

Les 3 arrêts de la Cour de cassation du 18 décembre 2019 : une évolution historique de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui

- **La définition de la gestation pour autrui**

La GPA (Gestation pour Autrui), vulgairement appelée « *convention de mère porteuse* » consiste à porter un enfant pour un autre couple. La mère porteuse abandonne tout droit sur l'enfant au profit des « *parents d'intention* » et ce en application du droit applicable sur le territoire de la future naissance de l'enfant.

Cette pratique toujours formellement interdite en France tant par le Code civil que par le Code pénal connaît néanmoins un succès certain auprès des couples français qui ne peuvent avoir d'enfants naturellement.

- **La problématique**

Au moment de la naissance de l'enfant, les parents se voient le plus souvent délivrer par le pays de naissance un acte de naissance les indiquant directement en tant que parents. Parfois, il peut arriver aussi que la mère porteuse figure sur cet acte de naissance ou encore que le lien avec l'enfant soit officialisé dans un jugement. Pour rappel, un enfant est français automatiquement dès lors qu'au moins un de ses parents est de nationalité française. Quand un enfant français naît à l'étranger, ses parents demandent généralement la transcription de cet acte de naissance étranger sur les registres d'état civil français afin d'avoir ensuite un acte de naissance français, permettant par voie de conséquence d'obtenir un passeport, une carte d'identité... Le dossier est déposé au Consulat et il est ensuite envoyé au service central d'état civil de Nantes. La transcription est une simple formalité administrative en principe non obligatoire qui consiste simplement à recopier les termes d'un acte sur un autre. En principe toujours, pour obtenir un passeport, il suffit de démontrer sa nationalité française au moyen éventuellement d'un certificat de nationalité française pouvant lui-même être obtenu sur la base de l'acte de naissance étranger. Mais dans la pratique, les administrations sollicitent cette transcription et c'est à l'occasion de celle-ci que le Parquet de Nantes puis les juridictions vont devoir se prononcer : si on accorde la transcription, on fait fi des interdictions existantes. Si on ne l'accorde pas, l'enfant devra vivre au mieux avec des papiers étrangers, au pire rester sur le territoire sur lequel il est né alors qu'il n'a aucun parent sur ce territoire. En effet, si certains États accordent la nationalité de leur pays aux enfants nés par GPA sur leur territoire, d'autres ne l'accordent pas. L'enfant se retrouve donc sans papiers. Il peut aussi se retrouver avec des papiers qui ne lui permettent pas de rentrer sans visa sur le territoire français.

- **L'évolution de la jurisprudence entre 1991 et 2019**

Tandis que le phénomène était encore marginal, la Cour de cassation a tranché une première fois par un arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991 (90-20.105). Dans cet arrêt, la Cour rappelle le principe d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain. Elle rappelle encore le principe d'ordre public « *mater semper certa est* » selon lequel la mère est celle qui a accouché. Au regard de ces principes, elle décide de valider partiellement la transcription de l'acte de naissance de l'enfant pour le père seulement à la condition qu'il y ait un lien biologique avec l'enfant.

Cette jurisprudence est restée intacte pendant quasiment deux décennies avant un revirement de jurisprudence. Deux arrêts marquants peuvent être notés : 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053 et 1^{ère} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138. Dans ces décisions très sévères, la Cour fait une première application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » en matière de procréation pour autrui et refuse toute transcription de l'acte de naissance étranger en argumentant que les parents ont cherché délibérément à échapper à la loi française en allant conclure une convention de gestation pour autrui à l'étranger. Cette jurisprudence vient totalement à l'encontre de l'intérêt des enfants qui ne peuvent jouir de leur nationalité française. Plus qu'un document c'est toute leur filiation qui est reniée par l'État français.

C'est cette sévérité qui a conduit à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en juin 2014 (CEDH, 5^{ème} sect., 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n°65192/11). La Cour européenne n'a jamais dit que l'interdiction de la gestation pour autrui était contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme mais elle a considéré que le refus de transcription était contraire à l'article 8 garantissant le respect à la vie privée et familiale des enfants.

En suite de cela, la France a dû réagir. Du côté réglementaire, on aura une simple « circulaire Taubira » en janvier 2013 qui dit que tous les enfants issus de gestation pour autrui doivent recevoir la nationalité française, mais cette circulaire ne dit pas comment. Le législateur n'interviendra jamais pour modifier le Code civil ou le Code pénal. C'est donc au pouvoir judiciaire de réagir.

La Cour de cassation est ainsi revenue en arrière et a adopté la position suivante, notamment dans les arrêts du 5 juillet 2017, pourvois 16-16901 et 16-50025 : la transcription devait être opérée pour le père d'intention dès que le lien biologique existe. Pour la mère d'intention ou pour le second papa, la Cour de cassation exigeait de recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint. Pour soutenir cette position, la Cour invoquait notamment l'article 47 du Code civil qui dispose que « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.* » La mère d'intention n'ayant pas accouché, elle ne peut être la mère et les faits décrits dans l'acte étranger ne correspondent donc pas à la réalité. Cette interprétation de l'article 47 était extrêmement contestable comme on le verra ci-après.

Cette solution garantit l'établissement de la filiation pour les deux parents mais s'agissait-il d'établir la filiation ou simplement de reconnaître ce qui a été créé à l'étranger ? Cette solution amenait plusieurs critiques : d'une part le lien biologique avec le papa n'était pas vérifié alors pourquoi garder une telle exigence ? Quant au second parent, il se voyait contraint d'épouser le père biologique qui devait ensuite consentir à l'adoption de l'enfant. Plus généralement ce second parent devait adopter son propre enfant, ce qui n'a pas réellement de sens. En cas de séparation des parents d'intention avant l'achèvement du long parcours judiciaire, le second parent prenait le risque de se voir relayer au rang de tiers et perdre ainsi tout droit sur son enfant.

Si jusqu'en octobre 2019, cette solution n'a pas été modifiée par la Cour de cassation, une résistance libérale s'est faite ressentir à Nantes ces deux dernières années. On peut recenser une petite série de décisions de 2017 et de 2018 surtout qui ont fait du bruit car elles accordent des transcriptions complètes des actes de naissance.

- **L'arrêt du 4 octobre 2019 et les trois arrêts du 18 décembre 2019**

Après la condamnation de la France en 2014 dans les dossiers MENNESSON et LABASSÉE, la Cour de cassation a dû réexaminer ces dossiers.

Très prudente, la Cour de cassation a décidé de solliciter la Cour européenne des droits de l'Homme dans une demande d'avis consultatif du 5 octobre 2018 avec plusieurs questions posées :

- Le refus de transcrire l'acte étranger en ce qu'il désigne comme étant la mère légale la mère d'intention/ le second papa est-il contraire à l'article 8 (respect de la vie privée et familiale de l'enfant) ?
- Faut-il opérer une distinction entre la mère d'intention/ le second papa avec lien biologique ou sans lien biologique ?
- Le passage par l'adoption de l'enfant permet-il de répondre aux exigences de l'article 8 ?

Le 10 avril 2019, la Cour européenne des droits de l'Homme rend son avis : le droit interne doit offrir une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et les deux parents d'intention. Mais les États sont libres dans la manière d'y parvenir. L'adoption par le second parent n'a donc pas été exclue.

Le 4 octobre 2019, la Cour de cassation a réexaminé l'affaire Mennesson dans un arrêt d'Assemblée plénière (10-19.053) et va plus loin. La transcription **complète** est ici validée **à titre exceptionnel** : les enfants étant majeurs, en raison de la durée de la procédure, passer par l'adoption aurait constitué une atteinte manifestement excessive au droit à la vie privée des enfants (article 8) et une entorse à l'article 6 de la Convention. En raison de leur majorité, seule l'adoption simple aurait en outre été possible de sorte que l'égalité successorale notamment (héritage des grands-parents) aurait été mise à mal. La Cour rappelle enfin que les actes ont été légalement établis en Californie.

S'il s'agit d'une petite révolution, la Cour de cassation reste prudente et précise que la transcription complète demeure exceptionnelle. Il faut toujours en principe passer par l'adoption de l'enfant du conjoint.

Mais bien évidemment la Cour a ici ouvert une brèche.

Dans quatre arrêts, la Cour d'appel de Rennes valide ou ordonne une transcription complète des actes de naissance : CA Rennes, 18 nov. 2019, n°18/04404 ; CA Rennes, 25 nov. 2019, n°18/01155 ; CA Rennes, 25 nov. 2019, n°18/01497 et CA Rennes, 25 nov. 2019, n°18/01936. Dans ces arrêts, la Cour d'appel utilise l'atteinte disproportionnée aux droits des parties pour accorder une transcription complète alors même que les enfants sont bien plus jeunes que dans l'affaire Menesson et les procédures bien plus courtes.

L'hypocrisie et les solutions bancales tant juridiquement que dans la pratique semblent définitivement finies lorsqu'on lit les trois décisions du 18 décembre 2019 de la Cour de cassation.

Ces décisions marquent un tournant historique en la matière.

Deux arrêts (numéros 18-12327 et 18-11815) concernent des gestations pour autrui diligentées aux États-Unis par des couples d'hommes, un couple franco-belge non marié et un couple français marié. Le troisième arrêt (18-14751) admet sur le même raisonnement la transcription complète d'un acte de naissance d'un enfant par PMA diligentée au Royaume-Uni par un couple de femmes non mariées.

On remarque en premier que la Cour conduit le même raisonnement pour les gestations pour autrui et pour les situations de procréations médicalement assistées non autorisées sur le sol français et cela est très logique : il s'agit de transcrire ou non sur les registres d'état civil français un acte de naissance étranger d'un enfant issu d'un couple dont au moins une personne est de nationalité française et ayant eu recours à un mode de filiation non admis sur le territoire français.

Dans ces trois arrêts, la Cour de cassation vient presque s'excuser de sa précédente jurisprudence du 5 juillet 2017 indiquant que la transcription partielle au visa de l'article 47 consistait à combler un vide juridique et à trouver un compromis entre l'ordre public prohibant la gestation pour autrui et l'intérêt de l'enfant. Elle rappelle ensuite sa jurisprudence du 4 octobre 2019 et indique que le raisonnement doit être le même avec un second parent d'intention, homme ou femme.

Elle précise qu'il est temps de faire évoluer la jurisprudence et d'unifier les situations. Aussi, le raisonnement sera le même pour ces trois couples.

La Cour de cassation replace enfin le débat à sa place en indiquant que nous sommes dans un contentieux relatif à la transcription d'un acte de naissance et non pas dans une action relative à la filiation, ce qui pourrait ré-ouvrir une brèche à certains procureurs récalcitrants puisqu'il conviendrait alors d'attaquer non pas sous l'angle de la transcription de l'acte mais sous l'angle de la filiation soumise à l'article 311-14 du Code civil, mais là encore la finalité pratique n'aurait aucun sens puisqu'elle priverait un enfant des seuls parents qu'il connaît.

La Cour de cassation replace ensuite l'article 47 du Code civil là où il doit être : il s'agit uniquement d'apprécier un mode de preuve de la filiation établie à l'étranger. Il s'agit d'apprécier avec l'article 47 une régularité purement formelle selon le droit local. Si pour la Californie ou le Nevada, le second papa d'intention est reconnu comme parent selon leurs législations, alors l'acte est régulier et doit faire foi. Une fois l'acte déclaré régulier, la Cour aurait toujours pu invoquer l'ordre public ou la fraude car il est évident qu'un couple franco-français qui va aux États-Unis pour conclure une convention de gestation pour autrui cherche bien à échapper à la loi française qui ne permet pas un tel mode de conception. Mais la Cour de cassation indique que désormais le recours à la GPA ne fait plus à lui seul obstacle à la transcription au visa de l'article 3 de la Convention de New-York et de l'article 8 de la CEDH. Doit-on comprendre que l'interdiction de la gestation pour autrui est relayée au seul ordre public interne ? Cela est fort probable.

Pour la première fois et cela figure davantage clairement dans le communiqué fait par la Cour de cassation, on fait une application convenable du droit international privé. **Aussi, il appartiendra tout de même aux époux d'invoquer la loi étrangère et de démontrer selon cette loi que l'acte de naissance est régulier.** Nous allons donc enfin devoir appliquer la loi étrangère dans ces dossiers de gestation pour autrui : *« elle (la Cour) considère en effet qu'en présence d'une demande de transcription, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une GPA ni la circonstance que l'acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ou parent ne constituent des obstacles à la transcription, à condition toutefois que l'acte étranger soit régulier, exempt de fraude et conforme au droit de l'État dans lequel il a été établi »* (communiqué Mercredi 18 décembre 2019, Arrêt n°1111 et Arrêt n°1112).

Le territoire étranger a admis selon son propre droit la filiation de l'enfant et l'acte de naissance établi à l'étranger vient donner forme à cette filiation légalement établie à l'étranger, filiation qui peut se prouver par d'autres moyens.

Or, l'arrêt *Bulkley* de 1860 non remis en cause précise qu'en matière de statut personnel il y a une reconnaissance automatique.

Pour prouver la filiation établie à l'étranger, l'article 47 nous précise que l'acte établi à l'étranger selon les formes du pays fait foi sauf s'il est irrégulier, falsifié ou si les faits déclarés ne correspondent à la réalité. Typiquement cet article peut servir à contraindre une personne voulant se prévaloir d'un faux ou d'un acte dressé par complaisance ou sur les bases de fausses déclarations : on pense ainsi aux reconnaissances d'enfants par des hommes qui ne sont pas réellement les pères afin d'obtenir un visa ou tout autre avantage. Mais à l'inverse un acte bourré d'erreurs matérielles comme des fautes de frappe ne saurait faire obstacle à lui-même à la reconnaissance d'une filiation légalement établie à l'étranger. Il conviendra alors aux personnes concernées d'apporter d'autres moyens de preuve.

Fallait-il se situer sur le terrain de la reconnaissance et donc appliquer les conditions de l'exequatur ? Cela paraissait plus cohérent à premier abord. Mais pouvait-on considérer que la transcription d'un acte de naissance est un acte d'exécution sur le territoire français ? Pas vraiment puisqu'il s'agit de recopier l'acte étranger et que cette transcription n'est théoriquement pas obligatoire.

Admettons que nous appliquions les critères de l'arrêt *Cornelissen*, si tant est qu'un acte d'état civil puisse recevoir un exequatur en France. On devrait donc vérifier la compétence de l'officier d'état civil étranger, l'ordre public procédural (admettons toujours qu'on puisse étendre cela à un acte d'état civil et considérer que l'acte est régulier procéduralement si les deux parents notés dans l'acte ont bien été appelés à concourir à l'acte mais ici ce sont les actes français qui seraient entachés d'irrégularité car la mère qui accouche ne se déplace pas à la Mairie pour déclarer sa maternité) et de fond (ici l'adage *mater semper certa est* pourrait être encore invoqué). Admettons encore que l'acte soit déclaré non exécutoire sur le territoire français : contrairement à un jugement condamnant par exemple quelqu'un à régler une somme d'argent qui pourra être « remplacé » par un nouveau jugement français, l'acte de naissance étranger reconnu non exécutoire ne pourrait pas être remplacé par un établissement judiciaire de la filiation en France, seul moyen d'avoir un acte de naissance français. L'article 311-14 disposant que la loi applicable à la filiation est celle de la mère ou de la loi personnelle de l'enfant, on devrait ainsi appliquer la loi française de fond qui n'admet pas les gestations pour autrui. Et quand bien même on appliquerait une loi étrangère, que fait-on pendant la durée de la procédure ? Quid encore de l'application de l'ordre public qui ferait obstacle au droit étranger ? La France n'a pas davantage autorité pour agir et faire modifier la filiation établie à l'étranger... Les parents ne peuvent pas nécessairement vivre dans le territoire sur lequel ils ont fait naître leur enfant et a-t-on une quelconque légitimité à les inviter à faire cela ? Que fait-on alors de l'enfant ?

On tourne en rond et c'est certainement pour éviter ces situations ubuesques que la jurisprudence *Bulkley* a posé comme principe qu'un jugement étranger relatif à l'état des personnes doit être reconnu automatiquement.

Dans tous les cas, la Cour de cassation semble faire aujourd'hui faire sauter tous les obstacles :

- En statuant de façon identique pour des gestations pour autrui avec un couple gay marié d'une part, un couple gay non marié d'autre part et une procréation médicalement assistée diligentée par un couple de femmes non mariées, elle unifie sa jurisprudence sur les modes de conception non permis sur le territoire français ;
- En indiquant que le seul recours à la gestation pour autrui ne peut faire obstacle à la transcription au regard des impératifs des articles 3 de la Convention de New-York et de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, textes supérieurs au Code civil dans la hiérarchie des normes, elle relaye *a minima* l'interdiction du recours à la GPA à l'ordre public interne en l'excluant de l'ordre public international nécessairement plus étroit ;
- Elle rappelle que le débat se situe non pas sur le terrain de la filiation mais uniquement sur la transcription d'un acte prouvant une filiation légalement établie à l'étranger ;
- Elle remet l'article 47 du Code civil à sa place : l'acte de naissance étranger est un moyen de preuve de la filiation et on doit donc examiner ce moyen de preuve au regard du droit applicable sur le territoire duquel il a été établi ;
- Il conviendra donc aujourd'hui de s'attacher uniquement au respect du droit étranger.

C'est sans aucun doute une avancée majeure et historique.

Noémie HOUCHET-TRAN
Avocat à la Cour
37 rue d'Amsterdam 75008 Paris
Tél : 01 84 16 02 93 Email : nhtavocat@gmail.com
www.nhtavocat.com