

Assistance médicale à la procréation et gestation pour autrui

LETTRE THEMATIQUE N°46

L'assistance médicale à la procréation (AMP) s'entend des pratiques cliniques et biologiques telles que l'insémination artificielle. Elle est proposée aux couples rencontrant des problèmes d'infertilité ou aux couples qui risquent de transmettre à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité. Elle est réservée aux couples hétérosexuels, mariés ou non, en âge de procréer (article L 2141-2 du code de la santé publique).

La gestation pour autrui (GPA) est le fait, pour une femme, de porter un enfant qu'elle abandonnera à un tiers à la naissance. En droit, la GPA est formalisée par un contrat entre les parties : d'une part, la « mère porteuse » et, d'autre part, le père de l'enfant ou un couple d'intention.

En France, la GPA est interdite et l'AMP est strictement encadrée. Une vaste consultation publique a été ouverte en 2018 par le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) dans le cadre des Etats généraux de la bioéthique en vue de la révision de la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 prévue pour fin 2018.

Les débats suscités par le caractère strict des conditions d'accès à l'AMP et par la prohibition de la GPA en France sont intéressants à analyser au regard du contexte international. En effet, les conditions d'accès à l'AMP sont parfois plus souples à l'étranger (I) et la GPA est tolérée ou autorisée dans un certain nombre d'Etats (II).

I. L'assistance médicale à la procréation (AMP) en droit international privé

Le droit français pose une condition d'infertilité ou de risque de maladie transmissible pour pouvoir bénéficier d'une AMP (A) tandis que certains Etats étrangers autorisent les AMP dans des conditions plus souples. Ceci conduit à s'interroger sur le statut, en France, de l'enfant né d'une AMP à l'étranger (B).

A) La condition d'infertilité posée par le droit français

En France seuls les couples hétérosexuels chez lesquels une infertilité a été reconnue par un professionnel de santé ou qui risquent de transmettre à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité peuvent avoir recours à l'AMP. Les conditions restrictives posées par l'article L 2141-2 du code de la santé publique provoquent de vives discussions. Le 27 juin 2017, le CCNE a rendu public un rapport dans lequel les deux tiers des membres se prononcent en faveur de l'ouverture de l'AMP pour les couples

de femmes et les femmes célibataires.

La Cour EDH a jugé qu'une législation nationale qui prohibe le recours à l'AMP est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme à condition qu'elle n'interdise pas à ses ressortissants d'y avoir recours à l'étranger (Cour EDH, Sh/Autriche 3 novembre 2011).

Face à l'exigence d'infertilité posée par le droit français, certains couples de femmes choisissent d'avoir recours à l'AMP dans un pays étranger. La compagne de la mère biologique demande ensuite l'adoption de l'enfant.

B) La réception de l'AMP valablement effectuée à l'étranger

L'AMP est ouverte dans plusieurs pays aux femmes célibataires ou aux couples homosexuels : l'Afrique du Sud, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les Etats-Unis, la Finlande, la Grèce, Israël, la Norvège, les Pays Bas, le Royaume Uni, le Portugal, la Suède.

Tout d'abord, les juges français refusaient de prononcer l'adoption plénière d'enfants nés d'une AMP à l'étranger par l'épouse de la mère en considérant qu'il s'agissait d'une fraude à la loi française (v. not. TGI, Versailles, 29 avril 2014).

La Cour de cassation a cependant retenu une position différente par deux avis rendus le 22 septembre 2014 : « *en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que les femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* » (Cass., avis du 22 septembre 2014, n°15010 et 15011). La position de la Cour de cassation a été suivie par la cour d'appel de Toulouse dans un arrêt du 10 février 2015 (RG n°14/0230) et la cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 16 avril 2015. La cour d'appel d'Agen a également prononcé l'adoption d'un enfant conçu par AMP à l'étranger par l'épouse de la mère jugeant que « *la démarche choisie par la requérante de participer à l'étranger à un processus de procréation tarifée et interdite en France n'est plus constitutif d'une fraude* » (arrêt du 18 janvier 2016 (RG n° 15/00850). Plus récemment, la cour d'appel de Versailles a, à nouveau, validé l'adoption plénière d'un enfant issu d'une AMP à l'égard de l'épouse de la mère biologique (CA Versailles, 15 février 2018 n° 17/05286 et 17/05285). La jurisprudence considère désormais la fraude comme un paramètre mineur qui ne peut pas être retenu pour empêcher l'adoption par le conjoint.

II. La gestation pour autrui (GPA) en droit international privé

La GPA est interdite en France. Elle est cependant légale dans certains Etats ou non réglemée.

En dépit de la prohibition en droit français (A), l'enfant né d'une GPA effectuée à l'étranger tend à voir sa filiation reconnue en France, avec certaines limites toutefois (B).

A) La prohibition en droit français

L'interdiction de la GPA résulte de l'arrêt d'Assemblée plénière rendu par la Cour de cassation le 31 mai 1991, selon lequel « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». La loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 est venue confirmer cette position jurisprudentielle. Cette loi est en cours de révision dans le cadre des Etats généraux de la bioéthique mais le CCNE s'est montré défavorable à toute autorisation de la GPA en France. L'article 16-7 du code civil dispose que « *toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » au nom du principe de l'indisponibilité du corps humain. La sanction civile de la GPA est renforcée par une sanction pénale. L'article 227-12 du Code pénal punit de 6 mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende « *le fait de provoquer (...) les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître (...)* ». L'interdiction de la GPA en France reste donc claire.

B) La reconnaissance en France de certains effets des GPA effectuées à l'étranger

Tour d'horizon de la GPA dans le monde

La diversité des approches selon les pays encourage les personnes à se déplacer pour avoir recours aux techniques interdites en France. **Au sein de l'Union européenne (UE)**, les Etats membres sont divisés en trois groupes : ceux qui **interdisent** explicitement la GPA, ceux qui **tolèrent** et ceux qui **autorisent** pour des raisons « altruistes ». Dans 7 pays de l'UE, la GPA sous toutes ses formes, gratuites ou à titre onéreux, est **interdite** : l'Allemagne, la Bulgarie, l'Italie, Malte, la Norvège, la Suisse, l'Autriche, l'Espagne. La situation n'est pas homogène quant à la transcription des actes de naissance étrangers établissant la filiation sur les registres nationaux de l'état civil. La Grèce, la Roumanie et le Royaume-Uni ont fait le choix d'autoriser officiellement la GPA par un texte de loi, mais elle reste encadrée. Seule la GPA « altruiste » est autorisée. Au Portugal, la loi votée en 2016 limite le recours aux mères porteuses à certains cas d'infertilité féminine sans proposer aucune contrepartie financière. En Roumanie, la loi autorise la rémunération de la mère porteuse. **En dehors de l'UE**, certains Etats ont réglementé la GPA : l'Ukraine, l'Inde, le Canada, l'Albanie, la Géorgie, le Brésil. Aux Etats-Unis, certains états l'autorisent (Californie, New Hampshire...), d'autres non (Washington, New York...).

Malgré la législation prohibitive en France, certaines conventions de GPA produisent des effets en France. Les deux principaux effets que peut produire la convention de GPA effectuée à l'étranger sont l'établissement du lien de filiation et l'acquisition par l'enfant de la nationalité française. La Cour de cassation a, au départ, manifesté son opposition à la GPA en refusant la transcription de l'acte de naissance des enfants nés de GPA à l'étranger pour des motifs d'ordre public et de fraude à la loi française. Sa position a cependant été amenée à évoluer sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH.

Jurisprudence

En 2011, la Cour de cassation refuse la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une GPA. Elle considère que les jugements étrangers établissant une filiation entre la mère d'intention et l'enfant issu d'une GPA sont contraires à la conception française de l'ordre public international (Civ. 1ère, 6 avril 2011, n°09-17.130, n°10-19.053 et n°09-66.486).

La Cour de cassation opposait également la fraude à la loi pour refuser la transcription des actes de naissances probants des enfants issus de la GPA (Civ., 1ère, 13 septembre 2013, n° 12-18/315 et n° 12-30.138; Civ.1ère, 19 mars 2014, n° 13-50.005).

Evolution vers une reconnaissance de la filiation paternelle biologique

- Le 26 juin 2014, la France est condamnée par la Cour EDH à l'occasion des affaires Menesson et autres c/ France et Labassee c/ France (n° 65192/11). Ces arrêts de la CEDH ouvrent la voie à la reconnaissance de la filiation biologique paternelle. Par arrêt du 3 juillet 2015, la Cour de cassation accepte la transcription d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger mentionnant l'établissement de la filiation à l'égard de la mère porteuse et le père géniteur (Ass. pl. 3 juillet 2015, n°14-21.323).

- En 2016 et 2017, la France est à nouveau condamnée par la CEDH pour des décisions antérieures au revirement jurisprudentielle du 3 juillet 2015 (CEDH, Foulon et Bouvet c/ France, 21 juillet 2016, n°9063/14 et 10410/14, CEDH, 19 janvier 2017 Laborie c/ la France, n°44024/13).

Maintien du refus de transcription du nom de la mère d'intention

- Par arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation rejette la transcription à l'état civil français du nom de la mère d'intention, tout en lui ouvrant une possibilité d'adoption (Civ.1ère 5 juillet 2017, n°16-16.455, n°16-16.901).

-Par arrêt du 29 novembre 2017, la Cour de cassation confirme sa position en rejetant la transcription du nom de la mère d'intention (Civ.1 ère, 29 novembre 2017, n° 16-50.061).