

Arrêt n° 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) -Cour de cassation - Assemblée plénière

GPA - ETAT CIVIL

Demande d'avis à la CEDH et sursis à statuer

Demandeur(s) : M. Dominique X... ; et autres

Défendeur(s) : M. le procureur général près la cour d'appel de Paris

I. - LES FAITS ET LA PROCÉDURE

Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2010), aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés dans le comté de San Diego (Californie) conformément à un jugement de la Cour supérieure de l'Etat de Californie du [...] 2000, G. et H. X... sont nées le [...] 2000 à [...] (Californie) de M. X... et Mme Y... épouse X..., tous deux de nationalité française.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles (Californie).

Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner M. et Mme X... en annulation de cette transcription.

Par un jugement confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007, le procureur de la République a été déclaré irrecevable en son action.

Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 (1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468).

Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a annulé la transcription, sur le registre du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. et Mme X... en qualité de père et mère des enfants G. X... et H. X....

Pour annuler la transcription sur les registres du service d'état civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie), l'arrêt constate que ces actes ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'Etat de Californie qui a déclaré M. Dominique X..., père génétique et Mme X..., mère légale de tout enfant à naître de Mme Z... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000. Il relève que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que Mme Z... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. X... et d'une tierce personne, enfants qui ont été remis à M. et Mme X.... Il en déduit, dès lors, que toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de

l'article 16-7 du code civil, que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international.

Par un arrêt du 6 avril 2011 (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de M. et Mme X... contre cet arrêt.

Ces derniers ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de G. et H. X... au respect de leur vie privée et que la France devait verser une somme aux deux requérantes au titre du préjudice moral subi et des frais et dépens.

Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire institués par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, ont sollicité, par une demande du 15 mai 2017, le réexamen de cette affaire.

Par un arrêt du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande et dit que l'affaire se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

II. - LES MOYENS

Au soutien du pourvoi, objet de la demande de réexamen, M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, soulèvent un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'annuler la transcription des actes de naissance de G. et H. X....

Ils font valoir :

- que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec l'ordre public interne ; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. X... « père génétique » et Mme Y... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme Z... entre le 15 août et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ;

- qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les consorts X... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution ;

- que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux X... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux X..., a violé l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant ;

- qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

- que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite Convention.

III. - MOTIFS DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Dans l'arrêt précédemment mentionné du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants G. et H. X... au respect de leur vie privée (CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, X... c. France, n° 65192/11). Elle a considéré que si la Cour de cassation avait, à l'égard des parents, ménagé un juste équilibre entre leurs intérêts et ceux de l'Etat, en ce qui concerne leur vie privée et leur vie familiale (§ 94), il n'en était pas de même s'agissant des enfants, dont le respect de la vie privée, qui "implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation", se trouvait "significativement affecté" (§ 99). Pour expliciter cette analyse, la Cour a rappelé que si, en raison de l'absence de consensus en Europe sur la gestation pour autrui, sujet qui soulève de délicates interrogations d'ordre éthique, les Etats devaient en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention (§ 79), les choix qu'ils peuvent opérer, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle (§ 81). A cet égard, s'agissant des enfants conçus selon ce mode de procréation à l'étranger, la Cour a constaté qu'en ce qui concerne l'établissement de leur filiation en France, ils se trouvaient dans une "situation d'incertitude juridique", la France leur niant la qualité d'enfants des parents d'intention dans son ordre juridique (§ 96). Elle a également relevé que ces enfants se trouvaient dans "une troublante incertitude de voir reconnaître leur nationalité française", "pareille indétermination étant de nature à

affecter négativement la définition de leur propre identité” (§ 97). Elle a, par ailleurs, observé que cette absence d'identification avait une conséquence sur les droits à succession de ces enfants (§ 98). Après avoir constaté que le droit au respect à la vie privée de ces enfants se trouvait significativement affecté et que se posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 99), la Cour a ajouté que “cette analyse prenait un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant” (§ 100). Elle en a déduit “qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur était allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation (§ 100)”.

2. Sur le fondement de cette analyse, la Cour de cassation a rendu, en assemblée plénière, deux arrêts par lesquels elle a modifié sa jurisprudence (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et 15-50.002, Bull. Ass. plén. 2015, n° 4). Par ces arrêts, elle a jugé que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger. L'article 47 du code civil étant ainsi interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation en a déduit 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.

3. A la suite de cette jurisprudence, la première chambre civile de cette Cour a jugé, par deux arrêts du 5 juillet 2017, que viole l'article 47 précité et l'article 8 de la Convention l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, alors qu'il résulte des données de fait, d'un acte ou jugement étranger, que le patrimoine génétique du père d'intention a été utilisé et qu'en revanche, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de cet article 47, est la réalité de l'accouchement et qu'ainsi en fait une exacte application, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, la cour d'appel qui refuse la transcription de la filiation maternelle d'intention (1re Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025).

4. La Cour de cassation a ainsi retenu l'interprétation des arrêts Menesson et Labassée, soutenue par la majeure partie de la doctrine universitaire française, selon laquelle la Cour européenne a imposé à la France de reconnaître le lien de filiation des enfants à l'égard de leur père biologique. Conformément à la règle *Mater semper certa est*, qui fonde le droit français de la filiation, la Cour de cassation a considéré que celui-ci ne permettait pas la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne la mère d'intention. Mais elle a, en même temps, opéré un revirement de jurisprudence en admettant l'adoption de l'enfant par l'époux ou l'épouse du père biologique dans les conditions prévues par la loi française pour l'adoption dans le cadre d'un mariage (1re Civ., 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455).

5. Procédant à un contrôle de conventionnalité, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que ce refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à

l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résultait de la loi au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et poursuivait un but légitime en ce qu'il tendait à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et visait à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil. Elle a ensuite jugé qu'au regard de ce but légitime poursuivi, ce refus ne portait pas une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale des enfants, consacré par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention. En effet, il est constant, d'abord, que 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 française aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger. Ensuite, selon une jurisprudence de la Cour de cassation initiée par deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, 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, opérant un revirement de jurisprudence par ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a admis le recours à l'adoption entre les enfants et l'épouse du père, qui permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (article 353, alinéa 1er, du code civil), de créer un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention.

6. La loi française facilite l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, la condition posée à l'article 343-2 du code civil, qui prévoit que l'adoptant doit être âgé de plus de vingt-huit ans, ne s'applique pas dans ce cas. Il en est de même de la condition exigée par l'article 348-5 concernant l'adoption d'un enfant de moins de deux ans, selon laquelle ce dernier doit avoir été effectivement remis à l'aide sociale à l'enfance. Par ailleurs, la différence d'âge exigée entre l'adoptant et l'adopté est de dix ans, au lieu de quinze dans le régime de droit commun. Le consentement du conjoint est nécessaire à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté (article 343-1, second alinéa). L'enfant doit également consentir à son adoption s'il a plus de treize ans. L'adoption est prononcée par une juridiction judiciaire "si les conditions de la loi sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant" (article 353, alinéa 1er). La loi a également aménagé les effets de cette adoption plénière spécifique. En effet, le second alinéa de l'article 356 du code civil prévoit que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille, et produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, l'article 310 du code civil pose le principe selon lequel "tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère".

7. Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour

la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention.

8. Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'adresser une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme.

PAR CES MOTIFS :

ADRESSE A LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME UNE DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF SUR LES QUESTIONS SUIVANTES :

1°). En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?

2°). Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?

SURSOIT à statuer jusqu'à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme ;

Président : M. Louvel

Rapporteur : Mme Martinel

Avocat général : M. Ingall-Montagnier, premier avocat général

Avocats : SCP Spinosi et Sureau