



RAPPORT DE M. FULCHIRON, CONSEILLER

Arrêt n° 508 du 2 octobre 2024 (B+R) – Première chambre civile

Pourvoi n° 23-50.002

Décision attaquée : Décision du 17 janvier 2023 de la cour d'appel de Paris

Procureur général de la cour d'appel de Paris

C/

M. [S] [N], M. [C] [P]

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [N] et M. [P] se sont mariés à Paris le 1^{er} juillet 2017.

Par jugement prénatal du 5 juin 2019, la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] les a déclarés parents légaux de l'enfant dont Mme [H] allait accoucher, dit que Mme [H] et son mari, M. [H], ne sont pas les parents légaux de l'enfant, qu'ils ne sont tenus à aucune obligation à son égard et que toute présomption de maternité ou de paternité doit être écartée, le tout conformément aux stipulations du contrat de gestation pour autrui conclu entre les parties.

L'enfant, [U], est né le 15 août 2019 à [Localité 2] en Californie.

Par jugement du 30 juin 2021, le tribunal judiciaire de Paris a déclaré exécutoire en France le jugement rendu le 5 juin 2019 par la Cour supérieure de l'Etat de

Californie pour le comté de [Localité 3] en ce qu'il a dit que M. [N] et M. [P] étaient les parents légaux de l'enfant à naître, mais les a déboutés de leur demande tendant à ce que la filiation telle qu'établie par le jugement exequaturé produise les effets d'une adoption plénière.

M. [N] et M. [P] ont interjeté appel de ce jugement en ce qu'il les a déboutés de cette dernière demande.

Par un arrêt du 17 janvier 2023, la cour d'appel de Paris a, infirmant le jugement de ce chef, dit que le jugement rendu le 5 juin 2019 produirait les effets d'une adoption plénière.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen :

Le ministère public fait grief à l'arrêt de faire produire au jugement du 5 juin 2019 les effets d'une adoption plénière sur le territoire français, alors que « aux termes des dispositions de l'article 509 du code de procédure civile, « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi. S'agissant des effets de l'exequatur d'un jugement étranger, le juge peut procéder à la traduction d'une institution étrangère dans les catégories du for afin d'assurer son intégration dans cet ordre juridique, pourvu qu'il ne procède pas à une révision de la décision transposée dans l'ordre interne. En considérant que l'exequatur du jugement prénatal de la cour supérieure de Californie du 5 juin 2019 produit, en France, les effets d'une adoption plénière, la cour d'appel de Paris a, en réalité, procédé à une révision de la décision étrangère prohibée ».

Second moyen :

Le ministère public fait grief à l'arrêt de dire que le jugement rendu le 5 juin 2019 par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] (Etats Unis d'Amérique) produira en France les effets d'une adoption plénière, alors:

« 1°/ qu'aux termes des articles 343 et suivants du code civil et notamment de l'article 370-3 dudit code, la procédure d'adoption plénière est soumise en droit français au respect d'un ensemble de conditions strictes de fond et de forme. En acceptant de considérer que l'exequatur du jugement prénatal de la cour supérieure de Californie du 5 juin 2019 produisait, en France, les effets d'une adoption plénière, la cour d'appel de Paris a procédé à un contournement de la loi française de l'adoption et a violé les articles susmentionnés ; que de la même manière, la loi californienne de l'adoption contenue dans le code de la famille aux articles 8500 et suivants dudit code a fait l'objet d'un même contournement, ce code prévoyant des conditions strictes de fond et de forme fondant la procédure de l'adoption en droit étranger.

2°/ qu'aux termes de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant interdiction des discriminations, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autres situation ». En reconnaissant à une décision étrangère les effets de l'institution de l'adoption plénière par voie de l'exequatur, la cour d'appel de Paris a, par là même, violé le principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre les couples ayant eu recours à la procédure, allégée au plan du contrôle, de l'exequatur d'un jugement américain de filiation et ceux ayant suivi le parcours procédural exigeant prévu par la procédure française d'adoption plénière, alors que le juge étranger a pris soin, dans le corps de sa décision, d'indiquer qu'il ne s'agissait pas d'un jugement d'adoption ».

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

Le jugement étranger déclarant, sur la base d'un contrat de gestation pour autrui passé à l'étranger, que les parents d'intention sont les parents légaux de l'enfant, peut-il, une fois exequaturé, être dit comme produisant en France les effets d'une adoption plénière ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le dossier porte sur la filiation des enfants nés à l'étranger grâce à l'assistance d'une mère porteuse. A l'origine de la procédure, se trouve une demande des parents d'intention visant à faire exécuter par le juge français le jugement prénatal rendu le 5 juin 2019 par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3], disant que M. [N] et M. [P], son conjoint, sont les parents légaux des deux enfants à naître de Mme [H], mère porteuse, que celle-ci et son époux, M. [H], ne sont pas les parents légaux de l'enfant, qu'ils ne sont tenus d'aucune obligation à son égard et que toute présomption de maternité et de paternité doit être réfutée, le tout conformément au contrat de gestation pour autrui conclu entre les parties. Ce jugement a été rendu par application du droit de l'Etat de Californie. M. [N] et M. [P] demandaient également au juge français de dire que le jugement exequaturé produirait les effets d'une adoption plénière.

Afin de faciliter la compréhension des questions posées par le dossier, il convient, à titre liminaire, de souligner cinq points :

1. Dans la plupart des dossiers de GPA que la Cour de cassation a eu à connaître, étaient en jeu des problèmes de transcription d'actes de naissance étrangers. Dans ces actes était inscrite la filiation de l'enfant, telle qu'elle était établie par application des règles de droit local ou telle qu'elle avait été établie par un jugement pris lui-

même en application de ces règles. En cas de refus de transcription sur les registres français de l'état civil, un recours était formé devant le juge judiciaire. C'est dans ce type d'affaires que s'est développée la jurisprudence autour de l'article 47 du code civil relatif à la force probante des actes étrangers de l'état civil. En l'espèce, M. [N] et M. [P] ne sont pas passés directement par la voie de la transcription : ils ont demandé l'exequatur de la décision américaine, la transcription n'intervenant que dans un second temps.

2. Les parents d'intention demandaient au juge français d'exequaturer le jugement rendu par le juge américain et de dire que le jugement exequaturé produirait en France les effets d'une adoption plénière, étant entendu que le jugement prénatal rendu le 5 juin 2019 par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3], n'est pas un jugement d'adoption : il s'agit d'un jugement pris par application de la loi de Californie qui prévoit des règles spécifiques pour l'établissement de la filiation d'un enfant né dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui (cf. *infra*). Cet Etat connaît aussi l'adoption, mais les règles en sont différentes et n'ont pas à s'appliquer dans une telle hypothèse. La cour d'appel de Paris souligne d'ailleurs qu'il est indiqué dans le jugement californien qu'il ne s'agit pas d'une procédure d'adoption. Dans le dossier sous examen, il n'est donc pas question de « qualifier » le jugement étranger de jugement d'adoption, mais de faire produire à ce jugement les effets que le droit français attache à une adoption plénière.

3. Le pourvoi ne porte pas sur la question de l'exequatur en tant que telle, du jugement prénatal rendu le 5 juin 2019 par le juge californien. Celui-ci a en effet été déclaré exécutoire par un jugement rendu le 7 juillet 2021 par le tribunal judiciaire de Paris. L'appel formé par MM. [N] et [P] était limité au rejet, par le tribunal judiciaire de Paris, des demandes concernant les effets du jugement « américain » exequaturé, les appelants demandant que ce jugement produise les effets d'une adoption plénière. De son côté, le Ministère public n'a pas fait appel. Le jugement « pré-natal » rendu par la cour supérieur de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] établissant la filiation de l'enfant à l'égard de MM. [N] et [P] est donc définitivement intégré dans l'ordre juridique français.

4. En première instance, il n'a pas été discuté de la conformité du jugement étranger à l'ordre public français en matière internationale au motif que le jugement dont l'exequatur était demandé aurait été rendu sur la base d'un contrat de GPA prohibé en France. Cette question n'a pas non plus été discutée en appel.

5. Devant la cour d'appel comme devant notre Cour, est donc seulement en cause la question des effets attachés à la décision exequaturée, la cour d'appel de Paris infirmant sur ce point la décision rendue par le tribunal judiciaire de Paris et disant que le jugement en question produirait en France les effets d'une adoption plénière.

La question de la maternité de substitution a donné lieu à une importante jurisprudence au niveau national et européen et suscité plusieurs interventions du législateur français dans le cadre des lois de bioéthique. Pour bien comprendre les enjeux actuels de la question, il convient de rappeler l'évolution du droit français en la matière (4.1) et de dresser un état de la situation en droit comparé (4.2.). Compte tenu de la configuration particulière du dossier, il sera ensuite nécessaire de préciser les règles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères en matière de

filiation (4.3.) et aux effets en France d'une filiation légalement établie à l'étranger (4.4.). A la lumière de ces éléments seront enfin examinés les griefs du pourvoi (4.5.) et présentées quelques pistes de réflexion (4.6).

4.1. La GPA en droit français : présentation générale

4.1.1. Principe de prohibition de la GPA en droit français

Dans les années 1980, s'était développée, en France comme ailleurs, la pratique des mères porteuses (on parle également de mères de substitution). Encore faut-il distinguer deux hypothèses. Certaines femmes mettent à disposition du ou des parents d'intention une partie de leur matériel génétique : après insémination artificielle ou fécondation *in vitro*, elles portent leur enfant pour le compte d'autrui. On parle de procréation pour autrui. D'autres s'engagent à assurer seulement la gestation d'un enfant qui n'est pas biologiquement le leur, que cet enfant soit biologiquement celui du couple d'intention, en tout ou en partie, ou qu'il ait été procréé grâce aux gamètes de tiers. Il s'agit alors de gestation pour autrui, *stricto sensu*.

Alors que la pratique commençait à se répandre en France, furent d'abord annulées les associations de mères porteuses¹. La cour d'appel de Paris admit cependant la licéité de l'opération et prononça l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père, la mère porteuse (qui, en l'espèce, était la mère biologique de l'enfant) ayant accouché sous X². Frappé d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'arrêt fut cassé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991³ : la pratique de la maternité de substitution fut déclarée contraire au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes⁴.

Les lois bioéthiques de 1994 inscrivirent l'interdit à l'article 16-7 du code civil : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». La prohibition est absolue : elle vaut pour la mère génitrice et/ou gestatrice comme pour un père géniteur. Sont visées les conventions à titre gratuit comme à titre onéreux. De même, la loi pénale sanctionne le fait de s'entremettre en vue d'une gestation pour le compte d'autrui (C. pén., art. 227-12).

À la veille de la troisième révision des lois de bioéthique, le débat rebondit. Plusieurs rapports officiels se prononcèrent soit en faveur d'une ouverture (quoique

¹1^{re} Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n°88-15.655, *Alma mater*, *Bull. civ. I*, n° 387 ; *D.* 1990, 273, rapp. J. Massip ; *JCP G* 1990.II.21526, n. A. Sériaux ; CE ass., 22 janvier 1988, *Les Cigognes*, *D.* 1988, IR 45 ; *JCP G* 1988.IV.126.

²Paris, 15 juin 1990, *JCP G* 1991.II.21653, n. crit. B. Edelman et C. Labrusse-Riou.

³Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90.20-105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1991, 417, rapp. Y. Chartier, n. D. Thouvenin ; *JCP G* 1991.II.21752, communic. J. Bernard, concl. Dontenwille, n. F. Terré.

⁴M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, 504.

strictement encadrée⁵), soit en faveur de la prohibition⁶. Le législateur de 2011 maintint l'interdiction.

La question revint avec force lors des discussions autour du mariage entre personnes de même sexe : la maternité de substitution, dans un contexte de consécration de l'homoparentalité, devint même un des principaux points de conflit, alors que la majorité et le gouvernement de l'époque semblaient partagés⁷. Mais l'interdit fut maintenu.

Alors que certains pays se sont ouverts à la GPA⁸, et, qu'en France, des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent en faveur de la consécration d'une GPA « éthique », la prohibition n'a pas été remise en cause lors de la nouvelle réforme des lois de bioéthique en 2021, conformément aux préconisations des avis et rapports préparatoires⁹. Au soutien de ce choix, furent de nouveau invoqués le respect de la dignité de la femme, le refus de la marchandisation du corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes, le rejet de toute réification de l'enfant et l'exclusion de tout ce qui pourrait apparaître comme la consécration d'un « droit à l'enfant ». Furent également dénoncés les risques d'exploitation sociale et de dérive financière. Au Parlement le rejet de la GPA fut unanime. Bien plus, le législateur souhaita réaffirmer l'interdit en remettant en cause la jurisprudence de la Cour de cassation sur la filiation des enfants nés d'une GPA pratiquée à l'étranger¹⁰.

La prohibition n'empêche pas l'existence de pratiques souterraines, difficiles à réguler même si, fortuitement, la vérité éclate parfois¹¹. Surtout, il est possible de faire à l'étranger ce qui est interdit en France¹². Quel sort faire alors à l'enfant ?

⁵V. le rapport d'information n° 421 (2007-2008) du Sénat, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, disponible sur le site internet du Sénat.

⁶ Cf. le rapport du Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, 2009.

⁷Cf. la Circulaire n°NOR JUSC 131528 C du 25 janvier 2013, dite circulaire Taubira, sur la délivrance d'un certificat de nationalité aux enfants nés à l'étranger d'une GPA.

⁸V. *infra*

⁹V. not. en faveur du maintien de la prohibition le rapport du Conseil d'État (*Révision des lois bioéthiques : quelles options pour demain ?*, La documentation française, 2020).

¹⁰ V. *infra*.

¹¹1^{re} Civ., 12 septembre 2019, pourvoi n° 18-20472, *JCP* 2019, 1010, note J.-R. Binet, *Dr. famille* 2019, comm. n° 216, note H. Fulchiron, *AJ fam.* 2019, 531, note F. Chénédé, 531, obs. P. Salvage-Gerest, *RTD civ.* 2019, 838, obs. A.-M. Leroyer (sur appel de Rouen, 31 mai 2018, n° 17-02084, *Dr. famille* 2018, comm. n° 239, note H. Fulchiron, *JCP* 2018, 1040, note J.-R. Binet) : deux hommes passent une convention de gestation pour autrui avec une femme rencontrée sur internet ; finalement, celle-ci se ravise et leur affirme que l'enfant est mort à la naissance. Entre temps, elle a revendu l'enfant à un couple (hétérosexuel) auquel l'agrément avait été refusé : l'homme reconnaît l'enfant et son épouse engage une procédure d'adoption de l'enfant du conjoint. La vérité éclate lorsque le père biologique découvre le mensonge et agit contre la mère pour escroquerie. L'enfant restera finalement dans la famille à laquelle il avait été confié à sa naissance. La Cour EDH a été sollicitée qui, dans un arrêt du 7 avril 2022 ([CEDH, arrêt du 7 avril 2022, A.L. c. France, n° 13344/20](#), *AJ fam.* 2022, p. 287, note Houssier), a condamné la France, non pas pour les choix qu'elle avait fait, mais en raison de la longueur des procédures qui, en confortant le fait accompli, ont rendu ces choix inéluctables.

¹²V. [CE, 15 mai 2020, n° 440382](#) : en raison de la fermeture des frontières de l'Ukraine, les parents d'intention ne pouvaient s'y rendre pour assister à la naissance de leur fille ; ils demandaient au Conseil d'État que fût enjoint au gouvernement français d'intervenir auprès des autorités ukrainiennes pour que leur fût accordée une autorisation d'entrée sur le territoire. Le Conseil d'État estime que la requête ne relève pas de sa compétence.

4.1.2. Statut de l'enfant né d'une GPA à l'étranger

Quid si un couple français va à l'étranger pour recourir aux services d'une mère porteuse et souhaite ensuite faire reconnaître la filiation légalement établie à l'étranger ? C'est aux tribunaux qu'est revenu le soin de la trancher, dans un dialogue constant avec la Cour EDH.

a). Condamnation initiale

Longtemps, la Cour de cassation fit preuve de la plus grande fermeté. Dans trois arrêts du 6 avril 2011, elle se fonda sur le respect de l'ordre public et spécialement sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes pour s'opposer à la reconnaissance directe ou indirecte de la maternité pour autrui¹³. Dans l'arrêt *Mennesson* du 6 avril 2011, elle affirma que les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français : « *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* ». Le même 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* »¹⁴. Les arrêts *Labassée* et *Mennesson* furent déférés devant la Cour EDH et donnèrent lieu à deux arrêts condamnant la France le 26 juin 2014 (cf. *infra*).

Entre-temps, par deux arrêts du 13 septembre 2013¹⁵, confirmés par un arrêt du 19 mars 2014¹⁶, la Cour de cassation se fonda sur la fraude pour refuser la transcription de la filiation d'un enfant né à l'étranger grâce à une mère porteuse ; elle valida l'annulation de la reconnaissance faite par le père « commanditaire » alors que celui-ci était le père biologique, social et affectif de l'enfant¹⁷ : *fraus omnia corrumpit*...

b). Censure de la Cour EDH

¹³1^{re} Civ., 6 avril 2011, 3 arrêts : pourvois n° 10-19053, 09-66486, 09-17130, *D.* 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note P. Hammje.

¹⁴Arrêt *Labassée*, du 6 avril 2011

¹⁵1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvois n° 12-18315 et n° 12-30138, *D.* 2013, p. 2377, concl. C. Petit, *D.* 2013, 2384, note M. Fabre-Magnan, H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* 2013, p. 2349.

¹⁶1^{re} Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50005, *D.* 2014, concl. J.-P. Jean, p. 901, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, p. 905.

¹⁷Selon la Cour, en présence de cette fraude « *ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 de la Conv. EDH, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Conv. EDH ne sauraient être invoqués* ».

Dans les arrêts *Labassée* et *Mennesson*¹⁸, la Cour EDH ne prend pas position sur la gestation pour autrui en tant que telle¹⁹. Elle se prononce seulement sur le sort des enfants nés à l'étranger grâce au recours à une mère porteuse.

La France n'est pas condamnée sur le fondement de la vie familiale, car si la Cour reconnaît l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des enfants et de leurs parents, elle constate qu'en l'espèce ils n'avaient pas été 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 familiale (*Mennesson* § 92, *Labassée*, § 73). Pour la Cour en revanche, l'atteinte au droit des enfants au respect de leur vie privée est réelle : « *s'il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ainsi ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (...), il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté* » (*Mennesson*, § 99, *Labassée*, § 78). Et les juges de souligner que « *se pose donc une question grave de compatibilité de cette décision avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* » (*Mennesson*, § 99, *Labassée*, § 78). Cette analyse, affirme la Cour, « *prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant* » (*Mennesson*, § 100, *Labassée*, § 79). On ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un élément essentiel de son identité alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concernés revendiquent sa pleine reconnaissance. « *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* » (*Mennesson*, § 100, *Labassée*, § 79).

Si la Cour se prononçait clairement sur le sort du parent biologique, elle restait vague sur celui du parent qui ne serait que parent d'intention. La solution a été confirmée depuis à plusieurs reprises dans de nouvelles décisions condamnant, notamment, la France²⁰.

¹⁸CEDH, arrêt du 26 mai 2014, n° [65941/11](#) et n° [65192/11](#), D. 2014, 1797, note F. Chénéde, 1787 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, commentaire prospectif des arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la CEDH », *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser.

¹⁹Rappr. CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12 et C-167/12 relatives au droit d'une mère d'intention à bénéficier des aides accordées aux femmes ayant accouché et aux mères allaitantes : la Cour se garde bien de prendre parti sur la maternité de substitution ; elle conclut à l'absence de discrimination car les mères d'intention n'ayant pas été enceintes et n'ayant pas accouché, elles ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la directive de 1992 (Directive n° 92/85/CEE du 19 octobre 1992, visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail) dont l'objet est expressément de protéger la mère dans la situation spécifique de vulnérabilité découlant de la grossesse.

²⁰CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France* n° 9063/14 et 10410/14, JCP 2017, 965, note Fr. Sudre, *AJ fam.* 2016, 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.* 2016, 819, obs. J. Hauser, *Dr. famille* 2016, comm. 201, note H. Fulchiron ; CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, req. n° 44024/13, *Dr. famille* 2017, comm. 34, note H. Fulchiron ; CEDH, grde ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, JCP 2017, 323, note H. Fulchiron, JCP 2017, p. 331, obs. A. Gouttenoire, D. 2017, 663, note F. Chénéde, *adde* 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 », *Rev. crit. DIP* 2015, 1 et s.

c). mise en conformité

Abandonnant les raisonnements fondés sur la fraude ou sur l'ordre public, la Cour de cassation, dans deux arrêts du 3 juillet 2015²¹, recourut à l'article 47 du Code civil sur la transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français de l'état civil : en l'espèce, le père français indiqué dans l'acte de naissance (russe) était le père biologique et la mère, la femme qui avait accouché ; les actes de l'état civil étrangers étaient donc réguliers au sens de l'article 47 du Code civil et devaient, en conséquence, être transcrits.

Sur la question de la parenté d'intention, les juges du fond se divisèrent. Au nom de la prohibition de la GPA, certaines décisions refusèrent la transcription d'un acte attribuant la maternité à une femme qui n'avait pas accouché²² ; invoquant les droits de l'enfant et le respect de son intérêt supérieur, d'autres finirent par l'accepter²³. Le débat se concentra sur la notion de « réalité » au sens de l'article 47 du Code civil : lorsque l'article 47 dispose qu'un acte étranger ne peut être transcrit sur les registres français si « *les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* », faut-il entendre par « réalité » celle des faits matériels recueillis dans l'acte ou la « réalité juridique » de la paternité et de la maternité telle qu'ils sont inscrits dans l'acte ?

Selon la Cour de cassation²⁴, la réalité visée par l'article 47 ne peut être que la réalité matérielle des faits déclarés : « *concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement* » ; la mère d'intention n'ayant pas accouché, l'acte de naissance la désignant comme mère n'est pas conforme à la réalité et ne peut être transcrit.

Selon la Cour de cassation, le refus de transcrire ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés des personnes concernées en général et au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale en particulier car l'ingérence que constitue un tel rejet est prévue par la loi en ce qu'elle découle de l'interdiction générale de la GPA, inscrite aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil, et poursuit un but légitime « *en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse* » et « *vise à décourager* » une pratique prohibée par la loi²⁵. Enfin, elle est proportionnée

²¹ Ass. plén., [3 juillet 2015, pourvois n° 14-21323](#) et [3 juillet 2015, n° 15-50002](#), sur lesquels v. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.* 2015, p. 1819, p. 1773, *RTD civ.* 2015, p. 581, obs. J. Hauser.

²² V. Rennes, 28 septembre 2015, n° 14/07321, *AJ fam.* 2015, 567, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.* 2016, 78, obs. J. Hauser, *D.* 2016, 861, obs. F. Granet-Lambrecht, Rennes, 28 septembre 2015, n° 14/05537, *AJ fam.* 2015, 567, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.* 2016, 78, obs. J. Hauser, *D.* 2016, 861, obs. F. Granet-Lambrecht.

²³ Ex. Rennes, 12 décembre 2016, n° 15/08549, *Dr. famille* 2017, Ét. 3, L. Brunet.

²⁴ 1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28597, rapport J.-N. Acquaviva, avis M. Ingall-Montagnier, n° 16-50025 et 16-16901, n° 16-16455, n° 16-16495, n° 16-20052, rapport R. Le Cotty, avis M. Ingall-Montagnier ; v. sur ces décisions F. Chénéde, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, 375, H. Fulchiron, *D.* 2017, p. 1737.

²⁵ Les formules utilisées par la Cour de cassation font écho à celles des arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la CEDH, v. *supra*.

au but légitime poursuivi : « en effet, d'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger » ; « ensuite, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du Code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle » ; « enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ».

De fait, si la Cour de cassation rejette la transcription/reconnaissance de la parenté d'intention, elle admet la « reconstruction » de la filiation selon les règles françaises, i.e. s'agissant d'une filiation dépourvue de toute réalité biologique, par la voie de l'adoption. Dans l'arrêt du 5 juillet 2017, n°16-16455, arrêt n° 826, préc., la Première chambre civile a affirmé que : « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

La conciliation ainsi réalisée entre interdiction de principe de la GPA et protection de l'enfant fut réaffirmée par la Cour de cassation dans plusieurs décisions²⁶.

d). validation de la Cour EDH

Si la jurisprudence de la Cour de cassation permettait de stabiliser la situation des enfants pour l'avenir, certains risquaient de se heurter à l'autorité de la chose jugée. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016²⁷ ayant créé une procédure de réexamen en matière civile afin de permettre que les affaires jugées avant que la Cour EDH ne se prononce sur telle ou telle question puissent être mise en harmonie avec les prescriptions de la Cour de Strasbourg sans que les intéressés ne se heurtent à l'autorité de la chose jugée, les époux Mennesson demandèrent à la Cour de cassation le réexamen de leur pourvoi. Cette demande fut déclarée recevable²⁸ et l'affaire renvoyée devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

²⁶1^{re} Civ., 29 novembre 2017, pourvoi n°16-50061, *AJ fam.* 2018, 122, note A. Dionisi-Peyrusse, H. Fulchiron, *Transcription de l'acte de naissance d'un enfant né par GPA : la confirmation*, *Dr. famille* 2018, Ét. 2, *RTD civ.* 2018, 88, obs. A.-M. Leroyer. Pour les couples de même sexe, la solution fut confortée par les avis rendus par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 7 mars 2018 (Avis n°17-70039, avis n°15003, *AJ fam.* 2018, 233, note P. Salvage-Gerest, *Dr. famille* 2018, Études, n°5, Rapport R. Le Coty, *RTD civ.* 2018, 375, obs. A.-M. Leroyer.

²⁷Loi dite de modernisation de la justice du xx^e siècle, art. 42, art. L. 452-1 et s. COJ.

²⁸Cass., c. réexamen, 16 février 2018, n° 17-RDH-001, *AJ fam.* 2018, 178, note A. Dionisi-Peyrusse, *Dr. famille* 2018, comm. n° 94, note H. Fulchiron, *addé* dans l'affaire *Bouvet* (Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 2017, n° 16-16455, préc.), Cass., c. réexamen, 16 février 2018, n° 17-RDH-002, *Dr. famille* 2018, n° 94, note H. Fulchiron.

Utilisant pour la première fois la possibilité offerte aux plus hautes juridictions d'un Etat partie de demander un avis à la Cour EDH « *sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* », afin de les « *éclairer sur la solution à donner à une affaire pendante devant elles* » (Protocole additionnel n° 16 du 2 octobre 2013 à la Conv. EDH), l'Assemblée plénière demanda à la Cour EDH un avis sur la question de la maternité d'intention²⁹.

Dans son avis du 10 avril 2019³⁰, la Cour EDH valida, pour l'essentiel, la position adoptée par la Cour de cassation depuis l'arrêt du 5 juillet 2017 : pas de « reconnaissance » de la filiation telle qu'établie à l'étranger par transcription sur les registres français de l'état civil, mais « reconstruction » de la filiation par le recours à l'adoption, l'essentiel étant pour la Cour EDH que la filiation reliant l'enfant à son parent d'intention puisse exister en France dès lors que les liens se sont « concrétisés ». Selon la Cour, « *l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention* » : « *ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto – c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé* » (52). D'autres moyens que la transcription peuvent être utilisés pour respecter l'obligation de reconnaître le lien dès lors que, comme l'adoption, ce moyen « *produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger* », i.e. la reconnaissance/établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention.

Il appartient aux États en général, et à la France en particulier, d'apprécier si les moyens mis en œuvre au niveau national répondent aux exigences ainsi fixées³¹.

e). Traduction en droit français

Dans un arrêt rendu le 4 octobre 2019³², l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, au vu de l'avis donné par la Cour EDH, affirma que « *Il se déduit de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la*

²⁹ Ass. plén. 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19053, D. 2020, 228, note P. Deumier et H. Fulchiron, *Dr. famille* 2019, comm. n° 19, note J.-R. Binet, *RTD civ.* 2019, 90, obs. A.-M. Leroyer.

³⁰ CEDH, avis consultatif du 10 avril 2019, n° P16-2018-001, *Dr. famille* 2019, comm. n° 139, note J.-R. Binet, D. 2020, 1084, note H. Fulchiron, *RTD civ.* 2019, 307, obs. A.-M. LEROYER, J. HEYMANN et F. MARCHADIER, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019) », *JDI* 2019, var. 8.

³¹ Par un arrêt CEDH, arrêt du 12 décembre 2019, n° 1462/18 et 17348/18 (*Dr. famille* 2020, comm. n° 24, note H. Fulchiron, *JCP* 2020, 107, note A. Gouttenoire et Fr. Sudre), la Cour EDH valida une seconde fois la position française. Adde CEDH, arrêt du 16 juillet 2020, n° 11288/18, D. c. France, *AJ fam.* 2020, p. 588, note M. Saulier et les arrêts cités *infra*.

³² Ass. plén. 2019, 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19053, D. 2019, p. 2228, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud, *JCP* 2019, 1184, note A. Gouttenoire et Fr. Sudre, *RTD civ.* 2019, p. 817, obs. J.-P. Marguenaud, p. 841, obs. A.-M. Leroyer, *JDI* 2020, n° 8, note J. Heymann et F. Marchadier.

naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'État étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé » (par. 6). L'arrêt qui avait jadis refusé la transcription est donc cassé.

La Cour « *retient, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant* » (par. 16).

Elle rejette, en l'espèce l'adoption, impossible et inopportune. Elle écarte également la possession d'état (sur laquelle les enfants Mennesson fondaient une partie de leur argumentation, et qu'ils avaient pris soin de faire constater par le juge d'instance), non pour des raisons de principe, mais parce qu'elle ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes. Selon la Cour, « *Il résulte de ce qui précède, qu'en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X... consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte* », la transcription s'impose.

L'arrêt de l'Assemblée plénière laissait en suspend trois questions. À partir de quand doit-on estimer que la situation s'est concrétisée ? *Quid* lorsque le parent d'intention refuse de demander l'adoption ? Dans quelles circonstances le juge pourrait-il exercer le contrôle évoqué ?

Soucieuse « *d'unifier le traitement des situations* », la Première chambre civile, par une série d'arrêts du 18 décembre 2019³³, estima nécessaire de faire évoluer sa jurisprudence « *en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil* ».

Selon la Cour :

³³ 1^{re} Civ., 18 décembre 2019, pourvois n° 18-50007, 18-14751 (pour l'AMP) et 18-11815 (pour la GPA), *AJ fam.* 2020, 133, note J. Houssier, *RTD civ.* 2020, 81, obs. A.-M. Leroyer, *JDI* 2020, n° 9, note D. Sindres.

« 5. Aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989, 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.

6. Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

7. Aux termes de l'article 47 du code civil, 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.

8. Il se déduit du deuxième de ces textes, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (avis consultatif du 10 avril 2019), qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'Etat étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé (Ass. plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053, publié, paragraphe 6).

9. Le raisonnement n'a pas lieu d'être différent lorsque c'est un homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger comme « parent d'intention ».

10. La jurisprudence de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, Bull. 2017, I, n° 163, n° 16-16.901 et 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164 et n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 165) qui, en présence d'un vide juridique et dans une recherche d'équilibre entre l'interdit d'ordre public de la gestation pour autrui et l'intérêt supérieur de l'enfant, a refusé, au visa de l'article 47 du code civil, la transcription totale des actes de naissance étrangers des enfants en considération, notamment, de l'absence de disproportion de l'atteinte portée au droit au respect de leur vie privée dès lors que la voie de l'adoption était ouverte à l'époux ou l'épouse du père

biologique, ne peut trouver application lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés.

11. Ainsi, dans l'arrêt précité, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis, au regard des impératifs susvisés et des circonstances de l'espèce, la transcription d'actes de naissance étrangers d'enfants nées à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, qui désignaient le père biologique et la mère d'intention.

12. Au regard des mêmes impératifs et afin d'unifier le traitement des situations, il convient de faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil.

13. Pour ordonner la transcription partielle des actes de naissance de [A] et [B] et rejeter la demande en ce que les actes désignent M. [C] en qualité de parent, l'arrêt retient que ceux-ci ne sont pas conformes à la réalité et que la transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants dès lors que l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt des enfants, de créer un lien de filiation entre ceux-ci et le compagnon de leur père.

14. En statuant ainsi, alors que, saisie d'une demande de transcription d'actes de l'état civil étrangers, elle constatait que ceux-ci étaient réguliers, exempts de fraude et avaient été établis conformément au droit de l'Etat de Californie, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

La Première chambre réaffirma le principe de transcription, pour la mère d'intention³⁴, comme pour le père d'intention³⁵.

Quant aux hypothèses où, la filiation du parent biologique ayant fait l'objet d'une transcription, était demandé au juge de prononcer l'adoption de l'enfant du conjoint, la Cour, dans un arrêt de Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2020, n°19-50042, affirma, dans ligne de sa jurisprudence antérieure, que si l'acte de naissance de l'enfant, qui ne mentionnait que le nom de ce parent, avait été dressé en conformité avec les prescriptions de la loi locale, sans que l'on puisse invoquer une fraude, l'adoption devait être prononcée dès lors que les conditions légales en étaient remplies et qu'elle était conforme à l'intérêt de l'enfant :

□ 1^{re} Civ., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-50042, *AJ fam.* 2020, 664, note J. Houssier.

□ 1^{re} Civ., 18 novembre 2020, pourvoi n° 19-50043 ; 1^{re} Civ., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-17929.

« 8. Aux termes de l'article 16-7 du code civil, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, ces dispositions étant d'ordre public.

9. Cependant, le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

10. Aux termes de l'article 370-3 du code civil, les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant.

11. Aux termes de l'article 345-1, 1°, du même code, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint.

12. Aux termes de l'article 47 du même code, 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.

13. L'arrêt en déduit exactement que le droit français n'interdit pas le prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né à l'étranger de cette procréation lorsque le droit étranger autorise la convention de gestation pour autrui et que l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de tout élément de fraude.

14. Il relève que le recours à la gestation pour autrui par des étrangers, y compris célibataires non résidents, demeurerait possible en Inde lors de la conception en 2010 et de la naissance en 2011 de l'enfant, ce que ne conteste pas le procureur général, qui ne critique que la légalité, au regard du droit indien, de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant, lequel ne fait état que de la filiation paternelle de M. [E] à l'exclusion de toute filiation maternelle.

15. Il ajoute que, si les dispositions de l'article 19 b de la loi indienne de 1886 et de l'article 29 de la loi indienne du 31 mai 1969 n'autorisent pas l'établissement ou l'enregistrement d'un acte de naissance d'un enfant né hors mariage avec la mention d'un père sans celle de la mère, il ressort du guide des bonnes pratiques rédigé en 2005 par le Conseil indien de la recherche médicale et du projet de loi sur les technologies reproductives assistées (ART) de 2008, révisé en 2010, que la situation des enfants nés d'une gestation pour autrui était régie par ces textes, les projets de loi ART de 2008 et de 2010 servant, dans l'attente de leur adoption définitive et de leur promulgation, de lignes directrices pour l'établissement des actes de naissance des enfants nés selon cette méthode d'assistance médicale à la procréation. Il constate que l'application de ces derniers textes par les

juridictions indiennes est confirmée par la décision rendue le 18 novembre 2011 par la Cour de district de Delhi et relève que, selon l'article 35 du projet de loi ART de 2010, « dans le cas d'une femme célibataire, l'enfant sera l'enfant légitime de la femme, et dans le cas d'un homme seul, l'enfant sera l'enfant légitime de l'homme » et que « l'acte de naissance d'un enfant né grâce à l'aide à la procréation assistée doit contenir le nom du ou des parents, selon le cas, qui a demandé une telle utilisation ».

16. Il relève encore que la possibilité de dresser un acte de naissance ou d'enregistrer une naissance en ne faisant mention que de la filiation du père sans celle de la femme ayant accouché est confirmée par la directive adressée le 16 septembre 2011 par le directeur adjoint des services de santé de l'État du Maharashtra au directeur adjoint du service de santé de l'hôpital de Naidu selon laquelle dans le cas de parents d'intention célibataires les certificats doivent être émis en mentionnant leurs noms, qui peut être la mère ou le père mentionnant inconnu pour l'autre nom.

17. Il précise que le procureur général ne saurait se fonder sur les dispositions du projet de loi indienne sur les technologies reproductives assistées de 2014, qui n'était pas applicable au jour de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant, et dont il ne soutient pas que ses dispositions seraient rétroactives.

18. Il en déduit que l'acte de naissance de l'enfant, qui mentionne comme père M. [E] sans faire mention de la gestatrice, a été établi conformément aux dispositions de la législation indienne et qu'il ne saurait donc être reproché au requérant un détournement ou une fraude.

19. Il relève enfin que MM. [M] et [E] versent aux débats le contrat de gestation pour autrui conclu le 29 octobre 2010 entre M. [E], d'une part, Mme [H] et son époux, d'autre part.

20. De ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit que l'acte de naissance de l'enfant avait été régulièrement dressé en application de la loi indienne et qu'en l'absence de filiation maternelle établie en Inde, l'adoption d'[V] par M. [M] était légalement possible. »

f). Affinement de la jurisprudence de la Cour EDH

Dans plusieurs arrêts, la Cour EDH a repris les principes posés dans son avis du 10 avril 2019 et validé des choix faits par la France³⁶. Adde [C. c. Italie \(31 août 2023, n°47196/21\)](#) : l'Italie refusait de reconnaître le lien de filiation établi par l'acte de naissance ukrainien entre l'enfant, né par GPA, son père biologique et sa mère d'intention ; la Cour rappelle que les Etats parties doivent offrir une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et son père d'intention lorsque

³⁶ V. [CEDH, arrêt du 12 décembre 2019, C. et E. c. France, n° 1462/18 et 17348/18](#) ; Cour EDH, 16 juillet 2020, *D. c. France*, *AJ fam.* 2020, p. 588, note M. Saulier ; rapp. 7 avril 2022, n° 13344/20, *A.L. c. France*, préc.

celui-ci est le père biologique de l'enfant ; l'Italie est condamnée car l'enfant a été maintenue à cet égard dans un état d'incertitude prolongée ; quant au lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention, la Cour constate que si la loi italienne ne permet pas la transcription de l'acte de naissance, la voie de l'adoption est ouverte : l'Italie n'a donc pas excédé sa marge d'appréciation (*adde*, déclarant les requêtes irrecevables, *Bonzano et al. c. Italie*, *Modanese c. Italie* et *Nuti et al. c. Italie*, 30 mai 2023, n° [10810/20](#), [29038/20](#) et [2738/21](#)).

Dans l'affaire *Valdis Fjölfnisdottir et al. c. Islande*, du 18 mai 2021³⁷, était en cause le refus de reconnaissance par l'Islande du lien parental entre deux femmes et un enfant, né par GPA, qui n'avait aucun lien biologique avec elles, l'Islande prohibant la GPA. L'enfant avait cependant été confié à la garde du couple. Selon la Cour, bien que la non-reconnaissance ait affecté la vie familiale des requérants, la jouissance de celle-ci était préservée par la pérennisation du régime familial de garde, ce qui a dû permettre d'atténuer nettement l'incertitude et l'angoisse évoquées par les requérants; en outre, l'État défendeur a naturalisé l'enfant, ce qui a eu pour effet de régulariser et de garantir son séjour et ses droits dans le pays; les obstacles réels et pratiques à la jouissance de la vie familiale créés par la non-reconnaissance d'un lien familial semblent donc être limités. Pour elle, la non-reconnaissance d'un lien parental formel, a ménagé un juste équilibre entre le droit des requérants au respect de leur vie familiale et l'intérêt général que l'État avait cherché à préserver en interdisant la gestation pour autrui (protéger les intérêts des femmes susceptibles d'être poussées vers la GPA, ainsi que les droits des enfants à connaître leurs parents naturels) : l'État a donc agi sans excéder la marge d'appréciation qui lui était laissée en la matière.

Avec l'arrêt *S.H. c. Pologne*, du 14 décembre 2021³⁸, la Cour EDH a fait preuve de la même prudence en déclarant irrecevable la requête de deux hommes vivant en Israël qui demandaient à ce que leur enfant, né par GPA, se voie reconnaître *jure sanguinis* la nationalité polonaise de l'un d'eux. Au soutien de la demande était invoqué l'attachement du père à la mémoire des membres polonais de sa famille morts pendant la Shoah et le projet d'une éventuelle émigration en Pologne. Mais la reconnaissance de la nationalité supposait celle de la filiation, à laquelle s'opposait la Pologne qui invoquait la contrariété à son ordre public d'un certificat américain désignant deux hommes comme pères de l'enfant. La Cour EDH estime qu'en l'espèce, ce refus n'affecte en rien la vie privée et familiale de l'enfant et de ses parents, qui tous vivent en Israël où l'enfant est pris en charge sans problème particulier.

Dans l'affaire *D.B. et al. c. Suisse*, du 22 novembre 2022 (n°58817/15 et 58/252/15), un couple d'hommes ayant conclu un partenariat enregistré, avait eu recours à une mère porteuse aux Etats-Unis. Les autorités suisses avaient reconnu le lien de filiation établi par le juge américain entre l'enfant et son père biologique,

□ [CEDH, arrêt du 18 mai 2021, n° 71552/17](#), *AJ fam.* 2021, 497, note J. Houssier, *Dr. famille* 2021, comm., n° 128, note A. Panet-Marre.

□ [CEDH, arrêt du 14 décembre 2021, S.H. c. Pologne, n° 56846/15 et n° 56849/15](#), *Dr. famille* 2021, comm. n° 33, note M. Musson. *Adde* H. Fulchiron, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *D.* 2022, p. 565.

mais pas le lien entre l'enfant et le père d'intention. Selon la Cour, il y a eu violation de l'article 8 dans le chef de l'enfant car à l'époque de la naissance, le droit suisse n'offrait aucune possibilité de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention, le droit suisse n'ouvrant l'adoption qu'aux couples mariés. Selon la Cour, l'impossibilité générale et absolue de faire reconnaître le lien entre l'enfant et son père d'intention pendant un temps significatif (près de huit ans, la Suisse n'ayant ouvert la possibilité d'adopter l'enfant du partenaire enregistré qu'à partir de 2018), avait causé une ingérence disproportionnée dans le droit de l'enfant au respect de sa vie privée. Après avoir rappelé que la gestation pour autrui est contraire à l'ordre public suisse, la Cour estime en revanche qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 dans le chef des deux parents car les difficultés pratiques auxquelles ceux-ci pouvaient se heurter en raison de l'absence de reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention, ne dépassaient pas les limites qu'imposait le respect de l'article 8 Conv. EDH.

La Cour EDH a également manifesté son hostilité à la GPA commerciale. Dans son arrêt *K. et K. et autres c. Danemark*, Cour EDH, 6 décembre 2022, n°25212/21, deux jumeaux étaient nés en Ukraine dans le cadre d'un contrat passé par la mère porteuse et un couple hétérosexuel. La mère d'intention demandait à adopter les enfants, son compagnon étant leur père biologique. Or le droit danois interdit l'adoption lorsque celui qui doit y consentir a été rémunéré. La Cour EDH conclut à la non violation du droit au respect de la vie familiale, les enfants vivant sans entrave avec leurs deux parents. Elle estime également que le droit de la mère d'intention au respect de sa vie privée n'a pas été atteint, dès lors que les autorités internes sont fondées à faire prévaloir l'intérêt public à contrôler la gestation rémunérée sur le droit de la requérante au respect de sa vie privée. Elle retient en revanche la violation du droit des enfants au respect de leur vie privée car les autorités danoises n'ont pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt des enfants et l'intérêt de la société à ce que soient limitées les conséquences négatives de la gestation pour autrui commerciale, s'agissant en particulier de leur situation au regard du droit et de leurs relations juridiques avec la mère d'intention : « *recalling the essential principle according to which, whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount (see, inter alia, Mennesson, cited above, § 81) and that two factors carry particular weight; the primary interests of the child, and the consequently reduced margin of appreciation of the State (see C.E. and Others v. France, cited above, § 100), the Court is not satisfied that the authorities of the respondent State, when refusing to let the second and third applicants be adopted by the first applicant, struck a fair balance between, on the one hand, the specific children's interest in obtaining a legal parent-child relationship with the intended mother, and, on the other, the rights of others, namely those who, in general and the abstract, risked being negatively affected by commercial surrogacy arrangement.* »

Adde A.M c. Norvège, Cour EDH 24 mars 2022, n°30254/18.

g). Réaffirmation de la prohibition de la GPA par le législateur français.

Lors des débats relatifs à la réforme de la loi de bioéthique, le gouvernement souhaita réaffirmer la prohibition de la GPA en brisant la jurisprudence de la Cour

de cassation. Il s'agissait de mettre fin au principe de transcription, et, de restaurer un contrôle judiciaire des GPA pratiquées à l'étranger dans le cadre de la procédure d'adoption qui constituerait la seule voie permettant d'établir la parenté d'intention. Pour y parvenir, le législateur choisit de passer par l'article sur lequel la Cour de cassation avait, précisément, construit sa jurisprudence : l'article 47 du Code civil. Aux termes de ce texte, « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenues, 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* ». Fut seulement ajouté *in fine* : « *Celle-ci [cette réalité] est appréciée au sens de la loi française* » (loi n°2021-1017 du 2 août 2021, art. 7).

La genèse du texte mérite d'être retracée car elle éclaire les débats actuels.

La modification de l'article 47 trouve son origine dans un amendement apporté au projet de loi par la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi au Sénat (*Rapport n°237 (2019-2020) sur le projet de loi relatif à la bioéthique, déposé le 8 janvier 2020*).

Il s'agissait, explicitement, de faire barrage à la dernière jurisprudence de la Cour de cassation qui, selon les auteurs de l'amendement, viderait de sa substance la prohibition de la GPA en France. Serait imposé le passage par l'adoption pour établir le lien de filiation du parent d'intention, la filiation du parent biologique étant quant à elle reconnue de plein droit, conformément aux exigences de la Cour EDH³⁹. Pour certains sénateurs, qui craignaient que l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ne soit le prélude à la consécration d'une GPA « à la française », un tel amendement forcerait le Gouvernement à préciser sa position, alors que jusque-là, il s'était opposé à ce que la GPA soit débattue dans le cadre de la loi de bioéthique. Après l'article 47 serait ajouté un article 47-1 aux termes duquel :

Art. 47-1. – Tout acte ou jugement de l'état civil des Français ou des étrangers fait en pays étranger établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères.

Les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien

³⁹ Cet article 4 *bis* s'inscrivait à rebours de l'article 4 *bis* adopté par l'Assemblée nationale à l'initiative de M. Touraine (amendement n° 1591) avant d'être supprimé par cette même Assemblée dans le cadre d'une seconde délibération, qui prévoyait que tout jugement étranger, rendu antérieurement ou postérieurement à la naissance d'un enfant né dans le cadre d'une convention de GPA conclue dans un État où cette pratique n'est pas expressément interdite, était de plein droit assimilé à un jugement ayant les mêmes effets, en droit français, qu'un jugement d'adoption plénière et le rendait exécutoire. Le rejet de l'amendement s'expliquait par le refus du gouvernement et de sa majorité d'engager un débat sur la GPA à l'occasion de la réforme de la loi de bioéthique.

de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre si celles-ci sont réunies. »

Au cours des débats au Sénat furent proposées d'autres solutions tendant, notamment, à passer par un exequatur des décisions de justice étrangères qui produiraient à l'égard du parent d'intention les effets d'une adoption plénière (cf. Sénat, séance du 23 janvier 2020, art. 4 bis, p. 586 s.). Le gouvernement proposa de son côté d'ajouter seulement à l'article 47 la précision que la « *réalité* » au sens de ce texte « *s'apprécie au regard de la loi française* ». Critiquant le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui ouvrait largement la voie de la transcription pour la parenté d'intention, et rappelant que la Cour EDH avait validé les solutions antérieures, la Garde des Sceaux, Mme Belloubet, expliquait que (*ibid.* p. 591) :

« Le Gouvernement ne peut se résoudre à ce nouvel état du droit, je le dis clairement. En effet, il supprime notamment tout contrôle juridictionnel sur les GPA réalisées à l'étranger. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement vous propose de revenir à la situation antérieure à cette nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. Le passage par la procédure d'adoption me paraît indispensable en ce cas, car seule l'intervention du juge dans le cadre de la procédure d'adoption permet d'opérer un contrôle dans l'intérêt de l'enfant, notamment de s'assurer de l'absence de trafic d'enfants.

Le Gouvernement présente un amendement visant à préciser, à l'article 47 du code civil, que la conformité de l'acte étranger s'apprécie au regard des critères de la loi française.

Concrètement, cela signifie que l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger qui désigne la mère d'intention comme mère n'est pas conforme à la réalité, puisque, en droit français, la mère est celle qui accouche, hors hypothèse de l'adoption.

(...) La solution que nous proposons est à la fois suffisamment large et précise ; elle permet de viser d'autres situations que celle des enfants nés à la suite d'une GPA à l'étranger.

La rédaction qui vous est soumise permet en effet de s'opposer à des transcriptions qui seraient contraires aux règles françaises pour d'autres raisons – on peut penser par exemple aux actes de naissance qui incluent plus de deux parents, hors hypothèse de l'adoption.

L'amendement a pour objet de revenir à la solution antérieurement retenue, à savoir transcription de l'acte de naissance dans l'état civil français pour le père biologique, établissement de la filiation du parent d'intention par l'adoption, sous le contrôle du juge, conformément à la jurisprudence antérieure appliquée par les tribunaux et confortée par la Cour européenne des droits de l'homme; pas plus, pas moins. »

Après de vifs débats, le Sénat adopta l'amendement proposé par la Commission.

Lors de la deuxième lecture devant l'Assemblée nationale, la commission spéciale de l'Assemblée nationale (cf. *Rapport*, Ass. nat., 2^{ème} lecture, art. 4 bis, p. 456 s.), fit observer qu'imposer un passage par l'adoption serait, dans certains cas, contraire aux exigences de la Cour EDH. Tel avait été le cas dans l'affaire *Mennesson*, puisque les parents ne voulaient pas faire une demande d'adoption des enfants du conjoint et que la situation avait duré plus de dix-huit ans : dans une telle situation, la transcription était la seule solution respectueuse de l'article 8 Conv. EDH (cf. Civ. 1^{ère}, 4 octobre 2019, préc.). Certains députés avertirent par ailleurs que l'introduction de dispositions spécifiques réglementant un problème particulier, les conventions de gestation pour autrui, dans un chapitre relatif aux dispositions générales applicables à l'ensemble des actes de l'état civil pourrait être une source d'incohérence et d'illisibilité.

Selon la garde des Sceaux cependant, le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, « fragilise, semble-t-il au Gouvernement, l'interdit de la GPA en France et facilite son recours à l'étranger, au détriment de l'adoption. Ce mécanisme nous inquiète, notamment parce que la Cour de cassation ne vient plus exiger le contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant, avant d'établir la filiation. Elle va interdire de vérifier dans quelles conditions l'enfant a été remis à ses parents d'intention, s'il a bien été issu d'une convention de GPA, s'il n'est pas victime d'un trafic, si la mère porteuse a réellement consenti à se séparer de son enfant et s'il ne s'agit pas, en réalité, d'un contournement des règles de l'adoption internationale. Il nous semble que le système qui découle de la dernière jurisprudence laisse trop d'incertitudes par rapport à l'intérêt de l'enfant. » Mme Belloubet soulignait par ailleurs qu'une proposition de loi était en cours d'élaboration⁴⁰, qui ouvrirait l'adoption à tous les couples, ce qui donnerait à tous les parents d'intention la possibilité de recourir à l'adoption pour établir leur filiation. Un amendement porté par la Présidente de la Commission proposa la suppression de l'article 47-1 et reprit la modification de l'article 47 telle qu'elle avait été soumise au Sénat par le Gouvernement.

L'article 47 serait donc ainsi modifié :

« 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. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française. »

C'est ce texte qui, après de longs débats, au cours desquels le nouveau garde des Sceaux, M. Dupont Moretti, réaffirma l'opposition du gouvernement à la GPA en soi tout en rappelant qu'il fallait assurer la protection des enfants nés à l'étranger, fut voté par l'Assemblée (A.N., première séance du 31 juillet 2020).

⁴⁰ Cf. la loi n°2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption

En deuxième lecture au Sénat, la Commission spéciale rétablit le texte voté en première lecture (*Rapport* n°280, déposé le 19 janvier 2021). Lors des débats en séance (séance du 3 février 2021), le garde des Sceaux sembla même se rallier à la proposition des sénateurs : « *Le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, au mois de décembre 2019, a soustrait les GPA réalisées à l'étranger de tout contrôle du juge. Il est donc nécessaire de rétablir ce contrôle, et ce avant l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention. Pour ce faire, la procédure d'adoption est tout à fait adaptée et ne pénalise en rien l'enfant. Cette solution a d'ailleurs été jugée équilibrée par le Conseil d'État et a été validée par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans un arrêt tout à fait récent du 16 juillet 2020. Il est absolument indispensable de conserver un contrôle sur les conditions dans lesquelles l'enfant a été remis à ses parents d'intention. L'enfant est-il bien issu d'une convention de GPA ? N'est-il pas victime d'un trafic d'enfants ? La mère a-t-elle réellement consenti à se séparer de son enfant ? Dans quelles conditions ? Qui va contrôler qu'il ne s'agit pas en réalité d'un contournement des règles de l'adoption internationale ? Permettre une transcription automatique prive l'enfant de tout contrôle par un juge des conditions de sa naissance et de sa remise.* » Mais il se prononça finalement en faveur de la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale car elle serait plus souple et permettrait la transcription.

La commission mixte paritaire ne put parvenir à un accord sur cette question (*Rapport de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la bioéthique*, AN n°3891, Sénat n°371, février 2021). Dès lors, les positions se figèrent à l'Assemblée nationale (cf. le *Rapport de la commission spéciale* n°4222, déposé le 3 juin 2021 et les débats de la première séance du 9 juin 2021 qui opposèrent ceux qui souhaitaient en rester à la solution retenue par la Cour de cassation, les partisans d'un passage par l'adoption et les défenseurs d'une nouvelle rédaction de l'article 47), comme au Sénat (cf. le *Rapport de la commission spéciale*, n°683 (2020-2021) déposé le 15 juin 2021 et les débats de la séance du 24 juin 2021).

Ce fut donc le texte dans la version soutenue par l'Assemblée nationale qui l'emporta (séance du 29 juin 2021), avec la nouvelle rédaction donnée à l'article 47 du code civil.

Le système mis en place a fait l'objet de critiques⁴¹. Il amalgamerait les questions de force probante et de transcription des actes étrangers de l'état civil, et mélangerait vérification des données figurant dans l'acte de l'état civil et contrôle de l'état des personnes tel qu'il est construit à partir de ces données. Il serait également problématique au regard des raisonnements de droit international privé car rien ne dit que la filiation soit soumise à la loi française : or, c'est par rapport à cette loi que l'on est désormais censé apprécier la réalité de l'acte de naissance. De

⁴¹ V. C. Bidaud, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35 et s.

plus, il été fait observé que depuis la loi du 2 août 2021, la mère, au sens du droit français, n'est pas forcément celle qui accouche : lorsqu'un projet parental est porté par deux femmes, l'acte de naissance mentionnera deux femmes comme mères, la maternité de l'une étant établie par application de la règle *mater semper certa*, et celle de l'autre par la reconnaissance conjointe anticipée. La maternité d'intention pourrait donc être considérée comme une « réalité » au sens du droit français.

h). Projet de Code de DIPrivé

Le projet de Code de DIPrivé propose une solution originale..

Abonnant la transcription de l'acte de naissance étranger, l'exequatur du jugement étranger établissant la filiation, l'adoption ou les raisonnements qui auraient pu être construits sur la reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger (cf. l'article 5 du projet), l'article 63 du projet propose que la filiation soit établie judiciairement par le juge français appliquant la loi du pays dans lequel la GPA a été réalisée :

« Lorsqu'une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui a été conclue dans un Etat qui l'autorise, la filiation de l'enfant qui en est issu peut être établie par le juge selon la loi de cet Etat, si une partie en fait la demande. Le juge s'assure au préalable que la convention a été conclue et exécutée dans le respect des dispositions du droit de l'Etat en cause. Conformément au principe de proportionnalité, il tient compte des buts poursuivis, des intérêts en présence et notamment de l'intérêt de l'enfant, ainsi que des effets de l'application de cette loi dans l'ordre juridique français. »

Le juge serait ainsi appelé à exercer un triple contrôle : contrôle de ce que la GPA a été réalisée dans le respect des règles posées par le droit étranger ; contrôle de proportionnalité avec mise en balance des intérêts en présence (est ce que le refus de permettre l'établissement de la filiation porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant et/ou de la vie familiale de l'enfant et de ses parents ?), étant entendu que dans cette balance des intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant pèsera d'un poids particulier ; contrôle, enfin, « des effets » « *de l'application de cette loi dans l'ordre juridique français* », ce qui renvoie aux conditions d'une GPA éthique⁴².

i). Exigences du droit de l'Union

⁴² Sur cette proposition, cf. H. Fulchiron, in « Table ronde sur les règles de DIPrivé de la famille », in *Le projet de Code de DIPrivé*, colloque organisé par la Comité français de droit international privé, *Travaux du Comité français de DIPrivé*, 2020-2022, éd. Pédone, à par., disponibles sur le site du Comité français de DIPrivé.

En toute hypothèse, il convient de respecter les exigences du droit de l'Union.

Dans l'affaire *V.M.A c./ Stolichma obshtina « Pancharevo*⁴³ » il s'agissait d'un enfant né par AMP dans un couple de femmes, mais ses enseignements vaudraient pour un enfant né d'une mère porteuse. En l'espèce, l'acte de naissance espagnol de l'enfant mentionnait les deux femmes en qualité de mères. L'une d'elles, étant de nationalité bulgare, souhaitait obtenir pour l'enfant un document d'identité bulgare ; mais pour cela, il lui fallait obtenir un acte de naissance délivré par les autorités bulgares, ce qui lui fut refusé au motif qu'il n'était pas possible en droit bulgare de mentionner dans un acte de naissance une filiation à l'égard de deux parents de même sexe, sans toutefois que les autorités bulgares contestassent la nationalité de l'enfant. Dans la droite ligne de l'arrêt *Coman*⁴⁴, la CJUE se place uniquement sur le plan de la liberté de circulation : l'enfant, citoyen européen, doit pouvoir exercer cette liberté et pour cela, obtenir les documents nécessaires. Selon la Cour, un État membre ne peut y opposer son ordre public, étant entendu qu'il ne s'agit pas d'obliger un État membre à reconnaître, de façon générale, la filiation de l'enfant et moins encore de le contraindre à admettre en droit interne la parenté de personnes de même sexe, mais seulement de permettre à l'enfant d'exercer les droits et libertés qui lui sont reconnues par le droit de l'Union.

A l'occasion des discussions sur la révision de la Directive 2011/36 du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, le Parlement européen a inscrit « l'exploitation de la GPA » parmi les crimes qui doivent être poursuivis au titre de la prohibition de la traite des êtres humains (*Résolution législative du Parlement européen du 23 avril 2024 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes* (COM(2022)0732 – C9-0431/2022 – 2022/0426(COD))). Selon le considérant 6 de la Résolution : « *L'exploitation de la gestation pour autrui, du mariage forcé ou de l'adoption illégale peut déjà relever du champ d'application des infractions relatives à la traite des êtres humains définies dans la directive 2011/36/UE, dans la mesure où tous les critères constitutifs de ces infractions sont remplis. Toutefois, compte tenu de la gravité de ces pratiques et afin de lutter contre l'augmentation constante du nombre et de l'importance des infractions liées à la traite des êtres humains commises à des fins autres que l'exploitation sexuelle ou l'exploitation de main d'œuvre, il convient d'inclure l'exploitation de la gestation pour autrui, du mariage forcé ou de l'adoption illégale dans les formes d'exploitation visées dans ladite directive, dans la mesure où les éléments constitutifs de la traite des êtres humains sont réunis, y compris le critère des moyens. Plus particulièrement, en ce qui concerne la traite aux fins de l'exploitation de la*

□ [CJUE, grde ch., 14 décembre 2021, n° C-490/20](#), *AJ fam.* 2022, 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; H. Fulchiron « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », art. préc.

□ [CJUE, 5 juin 2018, n° C-673-16](#), *Coman et alii*, D. 2018, 1674, note H. Fulchiron et A. Panet, *AJ fam.* 2018, 404, note G. Kessler, *Rev. crit. DIP* 2018, note P. Hammje, *RTD eur.* 2018, 673, note E. Pataut.

gestation pour autrui, la présente directive cible les personnes qui forcent les femmes à être mères porteuses ou qui les amènent à agir ainsi par la ruse. Les modifications apportées à la directive 2011/36/UE par la présente directive sont sans préjudice des définitions du mariage, de l'adoption, du mariage forcé et de l'adoption illégale, ou des infractions y afférentes autres que la traite, lorsque le droit national ou international le prévoit. Ces règles sont également sans préjudice des règles nationales en matière de gestation pour autrui, y compris du droit pénal ou du droit de la famille⁴⁵. »

Serait prohibée « l'exploitation de la GPA » et non la GPA elle-même, qui, lorsqu'elle n'est pas rémunérée, est autorisée dans plusieurs Etats membres (cf. *infra*). Le processus de négociation entre le Parlement et la Commission est en cours.

S'appuyant sur cette proposition, certains députés et sénateurs français envisageraient de déposer une proposition de loi inscrivant dans la constitution la prohibition de la GPA en France et demandant que la France œuvre à son interdiction internationale.

j). Vers un instrument de coopération internationale ?

Pour mettre fin aux incertitudes et aux divergences, il a été proposé de construire un instrument sur le modèle de la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale : seraient fixés un certain nombre de principes tendant à encadrer la pratique de la GPA, sur la question du consentement de la mère porteuse, sur l'encadrement de son indemnisation, sur l'agrément des organismes habilités à pratiquer la GPA, etc. Ces éléments de base conditionneraient la reconnaissance et par conséquent la circulation des situations créées, chaque État restant libre de définir les conditions de cette circulation (reconnaissance du lien de filiation tel qu'établi à l'étranger, reconstruction de ces liens selon les règles du droit national concerné, ou, *a minima*, prise en charge des enfants par le couple d'intention⁴⁶).

La Conférence de La Haye de droit international privé travaille sur la question, malgré les réticences de certains États membres, hostiles à toute reconnaissance, directe ou indirecte de la gestation pour autrui⁴⁷.

Le Rapport final du groupe d'experts qui, de 2016 à 2022, a réfléchi à la *Faisabilité*

⁴⁵ L'article 2 de la directive modifiée disposerait que « *L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, y compris la mendicité, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude, ou l'exploitation d'activités criminelles, ou le prélèvement d'organes, ou l'exploitation de la gestation pour autrui, du mariage forcé ou de l'adoption illégale.* »

□ V. H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif, vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014, var. 2

□ Les travaux des différentes sessions de travail sont disponibles sur le site internet de la Conférence.

d'un ou plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation (Rapport final, novembre 2022), préconise la création de deux instruments distincts (une convention sur la filiation et un protocole sur la filiation résultant d'une convention de GPA internationale), compte tenu des approches divergentes des Etats intéressés sur la question de la GPA en général et de la GPA internationale en particulier, une « convention de GPA internationale » s'entendant d'une convention de GPA « *dans laquelle la mère porteuse / personne porteuse réside habituellement dans un État et le ou les parents d'intention dans un autre et dans laquelle l'intention est que l'enfant quittera son État de naissance pour déménager dans l'État de résidence habituelle du ou des parents d'intention.* »

S'agissant des filiation sur GPA établies par un jugement (le Groupe de travail a fait le choix de se concentrer sur la reconnaissance des décisions judiciaires sur la filiation parce que cette piste semblait offrir de meilleures perspectives de faisabilité), le Groupe de travail a opté pour une approche *a posteriori* qui permettrait la reconnaissance de plein droit des décisions établissant la filiation, sous réserve des motifs traditionnels de refus : l'ordre public en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, la fraude et les autres questions de procédure (par ex. notification d'une procédure et possibilité d'être entendu pour le défendeur, possibilité d'être entendu pour l'enfant).

Il est proposé d'y ajouter un certain nombre de garanties et normes qui assureraient la conciliation entre continuité de la filiation et respect des droits humains des personnes concernées :

1/. consentement des personnes intéressées :

- consentement de la mère porteuse / personne porteuse (et du partenaire) à la GPA, donné avant la conception de l'enfant ; consentement à renoncer au lien de filiation avec l'enfant, donné avant ou après la naissance ;
- consentement du ou des parents d'intention, donné avant la conception de l'enfant ; consentement à assumer la filiation à la naissance de l'enfant.

2/. capacité et aptitude de la mère porteuse / personne porteuse en vertu de la loi de l'État d'origine ; capacité et aptitude du ou des parents d'intention en vertu de la loi de l'État d'origine.

3/. lien génétique : lien génétique de l'enfant avec au moins un des parents d'intention ; et / ou mère porteuse / personne porteuse n'ayant pas servi à concevoir l'enfant.

4/. conception de l'enfant : conception de l'enfant par PMA, toute procédure médicale en vertu de la convention de GPA internationale intervenant dans l'État d'origine.

5/. convention de GPA : convention de GPA internationale soumise à la loi de l'État d'origine et régie par celle-ci, la GPA étant expressément autorisée dans l'État où elle intervient au moment où la convention est conclue et signée ; convention de GPA écrite ne limitant pas les droits de la mère porteuse / personne porteuse à se déterminer pleinement et librement et ne pénalisant pas la mère porteuse / personne porteuse si elle révoque son consentement ; non exécutoire ni

exécutée, pour les parties qui concernent l'établissement ou le transfert de la filiation ; indiquant que le ou les parents d'intention assumeront la charge financière de l'enfant à la naissance ; identifiant les intermédiaires éventuels ; et précisant tous les frais et dépenses.

6/. établissement de la filiation : filiation valablement établie en vertu de la loi applicable de l'État d'origine.

7/. aspects financiers : paiement ou non de la mère porteuse / personne porteuse outre le remboursement de ses frais ; absence de profit matériel indu tiré des activités liées à une convention de GPA internationale et caractère raisonnable et proportionné des paiements aux intermédiaires et à la mère porteuse / personne porteuse.

8/. intermédiaires : réglementation et supervision des activités des intermédiaires par les autorités compétentes de l'État d'origine.

9/. origines de l'enfant : collecte, conservation, accès de l'enfant aux informations relatives à ses origines (mère porteuse / personne porteuse, donneur de gamètes, parent(s) d'intention, historique de la gestation de l'enfant et antécédents médicaux des parents génétiques de l'enfant).

Ces garanties et normes, ou certaines d'entre elles, pourraient figurer :

- au titre des conditions de la reconnaissance (la filiation de l'enfant étant reconnue de plein droit si elles sont satisfaites),

- de motifs de refus de la filiation (de sorte que dans chaque affaire, la filiation de l'enfant valablement établie serait reconnue de plein droit mais que l'État requis pourrait refuser cette reconnaissance si ces garanties/normes n'ont pas été respectées),

- ou d'obligations générales auxquelles s'engageraient les Etats parties à la convention, celle-ci prévoyant dès lors un nombre limité de cas de refus de reconnaissance.

Le Groupe de travail a également envisagé la création d'un formulaire en plusieurs langues facultatif accompagnant les décisions judiciaires afin de faciliter leur lisibilité, voire d'un certificat attestant le respect dans l'État d'origine des garanties/normes uniformes ou du cadre juridique applicable, y compris pour l'établissement de la filiation.

Sur la base de ces travaux, un groupe de travail sur la filiation/gestation pour autrui réfléchit à l'élaboration d'un instrument ou à deux instruments sur les questions de DIPrivé relatives à la filiation en général et sur la filiation résultant d'une convention de gestation pour autrui internationale (cf. le compte rendu de la Deuxième réunion du groupe, Document préliminaire n°1, avril 2024).

4.2. La GPA en droit comparé

4.2.1. Diversité des législations sur la GPA

Les pays sont très divisés sur la question⁴⁸. Certains prohibent la GPA comme la France : tel est le cas, par exemple, de l'Allemagne, de l'Espagne, de la Suisse, de l'Italie ou de la Chine. D'autres ont tenté de l'encadrer juridiquement, notamment Israël, la Grèce, l'Angleterre, le Danemark, le Portugal, la Nouvelle-Zélande, l'Australie (du moins au niveau des États), la Russie, la Géorgie, l'Ukraine, l'Afrique du Sud, certains États des États-Unis et certaines provinces du Canada, notamment l'Ontario ou, tout récemment, le Québec⁴⁹. Cet encadrement peut être plus ou moins strict, qu'il s'agisse de l'accès à la GPA (réservé par exemple aux couples mariés hétérosexuels ou tout au moins aux couples hétérosexuels⁵⁰ ou ouvert à tous les couples, conditionné à l'existence de certaines pathologies⁵¹, soumis à l'exigence de l'apport de ses gamètes par au moins un des parents d'intention, etc.), de la possibilité pour la mère gestatrice d'être également la mère génitrice, du processus à suivre (depuis les consentements initiaux jusqu'à la construction des liens juridiques entre l'enfant et le couple d'intention⁵²) et, surtout, des contreparties ou rémunérations⁵³, même si la distinction entre GPA « altruiste » et GPA « commerciale » n'a rien d'évident⁵⁴. Au Canada, la législation fédérale a criminalisé les contrats de mère porteuse avec rémunération, ainsi que la rémunération d'un intermédiaire pour l'obtention des services d'une mère porteuse ; les contrats dits « altruistes » ne sont pas directement reconnus, la question de leur validité relevant de la compétence provinciale⁵⁵.

Enfin, certains pays ne disposent pas d'encadrement légal, même si la GPA s'y

⁴⁸Pour une étude de la GPA en droit comparé, v. not. les travaux de la Conférence de DIP de La Haye sur l'opportunité d'élaborer un instrument sur le modèle de la convention relative à l'adoption internationale (travaux disponibles sur le site de la Conférence).

⁴⁹ L12 LQ 2023, c. 13

⁵⁰Tel est le cas par exemple en Russie, au Portugal, en Grèce, en Ukraine et (théoriquement) en Inde. Une loi thaïlandaise de février 2015 a interdit le recours à une mère porteuse thaïlandaise pour les couples de même sexe ou les couples étrangers.

⁵¹Au Portugal par exemple, seules les femmes qui ne peuvent porter leur enfant faute d'utérus ou en raison de certains dysfonctionnements de cet organe peuvent recourir à la GPA.

⁵² L12 LQ 2023, c. 13

⁵³En Angleterre, les sommes versées à la mère porteuse par les parents d'intention s'élèvent en général entre 10 000 livres et 15 000 livres. L'entremise des *surrogacies agencies* est autorisée dès lors qu'elle est gratuite (seule une participation financière modique est admise). En Grèce, le plafond de l'indemnité est fixé à 10 000 euros. L'Afrique du Sud prohibe également la gestation commerciale. Aux États-Unis, la compensation se monterait entre 15 000 et 25 000 dollars mais le coût pour les parents, prenant en compte le fait que plusieurs tentatives sont souvent nécessaires, irait jusqu'à 120 000 dollars, voire aujourd'hui le double. Au Portugal, toute rétribution ou compensation est interdite, à l'exception du défraiement des dépenses occasionnées par la grossesse.

⁵⁴ Si l'on se réfère aux sites (parfois très complets) qui existent sur internet, le coût d'une GPA aux États-Unis varierait entre 80 000 et 240 000 euros, 100 000 et 110 000 euros au Canada (pour une GPA par définition « altruiste »), 60 000 à 80 000 euros en Russie, 50 000 à 60 000 euros en Ukraine, 20 000 à 30 000 euros en Inde (la mère porteuse ne touchant qu'une petite partie de la somme – mais celle-ci peut représenter pour elle plusieurs années de salaire), etc.

⁵⁵ L12 LQ 2023, c. 13

développe, soit qu'ils réfléchissent à une législation en ce domaine, soit qu'ils confient aux instances médicales nationales le soin de fixer les principes qui doivent encadrer ces pratiques (v. les Pays-Bas), soit qu'ils laissent aux organismes qui offrent, techniquement, l'accès à la GPA, toute liberté pour s'autoréguler (en Belgique, en Hongrie, en Irlande ou dans certaines provinces du Canada), soit qu'ils n'aient pas encore eu l'occasion d'intervenir en la matière, soit, enfin, qu'ils préfèrent s'abstenir, au risque de voir se développer des pratiques de GPA purement « commerciales » ...

4.2.2. Modes d'établissement de la filiation d'un enfant né dans la cadre d'un contrat de GPA

A l'occasion des pourvois sous examen, le Service de documentation, des études du rapport de la Cour de cassation s'est livré à d'importantes recherches en droit comparé, en s'intéressant notamment aux pays de l'Union et aux pays concernés par les différents dossiers soumis à la Cour. Il apparaît que dans certains pays, la filiation des enfants nés d'un contrat de GPA est établie par l'effet de la loi. Dans d'autres, elle suppose un jugement qui est ensuite transcrit dans l'acte de naissance. Les différentes législations seront présentées sous forme synthétique.

a). établissement par l'effet de la loi

Dans certains pays, ont été élaborées des règles propres à la GPA ; dans d'autres, la filiation est établie par application du droit commun.

1/. Premier système. Règles propres à la GPA permettant l'établissement de la filiation par l'effet de la loi

- *Ukraine* : la GPA suppose un embryon formé des gamètes des deux époux commanditaires. La filiation est établie par l'effet de la loi : les deux époux commanditaires sont considérés comme les parents de l'enfant. Lors de l'enregistrement de l'enfant à l'état civil, les époux doivent présenter, outre le certificat de naissance de l'enfant avec indication du nom de la mère porteuse qui a accouché, une déclaration de celle-ci consentant à l'enregistrement des époux en tant que parents et un certificat de parenté génétique entre les parents et le fœtus.

- *Ontario* : le lien de filiation est établi sur la base de la convention dès lors que la mère porteuse a donné son consentement par écrit dans un délai de 7 jours après la naissance de l'enfant (si elle ne donne pas son consentement, les parties iront devant le juge).

La loi de l'Ontario admet un projet parental construit par plus de deux parents, avec établissement, en conséquence, de liens de filiation. Dans l'hypothèse où lien de filiation est établi à l'égard de plus de quatre parents, il faut passer par un juge.

- *Québec* : la loi du 31 mai 2023 prévoit l'établissement de la filiation par l'effet de la loi (après une période transitoire), sur la base de la convention de GPA, le consentement de la mère porteuse étant donné après la naissance de l'enfant : la filiation est réputée établie exclusivement à l'égard de la personne seule ou des

conjointes ayant formé le projet parental.

Le droit québécois prévoit des règles particulières pour les GPA pratiquées hors Québec, une décision judiciaire étant alors nécessaire (cf. *infra*).

2/. Second système. Pas de réglementation spéciale, application du droit commun

Tchéquie : l'établissement de la filiation passe par les règles de droit commun et par l'adoption

Belgique : pour le père biologique, la filiation est établie par reconnaissance ; pour la mère d'intention et pour le père d'intention, par adoption (mais si le nom de la femme qui a donné naissance à l'enfant n'est pas mentionné dans l'acte de naissance, la mère d'intention peut reconnaître l'enfant) ; si la mère porteuse est mariée, le mari est présumé être le père de l'enfant et il faudra que le père biologique conteste la paternité légale.

Le Comité consultatif d'éthique belge critique cependant l'usage de l'adoption qui ne serait pas la méthode appropriée car les finalités en sont différentes : la GPA concerne un enfant à naître et la parenté fondée sur le projet parental, ce qui appelle plutôt un établissement conjoint de la filiation à la naissance.

b). établissement de la filiation par une décision (jugement ou décision administrative)

- *Québec* : il faut une décision judiciaire lorsque la mère porteuse n'est pas domiciliée au Québec : le juge vérifie qu'ont été respectées les règles prévues par la loi locale et par la loi québécoise.

- *Californie* : la filiation est établie par une décision judiciaire avant ou après la naissance, sur la base de la convention de GPA.

- *Géorgie* : le juge prend une ordonnance de filiation pré ou post natale

Il convient de souligner que la loi géorgienne considère le transfert d'un embryon d'une personne à une autre comme une adoption, avec un mécanisme de renonciation aux droits sur l'embryon au profit d'un parent d'intention bénéficiaire avant le transfert ; le parent d'intention bénéficiaire peut introduire une requête pour obtenir une ordonnance d'adoption ou de filiation, avant ou après la naissance de l'enfant sur présentation d'un contrat écrit entre chacun des bénéficiaires ou d'une renonciation aux droits sur l'embryon (si l'embryon a été créé avec les gamètes d'un donneur, ont déjà abandonné leurs droits et leur consentement à la renonciation à l'embryon n'est pas requis). L'enfant est présumé l'enfant légal du parent d'intention bénéficiaire.

4.2.3. Accueil de la filiation des enfants nés à l'étranger grâce à une gestation pour autrui

Sur cette question, le Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation a également réalisé d'importantes recherches de droit international privé comparé. Pour en synthétiser les résultats, on distinguera les pays qui prohibent, dans leur droit interne, la GPA et ceux qui la réglementent ou qui l'admettent sans la réglementer (cf. *supra*).

a). pays de prohibition :

1/. accueil des décisions étrangères relatives la filiation

Il existe trois grandes options.

- Option 1 : pas de reconnaissance intégrale des décisions étrangères dès lors qu'elles comportent la mention d'un parent d'intention sans lien biologique avec l'enfant. Seul le père biologique peut obtenir la reconnaissance du lien de filiation. Pour la mère d'intention, il faut passer par l'adoption (*Suisse, Italie*)

Rappr. *la Finlande* : principe de reconnaissance des décisions étrangères rendues en matière de filiation, sous réserve de l'ordre public apprécié au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant ; pour le père biologique, reconnaissance du lien de filiation ; pour la mère d'intention, pas de reconnaissance de la décision qui la mentionne comme mère à moins qu'elle n'entretienne des liens étroits avec le pays où GPA a été pratiquée (il s'agit d'éviter le tourisme procréatif), l'adoption étant possible en dernier recours.

- Option 2. contrôle de la décision étrangère par le juge ; pour la mère d'intention il faut passer par l'adoption (*Espagne*)

- Option 3. reconnaissance intégrale de la décision lorsque l'un des parents a un lien biologique avec l'enfant, sans qu'il soit nécessaire pour le parent d'intention de passer par l'adoption (*Allemagne*)

2/. accueil de l'acte de naissance étranger

- Option 1 : reconnaissance de la filiation du père biologique, et pour la parenté d'intention, adoption (*Danemark*, qui prévoit que l'adoption ne peut être prononcée en cas de gestation pour autrui commerciale, mais sous réserve de l'article 8 Conv. EDH)

Rappr. *Allemagne* (mais une réforme est en préparation) qui raisonne en termes de conflits de lois : si la loi désignée ne permet pas l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention, comme c'est le cas du droit allemand (*mater semper certa*), celui-ci doit se tourner vers l'adoption.

- Option 2 : pas de transcription du tout (*Italie*, mais condamnation par la Cour EDH, 31 août 2023, *C. c. Italie*, n°47196/21, préc. : selon la Cour, le droit interne doit offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique, une

obligation de diligence pesant sur les Etats ; pour le parent d'intention, pas de violation si la voie de l'adoption est ouverte.

- Option 3 : le père biologique doit reconnaître et la mère d'intention doit adopter (*Suisse*).

b). pays réglementant ou admettant la GPA

NB. Aux *Pays-Bas*, une réforme est en cours. Le projet de loi prévoit la reconnaissance dans les cas suivants :

- il est établi que l'enfant est génétiquement lié à au moins l'un des parents d'intention
- les informations relatives à la filiation de l'enfant sont disponibles pour être incluses dans le registre d'état civil
- il existe une décision de justice qui sous- tend l'acte de naissance étranger de l'enfant
- dans la mesure où la parentalité des parents d'intention était connue avant la naissance, la mère a eu la possibilité, après la naissance, de saisir les tribunaux pour contester la parentalité.

1/. accueil des décisions étrangères relatives à la filiation

- *application des règles du droit commun de la reconnaissance des décisions étrangères*, ce qui pose notamment le problème de l'ordre public (*Tchéquie*, qui distingue selon que l'une des parties avait ou non la nationalité tchèque à l'époque des faits)

Tchéquie : selon la Cour constitutionnelle, la conformité à l'ordre public doit être examinée au cas par cas, contrariété si la mère porteuse a fait l'objet d'une exploitation ou d'un traitement inhumain

Belgique : en principe, application du droit commun de l'exequatur (cf. not. le respect de l'ordre public en matière internationale et absence de fraude) ; mais la jurisprudence est favorable à la reconnaissance de la filiation des deux parents au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (même en cas de fraude consistant à aller à l'étranger pour constituer une situation destinée à être importée en Belgique où n'aurait pu y être créée). Le père d'intention n'a pas besoin de passer par l'adoption.

2/. accueil des actes étrangers de l'état civil

Belgique : application des règles relatives à la reconnaissance des actes authentiques étrangers, avec trois conditions de fond prévues par le code DIPrivé : contrôle de la loi appliquée, absence de fraude à la loi et absence de contrariété à l'ordre public (qui cède devant l'intérêt supérieur de l'enfant). En pratique, il y a reconnaissance immédiate et intégrale des actes de naissance étrangers, même si le nom de la mère porteuse n'est pas indiqué dans l'acte.

4.3. Reconnaissance en France des décisions étrangères relative à la filiation

Il convient d'exposer les règles générales applicables aux décisions étrangères relatives à la filiation en général, et aux décisions prononçant une adoption en particulier. En effet, bien que le jugement californien en cause dans le dossier ne soit pas un jugement d'adoption, et qu'il n'ait pas été exequaturé en tant que tel par la cour d'appel de Paris, il est demandé qu'il produise les effets d'une adoption plénière : il est donc utile de rappeler, à titre de comparaison, les conditions dans lesquelles les deux types de décisions sont reconnues en France.

4.3.1. Des décisions étrangères relatives à la filiation, en général

Depuis l'arrêt *Hainard* (Req. 3 mars 1930, S. 1930, 1, 377, note J.P. Niboyet), il est admis que « *Les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où les jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes* ». La solution s'applique en matière de filiation (cf. J. Foyer, *Répertoire Dalloz de droit international*, V° *Filiation*, n°201 et réf. cit.). On parle « d'efficacité substantielle » de la décision étrangère, entendue comme « *la réalisation de la portée d'une décision (qui) se produit de plein droit, par la seule opération de la loi, sans intervention des destinataires de la décision, ni de la puissance publique appelée à vaincre la résistance de ceux-ci* » (cf. J. Foyer, art. préc., n°202, citant Holleaux). Les décisions étrangères « *se trouvent donc immédiatement reconnues dès lors qu'elles remplissent les conditions de régularité internationale, avant même que leur régularité ait été vérifiée, (...) mais cette régularité immédiate est naturellement un peu fragile puisqu'elle suppose une régularité internationale de la décision dont on n'est pas encore assurée* » (*ibidem*). Un contrôle de régularité peut être effectué, soit pour contester celle-ci, soit pour la faire constater, à titre incident ou à titre principal, l'action pouvant être intentée par toutes personnes qui y ont intérêt et par le ministère public. Ce contrôle est soumis aux conditions de l'exequatur, telles qu'elles ont été définies par l'arrêt *Munzer* (Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964, Grands arrêts du DIPrivé, n°41 et réf. cit.), et telles qu'elles sont aujourd'hui fixées par l'arrêt *Cornelissen* (1^{ère} Civ., 20 février 2007, pourvoi n°05-14082, Bull. civ., I, n°68), aux termes duquel : « *pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi* » (l'arrêt *Gazprombank* (1^{ère} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n°11-10588), vise plus généralement l'absence de fraude).

En application des principes de l'arrêt *Heinar*, et en vertu de l'efficacité substantielle qui leur est reconnue, la jurisprudence a posé en principe que les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes en général et à la filiation en particulier pouvaient être mentionnés sur les registres français de l'état civil indépendamment de toute déclaration d'exequatur (1^{ère} Civ., 29 mars 1989, pourvoi n°87-12399 ; *adde*, dans le même sens, CE, 23 décembre 2011, n°328213).

Comme le souligne 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 (NOR:JUSC1119808C, par. 374), *« le terme « jugement » ne doit pas être pris en un sens littéral. Ainsi, la règle dégagée par la jurisprudence s'applique également à toute décision relative à l'état des personnes, quelle que soit la nature judiciaire, administrative ou religieuse de l'autorité étrangère qui l'a rendue, sous réserve qu'elle soit habilitée à statuer en la matière au nom de l'Etat étranger »*.

En pratique cependant, l'exequatur sera la clef de la transcription, soit que les parents, pour s'assurer de celle-ci, demandent l'exequatur préalable de la décision, soit que les autorités chargées de la transcription la refusent en contestant la régularité internationale de la décision étrangère ou qu'elles exigent préalablement que la décision soit soumise à un contrôle judiciaire. En toute hypothèse, l'officier de l'état civil ne peut transcrire la mention d'une décision, prononcée à l'étranger, dans les registres français de l'état civil, qu'après avoir reçu des instructions du procureur de la République sous le contrôle duquel il exerce (Circulaire n°2011-11 du 30 novembre 2011 précitée, n°379). Le parquet doit procéder, d'une part, à la vérification de la régularité et de l'opposabilité de la décision étrangère qui lui est soumise, d'autre part, à la qualification en droit français de la décision (*ibidem*).

Il se peut aussi que la transcription soit effectuée, mais qu'elle soit contestée par le ministère public qui engagera alors une action en inopposabilité de la décision étrangère.

Le plus souvent, ce n'est pas le jugement dont la transcription est demandée, mais l'acte d'état civil étranger dressé sur la base du jugement étranger établissant la filiation. La jurisprudence a pu refuser cette transcription au motif que le jugement sur la base duquel l'acte avait été dressé, ne pouvait produire d'effet en France. cf. 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-66486, D. 2011, p. 1522, D. Berthiau et L. Brunet, Rev. crit. DIP 2011, p. 722, note P. Hammje :

« Mais attendu 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 ;

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 ; qu'une telle rectification, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît, ni

ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, 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 ; que le moyen n'est pas fondé. »

4.3.2. Des jugements étrangers d'adoption en particulier

Comme on l'a souligné à plusieurs reprises dans ce rapport, le jugement étranger dont l'exequatur a été demandé n'est pas un jugement d'adoption. Il est seulement demandé qu'une fois exequaturé, il produise les effets que le droit français attache à une adoption plénière. Pour bien comprendre les différentes dimensions du problème, il importe cependant de rappeler les conditions dans lesquelles un jugement d'adoption peut recevoir l'exequatur.

Comme tous les jugements relatifs à l'état des personnes, les jugements d'adoption rendus à l'étranger produisent leurs effets de plein droit en France, sans qu'il soit besoin d'un exequatur (cf., Soc. 11 juillet 1991, pourvoi n°89-19760 : « *l'adoption plénière d'un enfant de nationalité étrangère par un jugement émanant des autorités judiciaires du pays d'origine est reconnue de plein droit en France sans exequatur préalable* »). Le jugement étranger d'adoption bénéficie d'une « efficacité substantielle ».

Cette reconnaissance ne joue cependant que sous réserve de la régularité internationale de la décision étrangère. En pratique, le contrôle de régularité, pour une adoption plénière, sera effectué lors de la demande de transcription de cette décision sur les registres français de l'état civil : celle-ci suppose en effet que soit vérifiée la régularité internationale de la décision d'adoption. La jurisprudence a admis que puisse être engagée une action préventive en opposabilité ou en inopposabilité (cf. *Jurisclasseur international*, Fasc. 548-40, *Adoption, agrément, conflits de juridictions, convention de La Haye*, par S. Godechot-Patris, n°79 s. et réf. cit.). Selon la circulaire n°2011-11 du 30 novembre 2011, préc. (par. 374), la transcription d'une décision étrangère d'adoption assimilable à une adoption plénière de droit français ne peut être réalisée directement sur les registres d'état civil français sans vérification de sa régularité internationale par le procureur de la République dans le ressort duquel la transcription doit être effectuée. Comme le souligne la circulaire (par. 381) : « *le parquet ne doit pas vérifier l'opportunité de la décision étrangère au regard de l'intérêt de l'enfant, mais sa conformité aux règles du droit international privé. Il doit, en outre, examiner la portée susceptible de lui être reconnue en France eu égard aux deux sortes d'adoption existant en droit français, les critères de qualification étant différents selon que l'adoption a été prononcée dans le cadre de la convention de La Haye du 29 juin 1993 ou en dehors de son champ d'application* ». Sur l'exequatur d'une décision étrangère assimilable à une adoption simple, cf. les par. 376 et s. de la circulaire.

Il convient de distinguer selon que l'adoption a été prononcée par une autorité (judiciaire ou administrative) d'un pays partie à la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption

internationale, ou par les autorités d'un pays non partie à cet instrument.

1/. Reconnaissance des adoptions prononcées dans un pays non partie à la convention de La Haye du 29 mai 1993

Comme le souligne la professeure Godechot-Patris (art. préc., n°85), la demande d'exequatur a pour objet de rendre la décision étrangère incontestable et de lui conférer force exécutoire : *« encore faut-il bien circonscrire l'objet d'un tel contentieux : il n'a pas pour objet de qualifier le contenu de la décision étrangère (H. Muir-Watt, note ss. CA Paris, 4 juin 1998, Rev. crit. DIP 1999, p. 108). Il ne tend pas à déterminer la nature plénière ou simple de l'adoption litigieuse. Ainsi que le relève Mme Muir-Watt (note préc.), « une telle qualification ne prend son sens qu'en vue de la réalisation d'effets attachés à l'état de droit qu'elle consacre, en vertu d'une règle distincte ». Pour autant, rien n'interdit, - et c'est d'ailleurs souvent le cas- au juge de l'exequatur d'opérer une qualification lorsqu'il est saisi simultanément du contentieux des effets de la décision étrangère ».*

Le juge de l'exequatur doit s'assurer, conformément au droit commun de l'exequatur, de la compétence du juge étranger, de l'absence de fraude et de la conformité de la décision à l'ordre public en matière internationale (sur ces différents points, cf. S. Godechot-Patris, art. préc., n°95 et s. et réf. cit.).

2/. Reconnaissance des adoptions prononcées dans un pays partie à la convention de La Haye du 29 mai 1993

Comme on le sait, la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ne fixe pas de règles de conflits de lois ou de juridictions, mais encadre le processus d'adoption en amont (art. 4 et s.) et en facilite la circulation en aval.

La convention pose le principe de la reconnaissance automatique de l'adoption dès lors qu'elle a été certifiée par l'autorité compétente de l'Etat où elle a été prononcée. Aux termes de l'article 23 al. 1 de la convention : *« 1. Une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'Etat contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants. Le certificat indique quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c), ont été données. »*

Le certificat atteste que l'adoption prononcée est conforme aux exigences de la convention, en ce qui concerne notamment les consentements donnés et précise si elle a pour effet de rompre ou non le lien de filiation préexistant.

Toutefois, comme le souligne la professeure Godechot-Patris, *« la convention ne dispense pas de l'obligation de demander l'exequatur de la décision toutes les fois que cela est nécessaire, à instar de ce qui se passe en droit commun »* (art. préc., n°103 et réf. cit.), ce, même si à l'occasion du bilan dressé par la Conférence de DIP de La Haye à l'occasion des vingt-cinq ans de la convention, il est souligné que *« La reconnaissance automatique a permis de veiller à la clarté du statut de l'enfant grâce au fusionnement de la procédure d'adoption dans l'Etat d'origine et de la*

procédure d'adoption dans l'Etat d'accueil en une procédure simple et unique. Cependant, certains Etats continuent à ne reconnaître les décisions d'adoption internationale qu'à la suite d'une procédure à cet effet, ce qui entrave les objectifs de la Convention. Ces Etats devraient supprimer ces procédures additionnelles » (Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Vingt cinq ans de protection des enfants dans le cadre de l'adoption internationale, 1993-2018, disponible sur les site de la Conférence).

L'article 24 de la convention précise que : « *La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

4.4. Effets en France d'une filiation légalement à l'étranger

Par filiation « légalement établie à l'étranger », on entendra une filiation qui, en tant que telle, ne fait pas l'objet de débat : par exemple, une filiation établie par un jugement étranger qui a obtenu l'exequatur ou qui, sans exequatur, a été transcrite sur les registres français de l'état civil dans l'hypothèse où l'enfant concerné est français. Il peut s'agir également d'une filiation telle qu'établie dans un acte de naissance étranger et qui n'est pas contestée. La seule question est celle des effets que cette filiation produit en France.

Après un rappel des règles générales (4.4.1), sera présentée la problématique particulière des filiations judiciairement établies à l'étranger sur la base d'un contrat de GPA (4.4.2).

4.4.1. Rappel des règles générales

Seront exposés les principes généraux puis, à titre de parallèle, compte tenu des demandes particulières des parties au dossier, les règles régissant la filiation adoptive.

4.4.1.1. principes généraux

Il convient de souligner deux points.

a). Comme le rappelle la professeure Bidaud (« L'ambiguïté de la notion de « reconnaissance » confrontée à la proposition de Règlement de l'Union européenne relative à la filiation », *Rev. crit. DIP*, 2024, n°3, à par.) :

« Contrairement aux actes non décisionnels, les décisions étrangères (sur ces distinctions, V. not. D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle, Droit international privé, Paris, Masson, coll. Droit Sciences économiques, 1987, n° 915 et s. D. Holleaux, note sous TGI Paris, 12 janvier 1978, Époux Öhlund-Orcel, Rev. crit. DIP 1979, p. 102 ; D. Holleaux, note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, Nanceau, JDI 1974, p. 592), peuvent produire deux sortes d'effets : matériels et substantiels (sur les effets que

peuvent produire les décisions étrangères, V. H. Batiffol et P. Lagarde, Traité de droit international privé n° 741 et s. ; H. Batiffol, L'effet des jugements étrangers, Cours de l'Institut des Hautes Études Internationales, 1965-66, fasc. II, p. 192 et s. Adde D. Holleaux, J. Foyer, G de Geouffre de la Pradelle, op. cit., n° 896 et s.).

1/. *Les effets matériels* sont attachés aux décisions étrangères indépendamment de leur régularité au regard des critères posés par le droit français (cf. A. Huet, Jurisclasseur Droit international, Fasc. 548-20, *Effets en France des jugements étrangers, effets indépendants de la régularité internationale du jugement étranger*).

Comme l'explique la professeure C. Bidaud (art. préc.) :

« Les trois effets matériels - effet de fait, effet de titre et force probante - sont indépendants de la régularité internationale de la décision étrangère et persistent même en cas d'irrégularité de celle-ci. S'agissant de l'effet de fait, sans entrer dans les détails de cette notion, il s'agit pour le juge français de considérer que la décision étrangère est une réalité, un fait, qui existe dans l'ordre juridique étranger et dont il ne peut nier l'existence. L'effet de titre peut, quant à lui, être défini comme l'établissement d'une qualité résultant de différents éléments inscrits dans la décision étrangère. Enfin, la force probante de la décision s'entend de la foi que le juge est libre d'accorder aux éléments contenus dans la décision étrangère (sur la foi accordée à des témoignages consignés dans un jugement algérien de validation du mariage traditionnel non reconnu en France, V. Cass. civ. 1^e, 24 oct. 2000, n° 98-19.962 : Dr. de la famille, avr. 2001, n°4, comm. n°37. H. Lécuyer). »

2/. *Les effets substantiels* sont subordonnés à la régularité internationale de la décision étrangère. La pleine efficacité de cette décision comporte deux volets :

- la reconnaissance de l'état de droit résultant du jugement étranger, que celui-ci soit constitutif ou déclaratif. Elle a pour corollaire la possibilité de s'opposer à ce que les questions posées soient à nouveau débattues en justice (autorité négative de la chose jugée, art. 1351 c. civ.).

- la force exécutoire, qui permet d'obtenir l'exécution du jugement au besoin avec le concours de la force publique.

Comme l'explique Mme Bidaud :

« À côté de ces effets matériels, la décision étrangère peut également être dotée d'effets substantiels, c'est-à-dire l'autorité de chose jugée et la force exécutoire, qui, eux, sont dépendant de la régularité internationale de la décision, que celle-ci soit présumée ou non. Le premier effet substantiel, l'autorité de chose jugée, s'entend dans son aspect positif (l'opposabilité) et négatif (non bis in idem), mais il n'est jamais quasiment jamais désigné par cette expression « d'autorité de chose jugée ». En droit international privé d'origine interne, comme dans les conventions internationales et les règlements de l'Union européenne, il est toujours question de «

reconnaissance » des décisions lorsqu'il s'agit de traiter de leur « autorité de chose jugée ». Ainsi, par exemple, en droit interne, on parle de reconnaissance de plano lorsque l'on fait référence aux décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes (Cass. civ., 28 févr. 1860, Bulkley : GAJFDIP n° 4 ; S. 1860, I, p. 210 ; D.P. 1860, I, p. 57) et aux décisions patrimoniales constitutives (Cass. civ., 6 juin 1967, Schapiro : GAJFDIP n°4§7), qui bénéficient d'une présomption de régularité internationale, mais pour lesquelles un contrôle de régularité doit être effectué lorsque leur force exécutoire est en jeu (Cass. civ., 9 mai 1900, de

b). Avant 1972, il était généralement admis que les effets de la filiation étaient régis par la loi qui avait présidé à son établissement, à savoir la loi des effets du mariage pour la filiation légitime et la loi nationale de l'enfant pour la filiation naturelle. La question a été très discutée au lendemain de la loi du 3 janvier 1972, entre maintien des solutions anciennes et application de la loi de la mère à l'époque de la naissance, par application de l'article 311-14 du code civil (cf. J. Foyer, art. préc., n°284 s. et réf. cit.).

Les enjeux du débat sont cependant limités car la catégorie « effets de la filiation » apparaît en fait comme une coquille vide. Dès lors que le lien de parenté est « reconnu » (ce qui est notamment le cas, lorsque la filiation est établie par un jugement étranger exequaturé ou par un acte étranger de l'état civil transcrit sur les registres français de l'état civil), les différents effets de la filiation sont régis par une mosaïque de lois potentiellement différentes, chaque effet étant soumis à une loi propre : tel sera le cas du nom, de l'obligation alimentaire, de l'autorité parentale et des droits successoraux. Le plus souvent, il y aura application de la loi nationale de l'enfant ou de la loi de sa résidence habituelle, sauf pour le cas particulier des successions.

Dans le cas d'une filiation établie à l'étranger à l'égard d'une personne française ou de deux personnes françaises, l'enfant étant devenu français, et tous les membres de la famille résidant en France, on peut s'interroger sur le caractère « international » de la situation, qui serait lié à la seule naissance de l'enfant à l'étranger et au seul établissement initial de sa filiation par une décision étrangère. Faute d'élément d'extranéité particulier, on pourrait conclure à l'application de la loi française. La filiation établie à l'étranger mais totalement intégrée à l'ordre juridique français produirait donc les effets prévus par la loi française en matière de nom, d'autorité parentale, d'obligation alimentaire, de successions etc.

La Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la question.

4.4.1.2. règles propres à l'adoption

Soucieux d'unifier le régime des adoptions prononcées à l'étranger en évitant qu'elles ne produisent des effets différents selon la loi du pays dans lequel elles ont été prononcées ou selon la loi de l'enfant adopté, le législateur a posé le principe de la transposition des adoptions prononcées à l'étranger dans les catégories de

l'adoption française : selon des images souvent utilisée, il « *habille à la française* » les adoptions étrangères ou les « *naturalise* » (sur cette règle et sur la situation antérieure, cf. S. Godechot-Patris, n°95 et réf. cit.).

Aux termes de l'article 370-5 du code civil dans la rédaction que lui a donnée la loi n°2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale :

« L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause » .

La règle doit être rapprochée de celle qui figure à l'article 26 par. 2 de la convention de La Haye du 29 mai 1993, même si celle-ci ne parle pas de « rupture », ce qui risque d'entraîner de délicats problèmes d'interprétation, voire un régime à deux vitesses, selon que l'adoption a été prononcée dans un Etat partie à la convention ou dans un Etat tiers : dans le premier cas, il suffirait qu'il y ait rupture du lien de filiation originel pour que l'adoption produise le effets d'une adoption plénière « à la française », dans le second, il faudrait une rupture « définitive et irrévocable » (cf. S. Godechot-Patris, art. préc., n°99 et réf. cit.).

« Article 26 :

1. La reconnaissance de l'adoption comporte celle

a) du lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs ;

b) de la responsabilité parentale des parents adoptifs à l'égard de l'enfant ;

c) de la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'Etat contractant où elle a eu lieu.

2. Si l'adoption a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, l'enfant jouit, dans l'Etat d'accueil et dans tout autre Etat contractant où l'adoption est reconnue, des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption produisant cet effet dans chacun de ces Etats.

3. Les paragraphes précédents ne portent pas atteinte à l'application de toute disposition plus favorable à l'enfant, en vigueur dans l'Etat contractant qui reconnaît l'adoption. »

Pour une application de ce texte, cf. 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n°02.21-075, Rev. crit. DIP 2005, p. 483, note H. Muir Watt, JDI 2005, p. 162, note F. Jault-Seseke.

Lorsqu'une adoption prononcée à l'étranger est appelée à produire des effets en France, il convient donc d'identifier la catégorie du for correspondante en mettant en œuvre un jugement d'équivalence dont l'article 370-5 fournit les critères : si l'adoption étrangère entraîne une rupture complète et irrévocable du lien de filiation avec le ou les parents d'origine, elle produira en France les effets d'une adoption plénière ; sinon, elle produira les effets d'une adoption simple. Le critère n'est pas toujours facile à mettre en œuvre compte tenu de la diversité des lois étrangères (cf. H. Muir Watt, « Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes », *RID comp.* 2003-4, p. 833). De plus, il est des hypothèses dans lesquelles si l'adoption entraîne une rupture complète des liens avec la famille d'origine, cette rupture n'est pas irrévocable (cf. P. Salvage-Gerest, « *Adoption internationale* », in *Dalloz Action Droit de la famille*, préc., spéc. n° 226-132).

Pour une illustration, cf. 1^{re} Civ., 6 novembre 2019, pourvoi n°18-17.111, 1^{re} Civ., 16 décembre 2020, pourvoi n°19-22103, 1^{re} Civ., 9 juin 2021, pourvoi n°19-25950, *adde* 1^{re} Civ., 14 octobre 2020, pourvoi n°19-15783.

4.4.2. Cas particulier d'une filiation établie sur la base d'un contrat de GPA

Il convient de cerner la question qui se pose en l'espèce, puis de présenter le pratique des juges du fond en la matière.

a). *Dans le dossier sous examen*, il est rappelé qu'un jugement prénatal du 5 juin 2019 rendu par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] a déclaré M. [N] et M. [P] comme les parents légaux de l'enfant dont la naissance est prévue aux alentours du 5 septembre 2019, dit que Mme [H], mère porteuse et son époux, M. [H], ne sont pas les parents légaux de l'enfant, qu'ils ne sont tenus à aucune obligation à son égard et que toute présomption de maternité ou de paternité doit être réfutée, le tout conformément aux stipulations du contrat de gestation pour autrui conclu entre les parties..

Ce jugement a été déclaré exécutoire par le tribunal judiciaire de Paris. Après avoir exequaturé le jugement américain, le juge souligne que « *l'exequatur d'un jugement étranger ne se limite pas au contrôle de la régularité internationale (...) et a pour but d'intégrer la décision étrangère dans l'ordre juridique français, de telle sorte que celle-ci ait la même valeur qu'une décision prononcée par une juridiction française* ». Faute pour les requérants d'avoir produit des éléments relatifs aux conditions ayant entouré la conception de l'enfant né dans le cadre d'une convention de GPA, notamment sur l'existence ou non d'un lien génétique entre l'enfant et l'un des requérants, parents légaux et aux conditions dans lesquelles la mère a été amenée à consentir à l'adoption postérieurement à la naissance de l'enfant, le juge affirme que le jugement américain, qui est un jugement de filiation, ne présentait pas les éléments caractéristiques de l'adoption plénière telle que conçue en droit français.

Les deux pères ont fait appel de cette décision en ce qu'elle les a « *débouté de toutes leurs autres prétentions.* », donc en ce que le premier juge a dit que la décision en question ne présentait pas les éléments caractéristiques de l'adoption plénière telle que conçue en droit français.

Dans son arrêt du 17 janvier 2023, la cour d'appel de Paris dit que le jugement américain exequaturé (le principe de l'exequatur n'étant pas discuté en appel), produira en France les effets d'une adoption plénière.

C'est cet arrêt, en ce qu'il a dit que la décision produirait les effets d'une adoption plénière, qui a fait l'objet du pourvoi sous examen.

b). Pratique judiciaire. L'assimilation des effets d'un jugement étranger établissant une filiation sur GPA à ceux d'une adoption plénière semble demandée par les parents d'intention afin de sécuriser la filiation, notamment lorsqu'il s'agit de deux pères, en la faisant entrer dans l'une des catégories prévue par le droit français en matière de filiation.

L'analyse des décisions rendues par les juridictions du fond, réalisé L. Brunet et M. Mesnil (« Etude jurisprudentielle sur l'exequatur après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023, p. 374 s.), fait ressortir des pratiques contrastées.

Certains juges du fond écartent une telle assimilation. Le jugement étranger étant, en quelque sorte, pris pour lui-même, avec la spécificité du mode d'établissement de la filiation prévue par la loi étrangère et inconnue du droit français. Cette filiation étant considérée comme juridiquement établie, elle produit les effets attachés en droit français à toute filiation, étant rappelé qu'en droit français les effets de l'adoption plénière sont identiques à ceux d'une filiation « par le sang ».

Pour ceux qui l'acceptent, cette assimilation peut conduire à deux types de décisions.

- Certaines décisions distinguent selon que l'un des parents est le père biologique de l'enfant ou « seulement » le père d'intention. Appliquant les principes dégagés par la Cour EDH et repris par la Cour de cassation (mais, à propos de l'article 47 et non de l'exequatur), les juges acceptent de reconnaître « directement » la filiation du parent biologique et de passer par l'adoption pour établir la filiation du parent qui n'est pas le père biologique de l'enfant puisque tel serait, estiment-ils, le seul moyen connu en droit français pour établir un second lien de filiation paternel.

Comme l'expliquent Mmes Brunet et Mesnil (art. préc.), il est souvent précisé dans le dispositif de ces décisions que le jugement produira les effets d'une adoption plénière au bénéfice de X, le lien de filiation étant établi pour ce qui concerne M. Y qui est le père biologique de l'enfant.

Il en résulte que le Ministère public a pu demander aux deux pères d'intention de préciser qui était le père biologique de l'enfant et s'opposer à l'exequatur lorsque les parents s'y refusaient.

- D'autres juridictions, au contraire, font produire au jugement les effets d'une adoption plénière pour les deux liens de filiation, peu important qui est le père biologique et qui ne l'est pas. Tel est le cas de la cour d'appel de Paris dans les deux arrêts déférés, ce que conteste précisément le ministère public dans son pourvoi.

4.5. Examen des griefs

4.5.1. Sur le premier moyen

Le ministère public fait grief à la cour d'appel d'avoir, en considérant que l'exequatur du jugement prénatal de la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] du 5 juin 2019, produit les effets d'une adoption plénière, procédé à une révision de la décision étrangère. Or, selon le pourvoi, si le juge peut procéder à la traduction d'une institution étrangère dans les catégories du for afin d'assurer son intégration dans l'ordre juridique du for, il ne peut procéder à une révision de cette décision.

Le mémoire ampliatif souligne que la décision étrangère exequaturée produit en France les effets qui sont déterminés par cette décision sans que celle-ci puisse être modifiée par le juge français. Le juge français doit analyser les effets produits par l'institution étrangère en recherchant l'institution du for permettant de produire des effets équivalents à ceux qui se réalisent à l'étranger, mais ce travail de qualification a pour limite la prohibition de la révision du jugement étranger, conduisant à la dénaturation de l'institution étrangère, ayant pour conséquence de faire produire à ce jugement des effets différents en France de ceux produits à l'étranger.

En l'espèce la décision exequaturée tendait à déterminer la filiation de l'enfant et à faire déclarer M. [N] et M. [P] comme parents légaux de l'enfant. Il s'agissait donc d'une procédure ayant pour objet d'établir le lien de filiation à l'égard des parents d'intention par le biais d'un jugement déclaratif prénatal de filiation et non d'une procédure d'adoption, régie par des règles distinctes s'agissant tant des conditions de forme que de fond. Etablissement direct d'une filiation sur la base d'un jugement prénatal dans le cadre d'un contrat de GPA et adoption sont des institutions distinctes qui ne sauraient être prises l'une pour l'autre.

Or l'arrêt d'appel affirme que « *La demande de MM. [S] [N] et [C] [P] conduit au contraire à admettre sur le territoire français une double filiation paternelle établie par la voie de l'adoption plénière, ce qui ne porte pas atteinte aux principes essentiels du droit français, une telle adoption à l'égard de deux hommes étant possible* ». Il aurait ainsi dénaturé la décision étrangère et partant procédé à sa révision.

Le mémoire ampliatif fait le parallèle avec les décisions de la Cour de cassation sur l'adoption de protection malienne (Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, n°09-68504) ou la *kafala* (Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, n°06-15264).

Le mémoire en défense souligne que la récente modification de l'article 47 du code civil ne remet pas en question la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger dans le cadre d'un contrat de GPA et qu'en toute hypothèse, il n'est pas applicable aux jugements étrangers. Il souligne (p. 10) que la seule reconnaissance de la décision étrangère constatant le lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention permet aux parents d'être considérés comme parents légaux de l'enfant, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une adoption plénière de l'enfant.

Selon le défendeur, le débat porte seulement sur les effets attachés à la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal américain, son exequatur étant acquis. Dès lors que le jugement étranger constate l'absence de lien de filiation entre l'enfant et ses parents biologiques et l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention, la décision produit des effets similaires à une adoption plénière puisque celle-ci entraîne la rupture des liens avec la famille d'origine.

Le grief de révision serait infondé car les juges n'ont pas considéré que la décision américaine était un jugement d'adoption, mais seulement que, compte tenu de l'absence de lien de filiation entre l'enfant et sa mère biologique, ainsi que l'époux de cette dernière, et de la constatation du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention, la décision avait pour effet de créer un lien de filiation de la même manière qu'une adoption plénière.

La critique serait également inopérante dès lors que la décision des juges du fond est aussi fondée sur le droit au respect de la vie familiale des enfants et de leurs parents d'intention.

Au vu des éléments rappelés *supra*, il appartiendra à la Cour de se prononcer sur la pertinence de ces griefs.

4.5.2. Sur le second moyen

a). sur la première branche du second moyen

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le jugement rendu par la cour supérieure de l'Etat de Californie pour le comté de [Localité 3] le 5 juin 2019 produirait les effets d'un jugement d'adoption plénière, alors qu'en droit français l'adoption plénière est soumise à un ensemble de conditions strictes de fond et de forme. Or, selon le pourvoi, le contrôle du respect de ces conditions ne rentrait pas dans l'office de la cour d'appel. En acceptant cependant de considérer que l'exequatur du jugement prénatal d'adoption rendu par le juge américain produirait en France les effets d'une adoption plénière, la cour aurait procédé à un contournement de la loi française et violé les règles de l'adoption. Auraient également été contournées la loi étrangère de l'adoption, le droit californien (art. 8500 et s. de la division 13 du code de la

famille) prévoyant des règles strictes de fond et de forme applicables à la procédure locale d'adoption. Il est également souligné que le droit de l'adoption dans l'Etat de Californie se distingue par la possibilité pour l'adopté de poursuivre des relations avec sa famille d'origine en passant des conventions de prise de contact post adoption prévues à l'article 8616.5 à l'égard des « parents proches de naissance » dont la validation est de la compétence de la juridiction qui a statué sur l'adoption. Les liens entre la famille biologique et l'enfant n'étant pas définitivement rompus en application de cette disposition, la procédure d'adoption ne peut être rapprochée de l'institution française de l'adoption plénière qui rompt définitivement et de manière irrévocable tout lien avec la famille biologique.

Le mémoire ampliatif reproche également à l'arrêt attaqué de permettre implicitement l'adoption de l'enfant par son parent biologique, ce que n'autoriserait pas le droit français. En soutenant que les deux pères, qu'ils soient biologiques ou non, sont placés dans une situation analogue au regard de l'adoption, alors que seul le père d'intention peut prétendre au bénéfice de cette institution, la cour d'appel de Paris aurait violé la loi française sur l'adoption.

Selon le mémoire en défense, faire produire à la décision américaine les effets d'une adoption plénière ne revient pas à contourner les règles françaises de l'adoption : dès lors que la régularité internationale de la décision étrangère est établie, il n'y a pas lieu de s'interroger sur la procédure qui aurait dû être suivie en France : la décision étrangère pourra produire ses pleins effets.

La critique serait également inopérante dès lors que la décision des juges du fond est également fondée sur le droit au respect de la vie familiale des enfants et de leurs parents d'intention.

b). sur la seconde branche du second moyen

La seconde branche du second moyen affirme qu'en reconnaissant à une décision étrangère les effets de l'institution de l'adoption plénière par la voie de l'exequatur, la cour d'appel de Paris aurait violé le principe de non discrimination garanti par l'article 14 Conv. EDH, entre les couples ayant eu recours à la procédure, allégée au plan du contrôle, de l'exequatur d'un jugement américain prénatal de filiation et ceux ayant suivi le parcours procédural exigeant prévu par la procédure française d'adoption plénière, alors que le juge étranger a pris soin, dans le corps de sa décision, d'indiquer qu'il ne s'agissait pas d'un jugement d'adoption.

Selon le mémoire ampliatif, la différence de traitement ainsi créée engendre une discrimination dans la jouissance du droit d'accès au juge, que ne justifie nullement la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant. Celui-ci serait en effet doublement méconnu dès lors que le jugement exequaturé produira en France les effets d'une adoption plénière sans que le juge compétent n'ait pu procéder au contrôle approfondi qui lui incombe au titre des dispositions inscrites dans le code civil et sans que soit assuré le droit de l'enfant de connaître ses origines puisque n'est pas recherchée la filiation biologique de l'enfant à l'égard de ses parents légaux.

Le mémoire en défense affirme que la critique est infondée dès lors que l'article 14 Conv. EDH ne peut être invoqué isolément, sans autre référence à une stipulation

substantielle de la convention. En tout état de cause, il n'y aurait pas discrimination puisque la solution retenue par la cour d'appel est accessible à l'ensemble des couples qui sont placés dans la même situation que MM. [N] et [P].

Elle serait également inopérante dès lors que la décision des juges du fond est fondée sur le droit au respect de la vie familiale des enfants et de leurs parents d'intention.

Au vu des éléments rappelés *supra*, il appartiendra à la Cour de se prononcer sur la pertinence de ces griefs.

4.6. Quelques pistes de réflexion

a) en faveur de la solution retenue par l'arrêt attaqué, il peut notamment être avancé que :

1/ elle sécuriserait la filiation et plus généralement le statut juridique de l'enfant né par GPA dès lors que les effets de la filiation établie à l'étranger seraient assimilés à ceux d'une adoption plénière à la française.

2/ cette assimilation serait logique dès lors que ce serait par l'adoption et par l'adoption seulement qu'en droit interne pourrait être établie une double filiation à l'égard de deux hommes.

3/ en faisant produire à la décision étrangère les effets d'une adoption plénière, dès lors que cette décision rompt définitivement les liens avec la famille par le sang, on ne ferait que pratiquer une opération classique de qualification en rangeant, selon une formule bien connue, la matière juridique étrangère dans les tiroirs du droit français.

4/ si on fait produire les effets d'une filiation adoptive aux deux liens de filiation, on respecterait le caractère particulier de la filiation d'intention, en écartant toute distinction, comme le fait d'ailleurs la loi étrangère, entre parenté biologique et parenté d'intention.

b). contre cette solution, il pourrait notamment être argué que :

1/ il y aurait dénaturation de la décision étrangère puisque celle-ci n'est pas une décision d'adoption mais correspond à un mode autonome et original d'établissement d'une double filiation sur GPA. Dans les systèmes concernés existent d'ailleurs des règles propres à l'adoption, qui diffèrent tant par les conditions qu'elles fixent que par les procédures à suivre, voire, par leurs effets.

2/ il y aurait, au delà d'une dénaturation de la décision étrangère, une dénaturation de l'institution étrangère puisqu'on lui ferait produire des effets qui sont ceux d'une institution différente.

3/ pourrait être reconnue l'originalité de l'institution étrangère, celle-ci produisant les effets qui lui sont attachés, *i.e.* l'établissement d'un double lien de filiation de même nature. La décision étrangère produirait ainsi les effets substantiels qui sont les siens, sans qu'il soit besoin de les « habiller » à la française.

4/ il serait paradoxal de faire entrer dans les catégories « classiques » du droit français un mode d'établissement qui se réclame d'une philosophie nouvelle : celle de la parenté d'intention.

Le dossier sous examen suscite par ailleurs les observations suivantes :

- la cour d'appel de Paris fait produire aux deux filiations paternelles les effets d'une adoption plénière car les parties affirment ne pas savoir qui est le père biologique. Qu'en serait-il dans l'hypothèse inverse ?

- la cour d'appel a statué dans des cas de GPA portées par des couples d'hommes. *Quid* dans l'hypothèse d'un couple hétérosexuel, la mère d'intention n'étant pas la mère biologique (cf. l'affaire *Menesson*).

Enfin, la filiation d'un enfant né dans le cadre d'un contrat de GPA peut être établie selon différentes modalités : soit par jugement, soit par l'effet de la loi, ce qui pose la question de la cohérence des réponses à donner dans ces différentes hypothèses.

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments qu'il appartiendra à la Cour de se prononcer sur la pertinence des griefs énoncés par le pourvoi.