ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Audience publique du **3 juillet 2015**

M. LOUVEL, premier président

Cassation partielle

Pourvoi n° S 14-21.323

Arrêt n° 619 P+B+R+I

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Dominique B..., domicilié

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

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

2^o/ à l'agent judiciaire de l'Etat, domicilié bâtiment Condorcet, télédéc 353, 6 rue Louise Weiss, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 19 juin 2015, où étaient présents : M. Louvel, premier président, M. Terrier, Mme Flise, M. Guérin, Mme Batut, M. Frouin, Mme Mouillard, présidents, M. Soulard, conseiller rapporteur, Mmes Nocquet, Aldigé, M. Chollet, Mmes Bignon, Riffault-Silk, MM. Huglo, Maunand, Poirotte, Mme Le Boursicot, M. Chauvin, Mme Orsini, conseillers, M. Marin, procureur général, Mme Morin, directeur de greffe adjoint ;

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

Sur le second moyen, ci-après annexé :

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

Mais sur le premier moyen :

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

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

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

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

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

PAR CES MOTIFS :

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

Laisse les dépens à la charge du Trésor public ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé le trois juillet deux mille quinze par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Moyens annexés au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat aux Conseils, pour M. B.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué de débouter M. B. de ses demandes tendant à voir constater l'existence de l'acte de naissance de son fils Kolia Yves John B. établi à Moscou et à ce que soit ordonnée sa transcription à l'état civil français ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'aux termes de l'article 47 du code civil, tout acte d'état civil des Français et des étrangers fait en pays étrangers 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 ; qu'il est produit aux débats l'acte de naissance de Kolia Yves John B. né le 27 août 2011 à Moscou de Dominique Colbert B., de nationalité française, et de Kristina Yurievna D., de nationalité russe, enregistré le 6 septembre 2011 au bureau de l'état civil Tverskoy de la direction de l'état civil de Moscou ; que, pour débouter l'appelant de sa demande, les premiers juges ont retenu « qu'en l'absence d'éléments contraires, les indices réunis convergeaient pour établir que M. B., en recherche de descendance, avait eu recours aux services de Mme D., voire d'une tierce personne pour porter et/ou concevoir l'enfant et lui remettre après la naissance, dans le cadre d'un accord et dans des conditions rentrant dans les prévisions de l'article 16-7 du code civil » ; que M. B., qui a attesté sur l'honneur le 30 novembre 2011 ne pas avoir eu recours au service d'une mère porteuse pour la gestation de son enfant Kolia B., soutient qu'il appartient au ministère public d'administrer la preuve du contrat de gestation pour autrui ; qu'il ajoute qu'alors même que la preuve serait rapportée de l'existence d'un tel contrat, les dispositions de l'article 47 du code civil ne peuvent être écartées, dès lors que « le ministère public reconnaît lui-même que l'acte de naissance de Kolia B. ne souffre pas de contestation dans l'établissement de la filiation, ni d'irrégularités intrinsèques » ; que le ministère public fait valoir que la réalité d'un contrat de gestation pour autrui passé par l'appelant et ayant abouti à la naissance de Kolia B. n'est pas contestable ; que, pour caractériser le faisceau d'indices, le tribunal a utilisé les pièces figurant au dossier du ministère public et en particulier les documents transmis par le ministère des affaires étrangères et européennes en provenance du consulat général de France à Moscou ; qu'il résulte des documents produits que M. B. a obtenu la délivrance de deux passeports, l'un en 2003 et l'autre en 2005 ; que le consulat a pu consulter le passeport n° 03TD46183 et constater l'absence de visa à l'époque correspondant à la période de conception de l'enfant ; que

n'ayant pu consulter le second passeport de M. B n° 05RT250932, le poste consulaire a demandé à M. B de lui adresser copie du visa qui aurait pu lui permettre d'entrer en Russie fin 2010 ou début 2011 ; que M. B a alors indiqué que « ce second passeport avait malencontreusement été détruit » ; que M. B a refusé de s'expliquer sur les circonstances de sa rencontre avec Mme D , mère de l'enfant ; que celle-ci a indiqué qu'elle avait été suivie à la clinique Vita Nova de Moscou qui avait ensuite trouvé la maternité ; que le poste consulaire a relevé que la mère vivait habituellement à Kirov à plus de 1 000km de Moscou ; que la mère de l'enfant a consenti dès le 7 octobre 2011, dans une attestation notariée, « à la sortie du domicile permanent à la République française de son fils mineur B Kolia Yves John né le 27 août 2011 » ; que sauf à préciser que Mme D était en possession d'un passeport depuis le 30 juin 2008, il convient de dire que ces éléments constituent un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. B et Mme D , laquelle avait d'ailleurs fourni des explications confuses lors de l'entretien du 29 novembre 2011 ; qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; qu'en présence de cette fraude, le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait être utilement invoquée, étant au demeurant observé qu'il a été délivré un document de voyage à Kolia qui fréquente une crèche parisienne ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE M. B demande la transcription de l'acte de naissance de l'enfant Kolia Yves John B , né le 7 août 2011 à Moscou (Russie) de Mme Kristina D , née le 28 juin 1988 à Besagach Burlinskiy Ural (Kazakhstan) et qu'il a reconnu le 10 mars 2011 à Paris 11e, sous le numéro 491 ; qu'en l'espèce, la régularité formelle de l'acte de naissance établi en Russie et apostillé, le 17 octobre 2011, n'est pas contestée par le ministère public ; que pour s'opposer à la transcription, le ministère public fait valoir que le consulat de France à Moscou a recueilli des éléments permettant de retenir que la naissance de l'enfant est intervenue dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui, prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil ; que la preuve de l'existence et du contenu d'un contrat, que le droit répute nul, car illicite, comme contraire à l'ordre public français, peut être faite par tout moyen, s'agissant d'établir la participation des parties à une fraude à la loi ; que pour fonder son opposition, le ministère public s'appuie sur les éléments recueillis par les services consulaires, dont il ressort que M. B ne se trouvait pas en Russie à la date de conception de l'enfant, ainsi qu'il résulte du passeport

communiqué aux services consulaires ; que le suivi de grossesse de la mère a été effectué en partie dans une clinique spécialisée dans les techniques de procréation médicale assistée et de gestation pour autrui, située à plus de 1 000 km du lieu de résidence habituelle de la mère ; qu'il n'existe aucun projet de vie commune entre les parents, M. B. ayant contracté, en France, un pacte civil de solidarité avec une personne de même sexe ; que si M. B. explique qu'il ne peut être déduit de l'absence de visa sur le passeport communiqué aux services consulaires, qu'il n'était pas présent sur le territoire russe à la date de la conception de l'enfant, pour être détenteur d'un autre passeport lui permettant de séjourner dans ce pays au moyen d'un visa « open business », il sera, d'une part, relevé que M. B. n'a jamais communiqué cette pièce et qu'il ressort des vérifications opérées par les services consulaires auprès des autorités consulaires russes à Paris que M. B. n'a pas effectué de séjour en Russie de 2009 à fin mars 2011 ; qu'il convient, en outre, de relever que Mme D. a autorisé, un peu plus d'un mois après la naissance de l'enfant, le transfert de celui-ci en France auprès de M. B. qui en assume la charge depuis lors ; que si M. B. conteste la valeur probante de ces éléments, en l'absence d'éléments contraires, les indices ainsi réunis convergent pour établir que M. B., en recherche de descendance, a eu recours aux services de Mme D., voire d'une tierce personne, pour porter et/ou concevoir l'enfant et le lui remettre après la naissance, dans le cadre d'un accord et dans des conditions rentrant dans les prévisions de l'article 16-7 du code civil ; que l'article 16-7 du code civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; que l'article 16-9 du code civil la répute d'ordre public ; que cette prohibition procède des principes essentiels du droit français dont la violation est une atteinte à l'ordre public international 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 procréation ou 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 à 16-9 du code civil ; que dans la mesure où la transcription sollicitée aurait pour conséquence de donner effet, en France, à une convention relevant de la prohibition des articles 16-7 et 16-9 du code civil, c'est à bon droit que le ministère public s'y oppose nonobstant la régularité formelle de l'acte ; qu'un tel refus, qui ne prive pas l'enfant de la filiation paternelle et maternelle que le droit russe lui reconnaît, ni ne le prive de vivre avec ses parents en France en ou Russie, comme en atteste suffisamment la présence sur le sol français de l'enfant, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme non plus qu'à son intérêt supérieur garantie par l'article 3, alinéa 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

1°/ ALORS 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 toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en conséquence, à la supposer avérée, la circonstance qu'un enfant soit le fruit d'un processus comportant une convention de gestation pour autrui ne permet pas au ministère public de refuser la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance formellement régulier et conforme à la réalité biologique ; qu'en l'espèce, l'acte de naissance établi en Russie de Kolia Yves John B , né le 27 août 2011 à Moscou, énonce que M. Dominique B est le père de l'enfant et que Mme Kristina D est sa mère ; que le ministère public n'a contesté ni la régularité formelle de cet acte ni la conformité de cet acte, à la réalité de ses énonciations ; qu'en retenant, pour refuser de faire droit à la demande de transcription de l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger et conforme à la réalité de la paternité de M. Dominique B à l'égard de son fils Kolia, que la naissance était l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public, la cour d'appel a violé les articles 18, 47 et 332 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS QUE le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation et sa nationalité ; qu'en refusant de transcrire sur les registres d'état civil français l'acte de naissance de Kolia B , régulièrement établi à l'étranger et conforme à la réalité de la paternité de M. Dominique B , aux motifs inopérants que la naissance était l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui et, par motifs adoptés, que le refus de transcription ne privait l'enfant ni de la filiation que lui reconnaît le droit russe, ni de vivre avec ses parents en France ou en Russie, la cour d'appel a violé l'article 9 du code civil, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

3°/ ALORS QUE l'intérêt supérieur de l'enfant commande que soit transcrit sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger mentionnant exactement la filiation paternelle à l'égard du père biologique et la filiation maternelle ; qu'en jugeant que le refus de transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance de Kolia B ne portait pas atteinte à l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel a violé l'article 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ;

4°/ ALORS QUE, en tout état de cause, en jugeant que le refus de transcription ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de l'enfant, sans rechercher si l'enfant Kolia B ne se trouvait pas privé, du fait de ce refus, du droit d'acquérir la nationalité française et des droits corrélatifs, et notamment du droit de se maintenir sur le territoire français à sa majorité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

5°/ ALORS QUE, subsidiairement, à la supposer avérée, la possibilité offerte au ministère public de refuser la transcription d'un acte de naissance sur les registres de l'état civil au motif que l'enfant est le fruit d'une convention de gestation pour autrui ne saurait s'exercer que si l'existence de cette convention est avérée ; qu'en se fondant, pour refuser de transcrire l'acte de naissance de Kolia B sur les registres de l'état civil, sur des éléments dont elle a considéré qu'ils constituaient un faisceau de preuves de nature à établir que M. B avait eu recours aux services de Mme D dans le cadre d'une convention de gestion pour autrui, tandis que seule la preuve de la conclusion d'une convention de gestation pour autrui permettait de refuser une telle transcription, la cour d'appel a violé les articles 18, 47, 16-7 et 16-9, 336 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué de mettre hors de cause l'agent judiciaire de l'Etat ;

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

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE la demande financière de M. B , tendant à obtenir le paiement d'une indemnité de procédure à titre accessoire, ne tend pas à voir déclarer l'Etat débiteur à titre principal ; qu'il en résulte que l'appel en cause de l'agent judiciaire du Trésor n'était nullement nécessaire, et que ce dernier sollicite à bon droit sa mise hors de cause ;

ALORS QU'il résulte des articles 1040 du code de procédure civile et 38 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 que toute action dirigée contre le ministère public devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, tendant à faire déclarer qu'une personne a la qualité de Français, peut donner lieu à une demande d'indemnisation des frais irrépétibles qui doit être formée à l'encontre de l'agent judiciaire de l'Etat ; qu'en retenant, pour mettre hors de cause l'agent

judiciaire de l'Etat, que la demande d'indemnité de procédure ne constituait pas une demande principale mais une demande accessoire, formée non pas à titre principal mais à titre accessoire, la cour d'appel a ajouté aux textes susvisés une condition qu'ils ne prévoyaient pas et, en conséquence, les a violés.