



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

**Dominique DECAMPS-MINI**

*Avocat Associé  
DEA Droit Privé  
DU Pratiques Commerciales  
et Sociétés  
Chargé de cours  
ddm@theisavocats.fr*

**Juliette PELOFI**

*Avocat Collaborateur  
Master II Droit Civil Fondamental  
jpelofi@theisavocats.fr*

**Jérémy ROUSSEL**

*Avocat Collaborateur  
jroussel@theisavocats.fr*

**Mehdi BERRABAH**

*Juriste en Droit des Affaires  
mberrabah@theisavocats.fr*

**Maëlle BONNAFOUX**

*Assistante  
secretariat@theisavocats.fr*

*Montpellier, le 8 avril 2015*

**Objet : Homoparentalité, Assistance Médicale à la Procréation et Gestation Pour Autrui -> évolution jurisprudentielle et législative**

La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert le mariage et l'adoption aux couples de personnes du même sexe.

Le corrélatif incontournable de la nouvelle loi est le débat sur

l'homoparentalité, juridiquement complexe, politiquement sensible et humainement délicate.

Une famille homoparentale réunit un parent ou un couple de parents dont l'orientation sexuelle est clairement reconnue et un ou plusieurs enfants également liés à l'un des parents au moins. En l'état, le parent social n'a aucun droit vis à vis de l'enfant, faute de filiation établie entre eux.

Seul le parent biologique ou légal est titulaire de l'autorité parentale.

Il est donc clair que le concept d'homoparentalité est difficilement compatible avec une filiation fondée sur le sang pour la simple raison que deux personnes de même sexe ne peuvent procréer. C'est la raison pour laquelle en matière d'homoparentalité il convient de parler de filiation volontaire. Or, en France, le concept de filiation par le sang est celui qui domine (en effet l'adoption n'est pas un concept mais une fiction subordonnée au concept sur lequel il se greffe).

Nous ne nous attarderons pas sur la délégation de l'autorité parentale : en effet, il est désormais acquis en France depuis de nombreuses années que la délégation de l'autorité parentale au sein d'un couple composé de personnes de même sexe est possible en vertu des dispositions des articles 377 et 377-1 du Code Civil, permettant une délégation de l'autorité parentale, avec partage, ce qui permet un exercice conjoint de ladite autorité parentale.



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

La jurisprudence est assez nombreuse et dorénavant fixée en ce qu'elle l'autorise aux couples homosexuels pendant leur vie de couple.

Eu égard aux dernières évolution législatives et surtout jurisprudentiel, le débat porte aujourd'hui sur deux points qui ont connu en une année seulement une évolution sans précédent :

- l'Assistance Médicale à la Procréation
- la Gestation Pour Autrui.

## 1. Droit Comparé :

- **Sur l'Assistance Médicale à la Procréation** : l'AMP englobe des différentes pratiques d'aide à la fécondation (in vitro ou par donneur anonyme).

En France, elle est régie par les article L.2141-1 et suivant du Code de la Santé Publique et n'est pour l'heure autorisée qu'au sein de couple hétérosexuels aux fins de remédier à l'infertilité du couple dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou aux fins d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité.

Le débat porte sur le fait de la rendre utilisable pour les couples de femmes.

L'AMP est autorisée pour les couples du même sexe dans 7 pays de l'Union Européenne : la Belgique, le Danemark (pour les femmes mariées uniquement), l'Espagne, la Finlande, les Pays Bas, le Royaume Uni et la Suède.

- **Sur la Gestation Pour Autrui** : elle désigne le recours à une tierce personne pour porter l'enfant d'un couple (avec ou sans implantation d'un ovule fécondé in vitro), qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Elle peut donner lieu à la rémunération de la mère-porteuse.

En France, la position est claire : cette pratique est interdite.

L'article 16-7 du Code Civil dispose en effet que "*toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*".



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

Or de l'Hexagone, la GPA est possible dans 7 pays européens. En Belgique, aux Pays Bas en Pologne et en Slovaquie, aucune législation ne l'interdit, ce qui, de fait, l'autorise. La GPA a été légalisée en Roumanie, mais aussi en Irlande (où une loi protège cependant l'embryon) et au Royaume-Uni (où il est interdit de pratiquer des GPA à titre onéreux ou via exploitation forcée).

Le caractère restrictif de la Loi Française a donc apporté une conséquence inévitable : les couples homosexuels sont contraints de se rendre à l'étranger afin d'avoir recours à une AMP ou une GPA.

En France, 2.000 enfants seraient concernés par la GPA.

Les conséquences sur ces couples et l'enfant né de ces techniques ont été désastreuses car aboutissaient à une absence de filiation établie entre un ou plusieurs parents de même sexe et leur enfant.

Mais quid de l'intérêt de l'enfant ?

2. **Évolution en matière d'AMP** : initialement, le Sénat était favorable à l'homoparentalité médicalement assistée. Le texte issu du Palais du Luxembourg faisait disparaître la référence à la finalité médicale de l'AMP, en supprimant la nécessité d'un diagnostic médical confirmant le caractère pathologique de l'infertilité. Ensuite, la référence au couple formé d'un homme et d'une femme était supprimée au profit d'une simple mention des personnes formant le couple « *les personnes formant le couple doivent être vivantes, en âge de procréer et consentir* ».

L'Assemblée Nationale quant à elle s'est opposée à l'homoparentalité médicalement assistée. Monsieur LEONETTI a insisté sur la nécessité de recourir à l'AMP dans la limite de l'infertilité, arguant que l'AMP n'était pas une solution à tous les désirs d'enfant ou aux infertilités sociales.

Du côté des juridictions françaises, deux Jugements sont à noter en 2014 :

- **Tribunal de Grande Instance de VERSAILLES, 29 avril 2014 (n°13/00168)** : « *l'enfant, né le 27 novembre 2005 a été conçu par le biais d'un protocole de procréation médicalement assistée suivie en Belgique. En l'état du droit positif, et ainsi que le rappelle le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013, la procréation médicalement assistée*



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

*n'est pas ouverte aux couples de femmes en France et demeure réservée aux couples hétérosexuels dont l'état d'infertilité pathologique a été médicalement constaté. Il a également été énoncé dans cette même décision que le principe d'égalité ne se trouve pas affecté par cette distinction. Au contraire, établir une distinction entre les couples homosexuels hommes, pour lesquels le recours à la gestation pour autrui est pénalement répréhensible, et les couples homosexuels femmes, qui ont physiologiquement la possibilité de mener à bien une grossesse, serait de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi. Les juges sont tenus de vérifier que la situation juridique qui leur est soumise ne consacre pas une fraude à la loi. Il y a fraude lorsqu'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger. Il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer des pratiques constitutives d'un tel détournement. Le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu ».*

- **Tribunal de Grande Instance d'AIX EN PROVENCE, 23 juin 2014 (n°14/01472)** : « l'épouse de la mère est déboutée de sa demande d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe. En se déplaçant en Espagne pour recourir à une procréation médicalement assistée dans des conditions exclues par l'article L. 2141-2 du Code de la Santé Publique, en vue de la réalisation d'un projet parental commun avec sa compagne, la mère de l'enfant a évité sciemment l'application des dispositions de cet article. Il appartient donc à la juridiction saisie d'une demande d'adoption formulée par sa conjointe de relever ce détournement et, dans le respect de la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 "d'empêcher, et de priver d'effet de telles pratiques ».

La voie de l'évolution a été amorcée à l'initiative d'une demande d'avis formulée par la Cour d'Appel de POITIERS le 23 juin 2014 dans une instance introduite par une femme aux fins d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe.

Les questions de la Cour d'Appel étaient les suivantes :

*“Le recours à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France, conformément à l'article L.2141-2 du code de la santé publique, est-il*



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

*de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère ?*

*L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant ?*

Par Avis du 22 septembre 2014 (n°14/70006) la Cour de Cassation a tranché :  
*« le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».*

Depuis cet avis de la Haute Juridiction, les juridictions d'appel ont suivi :

- **Cour d'Appel de TOULOUSE, le 10 février 2015 (n°15/165, 14/2015)** : *« Il convient de confirmer le jugement déféré en ce qu'il a prononcé l'adoption plénière de l'enfant, âgé de 11 ans, par la conjointe de sa mère. L'acte de naissance de l'enfant ne porte mention que du nom de sa mère sans autre indication concernant le géniteur mâle qui ne peut être identifié. Par ailleurs, le recours à l'assistance médicale à la procréation ne fait pas obstacle à l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies, ce qui est le cas en l'espèce, et qu'elles sont conformes à l'intérêt de l'enfant. En conservant le lien avec la famille maternelle de l'enfant, qui est sa seule famille, l'adoption plénière par le conjoint de son parent biologique ne présente aucun inconvénient. Elle permet la reconnaissance d'une cellule familiale solide et unie et confère à l'enfant un statut conforme à la situation de fait qui est la sienne depuis sa naissance ».*
- **Cour d'Appel de LIMOGES, 2 mars 2015, n°14/01060** : *« Il y a lieu de confirmer le jugement ayant prononcé l'adoption plénière des enfants par l'épouse de leur mère. S'il n'y a pas obligation ou nécessité de rechercher les conditions de la conception de l'enfant, il est néanmoins du devoir de la juridiction de s'assurer que le prononcé de l'adoption plénière ne fera pas obstacle aux effets de la filiation paternelle si celle-ci venait à être établie. Or, si la requête fait état d'une conception avec donneur anonyme, la requérante ne produit*



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

*pas de justificatif de ses prétentions. Cependant, l'ancienneté des naissances intervenues en 2002 et 2005, l'ancienneté de la vie commune de la mère et de sa compagne puis épouse, comme le contenu de l'ensemble des attestations produites rendent peu vraisemblable, à supposer non conforme à la réalité la conception prétendue par donneur anonyme, l'établissement tardif d'une filiation paternelle qui se trouverait privée d'effet du fait du prononcé de l'adoption plénière. Pour le surplus, il résulte des attestations que la requérante participe depuis les naissances à l'éducation et l'entretien des enfants, au même titre que la mère et que la mère, son épouse et les enfants sont considérées par l'ensemble de leurs proches comme une famille unie ».*

Très récemment, la Cour d'Appel de VERSAILLES a eu à connaître d'une espèce similaire : quatre femmes ont eu recours à une AMP à l'étranger et ont demandé à la Cour de se prononcer sur l'adoption de leurs enfants, près d'un an après le refus en première instance.

L'affaire a été appelée à l'audience du 9 mars 2015. Il conviendra d'être attentif au délibéré qui sera rendu le 10 avril 2015.

3. **Évolution en matière de Gestation Pour Autrui** : ainsi qu'il a été évoqué supra, cette pratique est interdite en France.

Dans un célèbre arrêt d'assemblée plénière, la Cour de Cassation avait retenu l'illicéité des conventions organisant de telles opérations. Depuis, cette interdiction est d'ordre public (Cass, 31 mai 1991, n°1991-001378).

S'agissant des GPA pratiquées à l'étranger, la position a été réaffirmé à de nombreuses reprises par la Cour de Cassation qui a refusé systématiquement d'établir un lien de filiation entre l'enfant conçu au mépris de la prohibition légale et de la femme commanditaire (Cass, 1ère Civ, 6 avril 2011, n°09-17.130). Cette interdiction prévaut quel que soit le mécanisme imaginé par les « contrevenants », qu'il s'agisse d'une adoption (Cass, 1ère Civ, 9 décembre 2003, n°01-03.927), de la demande de transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger (Cass, 1ère Civ, 17 décembre 2008, n°7-20.468), ou de l'établissement de la filiation par la possession d'état (TGI de Lille, 22 mars 2007, n°2007-338352).

Enfin, par arrêt du 23 septembre 2013, la Cour de Cassation avait jugé qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

§1 de la CIDE, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne pouvaient être utilement invoqués.

Le législateur a tenté de légiférer sur la question ; en ce sens, deux propositions de loi ont été enregistrées au Sénat le 27 janvier 2010.

Suite à ces propositions, le Conseil d'État avait suggéré, en retenant l'existence de certains problèmes pratiques, d'aménager la situation des enfants sans revenir sur la prohibition de principe. Il aurait été ainsi possible, à titre exceptionnel, d'établir la filiation de ces enfants au regard du droit française. La mission parlementaire cependant a estimé que cette solution aurait pour effet de créer une profonde incohérence juridique par rapport à l'interdiction de la GPA, puisqu'elle reviendrait à reconnaître des effets juridiques à une convention frappée de nullité.

La GPA demeure donc interdite (à l'instar de la procréation post mortem d'ailleurs).

Toutefois, avant même l'adoption de la loi sur le mariage pour tous, Mme TAUBIRA, Garde des Sceaux, a rendu une Circulaire le 25 janvier 2013 se prononçant sur la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents français « *lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* ».

Cette circulaire indique que dans un tel cas, cette circonstance « *ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française* ».

Elle invite ses destinataires à veiller à ce qu'il soit fait droit aux demandes de délivrance lorsque les conditions légales sont remplies.

Cette circulaire faisait l'objet de plusieurs requêtes en annulation devant le Conseil d'État.

**La Haute Juridiction administrative a fini par se prononcer le 12 décembre 2014 :**



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

- Le Conseil d'État rappelle que les contrats de gestation ou de procréation pour autrui sont interdits par le code civil et que cette interdiction est d'ordre public.
- Le Conseil d'État juge, cependant, que la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenu au regard du droit français, **ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).** Il relève que la circulaire attaquée demande à ses destinataires de faire droit aux demandes de certificat de nationalité lorsque les conditions légales sont remplies, « *dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état-civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil* ».

Il juge que la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat nul ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie, sous peine de porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la CEDH.

Il en déduit que, contrairement à ce que soutenaient les requérants, la circulaire attaquée n'est pas illégale en ce qu'elle expose que le seul soupçon de recours à une convention de gestation ou de procréation pour autrui ne peut suffire à opposer un refus à une demande de certificat de nationalité dès lors que les actes d'état civil local qui attestent du lien de filiation avec un Français peuvent être regardés, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, comme probants au sens de l'article 47 du code civil.

Cette décision intervient peu après les deux décisions rendues le 26 juin dernier par la Cour européenne des droits de l'homme : *Menesson c. France* (requête n°65192/11) et *Labassée c. France* (requête n° 65941/11) qui avait condamné la France pour ne pas avoir transcrit les actes de naissance d'enfants né par mère-porteuse à l'étranger.

Depuis, il convient de citer deux décisions notables :

- **Cour d'Appel de RENNES, 16 décembre 2014, n° 764, 13/08461 :**  
« *Considérant que M. G. invoque, devant la cour, les arrêts du 26 juin*





# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

*2014 de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France pour son refus de reconnaître la paternité, conforme à la vérité biologique, d'un enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant;*

*Considérant que M. G. qui a reconnu l'enfant avant sa naissance, est bien le père biologique de Lizie et a, d'ailleurs, produit en pièce 14-2 un rapport d'expertise effectué en Russie aux termes duquel Patrice G. peut être le vrai (biologique) père de Lizie G., avec une probabilité de 99,97%';*

*Considérant qu'alors que les enfants ne doivent pas subir les choix négatifs de leurs parents, il a été rappelé ci-dessus les difficultés intervenues quant à l'entrée sur le sol français de Lizie, laquelle bien que vivant avec M. G. depuis le 2 juin 2011 n'a toujours pas la nationalité française et n'a pas de droits légaux dans la succession à venir de son père ;*

*Considérant qu'en présence de la réalité biologique du lien de filiation et afin de réparer l'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant figurant à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, consécutive aux effets du défaut de reconnaissance en France du lien de filiation entre Lizie et son père, il convient à la suite de la condamnation de la Cour EDH de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3 §1 de la CIDE sur la fraude, d'infirmer la décision dont appel et d'ordonner la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011 et désignant M. Patrice G. en qualité de père, et ce alors qu'il a déjà été indiqué que l'acte de naissance étranger satisfait aux exigences de l'article 47 du Code civil ;*

*Considérant, par ailleurs, que Madame V. est également la mère biologique de l'enfant pour avoir accouché de Lizie ; que dès lors si les arrêts de la Cour EDH n'ont pas résolu la question de la filiation maternelle pour les mères d'intention, ces arrêts ont condamné le défaut de reconnaissance d'une filiation biologique, en sorte que toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant la transcription de l'acte de naissance de Lizie doit être ordonnée dans les termes du dispositif des écritures de M. G. ; »*

Il importe de relever qu'il ne s'agissait pas d'un couple composé d'individu du même sexe force est de constater que cette décision est l'exact application de la Circulaire Taubira. Reste à espérer que les autres juridictions françaises suivront et rendront des décisions similaires en matière d'homoparentalité.



# Thés Avocats

DROIT DE LA SANTE - DROIT DES AFFAIRES - DROIT FISCAL

- **CEDH, 27 janvier 2015, n°25358/12, Paradiso et Campanelle / Italie** : la CEDH a étrangement adopté une position très réservée sur la question de la GPA. Si l'Italie a été condamnée au motif que l'enfant né de la GPA avait été privé d'existence juridique pendant plus de deux ans, ce qui était contraire à l'intérêt de l'enfant, la Cour a estimé que le constat de violation ne saurait être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.

Maître Dominique DECAMPS-MINI

Collège de Gynécologie CVL