription sur les registres français d'état civil ne privait pas l'enfant de sa filiation constituée à

⁶⁷ L. d'Avout, « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *Rec. Dalloz* 2014, p. 1806.

l'étranger. L'argument peinait à convaincre, cependant, puisque la Cour de cassation avalisait dans le même temps une pratique des juges du fond déclarant inefficaces en France les jugements étrangers et autres titres prouvant la filiation. Pour constituer dans l'ordre juridique français un nouveau rapport de filiation, après refus de reconnaissance du rapport constitué à l'étranger, il aurait fallu explorer une autre voie, classique, du droit international privé : permettre aux enfants d'agir en leur nom propre en constatation du lien de filiation biologique, selon la loi - française ou étrangère - compétente au titre de l'article 311-14 du code civil. Cette action n'étant pas liée au contrat illicite de mère porteuse, elle aurait eu toutes chances de prospérer aux conditions qui lui sont propres ; et l'on est même en droit de penser que l'ordre public international français eût été alors en faveur de la constitution de la filiation biologique de l'enfant (faute de prohibition expresse, en droit français, de l'établissement de la filiation paternelle dans un tel cas). Dans le premier temps de sa jurisprudence, la Cour de cassation n'a pas souhaité envisager cette voie, qui n'avait du reste apparemment pas été tentée par les intéressés. Dans un second temps, la Cour de cassation a sans doute fait preuve d'un rigorisme excessif lorsqu'elle admit le ministère public à agir en nullité de la reconnaissance de paternité naturelle, au seul motif de la fraude, alors que cette paternité était biologiquement avérée. [...]

Pour sa part, Mme Johanna Guillaumé écrit, à propos des mêmes arrêts⁶⁸.

« La méthode de la reconnaissance [à laquelle recourt ici la Cour européenne des droits de l'homme] a vocation à s'appliquer aux autres domaines du statut personnel. En effet, selon les arrêts commentés, en refusant de reconnaître le lien de filiation que le droit étranger a établi, la France crée une "contradiction" qui porte atteinte à l'identité des enfants "au sein de la société française". C'est cette contradiction qui constitue l'atteinte à l'identité sociale et, partant, la restriction au droit au respect de la vie privée. L'affirmation est susceptible d'être lourde de conséquences, puisqu'elle n'est pas cantonnée à la filiation et peut s'appliquer à tous les domaines du statut personnel : refuser de reconnaître le changement de sexe d'un individu, sa qualité d'époux ou de célibataire constitue des contradictions dans l'identité de l'individu. Bref, ce sont plus généralement tous les statuts boiteux qui constitueraient une atteinte à la vie privée. Néanmoins, la contradiction du statut personnel sera certainement moins forte en dehors du domaine de la filiation, puisque la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne pourra pas être invoquée. [...] »

Critiquant la conception de l'intérêt de l'enfant retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, Mme Claire Neirinck écrit⁶⁹ :

« L'absence de transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français à la suite d'une GPA est au contraire respectueuse de l'identité de l'enfant au sens que lui donne la Convention européenne des droits de l'homme, car seul l'acte d'origine témoigne de la réalité biologique complète de la naissance ».

Mme Muriel Fabre-Magnan estime que l'obligation d'établir la filiation biologique de l'enfant pourrait avoir pour conséquence l'établissement de la double filiation paternelle et maternelle de l'enfant issu d'un inceste, prohibée par l'article 310-2 du code civil⁷⁰.

4. Arrêt Paradiso et Campanelli c/Italie, du 27 janvier 2015⁷¹

Mme Paradiso et M. Campanelli, qui étaient mari et femme, avaient décidé de recourir à la gestation pour autrui pour devenir parents et conclu à cette fin une convention avec la société Rosjurconsulting, en Russie. Ils eurent recours à une mère porteuse, une fécondation *in vitro* fut réalisée et un bébé naquit le 27 février 2011 à Moscou. Conformément au droit russe, Mme Paradiso et M. Campanelli furent enregistrés comme ses parents, sans indication que l'enfant était né grâce à une mère porteuse. De retour en Italie avec l'enfant, Mme Paradiso et M. Campanelli furent mis en examen pour « *altération d'état civil* » et infraction à la loi sur l'adoption, pour avoir amené l'enfant en Italie au mépris des lois italiennes et internationales et sans respecter l'agrément à l'adoption obtenu en décembre 2006, qui excluait l'adoption d'un enfant en si bas âge. Un test ADN ayant révélé que, contrairement à ce qu'il pensait, M. Campanelli n'était pas le père biologique de l'enfant (on suppose que la société russe a utilisé d'autres gamètes que celles qu'il avait fournies), ce dernier fut placé sous tutelle, au motif qu'il n'avait aucun lien biologique avec Mme Paradiso et M. Campanelli et qu'il existait des doutes quant à leurs capacités affectives et éducatives, la conduite de Mme Paradiso et M. Campanelli ayant été contraire à la loi. L'enfant fut placé dans une maison d'accueil, dans un endroit inconnu des requérants, sans contact possible avec eux, puis placé auprès d'une famille d'accueil. Il fut par ailleurs laissé sans identité.

Par la suite, le refus de transcription du certificat de naissance russe fut confirmé au motif qu'il était contraire à l'ordre public de le transcrire, car il était faux dans la mesure où il n'y avait aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants. L'enfant reçut une nouvelle identité et fut considéré comme fils de parents inconnus. Le tribunal pour mineurs déclara que les requérants n'avaient plus qualité pour agir dans la procédure d'adoption qu'ils avaient entamée, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents ni des membres de la famille de l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir constaté que les mesures d'éloignement et la mise sous tutelle de l'enfant constituaient une ingérence dans la vie familiale des requérants et que cette ingérence était prévue par la loi, rappelle que l'éloignement d'un enfant du contexte familial est une mesure extrême qui ne peut se justifier qu'en cas de danger immédiat pour lui. Elle estime que, si la situation qui se présentait aux juges italiens était délicate, les conditions pouvant justifier un éloignement n'étaient pas remplies. L'argument selon lequel avec le temps l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention, rendant une possible séparation ultérieure plus difficile encore, ne suffit pas, selon la Cour, pour justifier son éloignement. Elle

⁶⁸ J. Guillaumé, « Transcription d'un acte de naissance étranger, gestation pour autrui », *Journal du droit international* (Clunet) n° 4, octobre 2014, comm. 5.

⁶⁹ C. Neirinck, « Quand les droits de l'homme, pour servir l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui », *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2014, comm. 128.

⁷⁰ M. Fabre-Magnan, « Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la gestation pour autrui », *Le Figaro*, 26 juin 2014.

⁷¹ N° 25358/12.

relève en outre que Mme Paradiso et M. Campanelli, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément, ont ensuite été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Elle observe enfin que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité, qui revêtent une importance primordiale.

La Cour en conclut que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu, en violation de l'article 8. Cependant, elle ajoute que ce constat de violation ne saurait être compris comme obligeant l'État italien à remettre l'enfant aux requérants, ce dernier ayant certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il vit depuis 2013.

Contrairement à ce qui avait été jugé dans les arrêts *Menesson et Labassée*, il y a bien ici atteinte au droit au respect de la vie familiale, et non pas seulement au respect de la vie privée. Mais il est intéressant de relever que la Cour ne reproche pas à l'Italie d'avoir utilisé la méthode du conflit de lois et non celle de la reconnaissance. Le paragraphe 72 de l'arrêt indique en effet que :

« L'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamètes de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire ».

De ce point de vue, cet arrêt confirme l'interprétation des arrêts *Menesson et Labassée* selon laquelle la France a été condamnée non pour avoir refusé de reconnaître l'état civil établi à l'étranger, mais pour avoir privé l'enfant de sa filiation biologique.

5. Affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme

a) *Affaire Laborie et autres c/France*⁷²

Cette affaire concerne l'impossibilité pour un couple français d'obtenir en France la reconnaissance du lien de filiation entre eux et des enfants nés en Ukraine d'une gestation pour autrui. Elle a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 8 janvier 2013, contre lequel les requérants ne se sont pas pourvus, estimant qu'un pourvoi aurait été voué à l'échec en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La Cour a communiqué la requête au gouvernement français et posé des questions aux parties sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

b) *Affaire Foulon c/France et Bouvet c/France*⁷³

Ces affaires sont celles qui ont donné lieu aux deux arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013, précités. La Cour a communiqué les requêtes au gouvernement français et posé des questions aux parties sous l'angle de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention.

C. - Autres éléments à prendre en considération

1. Jurisprudence de la CJUE relative à la reconnaissances des actes d'état civil

Sur des fondements et selon des modalités différentes, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) consacre également un principe de reconnaissance par les États de l'Union des situations valablement créées dans un autre État membre, le terme « *valablement* » s'entendant au sens du droit du pays d'origine. Elle considère ainsi que les articles 12 (qui interdit les discriminations fondées sur la nationalité ; ce principe figure aujourd'hui à l'article 18 du TFUE) et 17 (qui institue une nationalité de l'Union ; la même disposition figure aujourd'hui à l'article 20 du TFUE) du Traité CE sont susceptibles de s'opposer à ce que l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre⁷⁴. Mais cette obligation de reconnaissance a des limites, la Cour de justice jugeant que « *l'article 21 du TFUE [qui confère aux citoyens de l'Union le droit de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres] doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que les autorités d'un État membre puissent [dans certaines circonstances] refuser de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom patronymique d'un ressortissant de cet État, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre, dans lequel réside ledit ressortissant, lors de son adoption à l'âge adulte par un ressortissant de ce second État membre, lorsque ce nom patronymique comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis dans le premier État membre au titre de son droit constitutionnel, dès lors que les mesures prises par ces autorités dans ce contexte sont justifiées par des motifs liés à l'ordre public, c'est-à-dire qu'elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi* ».

Les enseignements que l'on peut tirer de cette jurisprudence pour répondre à la question qui fait l'objet du présent rapport restent limités. Outre que les enjeux d'un changement de nom ne peuvent être comparés à ceux de la gestation pour autrui, on ne doit pas oublier que le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel se fondent de nombreux textes de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice, principalement, d'ailleurs, dans le domaine économique, trouve sa légitimité dans la constatation que les législations des États membres de l'Union européenne sont proches les unes des autres, cette proximité ayant elle-même été permise par l'adoption de

⁷² N° 44024/13.

⁷³ N° 9063/14 et n° 10410/14.

⁷⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Avello* (C-148/02) ; 14 octobre 2008, *Gumkin et Paul* (C-353/08).

nombreuses directives d'harmonisation. La reconnaissance et l'harmonisation apparaissent comme constituant les cylindres d'un même moteur, qui a vocation à faire progresser un certain nombre de pays ayant conclu un traité à cette fin, dans la voie d'une plus grande intégration et de la constitution d'un espace dans lequel, notamment, les personnes circulent librement. Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de reconnaître des situations créées dans des pays qui n'ont passé aucun accord avec la France dans ce domaine et dont la législation et les pratiques peuvent être très différentes de celles que celle-ci connaît.

2. Éléments de droit comparé sur la reconnaissance internationale des actes de l'état civil concernant un enfant né d'une mère de substitution

La Commission internationale de l'état civil (CIEC) a publié une étude sur la maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC. Cette étude a été mise en ligne en février 2014⁷⁵. La situation est la suivante :

a) Allemagne

En Allemagne, il est impossible de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui, laquelle s'applique même si la gestation résulte d'une convention conclue et exécutée dans un État étranger qui l'autorise, de sorte qu'il convient d'invoquer l'ordre juridique allemand, qui attribue l'enfant à la mère porteuse du seul fait de l'accouchement. Si le père d'intention est un ressortissant allemand, la filiation à son égard peut être appréciée, conformément au droit allemand. Sa paternité ne peut être légalement présumée étant donné qu'il n'est pas marié avec la mère porteuse, mais elle pourrait résulter d'une reconnaissance sur le fondement du droit allemand ou encore d'une décision judiciaire. Si la mère porteuse était mariée, l'établissement de la paternité de son mari pourrait empêcher la reconnaissance par le père d'intention allemand jusqu'à une contestation effective de la paternité du mari. Une telle reconnaissance par le père d'intention ne peut donc être réalisée que dans ces conditions limitées, indépendamment du fait que les deux parents soient inscrits ou non dans l'acte de naissance étranger. En outre, les dispositions du droit allemand concernant le consentement de la mère à la reconnaissance de paternité doivent être prises en compte : elles prévoient que le consentement à une déclaration de filiation relève du droit de l'État dont l'enfant a la nationalité, mais que si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exigeait, le droit allemand devrait néanmoins être appliqué. Dans de telles situations, la compétence relèverait des fonctionnaires consulaires allemands. En pratique, on a pu rencontrer un jugement indulgent par lequel un tribunal a retenu la validité de la reconnaissance faite par le père. La nationalité allemande découlait de l'établissement de la filiation envers un ressortissant allemand, si la filiation paternelle n'a pas été valablement établie, l'enfant n'a pas la nationalité allemande et il ne peut lui être délivré des documents de voyage ou un passeport allemand. De façon générale, les ambassades et les consulats ont reçu pour instructions de refuser l'authentification d'actes de naissance étrangers dans des situations de maternité de substitution, et la délivrance d'un visa aux fins d'adoption ne saurait être accordée que si, par analogie, les conditions fixées à l'article 6 de la loi de mise en œuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale sont réunies, c'est-à-dire si une procédure d'adoption internationale est en cours, à laquelle concourent tant les autorités de l'État d'origine de l'enfant que celles de l'État d'accueil.

Cependant, par une décision du 10 décembre 2014, le *Bundesgerichtshof* a accepté de reconnaître une décision californienne indiquant deux hommes, unis en Allemagne par un partenariat enregistré, comme pères de l'enfant. S'il est utile de s'attarder sur cette décision, c'est que les motifs qui la sous-tendent font l'objet de longs développements, dont la plupart portent sur les mêmes questions que celles qui se posent au juge français. On reprendra ici la présentation très complète qu'en ont faite Mme Stéphanie Hennette-Vauchez et Mme Florence Belliver⁷⁶ :

Le Bundesgerichtshof analyse d'abord le contrat passé pour en inférer qu'il est peu familier avec le droit allemand, qui ne reconnaît la paternité/la maternité que par la filiation charnelle ou l'adoption et qui interdit la gestation pour autrui sur la base de considérations similaires à celles pour lesquelles cette pratique est interdite en France. Ensuite, les juges s'attaquent à la question de la compatibilité ou non de la reconnaissance à l'ordre public international (plus généreux que l'ordre public interne), dont ils rappellent qu'en matière d'état civil, il sert à éviter la création de rapports de droit boiteux.

Après avoir pesé le pour et le contre, ils énoncent « l'opinion juste » : le fait qu'une décision étrangère confère, dans le cas d'une gestation pour autrui, la parenté juridique aux parents de commande (ou d'intention) ne constitue pas une violation de l'ordre public, du moins lorsqu'il existe un lien génétique entre l'un des parents d'intention et l'enfant. Pourquoi ? D'une part, le tribunal concède que le droit allemand ne prévoit pas la reconnaissance d'un enfant par deux hommes ni l'attribution d'un enfant au partenaire ou à la partenaire d'un parent. L'autre parent ne pourrait être la mère porteuse, puisque c'est elle qui a accouché de l'enfant (mater semper certa est). D'autre part, la loi allemande privilégie la maternité corporelle et psychosociale (ie les liens de divers ordres qui se nouent, pendant la grossesse, entre la femme qui porte l'enfant à naître et ce dernier), raison pour laquelle elle condamne la gestation pour autrui. Ensuite, alors que, de prime abord, on peut penser que si la gestation pour autrui est interdite, c'est parce qu'elle heurte des droits fondamentaux, la Cour inverse habilement l'argumentaire : l'atteinte peut provenir de la circonstance qu'un enfant soit privé d'un rattachement juridique à une partie de ses parents car, alors, ce parent ne pourra légalement exercer ses droits et devoirs de parents.

Enfin, que la parenté soit attribuée par la décision étrangère à un couple de partenaires du même sexe plutôt qu'à un couple marié ne peut entraîner en soi de violation de l'ordre public. Certes, si un couple hétérosexuel

⁷⁵ [www.ciec1.org/Etudes/Maternites Substitution7.2.2014](http://www.ciec1.org/Etudes/Maternites%20Substitution7.2.2014) : pour une présentation des règles applicables à l'établissement de la filiation et à la reconnaissance des actes d'état civil dans un certain nombre de pays, on pourra se reporter également à l'étude très complète réalisée en 2014 par le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé. Elle se trouve sur le site de cette institution (<http://www.hcch.net/indexfr.php>).

⁷⁶ S. Hennette-Vauchez et F. Bellivier, chronique Bioéthique à paraître dans le numéro 2015 de la revue *Droits, sciences et techniques*, précitée ; les passages figurant en italique ne constituent qu'une partie de la présentation de l'arrêt faite par ces auteurs.

(couple d'intention) peut entretenir un lien génétique plus fort avec l'enfant (quand les parents d'intention ont tous deux fourni leurs gamètes), cela n'exclut pas une parentalité sociale et affective de même valeur des partenaires homosexuels.

Les juges ajoutent que, si les lois relatives à l'adoption et l'embryon répondent à des motifs liés à des intérêts sociaux fondamentaux, la pénalisation de certains comportements répond à une préoccupation de dissuasion générale, et les dispositions pénales ne sont applicables que dans le pays où elles sont édictées. À cet égard, une chose est de condamner la gestation pour autrui dans une finalité préventive générale, autre chose est de juger une affaire de gestation pour autrui après coup, surtout quand l'enfant est là, qui est "porteur de droits". D'autre part, la Cour met en exergue le fait que la femme porteuse est totalement libre de ses choix, et ce, afin de contrer l'objection liée au respect de la dignité. Comparant diverses pratiques plus ou moins proches de la GPA (accouchement sous X... , adoption, assistance médicale à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur) et adoptant une vision subjective de la dignité, la Cour énonce que par ce fait seul qu'une gestation pour autrui a été pratiquée, la dignité humaine de la mère porteuse n'est pas bafouée, car sa volonté a été respectée. À fortiori en va-t-il ainsi pour l'enfant qui, en dernier lieu, doit son existence au contrat de maternité de substitution (de même que l'enfant issu d'un accord entre femme, mari stérile et tiers donneur) (§ 52). En outre, la Cour développe longuement la question du bien-être de l'enfant, qui implique, selon elle, d'avoir deux parents (§ 56). Du reste, si, juste après la naissance, la femme porteuse manifestait sa volonté de récupérer l'enfant, il y aurait conflit de droit tranché en vertu du droit étranger (ici californien).

Enfin, les juges soulignent l'étrangeté de la situation juridique d'un enfant qui, de quelque côté qu'il se tourne, est privé de filiation maternelle : alors qu'en vertu du droit allemand, la femme qui l'a accouché en serait la mère juridique, c'est précisément ce qui est écarté par le jugement californien. Or, un enfant n'a pas d'influence sur les circonstances de sa naissance et il ne saurait dès lors en être tenu pour responsable ; c'est son bien-être qui doit être déterminant. Si le droit allemand considère l'aspect social de la grossesse comme un critère déterminant de ce bien-être, il ne faut pas négliger qu'en l'espèce, les parents d'intention, contrairement à la mère porteuse, ont précisément entendu entrer dans le statut de parents et procurer à l'enfant l'attention nécessaire à son développement. Certes, objectera-t-on, ils pourraient se contenter d'un statut protecteur de la relation qu'ils entretiennent avec l'enfant, mais la Cour, dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'homme, intègre dans la notion de bien-être de l'enfant celle de sécurisation de la filiation. C'est que la parenté est ici essentiellement vue au prisme de la responsabilité. La Cour achève son raisonnement par un long paragraphe sur la responsabilité parentale, en insistant sur la sécurité plus forte à cet égard qu'offre la reconnaissance de la parenté des deux partenaires, y compris quand on la compare à l'adoption. En effet, substituer un lien adoptif à la filiation établie tout de suite après la naissance présenterait des dangers : après la naissance, les parents pourraient encore changer d'avis ou hésiter. Le lien serait donc plus précaire, surtout pour le parent non génétiquement lié à l'enfant. Il serait curieux que les parents soient déchargés de la responsabilité alors qu'ils sont à l'origine du processus de procréation. Là encore, l'adoption sert à pousser le raisonnement à son terme : ici, sans le contrat, l'enfant ne serait pas né, et à la différence des parents adoptifs, les parents d'intention occupent pour la quête identitaire de l'enfant une place essentielle. Il faut par conséquent que la responsabilité dans les faits se traduise dans une responsabilité juridique.

Synthétisant leur pensée, les juges énoncent que décider du contraire reviendrait à juger sur le fond un jugement étranger, ce qu'on ne peut pas faire en vertu du § 108 (1) de la loi sur la procédure en matière familiale (FamFG) ; l'ordre public n'a pas été violé à outrance car le contrat a été passé conformément au droit étranger, d'une façon qui n'est pas incompatible avec le bien-être de l'enfant ; le droit reconnaît la notion de parenté sociale liée à une responsabilité permanente. Les juges confortent leur propos par la considération qu'en l'espèce, un des parents est lié génétiquement à l'enfant et que la mère porteuse ne lui est pas liée génétiquement. La Cour termine en prévenant l'objection selon laquelle le montage prive l'enfant de l'accès à la connaissance de ses origines biologiques : d'une part, ce n'est pas à l'état civil de garantir cette connaissance-là et l'état civil ne prend en compte que des données juridiques et non biologiques ou génétiques ; d'autre part, ce droit ne concernerait pas seulement le droit de connaître la gestatrice (en quelque sorte mère biologique), mais aussi la mère génétique donneuse de l'ovule. »

Comme le font observer M. Hugues Fulchiron et Mme Bidaut-Garon⁷⁷, les magistrats allemands ont ainsi reconnu non seulement la filiation d'intention doublée d'un lien biologique (l'un des deux hommes étant le père biologique de cet enfant), mais également la filiation uniquement d'intention. Certes, leur raisonnement n'est pas basé sur la reconnaissance des situations, mais sur la reconnaissance des décisions. En effet, contrairement aux procédures intentées en France, la demande principale ne portait pas sur la transcription de l'acte de naissance étranger, mais sur la reconnaissance du jugement californien ayant établi ou déclaré la filiation à l'égard des deux hommes (la nature constitutive ou déclarative de cette décision n'étant ni évidente ni importante, comme le remarque le *Bundesgerichtshof* lui-même). Les magistrats précisent d'ailleurs que la question de la reconnaissance se pose parce qu'un jugement existe, c'est-à-dire une décision prise par des juges après un examen de la situation. Mais la contrariété de la décision étrangère à l'ordre public est tout autant une limite à ce type de reconnaissance qu'à celle des situations. Et tout l'enjeu de l'affaire était justement de déterminer si la décision californienne invoquée était ou non contraire à l'ordre public allemand, puisqu'il s'agit d'une condition de régularité internationale posée par le droit allemand. Selon les juges allemands, la gestation pour autrui ne peut être appréhendée de la même manière lorsqu'elle est considérée de manière abstraite et lorsqu'il s'agit de statuer sur un cas dans lequel l'enfant est déjà né.

Pour leur part, Mme Stéphanie Hennette-Vauchez et Mme Florence Bellivier observent que cet arrêt « tranche des faits singuliers : une gestation pour autrui qui a eu lieu de façon très encadrée (et non sauvage) ; un partenaire

⁷⁷ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH », précité, note 31.

lié biologiquement à l'enfant ; une femme porteuse qui ne lui est pas génétiquement reliée ; une femme porteuse qui n'était pas mariée. Le caractère très spécifique de la situation factuelle rend toute extrapolation délicate, et ce, d'autant plus que les juges s'appuient sur ces éléments de fait pour asseoir leur décision », mais qu'il « révèle à quel point les grands questionnements sur la gestation pour autrui restent ouverts ».

b) Belgique

Au regard du droit belge, la mère est toujours celle qui a accouché. Un acte de naissance étranger qui constate la filiation de la mère intentionnelle n'est donc pas valable et ne peut donc pas être reconnu. Quant à la filiation paternelle, si le père est belge, elle est également régie par le droit belge. Si la filiation paternelle inscrite dans l'acte de naissance étranger est établie sur la base de la présomption de paternité à l'égard de la mère d'intention, elle est problématique dans la mesure où la filiation maternelle est elle-même rejetée. Par ailleurs, la loi précise qu'il y a lieu de tenir spécialement compte des articles 18 et 21 du code de droit international privé, portant respectivement sur la fraude à la loi et l'ordre public. Il en découle qu'un acte de naissance établi à l'étranger constatant la filiation de parents intentionnels belges ne peut être reconnu en Belgique, sur la base des articles 27 et 62 du code de droit international privé. Il devrait en aller de même de la demande de reconnaissance d'un acte de naissance étranger établi au profit du ou des parents intentionnels, dans l'hypothèse où ces derniers possèdent une nationalité dont la loi admet le recours à une mère porteuse, résidant en Belgique, et ce, alors même que l'acte de naissance est valide au regard du droit dont ils possèdent la nationalité. Cependant, un certain nombre de décisions rendues par des juridictions du fond ont, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, établi sa filiation à l'égard des parents d'intention, par reconnaissance et/ou adoption⁷⁸.

c) Italie

L'article 269 du code civil dispose que la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant, de sorte qu'en cas de gestation pour autrui réalisée dans un État qui l'autorise et qui admettrait l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention, cette filiation ne serait pas reconnue en Italie, du fait de la prohibition de la gestation pour autrui par la loi n° 40/2004, et l'acte de naissance ou le jugement étranger ne pourrait pas être transcrit dans les registres italiens de l'état civil en raison de sa contrariété aux dispositions d'ordre public des articles 64 et 65 de la loi n° 218/1995. Lorsqu'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger a été conçu avec le sperme du père d'intention de nationalité italienne, celui-ci peut le reconnaître en Italie dans les conditions du droit commun prévues aux articles 250 et 254 du code civil et en cas de contestation, la paternité pourra être prouvée par tous moyens, y compris par une expertise par l'ADN. Conformément aux articles 44-57 de la loi n° 184/1983 relatifs à l'adoption de mineurs dans des cas particuliers, la mère d'intention peut demander l'adoption de l'enfant ainsi reconnu par son mari. Dans l'hypothèse d'un acte de reconnaissance paternelle d'enfant naturel dressé à l'étranger, sa validité en Italie est régie par les articles 64 et 65 de la loi n° 218/1995 sur la reconnaissance des décisions judiciaires et administratives étrangères, sous réserve qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public. Dans le cas où les gamètes des parents d'intention ne seraient pas à l'origine de la conception de l'enfant, ils pourraient procéder à son adoption dans les formes établies par la loi. Dans un arrêt du 11 novembre 2014⁷⁹, la Cour suprême de cassation s'en est tenue à une lecture stricte des arrêts Mennesson et Labassée. En l'espèce, ni le père ni la mère « *commanditaires* » n'étaient les parents biologiques de l'enfant, né grâce à une gestation pour autrui réalisée en Ukraine. Ils figuraient cependant en tant que parents dans l'acte de naissance ukrainien. Ils n'auraient découvert la vérité qu'à la suite des examens pratiqués à la demande des autorités italiennes dans le cadre de la procédure de transcription sur les registres italiens de l'état civil. Usant de la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États en l'absence de lien biologique entre parents et enfant, la Cour de cassation a refusé la transcription au nom de la contrariété de la gestation pour autrui à l'ordre public italien et a confirmé le placement de l'enfant en vue de son adoption. Selon elle, l'adoption est, en droit italien, la seule institution permettant la réalisation d'un projet parental en l'absence de lien biologique entre parents et enfant.

d) Luxembourg

Comme les agents diplomatiques et les consuls luxembourgeois ne remplissent aucune fonction en matière d'état civil et ne dressent donc pas d'actes de l'état civil, ils n'auront pas à apprécier si une filiation établie à l'étranger doit être reconnue ou non et ils n'ont pas reçu d'instructions spécifiques pour les situations d'enfants nés de mères porteuses. Aucune procédure ni aucune vérification du lien biologique ne sont prévues. Si un Luxembourgeois souhaitait obtenir un titre de voyage pour un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger et qui était jusque-là inconnu des autorités luxembourgeoises, les décisions relèveraient des autorités nationales au Luxembourg (ministère de la justice en ce qui concerne la nationalité, et officier de l'état civil en ce qui concerne la filiation et le nom). Dans ce contexte, si un Luxembourgeois présentait au ministère de la justice ou à l'officier de l'état civil de son lieu de résidence un acte de naissance ou tout autre document relatif à un enfant qu'il présenterait comme le sien et dressé conformément à la loi applicable du lieu de naissance à l'étranger, tout dépendrait du contenu exact d'un tel document. Si le document produit contenait une indication permettant de pressentir l'intervention d'une mère porteuse, la filiation ne serait sûrement pas reconnue au Luxembourg, puisqu'une convention de mère porteuse peut y être considérée comme contraire à l'ordre public.

e) Pays-Bas

La pratique révèle une diversité de situations où des parents d'intention néerlandais ont conclu une convention de mère porteuse à l'étranger. Ils peuvent tout d'abord réclamer à leurs autorités consulaires la délivrance d'un passeport néerlandais pour l'enfant, et leur demande sera appréciée au regard des règles du droit international privé néerlandais, la décision émanant en dernier ressort du ministre des affaires étrangères. Ils peuvent aussi

⁷⁸ Plusieurs de ces décisions sont exposées en détail dans le document.

⁷⁹ Le résumé de cet arrêt est repris de l'article de H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH », précité, note 31.

demander seulement un permis de résidence pour ramener l'enfant aux Pays-Bas, ou plus simplement un visa touristique auprès du service de l'immigration et de la naturalisation pour faire entrer l'enfant sur le territoire national. Il arrive aussi que les parents d'intention n'engagent leurs démarches qu'une fois de retour aux Pays-Bas. La reconnaissance par les autorités néerlandaises d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger en conformité de la loi locale ou d'un jugement rendu en vertu de la loi étrangère locale et qui les désigne en qualité de parents légaux pourrait théoriquement être accordée dans le respect des conditions du droit commun (article 101, livre 10, du code civil), mais une cause de refus de reconnaissance pourrait en pratique être tirée de l'illicéité aux Pays-Bas de la convention qui est à l'origine de la naissance de l'enfant, comme en a décidé la cour de district de La Haye dans un arrêt du 23 novembre 2009 (affaire n° 328511/FA RK 09-317, arrêt non publié).

f) Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, un enfant né à la suite d'un accord entre un couple britannique et une mère de substitution étrangère est soumis à la législation britannique quand le couple souhaite faire entrer l'enfant sur le territoire britannique. Il doit donc s'y conformer, notamment en ce qui concerne l'application des règles relatives à la parentalité et à l'absence de versement à la mère porteuse de sommes excédant les frais raisonnablement engagés par elle. Certains systèmes judiciaires étrangers admettent que les parents d'intention acquièrent automatiquement le statut de parentalité, soit parce qu'ils sont désignés en qualité de père et mère dans l'acte de naissance, soit par l'effet d'un jugement étranger. Cependant, s'ils résident ou s'ils sont domiciliés au Royaume-Uni, il est possible qu'ils ne soient pas considérés comme les parents légaux, notamment en vue de l'autorisation d'entrée sur le territoire et de la nationalité de l'enfant, ce qui peut les empêcher de ramener celui-ci au Royaume-Uni. La solution consiste alors à faire une demande de décision parentale, ce qui exige que l'un d'entre eux au moins possède un lien génétique avec l'enfant. En outre, une difficulté peut résulter du fait qu'ils aient rémunéré la mère de substitution dans le cadre d'un accord à titre onéreux, comme c'est souvent le cas, et, selon la législation britannique, ils devront alors demander au tribunal d'autoriser leurs versements avant qu'une décision parentale ne puisse leur être accordée. Le tribunal examinera les circonstances particulières de la situation avant de décider s'il convient de faire exception à la politique publique britannique qui interdit les maternités de substitution à des fins lucratives.

Lorsqu'un enfant est né à l'étranger d'une mère de substitution, sa naissance doit être enregistrée selon les dispositions légales en vigueur dans l'État où il est né. Par la suite, le couple demandeur (*commissioning couple*) pourra demander une décision parentale auprès du tribunal britannique compétent (Angleterre et Pays de Galles, Écosse et Irlande du Nord), en procédant de la même façon que si la naissance avait eu lieu au Royaume-Uni. Pour cela, certains critères réglementaires devront être satisfaits, notamment le fait que les parents demandeurs soient domiciliés au Royaume-Uni, dans les Iles Anglo-Normandes ou dans l'île de Man.

g) Suisse

La reconnaissance de la décision étrangère concernant la maternité de substitution doit être conforme aux principes généraux du droit international privé suisse et notamment ne pas être manifestement contraire à l'ordre public suisse. L'intérêt de l'enfant est le critère prépondérant d'ordre public. Le principe de droit interne qui veut que le lien juridique de filiation maternelle s'établisse de plein droit, entre l'enfant et la femme qui lui a donné naissance, n'a pas été érigé en règle d'ordre public en droit international privé, afin d'éviter des rapports juridiques boiteux. Lorsqu'une situation de maternité de substitution réalisée à l'étranger est jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse, la filiation maternelle de la mère commanditaire ne sera pas reconnue. La filiation paternelle établie à l'étranger peut être maintenue ou supprimée en même temps que la filiation maternelle, si la situation familiale réalisée à l'étranger dans son ensemble est jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse. Un grand nombre de situations peuvent se présenter, selon qu'il s'agit d'une famille commanditaire monoparentale (mère seule ou père seul), une famille commanditaire avec deux parents hétérosexuels ou un couple de même sexe.

Si les liens de filiation résultant d'une situation de maternité de substitution à l'étranger ne sont pas reconnus en Suisse, il sera néanmoins possible parfois d'établir un lien de filiation à l'égard de l'un ou des deux parents commanditaires en application du droit suisse. La filiation paternelle peut dans ce cas résulter d'une reconnaissance d'enfant, d'une action judiciaire en paternité ou d'une adoption. La reconnaissance d'enfant et l'action en paternité nécessitent que la filiation maternelle soit établie. Aucune autre filiation paternelle ne doit par ailleurs avoir été établie, notamment sur le fondement de la présomption de paternité du mari de la mère porteuse. Dans ce cas-là, l'adoption reste donc le seul moyen pour créer un nouveau lien de filiation entre l'enfant et le père commanditaire. Les parents de l'enfant doivent en principe y consentir, à moins que l'on puisse faire abstraction de leur consentement dans les conditions restrictives de la loi (article 265, a, à 265, d, du code civil).

Pour la femme commanditaire, si la mère porteuse a été inscrite dans le registre de l'état civil suisse en tant que mère, la filiation ne peut être établie que par adoption, pour autant que les parents y aient consenti ou que l'on puisse faire abstraction de leur consentement (article 265, a, à 265, d, du code civil). En effet, la mère d'intention ne peut pas reconnaître l'enfant, ni agir en constatation de la maternité, quand bien même l'un de ses ovules aurait été à l'origine de la conception.

Une personne mariée peut adopter un enfant avec son conjoint ou peut adopter l'enfant de son conjoint, notamment lorsque le père a reconnu l'enfant. Le mariage n'est admis en droit suisse qu'entre deux personnes de sexe différent. Une personne seule peut adopter, mais l'adoption rompt tous les liens de filiation antérieurs, notamment ceux établis par reconnaissance d'enfant avec le père commanditaire. De plus, l'adoption par une personne seule est exceptionnelle, car l'intérêt de l'enfant commande en règle générale son intégration dans une famille biparentale. Le droit suisse de l'adoption ne permet actuellement pas à un couple de personnes de même sexe liées par un partenariat, ni à des concubins (hétérosexuels ou homosexuels) d'adopter ensemble.

h) Espagne⁸⁰

Une décision du Tribunal suprême du 10 février 2014 semble reconnaître certaines possibilités d'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui. Si cette décision ne remet pas en cause l'interdiction légale de la gestation pour autrui - elle refuse d'ailleurs une transcription d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger sur un acte d'état civil en se référant à l'ordre public espagnol -, elle accepte toutefois de reconnaître certains effets de la gestation pour autrui sur le plan de la filiation en permettant à certains parents d'intention de recourir à l'adoption. Les juges affirment dans cette décision que le couple (homosexuel) pourra obtenir l'inscription de la filiation de l'enfant sur les registres d'état civil, en effectuant une reconnaissance de paternité pour le père et en recourant aux mécanismes de l'adoption pour le conjoint.

3. La Conférence de La Haye en droit international privé

Conformément au mandat qui lui a été confié par les membres, le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé étudie actuellement les questions de droit international privé liées à la filiation juridique des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution. Dans un document préliminaire, établi en mars 2011, le bureau permanent faisait valoir qu'un futur instrument général pourrait par exemple contenir :

- des règles uniformes relatives à la compétence des tribunaux et des autres autorités pour rendre des décisions en matière de filiation juridique d'effet général (c'est-à-dire *erga omnes*) ;
- des règles uniformes pour la loi applicable ;
- les règles correspondantes en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de telles décisions ;
- des règles uniformes pour la loi applicable à l'établissement de la filiation juridique de plein droit ou par contrat ;
- des principes en matière de loi applicable ou de reconnaissance concernant l'établissement de la filiation par reconnaissance volontaire.

À la suite de l'examen de ce document préliminaire, le bureau permanent a été invité à établir un questionnaire permettant d'obtenir des informations plus détaillées sur l'étendue et la nature des questions de droit international privé rencontrées en ce qui concerne les conventions de maternité de substitution à caractère international. Sur la base des réponses obtenues, le bureau permanent a publié, en 2014, l'étude précitée. Un grand nombre d'États se sont prononcés pour la constitution d'un groupe d'experts chargé « *d'approfondir l'étude de la faisabilité d'établir un instrument multilatéral dans le domaine de la filiation/maternité de substitution* »⁸¹.

4. Les décisions du tribunal de grande instance de Nantes postérieures aux arrêts Mennesson et Labassée

Pour les raisons indiquées plus haut, le contentieux de la transcription des actes d'état civil relève de la compétence du tribunal de grande instance de Nantes. Ce dernier a rendu récemment trois décisions :

a) Jugement du 13 mai 2015, n° 14/07499 (X... c/procureur de la République)

S'agissant d'un enfant né aux États-Unis :

« Le fait que la naissance de l'enfant puisse être la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte, et ce, dans l'intérêt de l'enfant, qui ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance.

En considération de ces éléments, il apparaît que c'est à bon droit que M. X... sollicite la transcription de l'acte de naissance de l'enfant [...], cette transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle cet enfant peut prétendre en qualité d'enfant d'un ressortissant français.

La demande de transcription sera en conséquence accueillie [...]. ».

b) Jugement du 13 mai 2015, n° 14/07503 (X... c/procureur de la République)

S'agissant de deux enfants nés en Inde :

« Le fait que la naissance des enfants soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte, et ce, dans l'intérêt de l'enfant, qui ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance.

S'il ressort des mentions des actes de naissance des enfants que ceux-ci ne portent aucune indication du nom de la mère et que la filiation maternelle des enfants n'est en conséquence pas établie, il sera cependant constaté que les actes ont été régulièrement établis par les autorités indiennes, en ce qu'ils n'établissaient que la filiation paternelle à l'égard de M. X... ; que cette circonstance ne saurait, au regard de l'intérêt des enfants tel que déterminé par la Cour européenne, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation dans la mesure où il n'est pas contesté que cette filiation paternelle est la seule juridiquement reconnue aux enfants.

En considération de ces éléments, il apparaît que c'est à bon droit que M. X... sollicite la transcription des actes de naissance des enfants [...], cette transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant

⁸⁰ Les données concernant l'Espagne sont puisées dans l'étude comparative réalisée par le bureau du droit comparé du SAEI en octobre 2014.

⁸¹ Voir le rapport du bureau permanent établi en février 2015 ; l'ensemble des documents du bureau permanent se trouvent sur le site de la Conférence (<http://www.hcch.net/indexfr.php>).

constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle ces enfants peuvent prétendre en leur qualité d'enfants d'un ressortissant français et qui, au cas d'espèce, apparaît d'autant plus importante qu'il s'agit du seul lien de filiation qui soit établi.

La demande de transcription sera en conséquence accueillie [...] ».

c) Jugement du 13 mai 2015, n° 14/07497 (X...-Y... c/procureur de la République)

S'agissant de deux enfants nés en Ukraine :

« Le fait que la naissance des enfants soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte, et ce, dans l'intérêt des enfants, qui ne sauraient se voir opposer les conditions de sa naissance.

M. Patrice X... et Mme Aurélia Y..., épouse X..., sont, suivant les énonciations des actes de naissance établis en Ukraine, les pères et mère des enfants [...]. Le fait que Mme X... soit portée à l'acte en tant que mère des enfants alors qu'elle n'a pas accouché ne saurait, au regard de l'intérêt des enfants tel que déterminé par la Cour européenne, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation dans la mesure où il n'est pas contesté que cette filiation maternelle est la seule juridiquement reconnue aux enfants comme régulièrement établie dans le pays de naissance.

En considération de ces éléments, il apparaît que c'est à bon droit que M. et Mme X... sollicitent la transcription des actes de naissance des enfants [...], cette transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle ces enfants peuvent prétendre en leur qualité d'enfants de ressortissants français.

Les demandes de transcription seront en conséquence accueillies [...] ».

Ainsi le tribunal de grande instance de Nantes tire-t-il des conséquences assez larges des arrêts Mennesson et Labassée en ordonnant la transcription pure et simple des actes de naissances concernant des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui, sans rechercher si le père désigné est le père biologique et même lorsqu'il est avéré que la femme qui figure dans cet acte n'est pas celle qui a accouché.

D. - Les pistes proposées

1. Instituer une filiation putative

Dans son étude précitée sur la révision des lois de bioéthiques, le Conseil d'État explore les pistes permettant d'assurer aux enfants une certaine sécurité de la filiation⁸². Parmi elle figure l'institution d'une filiation putative :

« Il a été proposé de dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite, dans l'esprit de l'évolution qui a été constatée pour les enfants adultérins.

Dans ce dernier domaine, la loi a fini par reconnaître des droits, notamment successoraux, équivalents à ceux des autres enfants. Pour pallier les inconvénients résultant de l'absence de filiation des enfants issus de gestation pour autrui, la solution pourrait être d'admettre une sorte de "filiation putative" (en comparaison avec l'institution du mariage putatif admis par le droit français : en vertu de l'article 201 du code civil, un mariage déclaré nul peut malgré tout produire ses effets s'il a été contracté de bonne foi)⁸³.

On doit rappeler que l'article 201 du code civil prévoit que :

« Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux ».

Ces dispositions permettent d'atténuer l'effet rétroactif de l'annulation d'un mariage en prévoyant le maintien de certains droits acquis avant l'annulation : usage du nom du mari par la femme, application des conventions matrimoniales, bénéfice d'une succession, acquisition de la nationalité, etc. Ainsi qu'il a été relevé plus haut, le Conseil d'État a suggéré que, sur le modèle du mariage putatif, la reconnaissance d'une filiation putative soit envisagée. La question de savoir à quel titre la loi française s'appliquerait au regard des dispositions des articles 311-14 et 311-15 du code civil (voir *infra*) pourrait trouver une réponse dans la transposition de la jurisprudence de la Cour de cassation qui juge que le caractère putatif du mariage dépend de la loi qui édicte les causes de nullité du mariage et qui, de ce fait, a compétence pour régler les conséquences de cette nullité⁸⁴. L'institution d'une filiation putative pourrait résoudre une partie des problèmes pratiques décrits plus haut en cas de non-transcription de l'acte d'état civil. En revanche, et à supposer même qu'une telle institution puisse être l'œuvre de la jurisprudence et non du législateur, elle ne semble pas propre à remédier aux problèmes mis en avant par la Cour européenne des droits de l'homme, relatifs à l'identité que peut rencontrer l'enfant dont la filiation n'est pas reconnue.

2. Admettre une transcription partielle

Dans la même étude, le Conseil d'État écrit :

« Il pourrait également être envisagé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre une possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, impossible en l'état du droit. Cette solution permettrait au juge de contrôler l'adoption et de n'admettre celle-ci que si elle est dans l'intérêt de

⁸² Pages 65 et suivantes du rapport précité, note 10.

⁸³ Page 65 du rapport.

⁸⁴ 1^{er} Civ., 14 juin 1957.

l'enfant. Cette solution pose toutefois un problème dans le cadre des couples non mariés, puisque l'adoption n'est pas permise au sein de tels couples : ainsi, un arrêt du 20 février 2007 de la Cour de cassation a annulé une décision admettant l'adoption de l'enfant par la compagne du père, au motif que cette adoption entraînait le transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante seule. Il en résulterait donc une différence selon le statut matrimonial du couple. En effet, l'adoptante non mariée serait alors seule investie de l'autorité parentale (cf. articles 356 et 365 du code civil), à l'exclusion du père, et la question de l'héritage resterait entière.

Toutes ces solutions auraient cependant pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne. Elles conduiraient en effet à reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite.

En privant d'une partie de ses effets l'interdiction de la gestation pour autrui, on prendrait le risque de faciliter des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine, qu'il s'agisse de la mère gestatrice ou de l'enfant. Sur un plan autant juridique que symbolique, il paraît délicat de concilier le maintien de cet interdit en France et la reconnaissance de certains effets d'une gestation régulièrement conduite à l'étranger. En outre, admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu légalement recours à une gestation pour autrui à l'étranger sans autoriser la même pratique pour les "parents d'intention" qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France créerait une injustice entre les enfants élevés par des couples ayant eu les moyens de se rendre à l'étranger et les enfants élevés par ceux qui n'auraient pu le faire.

Des solutions ponctuelles peuvent cependant être imaginées dans le but de pallier les difficultés pratiques des familles, sans modifier les règles relatives à la filiation.

On pourrait ainsi permettre la transcription de la seule filiation paternelle, en considérant qu'il en va de l'intérêt de l'enfant que sa filiation soit reconnue à l'égard de son père biologique ; puis, à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. Toutefois, de même que l'option précédente consistant à permettre une adoption par la mère, le recours à une délégation-partage de l'autorité parentale nécessite que l'on admette une possibilité d'établissement de la filiation paternelle (par la transcription de l'acte étranger, ou par la reconnaissance). Celle-ci ne devrait pas, malgré les incertitudes jurisprudentielles, créer de difficulté, puisqu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père, lequel se trouve dans une situation similaire à celle du père d'un enfant né hors mariage. La filiation paternelle paraît au Conseil d'État pouvoir être reconnue.

On pourrait enfin autoriser l'inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant d'une mention relative au jugement étranger qui a reconnu la mère d'intention comme mère, en prévoyant que cette inscription aurait pour seul effet d'éviter qu'en cas de décès de la mère, une procédure d'adoption plénière par un tiers puisse priver les parents de la mère d'intention de tout lien avec l'enfant (cette inscription aurait pour effet de permettre une adoption simple, mais non plénière) »⁸⁵.

L'article 7, alinéa 2, du décret n° 62-921 du 3 août 1962, précité, page 25, dispose que « seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant ». Cette formulation correspond à un abandon de la conception originelle de la transcription, selon laquelle l'acte transcrit était une reproduction intégrale de l'acte de l'état civil étranger, sans qu'aucune analyse du contenu ne soit effectuée par l'officier de l'état civil consulaire⁸⁶. Une transcription partielle semble donc pouvoir être envisagée lorsque certaines des mentions de l'acte établi à l'étranger ne sont pas conformes à la loi française. Saisie d'une question d'un député portant sur la transcription consulaire d'un acte de naissance, établi au Québec, qui mentionnait, en qualité de parents, deux femmes mariées entre elles, le ministre de la justice a répondu que, « sous réserve que la preuve de l'accouchement soit rapportée, la transcription partielle de l'acte de naissance peut être admise. L'acte portera alors l'unique indication, comme mère, de la femme qui a accouché »⁸⁷.

Si l'on admettait la transcription des seules mentions relatives au père génétique lorsqu'il apparaît que l'acte d'état civil établi à l'étranger se rapporte à un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui, la question se poserait du contrôle que l'agent consulaire peut exercer sur la preuve de la filiation biologique, étant rappelé que, selon l'article 16-11 du code civil,

« L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1° dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2° à des fins médicales ou de recherche scientifique ;

3° aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides [...] ».

Il va de soi qu'une expertise génétique ne pourrait pas être ordonnée lors de la demande de transcription de l'acte. En l'état actuel de la législation, elle ne pourrait pas non plus être ordonnée par le juge saisi (comme dans les affaires qui nous sont soumises aujourd'hui) à la suite d'une contestation de la transcription par le ministère public. En effet, ce juge n'est pas saisi d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation. L'une des questions qui se posent est alors de savoir si ce juge devrait admettre la transcription sur

⁸⁵ Page 66 de l'étude.

⁸⁶ V. L.-D. Hubert, G. Auvolat et P. Brunel, *Juris-Classeur civil*, article 47 et 48, fasc. 20, n° 95.

⁸⁷ Réponse du 15 avril 2008.

la simple constatation que l'acte de naissance précise que le père est le père biologique, cette constatation pouvant être corroborée ou remplacée par un certificat délivré dans le pays de naissance et attestant de la filiation biologique.

Par ailleurs la transcription de la seule filiation paternelle biologique laisse entière la question de la mère. Peut-on admettre que l'intérêt de l'enfant est d'avoir une certitude sur sa filiation biologique à l'égard de son père mais pas à l'égard de sa mère ? Mais la question se pose alors de savoir ce qu'il faudrait entendre par « *mère biologique* ». Dans son arrêt du 16 décembre 2014, la cour d'appel de Rennes a considéré qu'il s'agit de la mère ayant accouché, puisque c'est elle que le droit français désigne comme étant la mère. Mais la question peut se poser de savoir si la mère qui a fourni les ovocytes n'est pas tout autant la mère biologique. Dans les affaires *Mennesson et Labassée*, la question ne se posait pas puisque l'acte de naissance désignait la mère d'intention, qui n'était pas celle dont provenaient les ovocytes.

S'agissant de la délégation d'autorité parentale, l'article 377, alinéa premier, du code civil dispose que :

« *Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

En 2002, le législateur a introduit la « *délégation-partage* », qui est organisée par l'article 377-1, alinéa 2, du code civil :

« *Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire* ».

3. Admettre la transcription totale

Le rapport Théry/Leroyer, précité, a également envisagé un certain nombre de « *solutions propres à permettre une prise en compte humaine et satisfaisante de l'intérêt de l'enfant* ». La première consiste à admettre l'établissement de la filiation en droit français, dès lors qu'elle correspond à la vérité biologique. Selon le rapport, cette solution pourrait se justifier dans la mesure où il est discutable d'invoquer l'ordre public international pour priver d'effets des solutions valablement constituées selon le droit français. Il estime contestable de prétendre que la filiation elle-même serait frauduleuse, puisque précisément elle correspond à la vérité biologique. Il observe cependant que cette solution ne permettrait que l'établissement partiel de la filiation de l'enfant. En effet, seule la paternité serait alors établie. La mère d'intention, même lorsqu'elle est la mère génétique, serait privée de la possibilité de reconnaître l'enfant, puisqu'elle n'en a pas accouché.

Une autre voie, dans la même ligne, consisterait à autoriser une transcription partielle des actes d'état civil étrangers, et ce, dès lors que les filiations paternelle et/ou maternelle qu'ils constatent sont conformes à la vérité biologique. Ainsi, seraient transcrits les actes qui mentionnent le nom du père biologique et celui de la mère porteuse si elle est également la mère génétique de l'enfant, voire, par exception à la règle *mater semper certa*, de la filiation de la mère d'intention, si celle-ci est également la mère génétique de l'enfant et que c'est elle qui, en vertu du droit étranger, a été inscrite en qualité de mère dans l'acte de naissance étranger. Le rapport souligne cependant que l'inconvénient de la solution est de risquer, dans certains cas, de rattacher l'enfant d'une manière totalement théorique à la mère porteuse, alors même que seule la mère d'intention s'occupera de l'enfant.

Une troisième solution consisterait à reconnaître uniquement les situations valablement constituées à l'étranger conformes à certains standards éthiques minimum, tels que :

- un consentement convenablement éclairé de la femme porteuse ;
- l'absence de toute mesure ayant porté atteinte à la dignité (par exemple, en cas de gestation pour autrui consentie par détresse financière), à la liberté individuelle ou à la santé de la femme porteuse ;
- l'exigence d'un jugement (ou d'un acte public équivalent) rendu à l'étranger qui confère aux parents d'intention la qualité de parents juridiques (l'intervention d'un juge pouvant être considérée comme la garantie d'un encadrement minimum).

Une telle solution rejoint celle de l'Espagne. Plusieurs raisons peuvent néanmoins lui être opposées :

- le « sacrifice » de l'enfant est tout aussi inacceptable dans les cas où la gestation pour autrui s'est déroulée dans des conditions contraires à tout standard éthique minimum (concrètement, la reconnaissance sélective pourrait revenir à « sauver » l'enfant né en Californie, mais non celui né en Inde ou en Ukraine...) ;
- en fait, cela reviendrait en définitive à faire peser sur l'enfant les conséquences du choix de ses parents de recourir à une gestation pour autrui réalisée hors d'un cadre éthique minimum ;
- par ailleurs, certains enfants continueraient de rester sans filiation reconnue par le droit français.

La dernière solution envisagée par le groupe de travail consiste à admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger, assortie de sanctions pénales. Cette solution reposerait sur l'idée que soient mis en place des moyens propres à ne pas vider de son sens la prohibition de la gestation pour autrui posée à l'article 16-7 du code civil. Dans cette perspective, assortir cette proposition de sanctions pénales à l'égard des parents d'intention pourrait être envisagé en particulier dans les cas où les standards éthiques minimum n'ont pas été respectés. De telles sanctions seraient alors prévues par dérogation au principe de territorialité de la loi pénale. Toutefois, l'idée de prévoir des sanctions à l'égard des parents d'intention a été jugée critiquable dans la mesure où elle conduirait à sanctionner indirectement l'enfant, en plaçant ses parents en prison ou en les condamnant pécuniairement.

Aussi la solution finalement préconisée par le groupe de travail consiste-t-elle à admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, tout en accompagnant cette reconnaissance d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de La Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne.

Dans un article écrit postérieurement à ce rapport⁸⁸, Mme Irène Théry et Mme Anne-Marie Leroyer écrivent :

« Sur la crainte d'une absence de sanction à l'encontre des parents qui auraient ainsi recours au processus de gestation pour autrui à l'étranger, on soulignera deux points. Le premier est relatif à l'efficacité de cette soi-disant sanction. Dans les pays prohibant la gestation pour autrui, mais reconnaissant la filiation des enfants ainsi conçus à l'égard des parents d'intention, il n'y a pas eu d'essor du recours à la gestation pour autrui (v. l'exemple espagnol et l'instruction du 5 octobre 2010 ; G. Schamps et J. Sossou (ss. dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, p. 213 et s. ; Adde F. Granet, « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les pays membres de la CIEC », 2014, site de la CIEC). Surtout, pour ceux qui trouveraient l'argument spécieux, en s'attachant à l'aspect symbolique de la sanction, il faut relever que s'agissant d'un processus réalisé à l'étranger pour des nationaux français, il n'y a guère qu'un instrument de coopération internationale qui pourrait permettre d'éviter les abus⁸⁹.

C'est une solution du même ordre que semble préconiser Mme Johanna Guillaumé à la fin de son commentaire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *Menesson et Labassée*⁹⁰.

Cet auteur écrit :

« La CEDH n'impose pas la reconnaissance des actes de naissance étrangers. Elle impose simplement l'établissement de la filiation, y compris suivant les modes d'établissement du droit interne, qu'il s'agisse de la reconnaissance, de la possession d'état ou encore de l'adoption. Cette dernière possibilité laisse perplexe, dans la mesure où l'obligation d'établir la filiation repose sur l'intérêt de l'enfant d'établir sa filiation biologique. On peut se demander si l'adoption de l'enfant par son père biologique serait de nature à satisfaire cet objectif identitaire, la filiation adoptive s'opposant en principe à la filiation biologique. N'y aurait-il pas une contradiction, attentatoire à l'identité de l'enfant, si l'on permettait au père biologique d'adopter son propre enfant ?

On peut aussi se demander si la possibilité de créer un nouveau lien de filiation paternelle satisfait véritablement l'intérêt de l'enfant. En effet, si la filiation est établie en application des règles matérielles françaises, l'absence de reconnaissance du lien de filiation étranger entraîne une rupture dans la continuité du statut personnel de l'enfant. Exceptée dans l'hypothèse de la reconnaissance prénatale, cette rupture se manifeste par une absence de filiation. À quelle condition cette rupture est-elle contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ? Tout dépend de l'appréciation qui en est faite.

Soit l'on considère que l'intérêt de l'enfant est atteint dès lors qu'il se trouve dans "une situation d'incertitude juridique" (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, préc., pt. 96 ; CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, pt. 75) du fait de l'absence de filiation dans l'ordre juridique français. Si la filiation est établie en France après le retour de l'enfant, selon un mode prévu par le droit interne, l'absence de filiation ne sera que temporaire. Elle a néanmoins l'inconvénient d'exister et de placer l'enfant dans un statut boiteux. Suivant le mode d'établissement de la filiation, cette absence provisoire de filiation peut disparaître de façon rétroactive. Tel est le cas avec la reconnaissance. En revanche, en cas d'adoption, la création du lien de filiation prend effet au jour du dépôt de la requête en adoption (article 355 du code civil). Quant à la possession d'état, il existe un doute sur la nature déclarative ou constitutive de l'acte de notoriété (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, Dalloz, 8^e éd., 2011, p. 467, n° 522). Quoi qu'il en soit, l'existence du statut boiteux en tant que tel ne semble pas être un souci pour la CEDH, puisqu'en imposant le seul établissement de la filiation biologique, elle maintient l'enfant dans un statut personnel boiteux du point de vue de sa filiation maternelle.

Il faut donc considérer que l'intérêt de l'enfant n'est atteint que si l'absence de filiation engendre une difficulté concrète, au regard notamment de sa succession ou de sa nationalité. Dans ce cas, seule la reconnaissance prénatale permet d'assurer la continuité du statut de l'enfant. Par exemple, dans l'affaire *Labassée*, les époux avaient obtenu le certificat de notoriété deux ans après la naissance de l'enfant. La transcription de l'acte de notoriété aurait satisfait les exigences de la CEDH. Pourtant, si le père était décédé durant ces deux années, donc avant que le lien de filiation ne soit créé en France, l'enfant n'aurait pas eu de vocation successorale. Finalement, même si la CEDH évoque la reconnaissance d'enfant, la possession d'état et l'adoption, le meilleur moyen de protéger l'intérêt de l'enfant apprécié in concreto, hormis la transcription des actes de naissance étrangers, est la reconnaissance prénatale [...].

En imposant la seule reconnaissance de la filiation biologique, la CEDH a donc fait le choix d'une solution modérée. Quitte à faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, n'aurait-il pas mieux fallu imposer la reconnaissance de la double filiation paternelle et maternelle prononcée par le droit étranger ? (solution préconisée par le rapport de la mission "Filiation, origines, parentalité", à l'unanimité des membres du groupe).

Certes, une telle solution aurait pour conséquence de cautionner le contournement de la loi française, récemment qualifié de fraude à la loi. Mais la sanction ne doit pas peser sur l'enfant, étranger à la conclusion du contrat de mère porteuse. Elle aurait également pour conséquence de faire triompher la loi étrangère permissive au détriment du droit prohibitif du for, pourtant impératif au plan international. Mais la France n'admet-elle pas la primauté de la loi permissive lorsqu'il s'agit de la loi française ? La loi du 17 mai 2013 permet en effet à un individu de se marier

⁸⁸ I. Théry et A.-M. Leroyer, « Les suites du rapport Filiation, origine, parentalité », *Droit de la famille*, septembre 2014.

⁸⁹ Pour une étude très complète de la question de l'élaboration d'un tel instrument, v. H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *Journal de droit international*, avril 2014.

⁹⁰ J. Guillaumé, « Transcription d'un acte de naissance étranger, gestation pour autrui », *Journal du droit international* (Clunet), n° 4, octobre 2014, comm. 5, précité.

avec un conjoint de même sexe, en dépit de sa loi nationale prohibitive, dès lors que ce conjoint est lié par sa nationalité, son domicile voire sa simple résidence à un État qui autorise l'union. Elle admet donc que le statut prohibitif cède, au risque de créer une union boiteuse. Elle admet que le droit de célébrer un mariage homosexuel l'emporte sur les valeurs essentielles étrangères ».

4. Maintenir l'interdiction de la transcription mais ouvrir la voie d'une « reconstruction » de la filiation

L'expression « reconstruction de la filiation » est empruntée à M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon, qui, dans leur article précité⁹¹, écrivent que « la reconstruction de la filiation selon les règles du pays d'accueil (en France, les règles de la filiation biologique et celles de l'adoption) paraît plus respectueuse des prohibitions légales que la voie de la reconnaissance de l'acte d'état civil étranger puisque le lien de filiation ne découle plus, indirectement, du contrat de gestation pour autrui, mais de la nécessité de respecter l'identité de l'enfant et de préserver son intérêt ».

L'idée serait que la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui reste impossible, mais que cette impossibilité soit compensée par la possibilité d'établir la filiation selon les règles du droit français. On peut se demander s'il n'est pas contradictoire, après avoir refusé de transcrire une filiation au nom de l'ordre public international, d'admettre que la filiation puisse être établie, selon les règles du droit français, alors que l'ordre public interne est *a priori* plus strict que l'ordre public international. Mais si la suggestion d'une reconstruction peut se discuter, elle est incontestablement très féconde et mérite, pour cette raison, qu'on l'étudie en détail.

La question se présente de manière différente selon que l'on envisage d'établir uniquement la filiation biologique ou que l'on étend la démarche à la filiation d'intention.

a) Permettre l'établissement de la filiation biologique

Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, la jurisprudence de la Cour de cassation s'oppose actuellement à la reconnaissance paternelle d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui, même lorsque l'auteur de la reconnaissance est le père biologique. La voie suggérée par M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon suppose donc un infléchissement de cette jurisprudence. Il est important de préciser que, si cette voie était ouverte, elle ne pourrait être empruntée que sous le contrôle du ministère public, compétent en application de l'article 336 du code civil. En cas de contestation, la filiation pourrait être établie par un test ADN, étant rappelé que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder⁹². La Cour de cassation contrôle les motifs par lesquels les juges justifient le refus d'ordonner une expertise biologique et se montre assez stricte pour admettre un motif légitime. Ainsi, dans le cadre d'une recherche en paternité, elle a censuré une décision qui, pour rejeter une demande d'expertise, avait relevé que le demandeur ne fournissait aucun indice ou présomption de paternité et qu'il ne connaissait pas l'adresse de la personne dont il cherchait à établir qu'il était le père.

En cas de succès de l'action, le jugement qui prononce expressément l'établissement de la filiation est déclaratif. Il en résulte que l'enfant peut réclamer tous les droits afférents à sa qualité et ouverts à son profit depuis sa naissance⁹³. Par ailleurs il faut rappeler que la reconnaissance de filiation peut être faite avant la naissance.

Le problème de l'établissement de la filiation biologique se pose de manière très différente selon qu'il s'agit de la filiation paternelle ou de la filiation maternelle.

1° La filiation biologique paternelle

- La voie d'une action d'une action en recherche de paternité

Dans son commentaire des arrêts Mennesson et Labassée, M. Louis d'Avout envisage une action en recherche de filiation⁹⁴. Il écrit :

« Il n'est pas interdit de penser que la doctrine hexagonale, trop focalisée sur les débats idéologiques - bien sûr légitimes et importants - et les discussions de méthode, n'a pas suffisamment accompagné la jurisprudence nationale pour lui éviter cette condamnation européenne. Idéalement, il aurait fallu souligner et mieux faire comprendre qu'un refus de coopération de la France aux politiques législatives étrangères, se traduisant par l'inopposabilité en France des jugements et actes publics étrangers, n'interdisait pas de faire jouer ensuite les règles de conflit de lois (articles 311-14 et s. du code civil) pour permettre à l'enfant, représenté en justice à cette fin, d'agir contre son père biologique pour l'établissement de sa filiation. À notre sens, il eût même été possible d'infléchir la jurisprudence de droit interne, afin de permettre une constitution, par voie de possession d'état, du lien de filiation avec la mère d'intention, après quelques années de vie en France avec l'enfant (le droit français étant alors compétent au titre de l'article 311-15 du code civil). Ce jeu possible des conflits de lois, pourtant classique, n'a pas été entendu ; pour partie, semble-t-il, à cause de l'incroyable effet de brouillage doctrinal lié à la promotion récente d'une nouvelle méthode dite de « reconnaissance des situations ».

Prudemment motivés, ce dont on leur saura gré, les arrêts Mennesson et Labassée n'obligent nullement à la reconnaissance, directe et obligatoire, des rapports de filiation consécutifs à une gestation pour autrui menée à l'étranger. L'exception tirée de la fraude ou de l'ordre public continue à constituer le motif possible d'un refus de coopération aux politiques étrangères et à l'action des autorités publiques étrangères, à condition d'être maniée avec prudence à la lumière des droits fondamentaux. En toute circonstance, l'intérêt de l'enfant à la préservation

⁹¹ « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH », précité, note 31.

⁹² 1^{re} Civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12.806, *Bull.* 2000, I, n° 103 ; solution réaffirmée par exemple par 1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-13.913, *Bull.* 2005, I, n° 257.

⁹³ 1^{re} Civ., 29 juin 1977, pourvoi n° 7415.080, *Bull.* 1977, I, n° 305 ; CE, 16 février 1979, n° 12722.

⁹⁴ L. d'Avout, « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *Rec. Dalloz* 2014, p. 1806, précité.

de son identité et de sa vie privée pourrait obliger désormais les juges français, sollicités à cette fin, à mettre en œuvre leurs règles de conflits de lois, afin que l'enfant ne soit pas privé sans raison suffisante du droit d'établir sa filiation biologique. Ainsi entendue, la jurisprudence de la Cour européenne ne constitue qu'un tempérament à la jurisprudence française, qui peut (et, selon nous, devrait) continuer à proroger, en matière internationale, la volonté claire du législateur, sauf à en tempérer parfois les effets concrets dans l'intérêt de la personne privée de bonne foi (ici : l'enfant, et lui seulement).

Notre rôle d'annotateur n'est pas de livrer un guide pratique de transposition des arrêts de la Cour européenne. Mais, pour résumer le propos et à supposer que les arrêts commentés deviennent définitifs, il est loisible de présenter ainsi les deux réactions jurisprudentielles principalement envisageables en France :

- la réaction maximale consisterait en une reconnaissance partielle en France des liens de filiation biologique découlant des jugements et des actes étrangers d'état civil, obtenue techniquement par refus de déclenchement de l'exception d'ordre public ou de fraude. Mais cette reconnaissance partielle serait malaisée, qui coexisterait, s'agissant des mêmes titres, avec un refus de reconnaissance de la filiation maternelle, établie à l'étranger dans des circonstances contraires à l'ordre public français et non affectée par la décision de la Cour européenne ;

- la réaction minimale impliquerait, quant à elle, le maintien du refus de reconnaissance des jugements et actes étrangers, motif pris de la fraude des parents et de l'atteinte à l'ordre public, mais l'admission corrélative de l'enfant, dûment représenté en justice, à l'établissement en France de sa filiation en application des règles françaises de résolution des conflits de lois (filiation biologique à l'égard du père ; fondée éventuellement sur la possession d'état à l'encontre de la mère d'intention) ».

La solution « minimale » que propose M. d'Avout est celle qui sépare le mieux, au moins sur le plan symbolique, l'action destinée à établir la paternité et celle qui vise à faire transcrire l'acte d'état civil, puisque la première est intentée au nom de l'enfant, dans son intérêt, au lieu que la seconde est mise en œuvre par le père. Ainsi, sur le plan des principes, n'apparaît-il pas contradictoire d'interdire au père d'obtenir la transcription d'un acte d'état civil qui est la conséquence d'une fraude tout en permettant à l'enfant, auquel aucune fraude ne saurait être reprochée, de faire établir sa filiation. Toutefois cette distinction reste, dans une large mesure, symbolique, tant il est vrai qu'on ne peut pas réduire la filiation à un lien biologique. En faisant établir sa filiation, l'enfant ne fait pas seulement reconnaître un lien biologique, mais facilite l'instauration d'un lien social qui implique tout autant son père ; à l'inverse, il est artificiel de séparer, dans la transcription de l'acte de naissance, les effets qu'elle produit à l'endroit du père et ceux qu'elle a sur l'enfant.

Pour apprécier la manière dont cette solution pourrait être mise en œuvre, il faut se rappeler que, selon l'article 327 du code civil, « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant ». Si l'enfant est mineur, l'action pourrait être engagée en son nom par son père, puisqu'il semble admis que, malgré l'absence de reconnaissance, en France, du lien de filiation entre l'enfant et le père figurant sur l'acte de naissance établi à l'étranger, ce dernier puisse représenter le premier devant les juridictions françaises⁹⁵. À défaut, l'action sera engagée par un tuteur *ad hoc*, conformément à l'article 408, alinéa 2, du code civil. Si une action en recherche de paternité est ainsi engagée, la filiation se prouve et se conteste par tout moyen (article 310-3 du code civil). Elle pourrait donc être établie par un test ADN, dans les conditions décrites plus haut. En cas de succès de l'action, le jugement qui prononce expressément l'établissement de la paternité est déclaratif. Il en résulte que l'enfant peut réclamer tous les droits afférents à sa qualité et ouverts à son profit depuis sa naissance⁹⁶.

Reste à savoir à quel titre ces dispositions peuvent s'appliquer. Selon l'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 ». Par « loi personnelle », il faut entendre « loi nationale », et non pas « loi du domicile »⁹⁷. M. Louis d'Avout fait état de l'article 311-15 du code, qui apporte une dérogation à l'article 311-14, précité, en disposant que « Toutefois, 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 ». Cependant, cette disposition ne rend la loi française applicable que pour les effets qu'elle fait produire à la possession d'état dans la filiation. Il en résulte que si, pour la filiation recherchée, la loi française n'attache aucun effet à la possession, la loi étrangère, normalement applicable en vertu de l'article 311-14 du code civil, conservera sa compétence en la matière⁹⁸. Or, il s'agit ici de savoir si la filiation pourrait être établie en raison du fait qu'elle est prouvée biologiquement, et non pas par l'effet de la possession d'état. Il faudrait alors déterminer la loi désignée par l'article 311-14. La mise en œuvre de cet article soulève de nombreuses questions, qui ont été examinées de manière très complète par M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon dans leur article précité⁹⁹. Le passage correspondant de cet article mérite d'être reproduit intégralement :

« Trois cas de figure peuvent être distingués :

a) La mère porteuse est la mère biologique de l'enfant

Si la femme qui a accouché, mère génitrice et mère gestatrice, est mentionnée dans l'acte en qualité de mère (cf. les actes indiens de l'état civil en cause dans les arrêts de 2013), la détermination de la maternité ne pose pas de difficulté : la coïncidence entre la femme qui a accouché, la femme qui est biologiquement la "mère de l'enfant" et la femme désignée comme mère juridique dans l'acte de naissance permet de faire jouer "normalement" la

⁹⁵ V., par exemple, 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72, précité, dans lequel les parents agissaient notamment au nom de leurs enfants mineurs.

⁹⁶ 1^{re} Civ., 16 février 1982, pourvoi n° 80-15.758, *Bull.* 1982, I, n° 69.

⁹⁷ V. en ce sens P. Bourrel, H. Muir-Watt et E. Gallant, *Juris-Classeur civil*, article 311-14 à 311-18, fasc. 10, n° 15.

⁹⁸ V. en ce sens P. Bourrel, H. Muir-Watt et E. Gallant, *Juris-Classeur civil*, article 311-14 à 311-18, fasc. 10, n° 49.

⁹⁹ « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH ».

règle de conflit inscrite à l'article 311-14 du code civil. Sera applicable en vertu de ce texte la loi nationale de la mère : dans ce cas, compétence serait donnée à la loi étrangère de la mère. En toute hypothèse, cette loi pourrait cependant être écartée au nom de l'ordre public français en matière internationale si elle permettait de rattacher l'enfant aux parents d'intention par application du contrat de gestation pour autrui.

Qu'en est-il si la mère porteuse, mère génitrice et gestatrice, apparaît dans l'acte de naissance étranger en qualité de femme ayant accouché mais que cet acte, conformément à la loi étrangère, ne la désigne pas en qualité de mère (les parents d'intention, couple hétérosexuel ou homosexuel, personne seule, étant indiqués comme le ou les parents de l'enfant) ? Appliquer la loi étrangère de la femme qui a accouché au motif qu'il s'agirait de la loi nationale de la mère, au sens du droit français, est plus qu'ambigu puisque cette loi ne lui reconnaît pas cette qualité. Dans un arrêt du 11 juin 1996¹⁰⁰, la Cour de cassation a affirmé que la loi de la mère devait être appliquée dès lors que la mère a été identifiée (en l'espèce, son nom apparaissait dans l'acte de naissance), quand bien même la filiation n'aurait pas été juridiquement établie. Mais, dans ce type d'hypothèse, la notion de mère est a priori la même dans les différentes lois en présence : le seul problème est de savoir quelle loi appliquer pour établir juridiquement le lien. En cas de maternité pour autrui, c'est la notion même de maternité, au sens juridique du terme, qui diffère selon la loi applicable.

Pour résoudre la difficulté, deux voies peuvent être empruntées. La première consiste à traiter la définition de la qualité de mère comme une question préalable, régie par la lex fori, donc par la loi française. La qualité de mère (qui permettra, au moins à titre provisoire, de faire jouer l'article 311-14) serait donc reconnue à la femme qui a accouché. Mais appliquer la règle mater semper certa, est-ce régler une question préalable ou trancher la question principale puisque celle-ci porte précisément sur la détermination de la filiation maternelle de l'enfant ? Et est-il vraiment cohérent de donner compétence à une loi dont on sait qu'elle ne reconnaît pas la qualité de mère à l'intéressée ? Il est vrai que le détour par la loi étrangère applicable en tant que loi nationale de cette femme risque d'être bref : la loi nationale de la mère devra vraisemblablement être écartée comme contraire à l'ordre public français puisqu'elle a pour effet de rattacher l'enfant à ses parents d'intention sur la base du contrat de gestation pour autrui. On en reviendra donc à la compétence de la lex fori. Reste l'hypothèse d'une tierce loi (la femme qui a accouché étant ressortissante d'un État tiers) qui n'admettrait pas la maternité pour autrui et qui, par conséquent, n'aurait pas à être écartée. Dans ce cas, elle devrait être appliquée, aussi absurde que ce soit puisque cette femme n'a aucun lien effectif avec l'enfant ou, du moins, qu'elle n'en a plus.

Une autre forme de raisonnement consisterait à prolonger la démarche suivie par la Cour de cassation dans son arrêt de 1996 et dire qu'au stade de la détermination de la loi applicable, la seule mère à prendre en considération est celle dont la filiation existe, cette filiation fût-elle ensuite remise en cause : il s'agirait donc de la mère d'intention. Si elle est française, la lex fori serait compétente ; si elle est étrangère, la loi étrangère s'appliquerait, et si celle-ci autorise la gestation pour autrui, elle sera jugée contraire à l'ordre public français en matière internationale puisqu'elle construit la filiation sur un contrat prohibé. On en reviendrait donc à l'application de la lex fori.

Quid enfin, si l'identité de la femme qui a accouché n'apparaît pas dans l'acte de naissance ou dans le jugement étranger, celui-ci se contentant, par exemple, d'indiquer les dates et lieu de naissance de l'enfant ainsi que ses liens de filiation à l'égard de ses parents d'intention ? Si une filiation maternelle est ainsi établie, on appliquera cette loi, avec toute l'ambiguïté qu'il y a à appliquer une loi en vertu d'un critère de rattachement qui constitue l'objet principal du litige. Et de toute façon, si la femme en question est française, la qualité de mère ne pourra pas lui être confirmée puisque le droit français interdit la gestation pour autrui.

Dans une telle hypothèse, dire que l'enfant n'a pas de mère connue au sens de l'article 311-14 serait incohérent. Si, en revanche, l'enfant n'a pas de mère d'intention (il est rattaché seulement à son père ... ou à deux hommes en qualité de père), on pourrait considérer que la mère est « inconnue » au sens de l'article 311-14 du code civil et que s'applique par conséquent la loi nationale de l'enfant, ce qui reviendra le plus souvent à appliquer la lex fori.

b) la "mère biologique" est une tierce femme

Si la femme qui a fourni les gamètes est une tierce femme, on voit mal comment elle pourrait être qualifiée de "mère": elle ne l'est ni au sens du droit français (ce serait d'ailleurs remettre en cause un autre fondement français des PMA : l'anonymat du donneur et l'absence de lien de filiation avec l'enfant (cf. articles 16-8 et 311-19 du code civil et L. 1211-5 du code de la santé publique), ni au sens du droit étranger potentiellement applicable.

c) la "mère biologique" est la mère d'intention

La situation est plus délicate lorsque la "mère d'intention" est également la "mère biologique" de l'enfant. N'est-ce pas elle qui devrait être qualifiée de mère dans le cadre de l'article 311-14 ? Il ne le semble pas. Ce serait en effet transgresser les principes du droit français : la règle mater semper certa s'applique sans que l'on ait à s'interroger sur l'origine des gamètes (cf., dans un autre type de procréation médicalement assistée, l'hypothèse de la mère d'intention qui porterait l'embryon conçu in vitro avec les gamètes d'une tierce femme) ; et l'on ne respecterait pas plus le droit étranger puisque, pour lui, la maternité est établie sur le fondement du projet parental et non pas en raison de la vérité biologique du lien. On peut imaginer que, sous l'influence des arrêts Labassée et Mennesson, un État accepte de reconnaître la filiation maternelle de l'enfant telle qu'elle a été établie en vertu du contrat de gestation pour autrui, au motif que ce lien correspond à la réalité sociale, qu'il est vécu et qu'il est revendiqué par tous les intéressés. Mais il s'agirait alors de reconnaissance. Permettre son établissement par application de la loi compétente selon la règle de conflit semble en revanche impossible en l'état du droit français ».

Il résulte de cette analyse que l'application de la loi française à une recherche de paternité est incertaine. De manière générale, on peut se demander s'il est loisible d'invoquer l'ordre public français pour rendre la loi française applicable afin de permettre d'établir une filiation dans une situation elle-même contraire à l'ordre public

¹⁰⁰ 1^{re} Civ., 11 juin 1996, pourvois n° 94-12.926 à 94-12.929, Bull. 1996, I, n° 244.

français. Dans le cas où la loi étrangère serait applicable, une difficulté pourrait se produire, par exemple, dans le cas où la femme qui a accouché est mariée et où la loi nationale interdit de combattre la présomption de paternité désignant le mari ou si, en amont, la loi nationale ne prévoit pas la recherche de filiation, sauf à considérer que, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une loi étrangère qui ne permet pas une action en recherche de filiation est contraire à l'ordre public français et doit en conséquence être écartée.

- La voie de la reconnaissance de paternité

L'application de la règle de conflit de lois ne suscite pas ici les mêmes difficultés. En effet, l'article 311-17 du code civil dispose que « *la reconnaissance est valable si elle est faite en conformité avec la loi nationale de son auteur ou avec la loi nationale de l'enfant* ». Si le père est français, la reconnaissance pourra donc être faite en France ou devant les autorités consulaires à l'étranger. *Quid* si le père est étranger ? Selon M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon¹⁰¹, « *Si la mère d'intention est française et que sa filiation avait été établie à l'étranger, la filiation paternelle pourra être établie en vertu de la loi française, loi nationale de l'enfant à raison de sa filiation maternelle "étrangère" : certes, cette nationalité est précaire, mais, en vertu de la circulaire Taubira, l'enfant disposera d'un certificat de nationalité qui devrait permettre de procéder à la reconnaissance. La seule hypothèse dans laquelle la voie de la reconnaissance paternelle paraît difficilement envisageable, dès lors qu'on exclut le jeu de la possession d'état, est celle dans laquelle les parents de l'enfant résideraient en France mais ne seraient pas français* ».

2° L'établissement de la filiation biologique maternelle

On se heurte ici à la difficulté de définir ce qu'il faut entendre par « *lien biologique* » entre la mère et l'enfant. Le droit français n'envisage pas d'autre mère naturelle que la femme qui a accouché (article 332 du code civil). Certes, l'adage de droit romain *mater semper certa est* est apparu à une époque où l'on imaginait sans doute pas que la mère puisse porter un enfant conçu avec un ovocyte d'une autre femme, mais le législateur a retenu la même conception de la maternité lorsqu'il a traité la question de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, puisqu'il a interdit qu'un lien de filiation soit établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation (article 311-19 du code civil).

Ainsi que l'écrivent M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon¹⁰², « *S'il y a coïncidence entre biologie et gestation, le problème ne se pose pas : la mère est celle qui a accouché, i.e. la mère porteuse. Reste à savoir si l'abandon auquel elle a consenti est valable. Si la mère biologique est une tierce femme, il n'est pas question d'établir la filiation de l'enfant à son égard : ce serait contraire, on l'a souligné, aux principes sur lesquels est construit le droit français des PMA. La situation la plus délicate est celle où la "mère d'intention" est également la "mère biologique" de l'enfant : peut-on, sur le fondement des règles françaises régissant la filiation "par le sang", établir un lien de filiation à son égard ? À priori, la reconnaissance ne semble pas possible : certes, elle correspond à la réalité biologique, mais on sait que la femme en question n'est pas celle qui a accouché [...] et le même raisonnement s'imposerait pour une action en recherche de maternité (cf. infra). En tout hypothèse, l'écran de l'accouchement empêche l'établissement éventuel d'un tel lien.*

Pour franchir l'obstacle, pourrait-on s'appuyer sur une lecture particulièrement "dynamique" des arrêts Labassée et Mennesson ? La règle Mater semper certa devrait être écartée car elle aboutit à un résultat absurde (la femme qui a accouché a seulement porté l'enfant et ne souhaite pas le prendre en charge) et contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. La filiation de la mère biologique/mère d'intention est conforme à la réalité biologique, sociale et affective ; ne pas permettre son établissement, à défaut de sa reconnaissance, alors même que l'enfant possède à l'étranger un tel état, ne serait-ce pas aller à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de son identité ? ».

b) Permettre l'établissement de la parenté d'intention

Ainsi qu'on l'a observé précédemment, si la Cour européenne des droits de l'homme n'a condamné la France que pour son double refus de transcrire ou d'établir une filiation paternelle biologique, elle n'en a pas moins considéré que le refus de reconnaître la filiation d'intention porte en lui-même atteinte à la vie privée de l'enfant, notamment par les conséquences qu'il a sur les droits à succession. Simplement, elle a jugé que cette atteinte n'allait pas au-delà de la marge d'appréciation laissée aux États. Aussi cette jurisprudence nous invite-t-elle, sans nous y contraindre, à explorer la piste de l'établissement d'une parenté d'intention¹⁰³.

Il paraît difficile d'envisager qu'une telle parentalité puisse être établie par la voie d'une reconnaissance ou d'une action en recherche de paternité et/ou de maternité, qui, par hypothèse, serait mensongère puisqu'elle tendrait à établir un lien de filiation avec un père qui n'est pas le père biologique et/ou avec la mère qui n'a pas accouché. Le problème serait le même avec la possession d'état, dont les effets pourraient être contestés notamment par le ministère public, faisant valoir que cette possession d'état n'est pas conforme à la réalité puisqu'elle ne désigne pas la mère qui a accouché et/ou le père biologique.

Reste la voie de l'adoption. M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon considèrent qu'il s'agit de la voie « *la plus idoine pour consacrer une filiation dépourvue de réalité biologique : la voie la plus logique puisqu'elle correspond à la réalité de la situation et la voie la plus respectueuse du système juridique considéré puisque l'on évite ainsi de "tordre" les règles de la filiation "par le sang". Si l'on raisonne par rapport au droit français, on*

¹⁰¹ « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH », précité.

¹⁰² H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la CEDH », précité.

¹⁰³ À cet égard, il est intéressant de relever que, dans ses conclusions préalables à l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014, M. le rapporteur public Xavier Domino écrivait : « *Dans une hypothèse où la GPA s'est déroulée dans des conditions juridiques régulières dans le pays étranger où elle a eu lieu, et eu égard à la jurisprudence de la CEDH et à sa dynamique, nous estimons qu'il serait probablement contraire à l'article 8 de la Convention, protégeant l'identité de l'enfant au titre de sa privée, de ne pas lui délivrer de certificat de nationalité française* » (cité par M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon).

recourra, selon les cas, à l'adoption simple ou à l'adoption plénière, avec application des dispositions propres à l'adoption de l'enfant du conjoint dans l'hypothèse où le couple d'intention, couple hétérosexuel ou couple homosexuel, serait marié (article 345-1 du code civil). Techniquement, rien ne devrait s'y opposer. Il se peut cependant que la filiation ait été établie à l'égard de la mère porteuse. Dans les affaires "américaines" soumises à la Cour de cassation, l'acte de naissance rédigé au vu du jugement sollicité par les parties au contrat de maternité de substitution ne donnait pas à la femme qui a accouché la qualité de mère, mais mentionnait ab initio la mère d'intention comme parent légal. Mais quid si la mère porteuse a été inscrite dans l'acte de naissance en tant que mère, un jugement ultérieur intervenant pour rattacher l'enfant à la mère d'intention, avec transcription en marge de l'acte de naissance ? Comme ce jugement est privé d'effet en droit français en ce qu'il tire les conséquences du contrat de maternité de substitution, ne doit-on pas s'en tenir à la filiation établie initialement ? Certes, la mère porteuse aura, parallèlement, renoncé à ses droits d'autorité parentale, y compris le droit de consentir à l'adoption, et/ou le tribunal aura confié ces droits à la mère d'intention en sa qualité de mère. Mais, là encore, cette renonciation ou cette décision, qui reposent sur l'exécution du contrat de maternité de substitution, peuvent-elles produire effet en France ?

Si les actes de l'état civil dressés à l'étranger ne peuvent être transcrits sur les registres de l'état civil, si le jugement étranger en vertu duquel la filiation aurait été établie ne peut être reconnu en France, il n'en reste pas moins que la mère porteuse a renoncé à ses droits sur l'enfant. Peu importe qu'on la considère ou non comme mère de l'enfant : la renonciation a eu lieu et elle est intervenue conformément à la loi étrangère applicable. Que si la reconnaissance de la filiation et, au besoin, l'exequatur du jugement étranger se heurtaient malgré tout à un refus au motif qu'ils mettent en œuvre la convention de gestation pour autrui, le père (dont la filiation aurait été préalablement établie en sa qualité de parent biologique), plusieurs pistes pourraient être explorées.

En cas d'adoption de l'enfant du conjoint (la paternité du père, ou de l'autre père dans le cas d'un couple homosexuel, ayant été établie en tant que parenté biologique), celui-ci pourrait par exemple demander au juge français de prendre une décision de retrait de l'autorité parentale au titre de l'article 378-1 du code civil (le juge français et la loi française étant compétents en la matière au titre de la résidence habituelle de l'enfant, cf. Convention de La Haye 1996) : la mère porteuse ne s'est jamais occupée de l'enfant et n'entend pas le prendre en charge.

Reste la question de principe : prononcer l'adoption dans une telle hypothèse, n'est-ce pas aller à l'encontre des règles d'ordre public posées par le droit français en matière de GPA ? N'est-ce pas valider la "fraude" commise par les parents ? Ne devrait-on pas considérer qu'un tel comportement fait obstacle au prononcé de l'adoption ? L'argument de la fraude a cependant montré ses limites : dans ses avis du 22 septembre 2014, la cour de cassation a estimé que l'adoption, par l'épouse de la mère, d'un enfant né à l'étranger dans le cadre d'un projet parental commun grâce à une PMA non autorisée en droit français était valable dès lors que les conditions légales de l'adoption étaient remplies et que celle-ci correspondait à l'intérêt de l'enfant. Certes, le contexte et, surtout, les principes en jeu n'étaient pas les mêmes ; le raisonnement en terme de fraude n'en a pas moins été écarté et les débats suscités par son utilisation en matière de GPA prouvent la fragilité de cette arme ».

Plusieurs projets d'arrêt sont proposés.

Avis de M. Marin

Procureur général

Introduction

L'assemblée plénière de la Cour est appelée à statuer sur l'épineuse question de l'inscription sur les registres d'état civil en France des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à la suite ou à l'aide de ce qu'il est convenu d'appeler une procréation ou gestation pour autrui (par commodité, nous dirons GPA) ainsi que de l'établissement de la filiation, en droit français, entre ces enfants et leurs parents d'intention.

Les progrès considérables accomplis par la science depuis quelques décennies en matière de procréation ont ouvert des perspectives nouvelles pour des couples ne pouvant pas avoir d'enfants, voire pour des personnes seules. Ces techniques scientifiques permettent, notamment, à une femme de porter un embryon et donner naissance à un enfant sans avoir fourni un ovocyte et sans qu'elle ait eu de rapport avec le père d'intention, même si celui-ci a pu fournir les gamètes.

Cette possibilité de faire porter un enfant par une autre femme, c'est-à-dire par une mère porteuse, est sans doute un grand progrès scientifique mais suscite immédiatement des interrogations d'ordre éthique ou moral : le souhait légitime d'avoir un enfant justifie-t-il que puisse être « loué » le ventre d'une femme, éventuellement contre une rémunération directe ou indirecte pour le porter et accoucher ? Peut-on tolérer cette « marchandisation » du corps des femmes ? Du côté de l'enfant, cette origine ne va-t-elle pas créer chez lui des désordres psychologiques ou psychiques ? La composition nouvelle de la famille, conséquence de ce mode de procréation, ne bouleverse-t-elle pas de manière excessive la conception traditionnelle de celle-ci ?

Légitimement, le législateur français s'est emparé de la question et, par la loi n° 94-663 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, a proclamé que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » (article 16-1 du code civil). Plus précisément, s'agissant de la gestation pour autrui, ce même texte prévoit que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » (article 16-7 du code civil) et précise que cette disposition est d'ordre public (article 16-9 du code civil).

Cette prohibition de nature civile, même soutenue par un volet répressif (article 227-12 du code pénal), est, du fait de son caractère national, insuffisante pour empêcher le recours à des mères porteuses dès lors que certains États étrangers admettent ces pratiques. Aussi, nombre de personnes contournent la prohibition française et s'adressent à des mères porteuses à l'étranger. Cependant, n'ayant pas l'intention de s'y établir, elles rentrent en France avec le nouveau-né et demandent alors, sur le fondement de l'article 47 du code civil, que l'acte de naissance étranger soit transcrit sur les registres d'état civil et que l'enfant soit mentionné comme étant le leur.

Or, l'article 47 du code civil dispose que les actes d'état-civil dressés à l'étranger font foi sauf s'il est établi que « les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Dans l'hypothèse d'une gestation pour autrui, un acte de naissance qui établit la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention ne correspond pas à la réalité dans la mesure où il mentionne, par exemple, que la mère d'intention est la mère biologique, alors que le principe *mater semper certa est* (attribution de la filiation maternelle à la mère qui a porté l'enfant aux termes de l'article 332 du code civil) s'oppose à la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention, laquelle n'a pas accouché de l'enfant.

Le ministère public s'est donc trouvé fondé à s'opposer à la transcription de tels actes, ce qui a généré un contentieux important et délicat.

La première chambre civile de la Cour a pris position sur cette question par une série de trois arrêts du 6 avril 2011 (pourvois n° 09-66.486, n° 09-17.130 et n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 71, 70 et 72), puis par deux arrêts du 13 septembre 2013 (pourvois n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176).

La première série d'affaires

S'agissant de l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n° 09-17.130 (affaire Labassée, *Bull.* 2011, I, n° 70), l'enfant était né d'une convention de mère porteuse, le père d'intention ayant fourni les gamètes et l'ovocyte provenant d'une donneuse anonyme. Un jugement d'un tribunal américain a désigné les parents d'intention comme les parents de l'enfant, puis les parents d'intention ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime à leur égard. Ils ont souhaité faire porter cet acte de notoriété à l'état civil. Le ministère public s'y étant opposé, les parents d'intention ont engagé une action en transcription de l'acte de notoriété et, subsidiairement, en établissement de la filiation paternelle.

La première chambre civile, pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant rejeté ces demandes, énonce « *qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français* ». La première chambre civile observe que cette solution ne prive pas l'enfant de sa filiation qui lui est reconnue par l'État étranger, et ne l'empêche pas non plus de vivre en France.

Dans l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n° 10-19.053 (affaire Mennesson, *Bull.* 2011, I, n° 72), les faits à l'origine de la naissance sont identiques. Un jugement d'un tribunal américain a reconnu que les parents d'intention étaient les père et mère d'enfants nés d'une gestation pour autrui. Les parents ont souhaité faire transcrire les

actes de naissance sur le registre d'état civil. Cette transcription, effectuée dans un premier temps, a été annulée par la cour d'appel de Paris. La première chambre civile a rejeté le pourvoi formé par les parents d'intention en ces termes : « *qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, 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* ». Dans cette affaire également, la première chambre relevait que la filiation des enfants à l'égard des parents d'intention était reconnue par le droit américain et que les enfants n'étaient pas empêchés de vivre en France.

Dans l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71, un couple recourt à une gestation pour autrui aux États-Unis (État du Minnesota), la mère porteuse ayant reçu les gamètes du couple. Un jugement d'abandon puis un jugement d'adoption au profit du couple est rendu par la juridiction américaine. Le ministère public, après avoir ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, en a poursuivi en justice la modification pour voir supprimer la mention indiquant le nom de la mère. La première chambre civile a rejeté le pourvoi en des termes identiques à ceux rappelés ci-dessus tout en précisant « *que, dès lors, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que dans la mesure où ils donnaient effet à une convention de cette nature, les jugements « américains » du 4 juin 2001 étaient contraires à la conception française de l'ordre public international, en sorte que l'acte de naissance litigieux ayant été établi en application de ces décisions, sa transcription sur les registres d'état civil français devait être, dans les limites de la demande du ministère public, rectifiée par voie de suppression de la mention de Mme Y... en tant que mère* ».

La seconde série d'affaires

La première chambre civile a réaffirmé sa position dans les deux arrêts précités du 13 septembre 2013 (*Bull.* 2013, I, n° 176).

Si la première chambre civile se fonde toujours sur l'indisponibilité de l'état des personnes, elle fait aussi reposer sa solution sur une contrariété à l'ordre public et sur la notion de fraude.

Est ainsi justifié le refus de transcription d'un acte de naissance lorsque la naissance est l'aboutissement d'un **processus d'ensemble frauduleux**, alors même que la filiation dont l'établissement est contesté correspondrait à la réalité biologique.

La Cour s'exprime ainsi : « *qu'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* ».

Le processus frauduleux, c'est-à-dire le recours à une GPA à l'étranger pour contourner l'interdiction en droit français, conduit à refuser la transcription de l'acte de naissance et à annuler la reconnaissance anténatale effectuée par le père de l'enfant.

La Cour a enfin précisé « *qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* ».

Pour la première chambre civile, l'existence d'une convention de gestation pour autrui étant contraire à l'ordre public, elle ne peut produire aucun effet juridique, ou des effets limités, tant au niveau de la transcription de l'acte de naissance (arrêt Mennesson et arrêt dans le pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71) que de l'établissement de la filiation par possession d'état (arrêt Labassée). Elle considère, en outre, que cette situation ne porte pas atteinte à la vie privée de l'enfant dans la mesure où sa filiation est établie à l'étranger, selon le droit étranger, avec ses parents d'intention, et qu'il n'est pas empêché de vivre en France.

Cette vision des choses n'a pas été totalement suivie par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a été saisie du cas des conjoints Mennesson et Labassée suite au rejet des pourvois intervenus dans la première série d'affaires, et a rendu deux arrêts les 26 juin 2014 (*Mennesson c/France*¹ et *Labassée c/France*²).

C'est en cet état de la question résultant, d'une part, de la jurisprudence de la première chambre civile et, d'autre part, des deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 que sont soumis à la censure de l'assemblée plénière deux arrêts de la cour d'appel de Rennes.

Le premier arrêt, en date du 15 avril 2014 (pourvoi n° 14-21.323), fait application de la jurisprudence de la première chambre civile en constatant l'existence d'une convention de gestation pour autrui et en rejetant, en conséquence, l'inscription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français.

Les faits, tels qu'ils résultent de l'arrêt, sont les suivants : M. X... souhaite faire transcrire l'acte de naissance établi à Moscou et mentionnant que l'enfant prénommé K... est né de lui-même et d'une femme de nationalité russe. Il atteste sur l'honneur qu'il n'a pas eu recours à une mère porteuse et qu'il avait reconnu sa paternité avant la naissance devant un officier d'état civil français.

Dans cette affaire, contrairement aux affaires Mennesson et Labassée, aucun jugement étranger n'établit la filiation avec le père d'intention : seul l'acte de naissance est produit. Par ailleurs, il existe des doutes sérieux quant au fait que M. X... soit effectivement le père biologique de l'enfant.

¹ CEDH, 5^e section, 26 juin 2014, n° 65192/11.

² CEDH, 5^e section, 26 juin 2014, n° 65941/11.

Le second arrêt, en date du 16 décembre 2014 (pourvoi n° 15-50.002). La cour d'appel constate l'existence d'une gestation pour autrui mais relève que, selon une expertise effectuée en Russie, le père d'intention est le père biologique de l'enfant. Elle estime « *qu'il convient, suite à la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant* » et d'ordonner la transcription de son acte de naissance sur les registres d'état-civil.

Les faits sont les suivants : M. Y... a reconnu un enfant à naître à la mairie de Rennes le 1^{er} février 2011 de lui-même et d'une femme de nationalité russe. Une enfant prénommée L... est née le 30 mai 2011. L'acte de naissance indique que M. Y... en est le père. Il a demandé la transcription de l'acte de naissance sur les registres du consulat de France, ce qui lui a été refusé après avis demandé par le consul général de France à Moscou au procureur de la République de Nantes. Un accord portant sur la résidence de l'enfant et l'exercice des droits parentaux a été conclu entre la mère porteuse et M. Y... Il semble apparaître que la mère porteuse a, ensuite, abandonné l'enfant sans que la situation soit très claire.

Ainsi qu'il ressort de ce bref exposé des faits, les situations en cause aujourd'hui devant l'assemblée plénière sont sensiblement différentes de celles ayant donné lieu aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 : doute sur le lien biologique entre le père d'intention et l'enfant, absence de mère d'intention, situation juridique non stabilisée entre la mère porteuse et l'enfant.

Comme il sera dit plus loin, la solution simple ou évidente qui consisterait, comme l'a fait la cour d'appel de Rennes, à considérer que l'intérêt de l'enfant prime toujours sur l'ordre public français en invoquant les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 ne peut être retenue dans la mesure où, justement, la juridiction de Strasbourg a pesé de manière très équilibrée les intérêts en présence et où elle n'a tranché qu'en fonction des circonstances des espèces qui lui étaient soumises.

Afin de pouvoir proposer une solution propre à résoudre ce type de contentieux et de se prononcer sur les mérites des pourvois qui vous sont soumis, il convient, dans un premier temps, de faire un tour d'horizon des situations multiples de gestation pour autrui internationales, c'est-à-dire dans lesquelles le ou les parent(s) d'intention ne sont pas ressortissants du pays dans lequel la naissance a lieu (I).

Dans un deuxième temps, il sera exposé que la question de la reconnaissance de la GPA dans ses dimensions interne et internationale alimente un débat de société qui n'a été tranché dans aucun des ordres juridiques, qu'il soit national, européen ou international (II).

Dans un troisième temps, il faudra rechercher quelle pourrait être la délimitation du cadre juridique applicable à la reconnaissance des effets, en matière de filiation et d'état civil, à l'égard des enfants nés d'une GPA à l'étranger (III).

Dans un quatrième temps, il conviendra de réfléchir sur la manière pour la Cour de cassation de s'assurer, en cette matière, qu'est bien effectué le contrôle conventionnel de proportionnalité, c'est-à-dire l'équilibre entre l'ordre public et les droits fondamentaux des enfants nés de GPA. Il conviendra de tirer les conséquences de ces réflexions quant aux arrêts qui sont soumis à la censure de l'assemblée plénière (IV).

I. - La multiplicité des cas de GPA internationales

Tableau. En annexe au présent avis, figure un tableau qui recense les différents cas de GPA qui ont déjà été soumis à la Cour de cassation. Il met en exergue la complexité des situations factuelles, qui engendre un enchevêtrement des liens de parentés et des situations juridiques.

Terminologie. « *Pratique séculaire* »³, la maternité pour autrui a discrètement traversé les âges sans jamais tomber sous l'empire d'un régime légal. Déjà dans les temps bibliques⁴ puis dans la Rome antique⁵, le recours à cette pratique n'était pas rare et, alors, « *naturel car indissociable des rapports charnels* »⁶.

Plus tard, l'insémination artificielle, déjà sommairement pratiquée dès le début du XIX^e siècle en France⁷, intensifiera son emploi. Avec la technique de la fécondation dite *in vitro*, la maternité de substitution connaît un essor grandissant à la fin des années 1980. Cette technique « *consiste à prélever des ovules et à recueillir les spermatozoïdes pour réaliser la fécondation dans une éprouvette de laboratoire* », suite à quoi « *le médecin introduit un à trois embryons dans l'utérus, dans l'espoir que l'un d'eux s'y implante et se développe pour donner naissance à un enfant* »⁸. Ainsi Louise et Amandine, respectivement nées en Angleterre et en France en 1978 et 1980, furent les premiers « *bébés éprouvette* ».

Juridiquement, la maternité se définit traditionnellement par l'accouchement, et ce, en vertu de l'adage *mater semper certa est*.

³ (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, n° 421, annexé au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 9.

⁴ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 10. Le rapport cite la Genèse (XVI), qui relate les circonstances de la conception d'Ismaël, porté et mis au monde par Agar, servante de Sarai, l'épouse stérile d'Abram, père de l'enfant.

⁵ (Conseil de l'Europe) M. Hancock, « Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité », rapport fait pour la commission des questions sociales, de la santé et de la famille, AS/Soc (2005) 9 révisé 2 du 5 juillet 2005. Page 6, le rapport mentionne que, dans la Rome antique, la maternité de substitution « *était organisée pour assurer le renouvellement des générations menacées par l'infertilité et la mortalité materno-infantile* ».

⁶ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 10.

⁷ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 12 ; le rapport se réfère ici à des inséminations artificielles intraconjugales de la fin du XVIII^e siècle en Écosse, et du début du XIX^e en France.

⁸ E. de La Rochebrochard, « 200 000 enfants conçus par fécondation *in vitro* en France depuis 30 ans », *Bulletin mensuel d'information de l'Institut national d'études démographiques*, n° 45, décembre 2008.

À la différence du père, la mère est toujours certaine. Ce qui demeure vrai avec la procréation pour autrui, qui, par définition, suppose que la femme qui porte l'enfant et le met au monde est sa mère biologique. À l'inverse, la gestation pour autrui questionne ce principe car la femme qui porte l'enfant « *n'en est que la gestatrice, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes du couple demandeur ou de tiers donneurs* »⁹.

Dans cette dernière modalité de procréation, il existe une multitude d'hypothèses factuelles. Il faut donc distinguer entre les différentes figures, cumulables, d'une parenté divisible : les personnes qui fournissent les gamètes sont le père et la mère « *biologiques* », ou « *génétiques* », de l'enfant ; la femme qui le portera et lui donnera naissance est sa mère « *utérine* », « *gestatrice* » ou encore « *de substitution* ». Enfin, les parents qui souhaitent l'élever sont ses père et mère « *d'intention* » ou « *commanditaires* ».

La médicalisation de la procréation, *via* le développement d'un véritable arsenal technique, aboutit aujourd'hui à dissocier les différentes étapes du processus de reproduction et à multiplier ses intervenants.

En effet, un embryon peut être artificiellement formé par la rencontre de gamètes d'origine inconnue, placés dans l'utérus d'une femme étrangère afin que celle-ci, éventuellement contre rémunération, porte un enfant qu'elle mettra au monde et remettra aux parents commanditaires ou d'intention.

Les conséquences négatives de telles pratiques n'ont pas manqué d'être mises en lumière par de récentes études.

Le bien-être de l'enfant. Tout d'abord la santé physique des enfants peut souffrir de cette situation. Dans certains États, les pratiques médicales peuvent mettre en danger la santé de l'enfant à naître. Par exemple, en Inde, le nombre d'embryons transférés à la mère porteuse peut être trop important, ce qui mettra en danger la survie de l'enfant ou engendra des handicaps pour celui-ci¹⁰. Cette pratique est courante pour accroître les chances de réussite de la grossesse.

À propos de la santé psychologique des enfants issus d'une gestation pour autrui, les avis sont plus partagés. Une étude anglaise a recueilli des données sur le comportement d'enfants issus d'une GPA. Cette étude ne permet pas de réellement démontrer des conséquences néfastes sur la santé psychologique des enfants¹¹. Cependant, certains psychanalystes et pédopsychiatres ont relevé l'importance de la vie intra-utérine pour le développement de l'enfant ; cette continuité sensorielle entre le ventre de la mère et la future vie physique sera évidemment brisée du fait de la rupture imposée par les parents d'intention¹².

Une dernière conséquence pouvant influencer sur le bien-être de l'enfant est l'impossibilité de connaître ses origines. En effet, tout lien avec la mère porteuse est coupé et l'enfant ne pourra pas connaître son origine génétique, ethnique ou même culturelle. Cela dépendra de la volonté exclusive des parents d'intention.

La situation de la mère porteuse. Dans la majorité des États où sont autorisées les gestations pour autrui, un contrôle visant à évaluer les aptitudes de la mère porteuse est effectué. Toutefois, ce contrôle peut être plus ou moins poussé selon le pays où est effectuée la gestation pour autrui. L'aptitude à devenir mère porteuse est même parfois non contrôlée. En Ukraine, les contrôles sont extrêmement succincts : « *une mère porteuse doit être juridiquement capable, être âgée de plus de 18 ans et avoir eu au moins un enfant à elle* »¹³. En plus d'un contrôle succinct des aptitudes de la mère porteuse, les soins dispensés au cours de la grossesse ou après la naissance peuvent être problématiques. Plusieurs articles de journaux internationaux ont mis en lumière le manque de soins ainsi que les dangers pour les mères porteuses. En Inde, des hôpitaux spécialisés signalent un nombre important de décès de mères porteuses du fait d'un manque de soins et d'un contrôle manifestement insuffisant¹⁴.

Par ailleurs, le recours à une mère porteuse peut s'apparenter à une certaine forme d'exploitation de la femme. Plusieurs exemples ont été relevés de femmes ne sachant ni lire ni écrire et ayant signé un contrat de ce type sans en connaître les conséquences et les risques¹⁵. Ces femmes sont, en outre, dans des situations d'extrême pauvreté et la contrepartie financière est trop importante pour envisager qu'elles la refusent. Si la somme ainsi proposée paraît trop élevée, cela ne pourrait-il pas être assimilé à un achat d'enfant ? Il est difficile d'y répondre, tant la limite est fine entre le simple remboursement des frais exposés par la mère porteuse et la marchandisation de l'enfant. Cette situation n'apparaît pas seulement dans des pays émergents ou auprès de femmes non éduquées. Aux États-Unis, les contrats de gestation pour autrui comprennent des clauses extrêmement restrictives pour la mère porteuse : l'interdiction de pratiquer des sports dangereux, de voyager ou de boire des produits contenant de la caféine en trop grande quantité¹⁶, etc. Les professeurs Jean Hauser et Catherine Labrusse-Riou ont comparé ce type de contrat à une forme de « *servitude* » ou « *d'esclavage* » volontaire¹⁷.

Cette situation peut également engendrer des répercussions sur l'entourage de la mère porteuse. Certains médecins ou psychiatres se sont étonnés du peu d'études faites sur les conséquences d'une gestation pour autrui sur le mari ou les enfants de la gestatrice¹⁸. Les répercussions peuvent aussi apparaître dans l'entourage

⁹ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 12.

¹⁰ <http://www.theage.com.au/national/surrogacys-painful-path-to-parenthood-20130322-2glhn.html>

¹¹ « *Children born through reproductive donation : a longitudinal study of psychological adjustment* », par S. Golombok, L. Blake, P. Casey, G. Roman, V. Jadva. Disponible sur <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23176601>.

¹² Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Alain Claeys (président) et Jean Leonetti (rapporteur), 2010.

¹³ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (doc. pré-l. n° 3 C de mars 2014).

¹⁴ <http://www.cbsnews.com/news/are-indian-surrogacy-programs-exploiting-impoverished-women/>.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ <http://www.allaboutsurgacy.com/samplecontracts/GScontract1.htm>.

¹⁷ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Alain Claeys (président) et Jean Leonetti (rapporteur), 2010.

¹⁸ *Ibid.*

plus large de la mère porteuse ; deux États (l'Inde et la Thaïlande) ont mis en relief la possible exclusion sociale des mères porteuses¹⁹.

La situation des parents d'intention

La reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention est au cœur de la problématique.

Il faut relever ici que la procédure d'adoption plénière, qui reste soumise à de strictes conditions, ne peut bénéficier aux parents d'intention, comme l'a rappelé la Cour en formation plénière le 31 mai 1991²⁰.

À l'inverse de la France, certains États, tel que le Royaume-Uni, effectuent une enquête sociale des « *parents d'intention* » avant d'accorder la filiation juridique²¹.

Après avoir étudié la multiplicité des cas de gestations pour autrui internationales, il convient d'envisager les débats de société suscités par la reconnaissance de ces GPA.

II. - Un débat de société aux dimensions internationales

Les débats de société qui ont émergé avec la problématique de la reconnaissance de la gestation pour autrui dans ses dimensions nationale et internationale sont restés non tranchés tant dans l'ordre international (A), européen (B) que national (C).

A. - Une question examinée dans l'ordre international

Les États-Unis et l'Inde paraissent être les deux États autorisant le plus grand nombre de conventions de maternité de substitution à caractère international. Viennent ensuite la Thaïlande, l'Ukraine, la Russie, la Géorgie ou le Canada.

Les conventions de gestation pour autrui reposent majoritairement sur un don d'ovocyte, celui d'une donneuse ou celui de la mère d'intention.

Trois approches différentes peuvent être mentionnées concernant la réception des conventions de maternité de substitution à caractère international dans l'État d'accueil. La filiation sera régie par des règles distinctes selon la tradition juridique du pays.

Au sein des États fédéraux, qui s'appuient sur la notion de dissociation, la nationalité ainsi que le statut en matière d'immigration de l'enfant seront déterminés par les autorités compétentes séparément de la question de la filiation de l'enfant. En conséquence, l'État fédéral déterminera si l'enfant a acquis la nationalité par filiation en cherchant à savoir si l'un des parents d'intention peut être considéré comme parent de l'enfant. En revanche, la question de la filiation sera examinée conformément à la législation des États fédérés. En effet, les provinces des États fédéraux sont compétentes pour la question de la filiation, alors que la question de la nationalité relève de l'État fédéral²².

La deuxième approche est celle des pays de *common law*. Dans la plupart de ces États, la question de la filiation de l'enfant est tranchée en référence au droit du for (au droit interne de l'État d'accueil)²³. Il y aura donc une application du droit interne de l'État des parents ayant conclu une convention de gestation pour autrui dans un pays autre.

Enfin, la dernière approche est celle des pays de tradition de droit civil. De manière semblable, la question de la filiation de l'enfant est normalement tranchée en appliquant les règles de droit international privé de l'État d'accueil²⁴. Un mécanisme de renvoi à la législation où a été conclue la gestation pour autrui pourra être mis en œuvre.

De nombreux États ont préparé des lignes directrices non contraignantes sur les conventions de maternité de substitution à caractère international (Australie, Canada, Irlande, Norvège, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Suisse) et d'autres commencent à élaborer des règles spécifiques (Finlande, Israël, Mexique, Philippines, Suède, Suisse)²⁵.

Concernant la coopération entre États, seul un petit nombre d'entre eux ont entrepris une coopération transfrontalière (par exemple la Nouvelle-Zélande avec l'Australie, la Thaïlande et les États-Unis, ou les Pays-Bas avec l'Inde et l'Ukraine)²⁶.

S'agissant de l'examen de la législation étrangère concernant la gestation pour autrui, deux États retiendront l'attention.

¹⁹ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (doc. préél. n° 3 C de mars 2014).

²⁰ Assemblée plénière, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n°4 : « *Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes [...] Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ».

²¹ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (doc. préél. n° 3 C de mars 2014).

²² Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, mars 2014. Disponible à <http://www.hcch.net/indexfr.php/indexde.php?act=text.display&tid=178>.

²³ Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution, HCCH, 2012. Disponible à <http://www.hcch.net/indexfr.php/indexde.php?act=text.display&tid=178>.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Projet filiation / Maternité de substitution, HCCH, mise à jour en février 2015. Disponible à <http://www.hcch.net/indexfr.php/indexde.php?act=text.display&tid=178>.

²⁶ *Ibid.*

Depuis 1985, le Royaume-Uni autorise, mais de façon très encadrée, la gestation pour autrui. La loi de 1985²⁷ « définit la mère de substitution comme la femme qui porte un enfant à la suite d'un accord conclu avant le début de la grossesse et qui a pour objet la remise de l'enfant à une ou plusieurs autres personnes appelées à exercer l'autorité parentale »²⁸. Puis, une loi de 1990²⁹, modifiée par deux lois³⁰ subséquentes, autorise le recours à une mère porteuse dans des conditions très strictes.

Tout d'abord, le contrat de gestation pour autrui ne peut être lucratif ; seuls des frais raisonnables peuvent être remboursés par les parents d'intention. Ensuite, la mère porteuse ne peut être tenue de remettre l'enfant à la naissance si elle ne le souhaite plus. Pour que les parents d'intention deviennent les parents légaux de l'enfant, une longue procédure doit être entreprise. Les parents d'intention doivent demander une autorisation parentale entre six semaines et six mois suivant la naissance. Cette décision pourra être accordée si le contrat est valable (sans rétractation de la mère porteuse), si au moins l'un des parents d'intention a un lien génétique avec l'enfant et si un des deux membres du couple est domicilié au Royaume-Uni³¹.

En Belgique, la situation est différente car la gestation pour autrui n'est ni réglementée ni formellement interdite. Les juridictions sont donc seules, sans réelle base juridique, pour déterminer le cadre applicable à la gestation pour autrui. Ainsi, plusieurs décisions de cours belges commencent à établir le cadre juridique du recours à une mère porteuse. Le contrat de mère porteuse devra être non lucratif (par exemple : tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6, du 6 octobre 2001). Concernant, l'obligation d'un lien génétique entre le ou les parents d'intention, la jurisprudence belge est plus incertaine. La jurisprudence a pu homologuer ce type de contrat lorsqu'il n'y avait aucun lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (par exemple : tribunal de la jeunesse de Namur, 7 janvier 2011, *Act. Dr. Fam.*, 2013/5, p. 96)³².

La mère porteuse devra abandonner l'enfant pour que les parents d'intention puissent faire une demande d'adoption plénière.

S'agissant de la reconnaissance des actes de l'état civil ou des jugements étrangers concernant un enfant né d'une mère porteuse, la position de deux États de l'Union européenne peut être intéressante à étudier : l'Espagne et l'Italie.

En Espagne, la direction générale des registres a publié, en 2010, une instruction visant à encadrer la transcription d'actes intéressant des enfants nés d'une gestation pour autrui. Celle-ci est autorisée après une vérification par l'officier d'état civil. Cette vérification doit porter sur la régularité et l'authenticité de l'acte étranger, sur un contrôle des droits de la mère porteuse (existence d'un consentement libre et volontaire) et sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Finalement, l'identité de la mère porteuse devra être formellement établie³³.

Si ces règles procédurales sont suivies, les enfants issus d'une gestation pour autrui seront inscrits sur les registres d'état civil, alors même que l'Espagne interdit normalement toute convention de gestation pour autrui (loi n° 14 du 26 mai 2006).

L'Italie, de son côté, interdit tout contrat de gestation pour autrui et pose le principe que la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant (article 269 du code civil). La filiation maternelle de la mère d'intention ne pourra donc être reconnue en Italie. Pour la mère d'intention, l'unique solution serait de procéder à une demande d'adoption dans les conditions du droit commun italien³⁴.

Concernant la filiation paternelle, celle-ci est possible en cas de lien génétique avec l'enfant (articles 250 et 254 du code civil). Ce lien pourra être prouvé par tous moyens.

Tous ces exemples montrent bien l'absence de solution commune au sein même de l'Union européenne, chaque État procédant différemment et appliquant un raisonnement distinct.

Néanmoins, la dimension transnationale de la problématique a conduit les instances internationales à s'en emparer.

Ainsi, la Conférence de droit international privé de la Haye n'en est pour l'instant qu'au début de sa réflexion : un groupe d'expert devra approfondir la faisabilité d'un accord international contraignant sur la gestation pour autrui, qui devrait normalement intervenir au cours du premier semestre 2016. Ce document devra avoir pour objectif d'instaurer une sécurité juridique quant aux statuts des enfants issus d'une convention de maternité de substitution à caractère international. Une solution pourrait être d'« unifier les règles de droit international privé relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique »³⁵.

Enfin, la Commission internationale de l'état civil a publié une étude recensant les problématiques issues de la gestation pour autrui sans, pour le moment, proposer de solution internationale³⁶.

Au-delà de l'absence de solution commune dans l'ordre international, la question de la reconnaissance de la GPA n'a par ailleurs été que partiellement tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁷ *Surrogacy Arrangements Act*, 1985.

²⁸ <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182mono.html#toc19>.

²⁹ *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990.

³⁰ *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008, et *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2010.

³¹ « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant », CIEC, février 2014. Disponible à <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>.

³² « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant », CIEC, février 2014. Disponible à <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet Filiation / Maternité de substitution, HCCH, mars 2014. Disponible à <http://www.hcch.net/indexfr.php/indexde.php?act=text.display&tid=178>.

³⁶ Étude disponible à <http://www.ciec1.org/>.

B. - Un débat non complètement tranché dans l'ordre européen

Dans le cadre de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas eu à trancher de questions liées à la situation des enfants nés d'une GPA. Elle s'est, en revanche, prononcée sur les droits des femmes ayant eu recours à une mère porteuse quant à l'octroi de congés de maternité.

Dans deux arrêts du 18 mars 2014, elle a dit pour droit, d'une part, que les États membres ne sont pas tenus d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8 de la directive 92/85/CEE à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement et, d'autre part, que ce refus ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 14 de la directive 2006/54/CE ni une discrimination fondée sur le handicap au sens de la directive 2000/78/CE, même lorsque la femme a eu recours à une mère porteuse en raison de son incapacité physique à porter un enfant (CJUE, 18 mars 2014, D., C-167/12, et CJUE, 18 mars 2014, Z., C-363/12).

À l'inverse, la question de la filiation des enfants nés par GPA a été débattue dans le cadre du Conseil de l'Europe et a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme, par les deux arrêts du 26 juin 2014 précités, n'a pas pris position sur la conventionnalité du procédé de GPA, mais s'est prononcée sur le sort des enfants nés à l'étranger grâce au recours à une mère porteuse.

En effet, le refus par la France de reconnaître à l'enfant sa filiation paternelle conforme à la vérité biologique, caractérisant une atteinte à son droit au respect de sa vie privée, a entraîné sa condamnation par ladite Cour dans les arrêts *Menesson c/France* et *Labassée c/France*, précités.

Dans ces deux arrêts, la Cour constate d'abord que la légalité de la convention de gestation pour autrui ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe³⁷ et « *suscite de délicates interrogations d'ordre éthique* ». Elle en déduit que les États doivent en principe se voir accorder « *une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision [...] d'autoriser ou non ce mode de procréation* »³⁸.

Ensuite, elle précise que l'applicabilité de l'article 8, en ce qu'il garantit le droit au respect de la vie familiale, est conditionnée par « *la réalité concrète de la relation entre les intéressés* », établie en l'espèce. Elle souligne également que la vie privée, protégée par le même article, « *intègre [...] des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu* », telle sa filiation, exigeant que « *chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* ». Dès lors, une « *relation directe* » existe « *entre la vie privée des enfants nés d'une GPA et la détermination juridique de leur filiation* »³⁹.

Puis la Cour relève l'existence d'une ingérence au regard de l'article 8 de la Convention et reconnaît la légitimité de certains des buts avancés par le gouvernement français pour la justifier, puisque la position de la France, qu'« *elle n'entend pas [...] mettre en cause en tant que telle* », « *procède de la volonté de décourager* » le recours, à l'étranger, d'une méthode prohibée afin, « *selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et [...] la mère porteuse* »⁴⁰.

Selon la Cour, l'appréciation du caractère nécessaire de l'ingérence impose d'opérer une distinction entre la vie familiale des requérants et la vie privée des enfants. Elle précise à cet égard que la marge d'appréciation des États doit être réduite dès lors qu'il est question de l'identité des individus et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer.

L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale des requérants

Dans un premier temps, la Cour exclut la violation du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention et des enfants au motif qu'ils sont en mesure de vivre ensemble en France « *dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles* »⁴¹. Elle constate, en l'espèce, que les risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants n'étaient pas insurmontables et que, malgré l'absence de reconnaissance de leur lien de filiation, les intéressés avaient pu *in concreto* bénéficier de leur droit au respect de leur vie familiale⁴². La Cour se contente ainsi de vérifier l'effectivité de la vie familiale sans exiger sa consécration juridique et considère en l'espèce que l'atteinte portée au respect de la vie familiale par le défaut de sa reconnaissance juridique n'est pas suffisamment grave pour constituer une violation de la Convention dès lors que cette vie familiale peut s'épanouir en fait.

L'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant cantonnée au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle

La Cour, en examinant de manière précise la situation dans laquelle le défaut de reconnaissance de la filiation des enfants les place, constate l'existence d'une atteinte à leur droit au respect de la vie privée, mais cantonne par suite sa condamnation au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle.

Elle considère ainsi que le droit d'établir sa filiation participe de la vie privée et est protégé par l'article 8 de la Convention. Cette protection de principe ne proscrie pas toute ingérence des États, mais l'absence de reconnaissance en France de la filiation des enfants établie à l'étranger porte atteinte à leur identité au sein de la société française. La Cour note à cet égard que les enfants nés de gestation pour autrui, en l'état du droit positif, sont dans une situation d'incertitude juridique, une « *troublante incertitude* », quant à la possibilité de se voir

³⁷ *Menesson*, point 78, et *Labassée*, point 58.

³⁸ *Menesson*, point 79, et *Labassée*, point 58.

³⁹ *Menesson*, point 46, et *Labassée*, point 38.

⁴⁰ *Menesson*, point 62, et *Labassée*, point 54.

⁴¹ *Menesson*, point 92, et *Labassée*, point 71.

⁴² *Menesson*, point 92, et *Labassée*, point 73.

reconnaître la nationalité française et considère que cette indétermination est susceptible d'affecter négativement la définition de leur propre identité. La Cour relève en outre qu'ils ne peuvent hériter des parents d'intention qu'en tant que légataires, les droits successoraux étant alors calculés de manière moins favorable pour eux.

La Cour pointe encore le fait que si le juge français admet qu'un lien de filiation est établi par le droit californien entre les parents d'intention et l'enfant, il n'en reste pas moins qu'il ne reconnaît pas cette filiation dans l'ordre juridique interne. Cette situation contradictoire porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française.

Elle affirme ainsi qu'« *en faisant [...] 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* »⁴³. Elle fait référence en ce sens au fait que non seulement la filiation n'a pas été admise par les juridictions françaises à travers la transcription des actes de naissance mais qu'encore, sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou par l'effet de la possession d'état se heurte à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Mais la Cour centre son analyse sur la filiation paternelle et limite sa condamnation à la non-reconnaissance de cette filiation. En effet, elle affirme qu'« *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* »⁴⁴.

Selon la Cour, une atteinte disproportionnée a ainsi été portée aux droits fondamentaux de l'enfant dans la mesure où l'enfant a été privé d'un élément essentiel de son identité, dès lors que cette filiation correspondait à la vérité biologique et que l'enfant, comme ses parents, la revendiquaient. S'agissant de la question de savoir si la filiation doit être consacrée par l'intermédiaire de la transcription des actes de naissance, par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption par l'effet de la possession d'état, il revient au juge ou au législateur national de prendre position.

Par un arrêt du 27 janvier 2015 *Paradiso et Campanelli c/Italie*⁴⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'Italie pour avoir refusé de transcrire sur les registres italiens de l'état civil un acte de naissance russe, pourtant revêtu de l'apostille, qui indiquait comme parents légaux les parents d'intention. Dans un contexte très particulier (contrairement aux déclarations qu'ils avaient faites, aucun des parents n'avait de lien biologique avec l'enfant et l'on pouvait les soupçonner d'avoir « *acheté* » l'enfant), la Cour fait le reproche à l'Italie d'avoir ordonné le retrait de l'enfant et son placement en vue de l'adoption, ce qui caractérise selon elle une atteinte disproportionnée.

Au-delà du cadre international et européen, la gestation pour autrui a bien évidemment suscité un large débat de société au niveau national.

C. - Débats de société autour de la prohibition de la GPA dans l'ordre interne

Afin d'étudier les différents débats de société portant sur la prohibition de la gestation pour autrui dans l'ordre interne, il convient d'examiner le droit positif (C.1), les débats législatifs ayant eu cours à l'occasion de la révision de la loi bioéthique en 2009 (C.2) ainsi que les différentes propositions de loi visant à modifier le cadre juridique interne (C.3).

C.1 - La législation : le droit positif

Le législateur a placé la gestation pour autrui sous l'empire d'un régime d'interdiction par la loi n° 94-653, précitée, qui a institué l'article 16-7 du code civil, en vertu duquel « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Elle a également ajouté l'article 16-9 du même code, qui en fait une nullité d'ordre public.

Une législation répressive a par ailleurs institué une série d'incriminations sous le coup desquelles serait susceptible de tomber une convention de gestation pour autrui.

D'abord, l'article 227-13 du code pénal (article 345 de l'ancien code pénal) érige en délit la « *simulation ou dissimulation d'enfant* » parce qu'elles constituent une « *atteinte à l'état civil d'un enfant* ». Simulation et dissimulation sont considérées par la Cour de cassation comme les deux aspects des faits de supposition d'enfant, la supposition consistant à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché⁴⁶.

Ensuite, le fait de faire dresser un acte d'état civil sur des déclarations mensongères caractérise un faux commis dans une écriture publique, puni par l'article 441-4 du code pénal.

Enfin, l'article 227-12 du code pénal, créé par la loi de 1994 précitée, institue l'incrimination d'incitation à l'abandon d'enfant et prévoit la poursuite des intermédiaires qui auraient organisé ou facilité la conclusion d'une convention de gestation pour autrui, les rendant passibles d'une peine de 15 000 € d'amende et d'un an d'emprisonnement. Ces amendes sont doublées lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif. Les personnes morales coupables de cette infraction encourent la dissolution en plus de la peine d'amende.

Hormis cette approche pénale, et malgré l'intensité des débats et rapports sur cette question, le législateur n'est pas intervenu, sur le plan civil, pour régler juridiquement le sort des gestations pour autrui internationales en fixant les conditions de leur reconnaissance ou en accordant à l'enfant né par GPA un statut autonome.

⁴³ Mennesson, § 100, Labassée, § 79.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ CEDH, 2^e section, 27 janvier 2015, n° 25358/12.

⁴⁶ Crim., 12 janvier 2000, pourvoi n° 99-82.905, *Bull. crim.* 2000, n° 21.

Le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, édicté dans l'ordre interne, continue à rayonner au plan international.

En réponse à une question écrite posée à l'Assemblée nationale, le gouvernement a précisé : « *En matière de gestation pour autrui, le Président de la République a clairement indiqué qu'il était formellement opposé à cette pratique. Il a été annoncé qu'aucun recours ne serait intenté contre l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la France pour son refus d'inscription à l'état civil de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. La gestation pour autrui reste interdite sur le territoire français, mais il ne faut pas que cette prohibition s'applique contre l'intérêt des enfants nés et vivant sur le territoire français. Le gouvernement reste fermement opposé au développement de ces pratiques et soutient l'application stricte des dispositions pénales existantes permettant de poursuivre et de sanctionner les intermédiaires incitant les personnes à de telles conventions à l'étranger* »⁴⁷.

C.2 - Les débats législatifs à l'occasion de la révision de la loi de bioéthique en 2009

Un corpus législatif régit en France les activités de bioéthique, au sein desquelles s'inscrivent les techniques de procréation artificielles. Cet ensemble avait, en 2009, fait l'objet d'une révision⁴⁸ pour tenir compte « *des questions soulevées par [son] application et [régler] les interrogations éthiques nouvelles suscitées par l'évolution de la biologie, de la médecine et des mœurs* »⁴⁹.

Une telle évolution peut se voir dans le phénomène dit du « tourisme procréatif », occulte et donc difficilement quantifiable. Un rapport sénatorial de 2008 estime à une centaine le nombre de couples français qui, depuis 1991, partent chaque année à l'étranger afin d'y faire porter et mettre au monde un enfant qu'ils souhaitent ensuite élever en France. Un rapport d'information établi par le député Léonetti en 2010 relève quant à lui que ce phénomène concernerait trois cents couples infertiles par an⁵⁰.

Ceux-ci se rendent « *de préférence aux États-Unis et au Canada, où des agences les mettent en relation avec des mères de substitution et où ils peuvent obtenir des actes de l'état civil locaux établissant la filiation de l'enfant à leur égard* »⁵¹. De retour en France, ceux-ci effectuent diverses démarches en vue de se voir reconnaître et établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Il s'agit, « *en général, de la reconnaissance de l'enfant par le père et de l'adoption de ce même enfant par la mère d'intention* »⁵².

Cette démarche est, en l'état du droit, vouée à l'échec. La Cour de cassation s'est prononcée par une série d'arrêts excluant tant l'adoption que la possession d'état ou la reconnaissance de l'enfant par le père (*cf. infra*, « d. Les arrêts de la Cour de cassation »).

Ces arrêts ont fait naître des interrogations juridiques sérieuses sur le statut de l'enfant né d'une gestation pour autrui internationale.

En effet, si l'enfant peut se voir reconnaître une filiation à l'étranger, il ne peut le faire dans l'ordre juridique français compte tenu du refus de transcription de son acte de naissance, d'un acte de notoriété constatant la possession d'état ou d'opposabilité de la décision de justice étrangère homologuant la gestation pour autrui.

Or, l'absence d'acte d'état civil français est source de difficultés pratiques dans la vie quotidienne, notamment dans les rapports entre la famille et les administrations, écoles ou structures de soin. En pratique, les actes étrangers devront systématiquement être présentés traduits et apostillés.

Bien qu'une circulaire de la garde des sceaux (*cf. infra*), prise au lendemain des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, leur permet aujourd'hui, sous certaines conditions, d'obtenir des certificats de nationalité française, ces enfants ne peuvent jouir pleinement des facilités et prérogatives attachées au statut d'enfant de parents français. Ainsi, « *en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers* »⁵³.

Dans la recherche d'une sécurisation du statut des enfants, en droit français, deux séries de solutions se sont alors offertes au législateur, les plus audacieuses tendant à la légalisation de la gestation pour autrui et à sa mise en œuvre en France, au sein d'un cadre légal sécurisant ; d'autres tendaient plus simplement à une modification du droit de la filiation afin de permettre la reconnaissance de l'enfant par les parents d'intention. C'est une troisième voie qui a été suivie par le Parlement en 2009, celle du maintien de l'interdiction sans qu'aucune disposition n'ait été adoptée pour régler le sort des enfants nés de gestations pour autrui à l'étranger.

Plaidant en faveur de la légalisation de la gestation pour autrui et l'institution d'un régime légal et non contractuel, un rapport réalisé pour le Sénat en 2008 a considéré que « *la maternité pour autrui n'est pas en elle-même contraire au principe de dignité de la personne humaine et devrait pouvoir être admise dès lors qu'aucune transaction financière ne serait autorisée et qu'elle serait vécue comme un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi, ce qui éviterait la réification, l'instrumentalisation et la marchandisation du corps de la femme* »⁵⁴.

⁴⁷ Questions n° 65068, 60875, 49113 et 48702, *Journal officiel*, 18 novembre 2014, p. 9655.

⁴⁸ Prévue par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, qui programmait sa propre révision dans un délai de cinq ans suivant son entrée en vigueur.

⁴⁹ Conseil d'État, « La révision des lois de bioéthique », étude adoptée par l'assemblée générale plénière, paru à la Documentation française en 2009, p. 6.

⁵⁰ Assemblée nationale, J. Leonetti (rapporteur), rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique (n° 2235), enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 janvier 2010, p. 165.

⁵¹ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 34.

⁵² *Op. cit.* (Conseil d'État), « La révision des lois de bioéthique », p. 64.

⁵³ *Op. cit.* (Conseil d'État), « La révision des lois de bioéthique », p. 65.

⁵⁴ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 60.

Ce rapport propose d'autoriser la gestation pour autrui dans un cadre très restreint aux seuls couples dans lesquels la femme ne pourrait mener de grossesse à terme sans danger pour sa santé ou celle de l'enfant. Cette gestation pour autrui serait réalisée selon une procédure placée sous le contrôle de l'Agence nationale de bioéthique et du juge judiciaire. La première aurait pour fonction d'octroyer un agrément à la mère porteuse, le second déterminerait le montant de son dédommagement, s'assurerait de la réalité de son consentement et établirait la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention⁵⁵.

Ce rapport a été à l'origine d'une proposition de loi (n° 233 et 234) qui est devenue caduque.

Dans la lignée des avis préconisant le *statu quo*, le Conseil d'État a conclu pour sa part en 2009 que « *la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et celui de la mère porteuse, principes fondamentaux qui sous-tendent l'interdiction actuelle, conduisent [...] à recommander de ne pas légaliser la gestation pour autrui* ». La Haute juridiction administrative a critiqué de surcroît la proposition faite par le rapport sénatorial de 2008, laquelle « *ouvrirait la voie à une évolution difficile à circonscrire* », risquant de transformer la gestation pour autrui en « *pratique de convenance* »⁵⁶.

De la même manière, le Comité national d'éthique a considéré, dans un avis n° 110, intitulé « *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* », que « *l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée* »⁵⁷.

Finalement, la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la révision des lois de bioéthique a rendu un rapport en 2010 préconisant « *de maintenir les dispositions protectrices de la loi et de ne pas légaliser la gestation pour autrui* »⁵⁸. Les débats de 2009 ont orienté la sauvegarde de la dignité de la personne humaine vers le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui, pratique considérée comme attentatoire aux intérêts tant des enfants que des mères porteuses, notamment au regard des dérives redoutées de marchandisation du corps de la femme et de réification de l'enfant, réduit à l'état d'objet d'une opération contractuelle. Le législateur n'est donc pas revenu sur l'interdiction de 1994.

Quoi qu'il en soit, la légalisation de la gestation pour autrui ne réglerait pas la reconnaissance de ses pleins effets lorsqu'elle est conclue à l'étranger en raison des modalités spécifiques propres à ces législations étrangères⁵⁹. Les rapports et avis précités le relèvent sans exception.

Compte tenu de l'internationalisation des gestations pour autrui, certains membres du Comité national d'éthique relevaient, dans une note annexe à l'avis de 2010, que « *le maintien de la prohibition et ses conséquences sur l'établissement de la filiation juridique vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de tous les enfants qui continueront de naître grâce à une GPA pratiquée dans des pays où elle n'est pas illégale et où les couples français qui en ont les moyens continueront de se rendre* »⁶⁰.

Le législateur n'a cependant pris aucune disposition organisant la réception des enfants nés de gestation pour autrui réalisée à l'étranger afin, notamment, de ne pas « *valider indirectement la GPA* »⁶¹ et de crainte de reconnaître implicitement un droit à l'enfant qu'il était résolu à ne pas consacrer.

Le rapport fait pour l'Assemblée nationale en 2010 a certes conclu à la suffisance du droit positif, mais sur la seule considération que « *dans la vie pratique [des familles], les difficultés évoquées du fait de l'absence de filiation maternelle ne doivent pas être exagérées et que le plus souvent la filiation paternelle peut être établie* »⁶². Cette réalité que nous propose ce rapport est aujourd'hui bien différente après l'intervention des arrêts de la première chambre civile de 2011 et 2013.

Voilà donc plus de six ans que le législateur a été saisi de la question juridique soulevée par les deux pourvois. Il ne l'a pas réglée pour autant, alors que sa compétence pour la trancher ne fait aucun doute.

C.3 - Les propositions de loi

Treize sénateurs ont déposé le 31 juillet 2012 la proposition n° 736 par laquelle ils envisagent de donner un fondement légal à la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger suite à une gestation pour autrui. Ils proposent d'inscrire un article 336-2 dans le code civil qui systématiserait la transcription à la condition que le « *protocole de gestation pour autrui* » étranger ait fait l'objet d'une décision de justice prise en conformité « *aux lois locales applicables* » et, de plus, « *que le consentement libre et éclairé de la femme qui a porté l'enfant soit reconnu par cette décision et que les possibilités de recours contre cette décision soient épuisées* »⁶³.

En l'absence d'inscription à l'ordre du jour, elle a été frappée de caducité. À ce jour, il s'agit de l'unique initiative parlementaire portant sur la question de la réception française de la gestation pour autrui internationale, les autres

⁵⁵ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 73-80.

⁵⁶ *Op. cit.* (Conseil d'État), « La révision des lois de bioéthique », p. 63.

⁵⁷ Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, F. Dreifuss-Netter et C. Legras (rapporteurs), avis n° 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) », 2010, p. 17.

⁵⁸ Assemblée nationale, J. Leonetti (rapporteur), « Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique » (n° 2235), enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 janvier 2010, p. 171.

⁵⁹ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui » et Assemblée nationale, J. Leonetti (rapporteur), « Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique » (n° 2235), enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 janvier 2010, p. 166 - Audition du professeur Bertrand Mathieu.

⁶⁰ M. Azoulay, J. Belaisch-Allart, C. Burllet, D. Siroux, D. Stoppa-Lyonnet, C. Sureau et B. Weil, « Note annexe pour l'avis sur la GPA », in Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, F. Dreifuss-Netter et C. Legras (rapporteurs), avis n° 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) », p. 18.

⁶¹ *Op. cit.* (Sénat), M. André, A. Milon et H. Richemont, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », p. 192.

⁶² *Op. cit.* (Assemblée nationale), J. Leonetti (rapporteur), « Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique », p. 198-199.

⁶³ Proposition de loi n° 736 enregistrée à la présidence du Sénat le 31 juillet 2012, autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui (<http://www.senat.fr/leg/pp11-736.html>).

propositions relevées se limitent à réclamer un affermissement de l'interdiction par une pénalisation accrue. Une proposition de loi n° 806, enregistrée le 6 mars 2013, ambitionne d'élargir l'incrimination prévue par l'article 227-12 du code pénal au « fait de promouvoir ou de faciliter, par l'usage d'un moyen de communication, la conception d'un enfant par un couple dans l'intention préméditée de faire grandir l'enfant auprès de personnes différentes de ses parents biologiques ».

La proposition de loi n° 2277, visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, a été enregistrée le 14 octobre 2014 par la présidence de l'Assemblée nationale. Au motif « que l'efficacité de la prohibition [de la GPA] est aujourd'hui menacée par la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme »⁶⁴, les députés auteurs de la proposition « souhaitent s'opposer aux contrats de "mère porteuse" portant atteinte à la dignité de la personne humaine et au corps de la femme et dont l'enfant est l'objet du contrat, niant ainsi son statut de personne humaine ». Ils proposent donc de « renforcer les sanctions à l'encontre des agences qui organisent ce trafic d'être humain en doublant les peines actuellement prévues » à l'article 227-12 du code pénal. Également, ils souhaitent « punir les personnes qui ont recours à cette pratique illicite ainsi que les démarches auprès d'agences organisant la GPA » sur le sol français ou à l'étranger par l'insertion d'un nouvel article 511-4 dans le code pénal.

Certains auteurs doutent cependant du vote de cette proposition, laquelle a « peu de chances d'obtenir le soutien du gouvernement puisque le Premier ministre affirmait début octobre [2014] ne pas vouloir poursuivre les personnes recourant à la GPA tout en accentuant cependant la lutte contre les filières la permettant mais en laissant libre cours à la circulaire du garde des sceaux sur la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger à la suite d'une GPA »⁶⁵.

Dans la même veine, la proposition de loi n° 2706 déposée le 8 avril 2015 à la présidence de l'Assemblée nationale tend à la sanction du recours à une mère porteuse et la création d'un article 47-1 dans le code civil déclarant nul « tout acte étranger [...] qui constate, atteste, reconnaît ou prouve une filiation issue d'une procréation ou d'une gestation pour le compte d'autrui [...] y compris dans le cas où elle concernerait un ou des parents de nationalité française ». Finalement, cette proposition charge le gouvernement de préparer des dispositions « qu'il pourrait soumettre pour proposer l'adoption d'une convention internationale spécifique sur l'interdiction de la gestation et de la procréation pour autrui ». Le rapport Leonetti (2014), intervenu au lendemain des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, prend fermement parti contre une légalisation de la convention de gestation pour autrui. Il est assorti d'une proposition de loi visant à durcir la répression pénale du recours à la GPA.

Si le législateur ne s'est pas positionné sur l'épineuse question de la reconnaissance des gestations pour autrui étrangères, celle-ci a été en partie tranchée par la jurisprudence.

D. - L'état de la question dans la jurisprudence

Le Conseil constitutionnel (D.1), la Cour de cassation (D.2) et le Conseil d'État (D.3) ont eu à connaître de la question portant sur la reconnaissance en droit interne des GPA internationales.

D.1 - Les décisions du Conseil constitutionnel

Dans un *obiter dictum* de 1994⁶⁶, le Conseil constitutionnel a placé les principes de primauté de la personne humaine, du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, d'inviolabilité, d'intégrité et d'absence de patrimonialité du corps humain ainsi que celui de l'intégrité de l'espèce humaine dans le champ du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (considérant 18) et a rattaché ce dernier au préambule de la Constitution de 1946 (considérant 2). L'interdiction de la convention de gestation pour autrui participe de la protection et de la garantie de ces principes.

Il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel reconnaît au législateur plénitude de compétence pour autoriser ou interdire la gestation pour autrui et encadrer sa contractualisation, notamment au regard de la filiation et de l'état civil des enfants qui en seraient issus. La transcription des actes de naissance établis au terme d'une GPA « constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur »⁶⁷. En effet, « la jurisprudence du Conseil constitutionnel est constante pour souligner la compétence du Parlement sur ces sujets de société »⁶⁸.

En l'état du droit et, particulièrement, de la prohibition légale de la GPA, le Conseil a rappelé « qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques »⁶⁹. Le maintien dans l'ordre interne de l'interdiction de la GPA lie le juge judiciaire et réduit sa marge de manœuvre pour ce qui est de la réception des conventions conclues et exécutées à l'étranger. La jurisprudence de la Cour de cassation semble bien s'inscrire dans la garantie de l'interdit et de la répression en privant les GPA d'effet juridique en France.

Cependant, lorsqu'il est saisi de la conciliation de deux principes que les débats opposent, le juge judiciaire doit en faire primer un. En l'espèce, il s'agirait de concilier, d'une part, le principe de non-patrimonialité du corps humain, qui revêt, *in fine*, une valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'intérêt de l'enfant, que les plaideurs

⁶⁴ Rapport Leonetti, p. 8.

⁶⁵ Julien Couard, « Sanctionner les Français cherchant à souscrire un contrat de gestation pour autrui », *Droit de la famille*, n° 12, décembre 2014, alerte 59.

⁶⁶ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ».

⁶⁷ Il en est allé successivement ainsi pour l'interruption volontaire de grossesse (n° 74-54 DC du 15 janvier 1975), pour la sélection des embryons (n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994), pour les greffes autogéniques (n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012), pour l'adoption par des couples homosexuels (n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010) ou pour le mariage homosexuel (n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011). *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », p. 19.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » (considérant 58).

invoquent en faveur de la reconnaissance et de la transcription de sa filiation établie à l'étranger et que la Cour européenne des droits de l'homme a pu considérer comme relevant de son droit au respect de sa vie privée en ce qui concerne une filiation paternelle biologique.

Or, l'intérêt de l'enfant dispose également d'un fondement constitutionnel, le Conseil l'ayant rattaché à l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946, dans une décision du 17 mai 2013⁷⁰ dans laquelle il examine la conformité de la disposition légale qui lui est déferée au regard de « *l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946* » (considérant 53). Cet alinéa dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », ce dont le Conseil a par ailleurs déduit un droit subjectif que la Constitution garantit, « *le droit de mener une vie familiale normale* » (considérant 16).

D.2 - Les arrêts de la Cour de cassation

Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation jugeait illicite l'objet de la convention de gestation pour autrui, dite alors « *prêt d'utérus* », au regard de l'article 1128 du code civil et interdisait ainsi sa conclusion, car elles « *contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère* »⁷¹.

Face à la résistance de certaines cours d'appel⁷², le procureur général près la Cour de cassation a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Réunie en 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁷³ a confirmé l'analyse de la première chambre civile. Cette dernière définissait la « *convention de mère porteuse* » comme celle « *par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance* », et, jugeait que cette convention « *contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

Par ailleurs, elle a rappelé avec force le principe *mater semper certa est* en attribuant la filiation maternelle à la femme qui a porté l'enfant et l'a mis au monde et en jugeant que ce principe s'oppose à la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention qui n'a pas accouché. En effet, l'adoption de l'enfant par cette dernière « *n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et [...] constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ».

La loi de bioéthique de 1994 a entériné cette solution et ajouté l'article 16-7 au code civil, qui interdit la convention de gestation pour autrui et la sanctionne d'une nullité qui, aux termes de l'article 16-9, est d'ordre public.

Dans un arrêt du 17 décembre 2008⁷⁴, la première chambre a admis, au visa des articles 423 du code de procédure civile et 16-7 du code civil, la recevabilité de l'action du ministère public aux fins d'annulation de la transcription d'actes d'état civil étrangers sur les registres français, dès lors qu'il résulte des « *énonciations inscrites sur les actes d'état civil [qu'ils] ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui* ».

Par ailleurs, comme il a été déjà dit, la première chambre civile est intervenue à nouveau par les trois arrêts du 6 avril 2011 précités, jugeant contraire à l'ordre public la conclusion d'une convention de gestation pour autrui souscrite à l'étranger.

Cette solution a été enrichie par les deux arrêts du 13 septembre 2013 précités. La première chambre civile considère que l'établissement des filiations, même conforme à la réalité biologique, masque un « *processus frauduleux* », consistant dans la délocalisation de la gestation pour autrui afin de contourner l'interdiction en droit français. Cette manœuvre conduit à refuser la transcription de l'acte de naissance et la reconnaissance des filiations qu'il établit. Il s'agit d'une application extensive du principe selon lequel la fraude corrompt tout que traduit l'adage *fraus omnia corrumpit*.

En abandonnant les principes essentiels pour recourir à la notion de « *processus frauduleux* », elle-même très teintée d'ordre public, notion déjà citée dans l'arrêt de 1991, la première chambre civile a voulu projeter les effets du refus de reconnaissance des gestations pour autrui internationales au-delà de l'annulation de la transcription pour l'élargir à celle de la reconnaissance paternelle anténatale.

Dans l'une des deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 septembre 2013 (pourvoi n° 12-18.315, *Bull.* 2013, I, n° 176), la première chambre civile apporte une nouvelle acception de l'article 336 du code civil, solution reprise par un arrêt en 2014, selon laquelle « *l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code* »⁷⁵.

L'étendue de la sanction de la fraude atteint donc la reconnaissance de paternité même si l'examen de sa validité est en principe indépendant de la convention de gestation pour autrui.

D.3 - La position du Conseil d'État

Le Conseil d'État a tout d'abord été saisi de la question de la délivrance de certificat de voyage à des parents d'intention d'un enfant né par GPA et désireux de venir en France avec l'enfant.

⁷⁰ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁷¹ 1^{re} Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-15.655, *Bull.* 1989, I, n° 387.

⁷² Notamment cinq arrêts rendus par la cour d'appel de Paris en 1990, « *aux termes manifestement provocateurs* » selon Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, p. 353.

⁷³ Assemblée plénière, 31 mai 1991, précité.

⁷⁴ 1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, *Bull.* 2008, I, n° 289.

⁷⁵ 1^{re} Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50.005, *Bull.* 2014, I, n° 45.

Le 4 mai 2011, il a estimé « que la circonstance que la conception de ces enfants par M. A... et Mme C... aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3, § 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, ainsi que l'a jugé à bon droit le juge de première instance ». En conséquence, « le juge des référés, qui n'a pas enjoint à l'administration de délivrer un passeport aux enfants en cause, mais seulement un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire national - ce qui peut prendre la forme du laissez-passer prévu par le décret du 30 décembre 2004 relatif aux attributions des chefs de poste consulaire en matière de titres de voyage - s'est ainsi borné à prendre une mesure provisoire, conformément à son office, sans empiéter sur les compétences réservées par la loi à l'autorité judiciaire »⁷⁶.

Le Conseil d'État s'est récemment prononcé sur la légalité de la circulaire du 25 janvier 2013 n° NOR JUSC1301528C, aux termes de laquelle Mme la garde des sceaux requiert des procureurs généraux, procureurs de la République et greffiers en chef des tribunaux d'instance qu'ils veillent à faire droit aux demandes de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de GPA internationales « dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil ». Selon la circulaire, « le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus ».

Cette circulaire a été déférée au juge de l'excès de pouvoir, qui s'est prononcé, par un arrêt en date du 12 décembre 2014⁷⁷, « à l'aune de ce qu'impliquait nécessairement la réception de la jurisprudence de la Cour EDH »⁷⁸.

Dans cette affaire, le rapporteur public a invité en effet la juridiction administrative à « tirer les conséquences qui s'imposent en termes de nationalité, étant souligné que la nationalité ne concerne que les enfants et qu'elle n'a aucun effet reconnaissant quant à la filiation »⁷⁹.

Le Conseil d'État a donc jugé que « la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie » (considérant 11).

Le Conseil d'État a ainsi conclu à la légalité de la circulaire, estimant qu'« elle subordonne expressément la délivrance de tels certificats [à ce qu'] un lien de filiation de l'enfant avec un Français soit établi » (considérant 9) conformément à l'article 18 du code civil, qui prévoit qu'est « français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

Or, la juridiction administrative a affirmé que « doit être tenu pour établi un lien de filiation attesté par un acte d'état civil étranger dans les cas où, conformément à l'article 47 du code civil, un tel acte fait foi ».

Dès lors, « la circulaire s'est bornée à rappeler les dispositions de cet article » (considérant 9) et n'est entachée d'aucun détournement de pouvoir.

Cependant, la circulaire du 25 janvier 2013 ne règle toujours pas la problématique générale de la reconnaissance des GPA internationales, car elle se borne à certifier la nationalité française d'enfants dont la filiation est établie par un acte étranger à l'égard d'un Français quand bien même cette filiation ne serait pas reconnue par le droit français, mais seulement établie par la loi étrangère. Le sort de l'enfant n'est que partiellement réglé. Certes, sa vie pratique s'en trouve simplifiée dans ses relations avec les administrations et il disposera d'une carte d'identité ou d'un passeport, mais, au regard de la loi française, il ne sera pas l'enfant de ses parents d'intention. Il ne succède pas aux droits de ses parents, ceux-ci n'exercent pas à son égard l'autorité parentale, etc.

Cette circulaire a suscité une certaine inquiétude chez les parlementaires ; Mme Marie-Hélène des Esgaulx posait notamment une question orale sans débat (n° 0978S) le 25 novembre 2014 à l'adresse de Mme la garde des sceaux. La sénatrice constatait que, par son arrêt, « le Conseil d'État valide de facto les conséquences d'une pratique interdite en France ». Or, « une convention de GPA ne peut pas être distinguée de ses effets, puisque la naissance de l'enfant constitue l'objet même et exclusif de cette convention. En validant ses effets, c'est la convention de GPA en elle-même que l'on valide ». Elle demandait finalement à la ministre si elle « entend intervenir concrètement, et comment, contre cette pratique ». En réponse, lui était indiqué que « le gouvernement entend faire respecter [la politique pénale] contre toutes les atteintes à l'ordre public ».

Comme a pu le préciser le gouvernement français⁸⁰, la décision précitée du Conseil d'État du 12 décembre 2014 qui a validé la circulaire du 25 janvier 2013 sur la délivrance des certificats de nationalité française témoigne, par sa teneur, de la recherche d'un juste équilibre entre le principe d'ordre public de la prohibition de la GPA et la nécessaire protection de l'enfant.

Après avoir envisagé les dimensions internationales de la problématique, il convient de déterminer le cadre juridique applicable à la reconnaissance d'une gestation pour autrui internationale.

⁷⁶ Conseil d'État, ordonnance du 4 mai 2011, n° 348778.

⁷⁷ Conseil d'État, 12 décembre 2014, Association juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

⁷⁸ M. Guyomar, Chronique de jurisprudence du Conseil d'État, *Gazette du palais*, 29 janvier 2015, n° 29, p. 16.

⁷⁹ X. Domino, Conclusions sur CE, Association juristes pour l'enfance et autres, cité par M. Guyomar, *Gazette du palais* 2015, n° 29, p. 16, *op. cit.*.

⁸⁰ Réponse ministérielle n° 0978S, *JO Sénat*, Q, 18 février 2015, p. 1827.

III. - La délimitation du cadre juridique applicable à la reconnaissance d'une GPA internationale

À l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation et des derniers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, quel cadre juridique appliquer à la reconnaissance, dans notre ordre juridique, d'une GPA internationale régulièrement souscrite à l'étranger mais qui paraît contraire à nos principes essentiels ?

Cette question doit être examinée à la lumière de notre conception internationale de l'ordre public (A).

Après avoir rappelé la portée limitée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (B et C), qui, hors des cas jugés, ne saurait remettre en cause le principe de la prohibition en droit français de la GPA, il conviendra d'examiner les voies juridiques applicables à la reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'étranger, en passant par les impasses du recours aux règles de conflits de loi (D), les dangers d'une lecture étroite de l'article 47 du code civil (E) et enfin par la nécessité d'une expertise biologique établissant judiciairement la paternité (F).

A. - L'ordre public international : le critère opérant pour apprécier la reconnaissance d'une GPA internationale

L'ordre public, selon le doyen Carbonnier, est le « rocher » sur lequel se construit la société⁸¹.

L'image proposée reflète la finalité de l'ordre public comme les difficultés pour le juriste de saisir cette notion autrement qu'à travers une idée ou une métaphore.

L'ordre public est une notion transversale du droit, appartenant tant au droit public qu'au droit privé. En droit public, elle renvoie aux règles et pouvoirs de police ainsi qu'à ses démembrements tels que la salubrité, la santé et la sécurité publiques. En droit civil, l'ordre public se révèle moins identifié mais aussi mouvant selon l'évolution de la société. En effet, comme l'exprimaient Jean Hauser et Jean-Jacques Lemouland, « l'ensemble ordre public a un contenu éminemment variable en fonction de ce que la société, à un moment donné, estime suffisamment important pour l'élever à la consécration de l'intérêt général. Cette variabilité dans le détail du contenu n'exclut pas une certaine permanence dans les rubriques qui découpent la notion »⁸².

Par sa situation normative au sein du code civil, prenant place parmi les sept dispositions figurant dans le titre préliminaire, l'article 6, aux termes duquel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », conforte le caractère fondamental et essentiel de la notion d'ordre public.

Malgré son caractère fondamental, la notion d'ordre public n'est ni clairement définie ni même circonscrite. C'est ainsi que certains auteurs ont décrit l'ordre public comme « des normes à contenu indéterminé, des standards qui ne répondent à aucune définition précise et qui ont donc souvent besoin du relais des juges pour être concrétisées »⁸³. Ainsi, le juge dispose d'un important pouvoir créateur pour définir le contenu de cet ordre public.

Paradoxalement, eu égard à son importance et à sa fonction, l'ordre public constitue une notion souple et polysémique tant elle peut recouvrir un grand nombre de significations. L'ordre public est donc une notion-cadre au sens développé par Henaff, selon qui « la notion-cadre est un mécanisme juridique basé sur un flou placé intentionnellement dans la loi [...] au juge de l'interpréter », l'auteur ajoutant : « l'ordre public [...] est une illustration frappante du caractère purement notionnel des notions-cadres »⁸⁴.

Si l'on part du noyau central, visé par l'article 6 du code civil tel qu'entendu en 1804, le domaine demeure relativement bien délimité. L'article 6 pose un principe à la fois directeur et correcteur du droit en ce qu'il traduit des impératifs sociaux, mais aussi la primauté de l'ordre social sur les volontés individuelles et les intérêts particuliers, en ce qu'il pondère et limite le principe de l'autonomie de la volonté.

Il s'agit d'un ordre public que l'on qualifie parfois d'ordre public politique et moral, peu évolutif. Au-delà, un ordre public des personnes et de la famille, celui qui nous intéresse, peut être délimité mais, cette fois, avec une stabilité bien moins grande et une définition plus incertaine. L'ordre public des personnes et de la famille est étroitement dépendant de conceptions changeantes qui font bouger les lignes de l'ordre public en général. Cet ordre public étant une mixtion de principes, un risque existe que certains de ces principes s'opposent, se confrontent.

Dans ce cas, quel principe l'emporte sur tel autre, et ce, d'autant que les notions d'ordre public interne et international ne se superposent pas ?

Face à une situation comportant un élément d'extranéité, les autorités judiciaires françaises peuvent invoquer non pas nos règles d'ordre public interne, mais celles qui sont élevées au rang d'ordre public international.

En matière de droit des personnes et de droit de la famille, l'ordre public international peut être opposé non seulement au stade de la reconnaissance ou de l'exequatur d'une décision étrangère par le juge, ou de celui de l'application d'une loi étrangère désignée par une règle de conflit, mais aussi au stade de la transcription d'un acte de l'état civil dressé à l'étranger ou pris en exécution d'un jugement sur l'état des personnes concernant un Français.

La reconnaissance de ces situations étrangères dans notre ordre juridique s'incline ainsi, en raison de l'ordre public international, devant des règles que le juge élève au plus haut niveau en raison de leur fondamentalité ou de leur intangibilité.

⁸¹ L'ordre public est le thème de l'étude du rapport annuel de la Cour de cassation 2013.

⁸² Répertoire de droit civil Dalloz, V° « Ordre public et bonnes mœurs », mars 2004, mise à jour juin 2013, n° 31.

⁸³ Terré, Simler, Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., n° 371.

⁸⁴ Henaff, « L'unité des notions cadre », *JCP* 2005, éd. G., 189.

Réciproquement, ces mêmes valeurs peuvent conduire à admettre dans notre ordre juridique des situations étrangères, en rupture avec nos traditions juridiques, mais qui, dans leurs effets, ne les heurtent pas suffisamment.

C'est dire que le contrôle n'est pas abstrait et qu'il repose sur une mise en perspective de la situation concrète avec le principe d'ordre public en cause.

Cette éviction se fonde donc sur une appréciation *in concreto* de la situation pour prendre en compte les conséquences effectives de l'application de la règle, ou de la décision étrangère dans le cas d'espèce.

Dans un avis relatif à l'un des trois arrêts du 6 avril 2011 rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, l'avocat général Marc Domingo expliquait qu'il existe un noyau dur de l'ordre public international qui résiste aux intrusions de règles ou de décisions étrangères créant ou avalisant des situations juridiques dont notamment seuls les effets auraient vocation à se déployer en France. Il s'agit selon lui du domaine d'élection des droits fondamentaux. Mais la circonstance qu'un droit de cette nature a été méconnu par une norme juridique ou une décision étrangère ne conduit pas nécessairement à son éviction. Comme le font observer MM. Ancel et Lequette⁸⁵, la contrariété à l'ordre public devrait « *toujours être appréciée en fonction du seul résultat concret auquel conduit l'application de la norme étrangère* ».

Comme déjà expliqué, les règles d'ordre public interne ne s'élèvent pas mécaniquement en règles d'ordre public international dans notre conception française. Pour qu'une règle d'ordre public interne intègre le corps des règles d'ordre public international, elle se doit de posséder une portée universelle. Cependant, la notion d'ordre public n'est pas plus claire en droit international qu'en droit privé.

Or, le fait est que cette réserve de l'ordre public, ultime défense des concepts juridiques du for, se « conventionnalise » de plus en plus, ce qui signifie qu'elle se nourrit de droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou d'autres instruments internationaux.

Pour MM. Ancel et Lequette, « *Le culte que notre époque professe pour les droits de l'homme conduit en effet à donner un relief tout particulier aux droits fondamentaux parmi les éléments qui permettent de caractériser l'ordre public international français* »⁸⁶.

Autrefois réceptacle des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »⁸⁷, la réserve d'ordre public connaît aujourd'hui, spécialement dans le domaine du droit de la famille et de l'état des personnes, de profonds changements sous la pression des nombreuses et rapides évolutions des structures familiales en Europe.

En l'état du droit, la question de la réception dans notre ordre juridique d'une GPA internationale, aux formes plures et aux effets différenciés, ne peut donc se résoudre d'autorité par l'opposition de la fraude ou, en sens inverse, par la suprématie d'un principe, fût-il aussi important que l'intérêt supérieur de l'enfant ou le respect de son droit à l'identité ou au droit de mener une vie familiale normale. La réponse adaptée à chaque situation concrète, éclairée par les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, doit pouvoir se concevoir en contemplation de plusieurs principes et valeurs qui s'entrecroisent.

Cette « *bataille* » entre principes et valeurs trouve sa pleine expression dans le creuset du critère de l'ordre public, apprécié par le juge interne à la réception internationale dans notre ordre juridique d'une situation régulièrement acquise à l'étranger.

La question est bien de savoir si la défense de cet ordre public international peut continuer à s'opposer à la reconnaissance de situations de GPA régulièrement acquises dans des pays limitrophes partageant une culture juridique, des traditions, des principes et des instruments internationaux communs.

Des principes supérieurs tels la libre circulation des personnes au sein d'un espace juridique européen ou l'intérêt supérieur de l'enfant, qui irriguent également notre conception de l'ordre public international, ne devraient-ils pas impliquer sa régénérescence sur ces questions aussi sensibles que la gestation pour autrui ?

C'est ici que prend place le débat sur la nouvelle notion de principes essentiels du droit français, consacrée par la Cour de cassation en 2008 et appliquée dans le domaine de la gestation pour autrui.

L'apparition de cette notion, plus souple et plus mouvante, témoigne aussi sans doute d'une volonté de la Cour de cassation de mieux s'adapter aux formidables mutations que connaît le droit de la famille et l'état des personnes en plaçant leur examen sous le double contrôle de l'ordre public et des normes fondamentales européennes.

D'un côté, se situent les principes de l'indisponibilité de l'état des personnes, de l'immutabilité des personnes et de l'interdiction de la marchandisation du corps humain, qui inspirent la prohibition légale de l'article 16-7 du code civil, qui se retrouvent également dans les principes à valeur constitutionnelle de dignité de la personne et de respect de son intégrité.

Ces principes puisent eux-mêmes loin dans notre tradition juridique judéo-chrétienne. Ils ont inspiré, au côté de la fraude, la ligne de jurisprudence de la première chambre civile.

La première chambre a relevé que le contournement de la prohibition interne de la GPA pouvait aussi traduire un détournement des règles de l'adoption internationale et des engagements internationaux en ce domaine.

Il faut garder à l'esprit que le recours à la GPA peut permettre d'échapper aux règles applicables à l'adoption internationale en imposant, par un fait accompli, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du ou des parent(s) n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant.

⁸⁵ B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, n° 26, p. 175.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ 1^{er} Civ., 25 mai 1948, « *Lautour* » : définition de l'ordre public international français comme étant le réceptacle des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ».

Ce faisant, ces règles qui nourrissent nos principes essentiels se situent dans la marge d'appréciation des États, ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, et doivent être pris en compte dans une appréciation globale en balance des intérêts en présence lorsqu'il s'agit de recevoir ou non dans notre ordre juridique une GPA internationale.

De l'autre côté, se placent des principes internationaux, tels que l'intérêt supérieur de l'enfant, qui s'oppose à ce que l'enfant soit privé d'un lien juridique avec son parent alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance, le droit de mener une vie familiale normale, la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne.

À cet égard, et dans l'hypothèse d'un enfant né d'une GPA dans un État de l'Union européenne dans lequel cette pratique serait autorisée, il faut veiller à ce que cet enfant, citoyen de l'Union, ne soit pas privé des droits que lui confère ce statut et, notamment, celui de pouvoir circuler librement dans l'Union.

La CJUE affirme que l'article 20 TFUE (anciennement 18 CE) s'oppose aux mesures ayant pour effet de priver les citoyens de la jouissance effective de leurs droits conférés par ce statut et, notamment, du droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres.

Ainsi, elle a rappelé que, si les règles régissant la dévolution du nom des personnes relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit de l'Union, en particulier lorsqu'il s'agit de ressortissants d'un État membre séjournant sur le territoire d'un autre État membre.

Elle en a déduit que, s'agissant d'enfants d'un couple hispano-belge et possédant la double nationalité, les autorités belges ne pouvaient refuser que ces enfants puissent porter le nom composé de celui de leur père et de leur mère en vertu du droit et de la tradition espagnols⁸⁸. Il en est de même d'un enfant allemand qui s'est vu conférer un nom double du fait de sa naissance au Danemark. Les autorités allemandes ne peuvent s'opposer à la transcription de ce nom double. En effet, le fait d'être obligé de porter en Allemagne un nom différent de celui qui lui a été attribué au Danemark est susceptible d'entraver son droit à la libre circulation⁸⁹. Enfin, s'agissant d'un enfant né en Belgique de parents colombiens et qui s'était vu conférer à sa naissance la nationalité belge, la Cour a jugé que refuser un permis de travail aux parents du bébé aurait pour effet d'obliger ce citoyen à quitter l'Union et donc porterait atteinte à ses droits de citoyen⁹⁰.

Il convient donc d'avoir à l'esprit que le fait de refuser la transcription de l'acte de naissance d'un enfant ayant la nationalité de l'un des États membres de l'Union, alors que la nationalité française pourrait lui être dévolue du fait de l'établissement de sa filiation avec un Français en application de la loi personnelle de sa mère, pourrait être considéré comme une restriction de ses droits de citoyen de l'Union, même si le droit à la filiation n'est pas expressément prévu à l'article 20 TFUE et n'est pas directement lié à la liberté de circuler.

Dans ce creuset de l'ordre public, l'intérêt supérieur de l'enfant tient une place à part.

Le doyen Carbonnier s'exprimait ainsi s'agissant de l'intérêt de l'enfant : « *C'est une notion clé qui a fait l'objet d'utiles analyses doctrinales et d'une remarquable recherche de psychosociologie : la clé ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable.* » Ses contours sont mal tranchés et ses occurrences sont inversement proportionnelles à sa consistance. Cependant, figer cette notion dans une définition rigide apparaît peu opportun eu égard aux objectifs poursuivis. La finalité protectrice de l'intérêt de l'enfant semble être le point de convergence entre les différents aspects de cette notion.

L'idée d'une protection spécifique de l'enfant était certes déjà présente dans le code civil de 1804, puisque l'article 302 disposait que les enfants seraient confiés au parent qui aurait obtenu le divorce, à moins que le tribunal n'en décide autrement pour « *le plus grand avantage des enfants* ».

Mais cette notion a surtout été mise en lumière par la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE), principal engagement international ratifié par la France relatif aux droits des enfants. Son article 3, § 1, énonce que « *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* ».

Plusieurs autres articles de cette Convention font mention de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* », comme ceux concernant la séparation de l'enfant de sa famille (article 9), la responsabilité parentale (article 18) ou l'adoption (article 21).

Il est important de souligner que la traduction française a évincé le pluriel du concept puisque la version anglaise fait référence aux « *best interests of the child* », soit les meilleurs intérêts de l'enfant.

L'adjectif « *supérieur* » semble donc devoir être compris dans le sens du « *meilleur intérêt de l'enfant* », et non nécessairement comme un intérêt supérieur à tous les autres, et l'intérêt supérieur de l'enfant ne paraît donc pas devoir être distingué d'éventuels autres intérêts de l'enfant.

D'autres textes internationaux font également référence à l'intérêt supérieur de l'enfant, comme la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996 ratifiée par la France le 1^{er} août 2007 ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 24, alinéa 2, énonce : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* »

⁸⁸ CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, C-148/02.

⁸⁹ CJCE, 14 octobre 2008, Grunkin Paul, C-353/06.

⁹⁰ CJUE, 8 mars 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano.

La Cour de cassation a, en 2005, reconnu l'applicabilité directe de la Convention dite de New-York relative aux droits de l'enfant au visa des seules dispositions conventionnelles⁹¹. Depuis lors, la référence à l'intérêt de l'enfant se développe d'autant plus que nombreuses sont les dispositions du code civil qui exigent de le prendre en considération.

En effet, ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été intégré en droit français dans des dispositions relatives à l'autorité parentale, à la filiation ou au divorce, aux successions ou à la protection de l'enfance. Par exemple, aux termes de l'article 375-1, alinéa 2, du code civil, le juge des enfants doit « *se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant* ». Cependant, la plupart des dispositions législatives se réfèrent à l'intérêt de l'enfant, sans l'adjectif « *supérieur* ».

La notion fondamentale de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » n'a néanmoins été pleinement définie ni par la CIDE, ni ensuite par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, en charge de veiller au respect des engagements pris par les États concernant la pleine mise en œuvre de la CIDE.

Aussi, la particularité de l'intérêt supérieur de l'enfant est qu'il s'agit d'un principe général exempt d'une définition précise qui devrait guider les actions et les décisions des autorités concernant les enfants. Selon T. Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être entendu comme un principe « *définissant une exigence procédurale* » selon laquelle l'autorité chargée de prendre une décision (juge des enfants, Défenseur des droits) a l'obligation de vérifier les effets de celle-ci et sa compatibilité avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

Mais aussi, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion qui peut être définie selon les situations tantôt de façon abstraite dans certains domaines par le législateur et est tantôt un concept qui doit être recherché, apprécié et mis en pratique de façon concrète par l'autorité judiciaire au regard de la situation propre de l'enfant. Elle est donc une notion cardinale qui assure une intense fonction de légitimation des décisions judiciaires. Néanmoins, étant une notion fuyante, elle peut être propre à favoriser l'arbitraire judiciaire selon le professeur Gobert. En effet, qu'est-ce que « *l'intérêt supérieur* » de l'enfant ? À quoi serait-il supérieur ?

L'intérêt supérieur de l'enfant est donc celui que détermine le juge, le plus objectivement possible, au vu des éléments qui lui sont soumis. L'appréciation faite de l'intérêt de l'enfant sera nécessairement circonstanciée. Appréciée *in concreto*, au regard de la casuistique, la notion « *d'intérêt supérieur de l'enfant* » peut conduire à des solutions divergentes d'une situation à une autre, d'un juge à un autre, d'un enfant à un autre et d'un moment à un autre. L'intérêt supérieur de l'enfant, si son champ d'application était élargi à l'ensemble du droit de la famille, pourrait-il alors aller jusqu'à s'opposer, dans certaines hypothèses, au divorce de ses parents (voire à leur mariage) ou à l'établissement du lien de filiation de ses frères et sœurs ?

En écartant des dispositions légales, au motif que le résultat de leur mise en œuvre est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par l'espèce, le juge ferait prévaloir sa propre conception de l'intérêt supérieur de l'enfant sur celle posée plus ou moins expressément par le législateur selon Mme Gouttenoire⁹². Il est alors nécessaire selon elle de distinguer, pour délimiter la marge de manœuvre du juge dans la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, selon le contenu de la loi : soit la loi ne tient manifestement pas compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et il faut sans doute admettre que le juge peut l'écarter au nom de l'article 3, § 1, de la CIDE ; soit la loi semble tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et a, formellement ou non, établi une présomption au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il paraît alors difficile d'admettre que le juge puisse affirmer le contraire en faisant prévaloir sa propre conception de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En matière de gestation pour autrui, selon la professeure Fabre-Magnan, « *en mettant sur les deux plateaux de la balance des choses éminemment hétérogènes - en l'occurrence d'un côté un interdit absolu (la convention de GPA) et de l'autre l'intérêt de l'enfant - c'est le système juridique dans son entier qui se trouve profondément atteint. Le standard de l'intérêt de l'enfant sert en effet alors, techniquement, à saper toutes les bases et tous les interdits* »⁹³. Le risque est alors grand que prennent place uniquement des appréciations individuelles et subjectives, se réduisant à une pesée arbitraire des sentiments.

Mme Fabre-Magnan prend l'exemple de litiges qui pourraient survenir à propos de l'enfant né de GPA, soit que personne n'en veuille, soit qu'au contraire plusieurs personnes le réclament. L'appréciation du juge devra alors se faire au cas par cas. Dans le cas où ni le commanditaire ni la mère porteuse ne souhaiteraient s'occuper de l'enfant, aucune attention ne serait alors portée à l'intérêt de l'enfant, qui est « *occulté, bafoué et dénié* »⁹⁴, puisqu'il serait impossible d'obliger l'un ou l'autre à élever l'enfant.

Dans le cas inverse où plusieurs personnes se disputeraient un enfant, il appartiendra au juge de trancher au cas par cas sur l'intérêt particulier de cet enfant. Or, selon elle, la notion d'intérêt de l'enfant conduit souvent, à ce stade, à véhiculer une vision particulièrement stéréotypée. Aux États-Unis par exemple, les juges ont pu confier l'enfant plutôt aux familles riches qu'aux familles pauvres, estimant que celui-ci aura alors plus de chances de réussir sa vie en étant recueilli par un couple aisé. De même, les couples blancs recherchent souvent des mères porteuses noires afin que celles-ci aient moins la tentation de garder l'enfant, et surtout que le juge soit incité à dire que l'intérêt de l'enfant blanc est plutôt d'aller avec des couples de même couleur.

Une autre auteure de doctrine a pu s'inquiéter de l'effet d'une utilisation non raisonnée de l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁵ : « *brandi comme un étendard des droits de l'enfant, auquel il n'est pas de bon ton de s'opposer,*

⁹¹ 1^{er} Civ., 18 mai 2005, 8 et 22 novembre 2005.

⁹² Adeline Gouttenoire, « Le domaine de l'article 3, § 1, de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 24.

⁹³ Muriel Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestation pour autrui », *Recueil Dalloz* 2015, p. 224.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Marie Lamarche, « Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ? », *Droit de la famille*, n° 11, novembre 2007.

l'intérêt de supérieur de l'enfant pourrait désormais conduire à rendre superflue une grande part des institutions du droit des personnes et de la famille et plus spécifiquement du droit de la filiation ». Le risque est grand, selon elle, de voir primer « *l'intérêt de l'enfant* », unique et suprême règle de conflit, écartant de ce fait toute autre disposition, même d'ordre public, qui pourrait contrarier cet absolutisme. Mme Lamarche s'inquiète également de ce que, par voie de conséquence, toutes les interdictions d'établissement de lien de filiation pourraient être écartées au nom du seul intérêt supérieur de l'enfant.

Concept controversé et flexible, l'intérêt supérieur de l'enfant peut servir à lui seul de sésame pour admettre la GPA et la parenté d'intention.

Il ne peut faire céder notre conception de l'ordre public international, qui s'oppose à ce qu'une filiation d'un enfant né par GPA étrangère soit inconditionnellement reconnue dans notre ordre interne.

La Cour européenne des droits de l'homme fait d'ailleurs une application encadrée de cet intérêt supérieur de l'enfant, puisque le droit au respect à la vie privée de l'enfant auquel il concourt ne peut conduire à écarter la prohibition de la GPA posée par les États que dans l'hypothèse d'une filiation biologique établie.

B. - Par leur portée limitée, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 n'emportent pas reconnaissance par principe de la conventionnalité des GPA internationales

On rappellera à titre liminaire que l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme oblige l'État condamné à exécution. Notre Cour a également reconnu une autorité de la chose interprétée, mais relativement au cas jugé⁹⁶.

La formulation des arrêts permet de penser que seul le défaut de reconnaissance dans l'ordre français de la filiation paternelle biologique est condamné par la Cour comme une atteinte au respect de la vie privée de l'enfant et à son droit à une identité.

Mais rien n'est dit sur le fait de savoir si le défaut de reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger, contraire à la prohibition de la gestation pour autrui, est en lui-même contraire au droit à la vie privée de l'enfant et plus généralement à son intérêt supérieur⁹⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais entendu faire prévaloir par principe le droit au respect de la vie privée de l'enfant ou son intérêt supérieur sur les valeurs juridiques des États qui, dans la liberté de leur marge d'appréciation, peuvent autoriser ou non, dans leur ordre interne, la GPA. Comme il a été dit, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion flexible, aux contours incertains, qui peut tout à la fois renvoyer au bien-être éducatif de celui-ci et à son épanouissement personnel, mais aussi à la nécessité pour lui d'avoir un lien de filiation et de mener une vie familiale normale.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*, précités, a entendu faire prévaloir sur la marge d'appréciation de l'État le principe de la reconnaissance et/ou l'établissement en droit interne de la filiation paternelle biologiquement certaine de l'enfant au regard notamment de son intérêt supérieur.

Mais cette prévalence doit rester cantonnée aux deux affaires examinées, sauf à faire rejaillir le primat de la filiation biologique - dont on connaît l'importance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - dans d'autres domaines de notre droit de la filiation, ce qui pourrait le bouleverser.

La portée de ces deux arrêts apparaît ainsi très limitée.

1. - Les arrêts ont été prononcés dans deux situations d'une GPA souscrite légalement à l'étranger par un couple et sous le contrôle de l'autorité judiciaire étrangère qui l'a homologuée, puis qui a autorisé l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant et permis l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention.

2. - Seule la distorsion entre la filiation biologique et la filiation juridique semble être stigmatisée dans ces deux arrêts.

La Cour de Strasbourg ne prend pas position sur la distorsion entre la filiation sociologique qui pourrait résulter d'une possession d'état acquise⁹⁸ et la filiation juridique.

3. - Il est donc difficile de tirer d'autres conclusions sur le sort réservé à la filiation maternelle.

Ce traitement différencié entre la filiation paternelle et la filiation maternelle n'est d'ailleurs pas sans poser question dans notre ordre juridique interne.

Tout d'abord, les arrêts n'ont ni pour objet ni pour effet de prescrire la reconnaissance d'un lien de filiation de l'enfant à l'égard de la mère porteuse.

La transcription de l'acte d'état civil étranger indiquant le nom de la mère de l'enfant issu d'une GPA est impossible, sauf à valider une situation de filiation maternelle par convention de gestation pour autrui que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas entérinée (*Menesson*, point 79, et *Labassée*, point 58).

Ensuite, les arrêts n'ont ni pour objet ni pour effet de prescrire la reconnaissance d'un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention, dont le nom peut apparaître dans l'acte et qui aurait adopté régulièrement à l'étranger l'enfant abandonné par la mère porteuse, question non abordée par la Cour européenne des droits de l'homme.

⁹⁶ Arrêt d'assemblée plénière du 15 avril 2011 (pourvoi n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 3, *D.* 2011. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseké, N. Joubert et K. Parrot ; *Constitutions* 2011. 326, obs. A. Levade ; *RSC* 2011.410, obs. A. Giudicelli ; *RTD civ.* 2011.725, obs. J.-P. Marguénaud) en considérant 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* ».

⁹⁷ « Convention de gestation pour autrui - Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », A. Gouttenoire, *JCP*, éd. G, n° 30-38, 28 juillet 2014, 877.

⁹⁸ Alors même que l'affaire *Labassée* lui offrait cette possibilité.

En poussant l'analyse, est-il néanmoins possible d'affirmer que l'enfant, au nom de son droit à l'identité établi à l'égard de son père, pourrait, par extension, revendiquer la reconnaissance de cette filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention qui a donné l'ovocyte mais n'a pas porté l'enfant ?

Dans sa formation solennelle, notre Cour a déjà interdit que l'enfant né d'une gestation pour autrui légale puisse faire l'objet d'une adoption plénière par la femme ou la compagne du père de l'enfant, lorsque la paternité de celui-ci est établie (assemblée plénière du 31 mai 1991, précité).

Il faut aussi rappeler que notre droit de la filiation reste dominé par l'anonymat du don.

En voulant conférer à l'enfant une filiation d'intention, en voulant lui donner un état civil « disponible » conforme au projet parental et, enfin, en anéantissant la règle fondatrice suivant laquelle la maternité reste déterminée par l'accouchement, tout l'édifice de notre droit de la filiation s'en trouverait fragilisé.

La solution partielle dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme conduit ainsi à une impasse et, à maints égards, à une situation boiteuse, potentiellement préjudiciable à l'enfant et sur laquelle elle ne s'est pas encore prononcée, faute d'en avoir été saisie.

En effet :

- soit l'enfant n'a pas été abandonné par la mère indiquée dans l'acte et, en ce cas, il n'est pas adoptable en droit français par le conjoint du père biologique de l'enfant. L'enfant se trouve privé de ce second lien de filiation en France ;

- soit la mère d'intention a pu adopter l'enfant né à l'étranger d'une GPA mais, en l'état de la jurisprudence, la reconnaissance de cette adoption se heurte à la prohibition de la GPA au nom de l'ordre public.

On peut ajouter que la « mère porteuse » indiquée dans l'acte étranger n'est peut-être pas la mère biologique de l'enfant lorsque l'embryon est conçu par dons d'ovocytes.

Cette « *troublante incertitude* » de l'enfant est plus grande encore en cas de GPA totalement hétérologue par dons croisés des parents d'intention de matériels génétiques.

Le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant, qui fondent les deux cas jugés le 26 juin 2014, peuvent-ils être identiquement invoqués dans le cas de ces GPA hétérologues ?

La « *troublante incertitude* » ne procède-t-elle pas aussi dans ce traitement différencié des filiations de l'enfant, lequel se trouve, au moins au regard du droit français, sans filiation maternelle opposable ?

En somme, est-il toujours conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de lui reconnaître une transcription partielle d'un acte de naissance étranger en raison du lien biologique paternel ? Ce primat biologique, très étranger à notre culture juridique et à notre droit de la filiation, conduit à faire céder notre principe d'ordre public de prohibition de la GPA pour une reconnaissance partielle d'une filiation à l'égard d'un des deux parents d'intention.

Ces questions importantes pour la protection de l'enfant auraient pu être évoquées devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, ce que le gouvernement français n'a cependant pas permis de faire.

C. - Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme impliquent la reconnaissance de la filiation paternelle biologiquement établie

Comme il a été dit, par ses derniers arrêts, la première chambre civile a justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger 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, fût-elle licite à l'étranger et alors même que la filiation contestée correspond à la réalité biologique.

Ce faisant, ces jurisprudences ont revitalisé la notion de fraude.

Dans sa conception maximale, le processus d'ensemble frauduleux fait priver d'effets les actes d'état civil dressés à l'étranger suivant la loi applicable et sanctionne jusqu'à la reconnaissance paternelle régulièrement effectuée en France, fût-elle biologiquement avérée.

L'intensité de la fraude conduit la même chambre à retenir sobrement « *qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant, que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* ».

Ce « ni-ni » fait apparaître en creux la préoccupation de défendre des valeurs reflétées dans une conception nationale de l'ordre public.

Comme a pu le souligner un auteur, « *Ici, le contrôle de conventionnalité est éclipsé par l'ombre portée de la fraude teintée d'ordre public. L'adverbe « utilement » employé par la Cour invite à dire que la disposition conventionnelle ne peut dissoudre la fraude et que les faits sous-tendus par le moyen de conventionnalité, fussent-ils puissants (conséquences sur la vie de l'enfant), ne peuvent rompre la digue ainsi posée* »⁹⁹.

Mais cette objection de la fraude doit céder face au droit de l'enfant, au respect de sa vie privée et à son droit conventionnel à l'identité à l'égard de son père biologique.

En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant comme le respect de son droit à la vie privée, qui implique son droit à l'identité, doit, dans le cadre étroit des deux affaires jugées le 26 juin 2014, conduire la France à reconnaître la filiation paternelle de l'enfant biologiquement établie (Mennesson, point 96, et Labassée, point 75).

⁹⁹ Pierre Chevalier, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'*exequatur*, l'ordre public et le portulan », in *RCDIP* 2014, p. 1 et s.

Comme ont pu très justement le dire certains auteurs, ce que la Cour européenne des droits de l'homme n'admet pas, « *c'est que le refus de reconnaissance de la filiation étrangère combiné avec l'interdiction d'établir la filiation selon les règles nationales prive l'enfant d'un élément essentiel de son identité* »¹⁰⁰.

La parenté d'intention ne construit pas la filiation d'un enfant né par GPA. À l'égard du père, elle doit s'accompagner d'une filiation biologique établie.

Comment interpréter la formulation suivant laquelle cette analyse, clef de voûte de ces arrêts de condamnation, « *prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant* » ? (points 100 et 102 des arrêts).

Dès leur publication, ces arrêts ont fait l'objet d'interprétations contradictoires¹⁰¹.

Cette certitude biologique renforce-t-elle l'analyse ou en est-elle un élément nécessaire et déterminant ?

La formulation anglaise de ce considérant 100 nous semble déjà plus éloquente : « *This analysis takes on a special dimension where, as in the present case...* ». L'analyse « prend une autre dimension » en cas de filiation biologique établie, c'est dire que le lien biologique est déterminant.

Il nous semble que l'incertitude juridique et la troublante incertitude de l'enfant à l'égard de son père repose sur le constat qu'il se trouve privé du droit de faire reconnaître sa filiation à l'égard de son père biologique.

Le contraire conduirait à vider de son sens la marge d'appréciation dont disposent les États s'ils devaient reconnaître la filiation paternelle, fût-elle d'intention, au motif qu'elle est juridiquement établie au regard de la loi étrangère applicable.

Deux auteurs donnent une présentation de cette interprétation parfaitement éclairante : « *certaines semblent en déduire [comprendre : analyse des arrêts] que le refus de reconnaissance d'un statut valablement créé à l'étranger constitue une atteinte au droit de l'enfant au respect de son identité [...]. Il y aurait donc obligation générale de reconnaissance, a fortiori dans l'hypothèse où le père d'intention est le père biologique. Une autre interprétation prend en compte l'ensemble du raisonnement construit par la cour. Celle-ci commence par poser l'existence d'une atteinte, une atteinte réelle puisque l'identité que possède, valablement, l'enfant dans un pays étranger lui est niée dans son pays de résidence (§ 75, arrêt Labassée, § 96, arrêt Mennesson). Mais la portée de cette atteinte doit être appréciée au regard des droits et des intérêts en jeu : intérêts de l'État (le souci de l'État de détourner ses ressortissants de recourir à l'étranger à des procédés qu'il prohibe, § 99, arrêt Mennesson, § 78, arrêt Labassée), intérêts et droits de l'enfant (§ 99, arrêt Mennesson, § 78, arrêt Labassée). Il convient de faire la balance entre les intérêts en présence et, dans cette balance, il est un élément décisif : lorsque la filiation en jeu correspond à la vérité biologique, refuser de reconnaître le lien qui a été valablement établi à l'étranger et interdire son établissement dans le pays où vit l'enfant excède la marge d'appréciation reconnue aux États. Cette seconde interprétation semble devoir s'imposer. D'une part, elle correspond à la méthode classique utilisée par la Cour, avec la balance des droits et des intérêts en présence. D'autre part, poser un principe général de reconnaissance de l'état tel que constitué à l'étranger au motif que cet état est une part de l'identité serait tout à fait excessif, qu'il s'agisse de nom, de mariage, de filiation, de partenariat ou de toute autre composante de l'état des personnes. Dans l'hypothèse particulière de la gestation pour autrui, une telle obligation conduirait à valider les pires dérives : que l'on songe à certaines GPA indiennes ou thaïlandaises* »¹⁰².

La *Corte suprema di cassazione* italienne¹⁰³ s'en est tenue à une lecture stricte des arrêts Mennesson et Labassée. Usant de la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États en l'absence de lien biologique entre parents et enfant, cette Cour refuse la transcription au nom de la contrariété de la GPA à l'ordre public italien¹⁰⁴.

Mais, est-il permis d'envisager d'étendre la solution adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à des hypothèses de filiation paternelle établie dans la durée par une possession d'état ? La réalité sociologique pourrait-elle venir au renfort de la vérité biologique pour permettre une entorse supplémentaire au principe de prohibition ?

Nous ne le pensons pas, en raison de l'interprétation stricte qu'il convient de donner aux arrêts de Strasbourg, ce d'autant que dans l'affaire Labassée, la reconnaissance de la filiation d'intention reposait sur la démonstration d'une possession d'état acquise et que les juges européens n'en ont tiré aucun argument.

À la lumière des deux cas jugés par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014, il nous semble, en l'état du droit, que le principe de l'indisponibilité du corps humain doit continuer à légitimer la prohibition légale de la gestation pour autrui et la reconnaissance d'une filiation à l'égard des parents d'intention.

Mais alors, quelles sont les voies envisageables pour traduire dans notre ordre interne cet impératif en prévoyant la reconnaissance du lien de filiation paternel biologique ?

L'établissement d'une filiation à l'égard du père biologique de l'enfant, comme le prescrivent les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, impliquent-ils la transcription de son acte de naissance pour cette seule filiation paternelle biologiquement établie ? Existe-il d'autres options juridiques ?

¹⁰⁰ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA », *RCDIP*.

¹⁰¹ Voir notamment P. Bonfils et A. Gouttenoire, préc., L. L. Burgorgue-Larsen, *AJDA* 2014, 1763, Jean Hauser, *RTD civ.* 2014.616 et H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, chron., *Revue critique de droit international privé* (à paraître).

¹⁰² H. Fulchiron et D. Bidaud Garon, *Revue critique de droit international privé* (à paraître).

¹⁰³ *Cassazione civile* sez. I, 11/11/2014, n° 24001.

¹⁰⁴ À l'inverse, par une décision du 10 décembre 2014, le *Bundesgerichtshof* (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13. Sur cette décision, cf. not. K. Duden, *International Surrogate Motherhood, Shifting the Focus to the Child*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2015, à paraître) a, au contraire, accepté de reconnaître une décision californienne indiquant deux hommes, unis en Allemagne par un partenariat enregistré, comme pères de l'enfant. Les magistrats allemands ont ainsi reconnu non seulement la filiation d'intention doublée d'un lien biologique (l'un des deux hommes étant le père biologique de cet enfant), mais également la filiation uniquement d'intention.

En raison des impasses auxquelles conduisent les méthodes de droit international privé (D), la transcription de l'acte de naissance étranger peut apparaître comme une voie opérante de la reconnaissance de la filiation paternelle biologique, dès lors que l'acte d'état civil étranger fait foi (E) que cette filiation peut être établie judiciairement (F).

D. - Les impasses du recours aux règles de conflit de loi pour permettre l'établissement de la filiation d'un enfant né par GPA

La reconstruction de la filiation de l'enfant suivant nos règles de conflits de droit international privé « paraît plus respectueuse des prohibitions légales puisque le lien de filiation ne découle plus de la GPA »¹⁰⁵.

Elle est même envisageable puisque, dans l'arrêt Campanelli et Paradiso c/Italie, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que « l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire » (§ 72).

Mais cette méthode est-elle applicable en France ?

L'article 311-14 du code civil pose une règle de conflit pour l'établissement de la filiation de l'enfant.

La loi ainsi désignée pourrait-elle nous conduire à répondre au droit conventionnel de l'enfant à voir reconnaître dans notre droit interne la filiation de l'enfant à l'égard de son père ?

Cette voie conduit à une impasse.

La Cour européenne des droits de l'homme ne bannit pas le principe de la prohibition de la GPA, que chaque État peut édicter dans sa marge d'appréciation, de sorte que l'opposition de l'ordre public international persiste toujours à faire obstacle à la réception inconditionnelle d'une situation internationale de GPA, qu'elle procède d'un jugement étranger ou de l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cet ordre public « s'atténue » seulement en présence d'une parenté biologique paternelle.

Par ailleurs, à supposer que le jeu du renvoi puisse opérer, subsiste de nombreuses questions : quelle est la loi désignée ? la loi de la mère désignée dans l'acte ? la loi de la mère d'intention ? la loi de la mère porteuse ? la loi de la mère biologique, qui peut ne pas être la mère porteuse en cas de don d'ovocyte ?

Les vicissitudes de l'origine de la GPA rendent ce rattachement aussi incertain que douteux, comme l'ont mis en évidence des auteurs¹⁰⁶.

Enfin, l'application de l'article 311-17 du code civil, qui reconnaît la validité de la reconnaissance si elle est faite en conformité avec la loi nationale ou celle de l'enfant, s'articule difficilement avec l'impératif biologique de la filiation paternelle exigé par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Comment faire produire son plein effet à la reconnaissance du père d'intention de l'enfant sans s'assurer de la certitude de ce lien biologique ?

La reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA par le recours aux règles de droit international privé apparaît donc périlleuse.

La transcription dans nos registres de l'état civil de l'acte de naissance étranger relatant celle-ci paraît plus adaptée dès lors qu'elle reste encadrée par un contrôle juridictionnel (E) et qu'elle conduit à relater une filiation paternelle biologique judiciairement établie (F).

E. - Les dangers d'une lecture étroite de l'article 47 du code civil et de la transcription automatique d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA

L'acte de l'état civil est une « photographie » de l'état de la personne. Il retrace les événements constitutifs de cet état et permet d'en faire la preuve.

Lorsqu'il relate un événement concernant un Français ou affectant son état, l'acte étranger est transcrit dans nos registres.

On présente souvent cette transcription d'un acte de l'état civil comme une simple mesure de publicité destinée à rendre opposable dans notre droit interne un acte dressé à l'étranger.

Dans cette optique, cette mesure n'emporterait pas établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention, laquelle pourrait être établie différemment et ultérieurement.

Cette lecture formaliste de la transcription ne convainc pas.

D'une part, la transcription est parfois érigée en un point de contrôle obligatoire de l'état de la personne, comme en attestent les dispositions des articles 171-2 et suivants du code civil, issus de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 concernant les mariages à l'étranger.

D'autre part, force est de constater qu'en transcrivant dans les registres français l'acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA, les autorités françaises reconnaîtraient indirectement cette filiation en admettant de faire produire en France des effets à une GPA étrangère pourtant prohibée.

¹⁰⁵ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ont très récemment rappelé les deux approches possibles pour donner une suite aux arrêts de la CEDH du 26 avril 2014 : reconnaissance de l'acte étranger établissant la filiation ou reconstruction de celle-ci.

¹⁰⁶ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, précité.

Pour preuve, le ministère public, dans l'affaire Mennesson, s'est opposé à la reconnaissance de la filiation des enfants à l'égard des parents d'intention en ordonnant la transcription de l'acte de naissance étranger pour mieux en poursuivre l'annulation, action recevable suivant l'arrêt précité de décembre 2008 de la première chambre civile, plutôt que d'agir en inopposabilité de la décision de justice américaine reconnaissant le lien de filiation à l'égard des parents d'intention.

La recherche d'une transcription de l'acte de naissance étranger est d'ailleurs l'origine principale des contentieux élevés sur la question de la réception des GPA internationales.

C'est dire que la transcription de l'acte de naissance étranger peut apparaître comme une voie de reconnaissance de la filiation paternelle biologique, ce qui pose la question de la reconnaissance internationale de l'acte d'état civil étranger.

Les différences importantes qui peuvent exister entre les ordres juridiques nationaux quant aux conditions d'établissement des actes de l'état civil ont historiquement conduit les États à mettre en place des procédures de contrôle de ces documents venant de l'étranger avant de leur faire produire tous leurs effets dans leur ordre juridique interne.

À la différence des décisions étrangères, la reconnaissance en France des actes de l'état civil n'obéit pas à un contrôle d'*exequatur*, ce qu'il est permis de regretter¹⁰⁷, mais aux dispositions de l'article 47 du code civil, qui régit leur force probatoire.

L'acte étranger, légalisé et traduit, fait ainsi foi des mentions qu'il renferme s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ce pays sauf « *si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Est-ce à dire qu'il faudrait admettre dans notre ordre juridique, par sa transcription, un acte d'état civil de naissance étranger entérinant une situation de gestation pour autrui admise à l'étranger et qui ne serait pas contestable en la forme ?

À cette question délicate, la réponse ne peut être que négative.

Certes, la jurisprudence a longtemps eu une lecture historiquement « documentaire » de ces irrégularités.

Mais les deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 septembre 2013, précités, révèlent une évolution importante de ces « irrégularités » lorsque l'acte d'état civil régulièrement dressé à l'étranger prend place dans un « processus d'ensemble » illicite et frauduleux.

C'est dire qu'un acte de naissance étranger parfaitement régulier en la forme, répondant aux conditions d'établissement prévues par la loi étrangère mais masquant ou reflétant une convention de mère porteuse, contraire à notre ordre public, ne saurait, par ce seul constat, être transcrit dans nos registres d'état civil pour produire tous ses effets en France.

La force probatoire reconnue à un acte de l'état civil étranger régulier en la forme ne saurait, par un « fait accompli » parental, conduire à forcer notre ordre juridique en entérinant des pratiques réprouvées.

Les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme pourraient-ils modifier cette lecture de l'article 47 du code civil ?

Dans une approche maximaliste, qui est celle adoptée par la cour d'appel de Rennes dans l'arrêt attaqué du 16 décembre 2014 (pouvoi n° 15-50.002), les décisions de la Cour de Strasbourg rendraient impérative la transcription de l'acte de naissance de l'enfant issu d'une GPA, auquel il conviendrait de faire produire le plein effet.

Ce serait oublier plusieurs choses.

La Cour européenne des droits de l'homme « 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 ».

La transcription de l'acte de naissance à l'étranger dans nos registres de l'état civil n'est ainsi nécessaire que si la reconnaissance et l'établissement en droit interne du lien de filiation à l'égard de leur père biologique l'imposent.

Envisager une transcription automatique reviendrait, d'une part, à admettre une reconnaissance systématique des GPA internationales, ce que les arrêts européens ne prévoient pas et ce qui serait contraire à notre principe de prohibition.

D'autre part, lorsqu'elle s'impose, la transcription de l'acte de naissance étranger dans son intégralité est en l'état impossible.

Comme il a été dit, la portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se cantonne à la reconnaissance dans notre ordre juridique de la filiation paternelle biologique à l'égard de l'enfant, laquelle est appréciée distinctement de la filiation à l'égard de la mère, fût-elle également biologiquement certaine.

Les arrêts de la Cour européenne ne tranchent pas la question du sort juridique de la filiation maternelle relatée dans l'acte de naissance étranger. Cette filiation, en ce qu'elle procède d'une convention de gestation pour autrui, continue de s'opposer à nos principes essentiels.

¹⁰⁷ Il n'y a pas lieu de rappeler que les dispositions article 509 du code de procédure civile, de nature réglementaire, ne peuvent primer sur les règles légales et spécifiques de l'article 47 du code civil, mais on ne peut s'empêcher de penser qu'un contrôle d'*exequatur* ou en reconnaissance de l'acte d'état civil offrirait au juge une palette d'outils (compétence, ordre public, fraude) plus adaptée à la diversité des situations qui lui sont présentées.

En droit français, la mère est toujours celle qui accouche (*mater semper certa*).

Cette jurisprudence européenne ne peut donc conduire à faire produire dans l'ordre français son plein effet à un acte de naissance étranger qui, pour partie, n'est pas en conformité avec notre conception internationale de l'ordre public. Elle doit en revanche conduire la France à donner à l'enfant, au nom de son droit à l'identité, une filiation reconnue biologiquement en lui donnant tous ses effets.

On ne peut que rappeler ici, à nouveau, la solution boiteuse à laquelle aboutit l'application de ces arrêts à l'égard d'un enfant qui, au moins en France, ne peut avoir un acte d'état civil indivisible.

À défaut d'abandon par « la mère porteuse » et de contestation de la filiation maternelle inscrite dans l'acte de naissance étranger, l'enfant ne peut pas être adopté plénièrement en France par le conjoint du père biologique.

Cet obstacle à une transcription intégrale de l'acte de naissance n'est pas un motif suffisant pour censurer un juge du fond qui ordonnerait celle-ci sans en préciser les modalités.

Mais elle le devient lorsque ce même juge, se méprenant sur la portée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, considère que les parents des enfants nés par GPA à l'étranger doivent pouvoir faire transcrire les actes de naissance sur les registres français en violation de la prohibition interne sans s'assurer que le lien biologique paternel offre toute certitude (*cf. supra*).

Tout devrait conduire à envisager, ce que les textes ne prévoient pas encore, un « découpage » de l'acte de naissance au stade de sa transcription dans les registres d'état civil français pour n'en faire ressortir, par un acte d'état civil *ad hoc*, que la filiation paternelle biologiquement avérée au nom du droit de l'enfant à son identité.

La cour s'est déjà orientée en ce sens par l'un de ses arrêts du 6 avril 2011 (pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71), puisque, comme il a été déjà dit, la première chambre civile a admis la transcription limitée d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA par la suppression de la seule mention de « Mme [Y...] en tant que mère ».

Il pourrait également être envisagé de dresser un nouvel acte de naissance à l'égard du père par un jugement supplétif de naissance.

Ne pourrait-on pas imaginer, à l'occasion de la demande en transcription, une action judiciaire parallèle d'état visant à permettre au père de faire établir son lien biologique avec l'enfant ?

Pourquoi ne pas envisager en droit français, indépendamment de la question de la transcription, une reconnaissance sans filiation de l'enfant par les parents d'intention ?¹⁰⁸

L'exploration de ces voies relève de la compétence du législateur et des pouvoirs publics. Il convient de souligner le silence du législateur dans l'élaboration d'une législation spécifique traitant le cas et le statut des enfants nés de GPA internationales.

Ne sont dressées ici que des pistes possibles, en rappelant que la Cour de cassation ne peut se substituer au législateur.

Toutefois, en vous appuyant sur le précédent de l'arrêt précité du 6 avril 2011 et en poursuivant votre œuvre prétorienne, vous pourriez admettre la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, fût-il issu d'une GPA, avec l'occultation de la mention relative à la mère d'intention dès lors que la filiation paternelle est par ailleurs biologiquement établie.

Ici prend place une autre problématique. La transcription de l'acte de naissance étranger ne peut suffire à établir la filiation paternelle, elle doit seulement aboutir à relater celle-ci dans nos registres français à condition qu'elle soit biologiquement établie, ce qui pose la question de sa certitude judiciaire.

F. - La nécessité d'une expertise biologique judiciairement établie

Pour reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique par la transcription de l'acte de naissance étranger, le juge doit s'assurer avec certitude de la réalité de ce lien, faute de quoi les arrêts Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 ne pourraient être utilement invoqués et la transcription, même partielle de l'acte, ordonnée.

Sans cela, le droit à l'identité, et donc au respect de la vie privée de l'enfant, ne peut être utilement invoqué pour s'opposer à la prohibition en droit français de toutes les conséquences d'une GPA à l'étranger.

Cette lecture « *biologique* » de la filiation est en contradiction avec notre droit de la filiation, qui peut aussi résulter d'éléments sociologiques.

La torsion de nos principes essentiels qui commande l'application des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme doit donc être contenue pour ne pas essaimer et fragiliser tout l'édifice de notre droit français de la filiation.

En l'état du droit, soit la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et l'article 16-10 du code civil, l'examen comparé des sangs ou les expertises génétiques ne peuvent être ordonnés que dans le cadre d'une action en référé préventif (article 145 du code de procédure civile) ou à l'occasion d'une action relative à la filiation ou à fins de subsides, et dont la réalisation ne peut être confiée qu'aux seuls laboratoires agréés.

Le père de l'enfant né par GPA ne semble pas pouvoir réclamer cette preuve dans le cadre de son action en transcription de l'acte de naissance étranger.

¹⁰⁸ On notera que la France est partie à une Convention n° 5 de la Commission internationale de l'état civil qui permet l'établissement de reconnaissance sans filiation.

En effet, les actions en transcription de l'acte de l'état civil étranger ne sont pas des actions d'état et ne peuvent servir de support, sauf à faire œuvre prétorienne, à la prescription de telles mesures d'instruction.

En revanche, une action autonome pourrait être envisagée à l'initiative du père de l'enfant ou du ministère public. Une fois cette preuve apportée, la transcription partielle de l'acte de naissance devient possible.

On peut également imaginer que cette preuve scientifique, ordonnée conformément à la loi étrangère applicable, résulte d'un jugement étranger, reconnu en droit français. Si ce tribunal est reconnu compétent internationalement et que ni la fraude ni l'ordre public ne s'y opposent, cette preuve scientifique judiciaire pourrait suffire à faire reconnaître le lien de filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique.

Mais il est bon que cette preuve reste enfermée dans le cadre judiciaire, sauf à s'exposer à un risque de fabrication de preuves et accentuer celui d'une marchandisation de la GPA internationale. De plus, la nécessité d'une preuve judiciairement établie permet d'assurer une uniformité dans le traitement contentieux des actions en matière de filiation.

Seule la certitude d'une expertise scientifique ordonnée dans un cadre judiciaire pourra asseoir la réalité du lien biologique de filiation paternelle.

On serait tenté d'objecter que cette exigence probatoire heurte nos règles de conflits de droit international privé, voire constitutionnelles, conduisant à la reconnaissance d'une filiation.

Dans sa décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas émis une réserve à la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile en ces termes, il est vrai dans un cadre très précis : « *Considérant, en premier lieu, que les dispositions critiquées ne trouveront à s'appliquer que sous réserve des conventions internationales qui déterminent la loi applicable au lien de filiation ; qu'il ressort des travaux parlementaires que le législateur n'a pas entendu déroger aux règles du conflit des lois définies par les articles 311-14 et suivants du code civil, lesquelles soumettent en principe la filiation de l'enfant à la loi personnelle de la mère ; que les dispositions déferées [test ADN]¹⁰⁹ n'ont pas pour objet et ne sauraient, sans violer l'article premier de la Déclaration de 1789, avoir pour effet d'instituer, à l'égard des enfants demandeurs de visa, des règles particulières de filiation qui pourraient conduire à ne pas reconnaître un lien de filiation légalement établi au sens de la loi qui leur est applicable ; que, dès lors, la preuve de la filiation au moyen de "la possession d'état telle que définie à l'article 311-1 du code civil" ne pourra être accueillie que si, en vertu de la loi applicable, un mode de preuve comparable est admis ; qu'en outre, ces dispositions ne pourront priver l'étranger de la possibilité de justifier du lien de filiation selon d'autres modes de preuve admis en vertu de la loi applicable ; Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions critiquées qui tendent à suppléer l'absence ou le défaut d'authenticité d'un acte de l'état civil étranger par l'identification génétique du lien de filiation ne s'appliquent pas, à l'évidence, lorsque la filiation en cause n'est pas fondée sur un lien génétique ; que, dès lors, elles ne sont pas applicables en particulier à la preuve de la filiation adoptive, qui se fait par la production d'un jugement ou d'une décision d'effet équivalent ; que, par suite, le grief tiré de la "violation du principe d'égalité entre enfants biologiques ou non" manque en fait ».*

75

Mais, outre le fait que la reconnaissance en droit français de la filiation paternelle de l'enfant né par GPA suit une autre voie que l'article 311-14 du code civil, puisqu'elle résulte de la transcription de l'acte de naissance, il convient de souligner que cette expertise génétique concourt dans le cas présent avant tout à une meilleure protection de l'enfant et à son droit au respect à une vie privée qui se traduit par son droit essentiel à son identité.

En somme, hors la réserve conventionnelle tenant au droit à l'identité de l'enfant à l'égard de son père biologique, l'affirmation de nos valeurs qui fondent également notre ordre public dans sa dimension internationale doit toujours légitimer la prohibition de la GPA.

Mais lorsque le lien biologique paternel d'un enfant né par GPA est établi, le principe du respect dû à la vie privée, posé à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, justifie que son état civil français¹¹⁰ indique désormais le lien de filiation à l'égard de son père, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes que protège notre ordre public international ne faisant pas obstacle à une telle indication¹¹¹.

Reste à savoir si la Cour sera prête à faire œuvre prétorienne en exigeant cette preuve judiciaire comme une conséquence nécessaire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou s'il faut s'en remettre au législateur pour faire modifier le cadre de notre législation.

Trop d'hésitations des pouvoirs publics pour élaborer un statut propre de l'enfant né par GPA à l'étranger ou pour demander le renvoi en grande chambre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, comme la nécessité de ne pas tarder à trouver une solution juridique au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, nous conduisent à vous inviter à dégager une solution prétorienne.

¹⁰⁹ L'article déferé fixait les conditions et les modalités permettant à un enfant mineur demandeur d'un visa d'une durée supérieure à trois mois, ou à son représentant légal, de solliciter, dans le cadre du regroupement familial, qu'il soit procédé à son identification par ses empreintes génétiques pour apporter un élément de preuve d'une filiation déclarée avec sa mère lorsqu'il n'a pas été possible d'apporter cette preuve au moyen d'un acte de l'état civil.

¹¹⁰ Cette formulation large permet de ne pas se positionner sur ce que les pouvoirs publics décideront pour faire enregistrer ce lien de filiation dans les registres français (transcription partielle, acte *ad hoc*, acte transcrivant un jugement supplétif).

¹¹¹ Voir l'arrêt d'assemblée plénière du 11 décembre 1992 (pourvoi n° 91-11.900, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13) : « *Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ; Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification.* »

En conséquence, la Cour pourrait retenir l'attendu de principe suivant :

« Attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, et, en conséquence, de transcrire sur les registres d'état civil français l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une telle convention ; que, toutefois, le principe dû au respect de la vie privée, posé à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, justifie que l'état civil français d'un tel enfant mentionne le lien de filiation biologique à l'égard de son père français à condition qu'il soit incontestablement établi ; qu'en conséquence, le juge ne peut faire droit à une demande de transcription d'un tel acte qu'après s'être assuré de l'établissement judiciaire de cette filiation biologique. »

IV. - Appréciation de la GPA internationale devant le juge du fond, contrôle en fondamentalité opéré par la Cour de cassation et conséquences sur le présent pourvoi

En l'état de la réponse à la fois partielle (la filiation paternelle biologiquement avérée) et contextualisée (soit une GPA étrangère judiciairement homologuée et une GPA autorisée dans le cadre d'un couple) apportée par les arrêts de la Cour de Strasbourg du 26 juin 2014, il appartient toujours aux États, sous la réserve de la préservation du droit à l'identité de l'enfant, de décider de recevoir ou non dans leur ordre interne une GPA internationale.

Comme il a été déjà esquissé, malgré l'intensité des débats et rapports sur la question, le législateur n'est pas intervenu, sur le plan civil, pour régler juridiquement le sort des enfants nés par GPA internationales en fixant les conditions de leur reconnaissance dans notre droit positif.

Il revient donc au juge du fond de le faire, sous le contrôle de la Cour.

L'appréciation de la situation de GPA internationale par le prisme de l'ordre public international et de nos principes essentiels, ainsi qu'a pu déjà le faire la première chambre civile dans ses arrêts de 2011 et 2013, désormais revisitée à l'aune des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, doit pouvoir se faire en plénitude, par une analyse en profondeur et factuelle de la situation.

On rappellera à cet égard que la cour de Strasbourg invite les juges nationaux à examiner avec rigueur « *les moyens ayant trait aux droits et libertés garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu'il s'agit là d'un corollaire du principe de subsidiarité* »¹¹².

Dans la mise en balance des intérêts en présence que lui invite à faire la Cour européenne des droits de l'homme, il nous semble important que le juge relève l'ensemble des éléments factuels et les effets concrets produits dans l'ordre interne par une GPA internationale à l'occasion d'une transcription, même partielle, d'un acte de naissance étranger. Il doit s'agir des conditions de la conclusion de la GPA internationale, de l'origine de la démarche, individuelle ou en couple, si tant est qu'elle soit connue, du processus ayant conduit le ou les parents d'intention à contourner la prohibition de la GPA et du contexte biologique (dons de matériels génétiques ? GPA homologuée ou hétérologue ?).

La Cour de cassation pourrait censurer pour défaut de base légale - nous pourrions dire défaut de base conventionnelle - un juge du fond qui, par pétition, se bornerait à relever la violation d'un principe conventionnel en s'abstenant de la caractériser au regard des faits d'espèce pour admettre la reconnaissance d'une filiation d'un enfant né par GPA.

En la matière, l'automatisme des principes invoqués ne joue pas et il importe que le juge du fond se livre à cette appréciation concrète et en proportionnalité de la situation née d'une GPA internationale.

Pour tirer les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sans enfreindre notre règle interne d'ordre public de prohibition de la GPA, le juge devra également pouvoir relever avec certitude la nature biologique de la filiation paternelle.

Il est à peine besoin de rappeler combien la Cour de cassation s'est orientée, ces dernières années, vers un contrôle plus intense de la proportionnalité au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ce contrôle est parfois en « *basse tension* », les arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013 en témoignent. Mais il peut être également de plus haute intensité, comme l'illustre, à titre d'exemple, l'arrêt du 4 décembre 2013 rendu au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relevé d'office (pourvoi n° 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n° 234)¹¹³.

Les travaux que mène actuellement la Cour de cassation sur cette question, sans révéler un basculement de la conception habituelle du contrôle normatif, attestent d'une application dynamique du contrôle de conventionnalité.

La gravité d'une atteinte à un droit fondamentalement garanti requiert ainsi un contrôle de proportionnalité attentif que la Cour se doit de vérifier. Si elle ne revient pas sur l'appréciation souveraine des faits, au moins doit-elle s'assurer que l'atteinte aux principes conventionnels invoqués repose sur des considérations factuelles et concrètes.

¹¹² CEDH, 7 février 2013, n° 16574/08, *Fabris c/ France*, considérant n° 72, *AJDA* 2013.1794, chron. L. Burgorgue-Larsen.

¹¹³ « [...] le prononcé de la nullité du mariage de M. S. avec Mme D. [mariage contracté entre la belle-fille et son beau-père, en violation de l'article 161 du code civil] revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». Délaissant l'article 12 de la Convention EDH soutenant l'un des moyens du pourvoi, la chambre soulève d'office l'article 8 du même instrument, non pour rejeter le pourvoi, mais pour casser l'arrêt en considération d'éléments factuels.

En définitive, il incombe à la Cour de cassation d'assurer le respect effectif des droits protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de conférer son plein et entier effet à l'article 8 de cette Convention tel qu'il a été interprété par la Cour de Strasbourg, c'est-à-dire de n'autoriser l'établissement d'un lien de filiation de l'enfant né par GPA à l'égard de son père que lorsque le juge :

- aura par lui-même mis en balance les intérêts en présence et les principes conventionnellement garantis au regard des faits de l'espèce ;
- aura acquis la certitude du lien biologique judiciairement établie entre l'enfant et le père d'intention.

En l'espèce.

Tout d'abord, il sera rappelé que les pourvois font suite à des actions en transcription d'acte d'état civil étranger. Il ne s'agit pas d'action en établissement de la filiation.

Les présentes affaires se distinguent de celles précédemment jugées en 2011 et ayant conduit aux arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014.

Dans l'affaire *Mennesson*, le litige portait sur la demande conjointe des parents de transcription d'un acte de naissance étranger établi à la suite d'une GPA homologuée par le juge étranger.

Dans les présentes affaires, les actions visent à obtenir la transcription d'un acte d'état civil étranger, à la seule demande du père prétendu de l'enfant et sans que la GPA procède d'une homologation préalable.

Dans la première affaire (pourvoi n° 14-21.323), pour refuser de faire droit à la demande de transcription de l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger et conforme à la réalité de la paternité de M. Dominique X... à l'égard de son fils K..., la cour d'appel estime que la naissance est l'aboutissement d'un processus d'ensemble frauduleux.

Les constatations de la cour d'appel l'amenant à conclure que l'enfant K... est né par GPA à la suite d'un contrat conclu entre M. X... et une mère porteuse relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappent au contrôle de la Cour de cassation.

L'invocation d'une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, principe fondamental et garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la CIDE, ou aux droits corrélatifs au respect de sa vie privée (identité, filiation, nationalité), ne peut conduire à elle seule à écarter la prohibition dans notre ordre interne des GPA lorsque le père d'intention la contourne en souscrivant à l'étranger un tel contrat. La transcription de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA ne reste en effet possible que dans le cadre étroit d'une filiation paternelle biologiquement établie.

L'arrêt attaqué, qui se place dans le sillage des arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013 en rappelant « *qu'en présence de la fraude, le respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH ne saurait être utilement invoqué* », pourrait apparaître critiquable à la lumière des deux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014.

Mais l'insuffisance de cette motivation est sans emport sur le pourvoi si l'on observe par ailleurs que la filiation biologique à l'égard du père est inconnue, aucune des mentions de l'arrêt n'en faisant état, et n'est ni sérieusement alléguée ni démontrée, puisqu'aucune revendication en ce sens n'est mentionnée dans les écritures en appel, la seule affirmation du requérant suivant laquelle l'acte serait conforme à la vérité biologique, en l'absence d'autres éléments, étant à cet égard insuffisante.

De plus, la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a pris soin de présenter un faisceau d'indices caractérisant « *l'existence d'un processus frauduleux* » de la GPA et a ainsi fait ressortir qu'il résulte des doutes sérieux sur la paternité biologique de M. X... ou, à tout le moins, des doutes suffisants pour ne pas conduire la cour d'appel à s'interroger davantage sur sa réalité.

Dans ces conditions, vous pourrez **rejeter le pourvoi**.

Dans la seconde affaire (pourvoi n° 15-50.002), la cour d'appel de Rennes invoque l'intérêt supérieur de l'enfant et s'appuie sur les arrêts de la Cour de Strasbourg du 26 juin 2014.

Elle considère « *qu'en présence de la réalité biologique du lien de filiation et afin de réparer l'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant figurant à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, consécutive aux effets du défaut de reconnaissance en France du lien de filiation entre L... et son père, il convient, à la suite de la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, § 1, de la CIDE sur la fraude, d'infirmar la décision dont appel et d'ordonner la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011 et désignant M. Patrice Y... en qualité de père* ».

Pour établir la réalité biologique du lien de filiation de l'enfant à l'égard de son père, la cour d'appel rappelle « *que M. Y..., qui a reconnu l'enfant avant sa naissance, est bien le père biologique de L... et a, d'ailleurs, produit en pièce 14-2 un rapport d'expertise effectué en Russie aux termes duquel Patrice Y... peut être le vrai (biologique) père de L... Y..., avec une probabilité de 99,97 %* ».

Ce rapport « d'expertise » n'équivaut pas à la preuve judiciaire de la réalité biologique de la filiation.

Ces constatations sont donc insuffisantes pour invoquer utilement les arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'homme.

En outre, la cour d'appel ne pouvait abstraitement invoquer l'intérêt supérieur de l'enfant pour conclure à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA en ce qu'il relate également sa filiation maternelle,

laquelle, de surcroît, n'est pas biologiquement démontrée, mais seulement affirmée¹¹⁴. Il appartient à la Cour de cassation de condamner cette interprétation extensive des arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'homme, pour les motifs qui ont déjà été exposés.

Vous pourrez en conséquence entrer en voie **de cassation (deuxième branche)**, au besoin en relevant le moyen de pur droit tiré de l'exigence d'une preuve de paternité biologique pour pouvoir faire transcrire, même partiellement, l'acte de naissance de l'enfant relatant sa filiation paternelle.

¹¹⁴ La mère qui accouche n'est peut-être pas celle dont provient l'ovocyte.

Cour d'appel de Chambéry

28 avril 2015, RG n° 14/02522

Faits, procédure et prétentions des parties :

Mme Laetitia Y... et Mme Quynh X... se sont mariées le 31 août 2013 à Cervens (74) ;

La filiation de l'enfant Kiara, Lilou X..., née le 19 septembre 2010, est établie à l'égard de Mme Quynh X... ;

Par requête du 5 juin 2014, Mme Laetitia Y... a saisi le tribunal de grande instance aux fins d'adoption plénière de l'enfant de son épouse ;

Le 1^{er} juillet 2014, le procureur de la République a émis un avis réservé ;

Par jugement du 13 octobre 2014, le tribunal de grande instance de Thonon-les-Bains a rejeté la demande ;

Par déclaration du 21 octobre 2014, Mme Laetitia Y... a interjeté appel de ce jugement ;

Par conclusions du 23 février 2015, elle demande à la cour de :

- réformer le jugement entrepris ;

Statuant à nouveau :

- prononcer avec toutes ses conséquences de droit l'adoption plénière de l'enfant Kiara, Lilou X..., née le 19 septembre 2010 à Thonon-les-Bains, par Mme Laetitia Y... ;

- dire et juger que l'enfant portera désormais le nom de Kiara, Lilou X...-Y... ;

- ordonner la mention du jugement à intervenir en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Au soutien de son appel, elle fait valoir que Mme Laetitia Y... et Mme Quynh X... vivent en couple depuis 2008, qu'elles ont acheté une maison sur la commune de Cervens, qu'elles ont fait le choix d'officialiser leur union par un pacte civil de solidarité le 5 février 2010, puis par un mariage le 31 août 2013 ;

Elle précise que, depuis leur rencontre, elles nourrissent le souhait de fonder une famille ; qu'elles ont donc décidé de donner naissance à un enfant, porté par Mme X..., Kiara, née le 19 septembre 2010 ; qu'elles ont fait le choix d'agrandir la famille et de concevoir un nouvel enfant, Kim, née le 4 avril 2013, portée par Mme Y... ;

Elle explique que les deux enfants ont été conçus sur le territoire français avec un père biologique qui a accepté de ne pas établir de reconnaissance, d'un commun accord avec les requérantes ; que les enfants n'ont donc qu'une filiation maternelle établie, mais pas de filiation paternelle ; que la conception résulte d'un projet commun et réfléchi de longue date ; que depuis la naissance des enfants, elles forment un véritable foyer et élèvent ensemble et sans différence leurs deux petites filles ; que Mme X... a déposé en parallèle une demande identique en vue de l'adoption de Kim, et a pareillement interjeté appel du refus qui lui a été opposé en première instance ;

Elle met en exergue les liens affectifs et matériels existant entre l'adoptante et l'adoptée, qu'elle s'est toujours comportée comme une mère à son égard au même titre que la mère biologique, qu'elle était présente au moment de l'accouchement et participe depuis à son éducation ; que l'entourage familial, amical et social de Mme Y... confirme les liens très forts les unissant ; que l'adoption permettra aussi d'officialiser les liens fraternels existant entre les petites filles du couple, qui se considèrent comme sœurs ;

Elle fait état ensuite de sa situation professionnelle, et du fait qu'elle subvient aux besoins de l'enfant comme s'il était le sien ;

Sur le choix de la conception, elle fait valoir qu'elles ont trouvé la solution qui leur a paru la plus raisonnable et respectueuse d'autrui et de la loi, en ayant recours à un donneur par le biais d'internet ; qu'elles ont conservé une relation épisodique avec le géniteur, dans le seul souci de laisser la possibilité aux enfants d'avoir accès à leurs origines, si le besoin s'exprimait un jour ; qu'il n'y a aucun doute sur la volonté du géniteur, qui ne souhaite en rien établir sa filiation paternelle ; que s'il est vrai que le droit relatif à l'établissement de la filiation est indisponible, comme l'ont rappelé les premiers juges, un faisceau d'indices en l'espèce permet de s'assurer de la volonté du géniteur de ne pas devenir le père de ces enfants ; qu'en laissant au géniteur la possibilité d'établir un futur lien de filiation, la décision entreprise a créé une incertitude juridique contraire à l'intérêt de l'enfant ;

Mme Y... explique en effet que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer, que les impératifs de sécurité et de stabilité sont plus forts que l'intérêt de l'enfant d'avoir un jour une filiation paternelle, qui n'aura aucun sens puisque le géniteur ne veut pas de ce lien et ne s'investit pas dans son éducation ; que l'intérêt supérieur des enfants réside dans le fait de voir leur filiation établie de manière claire et stable, à l'égard de deux personnes qui participent à leur éducation, sans permettre que le géniteur puisse plusieurs années après venir perturber l'équilibre familial trouvé et voulu lors de la conception ;

Elle ajoute que la décision attaquée rompt l'égalité entre les enfants en fonction du choix de la conception et rappelle que le choix de la conception a été fait pour éviter de contourner la loi en ayant recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger ; que l'évolution récente de la jurisprudence montre en effet que d'autres couples qui ont eu recours à la procréation médicalement assistée à l'étranger ont obtenu un jugement d'adoption

plénière ; que dans deux avis récents, la Cour de cassation a tiré les conséquences de la loi du 17 mai 2013 qui a ouvert le mariage et l'adoption aux couples du même sexe, sans restriction relative au mode de conception de l'enfant ;

Elle fait aussi observer que lorsque la filiation est établie à l'égard de ses père et mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption plénière ; que la loi permet donc à un père de consentir à l'adoption plénière de son enfant et de rompre ainsi tout lien avec lui, alors que le raisonnement des premiers juges reviendrait paradoxalement à considérer qu'on ne puisse admettre qu'un géniteur puisse affirmer ne jamais vouloir de lien filial avec l'enfant ; qu'en réalité, la loi recherche la volonté du père de consentir à l'adoption lorsqu'il est effectivement le père, mais n'exige pas de rechercher le consentement d'un géniteur lorsque le lien de filiation n'est pas établi ;

Elle fait valoir enfin que la décision de première instance conduit à donner davantage de poids à la vérité biologique qu'à la vérité sociologique de la filiation, ce qui est discutable, et discuté par un avis du comité consultatif national d'éthique du 4 octobre 2007 ;

Elle conclut au fait que la cour ne pourra que constater que les conditions juridiques pour l'adoption plénière sont parfaitement remplies, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ;

Concernant le nom de l'adoptée, compte tenu du dépôt parallèle d'une requête semblable s'agissant de Mme X... à l'égard de Kim, fille de Mme Y..., elle sollicite que l'enfant Kiara porte le nom de X...-Y..., afin que les enfants portent ainsi le même nom ;

Le dossier relevant de la matière gracieuse, l'affaire a été préalablement communiquée au ministère public, qui a eu connaissance de l'audience et qui a requis la confirmation du jugement entrepris ;

Sur quoi la cour :

Attendu que selon les dispositions de l'article 343 et suivants du code civil, l'adoption peut être demandée par toute personne âgée de plus de 28 ans ; que l'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de 15 ans accueillis au foyer de l'adoptant depuis au moins six mois ;

Attendu qu'aux termes de l'article 345-1 du code civil, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

Attendu qu'en application de l'article 353 du code civil, il appartient à la juridiction saisie de vérifier si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ;

Attendu qu'en l'espèce, il ressort du dossier que Mme Laetitia Y..., née le 27 décembre 1977, et Mme Quynh X..., née le 13 janvier 1972, se sont mariées le 31 août 2013 à Cervens (74) ;

Attendu que Mme Quynh X... est mère d'une enfant, Kiara, Lilou X..., née le 19 septembre 2010, dont Mme Laetitia Y... souhaite devenir mère adoptive et de manière plénière ;

Attendu que la filiation de l'enfant Kiara, Lilou X... n'est établie qu'à l'égard de Mme Quynh X... ;

Attendu que Mme Quynh X... a donné son consentement à l'adoption plénière de sa fille par son épouse, devant notaire le 6 mars 2014, conformément aux prescriptions de l'article 348-3 du code civil ; qu'aucune rétractation n'est intervenue dans le délai légal ;

Attendu qu'il s'en déduit que les conditions juridiques de l'adoption plénière de l'enfant, Kiara, Lilou X..., née le 19 septembre 2010, par Mme Laetitia Y..., née le 27 décembre 1977, sont réunies ;

Attendu qu'il est établi par les pièces versées au dossier que la conception de l'enfant a été faite par le recours à un donneur connu de la mère et de son épouse, celles-ci indiquant, dans un souci de transparence, qu'elles maintiennent avec lui un contact épisodique, afin de garantir à l'enfant l'accès à ses origines ;

Attendu qu'elles produisent aux débats un échange de courriels aux termes duquel le géniteur indique expressément qu'il n'est qu'un simple donneur et qu'il ne veut pas être parent ;

Attendu que ce mode de conception de l'enfant, pratiqué en dehors de toute procréation médicalement assistée, ne peut constituer en soi une fraude à la loi, dès lors que l'article 6-1 du code civil, en ouvrant l'adoption aux époux de même sexe, n'a pas institué pour autant un contrôle sur la conception de l'enfant adopté ;

Attendu que l'adoption plénière demandée est conforme à l'intérêt de l'enfant ; qu'il résulte en effet des différents témoignages produits que Kiara est accueillie au sein d'un couple qui a souhaité fonder une famille ; que des liens affectifs se sont déjà tissés entre la requérante et l'enfant ; que Mme Y... élève Kiara comme sa propre fille et participe à son éducation tant d'un point de vue moral que matériel ; que l'enfant est décrite comme épanouie, choyée et gâtée par ses deux parents ;

Attendu, dans ce contexte, au regard du désintérêt pour l'enfant allégué par le géniteur, de l'absence de filiation paternelle légalement établie, que l'adoption plénière demandée permet d'apporter à l'enfant un cadre juridique protecteur, en ce qu'il rattache l'enfant au couple parental constitué de Mme Laetitia Y... et de Mme Quynh X..., titulaires à son égard des mêmes droits et devoirs, sans pour autant léser une famille paternelle qui n'existe pas en droit ;

Attendu enfin qu'il résulte des dispositions de l'article 311-19 du code civil que l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant issu de la procréation est réservée au cas de procréation médicalement assistée, et ne s'applique donc pas en l'espèce ;

Attendu qu'il convient donc d'infirmer le jugement déferé et de prononcer l'adoption plénière de l'enfant Kiara, Lilou X..., née le 19 septembre 2010, à Thonon-les-Bains, par Mme Laetitia Y..., née le 27 décembre 1977 ;

Attendu qu'il convient de dire, faisant application des dispositions de l'article 357 du code civil, que l'enfant portera désormais le nom de Kiara, Lilou X...-Y... ;

Attendu qu'il y a lieu d'ordonner la mention du jugement à intervenir en marge de l'acte de naissance de l'enfant ;
Attendu qu'étant donné la nature de l'affaire, il convient de laisser les dépens de première instance et d'appel à la charge du Trésor public ;

Par ces motifs :

La cour, statuant contradictoirement, en chambre du conseil et après en avoir délibéré conformément à la loi :

- Infirme le jugement déféré,

Statuant à nouveau :

- Prononce l'adoption plénière de l'enfant Kiara, Lilou X..., née le 19 septembre 2010 à Thonon-les-Bains, demeurant (...) 74550 Cervens, par Mme Laetitia Y..., née le 27 décembre 1977, demeurant (...) 74550 Cervens,
- Dit que l'enfant portera désormais le nom de Kiara, Lilou, X...-Y... ;
- Ordonne la mention du présent arrêt en marge de l'acte de naissance de l'enfant Kiara, Lilou ;
- Laisse les dépens de première instance et d'appel à la charge du Trésor public.

Cour d'appel de Chambéry

28 avril 2015, RG n° 14/02523

Faits, procédure et prétentions des parties :

Mme Quynh X... et Mme Laetitia Y... se sont mariées le 31 août 2013 à Cervens (74) ;

La filiation de l'enfant Kim, Sarah Y..., née le 4 avril 2013, est établie à l'égard de Mme Laetitia Y... ;

Par requête du 5 juin 2014, Mme Quynh X... a saisi le tribunal de grande instance aux fins d'adoption plénière de l'enfant de son épouse ;

Le 1^{er} juillet 2014, le procureur de la République a émis un avis réservé ;

Par jugement du 13 octobre 2014, le tribunal de grande instance de Thonon-les-Bains a rejeté la demande ;

Par déclaration du 21 octobre 2014, Mme Quynh X... a interjeté appel de ce jugement ;

Par réquisitions du 5 février 2015, le procureur général a conclu à la confirmation du jugement entrepris ;

Par conclusions du 23 février 2015, Mme Quynh X... demande à la cour de :

- réformer le jugement entrepris ;

Statuant à nouveau :

- prononcer avec toutes ses conséquences de droit l'adoption plénière de l'enfant Kim, Sarah Y..., née le 4 avril 2013 à Thonon-les-Bains, par Mme Quynh, Giao X... ;

- dire et juger que l'enfant portera désormais le nom de Kim, Sarah X...-Y... ;

- ordonner la mention du jugement à intervenir en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Au soutien de son appel, elle fait valoir que Mme Quynh X... et Mme Laetitia Y... vivent en couple depuis 2008, qu'elles ont acheté une maison sur la commune de Cervens ; qu'elles ont fait le choix d'officialiser leur union par un pacte civil de solidarité le 5 février 2010, puis par un mariage le 31 août 2013 ;

Elle précise que, depuis leur rencontre, elles nourrissent le souhait de fonder une famille ; qu'elles ont donc décidé de donner naissance à un enfant, porté par Mme X..., Kiara, née le 19 septembre 2010 ; qu'elles ont fait le choix d'agrandir la famille et de concevoir un nouvel enfant, Kim, née le 4 avril 2013, portée par Mme Y... ;

Elle explique que les deux enfants ont été conçues sur le territoire français avec un père biologique qui a accepté de ne pas établir de reconnaissance, d'un commun accord avec les requérantes ; que les enfants n'ont donc qu'une filiation maternelle établie, mais pas de filiation paternelle ; que la conception résulte d'un projet commun et réfléchi de longue date ; que depuis la naissance des enfants, elles forment un véritable foyer et élèvent ensemble et sans différence leurs deux petites filles ; que Mme Y... a déposé en parallèle une demande identique en vue de l'adoption de Kiara, et a pareillement interjeté appel du refus qui lui a été opposé en première instance ;

Elle met en exergue les liens affectifs et matériels existant entre l'adoptante et l'adoptée, qu'elle s'est toujours comportée comme une mère à son égard au même titre que la mère biologique, qu'elle était présente au moment de l'accouchement et participe depuis à son éducation ; que l'entourage familial, amical et social de Mme X... confirme les liens très forts les unissant ; que l'adoption permettra aussi d'officialiser les liens fraternels existant entre les petites filles du couple, qui se considèrent comme sœurs ;

Elle fait état ensuite de sa situation professionnelle, et de ses ressources confortables pour élever l'enfant, qu'elle a d'ailleurs investie une somme de 300 000 euros dans une assurance-vie dont les deux enfants sont bénéficiaires, avec son épouse ;

Sur le choix de la conception, elle fait valoir qu'elles ont trouvé la solution qui leur a paru la plus raisonnable et respectueuse d'autrui et de la loi, en ayant recours à un donneur par le biais d'internet ; qu'elles ont conservé une relation épisodique avec le géniteur, dans le seul souci de laisser la possibilité aux enfants d'avoir accès à leurs origines, si le besoin s'exprimait un jour ; qu'il n'y a aucun doute sur la volonté du géniteur, qui ne souhaite en rien établir sa filiation paternelle ; que s'il est vrai que le droit relatif à l'établissement de la filiation est indisponible, comme l'ont rappelé les premiers juges, un faisceau d'indices en l'espèce permet de s'assurer de la volonté du géniteur de ne pas devenir le père de ces enfants ; qu'en laissant au géniteur la possibilité d'établir un futur lien de filiation, la décision entreprise a créé une incertitude juridique contraire à l'intérêt de l'enfant ;

Mme X... explique en effet que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer, que les impératifs de sécurité et de stabilité sont plus forts que l'intérêt de l'enfant d'avoir un jour une filiation paternelle, qui n'aura aucun sens puisque le géniteur ne veut pas de ce lien et ne s'investit pas dans son éducation ; que l'intérêt supérieur des enfants réside dans le fait de voir leur filiation établie de manière claire et stable, à l'égard de deux personnes qui participent à leur éducation, sans permettre que le géniteur puisse plusieurs années après venir perturber l'équilibre familial trouvé et voulu lors de la conception ;

Elle ajoute que la décision attaquée rompt l'égalité entre les enfants en fonction du choix de la conception et rappelle que le choix de la conception a été fait pour éviter de contourner la loi en ayant recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger ; que l'évolution récente de la jurisprudence montre en effet que d'autres couples qui ont eu recours à la protection médicalement assistée à l'étranger ont obtenu un jugement d'adoption

plénière ; que dans deux avis récents, la Cour de cassation a tiré les conséquences de la loi du 17 mai 2013 qui a ouvert le mariage et l'adoption aux couples du même sexe, sans restriction relative au mode de conception de l'enfant ;

Elle fait aussi observer que lorsque la filiation est établie à l'égard de ses père et mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption plénière ; que la loi permet donc à un père de consentir à l'adoption plénière de son enfant et de rompre ainsi tout lien avec lui, alors que le raisonnement des premiers juges reviendrait paradoxalement à considérer qu'on ne puisse admettre qu'un géniteur puisse affirmer ne jamais vouloir de lien filial avec l'enfant ; qu'en réalité, la loi recherche la volonté du père de consentir à l'adoption lorsqu'il est effectivement le père, mais n'exige pas de rechercher le consentement d'un géniteur lorsque le lien de filiation n'est pas établi ;

Elle fait valoir enfin que la décision de première instance conduit à donner davantage de poids à la vérité biologique qu'à la vérité sociologique de la filiation, ce qui est discutable, et discuté par un avis du comité consultatif national d'éthique du 4 octobre 2007 ;

Elle conclut au fait que la cour ne pourra que constater que les conditions juridiques pour l'adoption plénière sont parfaitement remplies, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ;

Concernant le nom de l'adoptée, compte tenu du dépôt parallèle d'une requête semblable s'agissant de Mme Y... à l'égard de Kiara, fille de Mme X..., elle sollicite que l'enfant Kim porte le nom de X...-Y... ;

Le dossier relevant de la matière gracieuse, l'affaire a été préalablement communiquée au ministère public, qui a eu connaissance de l'audience et qui a requis la confirmation du jugement entrepris ;

Sur quoi la cour :

Attendu que selon les dispositions de l'article 343 et suivants du code civil, l'adoption peut être demandée par toute personne âgée de plus de 28 ans ; que l'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de 15 ans accueillis au foyer de l'adoptant depuis au moins six mois ;

Attendu qu'aux termes de l'article 345-1 du code civil, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

Attendu qu'en application de l'article 353 du code civil, il appartient à la juridiction saisie de vérifier si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ;

Attendu qu'en l'espèce, il ressort du dossier que Mme Quynh X..., née le 13 janvier 1972, et Mme Laetitia Y..., née le 27 décembre 1977, se sont mariées le 31 août 2013 à Cervens (74) ;

Attendu que Mme Laetitia Y... est mère d'une enfant, Kim, Sarah Y..., née le 4 avril 2013, dont Mme Quynh X... souhaite devenir mère adoptive et de manière plénière ;

Attendu que la filiation de l'enfant Kim, Sarah Y..., n'est établie qu'à l'égard de Mme Laetitia Y... ;

Attendu que Mme Laetitia Y... a donné son consentement à l'adoption plénière de sa fille par son épouse, devant notaire le 6 mars 2014, conformément aux prescriptions de l'article 348-3 du code civil ; qu'aucune rétractation n'est intervenue dans le délai légal ;

Attendu qu'il s'en déduit que les conditions juridiques de l'adoption plénière de l'enfant, Kim, Sarah Y..., née le 4 avril 2013, par Mme Quynh X..., née le 13 janvier 1972, sont réunies ;

Attendu qu'il est établi par les pièces versées au dossier que la conception de l'enfant a été faite par le recours à un donneur connu de la mère et de son épouse, celles-ci indiquant, dans un souci de transparence, qu'elles maintiennent avec lui un contact épisodique, afin de garantir à l'enfant l'accès à ses origines ;

Attendu qu'elles produisent aux débats un échange de courriels aux termes duquel le géniteur indique expressément qu'il n'est qu'un simple donneur et qu'il ne veut pas être parent ;

Attendu que ce mode de conception de l'enfant, pratiqué en dehors de toute procréation médicalement assistée, ne peut constituer en soi une fraude à la loi, dès lors que l'article 6-1 du code civil, en ouvrant l'adoption aux époux de même sexe, n'a pas pour autant institué un contrôle sur la conception de l'enfant adopté ;

Attendu que l'adoption plénière demandée est conforme à l'intérêt de l'enfant ; qu'il résulte en effet des différents témoignages produits que Kim est accueillie au sein d'un couple qui a souhaité fonder une famille ; que des liens affectifs se sont déjà tissés entre la requérante et l'enfant ; que Mme X... élève Kim comme sa propre fille et participe à son éducation tant d'un point de vue moral que matériel ; que l'enfant est décrite comme épanouie, choyée et gâtée par ses deux parents ;

Attendu, dans ce contexte, au regard du désintérêt pour l'enfant allégué par le géniteur, de l'absence de filiation paternelle légalement établie, que l'adoption plénière demandée permet d'apporter à l'enfant un cadre juridique protecteur, en ce qu'il rattache l'enfant au couple parental constitué de Mme Quynh X... et de Mme Laetitia Y..., titulaires à son égard des mêmes droits et devoirs, sans pour autant léser une famille paternelle qui n'existe pas en droit ;

Attendu enfin qu'il résulte des dispositions de l'article 311-19 du code civil que l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant issu de la conception est réservée au cas de procréation médicalement assistée, et ne s'applique donc pas en l'espèce ;

Attendu qu'il convient donc d'infirmer le jugement déferé et de prononcer l'adoption plénière de l'enfant Kim, Sarah Y..., née le 4 avril 2013 à Thonon-les-Bains, par Mme Quynh, Giao X..., née le 13 janvier 1972 ;

Attendu qu'il convient de dire, faisant application des dispositions de l'article 357 du code civil, que l'enfant portera désormais le nom de Kim, Sarah X...-Y... ;

Attendu qu'il y a lieu d'ordonner la mention du jugement à intervenir en marge de l'acte de naissance de l'enfant Kim, Sarah ;

Attendu qu'étant donné la nature de l'affaire, il convient de laisser les dépens de première instance et d'appel à la charge du Trésor public ;

Par ces motifs,

La cour, statuant contradictoirement, en chambre du conseil et après en avoir délibéré conformément à la loi :

- Infirme le jugement déféré,

Statuant à nouveau :

- Prononce l'adoption plénière de l'enfant Kim, Sarah Y..., née le 4 avril 2013 à Thonon-les-Bains, demeurant (...) 74550 Cervens, par Mme Quynh, Giao X..., née le 13 janvier 1972, (...) 74550 Cervens,

- Dit que l'enfant portera désormais le nom de Kim, Sarah X...-Y... ;

- Ordonne la mention du présent arrêt en marge de l'acte de naissance de l'enfant Kim, Sarah ;

- Laisse les dépens de première instance et d'appel à la charge du Trésor public.

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 1048

Question prioritaire de constitutionnalité

Code rural et de la pêche maritime. - Article L. 411-64. -
Droit de propriété. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu
à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article L. 411-64 du code rural et de la pêche maritime autorisant une reprise par le bailleur qui fait échec au droit de renouvellement du preneur âgé mais portant interdiction de cette reprise pour le bailleur qui entend exploiter en faire-valoir direct, alors qu'il a lui-même atteint, à la date prévue pour la reprise, l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse agricole, sauf s'il s'agit pour lui de constituer une exploitation de subsistance, ou qui entend donner à bail à un autre preneur ayant atteint l'âge de la retraite, tout en ne fixant pas les modalités de contrôle ou de sanction de cette interdiction, portent-elles atteinte au droit de propriété du preneur consacré par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou à l'exercice de ce droit que la Constitution garantit ? »

Attendu que la disposition critiquée, applicable au litige, n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu, d'une part, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée, qui autorise le bailleur à refuser le renouvellement du bail ou à en limiter la durée pour un preneur ayant atteint l'âge de la retraite, sous réserve de la conservation d'une exploitation de subsistance, répond à un motif d'intérêt général de politique agricole et prévoit, dans des termes complets et explicites, des modalités de mise en œuvre et des limites assorties de garanties procédurales et de fond visant à concilier les intérêts du bailleur et du preneur, sans qu'il en résulte une atteinte disproportionnée aux droits de chacun ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

3^e Civ. - 27 mai 2015.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 15-40.008. - CA Paris, 12 mars 2015.

M. Terrier, Pt. - M. Barbieri, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. -
SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° **1049**

Action publique

Extinction. - Transaction. - Infraction au code de la consommation. - Conditions. - Exécution des obligations dans le délai imparti. - Cas. - Simple envoi d'un chèque (non).

La transaction prévue par l'article L. 141-2 du code de la consommation n'éteint l'action publique que lorsque l'auteur a exécuté, dans le délai imparti, les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

Le simple envoi d'un chèque, à le supposer établi, ne caractérise pas l'exécution de la transaction.

Crim. - 19 mai 2015.

CASSATION

N° 14-85.885. - CA Limoges, 27 juin 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Bellenger, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén.

N° **1050**

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garantie décennale. - Domaine d'application. - Défauts d'exécution affectant une toiture. - Exclusion. - Absence de dommage par infiltrations constaté dans le délai décennal.

Des défauts d'exécution affectant une toiture ne peuvent donner lieu à réparation sur le fondement de l'article 1792 du code civil si aucun dommage par infiltrations à l'intérieur des locaux n'est constaté dans le délai de dix ans à compter de la réception.

3^e Civ. - 20 mai 2015.

REJET

N° 14-14.773. - CA Nîmes, 9 janvier 2014.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - M^e Occhipinti, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Ann. loyers 2015, p. 82, note Michel et Julien Zavarro.

N° **1051**

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garantie décennale. - Domaine d'application. -

Exclusion. - Désordres non imputables aux travaux réalisés par l'entrepreneur. - Cas. - Désordres relatifs aux corniches, aux murs de soutènement et soubassements.

La présomption de responsabilité de l'article 1792 du code civil est écartée lorsque les désordres ne sont pas imputables aux travaux réalisés par l'entrepreneur.

Une cour d'appel, qui relève que les désordres relatifs aux corniches, aux murs de soutènement et soubassements ne sont pas imputables aux travaux de réfection des façades et corniches, retient donc à bon droit que la demande du maître de l'ouvrage, formée contre l'entrepreneur chargé de ces travaux sur le fondement de la garantie décennale, doit être rejetée.

3^e Civ. - 20 mai 2015.

REJET

N° 14-13.271. - CA Bastia, 5 juin 2013.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Delvolvé, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Ann. loyers 2015, p. 83, note Michel et Julien Zavarro.

N° **1052**

Assurance de personnes

Assurance-vie. - Souscripteur. - Information du souscripteur. - Proposition d'assurance valant note d'information. - Conditions. - Encadré. - Mentions. - Détermination. - Portée.

Ne satisfait pas à l'exigence d'information précontractuelle du souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie prévue par les articles L. 132-5-2 et A. 132-8 du code des assurances l'encadré figurant en tête de la note d'information valant conditions générales, qui indique que les frais de gestion sur le support en euros sont fixés à 0,60 point par an du montant du capital libellé en euros, dès lors que cette formule ne correspond pas aux exigences de l'article A. 132-8, qui prévoit que les frais doivent être indiqués par leur montant ou par un pourcentage maximum, et qu'imprécise, elle prête à confusion.

2^e Civ. - 21 mai 2015.

REJET

N° 14-18.742. - CA Paris, 1^{er} avril 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Vannier, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Rousseau et Tapie, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RGDA 2015, p. 360, note Luc Mayaux.

N° 1053

1^o Autorité parentale

Exercice. - Intervention du juge aux affaires familiales. - Fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale. - Décision. - Office du juge. - Étendue. - Détermination.

2^o Autorité parentale

Exercice. - Exercice par les parents séparés. - Droit de visite et d'hébergement. - Bénéfice. - Refus. - Conditions. - Motifs graves. - Caractérisation. - Cas.

1^o Les juges, lorsqu'ils fixent les modalités d'exercice de l'autorité parentale d'un parent à l'égard de son enfant, ne peuvent déléguer les pouvoirs que la loi leur confère.

2^o Le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant que pour des motifs graves tenant à l'intérêt de celui-ci.

Violent les articles 373-2, alinéa 2, et 373-2-6 du code civil la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de la mère tendant à fixer les modalités des échanges téléphoniques avec son fils, statue par des motifs impropres à caractériser la gravité de la situation à laquelle l'enfant est exposé.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION

N° 14-16.511. - CA Bourges, 13 juin 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Famille 2015, p. 399, note Sylvain Thouret. Voir également la RLDC, n° 5953, note Marion Delsolneux.

N° 1054

Avocat

Honoraires. - Contestation. - Procédure. - Saisine du bâtonnier. - Décision du bâtonnier rendue hors délai. - Recours. - Recevabilité.

Méconnaît les articles 175 et 176 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 ainsi que l'article 122 du code de procédure civile l'ordonnance d'un premier président de cour d'appel qui déclare irrecevable le recours formé contre la décision du bâtonnier de l'ordre en matière de contestation d'honoraires rendue plus de quatorze mois après la saisine du bâtonnier, aux motifs que lorsque ce dernier ne statue pas dans le délai, éventuellement prorogé, prévu à l'article 175 du décret, il se trouve dessaisi et que le premier président doit être saisi dans le délai d'un mois suivant l'expiration de celui accordé au bâtonnier.

2^e Civ. - 21 mai 2015.

CASSATION

N° 14-10.518. - CA Nîmes, 15 novembre 2013.

Mme Flise, Pt. - M. Taillefer, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M^e Balat, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 1055

Bail commercial

Prix. - Révision. - Fixation du prix du loyer révisé. - Valeur locative.

À défaut de variation de plus de 10 % de la valeur locative entraînée par la modification des facteurs locaux de commercialité, il n'y a pas lieu à révision du loyer sur le fondement de l'article L. 145-38 du code de commerce, qui écarte, par dérogation à la règle posée

à l'article L. 145-33 du même code, la référence de principe à la valeur locative, dès lors que le loyer en vigueur est le résultat de l'application de la clause d'indexation figurant au bail, qui fait référence à un indice légal.

3^e Civ. - 20 mai 2015.

REJET

N° 13-27.367. - CA Paris, 2 octobre 2013.

Mme Fossaert, Pt (f.f.). - Mme Andrich, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Lévis, SCP Bénabent et Jéhannin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. N, II, n° 632. Voir également le JCP 2015, éd. G, Act., 621, note Bastien Brignon, cette même revue, II, 826, note Joël Monéger, le JCP 2015, éd. E, II, n° 460, cette même revue, chron., 1350, spéc. n° 13, note Joël Monéger, le D. 2015, somm., p. 1153, note Yves Rouquet, et p. 1635, note Frédéric Planckeel, la revue Loyers et copr. 2015, comm. 167, note Philippe-Hubert Brault, la RLDAff, juillet-août 2015, n° 5656, note Maureen de Montaigne, et la Rev. loyers 2015, p. 339, note Christine Lebel.

Note sous 3^e Civ., 20 mai 2015, n° 1055 ci-dessus

Par cet arrêt, la troisième chambre civile le Cour de cassation repousse la thèse selon laquelle, même en l'absence de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné une variation de plus de 10 % de la valeur locative, le loyer d'un bail commercial contenant une clause d'échelle mobile pourrait être, à l'occasion d'une révision triennale, fixé à un montant moindre que celui résultant d'une clause de révision automatique du loyer en fonction de la variation d'un indice légal.

Le pourvoi de la société locataire formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 octobre 2013 (RG n° 11/18805) soutenait qu'en fixant un plafond de variation égal à « la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction », l'article L. 145-38 du code de commerce permettait, en l'absence de toute disposition déterminant un « plancher de variation », une fixation du loyer révisé au montant de la valeur locative, éventuellement moindre que celle atteinte par le jeu de la clause d'échelle mobile, dans l'hypothèse, qui était celle avancée, où cette valeur locative impliquerait un montant de loyer inférieur au montant atteint, mais supérieur au montant résultant de la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer.

Au soutien de cette prétention, il était invoqué la jurisprudence antérieure à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) et une réaffirmation postérieure aux modifications législatives apportées par cette loi, notamment par un arrêt dit « Bataclan » (3^e Civ., 6 février 2008, pourvoi n° 06-21.983, Bull. 2008, III, n° 23).

Cet arrêt du 6 février 2008 avait approuvé une cour d'appel qui avait retenu, hors toute démonstration ou allégation d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité, que « le loyer révisé devait être fixé à la valeur locative dès lors que celle-ci se situait entre le loyer en cours et le plafond résultant de la variation de l'indice du coût de la construction », et le pourvoi soutenait qu'il exprimait, de même qu'un arrêt postérieur de la troisième chambre civile du 6 mars 2013 (pourvoi n° 12-13.962, Bull. 2013, III, n° 35), la « conviction selon laquelle un loyer qui reflète la réalité économique, lorsqu'il ne lèse pas les parties au contrat, est préférable au prix obtenu à l'issue d'un simple calcul financier à partir de l'indice du coût de la construction » (A.-C. Monge et F. Nési, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, D. 2008, p. 1224).

Il était ainsi soutenu que « le recours sémantique à cette même notion [de loyer en cours] en présence d'une clause d'échelle mobile réduit la portée des dispositions d'ordre public de l'article L. 145-38 dans des conditions qui ne peuvent recevoir l'approbation, privant ainsi les locataires qui doivent faire face à des difficultés financières importantes de toute possibilité de réajustement d'un loyer, alors même que la loi leur en offre la

possibilité » (CA Paris, 2 octobre 2013, RG n° 11/18803 [dans une affaire similaire à celle de l'arrêt attaqué], *Loyers et copr.* 2014, comm. 17, par Ph.-H. Brault).

La Cour de cassation précise, par l'arrêt ici commenté, que la fixation du loyer révisé (hors le cas démontré d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité) à un montant (qui correspondrait à la valeur locative) inférieur au plafond déterminé par l'article L. 145-38 du code de commerce ne peut intervenir que lorsque le bail commercial, contrairement au cas soumis, ne comporte pas de clause d'indexation (ce qui était le cas de l'espèce de l'arrêt du 6 février 2008 précité).

La soumission automatique du montant du loyer à une clause d'indexation emporte variation positive ou négative du loyer en fonction de la variation positive ou négative d'un indice qui doit être licite.

Dans le cas où le bail comporte une telle clause, le loyer qui est en vigueur, limite inférieure de la variation du loyer révisé, est le loyer tel qu'il a été fixé, amiablement ou judiciairement, assujéti par la volonté des parties à l'indexation, et, en conséquence, lorsque l'application annuelle de la variation de l'indice du coût de la construction a abouti à une hausse du loyer « *originel* », la révision triennale ne peut pas aboutir à une baisse par rapport au loyer atteint par le jeu de l'indexation, dont les excès peuvent être corrigés dans le cadre des dispositions de l'article L. 145-39 du code de commerce.

N° 1056

1° Bourse

Autorité des marchés financiers. - Pouvoirs. - Contrôles et enquêtes. - Déclarations relatives à un dossier clos. - Audition par le directeur des enquêtes. - Possibilité.

2° Société commerciale (règles générales)

Filiale et participation. - Information. - Franchissement de seuil. - Déclaration. - Champ d'application. - Détermination.

3° Bourse

Autorité des marchés financiers. - Règlement général. - Abus de marché. - Opérations d'initiés. - Notion d'information privilégiée précise. - Définition. - Influence potentielle dans un sens déterminé sur les cours des instruments financiers. - Nécessité (non).

1° Aucun texte ou principe n'interdit au directeur des enquêtes et de la surveillance des marchés de recueillir, dans un procès-verbal d'audition volontaire, les déclarations spontanées d'une partie en relation avec un dossier dont l'instruction est close, puis de le transmettre au président de la commission des sanctions, à qui, en l'état de la procédure, il revient d'apprécier, dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, la suite à donner à cette démarche.

2° Le champ d'application des dispositions prévoyant des obligations d'information et de déclaration d'intention en cas de franchissement de certains seuils dans le capital d'une société visée au I de l'article L. 233-7 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en la cause, est distinct de celui des articles 223-2 et 223-6 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

Une cour d'appel justifie ainsi légalement sa décision d'appliquer ces derniers articles en constatant qu'ils étaient en vigueur avant la réalisation des faits incriminés, sans être tenue de rechercher si un projet de prise de participation ou de contrôle d'une société hors des franchissements de seuils indiqués par l'article L. 233-7 pouvait échapper à toute obligation d'information en application de ce texte.

Si le principe de la légalité des délits et des peines fait obstacle à la répression d'un comportement qui, antérieurement à sa commission, ne faisait pas l'objet d'une prohibition clairement définie, il n'impose pas que des manquements aux dispositions d'un texte clair aient déjà donné lieu à des condamnations antérieures, mais requiert seulement que son application, dans les circonstances de l'espèce, ait été raisonnablement prévisible par les parties poursuivies.

3° Par arrêt du 11 mars 2015 (Lafonta C-628/13), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article premier, point 1, de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) et l'article premier, § 1, de la directive 2003/124/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'exigent pas, pour que des informations puissent être considérées comme des informations à caractère précis au sens de ces dispositions, qu'il soit possible de déduire, avec un degré de probabilité suffisant, que leur influence potentielle sur les cours des instruments financiers concernés s'exercera dans un sens déterminé, une fois qu'elles seront rendues publiques.

Satisfait donc aux exigences de l'article 621-1 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) la cour d'appel qui retient qu'il n'y a pas lieu, pour établir que l'information relative à la prise de participation en cause est privilégiée, de déterminer le sens, à la hausse ou à la baisse, de la variation du cours du titre concerné qui résulterait de sa publication.

Com. - 27 mai 2015.

REJET

N° 12-21.361. - Cour d'appel de Paris, 31 mai 2012.

Mme Mouillard, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Vincent et Ohl, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. E, II, n° 484. Voir également cette même revue, Act., n° 1323, le D. 2015, somm., p. 1206, et la revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 39, note Frida Mekoui.

N° 1057

Bourse

Bourse de valeurs. - Opérations. - Infractions. - Atteintes à la transparence des marchés. - Poursuites devant le juge répressif parallèlement à une procédure conduite devant l'Autorité des marchés financiers. - Cumul des sanctions. - Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du Conseil constitutionnel. - Inconstitutionnalité des articles L. 465-1 et L. 621-15, II, c et d, du code monétaire et financier. - Application différée. - Portée.

Par décision du 18 mars 2015, publiée au *Journal officiel* du 20 mars 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution, notamment, l'article L. 465-1 du code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de la loi du 26 juillet 2005, et, aux c et d du paragraphe II de l'article L. 621-15 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi du 4 août 2008, les mots « *s'est livrée ou a tenté de se livrer à une opération d'initié* ».

Le Conseil constitutionnel a reporté au 1^{er} septembre 2016 la date de l'abrogation des textes précités en prévoyant qu'à compter de la publication de sa décision, des poursuites ne pourront, pour les mêmes faits, quelle qu'en soit la date, et à l'égard de la même personne, être engagées ou continuées sur le fondement de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier ou des dispositions de l'article L. 621-15 du même code, dès lors que des premières poursuites auront été engagées devant la

commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers ou devant le juge judiciaire ou qu'une décision aura déjà été rendue par l'un ou l'autre.

Doit en conséquence être annulé, par application de l'article 62 de la Constitution, l'arrêt ayant condamné le prévenu sur le fondement de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier, pour des faits identiques à ceux pour lesquels la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers avait antérieurement statué à son encontre de manière définitive sur le fondement de l'article L. 621-15 du même code, l'annulation ayant lieu sans renvoi, aucune poursuite ne pouvant être continuée à l'encontre du prévenu devant le juge judiciaire statuant en matière pénale sur le fondement de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier.

Crim. - 20 mai 2015.

ANNULATION SANS RENVOI

N° 13-83.489. - CA Paris, 22 avril 2013.

M. Guérin, Pt. - Mme de la Lance, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Gaschignard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1155. Voir également la revue Dr. pénal 2015, comm. 99, note Jacques-Henri Robert, la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 21, note Rodolphe Méza, et la revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 35, note Anne-Claire Rouaud, et p. 82, note Jérôme Lasserre Capdeville.

N° 1058

Chose jugée

Autorité du pénal sur le civil. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Les décisions pénales ont, au civil, autorité absolue relativement à ce qui a été jugé quant à l'existence de l'infraction et à la culpabilité de la personne poursuivie.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui accueille, sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale, une demande en dommages-intérêts, en estimant rapportée la preuve de faits présentant le caractère matériel d'un viol, alors qu'il résultait des constatations de celle-ci que la seule personne visée par la plainte pour viol de la demanderesse, et poursuivie pour ce seul chef d'infraction devant une cour d'assises, avait été acquittée par une décision définitive.

2° Civ. - 21 mai 2015.

CASSATION SANS RENVOI

N° 14-18.339. - CA Bordeaux, 20 février 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures 2015, comm. 218, note Yves Strickler. Voir également la revue Resp. civ. et assur. 2015, comm. 203, note Hubert Groutel.

N° 1059

1° Circulation routière

Conduite avec usage d'un téléphone portable. - Contravention. - Constatation. - Procès-verbal. - Agent de police judiciaire. - Contrôle d'un officier de police judiciaire (non). - Régularité.

2° Procès-verbal

Force probante. - Procès-verbaux et rapports. - Mode de transmission hiérarchique à l'officier du ministère public. - Circonstance indifférente.

1° L'article 21 du code de procédure pénale, dans ses deux derniers alinéas, confère aux agents de police judiciaire le pouvoir de constater par procès-verbal les infractions au code de la route, dans les limites fixées par l'article R. 130-2 du code de la route.

Est, dès lors, régulier le procès-verbal établi par un agent de police judiciaire, sans le contrôle d'un officier de police judiciaire, pour constater une contravention d'usage de téléphone tenu en main par le conducteur d'un véhicule en circulation.

2° La régularité et la force probante des procès-verbaux et rapports ne dépendent pas de leur mode de transmission hiérarchique à l'officier du ministère public.

Crim. - 27 mai 2015.

REJET

N° 14-82.126. - Juridiction de proximité de Paris 19, 17 février 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Bouilloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2015, comm. 97, note Jacques-Henri Robert.

N° 1060

Circulation routière

Conduite sous l'empire d'un état alcoolique. - État alcoolique. - Preuve. - Éthylomètre. - Mesures du taux d'alcoolémie. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Si l'article R. 234-4 du code de la route prescrit de vérifier l'éthylomètre avant le second souffle, aucun texte ne prévoit une telle obligation avant le premier souffle ni n'impose de changer d'embout entre les deux souffles.

Crim. - 19 mai 2015.

REJET

N° 14-85.046. - CA Douai, 26 mai 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Farrenq-Nési, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. G, Act., 617, note Laurent Desessard.

N° 1061

1° Concurrence

Transparence et pratiques restrictives. - Sanctions des pratiques restrictives. - Déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. - Définition. - Critères.

2° Concurrence

Transparence et pratiques restrictives. - Sanctions des pratiques restrictives. - Déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. - Définition. - Critères.

1° Une soumission, au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, à un déséquilibre significatif peut être déduite du fait que les fournisseurs ne disposaient pas du pouvoir réel de négocier les clauses litigieuses et qu'ils ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par un opérateur qui détenait 16,9 % des parts du marché de la distribution.

2° Un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs peut être caractérisé par une clause, systématique et intangible, du contrat cadre annuel qui a été établi à partir de l'offre du distributeur, précisant que le fournisseur accepte les termes des conditions d'achat du distributeur, se substituant à ses conditions générales de vente lorsque leurs dispositions sont contradictoires.

Com. - 27 mai 2015.
REJET

N° 14-11.387. - CA Paris, 18 décembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Orsini, Rap. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1204.

N° **I062**

1° Concurrence déloyale ou illicite

Concurrence déloyale. - Faute. - Dénigrement. - Cas. - Lettre rédigée en termes comminatoires et mettant en cause la loyauté de la société et de son fournisseur dans la fabrication et la commercialisation des produits. - Envoi d'une lettre aux clients par le breveté.

2° Concurrence déloyale ou illicite

Concurrence déloyale. - Faute. - Dénigrement. - Cas. - Décision du juge des référés. - Mesure provisoire d'interdiction. - Étendue. - Détermination. - Portée.

1° L'envoi d'une lettre aux clients d'une société par le titulaire de brevets européens, exclusivement centrée sur la question du programme de licences mis en œuvre par celui-ci et rédigée en termes comminatoires, sans explication sur les éléments prétendument constitutifs de l'atteinte alléguée, ne se limite pas à une simple mise en connaissance de cause des vendeurs sur un risque de contrefaçon de brevets en cas de poursuite de leur commercialisation au sens de l'article L. 615-1, alinéa 3, du code de la propriété intellectuelle et, en ce qu'elle met en cause la loyauté de cette société et de son fournisseur dans la fabrication et la commercialisation de leurs produits, constitue un acte de dénigrement caractérisant une concurrence déloyale.

2° Le juge des référés, qui constate que tout distributeur ou vendeur de ces sociétés, établi dans un pays où les brevets européens sont protégés, peut être rendu destinataire de cette lettre, justifie l'étendue de la mesure provisoire d'interdiction couvrant les pays de l'Union européenne, destinée à faire cesser le trouble manifestement illicite résultant de l'acte de dénigrement relevé et à éviter qu'il se reproduise.

Com. - 27 mai 2015.
REJET

N° 14-10.800. - CA Versailles, 6 novembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Darbois, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, M^e Bertrand, Av.

N° **I063**

Confiscation

Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Véhicule ayant servi à commettre l'infraction. - Confiscation encourue de plein droit. - Prononcé obligatoire (non).

La confiscation des biens ayant servi à commettre l'infraction n'est, sauf disposition contraire, prévue par l'article 131-21 du code pénal qu'à titre de simple faculté.

Dès lors, ne peut être accueilli le moyen du ministère public pris de ce que la cour d'appel s'est abstenue de prononcer la confiscation d'un véhicule, fût-elle encourue de plein droit pour les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

Crim. - 27 mai 2015.
REJET

N° 14-84.086. - CA Nancy, 14 mai 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Barbier, Rap. - M. Cordier, Av. Gén.

N° **I064**

Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente en l'état futur d'achèvement. - Vendeur. - Obligations. - Garantie décennale. - Malfaçons rendant les garages inutilisables. - Caractérisation.

En l'absence d'indication particulière dans le descriptif des prestations de l'immeuble vendu en l'état futur d'achèvement, constitue une impropreté à la destination l'exiguïté de l'accès à une place de parking qui rend celle-ci inutilisable pour une voiture de tourisme couramment commercialisée.

3° Civ. - 20 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE

N° 14-15.107. - CA Douai, 27 janvier 2014.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Ann. loyers 2015, p. 83, note Michel et Julien Zavaro.

N° **I065**

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Caractérisation. - Portée.

Viola les dispositions de l'article L. 1331-1 du code du travail et de l'article 211 du texte de réglementation interne PX 10 au sein de La Poste, la cour d'appel qui retient que la demande d'explication écrite adressée par l'employeur à un salarié, à l'occasion de faits considérés comme fautifs, constitue une simple mesure d'instruction, alors que le salarié a l'obligation de répondre seul et immédiatement aux questions qui lui sont posées, que tout refus de s'exécuter intervenant après une mise en demeure constitue un grief supplémentaire et pourrait à lui seul justifier une sanction et que le procès-verbal consignait les réponses du salarié est conservé dans le dossier individuel de celui-ci.

Soc. - 19 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-26.916. - CA Aix-en-Provence, 7 décembre 2012.

M. Frouin, Pt. - M. Mallard, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1161. Voir également la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 31, note Christophe Frouin, la revue Dr. soc. 2015, p. 652, note Jean Mouly, et la RJS 2015, n° 568.

N° **I066**

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Indemnités. - Indemnité conventionnelle de licenciement. - Bénéficiaires. - Salarié protégé. - Cas. - Salarié mis à la retraite anticipée à l'expiration de sa période de protection. - Requalification de la mise à la retraite en un licenciement économique collectif.

Encourt la cassation l'arrêt qui rejette les demandes en paiement des indemnités prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi alors qu'il relève que l'employeur a attendu la fin de la période de protection du salarié pour, sous le couvert d'une mise à la retraite ne répondant pas aux conditions légales, procéder à une rupture du contrat de travail qui s'inscrit dans le cadre d'un projet de licenciement collectif consécutif à la fermeture du site auquel était

affecté le salarié, ce dont il résulte qu'était nécessairement différée à son égard la mise en œuvre des engagements pris dans le plan de sauvegarde de l'emploi.

Soc. - 19 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-27.763. - CA Amiens, 1^{er} octobre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, Act., n° 220. Voir également la RJS 2015, n° 577.

N° 1067

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Ordre des licenciements. - Catégories professionnelles concernées. - Catégorie. - Détermination. - Salariés exerçant des fonctions similaires. - Portée.

Une cour d'appel, ayant constaté qu'au sein de l'activité d'usinage de l'entreprise, les salariés exerçaient des fonctions similaires sur des machines de générations différentes, sans que l'employeur ne démontre que le pilotage de l'une ou l'autre de ces machines ait nécessité une formation de base spécifique ou une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation, a pu en déduire que l'employeur, en scindant ces fonctions en deux catégories professionnelles et en mettant en œuvre les critères d'ordre des licenciements dans chacune d'elles, n'avait pas respecté ces critères.

Soc. - 27 mai 2015.

REJET

N° 14-11.688. - CA Lyon, 9 décembre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Depelley, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, Act., n° 232, et II, 1279, note Damien Chatard. Voir également le JCP 2015, éd. E, II, n° 501, et la RJS 2015, n° 557.

N° 1068

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Plan de sauvegarde de l'emploi. - Mise en œuvre. - Conditions. - Effectif à prendre en compte. - Appréciation. - Moment. - Détermination. - Portée.

Lorsque, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur élabore un plan de cession de l'entreprise, ce plan ne peut être arrêté qu'après la consultation des institutions représentatives du personnel dans les conditions prévues par l'article L. 1233-58 du code du travail, et c'est à la date à laquelle est établi le projet de plan que doit s'apprécier l'effectif de l'entreprise.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté que l'administrateur judiciaire avait consulté la délégation unique du personnel sur un plan de cession qui envisageait des licenciements pour motif économique et qu'à cette date, l'effectif était supérieur à cinquante salariés, décide exactement que les licenciements prononcés postérieurement, sans être précédés d'un plan de sauvegarde de l'emploi au motif que l'effectif de l'entreprise était alors inférieur à ce nombre, étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Soc. - 19 mai 2015.

REJET

N° 13-26.669 à 13-26.677. - CA Dijon, 26 septembre 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Gaschnigard, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 558. Voir également le JCP 2015, éd. S, II, 1291, note Laurence Fin-Langer.

N° 1069

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Plan de sauvegarde de l'emploi. - Validité. - Emploi disponible. - Critères. - Appréciation. - Portée.

Ayant constaté qu'une société ne comportait aucun emploi disponible, tant avant le prononcé des licenciements qu'après dans le cadre de la priorité de réembauche, en rapport avec les compétences des salariés, au besoin en les faisant bénéficier d'une formation d'adaptation, la cour d'appel justifie sa décision de rejet de la demande des salariés en nullité du plan de sauvegarde de l'emploi.

Soc. - 27 mai 2015.

REJET

N° 14-10.766 à 14-10.771, 14-10.773 et 14-10.774. - CA Dijon, 21 novembre 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Beau, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 559.

N° 1070

1^o Cour d'assises

Débats. - Accusé. - Demande formulée à l'audience. - Refus du président. - Effets. - Incident contentieux. - Arrêt de la Cour. - Nécessité.

2^o Cour d'assises

Délibération commune de la cour et du jury. - Pièce conservée pendant la délibération. - Conclusions (non). - Effets. - Dépôt de conclusions devant être conservées pendant la délibération. - Demande de donné-acte. - Rejet.

3^o Cour d'assises

Questions. - Question subsidiaire. - Question posée après la clôture des débats. - Droits de la défense. - Violation.

1^o Le président de la cour d'assises ne peut, sans méconnaître les dispositions de l'article 315 du code de procédure pénale, rejeter une demande de l'avocat de l'accusé aux fins de désignation d'un expert pour vérifier l'état de santé d'une partie civile absente, ledit refus ayant fait naître un incident contentieux qui relève de la compétence exclusive de la cour.

2^o C'est à bon droit que la cour d'assises rejette une demande de donné-acte du dépôt de conclusions devant être conservées pendant la délibération et développant des moyens de défense auxquels il devrait être répondu dans le cadre de l'obligation de motivation, dès lors que les débats devant la cour d'assises sont oraux et que ladite demande se heurte à la prohibition, pour le président, de conserver, pendant le délibéré, d'autres documents que ceux limitativement énumérés par l'article 347 du code de procédure pénale.

3^o Méconnaît les dispositions des articles 348 et 351 du code de procédure pénale, ensemble celles de l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, le président de la cour d'assises qui, après la clôture des débats, donne lecture

de questions subsidiaires auxquelles la cour et le jury auraient à répondre, alors qu'il ne résulte pas du procès-verbal des débats que, pour permettre à l'accusé ou à son avocat de faire valoir toutes observations utiles à la défense, le président ait, avant les plaidoiries et réquisitions, prévenu les parties de son intention de poser lesdites questions subsidiaires.

Crim. - 28 mai 2015.
CASSATION

N° 14-82.559. - Cour d'assises de la Guyane, 28 janvier 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Draï, Rap. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2015, comm. 103, note Albert Maron et Marion Haas.

N° **1071**

Débit de boissons

Exploitation. - Exploitation d'une piste de danse. - Activité principale. - Horaire maximal de fermeture. - Horaire légal. - 7 heures du matin. - Exception. - Mesure de police restrictive émanant du préfet. - Nécessité.

En application des articles L. 314-1 et D. 314-1 du code du tourisme, les débits de boissons ayant pour activité principale l'exploitation d'une piste de danse peuvent, sauf mesure de police restrictive prise par le préfet, demeurer ouverts jusqu'à 7 heures du matin.

Encourt la censure le jugement déclarant l'exploitant d'un tel établissement coupable d'ouverture tardive, soit à 2 h 50, au motif qu'il ne bénéficie pas d'une dérogation à un arrêté préfectoral fixant plus tôt l'heure de fermeture des débits de boissons dans le département considéré.

Crim. - 27 mai 2015.
CASSATION

N° 13-87.487. - Juridiction de proximité de Chambéry, 24 octobre 2013.

M. Guérin, Pt. - M. Buisson, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° **1072**

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques à la séparation de corps. - Procédure. - Demande principale en séparation de corps. - Demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal. - Séparation de deux ans. - Point de départ.

En cas d'assignation en séparation de corps et de demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal, le juge, qui examine cette demande en premier lieu, doit se placer à la date de cette demande reconventionnelle pour apprécier la durée de la cessation de la communauté de vie.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.
REJET

N° 14-10.868. - CA Agen, 7 novembre 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Bignon, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 4, note Thibault Douville. Voir également le JCP 2015, éd. G, II, 857, note Jean Hauser.

N° **1073**

Donation-partage

Charges. - Inexécution. - Révocation. - Conditions. - Détermination. - Cas. - Donation-partage cumulative.

En cas de donation-partage par le parent survivant, acceptée par tous les enfants, de biens qui dépendaient de la communauté dissoute par le décès de son époux, laquelle réalise par un même acte un partage amiable de biens de la succession ouverte et une donation-partage de biens de ce parent, seul celui-ci a la qualité de donateur.

Il s'ensuit que, pour apprécier les conditions d'ouverture de l'action en révocation pour inexécution des charges assortissant cette donation, une cour d'appel n'a pas à rechercher si celles-ci ont été déterminantes du consentement à l'acte des enfants.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.
REJET

N° 14-13.479. - CA Besançon, 9 janvier 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - M^{re} Blondel, M^{re} Le Prado, Av.

N° **1074**

Douanes

Droits. - Remboursement de droits indûment acquittés. - Prescription. - Décision juridictionnelle n'ayant pas révélé un défaut de validité du texte fondant la perception. - Notion.

Une cour d'appel qui, après avoir constaté que l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 17 juillet 2008 (Flughafen Köln/Bonn GmbH, C-226/07) se limite à énoncer le caractère inconditionnel et suffisamment précis de l'article 14, paragraphe 1, sous a, de la directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, qui confère un effet direct à cette disposition prévoyant l'exonération de taxation des produits énergétiques utilisés pour produire de l'électricité, et ne statue pas sur l'article 21, paragraphe 5, de la même directive, instaurant une dérogation au principe d'exonération des produits énergétiques lorsque ceux-ci sont utilisés pour produire une électricité qui n'est pas elle-même taxée, en déduit exactement que cette décision juridictionnelle n'a pas révélé un défaut de validité, au sens de l'article 352 *ter* du code des douanes, du texte fondant la perception de la taxe intérieure de consommation sur le gaz naturel (TICGN), recouvrée par l'administration des douanes.

Com. - 27 mai 2015.
REJET

N° 13-27.176. - CA Douai, 30 septembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - M. Grass, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Lesourd, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° **1075**

Effet de commerce

Billet à ordre. - Aval. - Mesures conservatoires sur les biens du donneur d'aval. - Mise en œuvre. - Bénéficiaire d'un billet à ordre impayé à son échéance. - Autorisation préalable du juge (non).

Il résulte de la combinaison des articles L. 511-1 et L. 511-2 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble les articles L. 511-21, alinéa 7, et L. 512-4 du code de commerce, que le bénéficiaire d'un billet à ordre impayé à son échéance peut, sans avoir à obtenir au préalable l'autorisation d'un juge, pratiquer des

mesures conservatoires sur les biens du donneur d'aval pour le compte du souscripteur, tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant.

Com. - 19 mai 2015.
CASSATION

N° 14-17.401. - CA Douai, 13 mars 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Capron, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 78, note François Jacob.

N° 1076

Énergie

Électricité. - Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie. - Décision. - Recours. - Mentions figurant dans l'acte formalisant le recours. - Portée.

Viole l'article L. 134-21 du code de l'énergie, ensemble les articles 8 et 9 du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000, la cour d'appel qui déclare irrecevable le recours formé contre une décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie (le Cordis) comme n'étant pas celui prévu par la loi, eu égard à certaines de ses mentions se référant à une déclaration d'appel, alors qu'elle avait constaté que l'acte formalisant le recours visait expressément les articles 8 et suivants de ce décret et tendait à l'annulation de la décision du Cordis, ce dont il résultait qu'en dépit du caractère inapproprié de sa dénomination, la société avait exercé le recours prévu par la loi.

Com. - 27 mai 2015.
CASSATION

N° 13-28.790. - CA Paris, 28 novembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Tréard, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard et Poupot, Av.

N° 1077

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Nullité des actes de la période suspecte. - Cession en exécution d'une convention-cadre signée avant la date de cessation des paiements. - Cession de créance au cours de la période suspecte. - Nullité.

Est nulle la cession de créance intervenue au cours de la période suspecte, fût-elle consentie en exécution d'une convention-cadre signée antérieurement à la date de cessation des paiements, dès lors qu'elle a pour objet d'éteindre une dette non échue.

Com. - 19 mai 2015.
REJET

N° 14-11.215. - CA Rennes, 15 octobre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1152. Voir également la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 23, note Philippe Roussel Galle.

N° 1078

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Plan de redressement. - Jugement arrétant le plan. - Preneur ayant atteint l'âge de la retraite pendant l'exécution du plan. - Refus de renouvellement du bail consenti au débiteur. - Validité. - Effets. - Continuation des contrats en cours.

Après l'adoption d'un plan de redressement, les contrats en cours se poursuivent conformément aux règles qui leur sont applicables, de sorte que le bailleur peut, au cours de l'exécution de ce plan, exercer son droit de refuser, pour le motif prévu à l'article L. 411-64 du code rural et de la pêche maritime, le renouvellement du bail consenti au débiteur.

Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a retenu que l'arrêté d'un plan de redressement n'interdisait pas la délivrance d'un congé aux preneurs ayant atteint l'âge de la retraite pendant l'exécution de ce plan.

Com. - 19 mai 2015.
REJET

N° 14-10.366. - CA Angers, 8 octobre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - M^e Copper-Royer, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1151. Voir également la revue Ann. loyers 2015, p. 55, note Adeline Céрати-Gauthier, et la Rev. loyers 2015, p. 350, note Bernard Peignot.

N° 1079

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Vérification et admission des créances. - Contestation d'une créance. - Décision du juge-commissaire. - Appel du débiteur. - Contestation fondée sur un motif différent de celui soumis au juge-commissaire. - Recevabilité.

Le débiteur en redressement judiciaire peut exercer un recours contre la décision du juge-commissaire statuant sur la créance qu'il a contestée, peu important l'objet de cette contestation, et invoquer devant la cour d'appel un autre motif de contestation.

Com. - 19 mai 2015.
CASSATION

N° 14-14.395. - CA Metz, 21 janvier 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Terrier-Mareuil, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, M^e Blondel, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 10, note Pierre-Michel Le Corre.

N° 1080

Étranger

Méconnaissance des mesures d'éloignement ou d'assignation à résidence. - Maintien irrégulier sur le territoire français. - Caractérisation. - Défaut. - Portée.

Il résulte de l'article L. 624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, d'une part, que l'infraction de maintien irrégulier sur le territoire français n'est susceptible d'être constituée que dans le cas où l'étranger a, au préalable, fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu

être procédé à son éloignement, d'autre part, que le délit de soustraction à une mesure d'éloignement vise les situations dans lesquelles, l'administration ayant mis effectivement en œuvre les voies d'exécution dont elle dispose, l'étranger s'oppose à l'exécution de cette mesure.

Méconnaît donc cette disposition le premier président qui ne précise pas quels éléments de la procédure auraient établi que l'intéressé, soit avait été préalablement soumis à une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement, soit s'opposait à l'exécution de cette mesure.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 14-20.313. - CA Toulouse, 7 juin 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard et Poupot, Av.

N° **1081**

Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Paiement ou consignation. - Défaut. - Conservation par l'exproprié de la jouissance de l'immeuble. - Immeuble loué. - Locataire se maintenant dans les lieux. - Obligations à l'égard du bailleur. - Indemnité d'occupation.

Le locataire d'un bien exproprié est redevable d'une indemnité d'occupation à compter de la date de l'ordonnance d'expropriation, qui met fin au bail.

Cette indemnité est due à l'expropriant à compter de la date de son entrée en possession du bien.

3^e Civ. - 20 mai 2015.

REJET

N° 14-10.813 et 14-10.922. - CA Versailles, 4 juin 2013.

M. Terrier, Pt. - Mme Vérité, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinetel, SCP Didier et Pinet, Av.

N° **1082**

Frais et dépens

Taxe. - Ordonnance de taxe. - Recours. - Recours devant le premier président. - Forme. - Détermination. - Portée.

En application des articles 714, alinéa 2, 715 et 724 du code de procédure civile, le recours contre une ordonnance de taxe relative à la rémunération d'un technicien est formé, dans le délai d'un mois, par la remise ou l'envoi au greffe de la cour d'appel d'une note exposant les motifs du recours.

Méconnaît ces dispositions le premier président d'une cour d'appel qui subordonne la recevabilité d'un tel recours à l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, cette formalité n'étant pas prévue par les textes.

2^e Civ. - 21 mai 2015.

CASSATION

N° 14-18.767. - CA Toulouse, 12 février 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Isola, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures 2015, comm. 216, note Hervé Croze.

N° **1083**

Garde à vue

Droits de la personne gardée à vue. - Notification. - Informations relatives à l'infraction. - Lieu. - Défaut. - Sanction. - Nullité. - Conditions. - Atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue. - Nécessité.

L'omission, dans la notification à la personne gardée à vue, prévue à l'article 63-1 du code de procédure pénale, du lieu présumé de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ne peut entraîner le prononcé d'une nullité que s'il en est résulté pour elle une atteinte effective à ses intérêts.

Crim. - 27 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 15-81.142. - CA Amiens, 27 janvier 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Buisson, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° **1084**

Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Mutation à titre gratuit. - Succession. - Passif déductible. - Dettes du défunt au profit d'un héritier. - Dette d'origine non contractuelle. - Applications diverses. - Dette de restitution exigible au terme de l'usufruit. - Distribution d'un dividende par prélèvement sur la réserve.

Dans le cas où la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-proprétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application de l'article 587 du code civil, d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit et qui, prenant sa source dans la loi, est déductible de l'actif successoral lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier.

Com. - 27 mai 2015.

CASSATION

N° 14-16.246. - CA Paris, 25 février 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Contamine, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. fam. 2015, comm. 151, note Bernard Beignier et Sarah Torricelli-Chrif. Voir également le JCP 2015, éd. N, II, n° 645, la revue Ann. loyers 2015, p. 71, note Bastien Brignon, et 136, note Bruno Pays, le Defrénois 2015, art. 120j5, p. 744, note Rémy Gentilhomme, le JCP 2015, éd. E, II, 1354, note Henri Hovasse, et la revue AJ Famille 2015, p. 416, note Christophe Vernières.

Note sous Com., 27 mai 2015, n° 1084 ci-dessus

Par cet arrêt, la chambre commerciale, financière et économique précise que la distribution des réserves aux titulaires des parts démembrées d'une société a pour effet légal de créer un quasi-usufruit au profit de l'usufruitier des parts.

Dans cette espèce, l'assemblée d'une société civile avait décidé, à l'unanimité, de distribuer les réserves aux associés sous forme de dividendes. L'un des associés ne disposait que d'un usufruit sur certaines des parts sociales. Cet usufruitier étant décédé, ses héritiers, par ailleurs coassociés de la société, demandaient que sa dette vis-à-vis de la société résultant de cette distribution de réserves soit déduite de l'assiette de calcul des droits de succession. L'administration fiscale s'y opposait en se prévalant

des termes de l'article 773 du code général des impôts, selon lesquels les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ne sont déductibles que lorsqu'elles ont été consenties par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant date certaine, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Selon elle, la dette du défunt vis-à-vis de la société avait été consentie par les héritiers et ne résultait pas d'un effet légal.

La question se posait donc de savoir si le quasi-usufruit, générateur d'une obligation de restitution, prenait sa source dans une convention entre nus-proprétaires, résultant de leur acceptation unanime de la délibération de l'assemblée ayant décidé de la distribution, ou s'il découlait de la loi.

L'incertitude pouvait provenir de ce que le procès-verbal de l'assemblée avait précisé que les dividendes avaient été distribués non à l'usufruitier mais aux nus-proprétaires et que l'usufruitier avait sur ces sommes un droit de quasi-usufruit. Cette précision était cependant sans effet, car il n'est pas du pouvoir de l'assemblée des associés, qui ne peut intervenir que pour la gestion du patrimoine social, de gérer les rapports entre usufruitier et nus-proprétaires en cas de démembrement de la propriété des droits sociaux. Il revenait à la chambre commerciale, financière et économique d'expliquer pourquoi ce quasi-usufruit, générateur d'une obligation de restitution, ne prenait pas sa source dans une convention entre nus-proprétaires.

Lorsqu'une part sociale est démembrée, l'usufruitier a droit aux fruits, c'est-à-dire aux seuls bénéfices distribués, le nu-proprétaire, aux réserves, bénéfices non distribués. La distribution de réserves correspond à la distribution d'une part du capital et l'usufruitier des parts bénéficie, par effet de la loi, d'un quasi-usufruit sur les sommes ainsi distribuées.

N° 1085

Impôts et taxes

Impôts indirects et droits d'enregistrement. - Procédure. - Action publique. - Prescription. - Interruption. - Infraction de droit commun et infraction fiscale. - Infractions connexes. - Effet.

Les infractions fiscales d'omissions déclaratives et de soustraction au paiement de l'impôt dû pour l'exploitation d'une maison de jeux présentent, avec le délit de tenue d'une telle maison, des liens de connexité permettant à l'action fiscale, malgré son indépendance, de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique.

Crim. - 20 mai 2015.
REJET

N° 14-80.049. - CA Toulouse, 3 décembre 2013.

M. Guérin, Pt. - Mme Chaubon, Rap. - Mme Gueguen, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2015, comm. 98, note Jacques-Henri Robert.

N° 1086

Informatique

Données. - Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données. - Maintien frauduleux. - Éléments constitutifs. - Accès à la suite d'une défaillance technique. - Maintien malgré le constat de l'existence d'un contrôle d'accès.

Constitue le délit de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données le fait de se maintenir dans ce système après s'y être introduit à la suite d'une défaillance technique et avoir constaté l'existence d'un contrôle d'accès.

Le téléchargement, effectué sans le consentement de leur propriétaire, de données que le prévenu savait protégées caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol.

Crim. - 20 mai 2015.
REJET

N° 14-81.336. - CA Paris, 5 février 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Chaubon, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 8, note Stéphane Detraz. Voir également le D. 2015, p. 1466, note Laurent Saenko, et le JCP 2015, éd. G, II, 887, note Guillaume Beaussonie.

N° 1087

Instruction

Mise en examen. - Mise en examen d'un témoin assisté. - Notification. - Lettre recommandée. - Effets. - Droit d'être interrogé par le juge d'instruction. - Information. - Nécessité. - Omission. - Portée.

Il résulte de l'article 113-8, alinéa 4, du code de procédure pénale qu'en cas de mise en examen d'un témoin assisté par lettre recommandée, celui-ci doit être informé que le juge d'instruction est tenu de procéder à son interrogatoire s'il en fait la demande, l'omission de cette formalité portant atteinte à ses intérêts.

Crim. - 28 mai 2015.
CASSATION

N° 15-80.929. - CA Riom, 13 janvier 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 1088

Intervention

Moment. - Intervention en cause d'appel. - Irrecevabilité. - Agent judiciaire de l'État. - Citation tardive.

N'encourt pas la censure l'arrêt qui, ayant jugé définitivement que deux agents de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage s'étaient rendus les auteurs de blessures involontaires à l'occasion d'une opération de police judiciaire sans engager leur responsabilité personnelle pour faute détachable du service, relève que la citation de l'Agent judiciaire de l'État à hauteur d'appel, pour la première fois, est irrecevable.

Crim. - 19 mai 2015.
REJET

N° 14-81.592. - CA Grenoble, 13 février 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Fossier, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Richard, Av.

N° 1089

Jugements et arrêts

Minute. - Signature. - Greffier. - Greffier ayant assisté au prononcé. - Défaut. - Portée.

Il résulte de l'article 486 du code de procédure pénale qu'est requise sur la minute la signature du greffier qui a assisté au prononcé de l'arrêt.

Crim. - 19 mai 2015.
CASSATION

N° 14-83.936. - CA Douai, 6 mai 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Harel-Dutirou, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° **1090**

Mandat d'arrêt européen

Émission. - Conditions d'émission. - Mandat. - Formes. - Signalement dans le système d'information Schengen. - Renseignements énumérés par l'article 695-13 du code de procédure pénale. - Effets. - Signalement valant mandat d'arrêt européen.

En application du troisième alinéa de l'article 695-15 du code de procédure pénale, le signalement dans le système d'information Schengen (SIS), complété par tous les renseignements énumérés par l'article 695-13 du même code, vaut mandat d'arrêt européen.

Crim. - 27 mai 2015.
REJET

N° 15-82.503. - CA Paris, 15 avril 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Planchon, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° **1091**

Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Procédure. - Extension des effets d'un mandat d'arrêt européen. - Examen par la chambre de l'instruction. - Audience. - Date. - Notification. - Notification à l'intéressé. - Défaut. - Portée.

La notification à la partie concernée et à son avocat, en application de l'article 197 du code de procédure pénale, de la date à laquelle la chambre de l'instruction examinera la demande d'extension du mandat d'arrêt européen dont celle-ci fait l'objet est essentielle à la préservation des droits de la défense.

Doit en conséquence être annulé l'arrêt qui a autorisé une telle extension, alors que la date de l'audience a été notifiée au seul avocat, qui ne s'est pas présenté et n'a pas produit de mémoire, ayant assisté le demandeur devant la chambre de l'instruction qui avait statué sur le mandat d'arrêt européen initialement délégué.

Crim. - 20 mai 2015.
CASSATION

N° 15-82.469. - CA Bastia, 25 avril 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Chaubon, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1158.

N° **1092**

Officiers publics ou ministériels

Avoué. - Tarif (décret du 30 juillet 1980). - Emolument. - Demande évaluable en argent. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à une cession d'actifs d'une société en liquidation judiciaire.

Pour le calcul des émoluments dus à l'avoué, il résulte du dernier alinéa de l'article 12 du décret n° 80-608 du 30 juillet 1980 que, sous réserve des dispositions de l'article 28, les demandes fondées sur des dispositions législatives ou réglementaires spécifiques aux procédures collectives d'apurement du passif des sociétés ne sont pas évaluables en argent.

Méconnaît ces dispositions le premier président d'une cour d'appel qui, dans une affaire de cession d'actifs d'une société en liquidation judiciaire, fixe l'intérêt du litige à une certaine somme, alors qu'il n'était pas évaluable en argent.

2° Civ. - 21 mai 2015.
CASSATION

N° 14-17.578. - CA Chambéry, 18 mars 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Isola, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard et Poupot, M^e Blondel, Av.

N° **1093**

Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Requête portant sur une difficulté d'exécution. - Demande de restitution. - Indivisaire non condamné. - Propriétaire de bonne foi. - Appréciation. - Nécessité.

Saisie, en application de l'article 710 du code de procédure pénale, d'une requête portant sur une difficulté d'exécution de la mesure de confiscation d'un bien immobilier acquis en commun par deux époux et définitive à l'égard du mari, condamné pénalement, la cour d'appel est tenue de statuer sur la demande de l'épouse, non condamnée, après avoir précisé si celle-ci doit être considérée ou non comme propriétaire de bonne foi de sa part indivise au sens des articles 131-21 et 222-49 du code pénal.

Crim. - 20 mai 2015.
REJET ET CASSATION PARTIELLE

N° 14-81.741. - CA Lyon, 30 janvier 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Germain, Rap. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 4, note Rodolphe Mésa.

N° **1094**

Pouvoirs du premier président

Exécution provisoire. - Arrêt de l'exécution provisoire. - Sentence arbitrale. - Conditions. - Cour d'appel saisie d'un appel ou d'un recours. - Portée.

Le pouvoir du premier président d'arrêter l'exécution provisoire d'une sentence arbitrale suppose que la cour d'appel soit saisie d'un appel ou d'un recours contre cette sentence.

Par ailleurs, selon l'article 590 du code de procédure civile, le juge saisi de la tierce opposition à titre principal ou incident peut suspendre l'exécution de la décision attaquée.

Par suite, excède ses pouvoirs le premier président d'une cour d'appel qui, pour arrêter l'exécution provisoire d'une sentence arbitrale frappée d'un recours dont la caducité a été constatée par une décision revêtue de l'autorité de chose jugée, retient que la demande reste recevable en raison de la tierce opposition formée contre cette sentence, dont la cour d'appel est saisie.

2° Civ. - 28 mai 2015.
CASSATION SANS RENVOI

N° 14-27.167. - CA Angers, 19 novembre 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Pimouille, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. G, chron., 877, spéc. n° 3 à 5, note Jérôme Ortscheidt.

N° **1095**

Presse

Diffamation. - Diffamation non publique. - Fait justificatif. - Ordre ou autorisation de la loi ou du règlement. - Obligation légale d'appeler la collectivité territoriale à délibérer.

Selon l'article 122-4 du code pénal, n'est pas responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

En application de l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales, le contribuable qui se propose d'exercer, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci a refusé ou négligé d'exercer, doit, préalablement, appeler les organes de la commune à en délibérer.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêté qui déclare coupable de la contravention de diffamation non publique le prévenu qui a adressé au maire de sa commune une lettre lui demandant d'exercer, au nom de celle-ci, une action pour prise illégale d'intérêts en raison de faits imputés au maire lui-même, alors qu'il invoquait l'application de l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales et qu'il lui incombait d'énoncer les motifs de sa démarche, de justifier du bien-fondé de l'action en justice qu'il requérait et de mettre les organes de la commune à même de se prononcer.

Crim. - 27 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 14-83.061. - CA Montpellier, 1^{er} avril 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Monfort, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. G, Act., 692, note Stéphane Detraz. Voir également la revue Comm. électr. 2015, comm. 59, note Agathe Lepage, et le D. 2015, p. 1583, note Alexandra Serinet.

N° 1096

Procédure civile

Conclusions. - Conclusions d'appel. - Conclusions des articles 908 et 909 du code de procédure civile. - Nature. - Portée.

Les conclusions exigées par les articles 908 et 909 du code de procédure civile sont toutes celles remises au greffe et notifiées dans les délais prévus par ces textes, qui déterminent l'objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance.

Ne répondent pas à cette définition les conclusions de l'appelant en réponse à un incident de nature à mettre fin à l'instance soulevé par l'intimé.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui prononce la caducité de la déclaration de recours en annulation d'une sentence arbitrale après avoir constaté que les conclusions d'annulation avaient été transmises par le requérant sous la forme d'une communication de pièce, faisant suite le même jour à un message qui avait pour objet la remise et la notification de conclusions en réponse à l'incident d'irrecevabilité du recours soulevé par l'intimé, cette forme de transmission des conclusions ne pouvant être tenue pour équivalente ni à la remise au greffe de ces conclusions, ni à leur notification aux avocats des autres parties au sens des articles 908 et 911 du code de procédure civile.

2° Civ. - 28 mai 2015.

REJET

N° 14-28.233. - CA Angers, 14 octobre 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Pimouille, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 1097

Procédure civile

Instance. - Introduction. - Introduction de l'instance par assignation. - Date. - Détermination. - Portée.

Lorsqu'une demande est présentée par assignation, la date de l'introduction de l'instance doit s'entendre de la date de cette assignation, à condition qu'elle soit remise au secrétariat-greffe.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.

REJET

N° 14-13.544. - CA Paris, 9 janvier 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Famille 2015, p. 402, note Sylvain Thouret.

N° 1098

Procédure civile

Notification. - Notification en la forme ordinaire. - Notification par voie postale. - Date de notification. - Détermination. - Portée.

Selon l'article 668 du code de procédure civile, la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre.

Selon l'article 27 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001, lorsque la déclaration écrite du demandeur exerçant devant la cour d'appel une action contre le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante ne contient pas l'exposé des motifs invoqués, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe dans le mois qui suit le dépôt de la déclaration, à peine d'irrecevabilité de la demande.

Il s'ensuit que lorsque le dépôt de l'exposé des motifs est effectué par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date d'expédition de la lettre doit être prise en compte pour déterminer si le délai d'un mois pour déposer cet exposé a été respecté.

2° Civ. - 21 mai 2015.

CASSATION

N° 14-18.587. - CA Nancy, 3 avril 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Lazerges, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, M^e Le Prado, Av.

N° 1099

Professions médicales et paramédicales

Pédicure-podologue. - Ordre. - Appartenance. - Caractère obligatoire. - Portée.

L'article L. 4323-4 du code de la santé publique a pour objet de sanctionner pénalement le non-respect des conditions d'exercice de la profession de pédicure-podologue définies en termes clairs et précis par les articles L. 4321-1 et suivants du code de la santé publique et en vertu desquelles, sauf exception, un pédicure-podologue ne peut exercer sa profession que si ses diplômes, certificats, titres ou autorisation ont été enregistrés et s'il est inscrit sur le tableau de l'ordre.

Crim. - 19 mai 2015.

REJET

N° 14-80.888. - CA Versailles, 15 janvier 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Harel-Dutirou, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard et Poupot, Av.

N° **1100**

Propriété littéraire et artistique

Droits d'auteur. - Droits moraux. - Transmission à cause de mort. - Forme. - Application. - Portée.

La volonté d'un auteur de transmettre le droit moral sur son œuvre doit être exprimée selon les formes requises pour l'établissement des testaments.

Ainsi, un testament olographe, qui n'avait pas été écrit de la main du testateur, a été annulé en application de l'article 970 du code civil et n'a pas pu avoir pour effet de transmettre le droit moral d'un artiste sur son œuvre.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.
REJET

N° 14-14.506. - CA Paris, 10 janvier 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Mouty-Tardieu, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RLDC, n° 5916, note Marion Delsolneux. Voir également la revue AJ Famille 2015, p. 407, note Nathalie Levillain, et la Revue juridique personnes et famille, juillet-août 2015, p. 44, note François Sauvage.

N° **1101**

Représentation des salariés

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Action en justice. - Exercice. - Conditions. - Représentant du comité. - Mandat. - Effets. - Étendue. - Détermination.

Le mandat donné par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) à l'un de ses membres pour agir en justice à l'occasion d'une affaire déterminée habilite celui-ci à intenter les voies de recours contre la décision rendue sur cette action.

Soc. - 19 mai 2015.
REJET

N° 13-24.887. - CA Douai, 19 juillet 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Salomon, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, M^e Ricard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, Act., n° 218, note Lydie Dauxerre. Voir également la RJS 2015, n° 571.

N° **1102**

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Choses dont on a la garde. - Exonération. - Acceptation des risques. - Exclusion. - Cas.

La victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa premier, du code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques.

2^e Civ. - 21 mai 2015.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-14.812. - CA Lyon, 21 janvier 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Lazerges, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Le Griel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1156. Voir également la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 14, note Anne Guégan-Lecuyer.

N° **1103**

Restitution

Objets saisis. - Action en restitution. - Exercice. - Recevabilité. - Association française d'épargne et de retraite (AFER). - Mandat nominatif et individuel d'agir en justice.

Aucun texte n'interdit de donner mandat à un tiers de présenter une requête en restitution, dès lors que l'existence de ce mandat est prouvée et que le nom du mandant figure dans chaque acte de procédure effectué par le mandataire.

Doit dès lors être cassé l'arrêt de cour d'appel qui déclare irrecevable la requête présentée par une association au nom de 55 114 adhérents au motif que « nul ne plaide par procureur » et qu'une telle action s'apparente à une « class action ».

Crim. - 20 mai 2015.
CASSATION

N° 14-81.147. - CA Paris, 20 janvier 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Ract-Madoux, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, somm., p. 1101, et p. 1419, note Nicolas Dissaux. Voir également la revue Procédures 2015, comm. 237 et 240, note Anne-Sophie Chavant-Leclère, le JCP 2015, éd. G, II, 831, note Jean-Baptiste Perrier, la Gaz. Pal. 2015, 1, p. 4, note Rodolphe Méza, et la RGDA 2015, p. 378, note Romain Schulz.

N° **1104**

Santé publique

Lutte contre les maladies et les dépendances. - Lutte contre les maladies mentales. - Modalités de soins psychiatriques. - Admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État. - Troubles mentaux compromettant la sûreté des personnes ou portant gravement atteinte à l'ordre public. - Mention dans le certificat médical circonstancié. - Nécessité. - Portée.

Les articles L. 3213-1, L. 3213-3 et R. 3213-3 du code de la santé publique n'exigent pas la mention, dans le certificat médical circonstancié qu'ils prévoient, que les troubles nécessitant des soins « compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public », une telle qualification relevant, sous le contrôle du juge, des seuls pouvoirs du préfet, sauf à prévoir, lorsqu'un certificat conclut à la nécessité de lever une mesure d'hospitalisation complète, les incidences éventuelles de ces troubles sur la sûreté des personnes.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.
REJET

N° 14-15.686. - CA Reims, 14 février 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - M^e Blondel, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° 1105

Sécurité sociale

Cotisations. - Assiette. - Indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail. - Étendue. - Indemnité transactionnelle.

Selon l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n°99-1140 du 29 décembre 1999, toutes les sommes versées au salarié à l'occasion de la rupture de son contrat de travail sont soumises aux cotisations de sécurité sociale, dans les limites établies par l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005.

Ayant souverainement constaté que l'indemnité transactionnelle litigieuse avait été versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail du salarié, une cour d'appel en déduit exactement que, n'étant pas au nombre de celles limitativement énumérées par l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, celle-ci entrait dans l'assiette des cotisations sociales.

2° Civ. - 28 mai 2015.

REJET

N° 14-14.494. - CA Versailles, 30 janvier 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Palle, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 585.

N° 1106

Sécurité sociale

Cotisations. - Recouvrement. - Action en recouvrement. - Observations de l'inspecteur du recouvrement. - Lettre d'observations. - Envoi. - Délai (non).

Les dispositions de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale, qui sont étrangères à l'objet des stipulations de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qui ne méconnaissent pas les exigences des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, ne fixent aucun délai pour l'envoi de la lettre d'observations que l'inspecteur du recouvrement adresse au cotisant à l'issue du contrôle.

N'est pas fondé le moyen qui fait grief à l'arrêt de valider une procédure de contrôle dans laquelle un délai de quinze mois s'est écoulé entre les opérations de contrôle et l'envoi de la lettre d'observations.

2° Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION PARTIELLE

N° 14-17.618. - CA Rouen, 18 mars 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Belfort, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 585.

N° 1107

Sécurité sociale, accident du travail

Cotisations. - Taux. - Fixation. - Sièges sociaux et bureaux des entreprises. - Taux réduit. - Conditions. - Non-aggravation des risques. - Détermination. - Portée.

Selon l'article premier, III, de l'arrêté du 17 octobre 1995 relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et des maladies professionnelles, les sièges sociaux et bureaux des entreprises constituent des établissements distincts qui doivent faire l'objet d'une tarification particulière si, notamment, les risques d'accidents du travail auxquels est exposé leur personnel ne sont pas aggravés par d'autres risques relevant de la même entreprise tels que ceux engendrés par les chantiers, magasins, atelier, dépôt, qu'ils soient ou non distincts géographiquement.

Encourt la cassation l'arrêt qui statue par des motifs tirés de la participation du personnel administratif à l'activité principale de l'entreprise, impropres à caractériser une aggravation effective des risques auxquels il était exposé, tels que ceux engendrés par les chantiers, magasins, atelier, dépôt, qu'ils soient ou non distincts géographiquement.

2° Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION

N° 14-18.536. - Cour nationale de l'incapacité et de la tarification (CNITAAT), 26 mars 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Hénon, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 593.

N° 1108

Sécurité sociale, accident du travail

Maladies professionnelles. - Origine professionnelle. - Présomption. - Conditions. - Maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles. - Maladie contractée dans les conditions mentionnées au tableau. - Tableau n° 40 (maladies dues aux bacilles tuberculeux et à certaines mycobactéries atypiques). - Infection cutanée granulomateuse ulcéreuse prolongée. - Confirmation de l'étiologie par des examens bactériologiques. - Nécessité.

Dès lors que les dispositions d'un tableau de maladies professionnelles subordonnent la prise en charge d'une maladie à la confirmation de son étiologie par des examens bactériologiques, le caractère professionnel d'une telle maladie ne peut pas être reconnu en l'absence de tels éléments.

Viole l'article L. 461-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale et le tableau des maladies professionnelles n° 40 D la cour d'appel qui reconnaît le caractère professionnel d'une infection cutanée granulomateuse ulcéreuse dont un salarié poissonnier était victime, alors que les examens bactériologiques n'avaient pas mis en évidence l'étiologie de cette infection.

2° Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION SANS RENVOI

N° 14-17.710. - CA Bourges, 21 mars 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Belfort, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Boutet et Hourdeaux, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

N° 1109

Sécurité sociale, allocations diverses

Allocation aux adultes handicapés. - Conditions. - Ressources prises en considération. - Exclusion. - Cas. - Rente viagère. - Portée.

Il résulte des articles R. 821-4, II, 1°, du code de la sécurité sociale et 199 *septies* du code général des impôts que les rentes viagères constituées en faveur d'une personne handicapée ou, dans la limite d'un montant fixée par décret, constituées par une personne

handicapée pour elle-même ne sont pas prises en compte pour la détermination du plafond de ressources applicable à l'attribution de l'allocation aux adultes handicapés.

Viole ce texte une cour d'appel qui retranche du plafond de ressources les arrrages d'une rente d'invalidité qui, n'étant servie que jusqu'à la soixante-cinquième année, n'a, de ce fait, pas le caractère d'une rente viagère.

2^e Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION

N° 14-18.915. - CA Nancy, 9 avril 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Cadiot, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 600.

N° **IIIO**

Sécurité sociale, allocations diverses

Allocation de logement sociale. - Prestations indues. - Action en remboursement. - Prescription. - Prescription biennale. - Exclusion. - Cas. - Fraude ou fausse déclaration. - Caractérisation.

L'action intentée par un organisme payeur en recouvrement de l'allocation de logement sociale se prescrit par deux ans, sauf en cas de fraude ou de fausse déclaration.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui écarte la prescription de l'action d'une caisse d'allocations familiales en raison de l'absence de signalement, par le bénéficiaire de l'allocation versée entre les mains du bailleur, de son déménagement hors du département d'origine puis d'une fausse déclaration, à l'occasion d'une demande de bénéfice du revenu minimum d'insertion, auprès de la caisse du département de destination, ces actes constituant les éléments matériels de la fraude.

2^e Civ. - 28 mai 2015.

REJET

N° 14-17.773. - TASS Poitiers, 1^{er} octobre 2013.

Mme Flise, Pt. - Mme Chauchis, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - M^e Rémy-Corlay, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, II, 1273, note Thierry Tauran. Voir également la revue Dr. soc. 2015, p. 654, note Morane Keim-Bago.

N° **IIII**

Sécurité sociale, allocations diverses

Allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie. - Attribution. - Point de départ. - Détermination. - Portée.

Selon l'article D. 168-5 du code de la sécurité sociale, l'allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie prévue par l'article L. 168-1 est due à compter de la date de réception de la demande par l'organisme mentionné à l'article D. 168-4, dès lors que les conditions sont réunies à cette date.

Ne donne pas de base légale à sa décision le tribunal des affaires de sécurité sociale qui fait droit à la demande d'allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie pour la période du 1^{er} au 9 décembre 2011 formulée en janvier 2012 en se déterminant par des motifs sans rapport avec les conditions d'attribution de celle-ci.

2^e Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION

N° 14-16.040. - TASS Laon, 21 janvier 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Depommier, Rap. - M^e Foussard, Av.

N° **III2**

Sécurité sociale, assurances sociales

Invalidité. - Pension. - Calcul. - Détermination de la catégorie dans laquelle doit être classé l'invalidé. - Changement de catégorie. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'application combinée des articles 6.1, 6.2 et 17.1 du règlement du régime de prévoyance de BTP-Prévoyance, catégorie cadres, de l'accord collectif du 1^{er} octobre 2001 instituant BTP-Prévoyance et L. 341-11 du code de la sécurité sociale que, la révision d'une pension d'invalidité de première catégorie en pension d'invalidité de deuxième catégorie supposant la constatation de l'aggravation de l'état d'invalidité de l'intéressé, le fait générateur du nouveau classement, au sens des deux premiers de ces textes, est nécessairement l'arrêt de travail ayant entraîné le précédent classement en invalidité.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui accueille, du fait d'un arrêt de travail ayant entraîné son classement en invalidité de deuxième catégorie postérieur à son affiliation au régime de prévoyance, la demande d'un salarié en paiement de la rente conventionnelle prévue pour un tel classement, alors qu'il avait constaté que l'intéressé avait, avant cette affiliation, subi un arrêt de travail ayant entraîné son classement ininterrompu en invalidité de première catégorie jusqu'à son classement en invalidité de deuxième catégorie.

2^e Civ. - 21 mai 2015.

CASSATION SANS RENVOI

N° 14-13.223. - CA Paris, 10 décembre 2013.

Mme Flise, Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lévis, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, II, 1294, note Thierry Tauran.

N° **III3**

Sécurité sociale, assurances sociales

Invalidité. - Pension. - Pension vieillesse substituée. - Conditions. - Assuré ayant atteint l'âge minimum ouvrant droit à pension. - Exception. - Assuré exerçant une activité professionnelle. - Définition. - Portée.

Selon l'article L. 341-16 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction modifiée par la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009, par dérogation aux dispositions de l'article L. 341-15, lorsque l'assuré exerce une activité professionnelle, la pension de vieillesse allouée au titre de l'inaptitude au travail ne lui est concédée que s'il en fait expressément la demande, l'intéressé qui ne demande pas l'attribution de la pension substituée continuant de bénéficier de sa pension d'invalidité jusqu'à la date pour laquelle il demande le bénéfice de sa pension de retraite et au plus tard jusqu'à l'âge mentionné au 1^o de l'article L. 351-8. Pour l'application de ces dispositions, l'exercice d'une activité professionnelle doit s'entendre d'une activité effective.

Viole ce texte la cour d'appel qui accueille la demande de l'assuré, alors qu'elle constate que ce dernier n'avait pas repris son travail, ce dont il résultait, nonobstant la suspension du contrat de travail, que celui-ci n'exerçait aucune activité professionnelle au sens de ce même texte.

2^e Civ. - 28 mai 2015.

CASSATION SANS RENVOI

N° 14-14.960. - CA Versailles, 30 janvier 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Depommier, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 592.

N° III4

Sécurité sociale, assurances sociales

Maladie. - Indemnité journalière. - Conditions. - Incapacité à continuer ou reprendre le travail. - Notion. - Inaptitude à exercer une activité salariée quelconque. - Portée.

Selon l'article L. 321-1, 5°, du code de la sécurité sociale, le bénéfice des indemnités journalières est subordonné à la seule constatation de l'incapacité physique de l'assuré de reprendre son travail et cette incapacité s'analyse, non pas dans l'inaptitude de l'assuré à remplir son ancien emploi, mais dans celle d'exercer une activité salariée quelconque.

Viole ce texte la cour d'appel qui, pour accueillir la demande d'un assuré de bénéficier d'indemnités journalières jusqu'à la rupture de son contrat de travail pour inaptitude, relève que, bien que l'expertise ait conclu que l'intéressé pouvait reprendre une autre activité professionnelle sans effort sur le plan lombaire, il ne pouvait être reproché à l'assuré de ne pas avoir repris son travail, son employeur ne pouvant lui proposer un poste de ce type.

2° Civ. - 28 mai 2015.
CASSATION

N° 14-18.830. - TASS Bastia, 31 mars 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Belfort, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Bouloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, II, 1282, note Gérard Vachet.

N° III5

Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Action en paiement. - Prescription. - Domaine d'application. - Prestations dispensées sous le régime du tiers payant. - Demandes formées par les professionnels et établissements de santé.

La prescription biennale à laquelle l'article L. 332-1 du code de la sécurité sociale soumet les demandes des assurés en paiement des prestations des assurances maladie et maternité est applicable aux demandes formées par les professionnels et établissements de santé pour le paiement des soins, actes et prestations dispensés sous le régime du tiers payant.

L'article L. 431-2 du même code soumet de même à la prescription biennale, dans les conditions qu'il précise, l'action des praticiens, fournisseurs et établissements pour le paiement des prestations en nature mentionnées à l'article L. 431-1.

2° Civ. - 28 mai 2015.
REJET

N° 14-17.731. - CA Aix-en-Provence, 20 mars 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Cadiot, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Boutet et Hourdeaux, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. G, Act., 654, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier. Voir également la RJS 2015, n° 588, et le JCP 2015, éd. S, II, 1283, note Emeric Jeansen.

N° III6

Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Bénéficiaires. - Convention franco-monégasque du 28 février 1952. - Champ d'application. - Détermination. - Portée.

Selon l'article premier de la Convention du 28 février 1952 entre la France et la Principauté de Monaco sur la sécurité sociale, publiée par le décret n° 54-682 du 11 juin 1954, dans sa rédaction applicable à la date des soins litigieux, les stipulations de la Convention s'appliquent aux ressortissants français ou monégasques, salariés ou assimilés aux salariés par les législations de sécurité sociale énumérées à son article 2.

Selon l'article 17 de cette même Convention, les dispositions relatives à l'assurance maladie s'appliquent, nonobstant les articles 1 et 2, à toutes les personnes qui sont assurées pour les risques maladie et maternité en vertu de la législation de sécurité sociale de l'un des deux États contractants, ainsi qu'aux membres de leur famille tels que définis à l'article 14 de la Convention.

Viole les articles 1 et 17 de cette Convention la cour d'appel qui fait bénéficier des stipulations de celle-ci une personne qui ressortit au champ d'application de l'entente de sécurité sociale entre la France et le Québec, de sorte qu'elle n'est pas assurée pour les risques maladie et maternité en vertu de la législation française de sécurité sociale.

2° Civ. - 28 mai 2015.
CASSATION SANS RENVOI

N° 14-13.718. - CA Aix-en-Provence, 14 janvier 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Depommier, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Boutet et Hourdeaux, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 587. Voir également le JCP 2015, éd. S, II, 1293, note Emeric Jeansen.

N° III7

Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Prestations indues. - Remboursement. - Règles de tarification ou de facturation des actes, prestations, produits et frais de transports. - Inobservation. - Action en recouvrement. - Défendeur. - Détermination. - Portée.

Selon l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale, en cas d'inobservation des règles de tarification et de facturation des actes, prestations et produits figurant sur les listes mentionnées aux articles L. 162-1-7, L. 162-17, L. 165-1, L. 162-22-7 ou relevant des dispositions des articles L. 162-22-1 et L. 162-22-6 du code de la sécurité sociale et des frais de transports mentionnés à l'article L. 321-1 du même code, l'organisme de prise en charge recouvre l'indu correspondant auprès du professionnel de santé ou de l'établissement à l'origine du non-respect de ces règles, et ce, que le paiement ait été effectué à l'assuré, à un autre professionnel de santé ou à un établissement.

La cour d'appel qui constate que les actes dont la facturation est à l'origine de l'indu litigieux ont été réalisés au sein d'une clinique en déduit exactement que la caisse est fondée à poursuivre le recouvrement de l'indu contre cet établissement de santé.

2° Civ. - 28 mai 2015.
REJET

N° 14-19.061. - CA Bordeaux, 10 avril 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Depommier, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Foussard, Av.

N° III 8

Séparation des pouvoirs

Acte administratif. - Appréciation de la légalité, de la régularité ou de la validité. - Incompétence judiciaire. - Contrat de travail. - Licenciement. - Salarié protégé. - Autorisation administrative. - Octroi. - Portée.

Lorsqu'une autorisation administrative de licenciement a été accordée, le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge judiciaire se prononce sur le respect par l'employeur des obligations que des dispositions conventionnelles mettent à sa charge préalablement au licenciement pour favoriser le reclassement.

Soc. - 27 mai 2015.

REJET

N° 13-26.985, 13-26.994, 13-26.999, 13-27.003, 13-27.007, 13-27.019, 13-27.020, 13-27.027, 13-27.031 et 13-27.036. - CA Douai, 27 septembre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Depelley, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 578.

N° III 9

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif aux décisions prises par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. - Définition. - Étendue. - Portée.

Les litiges relatifs aux décisions prises par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante en application des articles 53.V de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 et 24 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relèvent de la seule compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

2^e Civ. - 21 mai 2015.

CASSATION

N° 14-18.892. - CA Angers, 17 avril 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Vannier, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures 2015, comm. 217, note Yves Strickler. Voir également la RJS 2015, n° 596.

N° III 20

Société (règles générales)

Transformation. - Adoption d'une autre forme. - Régularité. - Conditions. - Détermination.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui déclare régulière la transformation d'une société civile immobilière (SCI) en société à responsabilité limitée (SARL) après avoir relevé que la SCI et la SARL constituaient deux formes successives d'une seule et même personne morale et que l'immeuble acquis par la société du temps où elle était une SCI était demeuré dans son patrimoine, nonobstant le changement de forme sociale, ce dont il résultait que ce changement n'avait pas donné lieu à un apport en nature devant être évalué dans les statuts de la SARL, comme le prévoit l'article L. 223-9, alinéa premier, du code de commerce.

Com. - 27 mai 2015.

REJET

N° 13-27.458. - CA Dijon, 26 septembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - M. Fédou, Rap. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Ann. loyers 2015, p. 65, note Bastien Brignon.

N° III 21

Société d'aménagement foncier et d'établissement rural

Préemption. - Exercice. - Délai de validité d'une offre de vente. - Délai convenu entre le vendeur et l'acquéreur. - Opposabilité à la société d'aménagement foncier et d'établissement rural (non).

Le délai de validité d'un compromis convenu entre vendeur et acquéreur n'étant pas opposable à la société d'aménagement foncier et d'établissement rural, qui dispose d'un délai de deux mois pour préempter, en application des articles R. 143-4 et 6 du code rural et de la pêche maritime, la procédure de préemption formalisée avant l'expiration de ce délai de deux mois est régulière, quand bien même le compromis n'aurait pas été réitéré et serait devenu caduc.

3^e Civ. - 20 mai 2015.

REJET

N° 14-13.188. - CA Aix-en-Provence, 20 juin 2013.

M. Terrier, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. N, II, n° 1113, note Fabrice Collard.

N° III 22

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Accord d'entreprise du groupe AXA du 28 juin 1999 sur la mise en œuvre et le suivi des classifications. - Article 6-2. - Mesure individuelle. - Conditions. - Changement de classe et de fonction. - Moment. - Début de la période d'adaptation. - Nécessité.

Selon l'article 6-2 de l'accord collectif de groupe AXA du 28 juin 1999 sur la mise en œuvre et le suivi des classifications, la mesure individuelle associée à un changement de classe et de fonction ne peut intervenir qu'au terme d'une période d'adaptation permettant à l'entreprise et au salarié d'avoir le recul suffisant.

Viola ce texte la cour d'appel qui déclare valable une telle mesure individuelle qui suppose l'existence d'un changement à la fois de poste et de classe, alors qu'elle constate que la notification par l'employeur au salarié d'une période probatoire était intervenue à une époque nettement postérieure à l'occupation du nouveau poste, elle-même suivie, quelques mois après, d'un changement de classe.

Soc. - 20 mai 2015.

CASSATION

N° 13-13.967. - CA Versailles, 15 janvier 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Aubert-Monpeyssen, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, Act., n° 230. Voir également le JCP 2015, éd. E, Act., n° 499, et la RJS 2015, n° 541.

N° I I 23

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Accord de la société Nestlé France du 18 novembre 2002. - Allocation de remplacement. - Action en répétition. - Prescription. - Délai. - Détermination. - Portée.

L'action en paiement et en répétition de l'allocation de remplacement versée dans le cadre d'un dispositif de cessation anticipée d'activité est soumise à la prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du code civil.

Soc. - 27 mai 2015.
REJET

N° 14-10.864. - CA Amiens, 5 novembre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Salomon, Rap. - M. Beau, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° I I 24

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise des travaux publics du 12 juillet 2006. - Annexe V. - Article 2. - Classification des emplois. - Prise en compte des diplômes. - Conditions. - Portée.

Ne donne pas de base légale à sa décision, au regard de l'article 2 de l'annexe V de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise des travaux publics du 12 juillet 2006, la cour d'appel qui fait droit à la demande du salarié tendant à être classé au niveau E de la grille des ETAM, alors qu'il a obtenu un BTS à l'issue d'une formation suivie à son initiative, sans constater l'existence d'un emploi de ce niveau susceptible de correspondre à la formation ainsi obtenue, qui aurait été disponible au sein de la société.

Soc. - 20 mai 2015.
CASSATION

N° 13-25.492. - CA Lyon, 6 septembre 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Mallard, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain, Soltner et Texidor, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 562.

N° I I 25

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011. - Articles 7.1 à 7.7. - Changement de prestataire. - Obligations du nouvel employeur. - Charge. - Détermination. - Portée.

Les dispositions des articles 7 à 7.7 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 relatifs aux conditions de garantie de l'emploi et continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ex-annexe VII) ne prévoient pas que le nouvel employeur est tenu des obligations qui incombent à l'ancien employeur au moment du transfert du contrat de travail.

Il en résulte que l'indemnité de requalification du contrat de travail à durée déterminée conclu avec l'ancien employeur en contrat de travail à durée indéterminée ne peut être mise à la charge du nouvel employeur.

Soc. - 27 mai 2015.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-11.155. - CA Montpellier, 27 novembre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Deurbergue, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP de Nervo et Poupet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2015, éd. S, Act., n° 229, et II, 1290, note Françoise Bousez. Voir également le JCP 2015, éd. E, II, n° 498, le JCP 2015, éd. G, Act., 701, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier, la revue Dr. soc. 2015, p. 650, note Antoine Mazeaud, la Rev. dr. tr., juillet-août 2015, Chron., p. 463, note Nicolas Moizard, et la RJS 2015, n° 545.

Note sous Soc., 27 mai 2015, n° 1125 ci-dessus

Lorsqu'un contrat de travail est transféré d'un employeur à un autre dans le cadre de l'article L. 1224-1 du code du travail, l'article L. 1224-2 dispose que le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification sauf dans certains cas, dont la substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait de convention entre eux.

Selon une jurisprudence établie, la seule perte d'un marché ne donne pas lieu à l'application de l'article L. 1224-1, imposant le transfert de plein droit des contrats de travail (assemblée plénière, 16 mars 1990, pourvoi n° 85-44.518, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 3).

C'est en raison de l'inapplication des dispositions légales que, dans certains secteurs, des mécanismes conventionnels ont été mis en place pour fonder et organiser les transferts des contrats de travail. Mais ces mécanismes présentent plusieurs particularités. Il résulte d'une jurisprudence constante que, lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ne sont pas remplies et que le transfert des contrats de travail résulte d'une application volontaire ou conventionnelle de cette disposition, le transfert des contrats de travail ne s'effectue pas de plein droit mais nécessite l'accord individuel exprès de chaque salarié, qui est par conséquent en droit de le refuser (Soc., 12 décembre 2001, pourvoi n° 99-45.921 ; Soc., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-41.600, *Bull.* 2010, V, n° 51).

Il n'en va différemment, par exception, que lorsque cela est expressément prévu par une disposition législative (Soc., 8 avril 2009, pourvoi n° 08-41.046, *Bull.* 2009, V, n° 104). Seul le législateur peut, en effet, imposer un changement d'employeur sans l'accord du salarié.

En l'espèce, le transfert du contrat de travail était intervenu en application non de l'article L. 1224-1 du code du travail, mais de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés, dans sa version antérieure à celle du 26 juillet 2011, sans qu'il y ait de convention entre les deux employeurs.

La question posée était de savoir si, à la suite de la perte d'un marché par son ancien employeur, une salariée pouvait obtenir du nouvel employeur, à l'encontre duquel, seul, elle dirigeait sa demande, le paiement d'une indemnité de requalification des contrats à durée déterminée conclus avec l'ancien employeur en contrat à durée indéterminée.

Pour accueillir cette demande, la cour d'appel a considéré qu'en application des dispositions conventionnelles de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ancienne annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de nettoyage de locaux du 17 décembre 1981), le nouvel employeur était tenu des obligations qui incombent à l'ancien employeur au moment du transfert et qu'il disposait d'un recours contre ce dernier.

Cet accord, destiné à remplacer l'accord du 4 avril 1986 relatif à la situation du personnel en cas de changement de prestataire, qui avait été dénoncé, a été conclu en vue d'améliorer et de renforcer la garantie d'emploi offerte aux salariés affectés à un marché faisant l'objet d'un changement de prestataire.

L'article 2, II, de l'accord du 29 mars 1990 précité prévoit que « *le maintien de l'emploi entraînera la poursuite du contrat de travail au sein de l'entreprise entrante* », et l'article 4, alinéa 1, que « *le contrat de travail du personnel remplissant les conditions requises pour bénéficier du maintien de son emploi se poursuivra, sous la forme prévue à l'article 2, II, au sein de l'entreprise entrante* ».

Cependant, selon l'article 4, second alinéa, sauf exception, le salarié qui refuse son transfert dans les conditions stipulées par l'accord sera considéré comme ayant rompu de son fait son contrat de travail et cette rupture ne sera pas imputable à l'employeur et n'entraînera donc pour lui aucune obligation de verser des indemnités de préavis et de licenciement. Il ne peut donc être considéré que le transfert du contrat de travail s'opère dans les mêmes conditions que celles prévues par l'article L. 1224-1 du code du travail et avec les mêmes conséquences.

Il y a lieu d'observer d'ailleurs que le transfert de plein droit des contrats de travail est expressément exclu du champ de l'arrêté du 23 juillet 2012 portant extension de la convention collective nationale des entreprises de propreté du 26 juillet 2011 (n°3043), qui renvoie à la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce que le changement d'employeur résultant d'un transfert sur la base de dispositions conventionnelles ne peut pas être imposé au salarié protégé (Soc., 3 mars 2010, pourvoi n°08-41.600, *Bull.* 2010, V, n°51, préc. ; Soc., 3 mars 2010, pourvoi n°08-41.553).

L'article 3, III, A, a, de l'accord de 1990 précité prévoit que « *l'entreprise sortante réglera au personnel repris par le nouvel employeur les salaires dont elle est redevable, ainsi que les sommes à périodicité autre que mensuelle, au prorata du temps passé par celui-ci dans l'entreprise, y compris le prorata de l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée et des indemnités de congés payés qu'il a acquis à la date du transfert* ».

Mais aucune disposition ne fait obligation au nouvel employeur d'assumer les obligations de l'ancien.

La chambre sociale censure donc l'arrêt de la cour d'appel. Les dispositions de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ancienne annexe VII) ne prévoyaient pas que le nouvel employeur était tenu des obligations qui incombaient à l'ancien employeur au moment du transfert du contrat de travail. Il en résulte que l'indemnité de requalification du contrat de travail à durée déterminée conclu avec l'ancien employeur en contrat de travail à durée indéterminée ne peut être mise à la charge du nouvel employeur.

N° I I 26

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Application. - Obligation. - Conditions. - Signature. - Membre d'une organisation signataire. - Portée.

L'employeur qui n'est pas adhérent à une organisation patronale ayant signé l'accord du 31 mai 1969 non étendu et instituant, dans le cadre des dispositions du titre I de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, une commission nationale paritaire de l'emploi de l'industrie des textiles naturels n'a pas l'obligation, dans sa recherche de reclassement, de saisir cette commission préalablement aux licenciements économiques.

Soc. - 27 mai 2015.
REJET

N° 13-26.968 à 13-26.984, 13-26.986 à 13-26.993, 13-26.995 à 13-26.998, 13-27.000 à 13-27.002, 13-27.004 à 13-27.006, 13-27.008 à 13-27.018, 13-27.021 à 13-27.026, 13-27.028 à 13-27.030, 13-27.032 à 13-27.035, 13-27.037 à 13-27.042. - CA Douai, 27 septembre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Depelley, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2015, n° 553. Voir également le JCP 2015, éd. E, II, 1392, note Lucien Flament.

N° I I 27

Testament

Legs. - Legs universel. - Atteinte à la réserve. - Exercice de la réduction. - Indemnité. - Calcul. - Modalités.

Aux termes de l'article 924-2 du code civil, l'indemnité de réduction d'un legs doit être calculée d'après la valeur des biens donnés ou légués à l'époque du partage et en fonction de leur état au jour où la libéralité a pris effet.

Il résulte des articles 1004 et 1005 du même code qu'en présence d'héritiers réservataires, à défaut d'une demande de délivrance dans l'année du décès, le legs ne prend effet que du jour de la demande en justice ou de celui de la délivrance volontairement consentie.

Encourt donc la censure l'arrêt qui, pour fixer la valeur d'un immeuble dépendant de la succession, en vue de déterminer l'indemnité de réduction due aux héritiers réservataires par un legs universel institué par un testament olographe, retient, malgré l'absence de demande de délivrance dans l'année du décès ou de la délivrance volontairement consentie, que la libéralité a pris effet au jour du décès.

1^{re} Civ. - 28 mai 2015.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-15.115. - CA Paris, 27 novembre 2013.

Mme Batut, Pt. - M. Roth, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RLDC, n° 5913, note Marion Delsolneux. Voir également la revue AJ Famille 2015, p. 419, note Christophe Vernières, et la revue Dr. fam. 2015, comm. 150, note Marc Nicod.

N° I I 28

Transports routiers

Marchandises. - Contrat de transport. - Qualité d'expéditeur. - Conditions. - Détermination.

A seule la qualité d'expéditeur de marchandises, et, dès lors, seule qualité pour agir en réparation du préjudice résultant de leur vol la société qui a mis en place la logistique pour le transport de bout en bout des marchandises et conclu, à cette fin, un contrat de commission de transport, qui lui a été facturé, et non sa filiale qui s'est contentée de donner des instructions au transporteur.

Com. - 19 mai 2015.
CASSATION

N° 14-11.065. - CA Paris, 14 novembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vallansan, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Le Prado, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

N° **II 29**

Travail

Harcèlement. - Harcèlement moral. - Éléments constitutifs. - Président d'une communauté de communes. - Agissements outrepassant le pouvoir de direction.

Ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, saisie de poursuites du chef de harcèlement moral d'une secrétaire générale par un président d'une communauté de communes, prononce la relaxe du prévenu, sans rechercher si les faits poursuivis, dont elle a admis qu'ils constituaient un comportement inadapté, n'outrepassaient pas, quelle qu'ait été la manière de servir de la partie civile, les limites de son pouvoir de direction et ne caractérisaient pas des agissements visés par l'article 222-33-2 du code pénal.

Crim. - 27 mai 2015.

CASSATION

N° 14-81.489. - CA Caen, 3 février 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° **II 30**

**Travail réglementation,
durée du travail**

Emploi intermittent. - Modalités. - Recours au chèque-emploi associatif. - Formalités. - Détermination. - Portée.

L'article L. 1272-4 du code du travail, relatif au chèque-emploi associatif, ne déroge pas aux dispositions spéciales de l'article L. 3123-33 du même code, relatives au contrat de travail intermittent.

Soc. - 20 mai 2015.

CASSATION

N° 14-13.127. - CA Colmar, 7 mai 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Liffran, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. dr. tr., juillet-août 2015, Chron., p. 461, note Sébastien Tournaux.

N° **II 31**

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Réalisation. - Absence de délai fixé par les parties. - Effets. - Détermination.

Une cour d'appel, qui relève que le certificat d'urbanisme n'a été demandé par l'acquéreur d'une parcelle que plusieurs années après la signature du contrat de vente et postérieurement à l'introduction de l'instance et retient, exactement, que la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel et, souverainement, qu'en l'absence d'indexation du prix et de coefficient de revalorisation, les parties ont eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la réalisation de la condition suspensive d'obtention d'un certificat d'urbanisme et que l'acquéreur ne pouvait plus y renoncer, en déduit à bon droit que la promesse de vente est caduque.

3^e Civ. - 20 mai 2015.

REJET

N° 14-11.851. - CA Bastia, 27 novembre 2013.

M. Terrier, Pt. - Mme Le Boursicot, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Nicolay, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2015, p. 1349, note Denis Mazeaud. Voir également le JCP 2015, éd. G, chron., 808, spéc. n° 13, note Anne-Sophie Barthez, la RLDC, n° 5889, note Ildo D. Mpindi, la revue AJDI 2015, p. 543, note Frédérique Cohet, et la RLDC, n° 5959, chron., p. 72, note Sébastien Pimont.

Les titres et sommaires des arrêts de la chambre criminelle des 10 mars 2015 (pourvoi n° 13-87.189), 14 avril 2015 (pourvois n° 14-85.333, 14-85.334, 14-85.335), 15 avril 2015 (pourvoi n° 14-82.172), et 28 mai 2015 (pourvoi n° 14-83.612) paraîtront ultérieurement.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **154,70 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2015, frais de port inclus.



191158310-001115

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Jean-Paul Jean

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,30 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr