

Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse : analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral*

Véronique BOILLET

Professeure associée à l'Université de Lausanne

Estelle DE LUZE

Avocate, docteure en droit

Introduction

1. Le 21 mai 2015, les juges fédéraux suisses se sont pour la première fois penchés sur une question de reconnaissance d'un jugement californien rendu à la suite d'une GPA constatant la filiation d'un enfant à l'égard de deux pères d'intention¹. Fondé sur la réserve de l'ordre public, l'arrêt rendu a été fortement critiqué par la doctrine suisse². Depuis lors, cet arrêt a été confirmé à deux reprises³.

2. Dans un premier temps, cette contribution visera à présenter brièvement la réglementation de la GPA en Suisse. Nous nous pencherons ensuite sur les trois arrêts du Tribunal fédéral et examinerons plus particulièrement la légitimité du recours à la réserve d'ordre public à l'aune des garanties de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)⁴ et des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme⁵ rendus sur la question de la GPA. Il s'agira ensuite d'analyser les principales problématiques qu'implique un refus de reconnaissance des liens de filiation d'un enfant né d'une GPA, sous l'angle du droit public (interdiction de discrimination et risque d'apatridie) puis du droit privé (autorité parentale,

* Les auteurs remercient le Prof. Philippe Meier pour sa relecture et ses conseils ainsi que le Prof. Vincent Martenet pour ses conseils et Mme Valérie De Luigi, MLaw, pour sa relecture. Cette contribution reprend et met à jour une précédente publication des mêmes auteurs : V. BOILLET et E. DE LUZE, « Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ? », *Jusletter*, 5 octobre 2015.

¹ ATF 141 III 312, 21 mai 2015.

² Voy. notamment V. BOILLET et E. DE LUZE, « Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ? », *op. cit.* (note *); A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Nr. 2 BGer vom 21.05.2015: Eintragung ausländischer Entscheidungen und Urkunden in das Zivilstandsregister, Anerkennung eines Leihmutterchaftsurteils », *FamPra.ch*, 2016, pp. 236 et s.; S. HOTZ, « Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts », *AJP*, 2015, pp. 1325 et s.

³ ATF 141 III 328, 14 septembre 2015; TF, 1^{er} décembre 2016, 5A_317/2016 et 5A_324/2016.

⁴ Convention relative aux droits de l'enfant conclue à New York le 20 novembre 1989 (CDE), RS 0.107.

⁵ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

entretien de l'enfant et relations personnelles ainsi que la problématique du « ein-Eltern-Kind »). À la croisée entre les deux domaines, le droit de connaître ses origines fera l'objet d'un bref examen et permettra la transition entre les matières. Nous proposerons finalement un petit excursus sur le rôle qu'est susceptible de jouer l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁶ en matière de reconnaissance des liens de filiation avant d'évoquer les travaux de la Conférence de La Haye et de formuler quelques remarques conclusives.

Chapitre 1

La gestation pour autrui

3. En Suisse, la GPA est définie par l'article 2, let. k, de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA)⁷; elle implique le recours à une méthode de procréation médicalement assistée et la remise de l'enfant après sa naissance à des parents d'intention⁸.

4. Un tel procédé est prohibé tant au niveau constitutionnel que légal (art. 119, al. 2, let. d, Cst. féd.⁹ et 4 LPMA). Tout contrat de GPA soumis au droit suisse est nul de plein droit (art. 20 CO¹⁰)¹¹ et toute personne appliquant une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution est punie de l'emprisonnement ou de l'amende (art. 31, al. 1, LPMA). Selon les travaux législatifs préparatoires, l'interdiction de la GPA vise principalement à protéger la dignité de la mère porteuse¹², la dignité de l'enfant¹³ et l'intérêt supérieur de ce dernier¹⁴.

⁶ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999 (ALCP), RS 0.142.112.681.

⁷ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA), RS 810.11, art. 2, let. k: « *mère de substitution*: une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement ».

⁸ Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution », p. 5, disponible sur internet: www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html > Actualité > News > Problème des mères porteuses: des efforts pour trouver une solution internationale.

⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. féd.), RS 101.

¹⁰ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1912 (CO), RS 220.

¹¹ B. CHRISTENSEN, « Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft », *hill: Zeitschrift für Recht und Gesundheit*, 2013/86, § 30; I. SCHWENZER et M. COTTIER, « Art. 252 N 10 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (éd.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 5^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014.

¹² Les objectifs sont d'éviter toute instrumentalisation de son corps, toute contrainte imposée par les parents commanditaires quant à son mode de vie et d'éviter de la soumettre au choix entre le respect de ses engagements pris à l'égard des parents commanditaires et le lien qu'elle a développé avec l'enfant qu'elle porte, Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8), pp. 5 et s.

¹³ L'enfant ne doit pas être réduit au statut de marchandise, Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8), p. 6.

¹⁴ L'enfant ne doit pas être l'objet de conflits s'agissant de la détermination des liens de filiation et ne doit pas rencontrer de difficultés dans la constitution de son identité en raison de l'absence de correspon-

5. Au niveau international, il y a lieu de distinguer les États qui prohibent la GPA, de ceux qui la tolèrent, faute de réglementation, et, enfin, de ceux qui l'autorisent et l'encadrent¹⁵.

6. La GPA étant tolérée, voire autorisée, dans plusieurs États étrangers, il arrive que certains couples suisses – hétéro- ou homosexuels – se rendent à l'étranger afin de recourir aux services d'une mère porteuse. Selon le Conseil fédéral, la majorité de ces cas ne sont cependant pas annoncés et, faute d'indices permettant de les identifier, ne sont pas soumis à une enquête officielle¹⁶. Seule une minorité de parents d'intention décident, à leur retour en Suisse, de demander la reconnaissance de la décision ou du jugement attestant de leurs liens de filiation à l'égard de l'enfant né d'une GPA. À ce jour, le Tribunal fédéral suisse n'a dû traiter que trois affaires (dont les arrêts ont été rendus les 21 mai 2015, 14 septembre 2015 et 1^{er} décembre 2016)¹⁷. Cette contribution vise à examiner de manière critique l'analyse proposée par notre Haute Cour. Précisons que dans la mesure où les arrêts du 14 septembre 2015 et du 1^{er} décembre 2016 reprennent en grande partie les principes développés dans l'arrêt du 21 mai 2015, nous nous concentrerons sur la première affaire et ne traiterons les autres que dans la mesure où elles apportent des nouveautés.

Chapitre 2

La jurisprudence du Tribunal fédéral

Section 1

Faits et considérants

7. Le premier arrêt du 21 mai 2015 (ATF 141 III 3112) concernait les défendeurs A. et C., ressortissants suisses domiciliés en Suisse, liés par un partenariat enregistré, qui ont conclu le 6 juillet 2010, un contrat de GPA avec un couple, F. et H., vivant en Californie. Le 11 avril 2011 est né l'enfant D., à Bakersfield, en Californie, de l'insémination artificielle d'un ovule d'une donneuse anonyme avec le sperme de A. L'embryon a été porté par F. Par jugement de paternité du 24 février 2011, la Cour supérieure de l'État de Californie pour le

dance entre les statuts de parents biologiques, juridiques et sociaux, Conseil fédéral, «Rapport du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution», *op. cit.* (note 8), p. 6.

¹⁵ Conférence de La Haye de droit international privé – Bureau Permanent, «Note d'information pour la réunion du groupe d'experts relatif au projet filiation / maternité de substitution», janvier 2016, pp. 6 et s.; Conférence de La Haye de droit international privé – Bureau Permanent, «Le projet filiation / Maternité de substitution: note de mise à jour», février 2015, pp. 16 et s.; Conseil fédéral, «Rapport du 29 novembre 2013», *op. cit.* (note 8), pp. 21 et s.; L. BRUNET *et al.*, «A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States», European Parliament (Directorate General for Internal Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs), PE 474.403, 2013, pp. 37 et s.

¹⁶ Conseil fédéral, «Rapport du 29 novembre 2013», *op. cit.* (note 8), p. 10.

¹⁷ ATF 141 III 312; ATF 141 III 328; TF, 1^{er} décembre 2016, 5A_317/2016 et 5A_324/2016.

Comté de Kern a jugé que A. est le père biologique et naturel de l'enfant à naître et que C. est présumé être le second père naturel. F. et H. ont quant à eux renoncé à l'ensemble de leurs droits et obligations parentaux.

8. L'Office d'état civil du canton de Saint-Gall a refusé de reconnaître le jugement californien et de transcrire le certificat de naissance dans les registres d'état civil par décision du 21 mars 2012. Sur recours, le Département de l'intérieur du canton de Saint-Gall a admis l'inscription de A. et C. en tant que pères de l'enfant D. L'Office fédéral de la justice a recouru contre cette décision au Tribunal administratif cantonal puis au Tribunal fédéral (art. 90, al. 4, OEC¹⁸, art. 76, al. 2, LTF¹⁹). Ce dernier considère que le jugement californien ne peut être que partiellement reconnu dans la mesure où il consacre un lien de filiation entre le père génétique A., et l'enfant D. Le lien de filiation entre le second père C. et l'enfant D. ne doit pas être reconnu, dès lors qu'il est manifestement contraire à l'ordre public suisse.

9. Notre Haute Cour a commencé par examiner si la reconnaissance du jugement californien doit être refusée au motif qu'il serait manifestement incompatible avec l'ordre public suisse (art. 27, al. 1, LDIP). À cet égard, elle a tout d'abord défini la portée de la réserve d'ordre public dans le domaine en question, en se référant notamment au principe *mater semper certa est* consacré par l'article 252, alinéa 1, du Code civil (ci-après «CC») ainsi qu'à l'interdiction de la GPA (art. 119, al. 2, let. d, Cst. féd. et 4 LPMA) et aux raisons qui justifient une telle interdiction. Dans un deuxième temps, elle a examiné dans quelle mesure l'inscription dans les registres d'état civil du jugement étranger ainsi que l'acte de naissance y relatif entraîneraient une atteinte à l'ordre public. Elle a tout d'abord relevé que le recours à la réserve d'ordre public ne se déduit pas de l'homosexualité des défendeurs. La réserve de l'article 27, alinéa 1, LDIP s'applique en raison du fait que ces derniers se sont rendus en Californie afin d'éviter l'interdiction de la GPA consacrée par l'ordre juridique suisse et ont ainsi commis une fraude à la loi. Peu importe à cet égard que l'enfant né de la GPA n'ait rien à se reprocher, ni que la reconnaissance puisse être dans son intérêt. Le recours à la réserve d'ordre public se justifie, selon notre Haute Cour, au motif qu'une reconnaissance du jugement californien aurait pour conséquence d'encourager le tourisme procréatif, de réduire à néant l'interdiction nationale de la GPA, et de rendre, par là même, sans effet tant la protection de l'enfant contre une marchandisation que la protection de la mère porteuse contre une commercialisation de son corps. Finalement, le Tribunal fédéral a examiné si le recours à la réserve d'ordre public est conforme au droit international. Il s'est référé ici aux trois arrêts rendus à cette époque par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de GPA et a examiné si le statut de l'enfant D. est suffisamment protégé au regard des garanties de la Convention

¹⁸ Ordonnance fédérale sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC), RS 211.112.2.

¹⁹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la CDE. Tel est le cas, selon lui, dès lors que l'enfant vit avec les deux défendeurs et forme avec eux une communauté familiale au bénéfice de la protection de l'article 8 CEDH. L'enfant D. n'a certes qu'un parent légal (« ein-Eltern-Kind ») – dès lors que le deuxième défendeur ne peut actuellement pas adopter et que la mère porteuse a renoncé valablement à ses droits et obligations parentaux –, mais il ne subirait aucun préjudice à cet égard, dans la mesure où il a pu acquérir la nationalité suisse et n'est pas menacé d'apatridie, qu'il a le nom du premier défendeur et a droit à son entretien. Le deuxième défendeur bénéficie quant à lui de droits et d'obligations d'assistance au sens de l'article 27 LPart²⁰. Le bien de l'enfant au sens de l'article 3 CDE ainsi que les droits consacrés par l'article 7 CDE seraient dès lors garantis.

10. L'affaire tranchée le 14 septembre 2015 (ATF 141 III 328) se distingue de celle du 21 mai 2015 essentiellement sur trois points : le contrat de GPA a été conclu en Californie avec un couple de ressortissants suisses *hétérosexuels* et *mariés*. Tant l'ovule que le sperme provenant de donneurs anonymes, les père et mère d'intention ne présentent *aucun lien génétique* avec les enfants nés de la GPA (il s'agit de jumeaux). Finalement, contrairement au premier arrêt, les jumeaux ne sont pas *parties* à la procédure. En se fondant, en substance, sur la même argumentation que dans son arrêt du 21 mai 2015, le Tribunal fédéral a refusé la reconnaissance des liens de filiation des jumeaux à l'égard des père et mère d'intention, bien que les enfants deviennent « Elternlos ».

11. Dans la dernière affaire (5A_317/2016 et 5A_324/2016), il s'agissait de la même constellation que dans l'arrêt du 21 mai 2015, soit d'une demande de reconnaissance des liens de filiation à l'égard de deux pères d'intention, dont le patrimoine génétique de l'un des deux a été utilisé pour la conception. Le Tribunal fédéral s'est contenté ici de relever que les conditions susceptibles de justifier une modification de jurisprudence ne sont pas remplies en l'espèce²¹ et a dès lors confirmé la reconnaissance du seul lien de filiation à l'égard du père génétiquement apparenté.

12. Ces arrêts posent principalement problème en raison du fait qu'ils n'accordent pas suffisamment de place aux intérêts des enfants nés d'une GPA, raison pour laquelle il s'agit de débiter notre analyse par un examen de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE)²².

²⁰ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 (LPart), RS 211.231.

²¹ TF, 1^{er} décembre 2016, 5A_317/2016, cons. 2 et 5A_324/2016, cons. 2.

²² Pour une analyse approfondie du recours à la réserve d'ordre public, cf. S. HOTZ, « Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmatterschaftsurteil des Bundesgerichts », *op. cit.* (note 2), pp. 1326 et s.

Section 2

La réserve d'ordre public à l'aune des garanties de la CDE et de la CEDH**§ 1. La garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant**

13. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, alinéa 1, CDE n'est pas définie²³; dès lors qu'elle se fonde sur des jugements de valeur impliquant une certaine subjectivité, sa mise en œuvre doit être consciencieusement argumentée²⁴. Elle doit notamment être concrétisée en fonction de la problématique juridique dans laquelle elle s'inscrit²⁵ à l'aide des autres dispositions de la CDE qui doivent permettre de préciser ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶. Il est par exemple dans l'intérêt de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance (art. 7, al. 1, CDE), de voir son identité préservée, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales (art. 8 CDE), ou d'être traité comme un individu à part entière (art. 16 CDE)²⁷.

14. Au regard de cette garantie, il nous paraît tout d'abord important de relever que le recours au concept de fraude à la loi est en soi problématique²⁸. Ce concept vise à sanctionner, par un refus de reconnaissance, les personnes qui se sont soustraites à la réglementation nationale²⁹. Or, si le refus partiel de recon-

²³ C. CREVOISIER, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, Thèse, Berne, Stämpfli, 2014, pp. 126 s.; M. FREEMAN, « Article 3 – The Best Interests of the Child », in A. ALEN et al. (éd.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Boston, Martinus Nijhoff, 2007, p. 27. À noter qu'en Suisse, la traduction allemande parle de « Wohl des Kindes » et le Tribunal fédéral ne distingue pas entre les notions d'intérêt supérieur de l'enfant et de bien de l'enfant, E. DE LUZE, « Le bien de l'enfant », in E. CASHIN RITAINE et E. ARNAUD (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Genève, Schulthess, 2008, p. 563; J. ZERMATTEN, « La Convention relative aux droits de l'enfant », in M. HERTIG RANDALL et M. HOTTELIER (éd.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, p. 324. Voy. également l'Observation générale du Comité des droits de l'enfant qui vise à clarifier la notion d'intérêt supérieur: Committee on the Rights of the Children, « General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) », CRC/C/GC/14.

²⁴ M. FREEMAN, *ibid.*, p. 27; J. ZERMATTEN, *ibid.*, p. 325.

²⁵ Committee on the Rights of the Children, *op. cit.* (note 23), § 32; C. CREVOISIER, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, *op. cit.* (note 23), pp. 126 et s.; A. DIEHL, *Leihmutter-schaft und Reproduktionstourismus*, Thèse, Francfort-sur-le-Main, Wolfgang Metzner, 2014, p. 47; J. ZERMATTEN, « La Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.* (note 23), p. 325.

²⁶ Committee on the Rights of the Children, *op. cit.* (note 23), § 32; Th. HAMMARBERG (commissaire aux droits de l'homme), « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant: ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Conférence donnée le 30 mai 2008 à Varsovie, disponible sur le site du Conseil de l'Europe, CommDH/Speech (2008) 10, p. 3; R. HODGKIN et P. NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Genève, UNICEF, 2007, p. 37, disponible sur internet: www.unicef.org/french/publications/.

²⁷ Th. HAMMARBERG, *ibid.*, p. 3.

²⁸ Concernant le recours au concept de fraude à la loi dans le domaine du tourisme procréatif, voy. l'analyse très détaillée de David Sindres: D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.*, 2015, pp. 429 et s.

²⁹ A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutter-schaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », *FamPra.ch*, 2015, p. 367.

naissance est certes contraire aux intérêts des deux pères d'intention, il déploie cependant des effets négatifs principalement à l'égard de l'enfant – dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul père –, alors même que l'enfant n'a aucune part de responsabilité dans le choix des défendeurs³⁰. Malgré un tel constat, le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas lieu d'écarter la réserve d'ordre public pour cause de fraude à la loi³¹.

15. Bien au contraire, alors même qu'il admet que la reconnaissance du jugement californien puisse être dans l'intérêt de l'enfant³², le Tribunal fédéral n'estime pas nécessaire d'approfondir cette question³³. Son argument principal repose sur le fait que la reconnaissance du jugement californien reviendrait à encourager le tourisme procréatif et réduirait ainsi à néant l'interdiction de la GPA – dont l'objectif est de garantir la protection de l'enfant contre une marchandisation et la protection de la mère porteuse contre une commercialisation de son corps³⁴. Selon nous, cette argumentation ne résiste pas à la critique. Comme le Tribunal fédéral le rappelle lui-même, les faits sont désormais accomplis³⁵. Le refus de reconnaissance n'est ainsi pas susceptible d'assurer la protection des mères porteuses et des enfants contre leur commercialisation. Il s'agit là de considérations de prévention générale³⁶ qui sont, certes, susceptibles de justifier l'interdiction de la GPA en Suisse, mais non de motiver un refus de reconnaissance au sens de l'article 27, alinéa 1, LDIP³⁷. Ce d'autant plus que ni la situation de la mère porteuse (s'agissant du risque de commercialisation de son corps), ni les conditions dans lesquelles le contrat de GPA a été conclu (s'agissant du risque pour l'enfant d'être réduit au statut de marchandise) n'ont été examinées *in concreto* par notre Haute Cour³⁸. La problématique de la protection de la mère

³⁰ *Ibid.*

³¹ ATF 141 III 312, cons. 5.3.3.

³² *Ibid.*

³³ Dans le même sens, A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Nr. 2 BGer vom 21.05.2015: Eintragung ausländischer Entscheidungen und Urkunden in das Zivilstandsregister, Anerkennung eines Leihmutterchaftsurteils », *op. cit.* (note 2), pp. 236 s.

³⁴ ATF 141 III 312, cons. 5.3.3.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Dans le même sens, BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, § 45. Voy. également N. DETHLOFF, « Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder », *JZ*, 2014, p. 926 et les références citées; A. DIEL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, *op. cit.* (note 25), pp. 176 et s.

³⁷ L'ordre public doit en effet être apprécié en fonction « du résultat auquel aboutit la décision et non sur la base des motifs de celle-ci ou du contenu de la loi étrangère appliquée », A. BUCHER, « Art. 27, n° 5 », in A. BUCHER (éd.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011. Dans le même sens, voy. l'opinion dissidente commune des juges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens et Grozev relative à l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12, § 11.

³⁸ Le Tribunal fédéral relève au contraire que « Dem steht hier entgegen, dass die Rechtsumgehung zum Ordre public-Verstoss führt, und sich daran nichts ändert, ob das Kind aufgrund einer Leihmutterchaft in einem Land mit allfälligen « Minimalstandards » entstanden ist. Ob dem Kind grundsätzlich die Folgen auferlegt werden können, wenn sich seine Wunscheltern für eine "nicht akzeptable" Leihmutterchaft entscheiden, ist daher nicht zu erörtern. Im vorliegenden Fall bleibt es dabei, dass das

porteuse ne doit être prise en considération que jusqu'à la remise de l'enfant aux parents d'intention et la cession à leur égard des droits et obligations parentaux ; hormis les cas dans lesquels des doutes quant à son consentement pourraient être émis, la mère porteuse n'est plus susceptible de jouer de rôle au stade de la reconnaissance de la décision constatant les liens de filiation³⁹.

16. Il en va par ailleurs de même de l'objectif de protection des enfants contre une commercialisation : dans la mesure où la prohibition de la GPA a déjà été contournée, se justifie-t-il au regard de l'article 3 CDE que le but de protéger les enfants contre une commercialisation l'emporte sur l'intérêt concret d'un enfant né de voir sa filiation reconnue à l'égard de deux parents ? Comme l'a relevé la Cour fédérale allemande, les éléments à prendre en compte dans le cadre d'une telle demande de reconnaissance de jugement ne sont pas les mêmes que ceux qui ont motivé le législateur à interdire la GPA au niveau national : l'enfant né de la GPA constitue un nouveau sujet de droit dont les intérêts doivent être pris en compte de manière prioritaire dans le cadre de la procédure de reconnaissance du jugement étranger⁴⁰. Or, telle n'a pas été l'approche du Tribunal fédéral ; bien au contraire, son analyse paraît même pour le moins contradictoire dans la mesure où il a jugé, dans le premier arrêt, que les intérêts de l'enfant D. sont sauvegardés dès lors que D. a acquis la nationalité suisse, le nom du premier défendeur et qu'il bénéficie de l'entretien de ce dernier, pour juger que les garanties de la CDE sont respectées⁴¹ et que notre Haute Cour n'a pas jugé ces points problématiques dans son second arrêt, alors même que les jumeaux n'ont pas pu acquérir de tels droits, faute de liens de filiation avec leurs père et mère d'intention⁴². Il a certes admis qu'il existe une insécurité juridique liée à la dualité des approches défendues par l'État d'origine et l'État de reconnaissance⁴³, mais il ne s'est pas penché plus en détail sur les conséquences, du point de vue du bien de l'enfant, d'un refus partiel de reconnaissance des jugements américains.

17. De manière à s'assurer du respect de l'article 3, alinéa 1, CDE, le Tribunal fédéral aurait ainsi notamment dû se pencher sur les éléments suivants :

- La vie familiale vécue depuis la naissance⁴⁴ : à cet égard, il est admis que « l'atteinte à la dignité de l'enfant qu'a pu impliquer le contrat de GPA

kalifornische Vaterschaftsurteil insoweit mit dem Ordre public nicht vereinbar ist » (ATF 141 III 312, cons. 5.3.4). Dans le même sens, S. HOTZ, « Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts », *op. cit.* (note 2), pp. 1329 et s.

³⁹ Office fédéral de la justice, Domaine de direction Droit public, Expertise du 15 mai 2013, p. 10, cité in Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8).

⁴⁰ BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, § 46. Pour plus de détails, voy. N. DETHLOFF, « Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder », *op. cit.* (note 36), p. 926 et les références citées.

⁴¹ ATF 141 III 312, cons. 6.4.3.

⁴² ATF 141 III 328, cons. 7.6.

⁴³ ATF 141 III 312, cons. 6.4.3. ; ATF 141 III 328, cons. 7.6.

⁴⁴ Le Tribunal fédéral avait examiné cet élément dans une affaire de droit de séjour d'une mère porteuse (ATF 135 I 143, cons. 3.3).

perd en importance au fil du temps par rapport à une relation vécue avec les détenteurs de l'autorité parentale»⁴⁵. Le Tribunal fédéral admet d'ailleurs que l'enfant va continuer à vivre avec ses parents. Dans le premier cas, avec son père génétique et le partenaire de ce dernier qui bénéficiera des droits et des obligations prévus par l'article 27 LPart. Dans le second, avec ses parents d'intention dont le statut juridique sera particulièrement précaire, un tuteur étant chargé de représenter les jumeaux et de s'assurer de la protection de leurs droits. La reconnaissance des jugements californiens aurait permis «de consolider la situation juridique» des enfants vis-à-vis du/des parent(s) d'intention avec le(s)quel(s) ils vivent déjà⁴⁶. Le fait que les enfants puissent continuer à vivre avec ce(s) dernier(s) sans que leur lien de filiation ne soit reconnu n'est pas suffisant⁴⁷; comme l'a relevé le Conseil fédéral dans son message relatif à la réforme du droit de l'adoption, la reconnaissance juridique d'un tel lien participe en effet au bien de l'enfant⁴⁸ en ce sens que l'enfant «obtient un père ou une mère supplémentaire [voire les deux] pour sa propre sécurité au regard du droit»⁴⁹.

- Les conséquences pour un enfant d'avoir un seul parent («ein-Eltern-Kind»⁵⁰)⁵¹. Le Tribunal fédéral a pourtant pour pratique de le faire dans le cadre des procédures en désaveu⁵²: il juge en effet qu'il appartient à l'autorité qui décide d'instituer une curatelle en vue du procès en désaveu de «procéder à une pesée des intérêts de l'enfant en comparant sa situation avec et sans le désaveu. Elle doit tenir compte des conséquences d'ordre tant psycho-social que matériel, par exemple la perte du droit à l'entretien et des expectatives successorales; il ne sera ainsi pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire une telle action lorsqu'il est incertain que le mineur puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien serait notablement moindre, lorsque la relation étroite entre l'enfant et ses frères et sœurs serait sérieusement perturbée et lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant serait en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique avec son géniteur»⁵³. Ces différents éléments n'ont pas fait l'objet d'une analyse par le Tribunal fédéral.

⁴⁵ Office fédéral de la justice, *op. cit.* (note 39), p. 11.

⁴⁶ Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code civil (Droit de l'adoption) du 28 novembre 2014, FF 2015, pp. 835 et s., spéc. p. 865.

⁴⁷ Voy. *infra*, §§ 38 et s.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, § 57.

⁴⁹ Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code civil, *op. cit.* (note 46).

⁵⁰ ATF 141 III 312, cons. 6.4.2.

⁵¹ Sur cette problématique, voy. *infra*, §§ 53 et s.

⁵² N. BERTSCHI, *Leihmutterchaft: Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 105.

⁵³ TF, 5A_128/2009, 22 juin 2009, cons. 2.3. Voy. également TF, 5A_593/2011, 10 février 2012, cons. 3.1.1.

- Les difficultés liées à l’alternative (proposée par le Tribunal fédéral⁵⁴) de l’adoption⁵⁵; en effet, les parents d’intention pourraient renoncer à l’adoption une fois l’enfant né, s’il s’avère qu’il présente un handicap⁵⁶, voire qu’il n’a pas le sexe désiré. Pour le surplus, il paraît quelque peu contradictoire de juger conforme à l’intérêt supérieur de l’enfant le refus de reconnaissance du second lien de filiation tout en renvoyant les parents d’intention à une procédure d’adoption visant la même issue, soit la création d’un lien de filiation entre l’enfant et le second père⁵⁷. À cet égard, le fait que la procédure d’adoption offre certaines garanties quant à l’aptitude des parents de prendre soin de leur enfant ne doit pas permettre de justifier le refus de reconnaissance, dans la mesure où, comme nous l’avons vu, les parents d’intention dont les liens de filiation n’ont pas été reconnus continueront à s’occuper des enfants dans les faits, seul le lien juridique – et toute la protection qui en découle – n’étant pas reconnu.
- La transparence offerte par les jugements californiens s’agissant des informations relatives à la filiation des enfants⁵⁸.
- Enfin, le caractère discriminatoire du statut des enfants dont la reconnaissance du lien de filiation est refusée à l’égard d’un, voire des deux parents⁵⁹.

§ 2. La protection de la vie privée et familiale : contribution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme *Mennesson*, *Labassee* et *Paradiso*

18. Lors de son analyse du droit international, le Tribunal fédéral s’est naturellement également assuré de la conformité de ses décisions à la CEDH, plus particulièrement à l’article 8 de la Convention qui vise à assurer la protection de la vie privée et familiale. Il s’est alors référé aux trois arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme rendus à l’époque sur la thématique de la GPA⁶⁰ et a résumé ainsi leurs considérants : selon lui, il ressort des arrêts *Mennesson* et *Labassee* qu’un refus de reconnaissance d’un rapport de filiation entre un enfant et un parent génétiquement apparenté est contraire à l’article 8 CEDH⁶¹. Le

⁵⁴ ATF 141 III 312, cons. 6.4.4.

⁵⁵ À noter que le Tribunal fédéral renvoie au projet de modification du droit de l’adoption, voy. *infra*, Chapitre 2, Section 7, §§ 3 et s.

⁵⁶ BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, § 59.

⁵⁷ A. DIEI, *Leihmuttertschaft und Reproduktionstourismus*, op. cit. (note 25), p. 208.

⁵⁸ Voy. *infra*, §§ 32 et s.

⁵⁹ Voy. *infra*, §§ 22 et s.

⁶⁰ Depuis lors, la Cour européenne a rendu un arrêt le 21 juillet 2016 dans l’affaire *Foulon et Bouvet c. France*, req. n° 9063/14 et 10410/14 qui reprend en substance les principes développés dans les arrêts du 26 juin 2014, *Labassee c. France*, req. n° 65941/11 et *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11. À noter par ailleurs que l’affaire *Paradiso* a été renvoyée devant la Grande Chambre, qui a rendu son arrêt le 24 janvier 2017 (Cour eur. D.H., Gde. Ch., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, req. n° 25358/12).

⁶¹ ATF 141 III 312, cons. 6.2.

Tribunal fédéral a ensuite déduit de l'arrêt *Paradiso* qu'un refus de reconnaissance ne viole pas cette dernière disposition, lorsque le lien de filiation revendiqué ne se fonde pas sur une réalité biologique⁶².

19. Il semble que ce résumé ne corresponde pas parfaitement aux considérants des arrêts précités⁶³. S'il ressort en effet des affaires *Mennesson et Labassee* qu'une filiation à l'égard du père biologique doit être reconnue, la Cour européenne n'arrête en revanche pas de solution définitive s'agissant de la reconnaissance des liens de filiation en l'absence de référence biologique⁶⁴. Contrairement à ce qu'affirme le Tribunal fédéral, l'arrêt *Paradiso* n'avait pas permis à la deuxième Section de la Cour européenne de trancher cette question⁶⁵, dès lors que les requérants n'avaient pas épuisé les voies de droit interne sur cette question⁶⁶. En définitive, il serait certes inexact de considérer que le Tribunal fédéral n'a pas respecté la jurisprudence européenne ; il n'en demeure pas moins que les conclusions qu'il en tire s'agissant de l'importance du lien génétique nous semblent trop catégoriques. On verra d'ailleurs à ce propos que la référence au critère biologique peut également poser problème sous l'angle de l'interdiction de discrimination⁶⁷.

20. Soulignons encore que depuis lors, l'affaire *Paradiso* a été renvoyée devant la Grande Chambre, qui a rendu son arrêt le 24 janvier 2017⁶⁸. Après avoir considéré que les faits relèvent non pas de la vie familiale mais de la vie privée des requérants, la Grande Chambre a jugé, contrairement à la deuxième Section, que les mesures adoptées par les autorités italiennes visant l'éloignement de l'enfant et sa prise en charge par les services sociaux en vue de son adoption répondaient à des buts légitimes et pouvaient être qualifiées de nécessaires dans une société démocratique. Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs opinions dissidentes dont celles des juges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens et Grozev à laquelle nous nous rallions. Ces derniers considèrent qu'il y avait lieu d'admettre l'existence d'une vie familiale *de facto* dans la mesure où les requérants se sont occupés de l'enfant dès le jour de sa naissance et jusqu'au jour où il leur a été enlevé par les autorités italiennes. Selon eux, en se fondant

⁶² *Ibid.*, cons. 6.3.

⁶³ H. FULCHIRON et Chr. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassee*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2015, pp. 3 et s.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 6 et s. Voy. également A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Nr. 2 BGer vom 21.05.2015: Eintragung ausländischer Entscheidungen und Urkunden in das Zivilstandsregister, Anerkennung eines Leihmutterchaftsurteils », *op. cit.* (note 2), p. 236 ; A. TSCHENTSCHER, « Kindeswohl - Leihmutterchaft », *RJB*, 2015, p. 736.

⁶⁵ Conférence de La Haye de droit international privé – Bureau Permanent, *op. cit.* (note 15), février 2015, pp. 5 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *Rev. trim. dr. civ.*, 2015, p. 327.

⁶⁶ Cour eur. D.H., 2^e sect., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 25 janvier 2015, req. n° 25358/12, § 62. La Grande Chambre est arrivée à la même conclusion sur ce point, arrêt du 24 janvier 2017, § 84.

⁶⁷ Voy. *infra*, § 26.

⁶⁸ Cour eur. D.H., Gde Ch., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, req. n° 25358/12.

sur la précarité juridique de la situation des requérants, l'arrêt fait « une distinction entre famille “légitime” et famille “naturelle”, distinction qui a été rejetée par la Cour il y a de nombreuses années »⁶⁹. Ces mêmes juges rappellent que l'interdiction par le droit italien de la GPA n'a pas d'effets extraterritoriaux. Les motifs du législateur italien de même que la volonté des autorités de dissuader les ressortissants italiens d'avoir recours à la GPA à l'étranger n'auraient dès lors pas dû jouer de rôle dans une telle affaire, où l'ensemble des faits déterminants se sont déroulés à l'étranger⁷⁰. Finalement, l'arrêt n'a, selon eux, pas accordé suffisamment de poids aux intérêts de l'enfant et des requérants, raison pour laquelle les juges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens et Grozev sont d'avis, à l'instar de la deuxième Section, que les mesures en cause n'étaient pas proportionnées au but poursuivi⁷¹.

21. Après avoir analysé la conformité de sa décision aux articles 3 CDE et 8 CEDH, le Tribunal fédéral a relevé – sans approfondir la question – qu'un refus de reconnaissance pourrait soulever certaines difficultés du point de vue de l'interdiction de discrimination et du risque d'apatridie. Il s'agit maintenant de revenir sur ces deux problématiques.

Section 3

Les enfants nés d'une gestation pour autrui et l'interdiction de discrimination

22. Le Tribunal fédéral n'a pas examiné dans quelle mesure sa décision était susceptible d'entraîner des difficultés sous l'angle de l'interdiction de discrimination. Il s'est contenté de relever que les recommandations du Comité de l'ONU sur les droits de l'enfant relatives au risque d'apatridie et de discrimination entre l'arrivée en Suisse et la décision d'adoption sont prises en compte par le projet de modification du Code civil qui prévoit d'accorder à une personne le droit d'adopter l'enfant de son partenaire. Au-delà du fait que l'adoption ne constitue pas une alternative satisfaisante à la reconnaissance du jugement étranger⁷², il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral se référait ici à un projet de modification qui n'avait pas encore été traité par les Chambres fédérales⁷³. Avant son entrée en vigueur, il ne peut déployer aucun effet juridique⁷⁴. Le Tribunal fédéral aurait ainsi dû examiner dans quelle mesure un refus partiel de reconnaissance des liens de filiation est discriminant.

⁶⁹ Opinion dissidente commune des juges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens et Grozev relative à l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *op. cit.* (note 37), § 4.

⁷⁰ *Ibid.*, § 11.

⁷¹ *Ibid.*, §§ 12 et s.

⁷² *Voy. supra*, § 17 et *infra*, Chapitre 2, Section 7, §§ 3 et s.

⁷³ Cf. Parlement., Ch., curia vista n° d'objet 14.094. Depuis lors, le projet a été voté par le Parlement. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

⁷⁴ P. MOOR, A. FLÜCKIGER et V. MARTENET, *Droit administratif*, vol. I, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2012, p. 202.

23. La notion de discrimination implique qu'« une personne, se trouvant dans une situation similaire à une autre, fasse l'objet d'un traitement inégal qualifié ayant pour but ou pour effet de la défavoriser, sur la base d'un critère de distinction qui porte sur un élément essentiel de son identité ne pouvant pas ou que difficilement être modifié »⁷⁵.

24. L'enfant D., et plus généralement les enfants nés d'une GPA, dès lors qu'ils se voient refuser un lien de filiation, voire tout lien de filiation à l'égard de leurs parents d'intention, constituent un groupe social faisant l'objet d'exclusion ou de dépréciation du fait de leur naissance⁷⁶. En raison de la non-reconnaissance de leurs liens de filiation, ils risquent en effet de ne pas bénéficier des mêmes droits⁷⁷ que les enfants nés sans recours à une GPA⁷⁸; ils sont susceptibles de rencontrer des difficultés s'agissant de l'acquisition d'une nationalité⁷⁹, de l'exercice de leur droit de vote, de leur droit de séjour, de leur droit à l'entretien⁸⁰, voire de leurs droits de succession. Ils se trouvent ainsi, uniquement en raison de leur naissance, dans une situation « d'infériorité juridique » par rapport aux enfants dont les liens de filiation ont été valablement acquis⁸¹. De telles différences de traitement, à moins de se justifier par des motifs objectifs, peuvent être constitutives de discriminations⁸² contraires à l'article 8 Cst. féd., l'article 2 CDE⁸³ et l'article 14 CEDH⁸⁴.

⁷⁵ A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2013, p. 504, § 1082.

⁷⁶ Office fédéral de la justice, *op. cit.* (note 39), pp. 13 et s. À noter que l'article 8, alinéa 2, Cst. féd., contrairement aux articles 2 CDE et 14 CEDH, ne mentionne pas expressément le critère de la naissance. Selon A. Auer, G. Malinverni et M. Hottelier, le critère de la situation sociale peut néanmoins comprendre la naissance (A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, *op. cit.* (note 75), p. 511, § 1101). Voy. également C. CREVOISIER, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, *op. cit.* (note 23), p. 162.

⁷⁷ Voy. *infra*, §§ 38 et s.

⁷⁸ Dans le même sens concernant les enfants vivant avec des parents liés par un partenariat enregistré, Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code civil, *op. cit.* (note 46).

⁷⁹ Voy. *infra*, §§ 28 et s.

⁸⁰ Voy. *infra*, §§ 38 et s.

⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt *Menesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11, § 106.

⁸² Selon le Tribunal fédéral, « il y a discrimination lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation. Si le principe de non-discrimination n'interdit pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'article 8, alinéa 2, Cst., il fonde toutefois le soupçon ou la présomption d'une différenciation inadmissible, de sorte que les inégalités résultant d'une telle distinction doivent faire l'objet d'une justification particulière » (ATF 140 I 201, cons. 6.4.2). Voy. également par exemple Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, req. n° 25951/07, § 58.

⁸³ Concernant la portée de cette disposition, cf. C. CREVOISIER, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, *op. cit.* (note 23), pp. 82 et s. et 162 et s.

⁸⁴ A. RUMO-JUNGO, « Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung », *FamPra.ch*, 2014, pp. 849 et s.; dans le même sens concernant les enfants vivant avec des parents liés par un partenariat enregistré, Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code civil, *op. cit.* (note 46).

25. Selon ces dispositions, la différence de traitement doit viser des personnes placées dans une situation comparable. La comparabilité des situations est une condition dont l'application est délicate en pratique⁸⁵. S'agissant de l'enfant D., il nous paraît possible d'admettre qu'il se trouve dans une situation comparable à celle d'un enfant dont les liens de filiation sont reconnus en Suisse à l'égard de deux pères, soit le père génétique et son partenaire qui a adopté l'enfant à l'étranger⁸⁶. Dans les deux cas, il s'agit de reconnaître un premier lien de filiation à l'égard du père génétique et un second lien de filiation à l'égard du partenaire de ce dernier construit juridiquement, sur la base d'un accord de volontés⁸⁷. Le Tribunal fédéral se réfère par ailleurs à ce cas de figure dans son arrêt⁸⁸. Il juge néanmoins que la situation des défendeurs, et par là même de l'enfant D., doit être traitée différemment, en raison du contournement des règles relatives à la GPA. À notre sens, le fait pour les défendeurs de s'être rendus à l'étranger pour bénéficier d'une réglementation plus favorable en matière de GPA ne constitue pas un motif objectif suffisant pour justifier une différence de traitement de l'enfant D. Comme nous l'avons vu⁸⁹, le but de protéger les enfants et les mères porteuses contre la commercialisation de leur naissance et de leur corps n'aurait pas dû permettre de justifier le recours au motif de la réserve d'ordre public pour refuser la reconnaissance du jugement étranger. Tel est également le cas s'agissant des différences de traitement que subissent les enfants nés d'une GPA. Ces critères permettent en effet uniquement de justifier l'interdiction de la GPA en Suisse. Mais une fois que le recours à ce procédé a été « consommé », ils ne doivent plus jouer de rôle. L'article 2, alinéa 2, CDE le prévoit expressément: les États parties doivent prendre toutes les « mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ». En d'autres termes, les

⁸⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Paris, PUF, 2015, pp. 429 et s. et les références citées.

⁸⁶ Nous l'avons évoqué à plusieurs reprises, la maternité de substitution se distingue de la procédure d'adoption à plus d'un titre (voy. *supra*, § 17 et *infra*, Chapitre 2, Section 7, §§ 3 et s., voy. également Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 15), février 2015, pp. 5 et s.). Il n'en demeure pas moins que si l'on se place *du point de vue de l'enfant*, la comparabilité des situations peut, à notre sens, être admise.

⁸⁷ Comme en matière d'adoption, la remise d'un enfant né d'une maternité de substitution à des parents d'intention fait suite à un accord de volontés impliquant le consentement de la mère porteuse. En l'espèce, la mère porteuse et son mari ont expressément renoncé à l'ensemble de leurs droits et obligations parentaux « beide hätten auf alle elterlichen Rechte und Pflichten verzichtet » (ATF 141 III 312). Pour le surplus, la mère porteuse a renouvelé son consentement après la naissance « Diesen Verzicht wiederholte sie nach der Geburt von C.Z. in ihrer Erklärung vom 9 April 2012 mit den deutlichen Worten, dass sie kein Kind/Eltern-Verhältnis möchte und weder jetzt noch zu irgendeinem Zeitpunkt in der Zukunft bereit sei, rechtliche sowie finanzielle Verantwortung und elterliche Rechte für das Kind zu übernehmen », arrêt du Tribunal cantonal saint-gallois du 19 août 2014, B 2013/158, cons. 4.2.2.

⁸⁸ ATF 141 III 312, cons. 5.2.

⁸⁹ Voy. *supra*, § 15.

États ne doivent pas délibérément faire souffrir les enfants en raison du comportement de leurs parents⁹⁰.

26. Qu'en est-il ensuite du critère biologique⁹¹? À notre sens, il ne doit pas permettre de justifier une différence de traitement s'agissant de la reconnaissance des liens de filiation⁹². Le législateur définit en effet déjà certains rapports de filiation en l'absence de tout lien biologique: on peut se référer ici aux enfants nés dans le cadre d'une procréation médicalement assistée avec don de sperme (art. 23, al. 2, LPMA) ainsi qu'aux enfants nés d'un couple marié dont le mari n'est pas le père biologique (art. 255, al. 1, CC)⁹³. Dans ces deux cas, même en l'absence de référence génétique, un lien de filiation paternel est reconnu par le législateur en faveur du mari de la mère. Le lien du mariage prime ainsi le lien génétique⁹⁴. Cela étant, au regard de l'interdiction de discrimination, le seul lien biologique ne paraît pas constituer un motif objectif suffisant pour justifier une différence de traitement des enfants nés d'une GPA par un refus de reconnaissance du lien de filiation à l'égard d'un parent d'intention sans lien génétique⁹⁵.

27. Élargissons finalement le spectre et imaginons le cas d'un enfant né d'une GPA dont les liens de filiation doivent être reconnus à l'égard d'un père et d'une mère d'intention, comme c'est le cas des jumeaux dans le second arrêt du Tribunal fédéral. Un raisonnement en cascade nous permet d'admettre que cet enfant se trouve dans une situation comparable à celle de l'enfant D., également né d'une GPA, et ne doit dès lors pas faire l'objet d'une différence de traitement, à moins que des motifs objectifs ne le justifient. S'agissant en premier lieu de son lien de filiation paternel – qu'il présente ou non une référence génétique –, il devra être reconnu pour les motifs développés ci-dessus. Qu'en est-il ensuite de son lien de filiation maternel? Le principe *mater semper certa est* consacré par notre Code civil est-il susceptible de constituer un motif objectif justifiant une différence de traitement et permettant ainsi de s'opposer à toute

⁹⁰ B. ABRAMSON, « Article 2 – The Right of Non-Discrimination », in A. ALLEN et al. (éd.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Boston, Martinus Nijhoff, 2008, p. 129. Dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, req. n° 34406/97, § 54: un enfant « ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables ».

⁹¹ Imaginons le cas d'un enfant conçu grâce à un don de sperme d'un tiers, il n'est alors génétiquement lié à aucun des deux pères d'intention.

⁹² Dans le même sens, N. BERTSCHI, *Leihmutterschaft*, *op. cit.* (note 52), p. 105; A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », *op. cit.* (note 29), p. 362.

⁹³ Dans le même sens, BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, § 52.

⁹⁴ Comme le relève le Conseil fédéral, cette réglementation est critiquée par la doctrine, Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8), p. 18. On rappellera par ailleurs que le lien du mariage n'est aujourd'hui plus susceptible de justifier une différence de traitement, voy. à ce propos Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74; Cour eur. D.H., arrêt *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, req. n° 34406/97. Voy. également F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* (note 85), pp. 735 et s.

⁹⁵ Dans le même sens, S. HOTZ, « Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterschaftsurteil des Bundesgerichts », *op. cit.* (note 2), p. 1334.

reconnaissance du lien de filiation entre une mère d'intention et l'enfant né d'une GPA ? À notre sens, tel ne doit pas être le cas, dès lors que le Tribunal fédéral a déjà admis la possibilité de s'écarter du principe *mater semper certa est* dans son arrêt du 21 mai 2015⁹⁶. En effet, on déduit de cette formule que la paternité juridique ne peut être définie qu'une fois le lien de filiation maternel établi⁹⁷. Ce nonobstant, le Tribunal fédéral a admis de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant D. et son père biologique en l'absence de toute filiation maternelle. Par là même, notre Haute Cour a admis la possibilité de relativiser le principe *mater semper certa est*. Une telle relativisation paraît se conformer aux évolutions de la procréation médicalement assistée ; comme l'a relevé la Commission nationale d'éthique, « les analyses génétiques et les possibilités techniques ouvertes par la PMA déterminent une réalité sociale bien différente de celle de l'époque romaine. L'adage, aussi vrai et certain qu'il ait pu être en son temps, n'est plus valable aujourd'hui [...] »⁹⁸. Il ne doit donc, à notre sens, plus pouvoir fonder une différence de traitement du fait de la naissance ; il ne se justifie en effet pas qu'un enfant né d'une mère porteuse qui a renoncé à l'ensemble de ses droits et obligations parentaux ne puisse pas voir constituée sa filiation maternelle et bénéficier ainsi de l'ensemble des droits qui en découlent.

Section 4

Les enfants nés d'une gestation pour autrui et la lutte contre l'apatridie

28. La loi fédérale sur la nationalité⁹⁹ consacrant le principe du *jus sanguinis* (art. 1), l'acquisition de la nationalité suisse par un enfant dépend de la nationalité de ses parents¹⁰⁰. Cela étant, l'acquisition de la nationalité suisse par la naissance implique de régler la question préalable de la filiation de l'enfant en déterminant qui sont ses parents¹⁰¹.

29. Dans le cas d'espèce, la reconnaissance partielle du jugement américain permet à l'enfant D. d'acquérir, en sus de sa nationalité américaine acquise lors de sa naissance, la nationalité suisse de son père génétique dont le lien de filiation a été reconnu. L'enfant D. n'a dès lors jamais été confronté à un risque d'apatridie.

⁹⁶ Voy. *infra*, §§ 59 et s.

⁹⁷ Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8), p. 19. Voy. également C. CREVOISIER, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status*, *op. cit.* (note 23), p. 253.

⁹⁸ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, « La procréation médicalement assistée – Considérations éthiques et propositions pour l'avenir », Prise de position n° 22/2013, 2013, p. 42, disponible sur internet : www.nek-cne.ch/fr/page-daccueil/ > Publications > Prises de position.

⁹⁹ Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952 (LN), RS 141.00. La nouvelle loi sur la nationalité du 20 juin 2014 n'est pas encore en vigueur (FF 2014, pp. 5001 et s.).

¹⁰⁰ A. DIEL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, *op. cit.* (note 25), p. 122.

¹⁰¹ *Ibid.*

30. Dans d'autres cas de figure, l'acquisition d'une nationalité peut présenter des difficultés¹⁰². Admettons que l'enfant naisse d'une GPA dans un État ne consacrant pas le principe du *jus soli*. Le refus de reconnaissance du jugement étranger risque alors d'entraîner un cas d'apatridie¹⁰³. Le Tribunal fédéral anticipe ce risque et relève à cet égard que la modification du droit d'adoption devrait permettre de l'éviter. À notre sens, ce projet, s'il est adopté, n'est pas suffisant : une décision d'adoption à la suite d'une GPA n'est en effet pas garantie¹⁰⁴ et peut faire suite à une longue procédure, durant laquelle l'enfant serait apatride.

31. La survenance d'un cas d'apatridie¹⁰⁵ devrait à notre sens constituer un motif supplémentaire en faveur d'une reconnaissance du jugement étranger par les autorités nationales de manière à faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant et se conformer au droit international liant la Suisse dans ce domaine. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle à cet égard que « si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes »¹⁰⁶ ; la survenance d'un cas d'apatridie doit donc être jugée à l'aune de cette disposition¹⁰⁷. Le Pacte sur les droits civils et politiques¹⁰⁸ et la Convention sur les droits de l'enfant¹⁰⁹ garantissent par ailleurs le droit de chaque enfant d'acquérir une nationalité. La Suisse est enfin liée par la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, ainsi que la Convention de Berne tendant à réduire le nombre des cas d'apatridie du 13 septembre 1973. Pour le surplus, le Conseil fédéral a prévu d'adhérer à la Convention européenne sur la nationalité adoptée par le Conseil de l'Europe le 6 novembre 1997, une fois la révision de la loi fédérale sur la nationalité achevée¹¹⁰. Cela étant, un

¹⁰² Sur cette question, voy. V. BOILLET et H. AKIYAMA, « Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives », *Swiss Review of International & European Law*, 4/2017, pp. 513 et s.

¹⁰³ Tel a été le cas dans plusieurs affaires allemandes, cf. Conférence de La Haye de droit international privé, « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », mars 2014, p. 80.

¹⁰⁴ Voy. *infra*, Chapitre 2, Section 7, §§ 3 et s.

¹⁰⁵ Pour rappel, tel n'est pas le cas en l'espèce, l'enfant D. ayant acquis tant la nationalité américaine que suisse.

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11, § 97 et les références citées.

¹⁰⁷ À noter que la Cour européenne a eu l'occasion de juger contraire à l'article 14 CEDH en lien avec l'article 8 CEDH le refus d'accorder la nationalité maltaise à un enfant né hors mariage (Cour eur. D.H., arrêt *Genovese c. Malte*, 11 octobre 2011, req. n° 53124/09).

¹⁰⁸ Art. 24, al. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966, RS 0.103.2 : « Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom et (3) tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité ».

¹⁰⁹ Art. 7 CDE : « (1) L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux et (2) les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride ».

¹¹⁰ Message du Conseil fédéral du 4 mars 2011 concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, FF 2011, pp. 2639 et s.

refus de reconnaissance des liens de filiation d'un enfant né d'une GPA pourrait être contraire au droit international, dans la mesure où l'enfant deviendrait apatride.

Section 5

Le droit de connaître ses origines

32. La connaissance de ses origines, de son ascendance, est un «élément important de la construction de la personnalité»¹¹¹. En matière de GPA, la question est particulièrement sensible.

33. En droit suisse, le droit de connaître ses origines est garanti, en matière de procréation médicalement assistée, par les articles 119, alinéa 2, let. g, Cst. féd. et 27 LPMA ainsi que, en matière d'adoption, par l'article 268c CC¹¹². Il relève de la protection de la personnalité (art. 28 CC)¹¹³.

34. En matière internationale, le droit de connaître ses origines est également protégé. L'article 7 CDE garantit à tout enfant, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses origines¹¹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme admet l'importance du droit de connaître ses origines qui relève de l'article 8 CEDH: «[L]a Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée»¹¹⁵. Selon elle, «le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité»¹¹⁶. La Convention de La Haye sur la protection des enfants en matière d'adoption internationale¹¹⁷ prévoit elle aussi l'accès de l'enfant aux informations relatives à l'identité de ses parents ainsi qu'à ses données médicales et à celles de sa famille (art. 30 CLaH93).

35. Lors d'une GPA, la provenance de l'ovule est souvent externe au couple des parents d'intention: il s'agit parfois de l'ovocyte de la mère porteuse, parfois

¹¹¹ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, 5^e éd., Zürich, Schulthess, 2014, N 374.

¹¹² Concernant l'évolution du droit de connaître ses origines en Suisse, voy. Ph. MEIER et M. STETTLER, *ibid.*, N 374 et s. Voy. également: H. HAUSHEER, Th. GEISER et R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5^e éd., Berne, Stämpfli, 2014, N 16.125 et s.

¹¹³ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 383 et 619. ATF 134 III 241, cons. 5.3.1, J.T., 2009, I, 411.

¹¹⁴ A. BÜCHLER et L. MARANTA, «Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz», *op. cit.* (note 29), p. 362; voy. également Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 377 et les nombreuses références citées; ATF 128 I 63: arrêt rendu en matière d'adoption. Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, req. n° 58757/00, § 37.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., 2^e sect., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 25 janvier 2015, req. n° 25358/12, § 70; Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 10454/83, § 39. Voy. aussi ATF 134 III 241, J.T., 2009, I, 411.

¹¹⁷ Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, conclue à La Haye le 29 mai 1993, RS 0.211.221.311.

de celui d'une donneuse ; ce n'est que plus rarement que l'ovocyte est celui de la mère d'intention¹¹⁸. Dans la plupart des cas et lorsque cela est possible, le sperme du père d'intention est utilisé¹¹⁹. Les diverses provenances du matériel génétique compliquent l'accès à la connaissance des origines, en particulier lorsqu'il est question de dons anonymes d'ovocyte ou de sperme¹²⁰. Cette préoccupation de l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines, dans le contexte spécifique de la GPA, est partagée par de nombreux pays, comme le relève le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé¹²¹.

36. Le droit de connaître ses origines comprend la connaissance de ses parents génétiques mais également, dans le cadre d'une GPA, l'identité de la mère porteuse, mère « bio-nourricière » de l'enfant¹²². Dans son rapport traitant de la maternité de substitution, le Conseil fédéral s'est soucié du droit de l'enfant de connaître ses origines ; il relève notamment que les parents d'intention pourraient faire le choix d'un donneur de sperme ou d'une donneuse d'ovule anonymes, ce qui ôterait à l'enfant toute possibilité de connaître son ascendance génétique¹²³.

37. Dans l'arrêt qui nous occupe et pour garantir au mieux les droits de D., le Tribunal fédéral a exigé que soient inscrits, dans les registres de l'état civil : A.B. comme père génétique de l'enfant D., l'indication que la mère génétique est une donneuse anonyme et également le nom de la mère porteuse avec la mention de sa date de naissance, de son lieu de naissance ainsi que de son domicile tels qu'ils apparaissent dans l'arrêt californien du 24 février 2011¹²⁴. Dans cette affaire, au vu de la réglementation californienne, l'enfant ne pourra jamais connaître l'identité de sa mère génétique ; ce constat est insatisfaisant du point de vue du bien de l'enfant et de son droit de connaître ses origines. Pour éviter cet écueil, il s'agirait idéalement de consacrer, dans une future convention internationale, une obligation pour les pays souhaitant autoriser la GPA de créer un registre des dons de sperme/ovules selon le système que l'on connaît

¹¹⁸ Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 103), p. 64. À noter la remarque en note de bas de page du document cité : il se peut que la forte proportion de recours aux donneuses d'ovocytes au sein de l'échantillon soit le reflet de la composition de l'échantillon ayant répondu au questionnaire qui comprenait un nombre proportionnellement important de couples d'hommes.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 65.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 13 et pp. 87 et s.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 87 et s.

¹²² A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », *op. cit.* (note 29), p. 362.

¹²³ Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8), p. 27.

¹²⁴ ATF 141 III 312, cons. 8.2. : le TF renonce par contre à l'inscription de l'identité du mari de la mère porteuse, ce dernier n'étant jamais devenu le père juridique de l'enfant D. Le Tribunal cantonal saint-gallois avait par ailleurs déjà exigé que soient inscrites dans les registres de l'état civil les indications relatives à la mère génétique et à la mère porteuse de l'enfant en se fondant sur le droit de l'enfant de connaître ses origines (arrêt du Tribunal cantonal saint-gallois du 19 août 2014, B 2013/158, cons. 6).

en Suisse pour les dons de sperme¹²⁵. Cela permettrait d'assurer une traçabilité des dons et de garantir à l'enfant le droit de connaître l'origine de son patrimoine génétique.

Section 6

Autorité parentale, entretien de l'enfant, relations personnelles et concubinage

§ 1. Introduction

38. Dans le *premier* arrêt rendu par le Tribunal fédéral (ATF 141 III 312 du 21 mai 2015), le lien entre l'enfant et son parent juridique est clair : les juges ont relevé que l'enfant, au bénéfice duquel un lien de filiation a été reconnu avec son père génétique, acquiert la nationalité suisse (art. 1, al. 2, LN)¹²⁶, est inscrit dans le registre de l'état civil (art. 23, al. 2, let. a, OEC), porte le nom de son père génétique (art. 37, al. 1, LDIP et 270a, al. 1, CC) et est soumis à son autorité parentale (art. 85, al. 4, LDIP et 298a CC).

39. Lorsque l'enfant n'a qu'un lien de filiation juridique avec son parent biologique et que celui-ci vit en couple avec l'autre parent d'intention, ce dernier peut être qualifié de « beau-parent » de l'enfant. Différentes questions se posent quant à la qualification juridique du lien entre l'enfant et son beau-parent, en particulier en matière d'autorité parentale, d'entretien de l'enfant et de droit aux relations personnelles, notamment lorsque le couple se sépare. Le couple formé par le parent juridique et le beau-parent de l'enfant peut être marié ou vivre en partenariat enregistré ; le cas du concubinage sera traité séparément¹²⁷.

40. Dans le *second* arrêt du Tribunal fédéral qui nous intéresse ici (ATF 141 III 328 du 14 septembre 2015), l'enfant ne s'est vu reconnaître aucun lien de filiation avec ses parents d'intention et s'est retrouvé, en Suisse, « Elternlos ». Dans ce cas de figure, les parents d'intention n'ont aucun lien juridique avec leur enfant en Suisse et ce dernier doit être mis sous tutelle (art. 327a CC). Les parents d'intention, s'ils ne sont pas eux-mêmes les tuteurs de l'enfant, n'ont aucun droit vis-à-vis de l'enfant, sous réserve d'un droit aux relations personnelles (art. 274a CC), sorte de droit de visite, qui pourrait leur être accordé¹²⁸.

¹²⁵ Cf. les articles 24 à 27 LPMA et 15 à 20 de l'Ordonnance sur la procréation médicalement assistée du 4 décembre 2000 (OPMA), RS 810.112.2.

¹²⁶ Il a par ailleurs obtenu la nationalité américaine, son pays de naissance.

¹²⁷ Voy. *infra*, §§ 52 et s.

¹²⁸ Sur la thématique, voy. *infra*, § 51.

§ 2. Autorité parentale et entretien

41. S'agissant de la détention et de l'exercice de l'autorité parentale et lorsqu'un lien de filiation juridique peut être établi en Suisse entre l'enfant et l'un de ses parents d'intention (situation de l'ATF 141 III 312 du 21 mai 2015), c'est ce parent au bénéfice d'un lien de filiation juridique qui exerce l'autorité parentale et qui est responsable des droits et obligations qui en découlent. Il n'y a pas d'autorité parentale sans lien de filiation juridique¹²⁹; le beau-parent ne peut pas en être détenteur¹³⁰. Ce dernier est par contre tenu d'assister son conjoint dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent, c'est la règle de l'article 299 CC¹³¹. En cas de partenariat enregistré, la disposition topique est l'article 27, alinéa 1, LPart qui s'interprète de manière similaire à l'article 299 CC¹³². Ces dispositions ne créent pas de véritable lien juridique entre l'enfant et le conjoint de son parent juridique.

42. La représentation dans l'exercice de l'autorité parentale ne concerne que des cas particuliers, lorsque le détenteur est empêché d'agir, en cas d'absence ou de maladie par exemple, et qu'une décision doit être prise de manière urgente¹³³. Le beau-parent doit en outre respecter la volonté, qu'elle soit expresse ou tacite, du parent détenteur de l'autorité parentale¹³⁴. Le beau-parent n'a pas l'autorité parentale sur son enfant d'intention et peut uniquement *participer* à la prise de décisions relatives à l'éducation de l'enfant, ces décisions étant au final du seul ressort du parent détenteur de l'autorité parentale; le beau-parent ne peut pas non plus représenter le parent juridique lorsque la loi exige expressément le consentement des père et mère¹³⁵. Lorsqu'il ne fait plus ménage commun avec le parent juridique, le beau-parent n'a plus de lien avec l'enfant et peut être mis au bénéfice d'un droit de visite extraordinaire (art. 274a

¹²⁹ I. SCHWENZER et M. COTTIER, « Art. 296 N 9 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (dir.), *op. cit.* (note 11); H. HAUSHEER, Th. GEISER et R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, *op. cit.* (note 112), N 17.69; Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 450.

¹³⁰ I. SCHWENZER et M. COTTIER, « Art. 299 N 1 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (dir.), *op. cit.* (note 11); Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 451.

¹³¹ ATF 141 III 312, cons. 6.4.3 (application de l'art. 27 LPart); TF, 5C.153/2002, 16 octobre 2002, cons. 4; H. HAUSHEER, Th. GEISER et R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, *op. cit.* (note 112), N 17.70; Ph. MEIER et M. STETTLER, *ibid.*, N 451; A. BOOS-HERSBERGER et A. BÜCHLER, « Art. 27 N 15 ss. », in A. BÜCHLER (dir.), *FamKomm, Eingetragene Partnerschaft*, Berne, Stämpfli, 2007.

¹³² I. SCHWENZER et M. COTTIER, *op. cit.* (note 130), N 1; P. VEZ, « Art. 299 N 2 », in P. PICHONNAZ et B. FOËX (éd.), *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010; J. SCHWEIGHAUSER, « art. 27 N 3 », in T. GEISER et Ph. GREMPER (éd.), *Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz*, Zurich, Schulthess, 2007. Voy. également: Message du Conseil fédéral du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF 2003, pp. 1192 et s., spéc. p. 1245.

¹³³ I. SCHWENZER et M. COTTIER, *ibid.*, N 4.

¹³⁴ *Ibid.*, N 5.

¹³⁵ *Ibid.*, N 6. Il s'agit notamment des articles suivants: 90, al. 2, 260, al. 2, et 265a, al. 1, CC.

CC) ou, lorsque plus personne ne détient l'autorité parentale¹³⁶, être désigné en qualité de tuteur de l'enfant (art. 327a CC)¹³⁷.

43. Dans les cas dans lesquels aucun lien de filiation n'est reconnu en Suisse entre les parents d'intention et l'enfant (situation de l'ATF 141 III 328 du 14 septembre 2015), il n'existe aucun détenteur de l'autorité parentale (art. 296, al. 2, CC). Le droit suisse prévoit alors que l'enfant doit être mis sous tutelle (art. 327a CC) et le tuteur exercera « les mêmes droits que les parents » (art. 327c, al. 1, CC), c'est-à-dire qu'il exercera tous les droits qui découlent de l'autorité parentale sans toutefois être lui-même détenteur de l'autorité parentale au sens propre. Dans un tel contexte et si l'enfant est placé chez des parents nourriciers en vue d'adoption, ce sont alors les parents nourriciers qui prendront en charge les frais de l'enfant (art. 294, al. 2, CC).

44. Seuls les parents juridiques ont un devoir d'entretien à l'égard de l'enfant ; le beau-parent n'a pas d'obligation directe, mais uniquement un devoir d'assistance de son conjoint dans l'entretien des enfants nés avant le mariage¹³⁸. Ce devoir d'assistance est réglé aux articles 278, alinéa 2, CC et 27, alinéa 1, LPart¹³⁹. Si l'article 278, alinéa 2, CC ne s'applique, selon la lettre de la loi, qu'aux « enfants nés avant le mariage »¹⁴⁰ (en particulier pour exclure les enfants adultérins de ce mécanisme¹⁴¹), l'article 27, alinéa 1, LPart est plus large : « lorsque l'un des partenaires a des enfants »¹⁴². Dans son message, le Conseil fédéral a néanmoins relevé que le devoir d'assistance des partenaires enregistrés ne doit pas « aller plus loin » que celui des époux, malgré la teneur du texte légal¹⁴³. L'obligation d'assistance de ces derniers comprend quoiqu'il en soit l'enfant né d'une mère porteuse durant le mariage lorsque les deux membres du couple, mariés ou en partenariat enregistré, sont les parents d'intention. L'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant d'intention découle donc de l'article 278, alinéa 2, CC, respectivement de l'article 27, alinéa 1, LPart.

45. La responsabilité primaire de l'entretien incombe en premier lieu au parent juridique de l'enfant¹⁴⁴. Le devoir d'assistance du beau-parent envers l'enfant d'intention est limité : il est, d'une part, subsidiaire à l'entretien dû par

¹³⁶ En cas de retrait de l'autorité parentale au sens de l'article 311 CC ou de décès du parent au bénéfice d'un rapport de filiation juridique par exemple.

¹³⁷ Pour les relations personnelles, voy. *infra*, §§ 49 et s.

¹³⁸ P. BREITSCHMID, « art. 278 N 4 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (éd.), *op. cit.* (note 12) ; Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 1048.

¹³⁹ P. BREITSCHMID, *ibid.*, N 4 ; J. SCHWEIGHAUSER, *op. cit.* (note 132), N 5.

¹⁴⁰ P. BREITSCHMID, *ibid.*, N 5 qui propose une solution en passant par l'application de l'article 159 CC. Voy. également D. PIOTET, « art. 278 N 2 s. », in P. PICHONNAZ et B. FOËX (éd.), *op. cit.* (note 133), qui discute l'application de l'article 159 CC dans le cas de figure de l'enfant adultérin.

¹⁴¹ Le Tribunal fédéral considère, avec une certaine partie de la doctrine, que la contribution d'entretien de l'époux ou du partenaire en faveur de l'enfant adultérin né pendant l'union découle de l'article 159, alinéa 3, CC : TF, 5A_352/2010, 29 octobre 2010, cons. 6.2.2.

¹⁴² J. SCHWEIGHAUSER, *op. cit.* (note 132), N 7.

¹⁴³ Message du Conseil fédéral du 29 novembre 2002, *op. cit.* (note 132).

¹⁴⁴ TF, 5A_352/2010, 29 octobre 2010, cons. 6.2.2.

le parent juridique dont les ressources financières doivent être complètement épuisées avant que le beau-parent soit sollicité, et passe, d'autre part, après la couverture du propre minimum vital du beau-parent et de ses enfants juridiques¹⁴⁵. Les prestations pécuniaires qui seraient accordées à l'enfant ne sont par ailleurs pas dues à ce dernier, mais à son parent juridique qui est le seul débiteur de l'entretien et créancier de son conjoint¹⁴⁶. L'obligation d'assistance implique également l'obligation d'accueillir l'enfant dans le domicile conjugal, ce qui ne pose pas de problème particulier dans le cas topique (ATF 141 III 312 du 21 mai 2015) jugé par le Tribunal fédéral¹⁴⁷.

46. L'obligation d'assistance dans l'entretien de l'enfant n'existe que durant le mariage ou le partenariat enregistré¹⁴⁸. Si le mariage ou le partenariat est dissous, l'obligation d'entretien cesse et l'enfant risque de se retrouver dans une situation financière précaire, sans moyen d'action contre l'ancien conjoint de son parent. Le beau-parent n'a aucune obligation légale de subvenir à l'entretien de l'enfant qui n'est, juridiquement, pas le sien. Le parent juridique de l'enfant n'aura pas non plus d'action contre son ex-conjoint pour obtenir une prestation en entretien de l'enfant. Le seul moyen de contourner cet écueil serait la conclusion volontaire d'une convention d'entretien entre les parties¹⁴⁹.

47. Cette situation ne paraît pas forcément choquante dans un contexte classique de famille recomposée, le beau-parent n'ayant pas besoin de subvenir aux enfants de son ancien conjoint ou partenaire une fois que l'union est dissoute. Elle reçoit un éclairage différent lorsque l'on est dans le cas d'une GPA et que la volonté de départ des époux ou partenaires était de créer une famille qui n'a simplement pas été reconnue, ou reconnue de manière partielle uniquement, par l'ordre juridique.

48. À notre sens, les droits et les obligations consacrés par l'article 27 LPart, et partant par les articles 278 et 299 CC si le couple devait être marié, n'offrent pas à l'enfant une protection suffisante, à tout le moins en ce qui concerne son entretien et l'exercice de l'autorité parentale. Pour les juges fédéraux au contraire¹⁵⁰, le fait que l'enfant puisse vivre avec son père juridique et le partenaire de ce dernier permet de garantir le bien de l'enfant ainsi que les droits découlant de l'article 7 CDE¹⁵¹.

¹⁴⁵ TF, 5A_440/2014, 20 novembre 2014, cons. 4.3.2.2.; TF, 5A_352/2010, 29 octobre 2010, cons. 6.2.2.; TF, 5A_733/2009, 10 février 2010, cons. 3.3.; pour l'enfant majeur: TF, 5A_685/2008, 18 décembre 2008, cons. 3.2.4.; TF, 5C.82/2004, 14 juillet 2004, cons. 3.2.1.; I. SCHWENZER et M. COTTIER, *op. cit.* (note 130), N 2.

¹⁴⁶ P. BREITSCHMID, *op. cit.* (note 138), N 4; D. PIOTET, *op. cit.* (note 140), N 4.

¹⁴⁷ P. VEZ, *op. cit.* (note 132), N 4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, N 3.

¹⁴⁹ A. BÜCHLER et M. MICHEL, « Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick », in St. WOLF (éd.), *Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 39.

¹⁵⁰ ATF 141 III 312, cons. 6.4.3.

¹⁵¹ Art. 7, § 1, CDE: « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

§ 3. Relations personnelles

49. S'agissant des relations personnelles entre le parent d'intention au bénéfice duquel aucun lien de filiation juridique n'a été établi en Suisse et son enfant, la question peut être problématique.

50. Lorsqu'un des parents d'intention est le parent juridique de l'enfant et si le mariage ou le partenariat enregistré est dissous en raison du décès de l'époux ou du partenaire qui est le parent juridique de l'enfant, le conjoint survivant – parent d'intention – peut légitimement espérer devenir le tuteur de l'enfant (art. 327a CC), mais n'a aucune garantie qu'il sera désigné en cette qualité¹⁵². Les parents d'intention peuvent exprimer, par convention, « testament parental », leurs *souhais* pour l'hypothèse d'un éventuel décès du parent titulaire de l'autorité parentale, mais le choix final du tuteur relève exclusivement des compétences de l'autorité de protection de l'enfant (cf. art. 327c, al. 2, CC qui renvoie à l'art. 401 CC)¹⁵³. Le parent d'intention survivant n'a légalement que la possibilité de se voir accorder un droit aux relations personnelles au sens de l'art. 274a CC (art. 27, al. 2, LPart) pour entretenir une relation avec l'enfant¹⁵⁴. Le droit aux relations personnelles accordé aux tiers est justement prévu pour permettre à un lien social ou « parental non juridique » de se maintenir malgré un changement de vie¹⁵⁵.

51. La situation pourrait être plus problématique en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré lorsque les conjoints sont en mauvais termes. L'art. 274a CC n'accorde un droit aux relations personnelles que « dans des circonstances exceptionnelles » et « à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant » (art. 274a, al. 1, CC)¹⁵⁶. La présence de circonstances exceptionnelles sera généralement admise lorsque l'enfant et la personne qui requiert l'établissement des relations personnelles ont un lien de « parenté sociale »¹⁵⁷, ce qui sera naturellement le cas de l'enfant qui a grandi au sein du couple formé de ses deux parents d'intention¹⁵⁸. En cas d'opposition du parent juridique, le droit aux relations personnelles risque d'être plus difficile à mettre

¹⁵² B. LIENHARD et K. AFFOLTER, « Art. 327a N 25 », in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Honsell/Vogt/Geiser (éd.), 5^e éd., Bâle, 2014; I. SCHWENZER et M. COTTIER, *op. cit.* (note 130), N 9; P. VEZ, *op. cit.* (note 132), N 3.

¹⁵³ Sur cette question, voy. Ph. MEIER, « Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental », *RDT*, 2001 p. 61.

¹⁵⁴ P. TUOR, B. SCHNYDER, J. SCHMID et A. JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich, 2015, § 41, N 34; I. SCHWENZER et M. COTTIER, « Art. 274a N 3 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (éd.), *op. cit.* (note 11); A. BÜCHLER et M. MICHEL, « Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick », *op. cit.* (note 149), p. 39.

¹⁵⁵ I. SCHWENZER et M. COTTIER, *ibid.*, N 3; Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 760 et 762.

¹⁵⁶ I. SCHWENZER et M. COTTIER, *ibid.*, N 5; H. HAUSHEER, Th. GEISER et R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, *op. cit.* (note 112), 17.133.

¹⁵⁷ I. SCHWENZER et M. COTTIER, *ibid.*, N 5; Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 761.

¹⁵⁸ G. KILDE, « Der persönliche Verkehr des Kindes mit Dritten », *FamPra.ch*, 2012, pp. 322 et s.

en œuvre, bien que cela ne soit pas exclu, le mécanisme légal étant fait pour cela et le critère principal étant celui de l'intérêt de l'enfant¹⁵⁹. Le cas échéant, un droit de visite partiel pourra être mis en œuvre, limité à des contacts téléphoniques par exemple. Lorsque l'enfant est assez mûr et capable de discernement, il pourra en outre se prononcer lui-même sur la question du droit de visite¹⁶⁰. C'est également par ce mécanisme des relations personnelles au sens de l'art. 274a CC que des parents d'intention qui ne se seraient vu reconnaître aucun lien de filiation juridique en Suisse pourraient avoir un contact avec leur enfant d'intention¹⁶¹.

§ 4. Couple de concubins

52. Durant le concubinage, le parent d'intention qui n'a pas de lien de filiation avec l'enfant n'est pas tenu de contribuer à l'entretien de cet enfant, sauf s'il s'y est engagé conventionnellement¹⁶². Si les parents d'intention vivant en concubinage se séparent, les dispositions relatives à l'entretien après le mariage ne peuvent en aucun cas leur être appliquées¹⁶³. Ce n'est là encore que par la conclusion d'une convention entre les parties qu'un concubin peut s'engager à contribuer à l'entretien de l'enfant de l'autre¹⁶⁴.

53. Certains auteurs soutiennent toutefois que l'entretien de l'enfant est compris dans le but de la société simple menée par un couple de concubins et ne nécessite dès lors pas une convention pour que le parent d'intention non débiteur soit obligé d'y contribuer¹⁶⁵.

54. S'agissant des relations personnelles, le concubin parent d'intention se trouve dans la même situation que l'époux, l'épouse ou le partenaire enregistré n'ayant pas de lien de filiation juridique avec l'enfant¹⁶⁶.

§ 5. Conclusion

55. Le Tribunal fédéral, tout en reconnaissant les situations de fait des enfants nés à la suite d'une GPA et de retour en Suisse, souligne que celles-ci ne violent, en soi, pas l'ordre public, mais placent toutefois ces enfants dans une situation défavorable par rapport aux autres enfants vivant dans une situation de fait similaire et ce, en raison uniquement des choix de vie de leurs parents d'intention.

¹⁵⁹ I. SCHWENZER et M. COTTIER, *op. cit.* (note 130), N 2.

¹⁶⁰ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation, op. cit.* (note 111), N 755.

¹⁶¹ Relevons ici que si ces parents d'intention sont nommés tuteurs de l'enfant, ils n'ont pas besoin de recourir à ce mécanisme dans la mesure où ils s'occuperaient alors au quotidien de l'enfant.

¹⁶² Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation, op. cit.* (note 111), N 1049.

¹⁶³ O. GUILLOD et S. BURGAT, *Droit des familles*, 5^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 273.

¹⁶⁴ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation, op. cit.* (note 111), N 1049.

¹⁶⁵ D. PIOTET, *op. cit.* (note 140), N 11.

¹⁶⁶ Voy. *supra*, §§ 49 et s.

Section 7

« Ein-Eltern-Kind » et enfants « Elternlos »

§ 1. La problématique

56. Dans le premier arrêt rendu en matière de GPA par le Tribunal fédéral (ATF 141 III 312 du 21 mai 2015) et après que l'autorité cantonale saint-galloise eut admis l'inscription de deux pères dans les registres de l'état civil, le Tribunal fédéral a considéré que seul l'homme ayant un lien génétique avec l'enfant peut être inscrit en qualité de père¹⁶⁷. L'enfant passe ainsi d'un double rapport de filiation à un rapport de filiation simple, avec son père génétique uniquement. Cette situation appelle naturellement différentes interrogations relatives au statut de l'enfant et à la protection de sa vie de famille, interrogations traitées en quelques lignes dans l'arrêt.

57. Les juges fédéraux considèrent en premier lieu que le statut de l'enfant est suffisant, au regard de la CDE et de la CEDH, bien que son rapport de filiation avec le partenaire enregistré de son père ne soit pas reconnu en Suisse¹⁶⁸. Ils ajoutent que la vie de famille de D., qui vit avec son père et le partenaire de ce dernier, est suffisamment protégée au sens de l'article 8 CEDH¹⁶⁹. Malgré tout, la situation de l'enfant « Ein-Eltern-Kind » n'est pas entièrement satisfaisante et l'arrêt passe en revue différentes pistes qui pourraient permettre d'offrir à l'enfant un second rapport de filiation¹⁷⁰.

58. Dans le second arrêt rendu (ATF 141 III 328 du 14 septembre 2015), les juges fédéraux ont refusé la reconnaissance des liens de filiation des enfants à l'égard des père et mère d'intention ce qui a eu pour conséquence de les rendre « Elternlos », sans parent¹⁷¹. Certaines réflexions menées dans le premier arrêt et relatives aux différents modes d'établissement de la filiation selon le droit suisse peuvent être appliquées à ce cas de figure également, en particulier celles relatives au principe *mater semper certa est* et à l'adoption de l'enfant.

§ 2. *Mater semper certa est...*

59. Selon le principe, *mater semper certa est*, applicable en droit suisse et rappelé par les juges fédéraux¹⁷², la femme qui met au monde un enfant devient sa mère

¹⁶⁷ ATF 141 III 312, cons. 6.3. et 9.

¹⁶⁸ *Ibid.*, cons. 6.4.

¹⁶⁹ *Ibid.*, cons. 6.4.1.

¹⁷⁰ Nous présentons ci-dessous les modes d'établissement de la filiation tels qu'envisageables pour la situation analysée dans l'arrêt; pour un examen de tous les modes d'établissement de la filiation en matière de GPA, voy.: M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », *FamPra.ch*, 2014, pp. 31 et s.

¹⁷¹ ATF 141 III 328, cons. 6.7.

¹⁷² ATF 141 III 312, cons. 4.2. et ATF 141 III 328, cons. 4.4.

juridique et un rapport de filiation est créé du seul fait de la naissance (art. 252, al. 1, CC)¹⁷³. La logique voudrait donc, pour le juge suisse, que la mère porteuse soit la mère juridique de l'enfant ; le lien « bio-nourricier » l'emporterait alors, de manière exclusive¹⁷⁴, sur tout autre lien, même génétique, entre la mère et l'enfant¹⁷⁵. Le seul moyen que le droit suisse connaît pour mettre un terme à ce lien entre la mère porteuse et l'enfant est l'adoption¹⁷⁶.

60. Dans les pays dans lesquels la GPA est interdite ou non encadrée, la mère porteuse est toujours la mère juridique au moment de la naissance, à moins toutefois que soit prévue la possibilité, pour la mère, d'accoucher anonymement ou de ne pas faire enregistrer son nom¹⁷⁷. Lorsque la GPA est réglementée, certains États prévoient que la mère porteuse est la mère juridique de l'enfant au moment de la naissance, la filiation juridique étant transférée à la mère d'intention par la suite¹⁷⁸. La paternité juridique s'établit quant à elle selon les dispositions générales en matière de filiation, le mari de la mère porteuse devenant alors le père juridique de l'enfant, cela que la GPA soit prévue dans la législation du lieu de naissance de l'enfant ou pas¹⁷⁹. Différents États prévoient toutefois la possibilité, à certaines conditions, d'inscrire immédiatement à la naissance les parents d'intention en qualité de parents juridiques de l'enfant¹⁸⁰ ; c'est notamment le cas de la Californie, État dans lequel D. est né.

61. Certaines mères porteuses ont ainsi, pendant un certain temps, un lien de filiation juridique avec l'enfant alors que d'autres n'en ont jamais. Il en va de même pour le mari de la mère porteuse. Quel que soit le système appliqué dans le pays de naissance de l'enfant, le mécanisme des contrats de GPA met à mal le principe *mater semper certa est*, la mère porteuse s'engageant à remettre l'enfant à ses parents d'intention de manière durable, que ce soit avant ou après la naissance de l'enfant¹⁸¹. La mère porteuse n'a d'ailleurs pas toujours de lien

¹⁷³ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, op. cit. (note 111), N 39. Pour des réglementations différentes, notamment la reconnaissance de maternité, voy. M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », op. cit. (note 170), p. 28.

¹⁷⁴ En droit suisse, l'enfant ne peut pas avoir deux liens de filiation maternelle : O. GUILLOD et S. BURGAT, *Droit des familles*, op. cit. (note 163), N 86.

¹⁷⁵ H. HAUSHEER, Th. GEISER et R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, op. cit. (note 112), N 16.09 ; Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, op. cit. (note 111), N 41. Mécanisme rappelé dans l'ATF 141 III 328, cons. 6.3.

¹⁷⁶ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, op. cit. (note 111)

¹⁷⁷ Conférence de La Haye de droit international privé, op. cit. (note 103), p. 19.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », op. cit. (note 29), p. 355. Sur les contrats de GPA, voy. notamment M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », op. cit. (note 170), pp. 7 et s.

génétique avec l'enfant, l'ovule étant parfois celui de la mère d'intention ou d'une tierce femme, donneuse¹⁸².

62. Dans les deux arrêts étudiés rendus par le Tribunal fédéral, la mère porteuse n'a aucun lien génétique avec l'enfant et a valablement – selon le droit en vigueur en Californie – renoncé à tous ses liens de filiation avec l'enfant. Selon les juges fédéraux, ce procédé empêche que la mère porteuse soit inscrite en qualité de mère dans les registres de l'état civil suisse¹⁸³.

§ 3. Adoption par les parents d'intention sans lien juridique avec l'enfant ?

63. Une solution, pour permettre à l'enfant au bénéficiaire d'un seul lien de filiation juridique d'avoir un double lien de filiation, est celle de l'adoption. L'adoption par le couple de parents d'intention est parfois même utilisée directement pour contourner l'interdiction de la GPA¹⁸⁴. Pour les développements ci-dessous, nous nous fonderons sur les situations de fait des arrêts étudiés, soit :

- le cas dans lequel seul un des deux parents d'intention est génétiquement lié à l'enfant et s'est vu reconnaître en Suisse un lien de filiation juridique avec l'enfant (ATF 141 III 312) ;
- le cas dans lequel aucun des deux parents d'intention n'est génétiquement lié à l'enfant et ne s'est vu reconnaître en Suisse un lien de filiation juridique avec l'enfant (ATF 141 III 328).

A. ATF 141 III 312 du 21 mai 2015

64. Dans le premier cas de figure, si le couple formé par les parents d'intention est marié, en partenariat enregistré ou vit en concubinage, l'autre parent peut alors envisager d'adopter l'enfant de son conjoint, partenaire enregistré ou de la personne avec laquelle elle mène de fait une vie de couple (art. 264c, al. 1, CC). Toutes les conditions de l'adoption devront toutefois être remplies, en particulier celles liées à la durée du ménage commun mené par le couple qui doit être de trois ans au moins (art. 264c, al. 2, CC). S'il s'agit d'un couple marié et que c'est l'épouse qui a un lien de filiation avec l'enfant, son mari devrait toutefois bénéficier de la présomption de paternité, l'enfant étant né pendant le mariage (art. 255, al. 1, CC) ; il ne devrait pas avoir besoin de recourir à l'adoption.

¹⁸² A. BÜCHLER et L. MARANTA, *ibid.*, p. 355 ; M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », *op. cit.* (note 170), p. 8.

¹⁸³ ATF 141 III 312, cons. 6.4.2. Voy. également A. BÜCHLER et N. BERTSCHI, « Gewünschte Kind, geliehene Mutter, zurückwiesene Eltern ? », *FamPra.ch*, 2013, p. 55.

¹⁸⁴ M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », *op. cit.* (note 170), p. 34.

65. Il faut souligner ici que le droit de l'adoption a subi, en Suisse, une modification importante le 1^{er} janvier 2018, en permettant notamment aux couples liés par un partenariat enregistré et menant de fait une vie de couple d'adopter l'enfant de la personne avec laquelle ils sont en partenariat enregistré ou ils mènent une vie de couple. Jusqu'au 31 décembre 2017 – et donc lorsque l'ATF 141 III 312 a été rendu – ce type d'adoption n'était pas possible.

66. Le nouveau droit de l'adoption permet ainsi, si les couples concernés remplissent toutes les conditions de l'adoption, de résoudre une partie de la problématique de la GPA lorsque seul un parent d'intention obtient immédiatement son inscription en qualité de parent juridique de l'enfant.

B. ATF 141 III 328 du 14 septembre 2015

67. Dans cet arrêt également, les juges fédéraux renvoient les parents d'intention à l'adoption¹⁸⁵. Lorsque cet arrêt a été rendu, il était déjà possible pour un couple marié, donc hétérosexuel selon le droit suisse¹⁸⁶, d'adopter conjointement un enfant. Les parents d'intention peuvent donc déposer une demande d'adoption en Suisse de leur enfant d'intention né à la suite d'une GPA, ils n'ont toutefois aucune garantie qu'ils pourront, au terme de la procédure d'adoption, effectivement adopter cet enfant. Dans le cas d'espèce traité par le Tribunal fédéral, une condition légale aurait pu poser problème pour l'adoption, c'est la condition de la différence d'âge maximale entre l'enfant et les parents qui souhaitent l'adopter (art. 5, al. 4, Oado¹⁸⁷)¹⁸⁸. Il ne s'agit toutefois pas d'un empêchement absolu à l'adoption et le nouveau droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018, qui contient toujours une condition d'âge (art. 264d, al. 1, CC¹⁸⁹), prévoit expressément qu'il ne s'agit pas d'une condition absolue (art. 264d, al. 2, CC¹⁹⁰).

C. La problématique de l'adoption en général

68. La solution de l'adoption, prônée par les juges fédéraux eux-mêmes¹⁹¹ et qui semble envisageable au regard de la modification législative évoquée ci-dessus, n'est toutefois pas si évidente¹⁹². Comme le relèvent les juges fédéraux,

¹⁸⁵ ATF 141 III 328, cons. 7.2 et 7.6.

¹⁸⁶ En droit suisse, le mariage est ouvert aux seuls couples hétérosexuels (art. 94, al. 1, CC).

¹⁸⁷ « Les futurs parents adoptifs ne peuvent pas être déclarés aptes si la différence d'âge entre eux et l'enfant qu'ils souhaitent accueillir dépasse 45 ans. Ils peuvent toutefois l'être exceptionnellement, notamment s'ils ont déjà établi des liens étroits avec l'enfant ».

¹⁸⁸ Dans l'ATF 141 III 328, la mère d'intention a plus de cinquante ans au moment de la naissance des enfants.

¹⁸⁹ « La différence d'âge entre l'enfant et le ou les adoptants ne peut pas être inférieure à seize ans ni supérieure à 45 ans ».

¹⁹⁰ « Des exceptions sont possibles si le bien de l'enfant le commande. Le ou les adoptants doivent motiver la demande de dérogation ».

¹⁹¹ ATF 141 III 312, cons. 6.4.4.; ATF 141 III 328, cons. 7.2 et 7.6.

¹⁹² Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 103), p. 19.

l'adoption n'est pas toujours reconnue comme étant une solution pour pallier l'interdiction de la GPA¹⁹³. En France, la Cour de cassation a par exemple retenu qu'une adoption prévue au terme d'un processus de GPA portait « atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » et « constituait un détournement de l'institution de l'adoption », ce qui a eu pour conséquence que la demande d'adoption faite par les parents d'intention, parties au contrat de GPA, a été rejetée¹⁹⁴. La question de l'adoption est donc réglée par la négative, en France, lorsque l'enfant est né d'une GPA. Dans d'autres pays, l'adoption est également refusée lorsqu'elle est demandée dans le but de régulariser une situation à la suite d'une GPA, en particulier lorsque la mère porteuse a reçu une somme d'argent importante en compensation de ses services¹⁹⁵. Ce dernier point peut sembler, à certains égards et sans l'ajout d'autres critères, paradoxal : il serait plus facile de recourir à l'adoption pour « valider » juridiquement une GPA lorsque la mère porteuse n'a pas ou peu été payée, ce qui pourrait encourager l'exploitation de femmes dans une grande précarité.

69. Lorsque la question de l'adoption se pose en Suisse, qu'il s'agisse d'une adoption par un couple, d'une adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire ou encore d'une adoption par une personne seule, l'examen du consentement des parents naturels est par ailleurs indispensable¹⁹⁶. Les parents de l'enfant doivent en effet toujours consentir à son adoption, sauf s'il est possible d'en faire abstraction au sens des articles 265c et 265d CC¹⁹⁷. Le consentement à l'adoption de son enfant découle des droits de la personnalité¹⁹⁸ ; cette condition relève de l'ordre public suisse et doit être respectée pour que l'adoption puisse valablement être reconnue en Suisse¹⁹⁹. La Convention de La Haye (art. 4, let. c, CLaH93), à laquelle la Suisse est partie, rappelle l'importance des consentements. Une disposition légale, l'article 265c, ch. 2, CC, pourrait permettre de se passer du consentement de la mère porteuse et de son éventuel mari si l'on considère qu'ils ne se sont « pas soucié[s] sérieusement de l'en-

¹⁹³ ATF 141 III 312, cons. 6.1.; ATF 141 III 328, cons. 7.1. Voy. également M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », *op. cit.* (note 170), p. 34.

¹⁹⁴ Cass., ass. plén., 31 mai 1991, *Bull.*, 1991, A.P., n° 4, p. 5 ; Cass., 1^{re} ch. civ., 29 juin 1994, *Bull.*, 1994, I, n° 226, p. 164. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Labassee c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65941/11, § 25 et arrêt *Menesson c. France*, req. n° 65192/11, § 33.

¹⁹⁵ Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 103), p. 19.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Voy. également à ce sujet : Commission internationale de l'état civil, « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant », mis en ligne en février 2014, p. 27.

¹⁹⁸ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 290.

¹⁹⁹ ATF 120 II 87 (89), cons. 3a ; Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 290, en note de bas de page ; A. BÜCHLER et N. BERTSCHI, « Gewünschte Kind, geliebte Mutter, zurückgewiesene Eltern ? », *op. cit.* (note 183), p. 47. Le respect du délai de six semaines (art. 265b, al. 1, CC) ne relève, lui, pas de l'ordre public, ATF 120 II 87 (88), cons. 3a et A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », *op. cit.* (note 29), p. 364.

fant »²⁰⁰. Cette condition est réalisée lorsque le parent « n'a pas manifesté de réel intérêt pour lui et qu'il n'a pas cherché à établir ou à maintenir un lien vivant avec lui »²⁰¹. La disposition est toutefois supposée être supprimée avec la révision du droit de l'adoption²⁰². Une autre solution, pour se passer d'un consentement explicite à l'adoption de l'enfant, pourrait être de considérer que si les parents naturels ont donné leur consentement au contrat de GPA et ont ainsi consenti à renoncer à leurs droits parentaux sur l'enfant, ce consentement peut également valoir comme consentement à l'adoption de ce même enfant.

70. Selon le droit suisse et la Convention de La Haye en matière d'adoption internationale, lorsque le consentement de la mère est requis, il doit avoir été donné après la naissance de l'enfant (art. 265b, al. 1, CC et 4, let. c, ch. 4, CLaH93). Si la mère porteuse a conclu le contrat de GPA avant la naissance et que le consentement n'est pas renouvelé après la naissance, cela pourrait poser problème. Une solution pourrait alors être de considérer que le moment auquel la mère porteuse remet l'enfant, après la naissance, à l'intermédiaire ou aux parents d'intention représente son consentement renouvelé à l'adoption. Le moment du consentement ne relevant quoiqu'il en soit pas de l'ordre public suisse, cette condition ne pourra pas faire obstacle, à elle seule, à l'adoption²⁰³.

71. Une autre problématique relative au droit de l'adoption et soulevée dans l'arrêt du Tribunal fédéral est celle du délai d'un an préalable à toute adoption en Suisse (*cf.* art. 264a et 264, al. 1, CC). Le Comité des droits de l'enfant a en effet relevé le risque, pour un enfant né de mère porteuse, de se trouver avec un statut juridique au « caractère incertain » pendant l'année préalable à une éventuelle adoption. Les juges fédéraux répondent à cette préoccupation en renvoyant aux modifications du droit de l'adoption, désormais en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, et en rappelant que le partenaire n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant pourra l'adopter²⁰⁴. Mais cette argumentation ne répond en rien aux préoccupations du Comité des droits de l'enfant qui se réfère au délai d'un an pendant lequel les parents adoptifs doivent avoir fourni des soins et pourvu à l'éducation de l'enfant avant d'être en mesure de l'adopter (art. 264a et 264, al. 1, CC). Il existe donc un réel risque, lorsque l'enfant né

²⁰⁰ P. BREITSCHMID, « Art. 265c N 9 ss. », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (éd.), *op. cit.* (note 11); A. BÜCHLER et N. BERTSCHI, « Gewünschte Kind, geliehene Mutter, zurückwiesene Eltern? », *op. cit.* (note 183), p. 47.

²⁰¹ Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.* (note 111), N 302; voy. également TF, 2A.655/2004, 11 avril 2005, cons. 2.3.5 dans lequel les juges ont considéré que l'on pouvait se passer du consentement de la mère qui ne s'était pas du tout occupée de son fils depuis plus de dix ans.

²⁰² Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code civil, *op. cit.* (note 46), pp. 863 et s.: « L'abrogation de cette disposition découle notamment des nouvelles dispositions sur l'autorité parentale conjointe, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014, dont un des buts est d'éviter qu'un parent soit écarté de la vie de ses enfants et que la relation entre eux prenne fin ».

²⁰³ ATF 120 II 87 (88), cons. 3a et A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », *op. cit.* (note 29), p. 364.

²⁰⁴ ATF 141 III 312, cons. 6.4.4: « Mit der vorgeschlagenen Stiefkindadoption könnte das kindesrechtliche Statusverhältnis zwischen D. und dem Beschwerdegegner 2 grundsätzlich hergestellt werden ».

de mère porteuse n'a aucun lien de filiation biologique avec ses parents d'intention, qu'il se trouve dans la situation juridiquement incertaine évoquée par le Comité des droits de l'enfant. Si les parents d'intention, de retour en Suisse avec l'enfant, n'obtiennent l'inscription d'aucun lien de filiation juridique avec l'enfant, ce dernier sera placé en vue d'adoption et mis sous tutelle (art. 327a CC). Lorsqu'un lien s'est déjà créé entre l'enfant et les parents d'intention et que ces derniers forment une famille nourricière appropriée, il sera généralement dans l'intérêt de l'enfant de le placer chez ses parents d'intention²⁰⁵. Son statut restera incertain pendant l'année durant laquelle les parents d'intention doivent lui fournir des soins et pourvoir à son éducation (art. 264a et 264, al. 1, CC) avant de pouvoir, si toutes les conditions sont réunies, l'adopter. Ce délai d'une année pourra également permettre de contrôler l'aptitude des adoptants, autre souci soulevé par les juges fédéraux²⁰⁶.

72. La solution de l'adoption, proposée par le Tribunal fédéral, soulève donc de nombreuses questions. Elle ne permet en tous les cas pas de régler de manière complètement satisfaisante la question du statut juridique des enfants nés de mère porteuse.

§ 4. Reconnaissance de l'enfant par son père d'intention ?

73. Le père peut reconnaître l'enfant lorsque le rapport de filiation existe seulement avec la mère (art. 260, al. 1, CC). Si l'enfant n'a aucun lien de filiation maternelle, la reconnaissance est exclue²⁰⁷.

74. Lorsque le lien de filiation juridique est établi entre une femme et l'enfant, il faut examiner si la femme est mariée ou célibataire. Si elle est mariée, le droit suisse prévoit une présomption de paternité en faveur de son mari (art. 255, al. 1, CC) qui devient automatiquement le père juridique de l'enfant. Aussi longtemps que dure ce rapport juridique, aucun autre lien de filiation paternelle ne peut être établi avec l'enfant. En Suisse, le seul moyen permettant de rompre le lien de filiation créé entre l'enfant et le mari de sa mère est l'action en désaveu. La qualité pour agir en désaveu n'est accordée qu'au mari de la mère et à l'enfant pour autant toutefois que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité (art. 256, al. 1, CC). Le mari perd cependant cette qualité s'il a consenti à la conception par un tiers (art. 256, al. 3, 1^{re} phr., CC), ce qui sera très majoritairement le cas en matière de GPA. L'enfant perd, lui, la qualité pour agir en désaveu s'il a été conçu au moyen d'un don de sperme et conformément à la LPMA (art. 23, al. 1, LPMA). La « maternité de substitution » étant interdite par la LPMA (art. 4 LPMA), l'enfant né à la suite de ce

²⁰⁵ Au sujet de l'adoption internationale « sauvage », voy. notamment Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, op. cit. (note 111), N 372.

²⁰⁶ ATF 141 III 328, cons. 6.6.

²⁰⁷ I. SCHWENZER et M. COTTIER, « art. 290 N 2 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (éd.), op. cit. (note 11); O. GUILLOD, *Droit des familles*, op. cit. (note 163), N 102.

procédé pourra contester le lien de filiation qui le lie au mari de sa mère juridique.

75. Si la mère de l'enfant n'est pas mariée ou que le lien de filiation qui lie l'enfant à son mari a été annulé, le père de l'enfant pourra alors le reconnaître²⁰⁸. La reconnaissance a lieu « par déclaration devant l'officier de l'état civil ou par testament ou, lorsqu'une action en constatation de paternité est pendante, devant le juge » (art. 260, al. 3, CC). Lorsque la reconnaissance a lieu devant l'officier de l'état civil, ce dernier n'a pas à s'assurer que le déclarant est réellement le père génétique de l'enfant, il doit uniquement vérifier que les conditions légales de la reconnaissance sont réalisées²⁰⁹. Il est tenu de procéder à l'inscription sauf s'il est certain de la non-paternité, auquel cas il peut et doit refuser l'inscription²¹⁰. Tant que l'officier de l'état civil n'a pas de doute suffisant relatif à la naissance de l'enfant et à une éventuelle GPA, il sera tenu d'inscrire l'homme qui reconnaît l'enfant, son père d'intention, à l'état civil en qualité de père juridique de cet enfant.

76. Si la reconnaissance a lieu par testament ou devant le juge, le pouvoir d'examen du juge ou de l'officier de l'état civil sont, à notre sens, les mêmes.

77. Dans les deux affaires jugées par le Tribunal fédéral et examinées ici, cette solution n'aurait pas pu s'appliquer, le rapport de filiation préexistant devant en effet exister avec la « mère » de l'enfant (art. 260, al. 1, CC)²¹¹.

§ 5. Conclusion

78. On le voit, il n'est pas évident d'établir des liens de filiation en faveur de l'enfant né de GPA à l'étranger une fois cet enfant arrivé en Suisse. Si les parents d'intention admettent – spontanément ou en raison de doutes de l'officier de l'état civil – qu'ils ont eu recours à la GPA, seul le parent qui est lié génétiquement à l'enfant bénéficiera, selon le Tribunal fédéral, d'un rapport de filiation juridique. Les autres parents d'intention pourront, en Suisse et selon les indications des juges fédéraux (qui n'entendent apparemment pas suivre la solution de la Cour de cassation française²¹²), adopter l'enfant – à condition toutefois de remplir toutes les conditions légales de l'adoption.

²⁰⁸ En principe, la reconnaissance n'est ouverte « qu'au père génétique de l'enfant ou à celui qui se prend pour tel » : Ph. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, op. cit. (note 111), N 108.

²⁰⁹ I. SCHWENZER et M. COTTIER, « Art. 260 N 7 », in H. HONSELL, N.P. VOGT et Th. GEISER (dir.), op. cit. (note 11); O. GUILLOD, *Droit des familles*, op. cit. (note 163), N 533; Ph. MEIER et M. STETTLER, *ibid.*, N 111; C. HEGNAUER, « Art. 260 N 63 ss. », in A. MEIER-HAYOZ (dir.), *Berner Kommentar*, Berne, Stämpfli, 1984.

²¹⁰ Ph. MEIER et M. STETTLER, *ibid.*, N 111 ainsi que la note de bas de page 259; O. GUILLOD, « Art. 260 N 11 », in *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, pour cet auteur il s'agit alors plutôt d'une « reconnaissance-adoption » que d'une « reconnaissance-confession ».

²¹¹ La reconnaissance ne peut, au surplus, être effectuée que par un homme (cf. art. 260, al. 1, CC, « le père »).

²¹² Voy. *supra*, § 68.

79. Notons encore que les couples suisses qui ont fait l'objet des deux arrêts étudiés n'auraient pas pu adopter leur enfant d'intention en Californie et exiger ensuite la reconnaissance de cette adoption en Suisse²¹³. Conformément à l'article 78 LDIP, il aurait en effet fallu pour cela que l'adoptant ou les adoptants soient domiciliés aux États-Unis ou ressortissants de ce pays²¹⁴. Mais l'adoption par un couple homosexuel ou hétérosexuel et sa reconnaissance en Suisse ne posent, en soi, pas de problème au regard de la réserve de l'ordre public²¹⁵.

Section 8

Excursus : la reconnaissance des rapports de filiation au regard de l'Accord sur la libre circulation des personnes

80. L'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne est également susceptible de jouer un rôle s'agissant de la problématique de la reconnaissance des liens de filiation constitués à l'étranger.

81. Envisageons l'hypothèse suivante : un couple hétérosexuel, ressortissant d'un État partie à l'ALCP, recourt aux services d'une mère porteuse conformément à la législation grecque²¹⁶. L'enfant naît en Grèce où sa filiation est constituée à l'égard de sa mère et de son père d'intention.

82. Admettons ensuite que, quelques années plus tard, le couple désire se rendre en Suisse afin d'y travailler et d'y vivre en famille. Dans un tel cas de figure, un refus de reconnaissance par la Suisse des liens de filiation à l'égard de l'un de ses parents d'intention pourrait s'avérer contraire à l'ALCP.

83. Cet accord vise à accorder aux ressortissants des parties contractantes un droit d'entrée, de séjour et d'exercice d'une activité économique ainsi que les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux

²¹³ Une piste de réflexion pour résoudre la problématique de la non reconnaissance de la GPA en Suisse pourrait être de considérer que les actes juridiques californiens établissant le double rapport de filiation paternel de l'enfant d'intention doivent être assimilés à une adoption et être reconnus comme tels par l'ordre juridique suisse (art. 78 LDIP). Ce procédé permettrait de se passer de l'examen des conséquences en Suisse de la violation de l'interdiction de la GPA. Nous voyons toutefois une difficulté à qualifier les actes juridiques californiens d'adoption alors que cette dernière institution existe en Californie, à côté de la possibilité d'avoir recours à une mère porteuse. Si l'institution de l'adoption n'existait pas dans cet État, la question se poserait différemment. Le Tribunal fédéral y voit un autre problème : il faudrait encore, pour que l'adoption soit conforme à l'ordre public, que l'aptitude des adoptants ait été examinée avant que l'adoption puisse être prononcée, ce qui ne pourrait pas être le cas dans ce contexte : ATF 141 III 328, cons. 6.6.

²¹⁴ Pour une situation dans laquelle le couple était domicilié en Californie : GVP (SG) 2009 N 101 249.

²¹⁵ ATF 141 III 312, cons. 5.2.; GVP (SG) 2009 N 101 249, cons. 3.4; E. DE LUZE, A.-C. PAGE et P. STOUDEMANN, *Droit de la famille, Code annoté*, 2013, art. 28 LPart, N 1.4; A. BUCHER, « Art. 78 N 9 », in A. BUCHER (dir.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011.

²¹⁶ L. BRUNET *et al.*, « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States », *op. cit.* (note 15), p. 143; H. FULCHIRON, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale? », *J.D.I.*, n° 2, 2014, p. 153.

nationaux (art. 1 ALCP). Il a pour but d'instaurer un régime de libre circulation calqué sur le régime applicable au sein de l'Union européenne (UE)²¹⁷. Or la Cour européenne de justice – dont les arrêts sont pris en compte lors de la mise en œuvre de l'ALCP, à moins que des motifs pertinents ne s'y opposent²¹⁸ – a eu l'occasion de juger contraire au droit de l'Union le fait de priver un ressortissant d'un État membre des droits qui lui sont reconnus dans un autre État membre²¹⁹. Tel était le cas d'une législation belge qui refusait aux enfants d'un ressortissant espagnol le droit de porter le nom de famille résultant de l'application de la législation espagnole. Selon la Cour, l'absence de reconnaissance du nom de famille espagnol est susceptible d'engendrer de « sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possèdent également la nationalité »²²⁰.

84. Cela étant, il y a lieu d'admettre que la non-reconnaissance du statut personnel ou familial valablement constitué dans un État membre de l'UE viole la liberté de circuler garantie aux ressortissants des États membres²²¹, à moins toutefois qu'elle puisse se justifier par des considérations objectives liées à l'ordre public²²². Or, selon la jurisprudence européenne, la notion d'ordre public ne doit pas être appliquée unilatéralement par les États membres sans contrôle des institutions européennes; elle ne doit s'interpréter que de manière restrictive et ne peut être invoquée par un État membre que lorsqu'il existe une « menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »²²³. Au vu des différentes considérations développées préalablement en lien avec la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et l'interdiction de discrimination en raison de la naissance²²⁴, il nous paraît qu'un refus de reconnaissance par un État membre des liens de filiation d'un enfant né d'une GPA est susceptible de constituer une violation de la liberté de circuler consacrée par le Traité sur le fonctionnement de l'UE²²⁵, respectivement par l'ALCP.

²¹⁷ V. BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, Thèse, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, p. 75.

²¹⁸ ATF 136 II 5, cons. 3.

²¹⁹ H. FULCHIRON, « La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale? », *op. cit.* (note 216), pp. 579 et s.

²²⁰ C.J.U.E., 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello, Rec.*, 2003, p. I-11613, § 36. Voy. également C.J.U.E., 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul, Rec.*, 2008, p. I-7639; 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein, Rec.*, 2010, p. I-13693.

²²¹ H. FULCHIRON, « La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale? », *op. cit.* (note 216), pp. 579 et s.

²²² C.J.U.E., 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein, Rec.*, 2010, p. I-13693, §§ 85 et s.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Voy. *supra*, §§ 13 et s. et 22 et s.

²²⁵ L. BRUNET *et al.*, « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States », *op. cit.* (note 15), p. 143; H. FULCHIRON, « La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale? », *op. cit.* (note 216), pp. 579 et s.; D. GRUENBAUM, « Foreign Surrogate Mother-

Chapitre 3

Travaux de la Conférence de La Haye

85. La GPA, telle qu'elle est pratiquée à ce jour, suscite de grandes préoccupations relatives au statut de l'enfant, à sa commercialisation et à celle du corps de la femme. En raison notamment de son caractère international, la problématique ne peut pas être résolue de manière indépendante par chaque État. Une réflexion large impliquant les différents acteurs et pays intéressés s'impose ; cette réflexion a d'ores et déjà commencé dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

86. La Conférence de La Haye a entamé des travaux pour, dans un premier temps, dresser un état des lieux international de la question de la GPA et, dans un second temps, tenter d'y répondre par l'établissement d'un instrument multilatéral dans ce domaine. En avril 2014, la Conférence a recommandé la constitution d'un groupe d'experts chargé d'étudier l'opportunité de créer un instrument multilatéral contraignant en matière de contrats de GPA²²⁶. Un des premiers objectifs du groupe d'experts sera d'assurer une meilleure sécurité juridique aux enfants lorsqu'ils se trouvent dans une situation transfrontières ou internationale²²⁷. Le Bureau Permanent de la Conférence a rappelé, dans une note de mise à jour établie en février 2015, la nécessité d'étudier la faisabilité d'un instrument multilatéral et l'urgence de fixer la première réunion d'experts, idéalement durant le premier semestre 2016²²⁸.

87. Les travaux ont porté, d'une part, sur la possibilité de créer des normes assurant des garanties minimales concernant les contrats de GPA et, d'autre part, sur la mise en place d'une coopération internationale pour assurer la garantie du statut juridique de l'enfant avant le début de la procédure de procréation²²⁹. Comme cela a été le cas lors de l'élaboration de la Convention de La Haye en matière d'adoption internationale d'enfants, les conceptions très différentes des États relatives notamment aux droits de l'enfant, à la connaissance de ses origines et aux droits de la mère porteuse rendent le consensus difficile à trouver²³⁰. En février 2016, le groupe d'experts a constaté « qu'en raison de la complexité du sujet et de la diversité des approches des États à cet égard, les débats n'ont abouti à aucune conclusion définitive concernant l'opportunité d'élaborer un outil » en matière de GPA²³¹.

hood: *Mater Semper Certa Erat* », *American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 493. Voy. également A. DIEL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, *op. cit.* (note 25), pp. 158 et s.

²²⁶ Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 103), p. 33.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*, p. 12.

²²⁹ *Ibid.*, p. 29 ; voy. également M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », *op. cit.* (note 170), p. 37.

²³⁰ M. COTTIER, « Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich », *op. cit.* (note 170), pp. 37 et s.

²³¹ Conférence de La Haye de droit international privé, Rapport du Groupe d'experts sur le projet « filiation / maternité de substitution », février 2016, § 16.

88. Le groupe d'experts sur le projet « filiation / maternité de substitution » s'est encore réuni du 31 janvier au 3 février 2017. En matière de GPA, le groupe d'expert a constaté une « diversité des conceptions des États en matière de conventions de maternité de substitution » et n'a pas pu aboutir à des conclusions définitives s'agissant de l'opportunité d'appliquer des règles générales de droit international privé dans ce domaine; un examen et des discussions complémentaires devront encore être menés²³².

89. Soulignons ici que la Suisse a soutenu dès le départ les travaux de la Conférence de La Haye et continue ses efforts en ce sens²³³.

Conclusion

90. En 2011, la Conférence de La Haye soulignait déjà que la GPA était un « commerce mondial en plein essor »; aujourd'hui, la problématique est largement connue et reconnue, la GPA est une préoccupation aux enjeux internationaux²³⁴.

91. Outre la commercialisation du corps de la femme, la problématique principale des contrats de GPA est la régularisation du statut juridique de l'enfant²³⁵. Si la question générale semble a priori simple « Quel statut accorder à un enfant né de gestation pour autrui? », elle cache un nombre infini de sous-questions liées au statut des parents, à leur mode de vie, au pays de naissance de l'enfant, au statut de la mère porteuse, à la réglementation de la GPA dans le pays de naissance, à celle dans le pays d'accueil, etc.²³⁶. Ces difficultés sont principalement liées aux différentes approches juridiques des pays concernés, en matière d'établissement des rapports de filiation, de nationalité et du statut lié à l'immigration²³⁷. Le débat est encore compliqué par le nombre de questions éthiques,

²³² Conférence de La Haye de droit international privé, Rapport du Groupe d'experts sur le projet « filiation / maternité de substitution », février 2017, § 38, c).

²³³ Conseil fédéral, « Rapport du 29 novembre 2013 », *op. cit.* (note 8), pp. 34 et s.; Conseil fédéral, « Modernisation du droit de la famille. Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607) », mars 2015, p. 39, disponible sur internet : www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html > Actualité > News > 2015 > Le Conseil fédéral plaide pour un droit de la famille moderne.

²³⁴ Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 103), p. 59.

²³⁵ *Ibid.*, p. 70.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*, pp. 70 et s.: dans l'État de naissance, la question de la filiation est souvent réglée en ce sens que les parents d'intention sont les parents juridiques de l'enfant, la mère porteuse et son éventuel mari ayant renoncé à leurs droit et l'enfant ne pouvant pas, sauf exceptions, obtenir la nationalité de son pays de naissance; dans l'État d'accueil, chaque situation est analysée sur la base d'une série de critères tels que le fait que la mère porteuse soit mariée ou pas, la nationalité des parents d'intention, l'existence d'un éventuel lien génétique entre l'enfant et un ou les deux parents d'intention, l'État dans lequel l'enfant est né et la procédure suivie dans cet État pour établir le lien de filiation avec les parents d'intention, les conditions financières dans lesquelles la transaction a été réalisée, les explications juridiques fournies à la mère porteuse, etc.

morales et sociales que la problématique de la GPA soulève²³⁸. Il en résulte, pour les enfants, que leur filiation juridique est incertaine, parfois boiteuse, voire inexistante selon les réglementations de leurs États de naissance et d'accueil²³⁹.

92. La conception suisse d'interdiction de la GPA est fondée sur l'idée de la protection du bien de l'enfant en considérant qu'il vaut mieux, dans certains cas, que l'enfant ne vive pas²⁴⁰. Le fait est que des enfants sont nés et que d'autres naîtront, qu'ils sont appelés à vivre avec leurs parents d'intention et qu'une solution doit être trouvée pour assurer leur statut juridique²⁴¹. La réglementation suisse actuelle n'est pas satisfaisante.

93. Lorsque les autorités doivent se pencher sur la réglementation du statut de l'enfant, elles sont amenées à chercher les solutions les plus justes et équitables possibles tout en respectant l'ordre juridique et cela crée une grande insécurité pour les familles. Si les arrêts du Tribunal fédéral apportent un certain nombre de réponses, il reste encore des questions qui devront être examinées dans de prochains jugements telles que notamment les critères à prendre en compte lors de l'examen du bien de l'enfant ainsi que, les conséquences concrètes d'une reconnaissance partielle des liens de filiation créés à l'étranger s'agissant du statut juridique de l'enfant au sein de sa famille en Suisse.

94. Les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé vont, à notre sens, dans la bonne direction. Si l'on souhaite pouvoir protéger au mieux les enfants nés de GPA, leur famille d'intention et les mères porteuses, un encadrement conventionnel international semble indispensable. À l'ère de la procréation médicalement assistée, de la globalisation, des voyages toujours plus faciles à réaliser, d'internet et des facilitations que cela représente, c'est notre conception de la paternité et de la maternité qui doit évoluer; les liens génétiques ne sont plus les seuls à légitimer la parentalité, les liens sociaux et affectifs doivent également être pris en considération²⁴². Paradoxalement, cet élan, qui est concrétisé par l'importante étude d'ores et déjà réalisée par la Conférence de La Haye, est en partie freiné non pas par les États d'accueil des enfants, mais par les États dans lesquels la GPA est devenue un

²³⁸ Concernant la France et la violence du débat autour de la GPA, voy. notamment: I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité*, Paris, Odile Jacob, 2014, pp. 211 et s.

²³⁹ Conférence de La Haye de droit international privé, *op. cit.* (note 103), p. 70.

²⁴⁰ M. KUHN, *Recht auf Kinder – Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs*, Thèse, Zurich/St-Gall, Dike, 2008, p. 355. M. Fabre-Magnan fait un parallèle avec l'avortement et craint que l'idée de la vie à tout prix apporte de l'eau au moulin des détracteurs de l'avortement; selon nous, ce parallèle ne peut pas être fait car il s'agit, d'une part, du choix de donner la vie et, d'autre part, de la liberté de la femme de disposer de son corps: M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestation pour autrui », *D.*, 2015, p. 225.

²⁴¹ Voy. notamment, pour la France: M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, p. 225, qui parle de « tenter de rattraper la casse ».

²⁴² En ce sens, voy. A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz », *op. cit.* (note 29), p. 368.

commerce et qui ne voient pas d'un bon œil une réglementation internationale contraignante²⁴³.

95. Rappelons finalement les mots du Conseil fédéral de 1976: «l'enfant illégitime n'est pas responsable des circonstances de sa conception; tout autant que l'enfant légitime, il a droit à ce que sa dignité d'être humain soit respectée. Cette conception ne s'est frayée que lentement un chemin à travers les siècles et a dû vaincre des résistances multiples et opiniâtres»²⁴⁴. Il en ira peut-être de même de la conception de la dignité d'être humain de l'enfant né de GPA.

²⁴³ Conseil fédéral, «Modernisation du droit de la famille», *op. cit.* (note 233), p. 39.

²⁴⁴ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse, du 5 juin 1974, FF 1974, II, pp. 1 et s., spéc. p. 10.